

# Öffentliches Recht im Assessorexamen

Kintz

11., neu bearbeitete Auflage 2021  
ISBN 978-3-406-76492-9  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

erforderliche Anhörung, die bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich ist, im Widerspruchsverfahren nachgeholt wurde.“

## f) Die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit

### aa) Maßgeblicher Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage

Die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des VA nimmt in der Regel den weitaus größten Teil der Examensarbeit ein. Damit der VA materiell rechtmäßig ist, müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen der einschlägigen Rechtsgrundlage vorliegen, der VA muss ferner an den richtigen Adressaten gerichtet sein, weiter muss der VA den allgemeinen Rechtmäßigkeitsanforderungen entsprechen und die Behörde muss die zulässige Rechtsfolge gewählt haben. 323

Achten Sie konsequent auf einen **klar gegliederten Aufbau** und erörtern Sie der Reihe nach Tatbestandsmerkmal für Tatbestandsmerkmal, falls der Fall Anlass hierzu gibt. Der **Prüfungsaufbau** ist **zweistufig**: zuerst erfolgt die **Prüfung der Rechtmäßigkeit des VA**, danach die **subjektive Rechtsverletzung des Klägers**. Sie müssen sich ferner darüber klar werden, auf welchen **Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage** es für die **Beurteilung der Rechtmäßigkeit** des angefochtenen VA ankommt.<sup>703</sup> Maßgeblich ist das jeweils einschlägige materielle Recht.<sup>704</sup> Bestimmt eine gesetzliche Regelung nichts Abweichendes,<sup>705</sup> so ist nach **hM**<sup>706</sup> im Zweifel **auf den Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung** abzustellen.<sup>707</sup> Denn es ist die Aufgabe des VG, im Anfechtungsprozess die Rechtmäßigkeit einer getroffenen Behördenentscheidung zu überprüfen und eine rechtswidrig getroffene Entscheidung aufzuheben. Daraus folgt, dass eine Änderung der Sach- und Rechtslage nach der letzten Behördenentscheidung auf die Rechtmäßigkeit des VA grundsätzlich keinen Einfluss hat. Hat der Kläger in den Fällen des sog. „fakultativen Vorverfahrens“<sup>708</sup> unmittelbar Klage gegen den VA erhoben, bleibt der Zeitpunkt der Behördenentscheidung maßgebend.<sup>709</sup> Dies gilt ebenso, wenn das Vorverfahren entfällt.<sup>710</sup> 324

<sup>703</sup> Ausführlich dazu *Schenke* JuS 2019, 833; *Gärditz/Orth* Jura 2013, 1100.

<sup>704</sup> ZB *BVerwG* DVBl 2008, 392; *VGH München* BeckRS 2020, 6736; *OVG Münster* GewArch 2019, 442.

<sup>705</sup> So ist zB im Ausländerrecht für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Ausweisung bei Ausländern einheitlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung maßgeblich (*BVerwG* DVBl 2008, 392; vgl. auch *BVerwG* DVBl 2017, 1430).

<sup>706</sup> ZB *BVerwG* NVwZ 2001, 322; aA *Kopp/Schenke* VwGO § 113 Rn. 35: Maßgebend ist der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung.

<sup>707</sup> So zB bei der **Fahrerlaubnisentziehung** (*BVerwG* NJW 2015, 2439 und BeckRS 2019, 19967; *OVG Bremen* NJW 2020, 1897) oder beim **Wideruf der Gaststättenerlaubnis** (*VGH Kassel* LKRZ 2012, 508), ebenso bei der Anfechtung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis durch einen Dritten (*OVG Münster* GewArch 2016, 158). Bei der Anfechtungsklage gegen eine **polizeirechtliche Sicherstellungsverfügung** stellt der *VGH Mannheim* (VBIBW 2019, 461) auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung ab, der *VGH Kassel* (DÖV 2015, 892) dagegen auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung. Ist nach Erhebung einer Untätigkeitsklage bis zur gerichtlichen Entscheidung kein Widerspruchsbescheid ergangen, so ist maßgeblicher Zeitpunkt für die gerichtliche Überprüfung der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung in der Tatsacheninstanz (s. *VGH Mannheim* VBIBW 2006, 354).

<sup>708</sup> → Rn. 259.

<sup>709</sup> *VGH München* BeckRS 2011, 46068.

<sup>710</sup> Vgl. zB *VGH München* BeckRS 2012, 58271.

Bei der **Anordnung von erkennungsdienstlichen Maßnahmen** gilt Folgendes: Im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle einer noch nicht vollzogenen Anordnung zur erkennungsdienstlichen Behandlung kommt es für die Beurteilung der Notwendigkeit der Maßnahme auf die Sachlage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an.<sup>711</sup> Ist dagegen im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung bereits vollzogen, beurteilt sich die Notwendigkeit der angeordneten erkennungsdienstlichen Maßnahmen nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Vornahme dieser Maßnahmen.<sup>712</sup> In Bezug auf die Frage, ob als Rechtsgrundlage für die Anordnung von erkennungsdienstlichen Maßnahmen § 81b Alt. 2 StPO oder die maßgebliche landesrechtliche Vorschrift anzuwenden ist, wurde bisher zum Teil vertreten, § 81b Alt. 2 StPO setze nicht voraus, dass die zum Zeitpunkt der Erstanordnung bestehende Beschuldigteneigenschaft bis zum Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung fortbestehe.<sup>713</sup> Nach *aA* musste, damit § 81b Alt. 2 StPO einschlägig ist, dagegen nicht nur im Zeitpunkt der Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung, sondern auch bei Erlass des Widerspruchsbescheids ein Straf- oder Ermittlungsverfahren gegen den Betroffenen geschwebt haben.<sup>714</sup> Die Streitfrage ist nunmehr durch das *BVerwG*<sup>715</sup> dahingehend entschieden worden, dass eine auf § 81b Alt. 2 StPO gestützte Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen nicht allein dadurch rechtswidrig wird, dass die Beschuldigteneigenschaft des Adressaten vor Erlass des Widerspruchsbescheids weggefallen ist.

Bei **DauerVA**<sup>716</sup> wie Verkehrszeichen,<sup>717</sup> bauordnungsrechtlichen Baueinstellungsverfügungen<sup>718</sup> oder Nutzungsuntersagungen<sup>719</sup>, Ingewahrsamnahmen<sup>720</sup>, Wohnungsverweisungen<sup>721</sup>, gaststättenrechtlichen Sperzeitentscheidungen<sup>722</sup> oder glückspielrechtlichen Untersagungen<sup>723</sup> ist dagegen die **Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung** vor dem VG zugrunde zu legen, soweit es um die tatbestandlichen Voraussetzungen der einschlägigen Vorschrift geht; für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ermessensbetätigung der Behörde ist der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgebend.<sup>724</sup>

Eine **Gegenausnahme** ergibt sich bei der **Anfechtung einer Gewerbeuntersagung** nach § 35 Abs. 1 GewO aus § 35 Abs. 6 S. 2 GewO,<sup>725</sup> dh hier ist auf den Zeitpunkt

<sup>711</sup> *BVerwG* NJW 1983, 1338.

<sup>712</sup> *BVerwG* NVwZ-RR 2014, 848.

<sup>713</sup> *OVG Greifswald* BeckRS 2016, 42877; *OVG Bautzen* NVwZ-RR 2001, 118.

<sup>714</sup> *VGH Mannheim* VBIBW 2016, 424; *VGH München* BeckRS 2004, 30060.

<sup>715</sup> NJW 2018, 3194.

<sup>716</sup> Ein DauerVA ist nach seinem Sinn und Zweck und dem einschlägigen materiellen Recht in seinen Wirkungen wesensgemäß auf Dauer angelegt. Er erschöpft sich nicht in einem einmaligen Ge- oder Verbot oder in einer einmaligen Gestaltung der Rechtslage, sondern begründet ein auf Dauer berechnetes oder in seinem Bestand vom VA abhängiges Rechtsverhältnis oder verändert es inhaltlich. Die Behörde hat den DauerVA auf fortbestehende Rechtmäßigkeit zu überwachen; für seine rechtliche Beurteilung ist vorbehaltlich einer anderweitigen materiellen Regelung die jeweils aktuelle Sach- und Rechtslage maßgeblich (*BVerwG* BeckRS 2014, 58790 und NVwZ-RR 2019, 456).

<sup>717</sup> *BVerwG* NJW 2004, 698; *VGH Mannheim* NJW 2016, 3798.

<sup>718</sup> *OVG Bautzen* BeckRS 2019, 18587.

<sup>719</sup> *VGH München* NVwZ-RR 2015, 607.

<sup>720</sup> *VGH Mannheim* DVBl 2011, 626.

<sup>721</sup> *OVG Münster* NJW 2015, 1468.

<sup>722</sup> S. hierzu *VGH Mannheim* NVwZ-RR 2003, 745.

<sup>723</sup> *BVerwG* NVwZ 2014, 151.

<sup>724</sup> *VGH Mannheim* GewArch 2003, 496 (497). Vgl. auch *OVG Münster* NWVBl. 2019, 302. Jedoch können hier Ermessenserwägungen bis zur mündlichen Verhandlung ergänzt werden.

<sup>725</sup> *BVerwG* NVwZ 2015, 1544; *OVG Magdeburg* LKV 2012, 136.

der letzten Behördenentscheidung abzustellen. Dies gilt auch für die Beurteilung der Notwendigkeit erkennungsdienstlicher Maßnahmen; hier ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Vornahme dieser Maßnahmen entscheidend.<sup>726</sup>

Bei **bauaufsichtlichen Beseitigungsanordnungen** kommt es grundsätzlich auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung an;<sup>727</sup> allerdings sind hinsichtlich der materiellen Rechtmäßigkeit des Vorhabens Änderungen zugunsten des Bauherrn bis zur mündlichen Verhandlung zu berücksichtigen. Denn es wäre sinnwidrig, müsste der Bauherr bauliche Anlagen abreißen, deren Wiedererrichtung sogleich nach dem Abriss ihm gestattet werden müsste.<sup>728</sup> Beim **Baunachbarstreit** beurteilt sich die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Baugenehmigung grundsätzlich nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung. Spätere Änderungen zu Lasten des Bauherrn bleiben außer Betracht. Dagegen sind nachträgliche Änderungen, die sich insgesamt zugunsten des Vorhabens des Bauherrn auswirken, zu berücksichtigen.<sup>729</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage bei der Anfechtungsklage einer Gemeinde gegen einen Widerspruchsbescheid, mit dem sie „nur“ zur Erteilung einer von ihr versagten Baugenehmigung verpflichtet wird, ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.<sup>730</sup> Denn dadurch, dass sich die Widerspruchsbehörde darauf beschränkt, die Ausgangsbehörde zur Erteilung der begehrten Genehmigung zu verpflichten, statt diese Sachentscheidung selbst zu treffen, erhält der Bauherr keine gegenüber nachträglichen Rechtsänderungen gesicherte Rechtsposition. Angesichts der andersartigen Funktion des Immissionsschutzrechts gegenüber dem Baugenehmigungsverfahren sind die baurechtlichen Grundsätze auf das Immissionsschutzrecht nicht übertragbar, dh bei **immissionsschutzrechtlichen Drittanfechtungsklagen** ist für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage der Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung maßgeblich, ohne dass danach zu differenzieren ist, ob etwaige Rechtsänderungen zugunsten oder zu Ungunsten des Anlagenbetreibers eingetreten sind.<sup>731</sup>

Bei **feststellenden Verwaltungsakten** kommt es darauf an, auf welchen Zeitpunkt bzw. Zeitraum sich einerseits die getroffene Feststellung bezieht und wogegen sich andererseits die hiergegen erhobene Anfechtungsklage des Adressaten des Bescheids richtet.<sup>732</sup>

## bb) VA-Befugnis

Für den Erlass eines VA, mit dem eine verbindliche Regelung getroffen wird, bedarf die Behörde nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes einer gesetzlichen Grundlage, die sich ausdrücklich (auch) auf die Handlungsform VA beziehen muss 325

<sup>726</sup> OVG Lüneburg NdsVBl. 2008, 174.

<sup>727</sup> Vgl. BVerwG NVwZ 2014, 454; OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2017, 115591.

<sup>728</sup> BVerwG NJW 1986, 1186: Die bloße Aussicht auf eine für den Betroffenen positive Rechtsänderung genügt allerdings nicht. Nach Auffassung des OVG Berlin-Brandenburg LKV 2014, 177 können dagegen nachträgliche Änderungen der Rechtslage nur gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG in einem gesonderten Verwaltungsverfahren berücksichtigt werden (so auch BVerwG NVwZ 1993, 476).

<sup>729</sup> BVerwG NVwZ 1998, 1179 und NVwZ 2008, 1349; VGH Mannheim VBlBW 2020, 191. Auch ein Änderungsbescheid, der nach der letzten Behördenentscheidung ergangen und mit dem die bisher fehlende Bestimmtheit der Baugenehmigung hergestellt worden ist, ist zu berücksichtigen (s. OVG Koblenz BeckRS 2019, 34171).

<sup>730</sup> BVerwG DVBl 2008, 386.

<sup>731</sup> VGH Mannheim VBlBW 2012, 431.

<sup>732</sup> VGH Mannheim BeckRS 2020, 1254.

(sog. **VA-Befugnis**).<sup>733</sup> Aus der Rechtsgrundlage muss ersichtlich sein, dass die Verwaltung befugt ist, gegenüber dem Normunterworfenen gerade in der Form des VA zu handeln (zB die Berechtigung, einen Leistungsbescheid zu erlassen). Dies gilt auch für den Fall, dass es sich bei dem Bescheid nicht um einen befehlenden, sondern nur um einen feststellenden VA handelt, wenn sein Inhalt etwas als rechtmäßig feststellt, was der Betroffene erklärtermaßen nicht für rechtens hält.<sup>734</sup> Für die Frage, aus welchen Bestimmungen sich die „VA-Befugnis“ ergibt, ist das materielle Recht maßgebend. Es reicht aus, wenn sich die VA-Befugnis dem Gesetz **im Wege der Auslegung** entnehmen lässt.<sup>735</sup>

- 326 **Ausnahmen** vom Erfordernis einer besonderen Handlungsermächtigung sind von der Rechtsprechung in engen Grenzen anerkannt. So bedarf es für den Erlass eines Leistungsbescheides nicht stets einer gesetzlichen Grundlage. Zum einen ist nahezu unbestritten, dass durch VA gewährte Leistungen ohne spezielle Ermächtigung durch VA zurückgefordert werden dürfen, wenn sich herausstellt, dass sie zu Unrecht erbracht worden sind (sog. **Kehrseitentheorie**).<sup>736</sup> Zum anderen besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die öffentliche Hand ein Forderungsrecht durch VA geltend machen darf – vor allem im Bereich des Beamten- und Soldatenverhältnisses – wenn der Hoheitsträger dem in Anspruch Genommenen im Verhältnis hoheitlicher Überordnung gegenübersteht. Die Überordnung muss dabei gerade auch in Bezug auf den Anspruch bestehen, der durch VA geregelt werden soll. Eine VA-Befugnis ist auch im Verhältnis öffentlicher Träger untereinander erforderlich.<sup>737</sup>

- 327 **Beachten Sie:** In der Klausur ist die VA-Befugnis nur dann zu prüfen, wenn das Problem ausdrücklich von einem der Beteiligten angesprochen wird oder die Ermächtigungsgrundlage keinerlei Anhaltspunkte bietet, dass die Behörde im Fall durch VA handeln darf.<sup>738</sup>

#### cc) Unbestimmte Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite

- 328 Auf der Tatbestandsseite finden sich häufig sog. **unbestimmte Rechtsbegriffe** (zB „Zuverlässigkeit“ iSv § 5 Abs. 1 WaffG, „Eignung“ und „Befähigung“ im Sinne des § 9 Abs. 1 BBG). Grundsätzlich unterliegen auch solche Begriffe, deren Inhalt nicht durch einen fest umrissenen Sachverhalt ausgefüllt wird, sondern bei der Rechtsanwendung auf einen gegebenen Tatbestand im Einzelfall der Präzisierung bedarf, der **uneingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung** (so zB der Begriff der Zuverlässigkeit iSv § 5 Abs. 1 WaffG). Soweit Schlussfolgerungen aus einem unbestimmten Rechtsbegriff zu ziehen sind, erstreckt sich diese uneingeschränkte Kontrolle sowohl auf die Bestimmung des Sinngehalts der Norm als auch auf die Feststellung der Tatsachengrundlagen und die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs auf die im Einzelfall festgestellten Tatsachen.<sup>739</sup> Die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe kann auch durch gesetzliche Verweisung auf bestimmte Verwaltungs-

<sup>733</sup> BVerwGE 72, 265. S. dazu auch die Klausur von Hesse/Sacher JuS 2017, 1015 (VA-Befugnis kann auch auf eine verbindliche Entscheidung der EU-Kommission gestützt werden).

<sup>734</sup> BVerwG NJW 2004, 1191; vgl. auch OVG Koblenz LKRZ 2009, 233.

<sup>735</sup> BVerwG DVBl 2012, 303; VGH Mannheim BeckRS 2020, 1254.

<sup>736</sup> Vgl. BVerwG NJW 1977, 1838 und NVwZ 1984, 36.

<sup>737</sup> VGH Mannheim Urt. v. 7.12.2007 – 1 S 1255/06, juris.

<sup>738</sup> Stein DVP 2009, 2 (3).

<sup>739</sup> BVerwG NVwZ 1997, 707.

vorschriften oder sonstige untergesetzliche Regelwerke erfolgen;<sup>740</sup> sind diese Voraussetzungen erfüllt, sind die Regelwerke für den Richter bindend.

Bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen ist der Verwaltungsbehörde bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs ferner ein eigener, der gerichtlichen Kontrolle nicht mehr zugänglicher **Beurteilungsspielraum** eingeräumt.<sup>741</sup> Ein solcher Ausnahmefall ist dann gegeben, wenn nach Sinn und Zweck der jeweiligen Rechtsvorschrift der Verwaltung das abschließende Urteil über das Vorliegen der durch einen unbestimmten Gesetzesbegriff gekennzeichneten tatbestandlichen Voraussetzungen vorbehalten bleiben muss, weil – insbesondere bei prognostischen und Auswahlentscheidungen – die erforderlichen Einschätzungen nicht nachträglich durch die VGe ersetzt werden können.<sup>742</sup> Um einen unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum oder Einschätzungsprärogative handelt es sich zB bei dem Tatbestandsmerkmal der „Eignung“ im Sinne des § 9 Abs. 1 BBG.<sup>743</sup> Steht der Behörde bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs ein Beurteilungsspielraum zu, beschränkt sich die sog. **verwaltungsgerichtliche Restkontrolle** auf die folgenden Punkte:<sup>744</sup> Wurde von einem korrekten Sachverhalt ausgegangen? Wurden die Verfahrensvorschriften eingehalten? Wurde das anzuwendende Recht richtig erkannt? Wurden sachfremde Erwägungen angestellt? Liegt ein Verstoß gegen allgemeingültige Bewertungsgrundsätze vor? Stellt das VG einen Beurteilungsfehler fest, ist der VA grundsätzlich aufzuheben.

Weitere **Fallgruppen des Beurteilungsspielraums** sind: beamtenrechtliche Eignungs- und Leistungsbeurteilungen, Prüfungs- und Prognoseentscheidungen sowie Entscheidungen wertender Art durch weisungsunabhängige Gremien,<sup>745</sup> Verwaltungsentscheidungen, bei denen auch politische Vorgaben und Bewertungen von Bedeutung sind, etwa im Bereich der Außenpolitik oder wenn die Entscheidung Ausdruck und Ergebnis einer komplexen Abwägung verschiedener Belange ist, wenn die Entscheidung eine prognostische Risikobewertung erfordert oder wenn die Entscheidung maßgeblich von fachspezifischen, besondere Sachkunde oder Erfahrungen voraussetzenden Wertungen bestimmt wird.<sup>746</sup>

<sup>740</sup> BVerfG NVwZ 2011, 1062; vgl. auch BVerfG GewArch 2012, 198.

<sup>741</sup> Ausführlich dazu *Kment/Vorwalter* JuS 2015, 193. Ein Beurteilungsspielraum muss sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben oder durch Auslegung – insbesondere entsprechend dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift und unter Berücksichtigung der Eigenart der einschlägigen Verwaltungsmaterie – hinreichend deutlich zu ermitteln sein (*BVerwG* BeckRS 2017, 119067). Die Annahme eines Beurteilungsspielraums ist vor allem dann berechtigt, wenn das gesetzlich vorgegebene Entscheidungsprogramm vage ist und sich seine fallbezogene Anwendung als besonders schwierig erweist, weil eine Vielzahl von Bewertungsfaktoren ermittelt, gewichtet und in ein Verhältnis zueinander gesetzt werden müssen, wofür zudem schwer kalkulierbare Prognosen angestellt werden müssen (*BVerwG* NVwZ 2020, 233; s. zu dieser Entscheidung („Bushido“) auch die Besprechung von *Hufen* JuS 2020, 1094).

<sup>742</sup> Vgl. BVerfGE 64, 82 (111); offengelassen von BVerfG GewArch 2012, 198.

<sup>743</sup> *BVerwG* NVwZ 1999, 75; s. auch *VGH München* BayVBl. 2004, 494 (497) zur Auswahl von Bewerbern bei Volksfesten.

<sup>744</sup> S. zB *BVerwG* NVwZ 2020, 233; *OVG Lüneburg* ZBR 2020, 172; *Beaucamp* JA 2012, 193 (195).

<sup>745</sup> Näher dazu s. *Ramsauer* Assessorprüfung Rn. 38.06 ff.; *Kment/Vorwalter* JuS 2015, 193 (198); *Beaucamp* JA 2012, 193.

<sup>746</sup> *BVerwG* NVwZ 2016, 327 (Bei der Entscheidung über das Vorliegen eines Sicherheitsrisikos gemäß §§ 5 und 14 Abs. 3 SÜG steht der zuständigen Stelle ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu; s. dazu auch *Waldhoff* JuS 2016, 860).



**dd) Inhaltliche Bestimmtheit des VA**

- 331 Gemäß § 37 Abs. 1 VwVfG muss der VA inhaltlich hinreichend bestimmt sein.<sup>747</sup> Fehlt es hieran, so liegt ein **materieller Fehler** vor;<sup>748</sup> eine Heilung gemäß § 45 VwVfG kommt daher nicht in Betracht. Gleichwohl ist die Behörde befugt, einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot eines VA gemäß § 37 Abs. 1 VwVfG durch nachträgliche Klarstellung zu heilen.<sup>749</sup> Die Heilung der Unbestimmtheit mit Rückwirkung im Verwaltungsprozess kann aber nur in der für den zu heilenden VA maßgebenden Form erfolgen.<sup>750</sup>

**ee) Die Rechtsfolge****aaa) Gebundene Entscheidungen**

- 332 Eine wesentliche Weichenstellung für die weitere Rechtmäßigkeitsprüfung ist die Unterscheidung, ob es sich bei dem angefochtenen VA um eine **gebundene oder eine Ermessensentscheidung** handelt. Im ersten Fall (Beispiel: Rücknahme einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis nach § 15 Abs. 1 GastG) kommt es regelmäßig allein darauf an, ob die entsprechenden Tatbestandsmerkmale der Eingriffsnorm erfüllt waren und die Behörde die gesetzliche Rechtsfolge gewählt hat. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat das VG in eigener Verantwortung zu überprüfen. An die Rechtsauffassungen der Beteiligten, etwa dazu, warum ein Gastwirt als unzuverlässig anzusehen ist, ist das VG nicht gebunden. Dem entspricht es, dass auch die Behörde die ursprüngliche Begründung noch im Rechtsstreit ohne rechtliche Einschränkung ergänzen, ändern bzw. auf eine neue Rechtsgrundlage stützen kann, solange der VA dadurch nicht in seinem Wesen verändert wird.<sup>751</sup>
- 333 Ergeben sich Anhaltspunkte, dass die Maßnahme ausnahmsweise aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls unverhältnismäßig sein könnte, ist auch bei gebundenen Verwaltungsentscheidungen noch gesondert zu prüfen, ob die vorgesehene Rechtsfolge dem verfassungsrechtlich verankerten **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** entspricht.<sup>752</sup> Dieser verlangt, dass die Maßnahme zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zweck geeignet und erforderlich ist sowie in einem angemessenen Verhältnis zu den mit der Maßnahme verfolgten Interessen steht. Einige Anmerkungen zur Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes:<sup>753</sup>
- 334 Zuerst benennen Sie den staatlich verfolgten **Zweck**, auf den die Maßnahme gerichtet ist. Ist bereits der Zweck als solcher nicht legitim, ist die Maßnahme von vornherein unverhältnismäßig. Als nächstes bezeichnen Sie das von der Behörde ausgewählte **Mittel** so konkret wie möglich. Die Maßnahme ist **geeignet**, den Zweck zu erreichen, wenn sie seine Erreichung bewirkt oder zumindest fördert. **Erforderlich** ist die Maßnahme, wenn kein anderes Mittel zur Verfügung steht, das ebenso (oder sogar besser) geeignet ist, den Zweck zu erreichen, gleichzeitig aber denjenigen, den die Maßnahme betrifft, weniger belastet. **Angemessen** (auch: verhältnismäßig im engeren Sinn) schließlich ist eine Maßnahme nur dann, wenn die Nachteile, die mit der Maßnahme verbunden sind, nicht völlig außer Verhältnis zu den Vorteilen stehen, die sie bewirkt. An dieser Stelle nehmen Sie eine Abwägung sämtlicher Vor- und Nachteile der Maßnahme vor. Berücksichtigen Sie dabei alle Wertentscheidun-

<sup>747</sup> Näher dazu s. Rn. 788.

<sup>748</sup> Kopp/Ramsauer VwVfG § 37 Rn. 17; SBS/Stelkens VwVfG § 37 Rn. 1 und 40.

<sup>749</sup> BVerwG NVwZ-RR 2006, 589; OVG Hamburg BauR 2019, 803.

<sup>750</sup> Kopp/Ramsauer VwVfG § 37 Rn. 17 b.

<sup>751</sup> BVerwG NVwZ 1993, 976 (977).

<sup>752</sup> S. zB BVerwG NJW 2009, 2905; Naumann DÖV 2011, 96.

<sup>753</sup> S. Kaiser/Köster/Seegmüller ÖffR-Klausur Rn. 232. Vgl. auch Kluckert JuS 2015, 116.



gen und Rechtspositionen, die die Rechtsordnung bereithält und die von der Maßnahme berührt werden, insbesondere Grundrechte mit entsprechendem Gewicht.

### bbb) Ermessensentscheidungen

Ob der Behörde ein Ermessen eingeräumt ist, muss gegebenenfalls durch Auslegung ermittelt werden.<sup>754</sup> Als wichtigstes Indiz ist der Wortlaut der Norm heranzuziehen. Für ein Ermessen spricht die Verwendung der Wörter „kann“, „darf“, „ist befugt“. Soll-Vorschriften bringen demgegenüber zum Ausdruck, dass die Exekutive im Regelfall gebunden ist, die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge auch zu treffen.<sup>755</sup> Steht der zu beurteilende VA im **Ermessen der Behörde**, so muss Ihre Prüfung besonders sorgfältig ausfallen. Keinesfalls darf die Ermessensprüfung dazu benutzt werden, all das, was Sie selbst an Stelle der Behörde an Ermessenserwägungen angestellt hätten, in einer Art Brainstorming zu sammeln und ungeordnet niederzuschreiben.<sup>756</sup>

Behalten Sie deshalb immer die Vorschrift des § 114 VwGO, die Sie in der Klausur auf jeden Fall zitieren sollten, im Auge. Danach prüft das Gericht, soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, auch, ob der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder ob von dem Ermessen ist einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist. Das VG darf die Ausübung des Ermessens **nur auf Rechtsfehler** überprüfen. Es ist zu erörtern, ob die Behörde von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht und ob sie die Grenzen des Ermessens nicht überschritten hat. Für die Aufhebung des VA genügt es, dass ein Ermessensfehler im Sinne des § 114 S. 1 VwGO festgestellt wird. Dass die Behörde bei richtiger Ermessensausübung in dem einen oder anderen Sinne hätte entscheiden müssen, geht über die bei der Anfechtungsklage zu treffende Feststellung eines Ermessensfehlers hinaus und verbietet sich von daher als für die Entscheidung unerheblich.<sup>757</sup> Konzentrieren Sie sich daher ausschließlich auf die von der Behörde im Bescheid oder Widerspruchsbescheid angegebene Begründung und legen Sie dar, dass deren Entscheidung (nicht) zu beanstanden ist. Wie bereits unter → Rn. 305 erwähnt, ist Gegenstand der gerichtlichen Nachprüfung der ursprüngliche VA mit dem Inhalt und der Begründung, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat. Hat die Widerspruchsbehörde andere Ermessenserwägungen angestellt als die Ausgangsbehörde, ist ausschließlich von diesen auszugehen.<sup>758</sup> Ermessensfehler der Widerspruchsbehörde machen den VA also insgesamt rechtswidrig.

Eine methodisch **saubere Ermessensprüfung** sieht wie folgt aus:<sup>759</sup> Zuerst müssen Sie den Zweck der Ermächtigung feststellen und darlegen. Danach ist im Wege der Subsumtion zu ermitteln, ob die von der Behörde vorgenommenen Erwägungen von diesem festgestellten Zweck der Ermächtigung gedeckt werden oder nicht. Ist dies der Fall, ist die Ermessensentscheidung sachgerecht, andernfalls fehlerhaft. Mögliche

<sup>754</sup> Kment/Vorwalter JuS 2015, 193 (198).

<sup>755</sup> Kment/Vorwalter JuS 2015, 193 (198).

<sup>756</sup> Vgl. Proppe JA 1997, 418.

<sup>757</sup> Proppe JA 1993, 199 (201); BVerwG NVwZ 2016, 1577: Das Gericht darf in seine Ermessensprüfung nicht Erwägungen einstellen, die die Behörde in ihrem Bescheid selbst nicht benannt und im Laufe des Prozesses auch nicht zulässigerweise gemäß § 114 S. 2 VwGO nachgeschoben hat.

<sup>758</sup> S. auch Klein apf 2004, 1 (5).

<sup>759</sup> Nach Proppe JA 1993, 199 (201); s. auch Seegmüller JA 2011, 780.

Ermessensfehler sind Ermessensnichtgebrauch, Ermessensunterschreitung, Ermessensfehlgebrauch und Ermessensüberschreitung.<sup>760</sup>

Von **Ermessensnichtgebrauch** spricht man, wenn die Behörde nicht erkennt, dass es sich um eine Ermessensentscheidung handelt. Eine Formulierung wie „daher musste die getroffene Entscheidung ergehen“ ist dafür lediglich ein Indiz. Prüfen Sie deshalb zunächst, ob sich Ermessensüberlegungen der Behörde, auch wenn sie nicht ausdrücklich als solche bezeichnet sind, aus dem Gesamtzusammenhang der Begründung, insbesondere aus einer Auslegung des angegriffenen Bescheids oder des Widerspruchsbescheids, ergeben.<sup>761</sup> Ist ein nach dem Gesetz an sich bestehender Ermessensspielraum im Einzelfall auf Null reduziert, ist das Fehlen von Ermessensabwägungen im Bescheid unschädlich.

Bei der **Ermessensunterschreitung** geht die Behörde von einer tatsächlich nicht bestehenden Beschränkung ihres Ermessensspielraums aus. Ein Beispiel: Die Behörde erlässt gegen den nicht mit dem Halter identischen Führer des abgeschleppten Pkw einen Kostenbescheid in der Annahme, sie dürfe nur gegen den Führer des Pkw vorgehen.

Eine **Ermessensüberschreitung** liegt vor, wenn die im Ermessenswege verhängte Rechtsfolge von der gesetzlichen Ermächtigung nicht gedeckt ist.

Hat die Behörde von dem ihr vom Gesetz eingeräumten Ermessen nicht entsprechend dem Sinn und Zweck des Gesetzes Gebrauch gemacht, so handelt es sich um einen **Ermessensfehlgebrauch**. Die gerichtliche Kontrolle ist auf die Prüfung beschränkt, ob sich die Behörde von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen. Dies umfasst die Prüfung, ob die Behörde den oder die Zwecke des Gesetzes zutreffend und vollständig erfasst und sich bei der Begründung in diesem Rahmen gehalten hat.<sup>762</sup> Stützt die Behörde eine Ermessensentscheidung auf mehrere die Entscheidung selbstständig tragende Beweggründe, so genügt die rechtliche Fehlerfreiheit auch nur eines Grundes für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung.<sup>763</sup> Tragen dagegen mehrere Beweggründe zusammen die Entscheidung der Behörde, so hängt deren Rechtmäßigkeit von der Sachgemäßheit sämtlicher angegebener Gründe ab.<sup>764</sup>

**Rechtliche Grenzen des Ermessens** ergeben sich auch aus dem **Gleichbehandlungsgebot** bzw. Willkürverbot bzw. aus **Verwaltungsvorschriften**. Über Verwaltungsvorschriften bindet eine Behörde sich selbst und gegebenenfalls nachgeordnete Behörden im Sinne einer gleichmäßigen Ermessensausübung bei gleich oder ähnlich gelagerten Fällen. Hiervon darf sie nur im Einzelfall aus besonderen, atypischen Gründen abweichen.<sup>765</sup>

- 337 Weitere Schranken ergeben sich aus dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** bzw. dem Übermaßverbot, dem Grundsatz von Treu und Glauben und des Vertrauensschutzes sowie aus dem **Europarecht** (zB bei der Rücknahme einer europarechtswidrigen Subvention). Nun ein **Formulierungsbeispiel** für eine Ermessensprüfung:

<sup>760</sup> Ausführlich hierzu *Ramsauer* Assessorprüfung Rn. 37.01 ff.; *Kment/Vorwalter* JuS 2015, 193 (199).

<sup>761</sup> *BVerwG* NVwZ 1988, 525.

<sup>762</sup> *Eyermann/Rennert* VwGO § 114 Rn. 20.

<sup>763</sup> *BVerwGE* 62, 215 (222); *BVerwG* NJW 2001, 1878.

<sup>764</sup> *BVerwG* NVwZ 1988, 442.

<sup>765</sup> Vgl. *OVG Münster* NWVBl. 2016, 282; *VGH Mannheim* NVwZ 1999, 547; *Vofßkuhle/Kaufhold* JuS 2016, 314.