

## Öffentliches Recht für Rechtsreferendare

Grundprinzipien, Klausurtipps, Fallbeispiele

Bearbeitet von  
Dr. Marion Leuze-Mohr

3., überarbeitete Auflage 2012. Buch. 352 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 415 04895 9

[Recht > Öffentliches Recht > Öffentliches Recht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

# Kapitel 2

## Abfassen von Verwaltungsentscheidungen

Susanne Diebold

### A. Vorbemerkungen

Gerade beim 2. Staatsexamen werden die „Formalia“ von den Referendaren oft unterschätzt. Dabei sollte man sich vor Augen halten, dass der Korrektor – als Verwaltungspraktiker – zu Recht auch den formal sauberen Aufbau einer Verwaltungsentscheidung in der Klausur bewertet. Dieses Kapitel beinhaltet daher besonders examensrelevante und in der Verwaltungsstation praktisch verwendbare Hinweise und Tipps für die sichere formale Gestaltung von Verwaltungsentscheidungen.

Die Grundlagen der gesetzlichen Regelungen für das Verwaltungshandeln im öffentlich-rechtlichen Bereich finden Sie in den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder. Zur Vereinfachung werden im Folgenden die Normen des VwVfG zitiert, denn die Länderregelungen sind nahezu wortgleich und mit der gleichen „Hausnummer“ versehen.

### B. Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung

Die Möglichkeiten der Verwaltung zu handeln und Entscheidungen zu treffen, sind vielfältiger als gemeinhin angenommen. Die wichtigste und wohl häufigste Handlungsform, gerade beim Gesetzesvollzug, ist der Verwaltungsakt. Deshalb wird dem Verwaltungsakt in seinen vielfältigen Formen im Folgenden auch breiten Raum gegeben. Aber es gibt für die Verwaltung auch andere, gängige Handlungsmöglichkeiten, die in der Praxis Anwendung finden. Es ist sinnvoll, aus den Merkmalen eines Verwaltungsaktes weitere Möglichkeiten abzuleiten:

Nach § 35 VwVfG ist ein Verwaltungsakt eine:	demgegenüber gibt es:
einseitige (hoheitliche) Maßnahme	zweiseitiges Handeln der Behörde, z. B. in Form des <b>öffentlich-rechtlichen Vertrags</b> , § 54 ff. VwVfG, zwischen Verwaltung und Privatpersonen oder z. B. auch zwischen Kommunen/Körperschaften vgl. § 25 GKZ B-W, § 1 Abs. 2 GKG NRW, Art. 2, 4 bayr. KommZG.
zur Regelung	<b>schlichtes Verwaltungshandeln</b> , z. B. Realakte, Maßnahmen, die auf schlichten Erfolg abzielen wie z. B. die Warnung vor jugendgefährdenden Schriften oder das Erteilen von Unterricht oder die Versorgung der Bevölkerung mit Informationen.
eines Einzelfalls	<b>Rechtsnormen</b> der Verwaltung wie <b>Satzungen</b> , z. B. Abfallsatzung, Gebührensatzung und <b>Rechtsverordnungen</b> , die eine unbestimmte Vielzahl von Fällen regeln, z. B. Polizeiverordnungen § 10 PolG B-W, Verordnungen der Ordnungsbehörden § 27 OBG NRW, Art. 42 bayr. Landesstrafrecht oder Verordnung über Nutzung eines Badesees nach § 28 Abs. 2 WasserG B-W, § 34 LWG NRW, Art. 22 bayr. WasserG.
auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts	<b>privatrechtliches Handeln</b> wie fiskalisches Handeln oder die Wahl von privatrechtlichen Rechtsformen z. B. das Betreiben eines Bades in der Form einer GmbH. Hier kann je nach Fallkonstellation neben dem Privatrecht auch das öffentliche Recht u. a. das Grundgesetz zu beachten sein, z. B. bei Fragen der Zulassung zur Nutzung eines Bades. „Verwaltungsprivatrecht“ ist das hier zutreffende Stichwort.

mit Außenwirkung	Innerbehördliche Akte z. B. <b>Dienstanweisungen oder Richtlinien</b> , die aber ausnahmsweise auch für dritte Private relevant werden können, z. B. bei der Frage der Selbstbindung der Verwaltung im Rahmen der Ermessensausübung.
------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Examensrelevant sind bei den weiteren Handlungsmöglichkeiten vor allem die Themen „öffentlich-rechtliche Vertrag“ und „Satzung bzw. Rechtsverordnung“, die im Abschnitt „Methodik der Fallbearbeitung und rechtliche Gestaltung“ eingehend behandelt werden.

## C. Der Verwaltungsakt

- 3 Definiert und im Detail geregelt ist der Verwaltungsakt in den § 35 ff. VwVfG. Der Begriff des Verwaltungsaktes ist in Bund und Ländern identisch.<sup>1</sup> Der Verwaltungsakt ist der Zentralbegriff des Verwaltungsrechts.

### I. Aufbau

- 4 Der Aufbau eines Verwaltungsaktes ist nicht verbindlich festgelegt, es kommt auch nicht auf seine Bezeichnung, z. B. Verfügung, Bescheid, Anordnung, an. Er muss auch nicht notwendig schriftlich, § 37 Abs. 2 VwVfG, ergehen. Soweit möglich sollte die Schriftform schon allein aus Gründen der Eindeutigkeit und aus Beweiszwecken gewählt werden. Der VA ist grundsätzlich zu begründen, § 39 Abs. 1 VwVfG (Ausnahmen sind in Abs. 2 geregelt). Um alle formellen und materiellen Voraussetzungen eines Verwaltungsaktes zu erfüllen (vgl. § 37 VwVfG), hat sich nachfolgendes Schema zum Erlass eines Verwaltungsaktes bewährt:

		Anmerkungen
Kopf	<p>Erlassende Behörde</p> <p>Ort, Anschrift Bearbeiter Telefonnr. Aktenzeichen Datum</p> <p>Adressat mit Postanschrift Betreff Bezug Anlage Anrede</p>	<p>Beim Landratsamt sieht man am Kopfbogen nicht, ob die Behörde im Bereich der Selbstverwaltung (Landkreis) oder als Untere Verwaltungsbehörde (Landratsamt) gehandelt hat. So ist die Aufgabenteilung in Baden-Württemberg geregelt. Ähnliches gilt aber auch für die verschiedenen Zuständigkeiten der Kreise in NRW und Bayern. Auch Gemeinden/Städte verwenden unabhängig von der Art der Aufgabenerfüllung einen einheitlichen Kopfbogen.</p>
Tenor	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Hauptregelung (§ 35 VwVfG)</li> <li>– ggf. Nebenbestimmungen (§ 36 VwVfG), ggf. Anordnung der sofortigen Vollziehung</li> <li>– Androhung von Zwangsmitteln (§§ 20, 19 VwVG)</li> <li>– Kostenentscheidung, Gebührenentscheidung</li> </ul>	<p>Die Behörde sollte klar und eindeutig formulieren, sodass der Bürger erkennt, was die Behörde aussagen will bzw. was vom Bürger verlangt wird.</p>
Gründe	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Sachverhaltsdarstellung</li> <li>– rechtliche Würdigung</li> </ul>	<p>Alle Tatsachen und Gesichtspunkte, die Grundlage für die Entscheidung waren und sämtliche Abwägungsüberlegungen müssen dargestellt werden. Die sich daraus ergebende rechtliche Wertung ist zu begründen. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung bedarf einer gesonderten Begründung. Ggf. müssen auch die Nebenentscheidungen gesondert begründet werden.</p>

<sup>1</sup> Kopp/Ramsauer, § 35 Rn. 2.

Rechtsbehelfsbelehrung	§§ 59, 58 VwGO	Nur durch eine korrekte Rechtsbehelfsbelehrung beginnt die Frist zu laufen. Fehlt die Belehrung oder ist sie fehlerhaft, ist der Rechtsbehelf innerhalb eines Jahres zulässig.
Unterschrift	§ 37 Abs. 3, 4 VwVfG	Im Normalfall unterschreibt der zuständige Sachbearbeiter. Bisweilen aber auch der Vorgesetzte, sodass der im Briefkopf angegebene Bearbeiter vom Unterzeichner abweicht, was unschädlich ist.
Dienstsiegel		Damit ist der „Stempel“ der Behörde mit einer Nummer etc. gemeint.
Verfügungen	z. B. Wiedervorlagetermin, Weiterleitungen an andere Abteilungen, z. B. „zur Kenntnis“ oder „zur weiteren Veranlassung“.	Dies ist nur auf der internen Ausfertigung vermerkt, die in die Akte genommen wird. Der Adressat sieht diesen Teil nicht.

## II. Original eines Verwaltungsakts

5

So kann ein Verwaltungsakt in der Praxis aussehen:



Bankverbindung: Sparkasse Neckartal-Odenwald BLZ (674 500 48) KontoNr300 650 9  
Volksbank Mosbach BLZ 674 600 41 Konto Nr. 250 007  
www.neckar-odenwaldkreis.de

Landratsamt Neckar-Odenwald-Kreis \* Postfach 1464 \* 74819 Mosbach

### -Einschreiben-

Herrn  
Aaaa Aaaaa  
B-Straße  
7xxxx A-Stadt

### Landratsamt Fachbereich 2 Baurecht

Renzstraße 7  
74821 Mosbach  
0 62 61/84-0

Ansprechpartnerin  
Mitarbeiter A  
Zimmer 2.xxx, Gebäude II  
Telefon  
0 62 61/84-xxx  
Fax  
0 62 61/1xxxxx  
E-Mail  
xyz@neckar-odenwald-  
kreis.de

Sprechzeiten  
Mo 08.00–12.00 Uhr  
Do. 8.00–17.00 Uhr  
Weitere Termine nach  
Vereinbarung

Aktenzeichen  
000000000/000

01.02.2009

Bauherr: Aaaa Aaaaa, 7xxxx A-Stadt  
Baugrundstück: A-Stadt, B-Straße  
Flurstück-Nr.: 000  
Bauanfrage: Errichtung eines Lagerschuppens zur Unterbringung von Brennholz und Geräten

Sehr geehrter Herr Aaaaa,

es ergeht folgende baurechtliche Entscheidung:

1. Ihre Bauvoranfrage zur Errichtung eines Lagerschuppens zur Unterbringung von Brennholz und Geräten in A-Stadt Flst. Nr. 000 wird abgelehnt.

## 2. Gebührenfestsetzung

– Nr. § 2 ABS. 2 GEBVO Ablehnungen	€	70,00
<b>Gesamtbetrag</b>	€	<b>70,00</b>

Die festgesetzte Verwaltungsgebühr wird mit der Bekanntgabe der Gebührenfestsetzung an Sie fällig (§ 18 LGebG). Sie ist innerhalb eines Monats nach Fälligkeit unter Angabe des

### **Buchungszeichens 0.0000.000000.0**

an die Kreiskasse des Landratsamtes Neckar-Odenwald-Kreis auf eines der nebenstehenden Konten zu bezahlen.

### **Gründe:**

Die baurechtliche Überprüfung Ihrer Bauvoranfrage hat ergeben, dass der beantragte Bauvorbescheid wegen Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften nicht erteilt werden kann:

Eine Ausfertigung der Bauvoranfrage haben wir mit Schreiben der Gemeinde A-Stadt vom 11.09.2008 am 14.09.2008 erhalten. Die Anfrage wurde unter Anhörung der Gemeinde A-Stadt geprüft. Über die Zulässigkeit solcher Vorhaben kann grundsätzlich nur im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden werden. Die Gemeinde A-Stadt hat das nach § 36 Baugesetzbuch (BauGB) notwendige Einvernehmen nicht erteilt. Das versagte Einvernehmen wurde damit begründet, dass mit dem geplanten Vorhaben öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 Baugesetzbuch (BauGB) beeinträchtigt werden.

Mit Schreiben vom 05.11.2008 wurden Sie zu der beabsichtigten Antragsablehnung angehört und es wurde Ihnen rechtliches Gehör eingeräumt. Sie haben sich innerhalb der Frist nicht geäußert.

Schon wegen des fehlenden Einvernehmens der Gemeinde A-Stadt zu Ihrem beantragten Vorhaben kann eine Genehmigung nicht erteilt werden, § 36 BauGB. Die Rechtsauffassung der Gemeinde A-Stadt ist darüber hinaus nicht zu beanstanden.

Die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens beurteilt sich vorliegend nach § 35 BauGB, da das zur Bebauung vorgesehene Grundstück im Außenbereich liegt. Da sie keinen privilegierten Betrieb führen, handelt es sich um ein sogenanntes „Sonstiges Vorhaben“ im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB. Solche Vorhaben sind nur zulässig, wenn sie öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB nicht beeinträchtigen. Dies ist aber vorliegend der Fall. Zu Recht wird verwiesen auf die Darstellungen des Flächennutzungsplanes. Das zur Bebauung vorgesehene Grundstück ist in dem rechtsverbindlichen Flächennutzungsplan als landwirtschaftliche Nutzfläche dargestellt. Der Flächennutzungsplan ist zwar keine Rechtsnorm und entfaltet damit gegenüber dem Bürger keine unmittelbaren Rechtswirkungen. Er gibt aber die Planungsvorstellungen der Gemeinde wieder. In dem Flächennutzungsplan bringt die Gemeinde in einem gesetzlich geregelten Verfahren positiv zum Ausdruck, wie die bauliche Entwicklung zukünftig verlaufen soll. Der Plan ist damit Grundlage der geordneten baulichen Entwicklung der Gemeinde und daher ein öffentlicher Belang. Diesem Plan lässt sich eindeutig entnehmen, dass eine Bebauung des Grundstücks nicht vorgesehen ist. Auch wird eine Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft gemäß § 35 Abs. 3 BauGB gesehen. Mit diesem Tatbestandsmerkmal soll gewährleistet werden, dass die Außenbereichslandschaft in ihrer Bestimmung für die naturgegebene Bodennutzung erhalten bleibt und in dieser natürlichen Funktion vor dem Eindringen funktionswidriger Bodennutzungen geschützt wird. Auch würde man bei Zulassen des Vorhabens ein Berufungsfall schaffen auf dem sich weitere Bauinteressenten berufen könnten.

Die hier nicht mehr benötigten Planfertigungen geben wir angeschlossen zurück.

Die Gebühr für diese Entscheidung ist vom Bauherrn zu entrichten. Die Gebührenfestsetzung beruht auf den §§ 1–5, 7, 12 und 16 des Landesgebührengesetzes i.V.m. der hierzu ergangenen Gebührenverordnung und des Gebührenverzeichnisses des Landratsamtes Neckar-Odenwald-Kreis.

**RECHTSBEHELFSBELEHRUNG:**

Gegen diese Verfügung kann innerhalb eines Monats nach Zustellung beim Landratsamt Neckar-Odenwald-Kreis, Renzstraße 7, 74821 Mosbach schriftlich oder beim Regierungspräsidium Karlsruhe, Schloßplatz 1–3, 76247 Karlsruhe, Widerspruch erhoben werden.

Mit freundlichen Grüßen

Mitarbeiter A

2 Anlagen

II. Beiliegende 2 Planfertigungen Ziffer I anschließen

III. Zustellung von Ziffer I gegen Einschreiben

IV. Nachricht von Ziffer I erhält die

Gemeinde A-Stadt

7xxxx A-Stadt

zur Kenntnis

V. Wv. 6 Wochen (Bestandskraft?)

**Klausurtyp:**

In der Examensklausur wird eher selten ein vollständiger Verwaltungsakt abgedruckt sein, meist werden nur die wesentlichen Gründe wiedergegeben, wobei Sie dann davon ausgehen können und müssen, dass im Verwaltungsakt auch nicht mehr Erwägungen als die in der Klausur abgedruckten angestellt wurden. Im Aktenvortrag/in der mündlichen Prüfung oder in der Praxis werden Sie allerdings mit vollständigen Verwaltungsakten konfrontiert.

**III. Wer initiiert einen Verwaltungsakt?**

Die Initiative kann von der Behörde ausgehen. Grundsätzlich entscheidet gem. § 22 VwVfG die Behörde, sog. **Offizialprinzip**, nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und wann sie ein **Verwaltungsverfahren** durchführt, sog. **Opportunitätsprinzip**. Das **Offizialprinzip** korrespondiert mit dem **Untersuchungsgrundsatz** bzw. dem **Grundsatz der Amtsermittlung** im **Verwaltungsverfahren**, § 24 VwVfG, d. h., die Behörde muss alle **Tatsachen** und **Entscheidungsgrundlagen** von sich aus ermitteln. Es gibt aber auch gesetzlich festgelegte **Mitwirkungspflichten** des Bürgers; so muss z. B. im **Ausländerrecht** der **Ausländer** **Urkunden** selbst in **beglaubigter Übersetzung** beibringen, § 82 **AufenthG**. **Abweichungen** vom **Opportunitätsprinzip** ergeben sich, wenn **Spezialgesetze** es einschränken, sodass die Behörde von **Amts** wegen **tätig** werden muss, § 22 Satz 2, Nr. 1, 1. Alt. VwVfG. So ist z. B. gem. § 35 **GewO** die **Ausübung** des **Gewerbes** bei **Unzuverlässigkeit** zu untersagen. Liegt also eine **Unzuverlässigkeit** vor, muss die Behörde das **Verfahren** einleiten, ohne dass ihr **Raum** für **Ermessenserwägungen** bleibt. **6**

Die Initiative kann aber auch vom **Bürger**, der einen **Antrag** stellt, ausgehen. Dies kann der Fall sein, wenn zwar die Behörde **ermächtigt** ist, das **Verfahren** von **Amts** wegen einzuleiten, der **Rechtssatz** aber nicht nur dem **öffentlichen Interesse** dient und der **Bürger**, ohne ein **ausdrückliches gesetzliches Antragsrecht** zu haben, einen **Antrag** stellt. So z. B. der **Antrag/die Anregung** des **Nachbarn**, die **Sperrstunde** einer **Gaststätte** anders festzusetzen. Der **Bürger** kann gem. § 22 Satz 2 Nr. 1 2. Alt. VwVfG aus dem **materiellen Recht** einen **subjektiven Anspruch** auf **Tätigwerden** auf seinen **Antrag** hin haben, sodass die Behörde dann auf **Antrag** ein **Verfahren** einleiten muss. Zuletzt gibt es noch den Fall der **Antragserfordernis**, d. h., die Behörde kann ohne **Antrag** des **Bürgers** gar **keinen VA** erlassen, § 20 Satz 2, Nr. 2 VwVfG. Dies gilt für **nahezu alle Verfahren**, die auf **Genehmigung** ausgerichtet sind, z. B. ein **Antrag** auf **Erteilung** einer **Baugenehmigung**. **Verwechselt** werden darf dies aber nicht mit der **Möglichkeit** oder der **Pflicht** der Behörde, durch **Verwaltungsakte** einzugreifen, wenn ohne **Baugenehmigung** und **materiell baurechtswidrig** ein **Gebäude** errichtet wird.

## IV. Anhörung

- 7 § 28 VwVfG regelt als zentrale Vorschrift für das Verwaltungsverfahren die Verpflichtung zur Anhörung der Beteiligten, die durch einen Verwaltungsakt in ihrem Rechten negativ betroffen werden können (also bei belastenden Verwaltungsakten). In dieser Regelung findet der Rechtsgrundsatz auf rechtliches Gehör seinen Niederschlag. Die Anhörung dient neben der Wahrung der Rechte des Betroffenen gleichzeitig auch als Mittel zur Sachverhaltsaufklärung und als Beweismittel.<sup>2</sup> Die Ausnahmen von der Anhörungspflicht sind (nicht abschließend) in § 28 Abs. 2, 3 VwVfG geregelt.

Es ist keine Form der Anhörung vorgeschrieben, die Behörde entscheidet in Ausübung ihres Ermessens, ob sie schriftlich, mündlich oder telefonisch anhört. Eine Fristsetzung zur Äußerung bei einer schriftlichen Anhörung ist nicht notwendig, aber sinnvoll. Denn wird die Frist überschritten, führt das zwar nicht zur Präklusion, ermöglicht aber der Behörde auch ohne die Stellungnahme des Betroffenen zu entscheiden. Liegt eine Stellungnahme vor, muss sich die Behörde bei der Entscheidungsfindung auch mit ihr auseinandersetzen. Dies muss, vor allem wenn sie dem Vortrag des Beteiligten nicht folgen will, in der Begründung des VA dargestellt werden. Die Behörde braucht bei der Anhörung nicht schon die beabsichtigte Entscheidung mitzuteilen, kann es aber, wenn sie es für sinnvoll hält.

Wird ein belastender Verwaltungsakt ohne vorherige Anhörung erlassen, so führt dies grundsätzlich zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes. Zur Aufhebung des Verwaltungsaktes kommt es jedoch nur, wenn sich der Fehler auf das Ergebnis ausgewirkt haben kann<sup>3</sup>, was aber nur eine sehr niedrige Hürde darstellt. Die fehlende Anhörung (und die Behandlung des Vortrags in der Begründung) ist heilbar. Die Anhörung kann zum einen bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden, § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG. Zum anderen heilt der Vortrag des Beteiligten im Widerspruchsverfahren und die Auseinandersetzung mit dem Vortrag in der Widerspruchsbegründung den Fehler der Ausgangsbehörde, da dieses Vorgehen alleine als Anhörung gewertet wird.<sup>4</sup> Dies ist nachvollziehbar, da das Recht des Betroffenen auf rechtliches Gehör zu schützen ist und er seine Auffassung in der Widerspruchsbegründung darlegte und damit rechtliches Gehör erhielt.

## V. Ermessen – Abwägung

- 8 Soweit es sich nicht um einen gebundenen Verwaltungsakt handelt, im Gesetz durch den Wortlaut „... ist zu ...“ oder „... hat die Behörde ...“ oder „... muss ...“ erkennbar, kommt der Behörde beim Erlass eines Verwaltungsaktes Ermessen zu, wobei sie das Ermessen pflichtgemäß ausüben muss, § 22 VwVfG. Dies bedeutet gem. § 40 VwVfG, dass sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausübt und die gesetzlichen Grenzen einhält. Gleiches gilt für Beurteilungs- und Planungsentscheidungen.<sup>5</sup> Als Beurteilungsspielräume werden die Spielräume auf der Tatbestandsseite bezeichnet (z. B. Bewertung von Prüfungsleistungen, die beamtenrechtliche Frage der „Eignung“, ...), während auf der Rechtsfolgenseite Ermessensspielräume vorliegen. Bei sog. „Soll-Vorschriften“ ist die Behörde strikt an den Regelfall gebunden und eine Abweichung ist nur in atypischen Fällen möglich. Ob ein Fall atypisch ist, ist vom Gericht voll nachprüfbar.

Dem Recht und der Pflicht der Behörde auf Ermessensausübung steht das subjektive – einklagbare – Recht des betroffenen Bürgers auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung gegenüber. Nur bei einer Ermessensreduzierung auf null, d. h., wenn nur eine einzige Entscheidung rechtmäßig ist, verdichtet sich das Recht des Bürgers ggf. auf einen Anspruch aus dem materiellen Recht.<sup>6</sup> Natürlich kann sich die Ermessensreduzierung auch so auswirken, dass nur eine Ablehnung möglich ist.



### *Klausurtyp:*

Die pflichtgemäße und fehlerfreie Ermessensausübung stellt sowohl in der Verwaltungspraxis als auch in den Examesklausuren einen deutlichen Schwerpunkt dar. Insofern ist das Beherrschen und das „Anwenden-Können“ dieser Materie wichtig. Insbesondere sollte nicht ver-

<sup>2</sup> Kopp/Ramsauer, § 28 Rn. 1.

<sup>3</sup> Kopp/Ramsauer, § 28 Rn. 78.

<sup>4</sup> BVerwG, Urt. v. 17.08.1982, NVwZ 1983, 284.

<sup>5</sup> Kopp/Ramsauer, § 40 Rn. 4.

<sup>6</sup> Kopp/Ramsauer, § 40 Rn. 32ff.

gessen werden, den jeweils vorliegenden Sachverhalt auch inhaltlich unter die jeweils passende Norm zu subsumieren.

Die Betätigung des Ermessens ist die Abwägung aller nach dem Zweck der Ermächtigung maßgeblichen Tatsachen und Gesichtspunkte gegen- und untereinander.<sup>7</sup> Zunächst müssen die maßgeblichen Gesichtspunkte – der Sachverhalt – ermittelt werden. Hier herrscht grundsätzlich der Amtsermittlungsgrundsatz, wobei jedoch eine – wenn auch geringe – Mitwirkungspflicht der Betroffenen besteht, § 26 Abs. 2 VwVfG. Die Pflicht besteht insbesondere für Gesichtspunkte, die in der Sphäre des Betroffenen liegen und für die Behörde nicht ohne Weiteres erkennbar sind. Sind alle Gesichtspunkte zusammengetragen, sind sie zu gewichten und abzuwägen.



**Klausurtyp:**

Wenn es sich um eine Anwaltsklausur handelt, sollten Sie immer daran denken, dass Sie alle Argumente, die dem Ziel des Anwalts dienen, gegenüber der Verwaltung vortragen sollten. Zwar herrscht im Verwaltungsverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz, die Verwaltung kann aber Dinge unberücksichtigt lassen, die ihr nicht bekannt sind und die in der persönlichen Sphäre der Beteiligten liegen, § 26 Abs. 2 VwVfG.<sup>8</sup>

## 1. Ermessensfehler

Schon bei der Ermittlung des Sachverhalts kann es zu Ermessensfehlern kommen. Sind nicht alle erheblichen Tatsachen bzw. Gesichtspunkte zusammengetragen, kommt es zu einem **Ermessensdefizit**. 9



**Klausurtyp:**

Es ist weniger wichtig, dass Sie die genaue Bezeichnung des Fehlers, z. B. Ermessensdefizit, erwähnen, als dass Sie den Fehler im Sachverhalt erkennen und in der Begründung des Verwaltungsaktes „festmachen“ können“.

Nach der Ermittlung müssen die Gesichtspunkte entsprechend ihrer Gewichtung abgewogen werden. Die Abwägung muss genauso wie die Ermittlung konkret und fallbezogen sein.

Die Behörde muss ihr Ermessen auch tatsächlich ausüben. Geht sie z. B. fehlerhaft von einer gebundenen Entscheidung oder davon aus, dass ihr kein oder nur ein eingeschränktes Ermessen zusteht, dann handelt es sich um den Fehler, der als **Ermessensnichtgebrauch (oder -ausfall)** bezeichnet wird. So z. B. wenn der Bearbeiter auf Weisung eines Vorgesetzten handelt, dem nicht alle relevanten Gesichtspunkte bekannt sind.

Die Behörde darf sich auch nicht von sachfremden Erwägungen, die für den Zweck der Ermächtigungsnorm irrelevant sind, leiten lassen. Darin läge ein **Ermessensfehlgebrauch**.

**Beispiel:**

Die Behörde darf z. B. einen Antrag auf die Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis zum Aufstellen von Stühlen und Tischen vor einem Café auf dem Bürgersteig nicht mit der Begründung ablehnen, es entsünde dabei ein stärkeres Abfallaufkommen an der Straße, denn dies ist kein Argument, dass dem Zweck des FStrG unterfällt.

Die Behörde muss den Tatsachen und Gesichtspunkten bei der Abwägung auch das richtige Gewicht beimessen, das ihnen bei objektiver Betrachtung zukommt. Wenn die Bedeutung eines Gesichtspunkts verkannt wurde oder der gefundene Ausgleich im Missverhältnis zur objektiven Gewichtung steht, stellt auch dies jeweils einen Fehler dar, der als **Ermessensfehlengewichtung und – disproportionalität** bezeichnet wird.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Kopp/Ramsauer, § 40 Rn. 52.

<sup>8</sup> Vgl. Bosch/Schmidt, S. 12f.

<sup>9</sup> VGH München, Urt. v. 9.11.1983, NVwZ 1984, 383 ff.

**Beispiel:**

Ist für eine Behörde z. B. immer das Merkmal des Ruhebedürfnisses der Nachbarn ab 22.00 Uhr bei der Festlegung der Sperrstunde für eine Gaststätte von ausschlaggebender Bedeutung, gleichgültig in welchem Gebiet sich die Gaststätte befindet und unabhängig vom Wochentag, kann hierin eine Fehlgewichtung liegen.

Die Entscheidung der Behörde darf weder unverhältnismäßig sein noch darf sie Gleichheitsgrundsätze missachten. Hat sich bei der Behörde etwa eine rechtmäßige Verwaltungspraxis bei gleich gelagerten Fällen ausgebildet, oder liegt eine Verwaltungsvorschrift vor, so kann die Behörde davon nicht ohne sachlichen Grund abweichen. Unter dem Aspekt der Selbstbindung der Verwaltung ist ihr Ermessen eingeschränkt, wobei sie ihr Ermessen in jedem Fall konkret auf diesen Einzelfall bezogen ausüben hat, d. h., sie muss prüfen, ob ein „Standard-Fall“ auch tatsächlich vorliegt. Will die Behörde zukünftig ihre Praxis ändern, muss sie darlegen, dass die Neuausrichtung für die Zukunft allgemein gilt und nicht nur in diesem Einzelfall.



**Klausurtyp:**

Im Sachverhalt sind normalerweise viele Punkte und Argumente genannt, die Bestandteil der Abwägung waren oder hätten sein sollen. Greifen Sie alle diese Punkte und Argumente auf und bewerten Sie gegebenenfalls; arbeiten Sie sie alle ab. Denn oft sind im Klausurtext alle relevanten Probleme des Falls angesprochen. Gerade wenn es sich um eine Klausur in einem Rechtsgebiet des besonderen Verwaltungsrechts handelt, in dem nur Grundlagenwissen gefordert ist, sind diese Argumente oft der Einstieg bzw. zeigen den Weg zu den wesentlichen Normen.

Ergibt sich aus der Begründung eines Verwaltungsaktes, dass Gesichtspunkte nicht in die Begründung eingeflossen sind, d. h., sind sie einfach nicht erwähnt, dann lässt schon dies auf einen Fehler schließen, denn die Behörde ist beweispflichtig, dass sie ihr Ermessen ausgeübt hat, weshalb sie ihre Überlegungen in der Begründung darstellen muss. Das Fehlen einer Begründung indiziert einen Mangel, ohne dass das Gericht noch weitere Nachforschungen anstellen müsste.<sup>10</sup> Wird z. B. im Rahmen einer Vergabe von Standplätzen für einen Jahrmarkt von Antragsteller vorgetragen, er habe schon seit 10 Jahren erfolgreich am Markt teilgenommen, und wird das Argument „bekannt und bewährt“ von der Behörde im Ablehnungsbescheid nicht erwähnt, so liegt ein Ermessensfehler vor, da maßgebliche Argumente gar nicht berücksichtigt/abgewogen wurden.

Nur wenn Sie (nach der Aufgabenstellung) selbst als Behörde einen Verwaltungsakt zu erlassen haben, können und sollen Sie eigene Argumente finden, die über die im Klausurtext geschilderten Überlegungen und Abwägungen hinausgehen. In diesem Fall müssen Sie Ihr Ermessen ausüben, d. h. alle Ihre Ermessenserwägungen und die korrespondierende rechtliche Begründung umfassend darstellen. Schreiben Sie aber eine Klausur, in der das Gericht einen Verwaltungsakt auf Ermessensfehler untersucht, so ist es nicht Ihre Aufgabe, für die Verwaltung nach zusätzlichen Argumenten zu suchen, mit denen der Verwaltungsakt „noch zu halten“ ist. Dies ist nicht die Aufgabe eines Gerichts. Liegen Fehler vor, sind diese „aufzuspüren“, ggf. auf ihren Einfluss auf den Verwaltungsakt zu prüfen und in der Regel ist der Verwaltungsakt aufzuheben. Sind Sie aber nach der Aufgabenstellung der Behördenvertreter in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren können Sie noch weitere (eigene) Ermessenserwägungen nachschieben.

## 2. Rechtsfolgen von Ermessensfehlern

### 10 Ermessensfehler führen i. d. R. zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes.

Grundsätzlich führen Ermessensfehler nicht zur Nichtigkeit, § 44 VwVfG des Verwaltungsaktes. Denn nur besonders schwer wiegende Fehler, die offensichtlich sind, z. B. Willkür, führen zur Nichtigkeit. Diese Grenze wird bei Ermessensfehlern kaum überschritten werden. Dies ist auch sinnvoll, denn die Regelungen zur Nichtigkeit gehen davon aus, dass Verwaltungsakte grundsätzlich wirksam sein soll-

---

<sup>10</sup> Kopp/Ramsauer, § 40 Rn. 38.

ten, da die Rechtssicherheit ein wichtiges Element des Rechtsstaatsprinzips ist. Würde jede Fehlerhaftigkeit zur Nichtigkeit führen, würde dies wegen der Vielzahl der Fehlermöglichkeiten gerade bei Abwägungsvorgängen zu großen Unsicherheiten und Vertrauensverlusten für die Rechtssicherheit bei den Bürgern führen. Denn die Fehler sind für den Bürger nicht immer ohne Weiteres erkennbar.<sup>11</sup> Insofern ist die Nichtigkeitsfolge grundsätzlich die Ausnahme im Verwaltungsverfahren.

### 3. Heilung

Fehler bei der Ermessensausübung können zum einen durch die fehlerfreie Ermessensausübung und Begründung der Widerspruchsbehörde geheilt werden. Diese Form der Heilung tritt sowohl in der Praxis als auch in den Klausuren häufig auf. Zum anderen können gem. § 114 Satz 2 VwGO auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Ermessenserwägungen ergänzt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass bisher überhaupt Ermessen ausgeübt wurde. Anwendbar ist diese Vorschrift auch, wenn zwar Ermessen ausgeübt wurde, dies aber keinen schriftlichen Niederschlag fand.<sup>12</sup>

11

## VI. Nebenentscheidungen

### 1. Androhung von Zwangsmitteln

Ein Verwaltungsakt mit vollstreckbarem Inhalt kann unmittelbar, d. h. ohne vorherige Einholung einer gerichtlichen Entscheidung, vollstreckt werden. Die Verwaltung kann sich also ihren Titel selbst schaffen. Voraussetzung zur Vollstreckbarkeit ist aber, dass der Verwaltungsakt unanfechtbar (bestandskräftig) oder sofort vollziehbar ist (§ 2 LVwVG B-W, § 55 LVwVG NRW, Art. 19 bayr. VwZVG). Die Androhung der Zwangsvollstreckung mit Benennung des Zwangsmittels kann mit dem Grund-Verwaltungsakt verbunden werden, § 12 Abs. 2 VwVG (§ 20 Abs. 2 LVwVG B-W, § 63 Abs. 2 LVwVG NRW, Art. 36 Abs. 2 bayr. VwZVG). Grundsätzlich ist die Behörde, die den VA erlassen hat auch die zuständige Vollstreckungsbehörde (§ 4 LVwVG B-W, § 56 LVwVG NRW, Art. 30 bayr. VwZVG). Als Zwangsmittel stehen die Ersatzvornahme, das Zwangsgeld und der unmittelbare Zwang zur Verfügung. Bei der Wahl hat die Behörde Ermessen, wobei das Mittel im angemessenen Verhältnis zum Zweck stehen muss und so zu wählen ist, dass es den/die Betroffenen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt. Zu den Details der Zwangsvollstreckung wird auf das nachfolgende Kapitel verwiesen.

12



#### *Praxistipp:*

Wird die Androhung mit dem Grund-Verwaltungsakt verbunden, ist es sinnvoll, die jeweiligen Fristen anzupassen. Wird der Verwaltungsakt z. B. nicht mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung versehen, sollte auch die Frist des Zwangsmittels nicht vor 2 Wochen nach der Widerspruchsfrist enden und dann sollte man vor der Vollstreckung auch genau darauf achten, dass innerhalb der Frist kein Widerspruch erhoben wurde.

### 2. Anordnung der sofortigen Vollziehung

Nach h. M. ist die Anordnung kein Verwaltungsakt, sondern nur ein unselbstständiger Annex.<sup>13</sup> Auch eine Anhörung zum Erlass der sofortigen Vollziehung ist nach h. M. nicht notwendig.<sup>14</sup> Wichtig ist jedoch, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung schriftlich zu begründen ist. Die Begründung darf nicht nur formelhaft sein und muss auf den konkreten Fall abgestellt werden. Ein bloßer Hinweis auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakt oder auf dessen Begründung reicht nicht. Es muss dargelegt werden, dass ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit vorliegt, hinter dem das Interesse des Betroffenen zurücktreten muss, zunächst von dem von ihm bekämpften Verwaltungsakt nicht betroffen zu sein. Die Begründungspflicht hat zum einen Warnfunktion für die Behörde, sodass sie mit besonderer Sorgfalt prüft, ob tatsächlich ein überwiegendes Vollzugsin-

13

<sup>11</sup> Vgl. Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 164.

<sup>12</sup> Kopp/Schenke, § 114 Rn. 50 f.

<sup>13</sup> Kopp/Schenke, § 80 Rn. 78.

<sup>14</sup> Kopp/Schenke, § 80 Rn. 82.

teresse vorliegt. Zum anderen hat sie die Funktion, dem Gericht die Kontrolle der Erwägungen zu ermöglichen. Eine fehlende oder fehlerhafte Begründung berührt zwar die Wirksamkeit der Anordnung nicht, führt aber zur Rechtswidrigkeit der Anordnung mit der Folge, dass das Gericht auf Antrag die aufschiebende Wirkung wiederherstellt, vgl. § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO.<sup>15</sup> Fehler in der Begründung der sofortigen Vollziehung haben keine Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit des „Grund“-Verwaltungsakts.

**Beispiel:**

K ist Eigentümer eines abgemeldeten, schrottreifen Autos, das Öl verliert. Dieses Auto hat er auf seinem Grundstück direkt auf dem Erdreich abgestellt. Er möchte es noch ausschleppen, kam aber bisher aus gesundheitlichen Gründen nicht dazu. Er hat schon im Vorfeld angekündigt, dass er Widerspruch gegen jeglichen Verwaltungsakt erheben will. Das zuständige Landratsamt hat eine abfallrechtliche Beseitigungsverfügung erlassen. Bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung muss das Landratsamt das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung gegenüber dem Interesse des K, zunächst die Verfügung überprüfen zu lassen und noch nicht ausführen zu müssen, abwägen und diese Abwägungen schriftlich darstellen. Da die Gefahr besteht, dass das Erdreich durch das auslaufende Öl verunreinigt wird und bei längerer Dauer auch das Grundwasser beeinträchtigt werden könnte, überwiegt das öffentliche Interesse, um die sofortige Vollziehung anzuordnen.

### 14 3. Gebühren

Grundsätzlich wird die Gebührenentscheidung mit dem Grund-Verwaltungsakt verbunden. Die Rechtsgrundlage ergibt sich aus den jeweiligen Gebührengesetzen des Bundes und der Länder. Die Entscheidung ist zu begründen, wobei in die Festsetzung der Höhe der Verwaltungsaufwand, die Bedeutung der Amtshandlung und das Interesse des Adressaten einfließen. In der Regel liegt dem VA ein Gebührenbescheid und ein Überweisungsträger bei, diese können aber auch nachfolgen.



*Klausurtyp:*

Es wird grundsätzlich nicht von Ihnen erwartet, die exakt richtige Gebührenhöhe zu kennen oder dass Sie dazu weitere Ausführungen machen.

## VII. Nebenbestimmungen

- 15 Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen ist in § 36 VwVfG geregelt. Dessen Abs. 1 mit der strengerer Regelung betrifft gebundene Verwaltungsakte und Abs. 2 die Ermessens-Verwaltungsakte, wobei in Abs. 2 auch die wichtigsten Typen (nicht abschließend!) aufgezählt und definiert werden. Die wichtigsten Beispiele für Nebenbestimmungen sind **Bedingungen** mit den Unterfällen Befristung und Widerrufsvorbehalt (z.B. bei der Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis gem. § 8 Abs. 2 FStrG) sowie **Auflagen**. Nebenbestimmungen sind zum Haupt-Verwaltungsakt streng akzessorisch. Auflagen können allerdings Regelungen enthalten, die inhaltlich selbstständige Regelungen und Pflichten begründen, z.B. die Erteilung einer Baugenehmigung mit der Auflage, Stellplätze abzulösen. Auflagen sind nach h.M. auch selbstständig (isoliert) anfechtbar; während Bedingungen, die einen Verwaltungsakt grundsätzlich erst ermöglichen, nur mit einer Verpflichtungsklage auf Erlass des Verwaltungsakt ohne Bedingungen ausgeräumt werden können. Der richtige Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen ist jedoch streitig, denn inzwischen bejaht das BVerwG die isolierte Anfechtbarkeit aller belastenden Nebenbestimmungen, soweit sie nicht offenkundig von vornherein ausscheidet. Ob die Teilanfechtung des Verwaltungsaktes dann zu einer Aufhebung der Nebenbestimmung führt sei eine Frage der Begründetheit nicht der Zulässigkeit.<sup>16</sup>

## VIII. Rechtsbehelfsbelehrung

- 16 Soweit es sich um einen zumindest teilweise belastenden Verwaltungsakt handelt, ist er mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen. Die Rechtsbehelfsbelehrung steht am Ende nach den Erläuterungen des Verwaltungsaktes, bisweilen noch vor den Erläuterungen zur sofortigen Vollziehung,

---

<sup>15</sup> Kopp/Schenke, § 80 Rn. 83–87 m. w. N.

<sup>16</sup> Kopp/Ramsauer, § 36 Rn. 60 ff.; Battis, aaO., S. 208 f. m. w. N.