

## Öffentliches Recht im Assessorexamen

Klausurtypen, wiederkehrende Probleme und Formulierungshilfen

Bearbeitet von  
Von Roland Kintz, Richter am Verwaltungsgericht a.D.

10. Auflage 2018. Buch. XX, 446 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 72287 5

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Verwaltungsrecht](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung 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.

feststellt, was der Betroffene erklärtermaßen nicht für rechtens hält.<sup>687</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>688</sup>

**Ausnahmen** vom Erfordernis einer besonderen Handlungsermächtigung sind von 326 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>689</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>690</sup>

**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>691</sup>

327

### cc) Unbestimmte Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite

Auf der Tatbestandsseite finden sich häufig sog. **unbestimmte Rechtsbegriffe** (z. B. „Zuverlässigkeit“ im Sinne von § 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 z. B. der Begriff der Zuverlässigkeit im Sinne von § 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>692</sup> Die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe kann auch durch gesetzliche Verweisung auf bestimmte Verwaltungsvorschriften oder sonstige untergesetzliche Regelwerke erfolgen;<sup>693</sup> sind diese Voraussetzungen erfüllt, sind die Regelwerke für den Richter bindend.

Bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen ist der Verwaltungsbehörde bei der 329 Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs ferner ein eigener, der gerichtlichen

<sup>687</sup> BVerwG NJW 2004, 1191; vgl. auch OVG Koblenz LKRZ 2009, 233.

<sup>688</sup> BVerwG DVBl 2012, 303.

<sup>689</sup> Vgl. BVerwG NJW 1977, 1838 und NVwZ 1984, 36.

<sup>690</sup> VGH Mannheim Urt. v. 7.12.2007 – 1 S 1255/06, juris.

<sup>691</sup> Stein, DVP 2009, 2 (3).

<sup>692</sup> BVerwG NVwZ 1997, 707.

<sup>693</sup> BVerfG NVwZ 2011, 1062; vgl. auch BVerfG GewArch 2012, 198.

Kontrolle nicht mehr zugänglicher **Beurteilungsspielraum** eingeräumt.<sup>694</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>695</sup> Um einen unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum oder Einschätzungsprärogative handelt es sich z. B. bei dem Tatbestandsmerkmal der „Eignung“ im Sinne des § 9 Abs. 1 BBG.<sup>696</sup> Steht der Behörde bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs ein Beurteilungsspielraum zu, beschränkt sich die sog. **verwaltungsgerechtliche Restkontrolle** auf die folgenden Punkte:<sup>697</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.

- 330 Weitere **Fallgruppen des Beurteilungsspielraums** sind: beamtenrechtliche Eignungs- und Leistungsbeurteilungen, Prüfungs- und Prognoseentscheidungen sowie Entscheidungen wertender Art durch weisungsunabhängige Gremien,<sup>698</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>699</sup>

#### dd) Inhaltliche Bestimmtheit des VA

- 331 Gemäß § 37 Abs. 1 VwVfG muss der VA inhaltlich hinreichend bestimmt sein.<sup>700</sup> Fehlt es hieran, so liegt ein **materieller Fehler** vor;<sup>701</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>702</sup> Die Heilung der Unbestimmtheit mit Rück-

<sup>694</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).

<sup>695</sup> Vgl. BVerfGE 64, 82 (111); offen gelassen von BVerfG GewArch 2012, 198; BVerwG NJW 2007, 2790; Voßkuhle, JuS 2007, 117 (118).

<sup>696</sup> BVerwG NVwZ 1999, 75; s. auch VGH München BayVBl. 2004, 494 (497) zur Auswahl von Bewerbern bei Volksfesten.

<sup>697</sup> S. z. B. BVerwGE 140, 384; Beaucamp, JA 2012, 193 (195). OVG Münster BeckRS 2017, 135431.

<sup>698</sup> Näher dazu s. Ramsauer, 38.06 ff.; Kment/Vorwalter, JuS 2015, 193, 198; Beaucamp, JA 2012, 193.

<sup>699</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).

<sup>700</sup> Näher dazu s. Rn. 788.

<sup>701</sup> Kopp/Ramsauer, § 37 Rn. 17; Stelkens/U. Stelkens, § 37 Rn. 1 und 40.

<sup>702</sup> BVerwG NVwZ-RR 2006, 589.

wirkung im Verwaltungsprozess kann aber nur in der für den zu heilenden VA maßgebenden Form erfolgen.<sup>703</sup>

#### **ee) Die Rechtsfolgenseite**

##### **aaa) Gebundene Entscheidungen**

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>704</sup>

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>705</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>706</sup>

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 Wertentscheidungen 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>707</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

<sup>703</sup> Kopp/Ramsauer, § 37 Rn. 17 b.

<sup>704</sup> BVerwG NVwZ 1993, 976 (977).

<sup>705</sup> S. z. B. BVerwG NJW 2009, 2905; Naumann, DÖV 2011, 96.

<sup>706</sup> S. Kaiser/Köster/Seegmüller, Rn. 232. Vgl. auch Kluckert, JuS 2015, 116.

<sup>707</sup> Kment/Vorwalter, JuS 2015, 193 (198).

Regelfall gebunden ist, die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge auch zu treffen.<sup>708</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 niedergeschreiben.<sup>709</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 Satz 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>710</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>711</sup> Ermessensfehler der Widerspruchsbehörde machen den VA also insgesamt rechtswidrig.

- 336** Eine methodisch **saubere Ermessensprüfung** sieht wie folgt aus:<sup>712</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 Ermessensfehler sind Ermessensnichtgebrauch, Ermessensunterschreitung, Ermessensfehlgebrauch und Ermessensüberschreitung.<sup>713</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>714</sup> Ist ein nach dem Gesetz an sich bestehender Ermessensspielraum im Einzelfall auf Null reduziert, ist das Fehlen von Ermessenserwägungen im Bescheid unschädlich.

<sup>708</sup> Kment/Vorwalter, JuS 2015, 193 (198).

<sup>709</sup> Vgl. Proppe, JA 1997, 418.

<sup>710</sup> Proppe, JA 1993, 199 (201).

<sup>711</sup> S. auch Klein, apf 2004, 1 (5).

<sup>712</sup> Nach Proppe, JA 1993, 199 (201); s. auch Seegmüller, JA 2011, 780.

<sup>713</sup> Ausführlich hierzu Ramsauer, Rn. 37.01 ff.; Kment/Vorwalter, JuS 2015, 193 (199).

<sup>714</sup> BVerwG NVwZ 1988, 525.

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>715</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>716</sup> Tragen dagegen mehrere Beweggründe zusammen die Entscheidung der Behörde, so hängt deren Rechtmäßigkeit von der Sachgemäßheit sämtlicher angegebener Gründe ab.<sup>717</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>718</sup>

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

337

„Sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § (...) gegeben, so liegt es im Ermessen der Beklagten, ob und welche Maßnahmen sie zu ihrer Bekämpfung ergreift. Die Ermessensentscheidung der Beklagten kann das Gericht nur eingeschränkt daraufhin überprüfen, ob sie die gesetzlichen Grenzen ihres Ermessens überschritten hat und ob sie von ihrem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 114 VwGO). Danach ist ein Ermessensfehler der Beklagten nicht ersichtlich.“

Die Gesichtspunkte, auf die der Bescheid gestützt ist, sind ihrer Art nach sachgerecht (...).

Die Beklagte ist mit ihrer Entscheidung nicht ohne sachlichen Grund von einer andersartigen Praxis abgewichen und verstößt damit nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG (...).

Die getroffene Maßnahme ist auch verhältnismäßig (...).“

<sup>715</sup> Eyermann/Rennert, § 114 Rn. 20.

<sup>716</sup> BVerwGE 62, 215, 222; BVerwG NJW 2001, 1878.

<sup>717</sup> BVerwG NVwZ 1988, 442.

<sup>718</sup> Vgl. OVG Münster NWVBl. 2016, 282; VGH Mannheim NVwZ 1999, 547; Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2016, 314.

**ccc) Intendiertes Ermessen**

- 338 Besonderheiten gelten für das von der Rechtsprechung anerkannte Rechtsinstitut des sog. „intendierten Ermessens“. Damit sind solche Eingriffsnormen gemeint, die ihrer Form nach als Ermessensvorschriften ausgestaltet sind, deren Anwendung aber besondere gewichtige öffentliche Interessen zugrunde liegen, die in der Regel bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen ein Handeln der Verwaltung erfordern. Im Unterschied zur Ermessensreduktion auf Null, bei der besondere Umstände des Einzelfalles die Abwägung ausnahmsweise bestimmen, gilt die Vorsteuerung des Ermessens durch die Intention des Gesetzgebers für alle typischen Fälle und macht eine Abwägung gerade entbehrlich.<sup>719</sup> Solche ermessenslenkende Vorschriften sind beispielsweise § 48 Abs. 2 Satz 4 VwVfG und § 15 Abs. 2 GewO.<sup>720</sup> In diesen Fällen kann die Verwaltungsbehörde, will sie intentionsmäßig entscheiden, solange auf Ermessenserwägungen in dem Bescheid verzichten, als der Fall nicht ausnahmsweise besonderen Anlass gibt. Versteht sich das Ergebnis von selbst, so bedarf es insoweit nach § 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG auch keiner das Selbstverständliche darstellenden Begründung.<sup>721</sup> Liegt Ihrer Prüfung eine solche ermessenslenkende Bestimmung zugrunde und weist der Sachverhalt keine Besonderheiten auf, ist der angefochtene VA daher nicht deshalb als rechtswidrig aufzuheben, weil ausdrückliche Ermessenserwägungen fehlen.

**ddd) Nachschieben von Gründen**

- 339 Leiden Ausgangsbescheid oder Widerspruchsbescheid an einem Ermessensfehler, so ist Ihre Prüfung nicht zu Ende. Nach § 114 Satz 2 VwGO kann die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des VA auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen.<sup>722</sup> Mit dieser Vorschrift sollte nach dem Willen des Gesetzgebers die Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen klar gestellt und die Streitfrage geklärt werden, ob ein Nachschieben von Gründen durch die Ausgangsbehörde auch dann möglich ist, wenn diese mit der Widerspruchsbehörde nicht identisch ist.<sup>723</sup>
- 340 § 114 Satz 2 VwGO bezieht sich auf Ermessensentscheidungen im weitesten Sinn, zu denen auch Entscheidungen mit Planungsermessen (Abwägungsgebot)<sup>724</sup> sowie Verwaltungsentscheidungen, bei denen der Behörde auf der Tatbestandsseite ein gerichtlich nur beschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum eingeräumt ist<sup>725</sup> (typisches Beispiel: nachgeschobene Gründe, die die Entlassung eines Probebeamten wegen mangelnder Eignung rechtfertigen sollen), gehören.
- 341 Die Zulässigkeit der Ergänzung von Ermessenserwägungen nach § 114 Satz 2 VwGO beurteilt sich nach dem jeweils einschlägigen materiellen Recht und dem

<sup>719</sup> *Beaucamp*, JA 2006, 74 (76).

<sup>720</sup> Weitere Beispiele: baurechtliche Nutzungsuntersagung (*OVG Greifswald* BeckRS 2016, 45846); Baueinstellungsverfügung (*OVG Bautzen* BeckRS 2009, 38043); Zwangsmittelfestsetzung (*OVG Münster NVwZ-RR* 2013, 298).

<sup>721</sup> S. z.B. *BVerwG LKV* 2017, 367 und *NJW* 1998, 2233; *VGH München* BeckRS 2017, 128024.

<sup>722</sup> Das gilt auch nach dem teilweisen Wegfall des Widerspruchsverfahrens in einigen Bundesländern (*BVerwG NVwZ-RR* 2010, 550). Zum Nachschieben von Gründen s. ausführlich *Schenke*, DVBl 2014, 285.

<sup>723</sup> BT-Drs. 13/3993 S. 13 zu Nr. 14.

<sup>724</sup> *Decker*, JA 1999, 154 (155); *Redeker*, NVwZ 1997, 625 (627).

<sup>725</sup> *BVerwG NVwZ-RR* 2014, 657; *OVG Magdeburg* BeckRS 2009, 37908; *VGH München* BayVBl. 2006, 91; *OVG Bautzen* SächsVBl. 1998, 218; *Kopp/Schenke*, § 114 Rn. 49.

Verwaltungsverfahrensrecht.<sup>726</sup> § 114 Satz 2 VwGO regelt lediglich, unter welchen Voraussetzungen nachgeschobene Ermessenserwägungen im Prozess zu berücksichtigen sind, nämlich dann, wenn es sich um ergänzende Erwägungen handelt. Die prozessuale Vorschrift des § 114 Satz 2 VwGO steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der verfahrensrechtlichen Norm des § 45 Abs. 2 VwVfG.<sup>727</sup> Danach ist die Heilung eines Verfahrensfehlers nach Abs. 1 bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich. Hier geht es um das formelle Nachholen einer gänzlich fehlenden<sup>728</sup> Begründung des streitbefangenen VA im Sinne des § 39 Abs. 1 VwVfG, das zu trennen ist vom „Nachschieben von Gründen“. Dieses betrifft die materielle Ergänzung oder Änderung einer im Sinne von § 39 VwVfG vorhandenen nicht vollständigen oder falschen Begründung.<sup>729</sup> Nach *allgemeiner Ansicht*<sup>730</sup> ist ein **Nachschieben von tatsächlichen oder rechtlichen Gründen zum erlassenen VA durch die Behörde im Verwaltungsprozess immer dann möglich**, wenn:

- die nachträglich gegebenen Gründe schon bei Erlass des VA oder des Widerspruchsbescheids vorlagen,
- diese Heranziehung keine Wesensveränderung des angefochtenen VA bewirkt<sup>731</sup> und
- der Betroffene nicht (unzumutbar) in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird.

Beim Nachschieben von Gründen geht es folglich darum, tatsächliche oder rechtliche Gründe, die bereits beim Erlass des VA vorgelegen haben, von der Behörde im Verwaltungsverfahren aber noch nicht geltend gemacht worden sind, bei der gerichtlichen Entscheidung zu berücksichtigen.<sup>732</sup>

Die dargestellten Grundsätze gelten nach der Rechtsprechung des *BVerwG*<sup>733</sup> auch bei VAen mit Dauerwirkung, wenn deren Begründung für einen bereits abgelaufenen Zeitraum geändert werden soll. Danach kann ein VA mit Dauerwirkung in Ansehung eines bereits abgelaufenen Zeitraums nicht mehr mit Ermessenserwägungen begründet werden, durch welche die ursprüngliche Ermessentscheidung im Kern ausgetauscht wird. Dagegen kann der Austausch wesentlicher Ermessenserwägungen zulässig sein, soweit die Begründung des VA (nur) für die Zukunft geändert wird. Die Rechtsverteidigung des Betroffenen wird durch eine Änderung (nur) für die Zukunft nicht beeinträchtigt.

<sup>726</sup> *BVerwG NVwZ* 2014, 151 mit Anmerkung von *Henning*, *NVwZ-RR* 2014, 156.

<sup>727</sup> Ausführlich zum Verhältnis der §§ 39, 40 und 45 VwVfG zu § 114 Satz 2 VwGO *Lindner*, JuS 2013, 673.

<sup>728</sup> *BVerwG DVBl* 1987, 366; *NVwZ* 1999, 303: „Die Tragfähigkeit der Begründung ist keine Frage des Begründungserfordernisses, sondern der materiellen Rechtmäßigkeit des VA“; nach a. A. (z. B. *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 63 und *Knack/Meyer*, § 45 Rn. 26) ist § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG auch bei unvollständiger Begründung anwendbar.

<sup>729</sup> Vgl. *BVerwG NVwZ-RR* 2009, 604.

<sup>730</sup> S. z. B. *BVerwG NVwZ* 2014, 151 und *NVwZ-RR* 2014, 657.

<sup>731</sup> Eine Veränderung des Wesens eines VA liegt dann vor, wenn die nachgeschobenen behördlichen Erwägungen, die von Gesetzes wegen notwendiger Teil der Ermessensausübung und Grundlage des Ergebnisses der Ermessensbetätigung sind, sich nicht nur als Bestandteile der „Rechtfertigung“ des erlassenen VA erweisen, sondern die getroffene (Ermessens-)Entscheidung, mit anderen Worten den „Spruch“, selbst betreffen oder der Bezugsgegenstand (Sachverhalt) des Bescheids ausgetauscht wird, so dass es sich in Wahrheit um den Erlass eines neuen VA handelt (*VGH München BeckRS* 2009, 42931).

<sup>732</sup> *Brischke*, DVBl 2002, 429 (430).

<sup>733</sup> *NVwZ* 2014, 151.

Eine geplante Rechtsänderung muss eine Behörde bei der Ermessensausübung nur berücksichtigen, wenn diese mit hinreichender Sicherheit zu einem bestimmten, absehbaren Zeitpunkt zu erwarten ist. Bei Gesetzesänderungen setzt dies regelmäßig einen Gesetzesbeschluss des Parlaments voraus.<sup>734</sup>

- 342 Das Nachschieben von Gründen kann prozessual ordnungsgemäß eingeführt werden durch schriftsätzliches Vorbringen oder im Rahmen der mündlichen Verhandlung, in der die entsprechende Erklärung des Terminsvertreters der Behörde in die Niederschrift der Verhandlung aufgenommen wird.<sup>735</sup> Achten Sie in der Klausur also genau auf die Klageerwiderung und das Sitzungsprotokoll. Allerdings stellt das *BVerwG*<sup>736</sup> strenge Anforderungen an Form und Handhabung bei der Nachholung einer behördlichen Ermessensentscheidung. Danach muss die **Behörde klar und eindeutig zu erkennen geben, mit welcher „neuen“ Begründung die behördliche Entscheidung letztlich aufrechterhalten bleibt**, da nur dann der Betroffene wirksam seine Rechte verfolgen und die Gerichte die Rechtmäßigkeit der Verfügung überprüfen können. Dafür genügt es nicht, dass die Behörde im gerichtlichen Verfahren neue Ermessenserwägungen geltend macht. Sie muss zugleich **deutlich machen, welche ihrer ursprünglichen bzw. bereits früher nachgeschobenen Erwägungen weiterhin aufrechterhalten bleiben und welche durch die neuen Erwägungen gegenstandslos werden**. Auch muss sie im gerichtlichen Verfahren erkennbar trennen zwischen neuen Begründungselementen, die den Inhalt ihrer Entscheidung betreffen, und Ausführungen, mit denen sie lediglich als Prozesspartei ihre Entscheidung verteidigt. Aus Gründen der Rechtsklarheit und -sicherheit muss die Nachholung von Ermessenserwägungen grundsätzlich **schriftlich** erfolgen. Ergänzungen in der mündlichen Verhandlung sollten vom Gericht als solche protokolliert werden. Etwaige Zweifel und Unklarheiten über Inhalt und Umfang nachträglicher Ergänzungen gehen zu Lasten der Behörde.
- 343 Ferner hat die Behörde auch die **sonstigen gesetzlichen Verfahrensrechte des Betroffenen zu beachten**, wenn sie im gerichtlichen Verfahren ihre Ermessenserwägungen ergänzen will. Sie muss dem Betroffenen daher grundsätzlich zunächst **Gelegenheit geben, sich zu neuen Tatsachen zu äußern**. Unabhängig davon, in welchem Stadium des gerichtlichen Verfahrens sich für die Behörde Anlass bietet, ihre Ermessensausübung nachzubessern, hat das Gericht diesem Umstand Rechnung zu tragen und der **Behörde in zeitlicher Hinsicht eine Aktualisierung ihrer Ermessensentscheidung zu ermöglichen**. Stützt die Behörde ihre Entscheidung während des gerichtlichen Verfahrens auf neue Ermessenserwägungen, hat das Gericht dafür Sorge zu tragen, dass auch der Betroffene hinreichend Gelegenheit erhält, seine Rechtsverteidigung hierauf einzustellen. Gegebenenfalls muss das Gericht eine Verhandlung vertagen oder dem Betroffenen eine Frist zur Nachreichung eines Schriftsatzes einräumen (§ 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 283 ZPO).
- 344 Dem Nachschieben von Ermessenserwägungen setzt § 114 Satz 2 VwGO materiell-rechtliche Grenzen, indem er bestimmt, dass die Begründung lediglich „ergänzt“ werden kann. Eine **erstmalige Ausübung des Ermessens** oder das komplette Auswechseln der Gründe der Ermessensausübung kann dagegen den VA grundsätzlich nicht „retten“.<sup>737</sup> Dasselbe gilt, wenn die ergänzenden Ermessenserwägungen eine

<sup>734</sup> *BVerwG NVwZ* 2014, 151.

<sup>735</sup> *Henning, NVwZ* 2014, 156 (157); *Brischke, DVBl* 2002, 429 (433).

<sup>736</sup> *NVwZ* 2012, 698 und *NVwZ* 2014, 151; s. auch *OVG Bautzen SächsVBl.* 2017, 329.

<sup>737</sup> *BVerwG NVwZ* 2007, 470 und *NVwZ-RR* 2009, 604.