

Skript Verwaltungsrecht AT 1

Bearbeitet von

Von Horst Wüstenbecker, Rechtsanwalt und Repetitor, und Dr. med Christian Sommer, Rechtsanwalt und Repetitor

18. Auflage 2019. Buch. 227 S. Softcover

ISBN 978 3 86752 668 5

Format (B x L): 19,5 x 24,9 cm

Gewicht: 493 g

[Recht > Öffentliches Recht > Verwaltungsrecht > Allgemeines Verwaltungsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

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.

1. Abschnitt: Grundbegriffe des Verwaltungsrechts

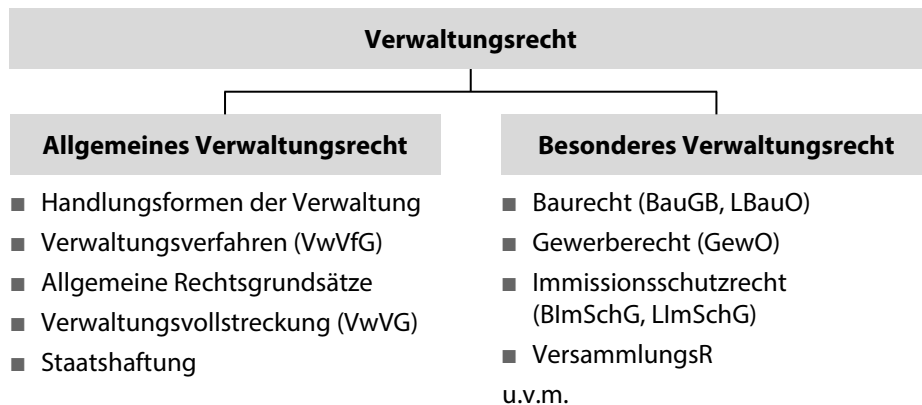
A. Verwaltung und Verwaltungsrecht

I. Verwaltungsrecht

Das **Verwaltungsrecht** ist neben dem Verfassungsrecht das wichtigste Teilgebiet des Öffentlichen Rechts. Es regelt die Rechtsgrundlagen für das öffentlich-rechtliche Handeln der Verwaltung und damit die Voraussetzungen für die **Rechtmäßigkeit von hoheitlichen Maßnahmen**.

1

- Hierbei umfasst das **Allgemeine Verwaltungsrecht** die Vorschriften, die – unabhängig von der betroffenen Sachmaterie – grundsätzlich für die gesamte Verwaltung maßgebend sind. Sie können das Allgemeine Verwaltungsrecht daher mit dem Allgemeinen Teil des BGB oder des StGB vergleichen.
- Es wird ergänzt durch das **Besondere Verwaltungsrecht** mit einer Vielzahl sachgebietsbezogener Normenkomplexe, die spezielle Voraussetzungen für die Tätigkeit der Verwaltung in bestimmten Bereichen aufstellen (z.B. Baurecht, Polizeirecht, Gewerbeamt, Umweltrecht).



Zum Allgemeinen Verwaltungsrecht gehören vor allem die Vorschriften über die **Handlungsformen der Verwaltung** und das **Verwaltungsverfahren**, im weiteren Sinne auch die Vorschriften über die **Verwaltungsorganisation**. Überwiegend werden auch das (allgemeine) **Verwaltungsvollstreckungsrecht** und das **Staatshaftungsrecht** zum Allgemeinen Verwaltungsrecht gezählt.

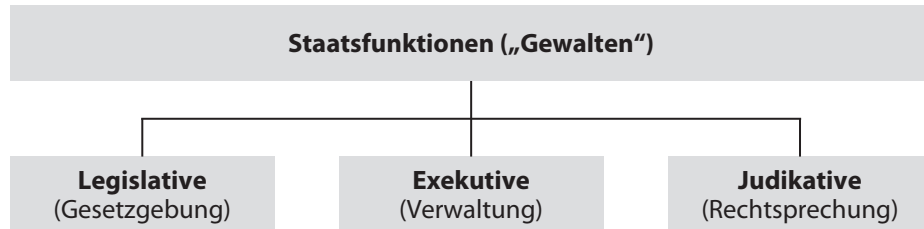
2

Die wesentlichen Regelungen des Allgemeinen Verwaltungsrechts finden sich im **Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)** des Bundes bzw. des Landes. Ergänzend gelten allgemeine, aus Art. 20 Abs. 3 GG (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) abgeleitete **Rechtsgrundsätze**, z.B. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das **Verwaltungsvollstreckungsrecht** findet sich für Bundesbehörden vor allem im Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes (VwVG) und für Landesbehörden im LVwVG und teilweise spezialgesetzlich im Polizei- und Ordnungsrecht. Das **Staatshaftungsrecht** ist nur teilweise kodifiziert. Im Vordergrund steht hierbei die Amtshaftung gemäß § 839 BGB, Art. 34 S. 1 GG. Hinzu treten eine Reihe gewohnheitsrechtlicher Anspruchsgrundlagen (dazu AS-Skript Verwaltungsrecht AT 2).

3

II. Verwaltung

- 4 Der Begriff „**Verwaltung**“ taucht in einer Reihe von Gesetzen auf (z.B. in den Art. 83 ff. GG und in § 1 VwVfG). Definiert wird der Begriff aber weder im Grundgesetz noch in den einfachen Gesetzen.
- 5 Nach dem **Gewaltenteilungsprinzip** (Funktionentrennung) übt das Volk die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung aus (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG).¹ Die Verwaltung bezeichnet hierbei die **zweite (vollziehende) Gewalt**.



1. Definition des Begriffs Verwaltung

- 6 Zunächst ist versucht worden, den Begriff der Verwaltung **positiv** zu bestimmen. Die positiven Definitionsansätze greifen jedoch i.d.R. nur ein oder mehrere Merkmale der Verwaltungstätigkeit auf oder sind so abstrakt, dass sie praktisch kaum zu befriedigenden Ergebnissen führen.

Verwaltung ist danach z.B. der Vollzug der Gesetze, die Verwirklichung des gesetzgeberischen Willens, der Einsatz hoheitlicher Mittel sowie die Gestaltung und Gewährleistung des sozialen Zusammenlebens.² Die differenzierteste Definition findet sich bei Wolff:³ Danach ist Verwaltung „die mannigfaltige, konditional oder nur zweckbestimmte, also insoweit fremdbestimmte, nur teilplanende, selbstbeteiligt entscheidend ausführende und gestaltende Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Sachwalter des Gemeinwesens“.

- 7 Deshalb wird der Begriff der Verwaltung heute überwiegend **negativ** bestimmt. Verwaltung ist die Staatstätigkeit, die weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung ist (sog. **Subtraktionsmethode**).⁴ Danach ist Verwaltung **nicht**:

- der Erlass allgemein verbindlicher Regeln (Gesetze),
- die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten und die Verhängung von Strafen.

Mit dieser Methode lässt sich Verwaltungstätigkeit zwar im Groben bestimmen, jedoch gibt es eine Vielzahl von **Überschneidungen**: Rechtsverordnungen (Gesetze im materiellen Sinne) werden nicht durch die Legislative, sondern aufgrund gesetzlicher Ermächtigung (Art. 80 GG) von der Exekutive erlassen. Ebenso werden Bußgelder nicht durch Gerichte, sondern durch Verwaltungsbehörden verhängt (§§ 56 ff. OWiG).

¹ Vgl. dazu im Einzelnen AS-Skript Staatsorganisationsrecht (2018), Rn. 118 ff.

² Vgl. die unterschiedlichen Ansätze bei Maurer/Waldhoff § 1 Rn. 5 ff.; Ehlers in: Ehlers/Pünder, § 1 Rn. 6 m.w.N.

³ Wolff/Bachof/Stober I § 2 Rn. 19.

⁴ Vgl. beispielhaft BVerwG RÜ 2015, 733, 735; grundlegend Otto Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 7; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 5 f.; kritisch Ehlers in Ehlers/Pünder, § 1 Rn. 8 ff.

Deshalb werden in der neueren Lit. teilweise beide Methoden kombiniert und zunächst negativ die Rechtsetzung und Rechtsprechung ausgeschieden und sodann die Verwaltung positiv bestimmt als „die den Organen der vollziehenden Gewalt ... übertragene eigenverantwortliche ständige Erledigung der Aufgaben des Gemeinwesens durch konkrete Maßnahmen in rechtlicher Bindung nach (mehr oder weniger spezifiziert) vorgegebener Zwecksetzung“ (**Kombinationstheorie**).⁵

8

2. Formale Unterscheidung

Allen Ansätzen ist gemein, dass sie Verwaltung letztlich **nicht definieren**, sondern lediglich beschreiben. Im Ergebnis kann öffentliche Verwaltung unter verschiedenen Aspekten betrachtet werden:

9

- **Verwaltung im organisatorischen Sinne** meint die **Einrichtungen**, die Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, also die Verwaltungsträger und ihre Organe, z.B. das Land, die Gemeinde, die Bezirksregierung, das Landratsamt.
- **Verwaltung im formellen Sinne** umfasst alle Tätigkeiten von **Verwaltungsorganen** und zwar unabhängig davon, ob es sich materiell um Verwaltungstätigkeit handelt, also z.B. auch den Erlass einer RechtsVO oder die Verhängung eines Bußgelds.
- **Verwaltung im materiellen Sinne** erfasst die typischen **Verwaltungstätigkeiten**, wie z.B. Erlass von Polizeiverfügungen, Erteilung von Genehmigungen, Gewährung von Sozialleistungen, Betrieb öffentlicher Einrichtungen u.v.m.

3. Materielle Unterscheidung

Verwaltungstätigkeit lässt sich aber auch nach materiellen Kriterien ordnen. So werden nach den **Aufgaben** und dem verfolgten **Zweck** vor allem folgende Arten der Verwaltung unterschieden:

10

- **Ordnungsverwaltung:** Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (z.B. Verbot einer Versammlung, Einweisung von Obdachlosen, Beseitigung von illegalen Bauten).
- **Leistungsverwaltung:** Erbringung von Leistungen, um die Lebensbedingungen der Bürger zu gewährleisten oder zu verbessern (z.B. Gewährung von Sozialhilfe, Subventionen, Betrieb öffentlicher Einrichtungen, wie Krankenhäuser, Kindergärten, Schulen).
- **Finanzverwaltung:** Beschaffung der für den Staat erforderlichen Geldmittel durch Erhebung von Steuern und sonstigen Abgaben (z.B. Erschließungsbeiträge, Verwaltungsgebühren etc.).
- **Fiskalverwaltung:** Beschaffung der Mittel, die für die Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben erforderlich sind (z.B. Kauf von Computern, Dienstfahrzeugen) und die Verwaltung des staatlichen Vermögens (z.B. Vermietung von Gebäuden, Verkauf von Grundstücken).

⁵ Vgl. z.B. Stern, Staatsrecht II, S. 738.

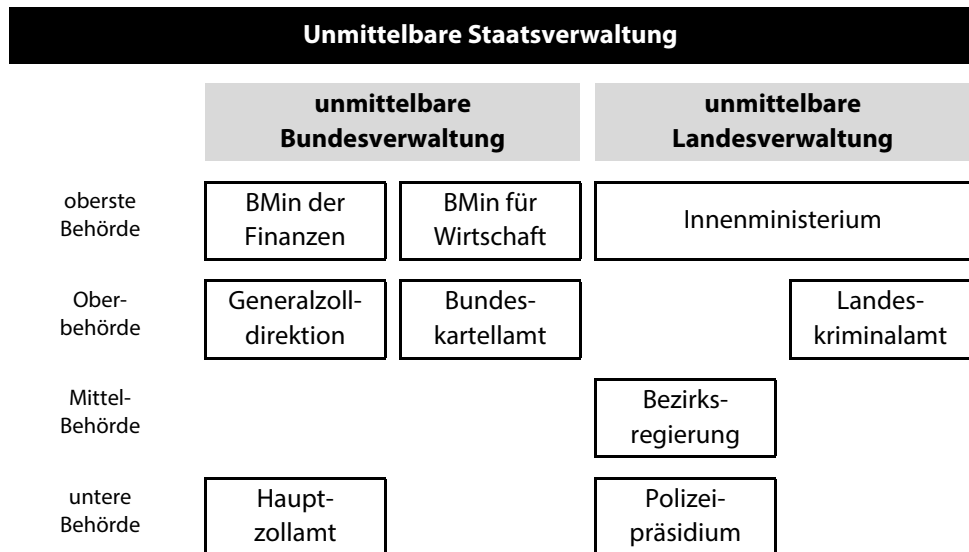
B. Verwaltungsträger

- 11 Träger der Verwaltung ist der **Staat**, also Bund und Länder. Das Grundgesetz unterscheidet deshalb Bundes- und Länderverwaltung (Art. 30, 83 ff. GG), wobei die Kommunen (Gemeinden und Landkreise) Teil der Landesverwaltung sind. Bund und Länder sind **juristische Personen des öffentlichen Rechts**. Als juristische Personen sind sie nicht handlungsfähig. Für sie handeln ihre **Organe**. Die Organe, die Verwaltungsaufgaben **gegenüber dem Bürger** wahrnehmen, nennt man **Behörden**.

Behörden des Bundes sind z.B. die Bundespolizeidirektionen, die Bundesfinanzdirektionen und die Hauptzollämter. Behörden des Landes sind z.B. die Finanzämter, die Polizeipräsidien, das Landeskriminalamt und die Bezirksregierungen.

I. Unmittelbare Staatsverwaltung

- 12 Bund und Länder können ihre Verwaltungsaufgaben entweder **durch eigene Organe** (Bundes- oder Landesbehörden) wahrnehmen oder **durch andere Verwaltungsträger** (und deren Organe). Werden Verwaltungsaufgaben von Bundes- oder Landesbehörden, also **eigenen Organen des Staates** wahrgenommen, spricht man von **unmittelbarer Staatsverwaltung**.



- 13 Die **unmittelbare staatliche Verwaltung** ist i.d.R. mehrinstanzlich gegliedert:
- **Oberste Behörden** sind z.B. die Bundes- bzw. Landesregierung, der Bundeskanzler bzw. Ministerpräsident und die einzelnen Ministerien. Sie haben eine Doppelfunktion; einerseits sind sie Verfassungsorgane mit staatsleitenden Funktionen, andererseits oberste Verwaltungsbehörden.⁶
 - **Oberbehörden** unterstehen jeweils unmittelbar dem sachlich zuständigen Ministerium. Sie nehmen Verwaltungsaufgaben zentral für das ganze Bundes- bzw. Landesgebiet wahr.

⁶ Vgl. einerseits BVerwG RÜ 2012, 188, 190 f.; andererseits BVerwG DVBl. 2013, 34.

Beispiele: Bundesoberbehörden sind z.B. die Generalzolldirektion, das Kraftfahrt-Bundesamt, das Bundeskartellamt und das Umweltbundesamt. Landesoberbehörden sind – je nach Landesrecht – z.B. das Landeskriminalamt, das Landesumweltamt u.a.

- **Mittelbehörden** sind ebenfalls der obersten Behörde (Ministerium) unmittelbar nachgeordnet, aber anders als Oberbehörden i.d.R. nur für einen Teil des Bundes- bzw. Landesgebietes zuständig.

Auf Bundesebene gibt es nur wenige Mittelbehörden (z.B. die Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt). Auf Landesebene sind – je nach Landesrecht – Mittelbehörden z.B. die Bezirksregierung, das Regierungspräsidium, die Regionaldirektionen u.a.

- **Untere Behörden** unterstehen der jeweiligen Mittelbehörde und sind räumlich beschränkt nur für einen bestimmten Teil des Verwaltungsgebiets zuständig.

Auf Bundesebene ist dies mit Blick auf Art. 87 GG nur selten der Fall (z.B. die Hauptzollämter und die Wasser- und Schifffahrtsämter). Auch auf Landesebene gibt es nur wenige unmittelbare untere Landesbehörden (z.B. Polizeipräsidien, Finanzämter). In der Regel werden die Aufgaben des Landes auf der unteren Ebene von den Kreisen und Gemeinden wahrgenommen. So handelt z.B. der Landrat bzw. das Landratsamt häufig als untere staatliche Verwaltungsbehörde (vgl. z.B. Art. 37 Abs. 1 S. 2 BayLKrO, § 132 BbgKVerf, § 55 HKO, § 59 KrO NRW, § 41 Abs. 1 S. 2 LKO RP, § 111 Abs. 2 ThürKO).

II. Mittelbare Staatsverwaltung

Bund und Länder nehmen die Verwaltungsaufgaben häufig nicht selbst wahr, sondern sie können **andere** Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts einschalten. Dann spricht man von **mittelbarer Staatsverwaltung**.⁷

14

Beispiele: Bei der Arbeitsverwaltung handelt der Bund durch die Bundesagentur für Arbeit als Körperschaft des öffentlichen Rechts (mittelbare Bundesverwaltung). Das Land überträgt die örtlichen Verwaltungsaufgaben den Gemeinden als öffentlich-rechtliche Körperschaften (mittelbare Landesverwaltung).

Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts unterscheiden sich durch ihre organisatorische Struktur:

- **Körperschaften** sind durch staatlichen Hoheitsakt geschaffene **rechtsfähige Personenzusammenschlüsse**, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Träger der Körperschaft sind die Mitglieder, die wesentlichen Einfluss auf die Willensbildung haben, wobei der Bestand der Körperschaft vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ist. Die Mitgliedschaft wird teils freiwillig, teils gesetzlich begründet (Zwangskörperschaft).⁸

15

Körperschaften des öffentlichen Rechts sind z.B. die Gemeinden, Landkreise, Universitäten, Rechtsanwaltskammern (§§ 60, 62 BRAO), Handwerkskammern (§ 90 HandwO) und die Industrie- und Handelskammern (§§ 2, 3 IHK-G). Auch Religionsgemeinschaften können gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV den Status einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft haben.⁹

- Bei **Gebietskörperschaften** folgt die Mitgliedschaft aus dem Wohnsitz in einem bestimmten Gebiet (z.B. bei den Gemeinden und Kreisen).
- Bei **Personalkörperschaften** ist der Beitritt oder eine bestimmte Eigenschaft einer Person Voraussetzung für die Mitgliedschaft (z.B. Universität, Rechtsanwaltskammer, Ärztekammer).

⁷ Vgl. Maurer/Waldhoff § 23; Kemmler JA 2015, 328 ff.

⁸ Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit solcher Pflichtmitgliedschaften vgl. BVerfG RÜ 2017, 663 und AS-Skript Grundrechte (2018), Rn. 281.

⁹ Vgl. dazu BVerfG RÜ 2015, 615.

„Verwaltungsvorschriften sind Gegenstand und nicht Maßstab gerichtlicher Kontrolle. Die Gerichte sind ... an Verwaltungsvorschriften grundsätzlich nicht gebunden. Sie dürfen ihren Entscheidungen vielmehr nur materielles Recht, zu dem Verwaltungsvorschriften nicht gehören, zugrunde legen und sind lediglich befugt, sich einer Gesetzesauslegung, die in einer Verwaltungsvorschrift vertreten wird, aus eigener Überzeugung anzuschließen.“¹⁹⁵

Beispiel: Die Verwaltungsvorschriften zum BAföG (BAföGVwV) bestimmten, das Kraftfahrzeuge i.d.R. als Haushaltsgegenstände i.S.d. § 27 Abs. 2 Nr. 4 BAföG anzusehen seien. Zum nach § 27 Abs. 1 BAföG anzurechnenden Vermögen gehörten sie nur, wenn sie als Luxusgegenstände einzustufen waren. Die Verwaltungsgerichte sind an die BAföGVwV als norminterpretierende Verwaltungsvorschrift nicht gebunden. Das BVerwG geht vielmehr davon aus, dass ein Kraftfahrzeug unabhängig von seinem Wert kein Haushaltsgegenstand i.S.d. § 27 Abs. 2 Nr. 4 BAföG und daher als Vermögen zu berücksichtigen ist.¹⁹⁶

c) Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften

- 143** Von den norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften sind die **normkonkretisierenden** Verwaltungsvorschriften zu unterscheiden, die vor allem im **Umweltrecht** bei unbestimmten Gesetzesbegriffen eine große Bedeutung erlangt haben.

So wird z.B. in zahlreichen Vorschriften an den Begriff der „schädlichen Umwelteinwirkungen“ angeknüpft (z.B. §§ 3 Abs. 1, 5, 17 BImSchG). Ob Umwelteinwirkungen „schädlich“ sind, ist grundsätzlich anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu entscheiden. Zur Verwaltungsvereinfachung regeln die Technischen Anleitungen (z.B. TA Luft und TA Lärm) bestimmte **Grenzwerte**. Als Verwaltungsvorschriften i.S.d. § 48 BImSchG enthalten sie an sich nur verwaltungsinterne Beurteilungsmaßstäbe für die behördlicherseits durchzuführenden Kontrollen.

Während die Verbindlichkeit derartiger Verwaltungsvorschriften früher vor allem damit begründet wurde, es handele sich um **antezipierte Sachverständigengutachten**,¹⁹⁷ spricht man heute überwiegend von **normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften**, denen eine auch im Verhältnis zum Bürger zu beachtende normative Bindungswirkung zukomme.¹⁹⁸

Die Immissionsgrenzwerte der TA legen normkonkretisierend „innerhalb einer Bandbreite unter Umständen denkbarer Entscheidungen trennscharf fest, welche Umwelteinwirkungen dem Einzelnen noch zuzumuten sind, welches verbleibende Risiko er mithin zu tragen hat; dabei handelt es sich nach Abwägung und Wertung letztlich um eine politische Willensentscheidung.“¹⁹⁹

- 144** Begründen lässt sich die Bindungswirkung damit, dass der Gesetzgeber der Verwaltung in diesen Bereichen einen **Beurteilungsspielraum** eingeräumt hat. Die gesetzliche Regelung zielt darauf ab, dass ein **unbestimmter Rechtsbegriff** (z.B. schädliche Umwelteinwirkungen) aufgrund von fachlichen Feststellungen, Bewertungen und Prognosen **verbindlich von der Verwaltung konkretisiert** werden soll.²⁰⁰ Auch in der Lit. wird – mit unterschiedlichen Begründungen – überwiegend von einer **unmittelbaren Außenwirkung** normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften ausgegangen.²⁰¹

¹⁹⁵ BVerwG DVBl. 1999, 399, 400.

¹⁹⁶ BVerwG NVwZ-RR 2010, 926, 928.

¹⁹⁷ Vgl. z.B. BVerwGE 55, 250, 256.

¹⁹⁸ BVerwG NVwZ 2008, 76; NVwZ 2000, 440; DVBl. 1999, 399, 400; BayVGHZ 2011, 47, 49; Seibel BauR 2004, 1245, 1249; Voßkuhle/Kaufhold JuS 2016, 314, 316.

¹⁹⁹ OVG Lüneburg DVBl. 1985, 1322, 1323.

²⁰⁰ Ausführlich Seibel BauR 2004, 1245, 1249.

²⁰¹ Vgl. z.B. Jarass JuS 1999, 105, 109; Otting DVBl. 2001, 1792, 1793 m.w.N.

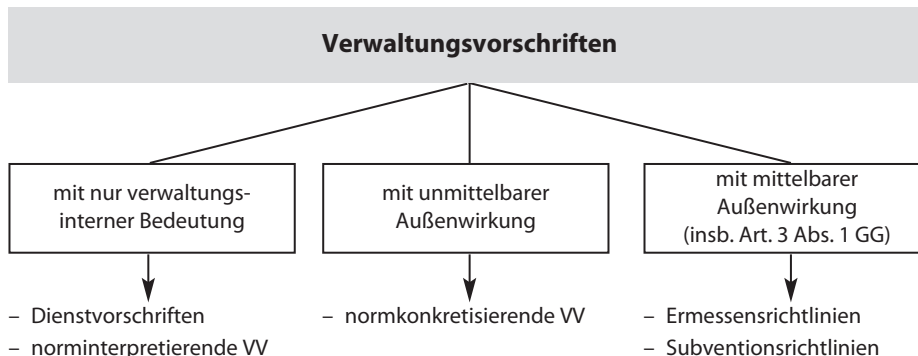
Eine derartige Normkonkretisierung wird in st.Rspr. insbesondere bejaht für die nach § 48 BImSchG von der Bundesregierung nach Anhörung der beteiligten Kreise (§ 51 BImSchG) mit Zustimmung des Bundesrates erlassenen TA Luft und TA Lärm²⁰² sowie für bestimmte atomrechtliche Verwaltungsvorschriften.²⁰³ Auch im Sozialhilferecht hat das BVerwG bestimmten Verwaltungsvorschriften „anspruchskonkretisierende Wirkung“ zuerkannt.²⁰⁴

Nach Auffassung des EuGH genügen normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften mangels Rechtsnormcharakter nicht den Anforderungen an eine innerstaatliche Umsetzung des EU-Rechts.²⁰⁵ Auf der Grundlage des § 48 a BImSchG wurde deshalb die 22. BImSchV erlassen, die Grenzwerte für bestimmte Luftverunreinigungen enthielt und den Anforderungen des EU-Rechts genügte (jetzt 39. BImSchV).

Die **Gegenansicht** verweist darauf, dass die Verwaltung nach dem Grundgesetz keine Kompetenz habe, unmittelbares Außenrecht durch Verwaltungsvorschriften zu setzen. Die Verwaltung benötige eine solche Kompetenz auch nicht, weil anstelle von Verwaltungsvorschriften genauso gut Rechtsverordnungen erlassen werden könnten.²⁰⁶ Es sei wenig sinnvoll, bestimmte Verwaltungsvorschriften formell und materiell so zu behandeln wie eine Rechtsnorm, aber gleichwohl als Verwaltungsvorschrift zu bezeichnen und rechtsdogmatisch den Verwaltungsvorschriften zuzuordnen. Die Verwaltungsvorschrift mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen sei ein Widerspruch in sich. In Wirklichkeit handele es sich um eine Rechtsverordnung oder Satzung.²⁰⁷ 145

d) Ermessensrichtlinien

Im Ermessensbereich darf die Verwaltung nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten entscheiden und damit **eigene Maßstäbe** setzen, um eine möglichst einheitliche, ausgewogene und gleichmäßige Verwaltungspraxis zu gewährleisten. Hier kann sich eine **mittelbare Außenwirkung** über den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG ergeben (dazu nachfolgend Fall 5). 146



202 BVerwGE 107, 338, 341; OVG Lüneburg DVBl. 1985, 1322, 1323; Seibel BauR 2004, 1245, 1249 m.w.N.; ebenso OVG Schleswig-Holstein NordÖR 2009, 468 zur TA Abfall.

203 BVerwGE 72, 300, 320 f.

204 BVerwG DVBl. 2005, 766, 767.

205 EuGH DVBl. 1991, 863 und 869 zur TA Luft; zustimmend Otting DVBl. 2001, 1792, 1793; Erichsen/Klüsche Jura 2000, 540, 548; Jarass JuS 1999, 105, 112; allgemein Voßkuhle/Kaufhold JuS 2016, 314, 316.

206 Vgl. mit unterschiedlichen Begründungen Wolf DÖV 1992, 849, 852 ff.; Erichsen/Klüsche Jura 2000, 540, 548; Maurer JZ 2005, 895, 896; Detterbeck Rn. 882.

207 Instruktiv Maurer JZ 2005, 895, 896.

III. Verwaltungsvorschriften im gesetzlich geregelten Bereich

Fall 5: Rechtswidrigkeit – ja oder nein?

K erhielt auf seinen Antrag eine naturschutzrechtliche Genehmigung für die Aufbringung von Bodenaushub auf seinem Grundstück. Für die Genehmigung wurde eine Gebühr in Höhe von 1.000 EUR erhoben. Nachdem K den Betrag gezahlt hat, stellt die Behörde fest, dass die Gebühr zu niedrig festgesetzt worden ist. K erhält darauf einen neuen Gebührenbescheid, diesmal in Höhe von 3.000 EUR. Zur Begründung beruft sich die Behörde darauf, dass nach dem Gebührenverzeichnis zum Landesgebührengesetz für Auffüllungen eine Gebühr im Rahmen von 100 bis 5.000 EUR erhoben werden kann. Nach einer Verwaltungsvorschrift des zuständigen Ministeriums soll die Staffelung innerhalb dieses Gebührenrahmens grds. nach der aufgebrachten Erdmenge erfolgen. Entsprechend dem Antrag des K ergebe sich daher eine Gebühr von 3.000 EUR. Die ursprüngliche Berechnung habe fälschlicherweise nicht die Erdmenge, sondern nur die Grundstücksfläche berücksichtigt. K hält die Erhöhung für rechtswidrig, da die Staffelung lediglich in einer Verwaltungsvorschrift vorgesehen ist.

- 147** Gebührenbescheide sind **Verwaltungsakte** i.S.d. § 35 VwVfG (s.u. Rn. 183 ff.). Verwaltungsakte können von der Behörde nach ihrem Erlass grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG aufgehoben bzw. geändert werden. Nach § 48 Abs. 1 VwVfG kann ein **rechtswidriger** Verwaltungsakt (VA), auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden (dazu näher AS-Skript Verwaltungsrecht AT 2).
- I. Eine Rücknahme nach § 48 VwVfG setzt voraus, dass der ursprüngliche Gebührenbescheid **rechtswidrig** gewesen ist.
- 148** 1. Aufgrund des Grundsatzes vom **Vorrang des Gesetzes** ist das der Fall, wenn er gegen vorrangige gesetzliche Regelungen verstößt.
- Nach dem Landesgebührengesetz i.V.m. dem Gebührenverzeichnis kann für die Auffüllungsgenehmigung eine Gebühr von 100 bis 5.000 EUR erhoben werden. Die zunächst festgesetzte Gebühr von 1.000 EUR hält sich in diesem Rahmen, so dass die **gesetzlichen Vorgaben eingehalten** worden sind. Die ursprüngliche Gebührenfestsetzung verstieß daher nicht gegen gesetzliche Vorschriften.
2. Jedoch stand die Festsetzung im Widerspruch zu der **Verwaltungsvorschrift**, die eine Bemessung der Gebühr nach der aufgebrachten Erdmenge vorsieht.
- 149** a) Verwaltungsvorschriften sind indes bloßes **Innenrecht**, sie haben **keine unmittelbare Außenwirkung** gegenüber dem Bürger und sind deshalb keine Gesetze i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG. Ein Verstoß gegen Verwaltungsvorschriften führt daher für sich **allein nicht zur Rechtswidrigkeit** der Maßnahme.
- 150** b) Die Richtlinien regeln allerdings, wie die Rahmengebühr gestaffelt werden soll. Durch solche **Ermessensrichtlinien** soll eine einheitliche Ermessensausübung sichergestellt werden. Die Behörde wird sich aufgrund der verwaltungsinternen Verbindlichkeit bei der Entscheidung gegenüber dem Bürger auch vom Inhalt der Verwaltungsvorschriften leiten lassen.

Wie man diese **faktische Außenwirkung** bei Ermessensrichtlinien rechtlich erfasst, ist umstritten.

aa) Teilweise wird die Außenwirkung von Ermessensrichtlinien damit begründet, dass sie gegenüber dem Bürger Rechtswirkungen hervorbringen „sollen“ (finaler Aspekt). Wo der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes nicht eingreife, habe die Exekutive eine **originäre Regelungsbefugnis**. Wegen der verwaltungsinternen Verbindlichkeit der Ermessensrichtlinien sei auch im Verhältnis zum Bürger die Rechtmäßigkeit der Ermessensausübung **unmittelbar** an dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt der Verwaltungsvorschriften zu messen.²⁰⁸ **151**

bb) Eine solche Begründung widerspricht indes dem fehlenden Rechtsnormcharakter von Verwaltungsvorschriften. Außenrechtssätze darf die Verwaltung nach Art. 80 GG nur in Form von Rechtsverordnungen auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung erlassen. Deswegen erkennt die h.M. Ermessensrichtlinien Außenwirkung nur **mittelbar über den Gleichbehandlungsgrundsatz** des Art. 3 Abs. 1 GG zu. Durch den Erlass der Verwaltungsvorschriften legt sich die Verwaltung auf eine Verwaltungspraxis fest, die dem Inhalt der Verwaltungsvorschriften entspricht. Von dieser in den Verwaltungsvorschriften niedergelegten Verwaltungspraxis darf nur aus sachlichem Grund abgewichen werden. Verwaltungsvorschriften in Form von Ermessensrichtlinien bewirken also über **Art. 3 Abs. 1 GG** eine **Selbstbindung der Verwaltung**, die eine sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung von den Richtlinien verbietet.²⁰⁹ **152**

c) Aufgrund der nur **mittelbaren Außenwirkung** der Ermessensrichtlinien kann sich die Rechtswidrigkeit des Bescheides zwar nicht allein aus der Nichtbeachtung der internen Richtlinien ergeben. Die Entscheidung ist aber wegen **Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG** dann (außen-)rechtswidrig, wenn die Abweichung von den Richtlinien **sachlich nicht gerechtfertigt** war. **153**

Beispiel: Weicht die Behörde ohne sachlichen Grund zugunsten eines einzelnen Subventionsbewerbers von ansonsten angewendeten Subventionsrichtlinien ab, ohne ihre Praxis insgesamt zu ändern, so ist ihre Entscheidung wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Art. 3 Abs. 1 GG) rechtswidrig.²¹⁰

aa) Eine Berücksichtigung der Richtlinien über den Gleichbehandlungsgrundsatz setzt zunächst voraus, dass die Verwaltungspraxis ihrerseits **rechtmäßig** ist, da Art. 3 Abs. 1 GG **keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht** gewährt.²¹¹ **154**

Denn eine durch rechtswidrige Verwaltungspraxis erzeugte Pflicht der Verwaltung zu weiterem rechtswidrigem Handeln würde dem Vorrang des Gesetzes zuwiderlaufen.²¹²

208 Vgl. insbes. Leisner JZ 2002, 219, 227; Erbguth DVBl. 1989, 473, 480 ff.; Beckmann DVBl. 1987, 611, 616; Ossenbühl AöR 92, 16 ff.; ähnlich schon Wolff/Bachof I (9. Aufl.) § 24 c 2: Lehre von den Ersatznormen.

209 BVerwG NVwZ 2012, 1262, 1265; NVwZ 2006, 1184, 1188; BayVGH BayVbl. 2009, 539, 540; Maurer/Waldhoff § 24 Rn. 27; Remmert Jura 2004, 728, 730; Voßkuhle/Kaufhold JuS 2016, 314, 315; vgl. auch VGH BW RÜ 2019, 189, 193: Selbstbindung der Verwaltung durch langjährige Verwaltungspraxis.

210 BVerwG NVwZ 2003, 1384; allgemein Reimer Jura 2014, 678, 686.

211 BVerfG NVwZ 1994, 475, 476; BVerwG NVwZ 2005, 1525, 1526; Bader/Ronellenfitsch VwVfG § 40 Rn. 69; Remmert Jura 2004, 728, 730; Müller-Franken JuS 2005, 723, 725; Voßkuhle/Kaufhold JuS 2016, 314, 316.

- 155 Die Richtlinien müssen insbes. auf **sachlichen Gründen** beruhen und dürfen selbst **nicht willkürlich** sein.²¹³ Das ist hier zu bejahen, da es sachgerecht ist, die Höhe der Gebühr an dem wirtschaftlichen Vorteil des Genehmigungsinhabers auszurichten.
- Beispiele:** Die Gewährung eines staatlichen Zuschusses verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG, wenn sie bei ledigen und verheirateten Bewerbern eine einheitliche Einkommensgrenze zugrunde legt.²¹⁴ Der Auftrag des Grundgesetzes an den Staat, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung zu fördern (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG), rechtfertigt es dagegen, Frauen bei der Förderung von Betriebsgründungen im Handwerk günstigere Bedingungen einzuräumen als Männern.²¹⁵
- 156 Im Übrigen müssen Ermessensrichtlinien mit Rücksicht auf Sinn und Zweck des gesetzlich eingeräumten Ermessens stets den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragen und damit **Abweichungen im Einzelfall** zulassen. Sie dürfen also ein gewisses „**Restermessen**“ der Behörde nicht vollständig ausschließen.²¹⁶ Nach der Richtlinie „soll“ die Gebühr grundsätzlich nach der Auffüllmenge bemessen werden. Sollvorschriften enthalten nur eine Vorgabe für den Regelfall, lassen aber Abweichungen im Einzelfall zu, sodass von der Rechtmäßigkeit der durch die Richtlinie bestimmten Verwaltungspraxis auszugehen ist.
- 157 bb) Die **mittelbare Außenwirkung** von Ermessensrichtlinien über Art. 3 Abs. 1 GG kann sich dabei nicht nur zugunsten, sondern **auch zulasten des Bürgers** auswirken.²¹⁷ Die Verwaltung ist wegen der objektiv-rechtlichen Wirkung des Gleichbehandlungsgebotes des Art. 3 Abs. 1 GG gehalten, die von ihr durch interne Richtlinien gesetzten Schranken der Ermessensausübung einzuhalten und darf von ihnen nicht ohne rechtfertigenden Grund zugunsten des Betroffenen abweichen.²¹⁸ Danach durfte die Behörde hier nicht ohne Grund von der Staffelung in der Verwaltungsvorschrift abweichen. Eine unbeabsichtigte oder irrtümliche Nichtbeachtung kann nie einen die Abweichung rechtfertigenden Grund darstellen, da die Behörde sich insoweit gar keine Gedanken gemacht hat.²¹⁹
- Damit stellt bei Ermessensentscheidungen die „verwaltungsinterne“ Nichtbeachtung einer Verwaltungsvorschrift einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar und führt zur **Rechtswidrigkeit** des darauf beruhenden VA. Der ursprüngliche Gebührenbescheid war daher ermessensfehlerhaft, weil er die über Art. 3 Abs. 1 GG zu berücksichtigende Staffelung in den Verwaltungsvorschriften nicht beachtet hat. Als **rechtswidriger VA** unterliegt er der Rücknahme nach § 48 Abs. 1 VwVfG.

212 BVerwGE 34, 278, 282 f.; VG Karlsruhe Urt. v. 15.07.2008 – 11 K 922/08, BeckRS 2008, 39196.

213 OVG NRW NWVBl. 2009, 320, 321; Knack/Henneke VwVfG § 40 Rn. 71.

214 BVerwG NVwZ 2004, 350.

215 BVerwG DVBl. 2003, 139 gegen OVG NRW NWVBl. 2002, 239; ausführlich Müller-Franken JuS 2005, 723, 727 ff.

216 BVerwG NVwZ 2015, 1764, 1766; OVG NRW NWVBl. 2009, 231, 232; BayVGH NJOZ 2012, 1374, 1376.

217 BVerwG NVwZ 2003, 1384; VGH BW RÜ 2009, 453, 455; VG Karlsruhe, Urt. v. 20.07.2017 – 3 K 105/16, BeckRS 2017, 123154.

218 BVerwG NVwZ 2003, 1384; VGH BW NVwZ 1999, 547.

219 VGH BW NVwZ 1999, 547.

Weiteres Beispiel: Versagt eine Behörde in Anwendung der einschlägigen Richtlinien unter bestimmten Voraussetzungen regelmäßig die Gewährung einer Zuwendung, verletzt sie das Gleichbehandlungsgebot in seiner objektiv-rechtlichen Funktion, wenn sie sich **im Einzelfall** über diese Praxis hinwegsetzt und trotz Fehlens der nach den Richtlinien geforderten Voraussetzungen die Leistung gewährt. In einem solchen Fall ist die Entscheidung wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG rechtswidrig.²²⁰ Etwas anderes gilt dann, wenn die Behörde **generell** von den Förderrichtlinien abweicht und diese deshalb ihre ermessenslenkende Wirkung verlieren.²²¹

In diesem Fall macht also nicht der Verstoß gegen die Subventionsrichtlinie den Bewilligungsbescheid rechtswidrig (weil keine Rechtsnorm), sondern die Abweichung von der Verwaltungspraxis, die einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG begründet.

- II. Die Rücknahme wird durch § 48 Abs. 2–4 VwVfG eingeschränkt, wenn es sich bei dem ursprünglichen Gebührenbescheid um einen den K begünstigenden VA gehandelt hat. **Begünstigend** ist nach § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG ein VA, der einen **rechtlich erheblichen Vorteil** begründet oder bestätigt hat. Ein Gebührenbescheid ist indes ein ausschließlich belastender VA.²²² 158

Nach der Gegenansicht soll die ursprüngliche Festsetzung zugleich die begünstigende Regelung enthalten, dass nur der festgesetzte Betrag und keine weitergehende Belastung auferlegt wird. Die Erhöhung des ursprünglichen Betrages hat dann zugleich die Wirkung der Aufhebung dieser Begünstigung.²²³ Das kann indes nur angenommen werden, wenn in der ursprünglichen Belastung zugleich ein (zumindest konkludenter) Verzicht auf weitergehende Ansprüche zu sehen ist, wovon im Regelfall nicht auszugehen ist.²²⁴

Da die Änderung der Gebührenhöhe auch im Übrigen nicht zu beanstanden ist, ist der **neue Gebührenbescheid rechtmäßig**.

IV. Verwaltungsvorschriften im gesetzlich nicht normierten Bereich

Soweit eine Regelung dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt, darf die Verwaltung ohne Gesetz nicht handeln, kann also insbes. ihre Maßnahmen auch nicht auf eine Verwaltungsvorschrift stützen.²²⁵ Das bedeutet im Einzelnen: 159

- Für **belastende Maßnahmen** und **wesentliche Entscheidungen** sind Verwaltungsvorschriften keine ausreichende Rechtsgrundlage.
- Im Anwendungsbereich vom Vorbehalt des Gesetzes können Verwaltungsvorschriften ausnahmsweise für eine **Übergangszeit** ausreichen, soweit dies zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen erforderlich ist (**Chaosgedanke**).²²⁶
- Problematisch ist das Verhältnis zwischen Verwaltungsvorschriften und Vorbehalt des Gesetzes im Bereich der **Leistungsgewährung**.

220 BVerwG NVwZ 2003, 1384; VGH BW RÜ 2009, 453, 455; VG Karlsruhe, Urt. v. 20.07.2017 – 3 K 105/16, BeckRS 2017, 123154.

221 BVerwG NVwZ 2012, 1262.

222 BVerwG DVBl. 2000, 490, 491; OVG NRW NWVBl. 2009, 101, 102; VGH BW NVwZ 1999, 547, 548; Kopp/Ramsauer VwVfG § 48 Rn. 69; Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG § 48 Rn. 123 u. 132.

223 Maurer/Waldhoff § 11 Rn. 13; Ruffert in Ehlers/Pünder § 21 Rn. 53; Ehlers/Kallerhoff Jura 2009, 823, 827.

224 Vgl. AS-Skript Verwaltungsrecht AT 2 (2017), Rn. 83.

225 BVerwGNWVBl. 2009, 300, 302.

226 BVerwG RÜ 2019, 453, 456; NVwZ 2014, 305, 307; näher oben Rn. 118.

Begriffsmerkmale des VA gemäß § 35 VwVfG		
	Definition	Abgrenzung / Gegenbegriffe
hoheitliche Maßnahme	<ul style="list-style-type: none"> jedes Verhalten mit Erklärungsgehalt (auch konkludent), das kraft hoheitlicher Gewalt vorgenommen wird 	<ul style="list-style-type: none"> Erklärungen im Gleichordnungsverhältnis (z. B. ör Vertrag, verwaltungsrechtliche Willenserklärung)
Behörde	<ul style="list-style-type: none"> jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt (§ 1 Abs. 4 VwVfG), auch Beliehene 	<ul style="list-style-type: none"> Handeln eines (nicht beliehenen) Privaten Maßnahme der Legislative oder Rechtsprechung <div style="border: 1px solid black; padding: 2px; margin-top: 5px;">soweit nicht ausnahmsweise Exekutivaufgaben</div>
öffentliches Recht	<ul style="list-style-type: none"> bei verwaltungsrechtlicher Rechtsgrundlage eindeutig hoheitliche Handlungsform (sog. formeller VA) 	<ul style="list-style-type: none"> privatrechtliche (z. B. fiskalische) Maßnahmen Regierungsakte kraft Verfassungs- oder Völkerrecht
Regelung	<ul style="list-style-type: none"> wenn Maßnahme unmittelbar auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist (final), insbes. <ul style="list-style-type: none"> Verbot, Gebot (Verfügung) Rechtsgewährung (z. B. Erlaubnis) Rechtsversagung (Ablehnung) Rechtsgestaltung (z. B. Widerruf) Feststellung (z. B. gesetzeskonkretisierender VA) dinglicher VA (z. B. Widmung) 	<ul style="list-style-type: none"> schlichtes Verwaltungshandeln <ul style="list-style-type: none"> mit Erklärungsgehalt z. B. Auskünfte, Berichte, Warnungen, Mitteilungen tatsächliche Verrichtungen Benutzung von Sachen, Dienstfahrten, Auszahlung von Geld, Schulunterricht, Anwendung von Verwaltungszwang <div style="border: 1px solid black; padding: 2px; margin-top: 5px;">Regelung ausnahmsweise (+), wenn dem Realakt (konkludente) Regelung vorgeschaltet</div> <div style="border: 1px dashed black; padding: 2px; margin-top: 5px;">z. B. Ermessensentscheidung über Auskunftserteilung, konkludentes Duldungsgebot bei Zwangsmaßnahmen (str.)</div>
	<ul style="list-style-type: none"> Zweitbescheid (nach erneuter Sachprüfung) vorläufiger VA 	<ul style="list-style-type: none"> Wiederholung eines VA (ohne erneute Sachprüfung) vorbereitende Maßnahmen, Verfahrenshandlungen

- Ist Rechtsgrundlage für den VA eine **untergesetzliche Rechtsnorm** (RechtsVO, Satzung), so kann auch fraglich sein, ob die herangezogene Vorschrift dem Vorbehalt des Gesetzes genügt oder ob aufgrund des **Parlamentarvorbehalts** eine Regelung in einem formellen Gesetz erforderlich ist („Ermächtigungsgrundlage **ausreichend?**“). 368

Ob eine Maßnahme so wesentlich ist, dass sie in einem Parlamentsgesetz selbst geregelt werden muss, bestimmt sich vor allem nach der Intensität der individuellen Betroffenheit und der Bedeutung der Regelung für die Allgemeinheit. Je stärker der Einzelne oder die Allgemeinheit betroffen ist, umso detaillierter und bestimmter muss die gesetzliche Regelung sein.⁵³¹

Ergibt sich, dass der Gesetzgeber aufgrund des Parlamentarvorbehalts die gesetzliche Regelung selbst hätte treffen müssen, so ist der VA mangels ausreichender Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig, wenn die Regelung nur durch RechtsVO oder Satzung erfolgt ist. Eine Ausnahme gilt auch hier, wenn der derzeitige Zustand im Interesse der Funktionsfähigkeit der Verwaltung für eine Übergangszeit hingenommen werden muss (s.o. Rn. 118).

■ Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Beruht der VA auf einer wirksamen und ausreichenden Ermächtigungsgrundlage, so sind sodann die **formellen** und **materiellen** Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen zu prüfen. 369

Beachte: Die Prüfung der Ermächtigungsgrundlage zu Beginn der Rechtmäßigkeitsprüfung beantwortet nur die Frage, ob eine wirksame und ausreichende Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist. Die sachliche Prüfung der **Voraussetzungen** der Ermächtigungsgrundlage (z.B. im Polizeirecht, ob tatsächlich eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit besteht) erfolgt erst im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit.⁵³²

Beispiel: Prüfung der Ermächtigungsgrundlage im Fallaufbau

I. Als belastende Maßnahme bedarf der VA einer **Ermächtigungsgrundlage**.

Soweit zweifelhaft:

„Fraglich ist, ob die Maßnahme nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes einer Ermächtigungsgrundlage bedarf ...“

Ermächtigungsgrundlage für die Verfügung könnte § ... sein.

Soweit Bedenken an der Wirksamkeit bestehen:

„Diese Vorschrift müsste wirksam sein. Das setzt voraus, dass sie formell und materiell verfassungsgemäß ist ...“

Wenn die VA-Befugnis problematisch ist:

„Die Vorschrift müsste zum Erlass eines Verwaltungsaktes berechtigen ...“

II. **Formelle Rechtmäßigkeit**

(Zuständigkeit, Verfahren, Form)

III. **Materielle Rechtmäßigkeit**

insbes. Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage, allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, zulässige Rechtsfolge

⁵³¹ Vgl. z.B. BVerwG NVwZ 2017, 1786, 1790; Voßkuhle JuS 2007, 118, 119.

⁵³² Vgl. Schnapp/Henkenötter JuS 1998, 624, 626; zum abweichenden „bayerischen Prüfungsaufbau“ insb. im Polizeirecht (Unterscheidung zwischen Aufgabeneröffnung und Befugnis) Wehr JuS 2006, 582, 583.

VI. Erklärungen der Verwaltung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung

- 615** Nicht nur gesetzliche Regelungen können die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns beeinflussen, die Behörde kann sich auch **durch eigenes Verhalten** hinsichtlich späterer Entscheidungen **binden**.

Beispiel: Aufgrund einer ständigen Vergabep Praxis der Behörde kann sich über Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung ein Anspruch des Bürgers auf Bewilligung einer Subvention ergeben (s.o. Rn. 169 ff.).

- 616** Einen Sonderfall bildet die **verbindliche Zusage** der Behörde, eine bestimmte Verwaltungsmaßnahme später vorzunehmen oder zu unterlassen. Ist die Zusage wirksam, hat der Betroffene gegen die Behörde einen **Anspruch** auf das zugesagte Verhalten. Bezieht sich die Zusage auf den späteren Erlass oder Nichterlass eines bestimmten **Verwaltungsakts**, so spricht man von einer **Zusicherung** (§ 38 VwVfG).

1. Zusicherung

Fall 24: Hin und her

Nachdem B sich einen Sportwagen zugelegt hat, fällt es ihm schwer, Geschwindigkeitsbegrenzungen einzuhalten. Anfang Juni 2018 geht bei der zuständigen Fahrerlaubnisbehörde eine Mitteilung des Kraftfahrt-Bundesamtes ein, wonach das Fahreignungsregister für B 8 Punkte aufweist. Im daraufhin eingeleiteten Verfahren zur Entziehung der Fahrerlaubnis erreicht B unter Hinweis auf seine Tätigkeit als Berufskraftfahrer, dass ihm die Behörde mit Schreiben vom 24.07.2018 mitteilt, man wolle ihm eine letzte Chance geben, sich zu bewähren. Bei erneuten Verstößen werde die Fahrerlaubnis aber in jedem Fall entzogen. Zunächst sei die Angelegenheit erledigt. Als die Aufsichtsbehörde hiervon erfährt, weist sie die Fahrerlaubnisbehörde an, die Fahrerlaubnis sofort zu entziehen. B erhält daraufhin nach Anhörung am 28.09.2018 einen Bescheid, dass ihm die Fahrerlaubnis entzogen werde, da nach erneuter Prüfung die Gefährdung des Straßenverkehrs nicht länger hinnehmbar sei. Das Schreiben vom 24.07.2018 sei damit gegenstandslos. Gegen diesen Bescheid hat B (nach erfolglosem Vorverfahren) Klage erhoben, mit der er geltend macht, er habe nach dem Schreiben vom 24.07.2018 keine Verkehrsverstöße mehr begangen, was zutrifft. Wird die zulässige Klage Erfolg haben?

Hinweis: Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen nach § 4 Abs. 5–8 StVG sind eingehalten.

- 617** Die zulässige Anfechtungsklage hat Erfolg, soweit der Bescheid rechtswidrig und B dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

Rechtsgrundlage für die Entziehung der Fahrerlaubnis ist § 3 Abs. 1 StVG.

- I. Hinsichtlich der **formellen Rechtmäßigkeit** bestehen keine Bedenken.
- II. In **materieller** Hinsicht ist nach § 3 Abs. 1 StVG die Fahrerlaubnis zu entziehen, wenn sich der Inhaber als **ungeeignet** zum Führen von Kraftfahrzeugen erweist. Als Spezialfall bestimmt § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 StVG, dass der Betroffene als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen gilt und die Fahrerlaubnis zu entziehen ist, wenn sich nach dem Fahreignungs-Bewertungssystem 8 oder mehr Punkte ergeben.⁹³⁰

III. Der **Rechtsfolge** nach „ist“ die Fahrerlaubnis zu entziehen (§ 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 Hs. 2 StVG), der Behörde steht also kein Ermessen zu.

IV. Die Rechtswidrigkeit könnte sich jedoch aus dem **Verstoß gegen die Zusage** vom 24.07.2018 ergeben. Wird nämlich eine Zusicherung auf Nichterlass eines (belastenden) VA nicht eingehalten, so ist der zusicherungswidrig erlassene VA wegen Verstoßes gegen § 38 VwVfG **rechtswidrig**.⁹³¹ **618**

Hat die Behörde eine Zusicherung auf Erlass eines (begünstigenden) VA abgegeben und erlässt sie den VA gleichwohl nicht, hat der Betroffene die Möglichkeit der Verpflichtungsklage.⁹³²

1. Dann müsste das Schreiben vom 24.07.2018 begrifflich eine **Zusicherung** i.S.d. § 38 VwVfG darstellen, d.h. es muss eine verbindliche Erklärung der Behörde vorliegen, einen bestimmten VA später zu erlassen oder nicht zu erlassen.

a) Zunächst muss eine **verbindliche Erklärung** der Behörde vorliegen. Gegenüber dem Adressaten muss unzweifelhaft der Wille der Behörde zum Ausdruck kommen, einen bestimmten VA später zu erlassen oder nicht zu erlassen.⁹³³ Dabei ist der Erklärungsinhalt analog § 133 BGB durch **Auslegung** zu ermitteln. Maßgeblich ist nicht der innere, sondern der erklärte Wille, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung aller maßgeblichen Begleitumstände und des Zwecks der Erklärung verstehen konnte.⁹³⁴ **619**

Aus der Sicht des B konnte das Schreiben vom 24.07.2018 nur im Sinne einer **verbindlichen Regelung** verstanden werden. Nachdem die Behörde zunächst ein Verfahren zur Entziehung der Fahrerlaubnis eingeleitet hatte, konnte die Äußerung „die Angelegenheit sei zunächst erledigt“ nur bedeuten, dass die Behörde jedenfalls bei gleichbleibender Sach- und Rechtslage nicht tätig werden wollte. Aufgrund dieses objektiv erkennbaren Bindungswillens liegt somit begrifflich eine **Zusicherung** vor.

Besondere Probleme ergeben sich beim **Abbau von Subventionen**. Ein Vertrauen in den Fortbestand einer Förderung ist grundsätzlich nicht schutzwürdig. Selbst eine langjährige Gewährung einer Subvention begründet kein schutzwürdiges Vertrauen auf eine Weitergewährung (s.o. Rn. 172).⁹³⁵ Allerdings kann in einer zunächst befristeten Bewilligung zugleich die (konkludente) **Zusicherung einer Anschlussförderung** liegen. Dies hat die Rspr. z.B. angenommen, wenn die Wirtschaftlichkeit eines Vorhabens auch nach Ablauf einer langandauernden Gewährung (15 Jahre) von einer weiteren Subventionsgewährung abhängig ist. Der Subventionsempfänger könne dann die zunächst befristete Leistungsgewährung nur als Zusage einer Anschlussförderung verstehen.⁹³⁶ Diese Entscheidung hat in der Literatur⁹³⁷ deutliche Kritik erfahren. Eine Zusicherung liege nur vor, wenn die Verwaltung einen bestimmten VA verbindlich zusage und dadurch ein „rechtlich relevantes“ Vertrauen begründe. Ein solches berechtigtes Vertrauen könne aber gerade dann nicht angenommen werden, wenn die Behörde eine Leistungsbewilligung zeitlich befriste.⁹³⁸ **620**

930 Zur Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 StVG vgl. OVG Lüneburg NJW 2017, 1769.

931 Maurer/Waldhoff § 9 Rn. 61; Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG § 38 Rn. 122.

932 Maurer/Waldhoff § 9 Rn. 61; Hebler/Schäfer Jura 2010, 881, 884.

933 BVerwG NVwZ 2012, 1314, 1316; ThürOVGThürVBl 2016, 93; Hebler/Schäfer Jura 2010, 881, 882.

934 BVerwG NVwZ 2012, 1314, 1316; VGH Mannheim DVBl. 2000, 820, 821; Kloepfer/Lenski NVwZ 2006, 501, 502 m.w.N.

935 BVerwG NVwZ 2006, 1184, 1188; DVBl. 1998, 142, 144; VGH Mannheim NJW 2004, 624; Schwarz JZ 2004, 79, 81 m.w.N.

936 OVG Berlin DVBl. 2003, 1333, 1334; anders OVG Berlin JZ 2005, 672, 673 bestätigt durch BVerwG NVwZ 2006, 1184, 1186.

937 Pietzker DVBl. 2003, 1339, 1339; Schwarz JZ 2004, 79, 83 f.

938 Schwarz JZ 2004, 79, 83; in diesem Sinne auch BVerwG NVwZ 2006, 1184, 1187; Ebeling/Tellenbröcker JuS 2014, 217, 219.

- 621 b) Die Erklärung muss sich im Rahmen des § 38 VwVfG auf den **Erlass oder Nichterlass** eines bereits hinreichend **bestimmten VA** beziehen. Im vorliegenden Fall betraf die Erklärung der Behörde das Unterbleiben der Entziehung der Fahrerlaubnis als VA i.S.d. § 35 VwVfG.

2. Die Zusicherung muss **wirksam** sein.

- 622 a) Gemäß § 38 Abs. 1 S. 1 VwVfG muss die Zusicherung von der **zuständigen Behörde** und in **schriftlicher Form** erteilt werden.

Bei der **Zuständigkeit** kommt es nur auf die Zuständigkeit der Behörde als solche an. Handelt innerhalb der zuständigen Behörde ein unzuständiger Sachbearbeiter, so hat dies keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Zusicherung im Außenverhältnis.⁹³⁹ Für die **Schriftform** gilt § 37 Abs. 3 VwVfG (analog), wobei stets die (einfache) Schriftform ausreicht, auch wenn der in Aussicht gestellte VA besonderen Formvorschriften unterliegt (z.B. Aushändigung einer Urkunde nach § 8 Abs. 2 BeamStG).⁹⁴⁰ Eine in **elektronischer** Form abgegebene Zusicherung genügt der Schriftform, wenn die Anforderungen des § 3a Abs. 2 VwVfG eingehalten sind.⁹⁴¹

Beachte: Zuständigkeit und Schriftform sind bei der Zusicherung nicht nur Rechtmäßigkeits-, sondern **zwingende Wirksamkeitsvoraussetzungen**. Anders als beim VA führen Verstöße gegen diese beiden Voraussetzungen nicht nur zur Rechtswidrigkeit, sondern zur Unwirksamkeit der Zusicherung.⁹⁴²

- 623 b) Im Übrigen sind nach § 38 Abs. 2 VwVfG die Regeln über die **Wirksamkeit von VAen entsprechend** anzuwenden.

Nach wie vor ist äußerst umstritten, ob die Zusicherung selbst einen **VA** darstellt. Die h.M. bejaht dies unter Hinweis darauf, dass durch die Zusicherung verbindlich ein Anspruch begründet wird.⁹⁴³ Nach a.A. enthält die Zusicherung keine eigenständige Regelung, sondern bereitet diese nur vor.⁹⁴⁴ Für die wichtigsten verfahrensrechtlichen Regeln (§§ 44, 45, 48, 49 VwVfG) ist diese Streitfrage ohnehin irrelevant, da § 38 Abs. 2 VwVfG jedenfalls eine „entsprechende“ Anwendung der VA-Regeln anordnet.⁹⁴⁵ Deshalb lässt die Rspr. die Rechtsnatur der Zusicherung zumeist offen.

Ungeklärt sind dagegen die prozessualen Konsequenzen. Sieht man mit der h.M. die Zusicherung als VA an, ist eine Klage auf Erteilung der Zusicherung als **Verpflichtungsklage** statthaft, nach der Gegenansicht handelt es sich um eine allgemeine Leistungsklage.

- 624 aa) Aus § 38 Abs. 2 VwVfG i.V.m. § 44 VwVfG ergibt sich, dass die bloße Rechtswidrigkeit der Zusicherung, wie beim VA, nicht automatisch zur **Unwirksamkeit** führt. Unwirksam ist die Zusicherung vielmehr nur, wenn sie nach § 44 Abs. 2 oder Abs. 1 VwVfG **nichtig** ist.

Auch eine **rechtswidrige Zusicherung** begründet daher einen Anspruch des begünstigten Bürgers auf Erlass bzw. Nichterlass des zugesicherten VA. Die Erfüllungshandlung (z.B. Erlass des VA) ist dann rechtmäßig, selbst wenn sie an sich gesetzeswidrig ist.⁹⁴⁶

Für eine Nichtigkeit bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte.

939 Knack/Henneke VwVfG § 38 Rn. 12; Kingler/Krebs 2010, 1059, 1060.

940 Kingler/Krebs JA 2010, 1059, 1061.

941 Kopp/Ramsauer VwVfG § 38 Rn. 20.

942 BVerwG DVBl. 1995, 746, 747; OVG Lüneburg NVwZ 2005, 470; Kopp/Ramsauer VwVfG § 38 Rn. 21; Kloepfer/Lenski NVwZ 2006, 501, 502; Hebler/Schäfer Jura 2010, 881, 882.

943 BVerwG NVwZ 1986, 1011; NJW 1988, 662, 663; Pünder JA 2004, 467, 468; Knack/Henneke § 38 Rn. 21; Hebler/Schäfer Jura 2010, 881, 881 f.; Kingler/Krebs JuS 2010, 1059, 1059 f.

944 Jakobs Jura 1985, 234, 235; Erfmeyer DVBl. 1999, 1625, 1630; Berg JZ 2005, 1039, 1044.

945 Vgl. Hebler/Schäfer Jura 2010, 881, 882.

946 Vgl. VGH Mannheim NVwZ 1991, 79, 80; Ennuschat JuS 1998, 905, 909; a.A. Erfmeyer DVBl. 1999, 1625, 1629.