

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE)

Vorlesung Allgemeines Verwaltungsrecht (an Beispielen aus dem Verwaltungsprozess verdeutlicht), Wintersemester 2006/07

Literaturauswahl

Lehrbücher

- Battis, Ulrich*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2002.
Bull, Hans Peter; Mehde, Veith, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Heidelberg 2005.
Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, München 2005.
Erichsen, Hans-Uwe; Ehlers, Dirk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage, Berlin 2002.
Hendler, Reinhard, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, München 2001.
Huber, Peter-Michael, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2003.
Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 6. Auflage, München 2005.
Ipsen, Jörn, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Köln 2005.
Jachmann, Monika, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Neuwied 2003.
Koch, Hans-Joachim; Rubel, Rüdiger; Heselhaus, F. Sebastian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Neuwied 2003.
Manssen, Gerrit, Allgemeines Verwaltungsrecht, Stuttgart 2005.
Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, München 2006.
Peine, Franz-Joseph, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Heidelberg 2006.
Schmidt, Rolf, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Auflage, Grasberg 2006.
Schweickhardt, Rudolf; Vondung, Ute, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8 Auflage, Stuttgart 2005.
Seidel, Achim; Reimer, Ekkehart; Möstl, Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Kommunalrecht, 2. Auflage, München 2005.
Wolff, Hans J.; Bachof, Otto; Stober, Rolf, Verwaltungsrecht; Band 1, 11. Auflage, München 1999; Band 2, 6. Auflage, München 2000; Band 3, 5. Auflage, München 2004.

Fallbearbeitung

- Becker, Joachim*, Fälle und Lösungen zum Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Stuttgart 2006.
Brinktrine, Ralf, Fallsammlung zum Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Berlin 2005.
Grupp, Klaus; Stelkens, Ulrich, Saarheimer Fälle zum Staats- und Verwaltungsrecht, unter: <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Grupp/klausur.htm>.
Peine, Franz-Joseph, Klausurenkurs im Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2006.
Heyen, Erk Volkmar, 40 Klausuren aus dem Verwaltungsrecht, 8. Auflage, München 2005.
Matheus, Christian, Standardfälle Verwaltungsrecht (AT), Altenberge 2006.
Rauda, Christian, 25 Fälle Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht: Klausurentraining mit Lösungen im Gutachterstil, Dänischhagen 2006.
Schwerdtfeger, Gunther, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung: Grundfallsystematik, Methodik, Fehlerquellen, 12. Auflage, München 2004.
Seidel, Achim, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Kommunalrecht, und Bezügen zum Verwaltungsprozessrecht sowie zum Staatshaftungsrecht, 2. Auflage, München 2005.
Seiler, Christian, Examens-Repetitorium Verwaltungsrecht: allgemeines Verwaltungsrecht, Polizei-, Bau-, Kommunalrecht, Staatshaftungsrecht, Heidelberg 2005.
Treder, Lutz, Prüfungsschemata Verwaltungsrecht: Grundlagen und Erläuterungen, 4. Auflage, Heidelberg 2006.
Uerpmann, Robert, Examens-Repetitorium Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2006.
Zuleeg, Manfred, Fälle zum allgemeinen Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2006.

Hinweis: Die im Rahmen der folgenden Gliederung unterbreiteten Vorschläge zur vor- und nachbereitenden Lektüre können selbstverständlich nur Anregungen darstellen. Es wird damit nicht impliziert, die angegebenen Werke seien „das Beste“, was man zum jeweiligen Thema lesen könne. Vielmehr muss jede Studentin und jeder Student das Lehrbuch finden, mit dem sie oder er individuell am besten zurecht kommt.

Gliederung der Vorlesung

I. Zur Theorie des rechts- und verfassungsstaatlichen Verwaltungsrechts

1. Rechtsstaat, Verfassungsstaat und Sozialstaat

Neuere Rechtsprechung: BVerwG, NVwZ 2005, 1184 ff.

2. Ausstrahlungswirkung des Verfassungsrechts auf das „einfache“ Verwaltungsrecht (insbesondere verfassungsrechtliche Schutzpflichten, Organisations- und Verfahrensgrundsätze)

Neuere Rechtsprechung:

- BVerwG, NVwZ 2006, 690 ff.
- BVerwG, NVwZ 2005, 332 ff.
- BVerwG, NVwZ 2005, 337 ff.
- VGH Mannheim, NVwZ 2005, 1098

3. Ausstrahlungswirkung des Gemeinschaftsrechts auf das „einfache“ Verwaltungsrecht (Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts)

4. Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)

> relevant für VII. 1. a) und b) – Ermächtigungsgrundlage und VA-Befugnis

> Vorrang des Gesetzes: Art. 20 Abs. 3 GG: Die Verwaltung ist an bestehende Gesetze gebunden, d. h., sie muss ausführen, was die Gesetze (im materiellen Sinn, d. h. auch RVOen und Satzungen) ihr vorschreiben, und sie darf in ihrem Handeln nicht gegen die Gesetze verstoßen.

> Vorbehalt des Gesetzes: Insbesondere Eingriffe in die Rechte der Bürger darf die Verwaltung nur vornehmen, wenn sie dazu durch formelles Gesetz ausdrücklich ermächtigt wurde (durch formelles Gesetz kann auch bedeuten, dass das formelle Gesetz die Entscheidung über die Eingriffsbefugnis oder deren konkrete Ausgestaltung an untergesetzliche Normgeber delegiert, wenn die Bestimmtheit gewahrt ist). Ob der Vorbehalt des Gesetzes auch für die Leistungsverwaltung gilt, ist str. (bei Subventionen lässt die Rechtsprechung die Bereitstellung im Haushaltsplan genügen, sehr str.).

Zur Vor- und Nachbereitung:

zu 1, 2: *Maurer*, § 2, Rn. 1 – 17

zu 3: *Maurer*, § 2, Rn. 31 – 36

zu 4: *Maurer*, § 4, Rn. 17 – 18, § 6

II. Aufbau und Organisation der öffentlichen Verwaltung

1. Grundbegriffe der Verwaltungsorganisation (Verwaltungsträger, Organ, Behörde, Amt)

2. Unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung

Exkurs: Auswirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf den Aufbau der nationalen Verwaltung

Zur Vor- und Nachbereitung:

zu 1, 2: *Peine*, Rn. 24 – 110

zum Exkurs: *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, § 17 Rn. 13 ff.; *Peine*, Rn. 171

III. Das Recht der Verwaltung

1. Das Verwaltungsrecht und seine Abgrenzung zum Privatrecht

- > relevant v. a. für VI. 1. (Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges und VI. 2. a) ee) (Handeln auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts).
- > Die berühmten „Abgrenzungstheorien“: Niemals als Streit in der Klausur bringen!!
- > Hilfreich ist v. a. die Sonderrechtstheorie oder „modifizierte Subjektstheorie“: Eine Rechtsvorschrift gehört dem öffentlichen Recht an, wenn sie in all ihren Anwendungsfällen einen Träger öffentlicher Gewalt (staatlicher Hoheitsgewalt) als solchen berechtigt oder verpflichtet.

Neuere Rechtsprechung: BVerwG, NVwZ 2005, 1072 ff.

2. Die Verwaltungsrechtsquellen

a) Deutsche Verwaltungsrechtsquellen

Exkurs: Verwaltungsvorschriften

Neuere Rechtsprechung: BVerwG, NVwZ 2005, 602

b) Gemeinschaftsrechtliche Verwaltungsrechtsquellen

aa) Primäre Rechtsquellen

bb) Sekundäre Rechtsquellen

Exkurs: Der „*effet utile*“-Gedanke bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts

c) Rangfrage

3. Die Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder

4. Verwaltungshandeln in Privatrechtsform

a) Probleme des Verwaltungsprivatrechts

b) Die Zweistufentheorie

Zur Vor- und Nachbereitung:

zu 1: *Peine*, Rn. 116 – 133

zu 2: *Peine*, Rn. 134 – 181

zu 2 a Exkurs: *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, § 24 Rn. 21 – 33

zu 2 b: *Maurer*, § 4, Rn. 59 – 68

zu 3: *Peine*, Rn. 280 – 300

zu 4: *Peine*, Rn. 189 – 197; *Maurer*, § 17, Rn. 1 – 35

IV. Das Verwaltungsrecht im Kreuzfeuer der Deregulierungsdiskussion

1. Das verwaltungsrechtliche Verfahren als Verwirklichung verfassungsrechtlicher Schutz- und Organisationspflichten des Staates (staatsrechtliche Grenzen der Deregulierung)

2. Modelle und Umsetzung einer kooperativen Verwaltung

Zur Vor- und Nachbereitung:

zu 1: *Peine*, DÖV 1997, 353 ff.

zu 2: *Maurer*, § 15, Rn. 14 – 24

V. Das Verwaltungsrechtsverhältnis

1. Das sog. „besondere Gewaltverhältnis“

2. Das Verwaltungsrechtsverhältnis als Grundlage einer neuen Dogmatik des Verwaltungsrechts

> Relevant für VI. 2. a) ff) Außenwirkung

Zur Vor- und Nachbereitung: *Peine*, Rn. 264 – 279; *Maurer*, § 8, Rn. 16 – 30

VI. Der Verwaltungsakt [am Beispiel der Zulässigkeitsprüfung einer Anfechtungsklage]

1. Rechtswegeröffnung, § 40 Abs. 1 VwGO

2. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage, § 42 Abs. 1 VwGO (Aufhebung eines belastenden Verwaltungsaktes als Klageziel)

a) Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktes, § 35 S. 1 VwVfG

aa) Regelung

> Herbeiführung einer verbindlichen Rechtsfolge, d. h. unmittelbare Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten, Feststellung oder Verneinung von Rechten, Pflichten oder Rechtstatsachen; abzugrenzen von Realakten, vorbereitenden Maßnahmen und Teilakten, behördlichen Willenserklärungen ohne Anordnungscharakter

bb) Hoheitliches Handeln

> hoheitlich = öffentlichrechtlich (identisch mit dem Prüfungsmerkmal „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“)

> Problemfelder:

- Handlungen mit „Doppelnatur“: öffentlichrechtlich gegenüber dem Adressaten, privatrechtlich gegenüber faktisch betroffenen Dritten (st. Rspr. des BGH, str.), z. B. Gebührenberechnung durch staatliche Vermessungsämter (BGHZ 121, 126, 129 f.), Selbstabgabe von Brillen und Rollstühlen durch gesetzliche Krankenkasse (BGHZ 82, 375, 383; GmS-OGB BGHZ 102, 280, 286); wirtschaftliche Betätigung von Ersatzkassen der GKV (BGHZ 66, 229, 233, 237; GmS-OGB BGHZ 108, 284, 287 f.).

- privatrechtsgestaltende VAe (öffentlichrechtlich), z. B. Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts nach § 24 BauGB, § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB, § 505 Abs. 2 BGB; behördl. Genehmigung privatrechtlicher Rechtsgeschäfte, z. B. nach § 2 GrdstVG oder Genehmigung einer Stiftung, § 80 BGB.

cc) Einzelfall

> konkret-individuell, abzugrenzen von abstrakt-generell (Rechtsnorm), abstrakt-individuell (VA, str.), konkret-generell (Allgemeinverfügung)

dd) Behörde

> Stelle, die Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnimmt, § 1 Abs. 4 VwVfG NW

ee) Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

> identisch mit dem Prüfungsmerkmal „hoheitlich“

ff) Außenwirkung

> Betroffenheit von Rechten außerhalb des verwaltungsinternen Bereichs, z. B. von Bürgern oder sonstiger Rechtspersonen, aber auch Eingriff in Kompetenzen anderer selbständiger Verwaltungsträger

> muss tatsächlich, unmittelbar und beabsichtigt sein (rein faktische Betroffenheit genügt nicht)

> Problemfälle: innerdienstliche Weisungen.

- Keine Außenwirkung bei „Betriebsverhältnis“ (Adressat nur als Amtswalter betroffen);

- Außenwirkung bei „Grundrechtsverhältnis“ (Adressat in persönlicher und individueller Rechtsstellung betroffen); z. B. Beamtenernennung, vorzeitige Pensionierung, Beförderung; schulische Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen, z. B. Umsetzung eines Schülers in eine Parallelklasse (OVG Hamburg NVwZ-RR 2005, 40 f.) – anders: bei nur organisatorischen Maßnahmen, wenn z. B. die Klasse aufgelöst wird und die Schüler auf Parallelklassen verteilt werden.

- Keine Außenwirkung bei Maßnahmen, die nach ihrem objektiven Zweck nur den verwaltungsinternen Bereich betreffen, dabei aber faktisch oder absichtlich in die persönliche Rechtsstellung des Adressaten eingreifen. V. a. im öffentlichen Dienstrecht: Einem Beamten wird ein anderer Aufgabenbereich zugewiesen, der nicht amtsangemessen oder diskriminierend ist. Maßnahme dient der Umstrukturierung des verwaltungsinternen Dienstbetriebs, betrifft den Beamten aber in seinem persönlichen Anspruch auf Zuweisung eines amtsgemäßen Dienstbereichs. Kein VA, Rechtsschutz durch allg. Leistungsklage oder Feststellungsklage (beachte § 126 BRRG!). Vgl. OVG Hamburg NVwZ-RR 2005, 125; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2005, 124, BVerwGE 60, 144 ff.; 89, 199 ff. Auch im Hochschulbereich: Festlegung der Vorlesungen eines Hochschullehrers durch Fachbereichsrat ist rein innerdienstlich trotz Betroffenheit von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, vgl. VGH BaWü DÖV 2003, 380 f.).

> Auch hier Annahme einer „Doppelnatur“ mancher Maßnahmen durch BVerwG und Teile der Lit. (str.): Es gebe Maßnahmen, die gegenüber Betroffenen VA seien, gegenüber anderen nicht. Insbes. relevant in Verbindung mit dem Selbstverwaltungsrecht. Z. B. aufsichtsbehördliche Genehmigung einer Satzung sei VA gegenüber der erlassenden Selbstverwaltungskörperschaft (z. B. Gemeinde, Handwerksinnung oder Handelskammer), aber nicht gegenüber den Bürgern, denen gegenüber die Genehmigung Bestandteil der Satzung selbst (als untergesetzliche Rechtsnorm) sei. Nachweise bei *Detterbeck*, Rn. 494.

Exkurs: Die Allgemeinverfügung, § 35 S. 2 VwVfG

> konkret-generelle Regelung (kein Einzelfall), dennoch VA (Klarstellung durch das Gesetz), drei Arten: personenbezogene, sachbezogene und benutzungsregelnde Allgemeinverfügungen; es gelten teilweise Sonderregeln, z. B. § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 39 Abs. 2 Nr. 5, § 41 Abs. 3 Satz 2 VwVfG.

b) Wirksamkeit des Verwaltungsaktesaa) Bekanntgabe, §§ 41, 43 Abs. 1 VwVfG

> konstitutiv für Existenz des VAs, sonst „Nicht-VA“

> Für die Bekanntgabe zuständige Behörde muss in amtlicher Eigenschaft wesentlich und willentlich den Inhalt des VAs dem Betroffenen gegenüber eröffnen.

- > Normalerweise keine bes. Form vorgeschrieben, auch mündlich, elektronisch oder konkludent durch Gesten (vgl. § 41 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 37 Abs. 2 Satz 1 VwVfG).
- > Sonderformen der Bekanntgabe: durch Post (§ 41 Abs. 2 VwVfG), öffentliche Bekanntgabe (§ 41 Abs. 3, 4 VwVfG), wenn vom Gesetz gefordert: Zustellung (§ 41 Abs. 5 VwVfG i. V. m. §§ 2 ff. VwZG – wichtigster Fall: Widerspruchsbescheid, § 73 Abs. 3 VwGO).
- > Rechtsfolgen einer *fehlerhaften* Bekanntgabe str.; BVerwG und h. M.: nur bei *gänzlich unterbliebener* Bekanntgabe „Nicht-VA“, bei Verstoß gegen § 44 Abs. 1, 2 VwVfG nichtiger VA (unwirksam gemäß § 43 Abs. 3 VwVfG), bei sonstigem Verstoß gegen Bekanntgabevorschriften Wirksamkeit und Rechtswidrigkeit des VAs (Rechtsbehelfsfristen beginnen nicht zu laufen), vgl. BVerwGE 112, 78, 79 f.
- > Bei Nichtexistenz oder Nichtigkeit beachte § 46 VwVfG; bei Zustellungsmängeln ist Heilung nach § 9 VwZG zu prüfen.
- > Ordnungsgemäße Bekanntgabe setzt Rechtsbehelfsfristen in Gang, aber nur für denjenigen Adressaten, dem gegenüber die Bekanntgabe tatsächlich erfolgte. Die Frist berechnet sich daher für jeden Adressaten einzeln, §§ 80 Abs. 1, 74 Abs. 1 VwGO. Ist der VA durch Bekanntgabe gegenüber irgendjemandem existent geworden, können auch andere Betroffene, denen er nicht bekanntgegeben wurde, Rechtsbehelfe einlegen. Für sie gelten keine Fristen, aber sie *verwirken* ihren Rechtsbehelf, wenn sie ihn nicht innerhalb eines Jahres nach Kenntnisnahme oder Kennenmüssen des VAs einlegen (Treu und Glauben, vgl. BVerwGE 78, 85, 89 ff.).
- > Bekanntgabe von Verkehrszeichen (§ 39 Abs. 2 StVO) = benutzungsregelnde Allgemeinverfügungen: nach BVerwGE 102, 316, 318 (vgl. auch BVerwG DVBl. 2004, 518 f.) durch Aufstellen des Schildes (besondere Form der öffentlichen Bekanntgabe, festgelegt durch die spezielleren Vorschriften der StVO). Es kommt nur auf abstrakte, nicht auf konkrete Möglichkeit der Kenntnisnahme an. Widerspruchsfrist (§ 70 Abs. 1 VwGO) beginnt für alle mit Aufstellen des Schildes, beträgt generell mangels Rechtsbehelfsbelehrung ein Jahr (§ 58 Abs. 2 VwGO).

Neuere Rechtsprechung:

- BFH, NVwZ-RR 2006, 160 ff.
- BVerwG, NVwZ 2005, 1331 ff.
- BVerwG, NVwZ 2006, 943 ff.
- BFH, NVwZ-RR 2005, 765 ff.
- OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2005, 760 ff.

bb) Keine Erledigung, § 43 Abs. 2 VwVfG

- > Erledigung ist Wegfall der „Beschwerde“ (d. h. der belastenden Regelungswirkung) durch den VA, sei es durch äußere Ereignisse, sei es durch Handeln des Betroffenen oder der Behörde selbst.

cc) Keine Nichtigkeit, § 43 Abs. 3 VwVfG (zur Nichtigkeit unten VII. 2. a)

3. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsklage

a) Die **Klagebefugnis**, § 42 Abs. 2 VwGO

aa) „Adressatentheorie“

> Wenn jemand Adressat eines belastenden VAs ist, ist nicht auszuschließen, dass er dadurch zumindest in seinem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, verletzt sein könnte.

bb) Problemfälle

- Drittbetroffenheit
- Klagebefugnis für ausländische Betroffene
- Klagebefugnis von juristischen Personen des Öffentlichen Rechts
- altruistische Verbandsklage

cc) Möglichkeit der Rechtsverletzung

> „Möglichkeitstheorie“: Es genügt für die Klagebefugnis, wenn eine Rechtsverletzung beim Kläger nicht ausgeschlossen erscheint.

Exkurs: Das subjektive öffentliche Recht

> abzugrenzen vom objektiven Recht (Summe aller geschriebenen Rechtssätze) und vom bloßen Rechtsreflex (faktischer Vorteil für den Bürger, Verhalten, zu dem der Staat verpflichtet ist, auf den aber kein Rechtsanspruch des Bürgers besteht)

> Subj.-öff. Recht gibt dem Bürger einen Anspruch gegen die öffentliche Hand in einer ihrer Ausprägungen; manchmal ausdrücklich; manchmal muss Anspruch durch Auslegung ermittelt werden.

> „Schutznormtheorie“: Eine Norm, die die Verwaltung zu einem bestimmten Handeln verpflichtet, gewährt ein subj.-öff. Recht, wenn sie *zumindest auch* dem Schutz von Individualinteressen bestimmt ist.

Neuere Rechtsprechung:

- VGH München, NVwZ-RR 2006, 303 ff.
- OVG Koblenz, NVwZ 2005, 1208 ff.
- VG München, NVwZ 2005, 1219 ff.
- VG München, NVwZ 2005, 839 ff.
- VG Stuttgart, NVwZ 2005, 971 ff.
- VG München, NVwZ 2005, 1215 ff.

b) **Widerspruchsverfahren**, § 68 VwGO

Neuere Rechtsprechung:

- VG Gera, NVwZ-RR 2005, 5 ff.
- VGH Mannheim, NVwZ-RR 2006, 154 ff.
- BVerwG, NVwZ 2006, 1072 ff.
- OVG Münster, NVwZ-RR, 451

c) **Klagefrist**, § 74 Abs. 1 VwGO

4. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen (nicht Gegenstand dieser Vorlesung)

Zur Vor- und Nachbereitung:

zu 1: *Hufen*, § 11

zu 2a: *Peine*, Rn. 310 – 496
 zu 2 a aa: *Peine*, Rn. 358 – 366
 zu 2 a bb: *Peine*, Rn. 335 – 350
 zu 2 a cc: *Peine*, Rn. 367 – 375
 zu 2 a dd: *Peine*, Rn. 329 – 334
 zu 2 a ee: *Peine*, Rn. 351 – 357
 zu 2 a ff: *Maurer*, § 9, Rn. 26 – 30
 zum Exkurs: *Peine*, Rn. 397 – 415
 zu 2 b: *Peine*, Rn. 538 – 556; 747 – 757
 zu 3, 4: *Hufen*, § 14

VII. Die Rechtmäßigkeit des (belastenden) Verwaltungsaktes [am Beispiel der Begründetheit einer Anfechtungsklage]

> **Obersatz** der Begründetheitsprüfung: „Die Klage des Klägers ist begründet, wenn der Verwaltungsakt der Behörde rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist.“ (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO)

1. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes

a) Ermächtigungsgrundlage zum VA-Erlass

> Vorbehalt des Gesetzes! Belastende VAe bedürfen einer formell-gesetzlichen Grundlage – wenigstens indirekt in der Form, dass der formelle Gesetzgeber einen Verordnungs- oder Satzungsgeber zum Erlass entsprechender Eingriffsbefugnisnormen ermächtigt. Das ermächtigende formelle Gesetz sowie eventuelle auf ihm beruhende RVOen und Satzungen müssen ihrerseits rechtmäßig sein; anderenfalls ist der VA schon allein deswegen rechtswidrig.

> Fehlt die erforderliche Ermächtigungsgrundlage, ist der VA rechtswidrig.

> Im normalen Klausurfall ist an dieser Stelle schlicht die einschlägige Ermächtigungsgrundlage zu nennen (so genau wie möglich, mit §, Absatz, Satz, ggf. Nr.) und mit der Prüfung fortzufahren. Die einschlägige Ermächtigungsgrundlage muss *zuerst* ermittelt werden, da die konkreten Voraussetzungen der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit von der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage abhängen.

b) VA-Befugnis

> In einigen Fällen lässt eine Ermächtigungsgrundlage offen, in welcher Form die Verwaltung handeln darf, um ihre Rechte durchzusetzen oder ihre Aufgaben zu erfüllen. Es fragt sich dann, ob die Behörde sich selbst aussuchen kann, ob sie im Wege des VAs handelt oder ob sie Klage beim VG erhebt.

> Grundregel: Im Bereich der Eingriffsverwaltung darf die Behörde nur dann per VA handeln, wenn sie vom Gesetz zu dieser Handlungsform ermächtigt wird. Es ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Gesetz das tut. In den meisten Fällen ist es unproblematisch.

> Beachte: § 35 VwVfG kann nicht als „allgemeine VA-Befugnis“ interpretiert werden!!

> Im Bereich der Leistungsverwaltung ist das Handeln per VA in aller Regel unproblematisch möglich, da in den meisten Fällen die Behörde durch die Gewährung einer Leistung nicht in Rechte des Bürgers eingreift, daher dessen Benachteiligung durch die Handlungsform VA nicht in Betracht kommt. Das gilt unabhängig davon, ob man für die Leistungsgewährung im Einzelfall eine formell-gesetzliche Ermächtigungsgrundlage verlangt oder nicht.

- > Problemkreis öffentlichrechtliche Verträge: Im Regelfall darf die Behörde ihre vertraglichen Ansprüche nicht per VA durchsetzen, außer das Gesetz sieht das vor oder die vertragliche Leistung wurde per VA gewährt.
- > Problemkreis Beamtenrecht: Ansprüche der Behörde gegen den Beamten dürfen grundsätzlich per VA durchgesetzt werden.
- > Problemkreis Subventionen: Durch VA bewilligte Subventionen können auch durch VA zurückgefordert werden. Im Anwendungsbereich der §§ 49 Abs. 3, 49a Abs. 1 VwVfG regeln diese Normen das Problem.

c) **Formelle Rechtmäßigkeit**

- > In der Klausur nur zu prüfen, wenn Hinweise im Sachverhalt zu finden sind!

aa) Zuständigkeit

- > örtlich, sachlich, (instantiell, funktionell)
- > Zuständigkeitsvorschriften hängen mit der Ermächtigungsgrundlage zusammen.
- > Bsp.: §§ 4, 5 OBG NW, § 62 BauO NW

bb) Ordnungsgemäßes Verwaltungsverfahren

- > Grundsatz: nichtförmliches Verfahren, § 10 Satz 1 VwVfG.
- > Allgemeine Regeln: §§ 9-30 VwVfG
- > Insbesondere § 28 VwVfG: Anhörungserfordernis (mit Ausnahmen und Heilungsmöglichkeit nach § 45 VwVfG bei Verstoß)
- > Besondere Verfahrensvoraussetzungen ergeben sich aus Spezialvorschriften, z. B. §§ 63-71 VwVfG (förmliches Verwaltungsverfahren), §§ 72-78 VwVfG (Planfeststellungsverfahren).

cc) Form, § 37 Abs. 2-4 VwVfG

- > Normalerweise keine besondere Form vorgeschrieben, d. h. es gibt auch mündliche oder konkludente VAe (z. B. mündliche Anweisung eines Polizisten, eine bestimmte Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen; Handzeichen eines Verkehrspolizisten).
- > Besondere Formerfordernisse ergeben sich aus Spezialvorschriften, z. B. § 20 Abs. 1 Satz 1 OBG NW und § 75 Abs. 1 Satz 2 (Schriftform).

dd) Begründung, § 39 VwVfG

- > Besonderheiten können sich wieder aus Spezialvorschriften ergeben.

> Beachte: Eine unterbliebene Rechtsbehelfsbelehrung führt nicht zur Rechtswidrigkeit des VAs! Es wird dann nur nicht die reguläre Rechtsbehelfsfrist in Gang gesetzt.
 > § 37 Abs. 1 VwVfG (Bestimmtheitserfordernis) ist keine Voraussetzung der formellen, sondern der materiellen Rechtmäßigkeit des VAs (vgl. unten d) bb)).

Exkurs: Unbeachtlichkeit und Heilbarkeit von Verfahrens- und Formfehlern, §§ 45, 46 VwVfG

- > Zweck: „Rettung“ eines materiell rechtmäßigen, also „richtigen“ VAs vor Aufhebung allein wegen eines Formfehlers; Verfahrensökonomie (Vermeidung eines neuen Verwaltungsverfahrens, in dem der VA erneut, diesmal ohne Formfehler, erlassen werden müsste).
- > Heilbare Verstöße zählt § 45 VwVfG abschließend auf.
- > Zeitliche Grenze (§ 45 Abs. 2): bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (nicht mehr in der Revisionsinstanz!).

- > Nachholen kann grundsätzlich die Ausgangsbehörde, teilweise auch die Widerspruchsbehörde, wenn deren Prüfungskompetenz das erlaubt (Stichwort: Rechtsaufsicht – Fachaufsicht).
- > Beachte: Nachholung der Begründung nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG ist nicht dasselbe wie das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozess. Letzteres ist eine inhaltliche Erweiterung einer bereits vorhandenen Begründung, also kein formelles, sondern ein materielles Problem, das anhand von § 114 Abs. 2 VwGO gelöst werden muss.
- > In der ordnungsgemäßen Durchführung des Widerspruchsverfahrens liegt i. d. R. die Nachholung einer unterbliebenen Anhörung nach § 345 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG. Ausnahme: Die Einwände des Bürgers wurden bei der Widerspruchsentscheidung nicht einmal zur Kenntnis genommen, der Widerspruchsbescheid wurde auf ganz neue Tatsachen gestützt, zu denen sich der Bürger noch gar nicht äußern konnte, oder die Widerspruchsbehörde hat eine Ermessensentscheidung getroffen, für die sie nicht die Überprüfungskompetenz hatte (nur Rechtsaufsicht, keine Fachaufsicht).
- > Von § 45 zu unterscheiden ist § 46 VwVfG. Dieser kommt zur Anwendung, wenn keine Heilung nach § 45 stattgefunden hat, der VA also formell rechtswidrig ist. Voraussetzung: Der Verfahrensfehler, aufgrund dessen der VA formell rechtswidrig ist, hat die Entscheidung in der Sache offensichtlich nicht beeinflusst. Das ist bei gebundenen Entscheidungen (oder Ermessensreduzierung auf Null) immer dann der Fall, wenn der VA materiell rechtmäßig ist, bei ErmessensVAen nur dann, wenn ganz eindeutig keine Möglichkeit besteht, dass die Behörde bei Beachtung der Formvorschrift eine andere Entscheidung getroffen hätte (und das ist der absolute Ausnahmefall).

d) **Materielle Rechtmäßigkeit**

aa) Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

- > Es sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage zu prüfen.

Exkurs: Unbestimmte Rechtsbegriffe und die Lehre vom Beurteilungsspielraum

> Unbestimmte Rechtsbegriffe

- finden sich immer auf der Tatbestandsseite einer Ermächtigungsgrundlage (- das Ermessen hingegen immer auf der Rechtsfolgenseite!).
- sind nicht scharf konturiert und müssen von der Praxis inhaltlich ausgefüllt werden.

> Bei der Anwendung und Ausfüllung mancher unbestimmter Rechtsbegriffe hat die Verwaltung *keinen* Beurteilungsspielraum (Entscheidungsspielraum). Bsp.: „Unzuverlässigkeit“ im Gewerbe- und Gaststättenrecht. Dann ist die behördliche Entscheidung, soweit der unbestimmte Rechtsbegriff betroffen ist, gerichtlich voll nachprüfbar, d. h. das Gericht prüft nach seinem eigenen Maßstab nach, ob die Voraussetzungen des Begriffs im Einzelfall erfüllt sind.

> In anderen Fällen steht der Behörde ein Beurteilungsspielraum zu. Bsp.: Prüfungsentscheidungen. Hier erfolgt nur eine eingeschränkte gerichtliche Überprüfung, d. h. das Gericht überprüft nur, ob die behördliche Entscheidung im Rahmen des Vertretbaren ist. Es darf nicht seine eigene Wertung zugrundelegen, sondern muss den Wertungsspielraum der Verwaltung achten.

> Der Regelfall ist der unbestimmte Rechtsbegriff *ohne* Beurteilungsspielraum (wegen Art. 19 Abs. 4 GG). Vgl. BVerfGE 64, 261, 279; 84, 34, 49 f.

> Fallgruppen mit Beurteilungsspielraum:

- Prüfungsentscheidungen (Abitur, Diplomprüfungen, Staatsprüfungen, Laufbahnprüfungen): Nachprüfbar nur auf Verstoß gegen Verfahrensvorschriften oder -grundsätze (aber Rügepflicht des Prüflings!), Verstöße gegen das Fairnessgebot,

darauf, ob die Prüfer von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen sind, sich von sachfremden Erwägungen haben leiten lassen, gegen allgemeine Bewertungsmaßstäbe verstoßen oder willkürlich entschieden haben. Das BVerfG (E 84, 34, 55) hat den Beurteilungsspielraum der Prüfer dahingehend eingeschränkt, dass „zutreffende Antworten und brauchbare Lösungen [...] nicht als falsch bewertet werden dürfen“.

- beamtenrechtliche Eignungs- und Leistungsbeurteilungen (hier gelten im wesentlichen dieselben Grundsätze wie bei Prüfungen)

- „höchstpersönliche Akte wertender Erkenntnis“ durch weisungsunabhängige, staatsfreie und nach besonderen Kriterien (i. d. R. Sachverstand) zusammengesetzte Gremien; welche dazugehören, wird – auch von den Gerichten – sehr einheitlich beurteilt. Das gleiche gilt für Prognose- und Risikoentscheidungen (v. a. im Umwelt- und Wirtschaftsrecht).

> Man kann bei der Überprüfung die Maßstäbe der Ermessensfehlerlehre heranziehen: „Beurteilungsausfall“, „Beurteilungsüberschreitung“, „Beurteilungsfehlergebrauch“, „Beurteilungsreduzierung auf Null“ (vgl. dazu sogleich dd) – Exkurs).

bb) Bestimmtheit des Verwaltungsaktes, § 37 Abs. 1 VwVfG

Neuere Rechtsprechung:

- BVerwG, NVwZ-RR 2006, 589

cc) Verhältnismäßigkeit des Verwaltungsaktes (Übermaßverbot)

Prüfungsschritte:

(1) Angestrebter Zweck: Welchen Zweck verfolgt der VA? Ist schon der Zweck selbst illegitim oder rechtswidrig, ist der VA unverhältnismäßig und damit ebenfalls rechtswidrig (in der Klausur selten der Fall).

(2) Geeignetheit: Ist das Mittel geeignet, den angestrebten Zweck in irgendeiner Weise zu fördern? Es genügt auf dieser Stufe schon, wenn das Mittel auch nur ein klein wenig nützlich ist. Nur wenn das gar nicht der Fall ist, ist es ungeeignet und der VA rechtswidrig.

(3) Erforderlichkeit: Gibt es ein milderes Mittel zur Erreichung des Zwecks, das ebenso effektiv ist wie das gewählte? Dabei sind nur rechtmäßige Alternativen in Betracht zu ziehen.

(4) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engen Sinn): Ist das Mittel geeignet und erforderlich zur Erreichung des Zwecks, hat eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs (der Belastung) durch den VA und dem Gewicht des damit verfolgten Zwecks (oder dem damit erreichten Nutzen für die Allgemeinheit) zu erfolgen. Es findet eine umfassende Interessenabwägung statt. Sind Interessen Dritter betroffen, so sind diese in die Abwägung einzubeziehen. Wiegen die Interessen des Adressaten des belastenden VAs (= in unserem Aufbau des Klägers) schwerer als die übrigen Interessen, so ist er unverhältnismäßig belastet, und der VA ist rechtswidrig.

> Bei gebundenen Entscheidungen der Verwaltung ist normalerweise keine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Bei entsprechenden Hinweisen im Sachverhalt ist ggf. die Rechtmäßigkeit (einschließlich der Verhältnismäßigkeit) der gesetzlichen Ermächtigunggrundlage zu überprüfen.

> Die Verhältnismäßigkeit kann als eigenständiger Gliederungspunkt oder als Teil des Ermessens geprüft werden (eine unverhältnismäßige Maßnahme ist immer auch ermessensfehlerhaft).

Neuere Rechtsprechung:

- VG Düsseldorf, NVwZ-RR 2006, 158 ff.

- dd) Bei Ermessensverwaltungsakten: Fehlerfreie Ermessensausübung, § 40 VwVfG, § 114 VwGO
- > Ermessen ist der Entscheidungsspielraum der Behörde auf der Rechtsfolgenseite der Ermächtigungsnorm (zu unterscheiden vom Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite!, siehe oben Exkurs nach aa). Alle Tatbestandsvoraussetzungen sind erfüllt, aber die Norm lässt der Verwaltung die Wahl zwischen mehreren Maßnahmen (meist zu erkennen am Wortlaut: „kann“). Manchmal ergibt sich das Ermessen nicht aus dem Wortlaut, sondern muss durch Auslegung ermittelt werden (v. a. aus dem Normzweck).
 - > Sonderfall „Soll-Vorschriften“: In Normalfällen tritt die Rechtsfolge zwingend ein, nur in Ausnahmefällen kann von der Rechtsfolge abgesehen werden. D. h. nur im *Sonderfall* wird die Vorschrift zur Ermessensvorschrift. Vgl. BVerwGE 90, 88, 93; 88, 1, 8.
 - > Entschließungsermessen: Die Behörde muss wählen, ob sie im Einzelfall tätig wird oder nicht.
 - > Auswahlermessen: Wenn die Behörde tätig wird, hat sie die Auswahl zwischen mehreren Vorgehensweisen.
 - > Bsp.: § 8 Abs. 1 PolG NRW räumt der Polizei Entschließungs- und Auswahlermessen ein.
 - > „Intendiertes“ Ermessen (Begriff des BVerwG, vgl. BVerwGE 72, 1, 6; 91, 82, 90; 105, 55, 57 f.): Einige Normen, die der Behörde Ermessen einräumen, behandelt das BVerwG quasi wie Soll-Vorschriften, indem es der Norm „ermessenslenkende Vorgaben“ entnimmt, die für alle „Normalfälle“ eine bestimmte Rechtsfolge zwingend indizieren. Handelt es sich nach Ansicht der Behörde um einen solchen Normalfall, so braucht sie (entgegen dem Wortlaut der Norm) keine Ermessenserwägungen anzustellen, sondern kann sich damit begnügen festzustellen, dass eben ein solcher „Normalfall“ vorliege. Nur wenn sie einen „Ausnahmefall“ annimmt, muss sie Ermessenserwägungen anstellen. Die Befreiung der Behörde von dieser Pflicht und die Unterschlebung eines bestimmten angeblich normgewollten „Normalergebnisses“ wird kritisch gesehen.

Exkurs: Die Ermessensfehlerlehre

- > Ermessen ist nicht beliebige Wahlfreiheit, es ist an strenge Regeln und Grenzen gebunden („plichtgemäßes Ermessen“). Vgl. § 40 VwVfG, § 114 Satz 1 VwGO. Das Gericht überprüft die Einhaltung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens. Es darf hingegen nicht seine eigenen Ermessenserwägungen oder Vorstellungen von Zweckmäßigkeit an die der Behörde setzen.
- > Ermessensnichtgebrauch: Behörde stellt keinerlei Ermessenserwägungen an, obwohl sie müsste.
- > Ermessensüberschreitung: Behörde ergreift eine Maßnahme, die das Gesetz ihr gar nicht erlaubt.
- > Ermessensfehlgebrauch:
 - Zweckverfehlung: Behörde erkennt oder beachtet den Zweck der Ermessenseinräumung nicht.
 - Abwägungsdefizit: Umstände und Rechtsgüter, die bei der Abwägung hätten berücksichtigt werden müssen, werden ignoriert.
 - Ermessensmissbrauch: Behörde stützt ihre Entscheidung auf sachfremde oder missbräuchliche Erwägungen.
- > Verstoß gegen Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze: v. a. Verhältnismäßigkeit, Gleichheitsgrundsatz

> Ermessensreduzierung auf Null: Es gibt Situationen, in denen nur noch eine einzige Maßnahme rechtmäßig sein kann, z. B. wenn eine Gefahrensituation sich so zugespitzt hat, dass die Behörde handeln muss (Reduzierung des Entschließungsermessens), oder wenn eine Lage ihrer Natur nach nur eine einzige sinnvolle Maßnahme zulässt (Reduzierung des Auswahlermessens). Eine Ermessensreduzierung auf Null beruht häufig auf grundrechtlichen Erwägungen und auf dem hohen Wert zu schützender Rechtsgüter.

2. **Rechtsverletzung durch den Verwaltungsakt**, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO

> Hier muss die Verletzung eines subjektiven Rechts des Klägers, deren bloße Möglichkeit für die Klagebefugnis (oben VI. 3. a) genügt hatte, positiv festgestellt werden. Das verletzte subjektive Recht muss genau identifiziert und benannt werden. Dabei ist einfaches Recht heranzuziehen, bevor man auf Grundrechte zurückgreift.

Exkurs: Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes

a) **Die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes**, § 44 VwVfG

> Prüfungsreihenfolge:

1) § 44 Abs. 3 – Negativliste – diese Rechtsverstöße führen nicht zur Nichtigkeit des VAs; wenn Abs. 3 verneint wird:

2) § 44 Abs. 2 – Positivliste absoluter Nichtigkeitsgründe – diese Verstöße führen ohne weitere Voraussetzungen zur Nichtigkeit des VAs; wenn auch Abs. 2 verneint wird:

3) § 44 Abs. 1 – relative Nichtigkeitsgründe (allgemeine Regel).

> Voraussetzungen der Nichtigkeit nach § 44 Abs. 1:

1) *besonders schwerwiegender Fehler*: nicht jeder schwere Rechtsverstoß (restriktive Anwendung), nur schwerer Verstoß gegen eine ganz besonders wichtige Rechtsbestimmung, der „schlechthin unerträglich für die Rechtsordnung“ ist (BVerwG NJW 1971, 578) oder „in eklatanter Weise“ gegen Verfassungsrecht verstößt.

2) *Offensichtlichkeit*: wird nicht *per se* durch die Schwere des Fehlers bedingt; Maßstab ist der „aufmerksame und verständige Durchschnittsadressat“.

> Folgen der Nichtigkeit:

- Unwirksamkeit des VAs gemäß § 43 Abs. 3 VwVfG (braucht nicht befolgt zu werden)

- Nichtigkeitsfeststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO

- trotzdem auch Anfechtbarkeit gemäß § 42 Abs. 1 VwGO (wird aus § 43 Abs. 2 Satz 2 VwGO geschlossen) – Grund: der Bürger kann nicht im voraus beurteilen, ob ein VA nichtig oder bloß rechtswidrig ist (dazu sind die Kriterien viel zu vage)

- Behörde kann Nichtigkeit gemäß § 44 Abs. 5 VwVfG durch VA feststellen.

b) **Die (bloße) Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes**

> Rechtswidriger VA ist anfechtbar durch Widerspruch (§§ 68 ff. VwGO) und Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO).

> Rechtswidriger VA kann durch Behörde, die Widerspruchsbehörde oder das Verwaltungsgericht aufgehoben werden, durch die beiden letzteren nur bei (rechtzeitiger) Anfechtung durch den Bürger. Die Ausgangsbehörde kann ggf. noch aufheben, wenn der Bürger kein Anfechtungsrecht mehr hat (§§ 48, 49 VwVfG, vgl. unten IX. und X.).

> Möglich ist auch die Teilanfechtung und Teilaufhebung (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO: „soweit“). Dann muss aber der VA teilbar sein, der verbleibende Teil des VAs rechtmäßig sein, und bei Aufhebung von ErmessensVAen durch das Gericht muss der

Rest-VA durch den mutmaßlichen Willen der Behörde (objektivierter Maßstab) gedeckt sein.

> Ein VA, der wegen Verfahrens- oder Formfehlern formell rechtswidrig ist, kann eventuell mit Hilfe der §§ 45, 46 VwVfG „gerettet“ werden (s. o. 1. c) Exkurs).

> In manchen Fällen kommt eine Umdeutung des rechtswidrigen VAs gemäß § 47 VwGO in Betracht.

Zur Vor- und Nachbereitung:

zu 1 a, b: *Detterbeck*, Rn. 589 – 602

zu 1 c : *Peine*, Rn. 557 - 658

zu 1 c Exkurs: *Peine*, Rn. 722 - 740

zu 1 d aa, Exkurs: *Peine*, Rn. 225 – 237; *Detterbeck*, Rn. 348 – 379

zu 1 d bb: *Peine*, Rn. 663 – 667

zu 1 d cc: *Detterbeck*, Rn. 229 – 245

zu 1 d dd: *Peine*, Rn. 200 – 224; *Detterbeck*, Rn. 311 – 347

zum Exkurs nach 2: *Peine*, Rn. 673 – 746

VIII. Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt, § 36 VwVfG [am Beispiel der Begründetheitsprüfung einer Anfechtungsklage]

1. Die Arten der Nebenbestimmungen

> Nebenbestimmungen dienen vor allem der Ausräumung von Hindernissen, die dem Erlass eines begünstigenden VAs entgegenstehen. Bei belastenden VAen dienen sie oft der Wahrung der Verhältnismäßigkeit.

> Nebenbestimmungen sind Teil des VAs, keine selbständigen VAe. Für die Auflage ist das allerdings str., manche sagen, sie sei ein eigenständiger VA. Alle Nebenbestimmungen sind jedoch akzessorisch zum HauptVA und erlöschen ebenfalls bei dessen Aufhebung.

> Das VwVfG sieht fünf Arten von Nebenbestimmungen vor (legal definiert in § 36 Abs. 2 VwVfG).

a) Befristung (§ 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG)

> „Bestimmung, nach der eine Vergünstigung oder Belastung zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnt, endet oder für einen bestimmten Zeitraum gilt“.

b) Bedingung (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG)

> „Bestimmung, nach der der Eintritt oder Wegfall einer Vergünstigung oder einer Belastung von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängt“ (aufschiebende oder auflösende Bedingungen) – übrigens auch dann, wenn der Eintritt des Ereignisses vom Willen des Begünstigten oder eines Dritten abhängt („Potestativbedingung“).

c) Widerrufsvorbehalt (§ 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG)

> Dadurch behält sich die Behörde vor, den VA später wieder aufzuheben. Der Widerrufsvorbehalt verhindert, dass beim Adressaten Vertrauen entstehen kann, der VA werde unbegrenzt gültig sein. Vgl. als korrespondierende Bestimmung § 48 Abs. 2 Nr. 1 (2. Alt.) VwVfG.

d) Auflage (§ 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG)

> „Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird“. Auflagen treten *per definitionem* nur bei begünstigenden VAen auf.

> Häufiges Klausurproblem: Abgrenzung zwischen Bedingung und Auflage

Maßgebend für die Abgrenzung ist nicht die von der Behörde gewählte Bezeichnung, sondern der materielle Gehalt der Regelung, wie er durch Auslegung aus dem objektiven Empfängerhorizont (§ 133 BGB) zu ermitteln ist. Für die Abgrenzung der Bedingung von der Auflage kommt es darauf an, ob eine Regelung unmittelbar Einfluss auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes haben soll (Bedingung) oder ob die Wirksamkeit von einer weiteren behördlichen Entscheidung abhängen soll (dann Auflage). Die Auflage berührt die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes nicht unmittelbar; dieser bleibt unabhängig von der Erfüllung der Auflage oder deren Bestand wirksam. Die Behörde kann die Auflage jedoch zwangsweise durchsetzen oder den Verwaltungsakt nach § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG widerrufen. Merksatz: „Die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht; die Auflage zwingt, suspendiert aber nicht.“ Da die Auflage die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes nicht berührt, aber als Handlungsgebot vollstreckt werden kann, ist sie im Zweifel sowohl für den Adressaten als auch für die Behörde günstiger.

> „Modifizierende Auflage“ – ist keine Auflage und gar keine Nebenbestimmung!!! Daher passt der Begriff auch nicht (als Alternative wird z. B. vorgeschlagen „modifizierende Genehmigung“). Es handelt sich um eine bloße Inhaltsbestimmung, die nicht selbständig durchsetzbar ist. Im Grunde wird damit ein inhaltlich anderer VA als der vom Bürger beantragte erlassen (ein „*aliud*“). Wer sich dagegen wehren will, muss den VA selbst angreifen; eine isolierte Anfechtung kommt nicht in Betracht!

e) Auflagenvorbehalt (§ 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG)

> Ankündigung „der nachträglichen Aufnahme, Änderung oder Ergänzung einer Auflage“. Wie der Widerrufsvorbehalt verhindert auch der Auflagenvorbehalt die Entstehung schutzwürdigen Vertrauens beim Adressaten.

> Die nachträgliche Hinzufügung von Bedingungen, Befristungen und Widerrufsvorbehalten ist von Nr. 5 nicht gedeckt und daher nur bei ausdrücklicher spezialgesetzlicher Ermächtigung möglich. Ohne diese Ermächtigungsgrundlage wäre der nachträgliche Erlass einer Nebenbestimmung die Aufhebung des ursprünglichen VAs verbunden mit dessen Neuerlass in Verbindung mit einer Nebenbestimmung. Das ist in aller Regel rechtswidrig.

2. Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Nebenbestimmung

a) Spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage

> Z. B. § 12 BImSchG

> Gibt es für den VA eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage, so empfiehlt es sich, in deren „Dunstkreis“ nach einer Ermächtigungsgrundlage auch für die Nebenbestimmung zu suchen. Nur wenn diese Suche erfolglos bleibt, sollte man zur allgemeinen Regelung des § 36 VwVfG übergehen.

b) Im Übrigen: § 36 VwVfG

aa) Gebundener HauptVA, § 36 Abs. 1 VwVfG

> Gibt es keine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage und besteht auf den Erlass des VAs ein Anspruch, dann darf die Behörde nur dann eine Nebenbestimmung dazu erlassen, wenn diese sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des VAs erfüllt werden. Der Erlass der Nebenbestimmung ist in das pflichtgemäße Ermessen der Behörde gestellt.

> In der Klausur ist an dieser Stelle zu prüfen, ob der VA ohne die fragliche Nebenbestimmung rechtswidrig wäre und deshalb nicht erlassen werden dürfte.

bb) HauptVA im Ermessen, § 36 Abs. 2 VwVfG

> Hier ist auch der Erlass der Nebenbestimmung in das pflichtgemäße Ermessen der Verwaltung gestellt; der Ermessensspielraum der Behörde ist jedoch weiter als im Fall des Abs. 1.

3. Formelle Rechtmäßigkeit der Nebenbestimmung

> Zuständigkeit, Verfahren, Form. Meist werden die Voraussetzungen mit denen des HauptVAs übereinstimmen; manchmal mag es vorkommen, dass z. B. eine Anhörung nur bezüglich des HauptVAs, nicht aber bezüglich der Nebenbestimmung stattgefunden hat.

4. Materielle Rechtmäßigkeit der Nebenbestimmung

a) Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

b) Sachlicher Zusammenhang mit der Hauptregelung

> Die Verwaltung darf nicht dem Adressaten eines VAs durch Nebenbestimmung Pflichten auferlegen, die mit der Sachregelung des HauptVAs in keinerlei Zusammenhang stehen (Koppelungsverbot). Es handelt sich hierbei um eine spezielle Verhältnismäßigkeitsregel.

c) Keine Zweckwidrigkeit der Nebenbestimmung, § 36 Abs. 3 VwVfG

> „Eine Nebenbestimmung darf dem Zweck des Verwaltungsaktes nicht zuwiderlaufen.“ Auch dies ist eine spezielle Ausformung des Verhältnismäßigkeitsgebots.

d) Allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

> Bestimmtheit, keine Ermessensfehler, Verhältnismäßigkeit, kein Verstoß gegen sonstiges Recht

Exkurs: Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen (isolierte Anfechtung?)

> Umstritten ist, ob Nebenbestimmungen vom Hauptverwaltungsakt isoliert mit einer (Teil-)Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO angefochten werden können, oder ob stattdessen eine Verpflichtungsklage auf Erteilung eines neuen Verwaltungsaktes ohne belastende Nebenbestimmungen erhoben werden muss. Der folgende Streit ist in der Klausur (in gebotener Kürze) unter dem Prüfungspunkt „statthafte Klageart“ darzustellen.

1. Auffassung: Keine auf die Nebenbestimmung beschränkte Anfechtungsklage. Kläger verlange immer ein „Mehr“ als er habe, deshalb ausschließlich Verpflichtungsklage.

Gegenargumente: Wortlaut von § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO („soweit“) erlaubt Teilaufhebung und Teilanfechtung. (Teil-)Anfechtungsklage ist im Verhältnis zur Verpflichtungsklage spezieller, da das Gericht den angegriffenen Teil des Verwaltungsaktes (die Nebenbestimmung) selbst aufheben kann, während es bei einer Verpflichtungsklage die Behörde dazu verurteilt, den begehrten Verwaltungsakt zu erlassen.

2. Auffassung („h. M.“): Nebenbestimmungen sind grundsätzlich mit einer isolierten Anfechtungsklage angreifbar. Umstritten sind allerdings die Voraussetzungen im Einzelnen.

a. Differenzierung nach der Art des Hauptverwaltungsaktes: Beinhaltet der Verwaltungsakt eine gebundene Entscheidung, so lasse sich über dessen rechtmäßigen Bestand isoliert entscheiden, mit der Folge, dass auch eine Nebenbestimmung isoliert aufhebbar sei. Stehe der Hauptverwaltungsakt dagegen im Ermessen der Behörde, könne deren Ermessensspielraum durch die Aufdrängung eines „ungewollten Rest-Verwaltungsaktes“ unzulässig verkürzt werden. Anderes gelte nur, wenn der Ermessensspielraum der Behörde auf Null reduziert sei.

Gegenargumente: Im Einzelfall kann auch bei einer gebundenen Entscheidung der Restverwaltungsakt ohne die angegriffenen Nebenbestimmungen allein nicht mehr mit der Rechtsordnung in Einklang stehen. Das Differenzierungskriterium „Ermessen“ ist damit bei der Frage nach der zulässigen Klageart ungeeignet.

b. Differenzierung nach der Art der Nebenbestimmung: Befristungen, Bedingungen und Widerrufsvorbehalte seien nicht isoliert angreifbar, Auflagen und Auflagenvorbehalte dagegen schon. Gegenstand einer Anfechtungsklage müsse in jedem Fall eine selbständige, logisch oder prozessual vom Hauptverwaltungsakt trennbare Regelung sein. Auch der Wortlaut des § 36 Abs. 2 VwVfG NW unterscheide zwischen Auflagen und Auflagenvorbehalten auf der einen und sonstigen Nebenbestimmungen auf der anderen Seite („kann *erlassen* werden mit“ bzw. „kann *verbunden* werden mit“), was für diese Differenzierung spreche.

Gegenargumente: Es ist zweifelhaft, ob der Wortlaut des § 36 Abs. 2 VwVfG NW allein genügend Anhaltspunkte liefert, um eine unterschiedliche prozessuale Behandlung zu rechtfertigen. Ein Restverwaltungsakt ohne die angegriffene Auflage kann auch für sich genommen nicht mehr mit der Rechtsordnung in Einklang stehen. Differenzierung zwischen der Art der Nebenbestimmung ist kein adäquates Kriterium.

c. Teilbarkeit: Isolierte Anfechtbarkeit einer Nebenbestimmung nur dann, wenn diese eine selbständige Regelung darstellt, die nicht die Wirksamkeit der Genehmigung berühre bzw. vom Hauptverwaltungsakt im logischen Sinne (prozessual) teilbar sei. D. h. nur dann, wenn der Restverwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung selbständig bestehen könne, oder durch die Teilaufhebung keine völlig andere Bedeutung erlange, als ihm ursprünglich zukam. Für diese Auffassung spricht, dass sie als Kriterium für die Teilanfechtung die Frage stellt, ob der verbleibende Restverwaltungsakt auch ohne die Nebenbestimmung noch rechtmäßig sein kann.

Gegenargument: Die Beantwortung dieser Frage gehört in die Begründetheitsprüfung, nicht in die Zulässigkeit.

d. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG, NVwZ 2001, 429 ff.): Jede Nebenbestimmung ist grundsätzlich anfechtbar. Bei dem Vorgehen gegen eine Auflage handele es sich um einen Fall einer isolierten Anfechtungsklage, bei dem Vorgehen gegen eine Bedingung oder eine Befristung um einen Fall einer Teilanfechtung. Die Frage, ob der Hauptverwaltungsakt sinnvoller- und rechtmäßigerweise ohne die Nebenbestimmung bestehen kann, sei eine Frage der Begründetheit. Ausnahmen von diesem Grundsatz könnten nur da gemacht werden, wo eine Trennbarkeit offensichtlich von vorneherein ausscheide. Diese Auffassung berücksichtigt alle Kritikpunkte an den übrigen Auffassungen und ermöglicht eine saubere und übersichtliche Prüfung. Ihr ist deshalb zweckmäßigerweise zu folgen.

> **Beachte:** Folgt man der Auffassung des BVerwG, so muss der Obersatz der Begründetheitsprüfung folgendermaßen lauten: „Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit die angegriffenen Nebenbestimmungen rechtswidrig sind, der Kläger dadurch in eigenen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) sowie die nach der Kassation der Nebenbestimmung verbleibende Restregelung rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann.“

Zur Vor- und Nachbereitung:

Peine, Rn. 497 – 537

Braun/Kettner Verwaltungsrechtsrundschau 2005, 25

IX. Rücknahme des rechtswidrigen Verwaltungsaktes, § 48 VwVfG [am Beispiel der Begründetheitsprüfung einer Anfechtungsklage]

> Zur Terminologie: „Aufhebung“ ist der Oberbegriff, „Rücknahme“ ist der Terminus für die Aufhebung rechtswidriger VAe nach § 48, „Widerruf“ für die Aufhebung rechtmäßiger VAe nach § 49 VwVfG durch die Behörde. Davon zu unterscheiden ist die Aufhebung

durch die Widerspruchsbehörde im Widerspruchsverfahren und durch das VG im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Dort spricht man einfach von „Aufhebung“ (oder „Kassation“). Die Aufhebung nach §§ 48, 49 VwVfG ist auch nach Eintritt der Bestandskraft (Ablauf der Rechtsmittelfristen, Unanfechtbarkeit) möglich (siehe Wortlaut).

Neuere Rechtsprechung:

- OVG Münster, NVwZ 2006, 106 ff.

1. Ermächtigungsgrundlage für die Rücknahme

a) Spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage

> Gibt es für den VA eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage, so empfiehlt es sich, in deren „Dunstkreis“ nach einer Ermächtigungsgrundlage auch für die Rücknahme zu suchen. Wenn diese Suche erfolglos bleibt, sollte man zur allgemeinen Regelung des § 48 Abs. 1 VwVfG übergehen.

b) Im Übrigen: § 48 Abs. 1 VwVfG

> Anwendungsvoraussetzung des § 48 Abs. 1 VwVfG ist, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist grundsätzlich der Erlass des VAs. D. h. ein VA, der bei Erlass rechtmäßig war, kann nur nach § 49 VwVfG aufgehoben werden, auch wenn sich später die Umstände ändern und der Erlass eines solchen VAs später rechtswidrig wäre. Ausnahmen: Wird ein Gesetz, auf dem der VA beruht, rückwirkend aufgehoben, so wird auch der VA rückwirkend rechtswidrig, so dass § 48 anwendbar ist. Ist der VA auf laufende staatliche Geldleistungen gerichtet und fallen nach einiger Zeit, in der schon Zahlungen geleistet wurden, die Voraussetzungen für den VA weg, ist die Rücknahme nach § 48 nur vom Zeitpunkt des Wegfalls an möglich (BVerwGE 84, 111, 113).

2. Formelle Rechtmäßigkeit der Rücknahme

> Zuständigkeit (Die Zuständigkeit zur Aufhebung eines VAs hat die Behörde, die zum Zeitpunkt der Aufhebung für dessen Erlass zuständig wäre; § 48 Abs. 5 VwVfG; in aller Regel wird das dieselbe Behörde sein, die den VA erlassen hat.), Verfahren (Anhörung bezüglich der Aufhebung! – Verstoß ggf. heilbar), Form.

3. Materielle Rechtmäßigkeit der Rücknahme

a) Rechtswidrigkeit des aufzuhebenden VA

> sollte schon bei der Bestimmung der Ermächtigungsgrundlage geprüft werden, s. o.

b) Rücknahme rechtswidriger belastender VAe: § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG

> Ohne weitere Voraussetzungen möglich. Die Rücknahme steht im Ermessen der Verwaltung; nur die Rechtswidrigkeit des VAs reduziert das Ermessen nicht auf Null (BVerwG NVwZ 2000, 202). Eine Ermessensreduzierung auf Null (Anspruch des Adressaten auf Rücknahme) kommt aus Verhältnismäßigkeitsgründen dann in Betracht, wenn die Aufrechterhaltung des VAs eine unzumutbare Belastung für den Bürger darstellen würde. Achtung! Wenn der belastende VA einen Dritten begünstigt, müssen dessen Interessen in der Abwägung berücksichtigt werden.

c) **Rücknahme rechtswidriger begünstigender VAe: Beachtung der Voraussetzungen des § 48 Abs. 2–4 VwVfG**

aa) Rücknahmeverbot für sog. Leistungsbescheide, § 48 Abs. 2 VwVfG

> Rücknahme der in Abs. 2 (gründlich lesen!!!) genannten VAe ist nur möglich, wenn und soweit kein schutzwürdiges Vertrauen des Adressaten vorliegt.

(1) Reichweite des Vertrauens: In aller Regel wird der Adressat auf den Bestand des ganzen VAs vertraut haben, es sei denn, er hatte vom VA noch keine Kenntnis oder es liegen sonst Umstände vor, aufgrund derer er mit einer Rückforderung rechnete.

(2) Schutzwürdigkeit des vorhandenen Vertrauens:

- Nicht, wenn einer der Ausschlussstatbestände des § 48 Abs. 2 Satz 3 erfüllt ist. Für Satz 3 Nr. 2 kommt es auf Verschulden des Begünstigten nicht an. Für Nr. 3 genügt es, wenn sich dem Adressaten die Rechtswidrigkeit des VAs hätte aufdrängen müssen. Folge bei Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 3: starke Reduzierung des Rücknahmeermessens dahingehend, dass i. d. R. *ex tunc* zurückgenommen werden muss (Abs. 2 Satz 4).

- Schutzwürdiges Vertrauen wird von § 48 Abs. 2 Satz 2 vermutet, wenn es zur Vertrauensbetätigung im Sinne dieser Vorschrift gekommen ist. (Prüfungsreihenfolge: Zuerst Satz 3 durchprüfen; wenn keine dieser Fallgruppen vorliegt, ist Satz 2 zu prüfen). Kein Verbrauch und keine Vermögensdisposition liegt vor, wenn die durch den VA gewährte Leistung wirtschaftlich gesehen in irgendeiner Weise noch im Vermögen des Adressaten vorhanden ist, z. B. in Form von gekauften Gegenständen oder Schuldbefreiung durch getilgte Forderungen.

(3) Abwägung mit dem öffentlichen Interesse (§ 48 Abs. 2 Satz 1 am Ende): Ist das Vertrauen des Adressaten nicht schutzwürdig, überwiegt in aller Regel das öffentliche Interesse an der Rücknahme. Etwas anderes kann sich z. B. aufgrund folgender Aspekte ergeben: Interessen des Adressaten, der Allgemeinheit und Dritter, Grad der Rechtswidrigkeit des VAs.

> Rechtsfolge: Rücknahme (soweit Vertrauen nicht schutzwürdig) ist in das Ermessen der Behörde gestellt, kann aber eingeschränkt sein (§ 48 Abs. 2 Satz 4). Nimmt die Behörde zurück, ist § 49a VwVfG zu beachten, s. u. Exkurs nach X.

bb) Entschädigungsgebot für sonstige VA, § 48 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 VwVfG

> Begünstigende VAe, die nicht unter Abs. 2 fallen (Bsp.: Baugenehmigungen oder Prüfungsentscheidungen), können nach § 48 Abs. 1 Satz 1 zurückgenommen werden, d. h. die Behörde trifft eine Ermessensentscheidung (in deren Rahmen Vertrauensgesichtspunkte ebenso zu berücksichtigen sind wie andere schutzwürdige Interessen). Nimmt die Behörde den VA zurück, gilt Abs. 3: Hat sich bei dem Adressaten ein schutzwürdiges Vertrauen auf den Bestand des VAs gebildet, hat die Behörde ihm Vermögensnachteile auszugleichen, die dadurch entstanden sind. Die Entscheidung über den Ausgleichsanspruch ist zu trennen von der Rücknahmeentscheidung. Bei der Prüfung von § 48 Abs. 3 sind dieselben Schritte vorzunehmen wie bei Abs. 2: (1) Reichweite des Vertrauens; (2) Schutzwürdigkeit, (a) Ausschlussgründe (Verweis auf Abs. 2 Satz 3 in Abs. 3 Satz 2), (b) Vertrauensbetätigung (auch wenn Abs. 3 Satz 2 darauf nicht ausdrücklich verweist. Der Ausgleichsanspruch ist auf das negative Interesse begrenzt (§ 48 Abs. 3 Satz 3), d. h. der Adressat ist so zu stellen, als ob der VA nicht erlassen worden wäre. Obergrenze ist das positive Interesse, d. h. der Adressat darf durch den Ausgleich nicht besser gestellt werden, als wenn der VA noch bestünde. Die Behörde setzt den Ausgleichsanspruch durch VA fest, Abs. 3 Satz 4. Beachte: Frist des Abs. 3 Satz 5.

cc) Beachtung der Rücknahmefrist, § 48 Abs. 4 VwVfG

> Nur bei begünstigenden VAen (siehe § 48 Abs. 1 Satz 2).

> Gilt nicht im Fall des § 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 (Abs. 4 Satz 2).

> Fristbeginn: problematisch und streitig. Gesetzeswortlaut: Mit positiver Kenntnis der Behörde von den Tatsachen, die die Rücknahme rechtfertigen (wenn das vor dem Erlass des VAs war, dann mit Erlass). Kennenmüssen genügt nicht (hierzu und zum Folgenden: BVerwGE 70, 356). Maßgebliche Behörde ist (nur) die Stelle, die über die Rücknahme zu entscheiden hat (BVerwG NVwZ 2001, 672). Erst die vollständige Kenntnis des gesamten für die Rücknahme erheblichen Sachverhalts – inklusive der für den Vertrauensschutz und die Ermessensausübung relevanten Umstände – begründet „Kenntnis“. Gleiches gilt, wenn die Behörde maßgebliche Umstände nicht hinreichend berücksichtigt oder rechtlich falsch gewürdigt hat. Unklar ist weiterhin, ob alleinige Tatsachenkenntnis genügt (so BVerwG JuS 1997, 379) oder ob die Behörde zusätzlich die Rechtswidrigkeit erkennen muss (so BVerwGE 70, 356).

> Entscheidungsfrist (keine Bearbeitungsfrist, str.). D. h. durch den Beginn neuer Ermittlungen durch die Behörde kann der Fristbeginn hinausgezögert werden.

> Zur Verwirkung der Rücknahmebefugnis BVerwG NJW 2000, 1512.

> Die Frist gehört hier ausnahmsweise zur materiellen, nicht zur formellen Rechtmäßigkeit.

d) Keine Ermessensfehler

> Wie immer bei Ermessensentscheidungen (s. o.).

4. Verhältnis des § 48 VwVfG zum Europäischen Gemeinschaftsrecht

> Problematik v. a. im Zusammenhang mit Subventionsbescheiden und dem Beihilfenverbot des Art. 87 EG und der Notifizierungspflicht des Art. 88 Abs. 3 EG. Erst wenn die EG-Kommission eine staatlichen Beihilfe genehmigt hat, darf diese gewährt werden. Verpflichtet die Kommission einen Mitgliedstaat, eine nicht notifizierte, EG-rechtswidrige Beihilfe zurückzufordern, so richtet sich (in Ermangelung EG-rechtlicher Spezialvorschriften) im deutschen Recht die Rückgängigmachung nach §§ 48 ff. VwVfG. Dabei ist der Anwendungsvorrang des EG-Rechts zu berücksichtigen.

> Ein Subventionsbescheid, der gegen Art. 87 EG verstößt, ist materiell rechtswidrig. Wurde die Beihilfe nicht nach Art. 88 Abs. 3 EG notifiziert, ist der Bescheid zudem formell rechtswidrig. D. h. anwendbar ist § 48 VwVfG, genauer gesagt dessen Abs. 2, da es sich um einen Leistungsbescheid handelt.

> Prüfung des § 48 Abs. 2 VwVfG (siehe obiges Schema):

- Zunächst ist zu prüfen, ob der Empfänger tatsächlich auf den Bestand des LeistungsVAs vertraut hat.

- Ist das der Fall, muss die Frage gestellt werden, ob dieses Vertrauen schutzwürdig ist. Das wäre nicht der Fall, wenn einer der Ausschlussgründe des § 48 Satz 3 eingriffe. In Betracht kommt Satz 3 Nr. 3 (2. Alt.): Der Empfänger könnte die *formelle* Rechtswidrigkeit des VAs grob fahrlässig verkannt haben, indem er sich nicht vergewisserte, ob das Notifizierungsverfahren gemäß Art. 88 Abs. 3 EG durchgeführt wurde. Das ist zu verneinen: Die Notifizierungspflicht trifft die staatliche Behörde, die die Beihilfe gewähren will, nicht den Empfänger. Im Normfall ist eine Erkundigungspflicht des Empfängers zu verneinen, insbes., wenn es sich um ein kleines oder mittelständisches Unternehmen handelt. Unter Umständen könnte man argumentieren, dass bei sehr großen Unternehmen (mit eigenen Rechtsabteilungen) eine Erkundigungspflicht besteht. Das ist str. und kann gut vertretbar verneint werden. Jedenfalls wird sich die grobe Fahrlässigkeit des Empfängers in aller Regel nicht auf die *materielle* Rechtswidrigkeit der Beihilfe erstrecken, so dass insoweit kein Ausschlussgrund greift.

- Daher muss nun § 48 Abs. 2 Satz 2 geprüft werden: Ist der Sachverhalt so gelagert, dass der Empfänger die Subvention verbraucht hat und deren Wert nicht mehr in seinem Vermögen vorhanden ist, dass also die Betätigung des Vertrauens stattgefunden hat, ist dieses schutzwürdig. An sich wäre die Rechtsfolge, dass die Rücknahme des SubventionsVAs nicht möglich wäre.

- Dies wäre aber nicht vereinbar mit dem Anwendungsvorrang des EG-Rechts. Hier kommt die Klausel des § 48 Abs. 2 Satz 1 am Ende zum Tragen, dass die Schutzwürdigkeit des Vertrauens unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem öffentlichen Interesse steht. Das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des vorrangig anwendbaren EG-Rechts ist so überragend hoch, dass die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Empfängers in aller Regel weichen muss. Auf diesem Wege kommt man zu dem Ergebnis, dass der Subventionsbescheid doch zurückgenommen werden *kann*.

- Es steht nun noch die Ermessensentscheidung der Rücknahmebehörde aus: Hat die EG-Kommission bestandskräftig festgestellt, dass die Beihilfe EG-rechtswidrig und zurückzufordern ist, so ist dadurch das Rücknahmeermessen der Behörde auf Null reduziert.

> Der Anwendungsvorrang des EG-Rechts beeinflusst auch die Geltung des § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG: Auch wenn die Jahresfrist verstrichen ist, verpflichtet eine bestandskräftige Kommissionsentscheidung die Behörde zur Rücknahme.

> Dasselbe gilt für den Entreicherungsseinwand des § 49a Abs. 2 VwVfG: auch dieser ist ausgeschlossen. Vgl. dazu unten Exkurs nach X.

> Ist die Beihilfe nur formell rechtswidrig (wegen fehlender Notifikation), materiell aber mit Art. 87 EG vereinbar, so ist streitig, ob dadurch schon eine Rücknahmepflicht der Behörde entsteht. Dagegen spricht z. B., dass nach Ansicht des EuGH die Kommission eine nationale Behörde nur zur Rückforderung einer Beihilfe verpflichtet darf, wenn diese auch materiell EG-rechtswidrig ist (EuGH Slg. 1996, I-3547, 3591, Rn. 43). Für neuere Fälle hilft Art. 11 Abs. 2 EG-BeihilfeverfahrensVO (i. V. m. Art. 89 EG): Die Kommission kann die einstweilige Rückforderung der Beihilfe bis zur Beendigung des Notifizierungsverfahrens anordnen; dann gilt das oben Gesagte, und die nationale Behörde muss zurücknehmen. Ordnet die Kommission die Rückforderung nicht an, gelten die allgemeinen Regeln, d. h. die Rücknahme steht im Ermessen der Behörde, und diese kann beispielsweise von der Rücknahme absehen, bis das Notifizierungsverfahren beendet und die EG-Rechtswidrigkeit oder -Rechtmäßigkeit der Beihilfe verbindlich festgestellt ist.

Zur Vor- und Nachbereitung: *Peine*, Rn. 907 – 956

zu 4: *Maurer*, § 11, Rn. 38a – 38d; *Detterbeck*, Rn. 749 – 765

EuGH NVwZ 1990, 1161; EuZW 1997, 276 (Alcan I und II); EuGH EuZW 1998, 603 (Oelmühle); EuGH NVwZ 2001, 310; EuGH DVBl. 2004, 373; EuG EuZW 2000, 115; BVerwGE 92, 81; 106, 328 (Alcan); BVerwG NVwZ 1995, 703; BGH EuZW 2004, 255; EuZW 2003, 445.

X. Widerruf des rechtmäßigen Verwaltungsaktes, § 49 VwVfG [am Beispiel der Begründetheitsprüfung einer Anfechtungsklage]

> § 49 gilt dem Wortlaut nach nur für rechtmäßige VAe, wird nach allgemeiner Ansicht aber auch auf rechtswidrige VAe angewendet (Erst-recht-Schluss).

1. Ermächtigungsgrundlage für den Widerruf

a) Spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage

> Auch beim Widerruf ist zunächst zu überlegen, ob es eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage gibt, bevor man zur allgemeinen Regel übergeht.

Neuere Rechtsprechung:

- BVerwG, NVwZ 2006, 707 ff.

b) Im Übrigen: § 49 VwVfG

aa) Aufzuhebender VA ist nicht begünstigend, § 49 Abs. 1 VwVfG

- > Wortlaut: nur mit Wirkung für die Zukunft (*ex nunc*), kein Widerruf, wenn VA gleichen Inhalts sofort wieder erlassen werden müsste (z. B. bei Ermessensreduzierung auf Null oder Selbstbindung der Verwaltung), kein Widerruf, wenn andere „Gründe“ (Rechtsnormen, auch Verwaltungsvorschriften, auch Normzweckerwägungen, auch allgemeine Rechtsgrundsätze) es nicht zulassen.
- > Ermessensentscheidung (insbes. Verhältnismäßigkeit! – gibt es mildere Mittel?).
- > Hauptanwendungsfall: Änderung der Sach- und Rechtslage dahingehend, dass der ursprünglich rechtmäßige VA nun nicht mehr erlassen werden dürfte.

bb) Aufzuhebender VA ist begünstigend, § 49 Abs. 2 VwVfG

- > Abschließender Katalog von Widerrufsgründen:
- > **Nr. 1 – Widerruf durch Rechtsvorschrift zugelassen oder Widerrufsvorbehalt** (vgl. VIII. 1. c). Bsp. für Rechtsvorschrift: § 12 Abs. 2 Satz 2 BImSchG. Der Widerruf muss mit dem Gesetzeszweck in Einklang stehen. Der Widerrufsvorbehalt muss seinerseits rechtmäßig sein, der Widerruf muss ggf. den Voraussetzungen und dem Zweck des Widerrufsvorbehaltes genügen (sonst Ermessensfehler).
- > Problem: rechtswidriger, aber bestandskräftiger Widerrufsvorbehalt. BVerwG: Behörde kann grundsätzlich widerrufen (BVerwG NVwZ-RR 1994, 580). Die Schwere der Rechtswidrigkeit des Widerrufsvorbehaltes ist aber im Rahmen des Ermessens in die Abwägung einzustellen, was zu einer erheblichen Ermessensreduzierung führen kann. Str.
- > **Nr. 2 – Nichterfüllung einer Auflage** (vgl. VIII. 1. d). Verschuldensunabhängig. Normalerweise Fristsetzung und Androhung des Widerrufs nicht mehr nötig, kann aber wegen der Verhältnismäßigkeit erforderlich sein (Einzelfall). Verhältnismäßigkeit: Insbes. Erforderlichkeit – bevor der Widerruf erfolgt, muss die zwangsweise Durchsetzung der Auflage versucht werden. Widerruf nur *ultima ratio*. Bei sehr unwesentlichen Auflagen kann Widerruf unverhältnismäßig sein. Rechtswidrige, aber bestandskräftige Auflage: wie beim Widerrufsvorbehalt.
- > **Nr. 3 – nachträgliche Änderung der Sachlage + Gefährdung des öffentlichen Interesses ohne den Widerruf**. Kein nachträgliches Bekanntwerden bereits vorher vorhandener Umstände. Nr. 3 gilt nicht, wenn ein VA seinem Zweck nach „änderungsresistent“ sein soll (Bsp.: Staatsexamen, Baugenehmigung). Öffentliches Interesse: z. B. Rechtsinteressen, auch fiskalische Interessen.
- > **Nr. 4 – Änderung von Rechtsvorschriften + kein Gebrauchmachen vom VA + Gefährdung des öffentlichen Interesses ohne den Widerruf**. Keine Änderung von Verwaltungsvorschriften oder Verwaltungspraxis. Keine *rückwirkende* Änderung von Rechtsvorschriften oder Nichtigerklärung einer Ermächtigungsgrundlage (dann § 48). Keine Änderung der Rechtsprechung (dann auch evtl. § 48, str. bei höchstrichterlicher Rechtsprechung). Anders als Nr. 3 berücksichtigt Nr. 4 Vertrauensschutz.
- > **Nr. 5 – Verhütung oder Beseitigung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl**. „Besondere, erhebliche, überragende Interessen der Allgemeinheit“. Nur wenn keiner der anderen Widerrufsgründe eingreift, nur für Extremfälle, äußerst restriktiv auszulegen.

cc) Aufzuhebender VA ist ein Subventionsbescheid, § 49 Abs. 3 VwVfG

- > Für Subventionsbescheide ist § 49 Abs. 3 die Spezialregelung; wenn ihre Voraussetzungen nicht erfüllt sind, ist aber auch Abs. 2 zu prüfen. Beachte: Abs. 3 lässt einen Widerruf auch *ex tunc* zu, Abs. 2 nur *ex nunc*!

> § 49 Abs. 3 enthält zwei Widerrufsgründe: Nr. 1 – zweckwidrige Verwendung der Leistung; Nr. 2 – Nichterfüllung einer Auflage.

2. Formelle Rechtmäßigkeit des Widerrufs

> Zuständigkeit (Die Zuständigkeit zur Aufhebung eines VAs hat die Behörde, die zum Zeitpunkt der Aufhebung für dessen Erlass zuständig wäre; § 49 Abs. 5 VwVfG; in aller Regel wird das dieselbe Behörde sein, die den VA erlassen hat.), Verfahren (Anhörung bezüglich der Aufhebung! – Verstoß ggf. heilbar), Form.

3. Materielle Rechtmäßigkeit des Widerrufs (im Fall des § 49 Abs. 2/Abs. 3 VwVfG)

a) Vorliegen eines der in § 49 Abs. 2/Abs. 3 VwVfG genannten Widerrufsgründe

> Dazu oben 1. b) und c).

b) Keine Ermessensfehler

> Wie immer bei Ermessensentscheidungen.

c) Beachtung der Rücknahmefrist, § 49 Abs. 2 Satz 2/Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 48 Abs. 4 VwVfG

> Siehe oben; vgl. zusätzlich BVerwGE 112, 360.

Zur Vor- und Nachbereitung: *Peine*, Rn. 957 – 985

Exkurs: Die Rückforderung nach § 49a VwVfG

> Spezielle Ausformung des öffentlichrechtlichen Erstattungsanspruchs, aber nur in Form eines Anspruchs der Verwaltung gegen den Bürger, nicht umgekehrt (BVerwG NJW 1999, 1201).

> Anwendbar bei Aufhebung eines VAs *ex tunc* oder Unwirksamkeit durch Eintritt einer auflösenden Bedingung (Wortlaut § 49a Abs. 1).

> Nicht anwendbar bei Aufhebung eines VAs im Vorverfahren (§§ 68 ff. VwGO) oder durch das VG. Auch nicht bei Rückabwicklung von öffentlichrechtlichen Verträgen.

> Besteht ein Erstattungsanspruch nach § 49a Abs. 1 Satz 1, ist die Behörde verpflichtet (kein Ermessen!), die zu erstattende Leistung nach § 49a Abs. 1 Satz 2 durch VA festzusetzen. Grundsätzlich gibt es also zwei VAe: 1) den Aufhebungsbescheid, 2) den Rückforderungsbescheid. Ergeht nur letzterer, so ist darin auch ein konkludenter Aufhebungsbescheid zu sehen.

> Anspruchsprüfung erfolgt entsprechend dem BGB-Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB), unter Beachtung des § 49a Abs. 2 bis 4:

- Etwas erlangt aufgrund Leistung der Verwaltung: Die aufgrund des Leistungsbescheides (= bewusste, zweckgerichtete Mehrung des Vermögens des Empfängers durch die Verwaltung) erlangten Vorteile.

- Ohne Rechtsgrund: Der aufgehobene Leistungsbescheid war der Rechtsgrund, er ist nun weg.

- Grundsätzlich gilt § 818 Abs. 3 BGB (Entreicherungseinwendung), allerdings mit der Modifikation des § 49 Abs. 2 Satz 2 VwVfG (lesen).

- § 49 Abs. 3 und 4 regeln Zinsansprüche.

> Die Rechtsprechung wendet § 49a auch auf Erstattungsansprüche zwischen verschiedenen Hoheitsträgern an (OVG Münster NWVBl. 2004, 214). Dabei ist zu beachten, dass die öffentliche Hand sich nicht auf die Entreicherungseinwendung berufen kann.

Neuere Rechtsprechung:

- BVerwG, NVwZ 2005, 964 ff.

- BVerwG, NVwZ 2006, 480

Zur Vor- und Nachbereitung: *Detterbeck*, Rn. 729 – 733

XI. Wiederaufgreifen des Verfahrens, § 51 VwVfG [am Beispiel der Zulässigkeit und Begründetheit eines Antrages auf Wiederaufgreifen des Verfahrens]

> § 51 gibt dem Bürger unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Neuentscheidung über einen unanfechtbaren VA. Also kein Ermessen der Behörde!

> Durchbrechung der Bestandskraft von VAen (Prinzip der Rechtssicherheit) zugunsten der materiellen Gerechtigkeit (Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung).

1. Zulässigkeit des Antrags

- a) Unanfechtbarer VA
- b) Fristgemäßer Antrag, § 51 Abs. 3 VwVfG: 3 Monate ab Kenntnis des Wiederaufgreifensgrundes
- c) Vortrag des Antragstellers, wonach möglicherweise ein Wiederaufgreifensgrund nach § 51 Abs. 1 vorliegt (ähnlich wie Klagebefugnis: „Möglichkeitstheorie“, d. h. es wird hier noch nicht geprüft, ob der Wiederaufgreifensgrund tatsächlich vorliegt; das ist eine Frage der Begründetheit des Antrags)
- d) Zuständigkeit der Behörde, § 51 Abs. 4 VwVfG
- e) Keine Präklusion, § 51 Abs. 2 VwVfG: „wenn der Betroffene ohne grobes Verschulden außerstande war, den Grund für das Wiederaufgreifen in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Rechtsbehelf, geltend zu machen“.

2. Begründetheit des Antrags

Tatsächliches Vorliegen eines Wiederaufgreifensgrundes, § 51 Abs. 1 VwVfG

- a) Nr. 1 – Nachträgliche Änderung der Sach- oder Rechtslage zugunsten des Betroffenen
 - > Änderung der Sachlage: Das BVerwG stellt der tatsächlichen Änderung von Tatsachen die geänderte objektive Erkennbarkeit von Tatsachen gleich (BVerwGE 115, 274, 281).
 - > Änderung der Rechtslage: Aufhebung von Rechtsnormen durch den Normgeber, *nicht* Ungültigerklärung von Rechtsnormen durch ein Gericht (das ist nur eine Feststellung, keine Änderung). Auch nicht: Änderung der Behördenpraxis oder Rechtsprechung.
- b) Nr. 2 – Neue, für den Betroffenen günstige Beweismittel
 - > Alte Tatsachen, die beim VA-Erlass schon da waren (dem Adressaten aber nicht bekannt oder beweisbar), aber neue Beweismittel, so dass der Adressat des VAs die Tatsachen jetzt erkennen oder beweisen kann.
- c) Nr. 3 – Wiederaufgreifensgründe entspr. § 580 ZPO
 - > Lesen!!

3. Rechtsfolge: Neue Entscheidung in der Sache (Zweitbescheid)

> Achtung! Ist der Antrag nach § 51 zulässig und begründet, dann folgt daraus ein Anspruch des Bürgers auf neue Entscheidung in der Sache durch die Behörde, NICHT automatisch auch auf Aufhebung des VAs!!! Ob der VA aufgehoben wird oder nicht, ist vielmehr Ergebnis des erneuten Verfahrens, das die Behörde durchführt. Verbindet der Antragsteller mit dem Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens den Antrag auf Aufhebung des VAs (was er in der Regel tun wird), dann ist weiter zu prüfen:

4. Neues Verfahren und Zweitbescheid

> Umstritten ist, welchen Prüfungsmaßstab die Behörde nun anlegen muss.

1. Auff.: Der VA wird – wie beim Neuerlass – komplett überprüft, d. h. Ermächtigungsgrundlage – formelle Rechtmäßigkeit – materielle Rechtmäßigkeit. Dürfte sie den VA erneut erlassen, so bleibt er bestehen, sonst muss er aufgehoben werden.

2. Auff.: Grundsätzlich muss auch komplett die Rechtmäßigkeit des VAs überprüft werden, aber es gelten die Maßstäbe der §§ 48, 49 VwVfG, d. h. die Aufhebung steht nach Maßgabe dieser Vorschriften im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. (Dagegen spricht grundsätzlich, dass die §§ 48, 49 unabhängig und gleichberechtigt neben § 51 angewendet werden können, vgl. § 51 Abs. 5; wenn derselbe Maßstab gälte, wäre dieses Nebeneinander überflüssig.)

3. Der VA wird – wie beim Neuerlass – komplett überprüft, muss aber nur dann aufgehoben werden, wenn er gerade in Bezug auf einen der Wiederaufgreifensgründe des § 51 VwVfG rechtswidrig ist (BVerwG). Das stellt eine gute Balance zwischen Bestandskraft und materieller Gerechtigkeit her, denn der Antragsteller hat selbst in der Hand, inwieweit er durch den Wiederaufgreifensgrund an der Bestandskraft rüttelt. Nach dieser Auff. wäre auch ein rechtswidriger VA dann nicht aufzuheben, wenn die Rechtswidrigkeit nicht in Verbindung mit einem vom Antragsteller geltend gemachten Wiederaufgreifensgrund steht.

Neuere Rechtsprechung:

- BVerwG, NVwZ 2005, 462 ff. (Wiederaufgreifen eines Asylverfahrens)

Zur Vor- und Nachbereitung: *Peine*, Rn. 986 – 1017

XII. Der verwaltungsrechtliche Vertrag, §§ 54 ff. VwVfG [am Beispiel der Begründetheitsprüfung einer allgemeinen Leistungsklage]

Neuere Rechtsprechung:

- VGH Kassel, NVwZ-RR 2005, 680 ff.

- BVerwG, NVwZ 2005, 1083 ff.

- VG Braunschweig, NVwZ 2005, 1104

1. Anspruch aus verwaltungsrechtlichem Vertrag entstanden

a) Vorliegen eines verwaltungsrechtlichen Vertrags

aa) Vertragliche Regelung

> Einigung der Parteien (übereinstimmende Willenserklärungen – auch die Behörde gibt eine Willenserklärung ab), § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. den Vorschriften des BGB) – diese Gegenseitigkeit unterscheidet den Vertrag vom einseitig-hoheitlichen Handeln durch VA.

bb) Verwaltungsrechtlicher Vertragsgegenstand

> §§ 54 ff. VwVfG erfassen nur öffentlichrechtliche Verträge mit verwaltungsrechtlichem Gegenstand, d. h. solche, die die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisses betreffen.

> *Rechtsverhältnis* ist die sich aus einem konkreten Sachverhalt ergebende rechtliche Beziehung eines Rechtssubjekts zu einem anderen Rechtssubjekt oder zu einer Sache.

> Die Definition des *verwaltungsrechtlichen* Rechtsverhältnisses entspricht der der „öffentlichrechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art“ in § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO (dazu oben VI. 1.). Öffentlichrechtlicher Natur ist ein Vertrag dann, wenn er am Maßstab öffentlichrechtlicher Normen gemessen wird; das sind jedenfalls solche, die einen Träger öffentlicher Gewalt als solchen berechnen oder verpflichten.

> Entscheidend ist der Gesamtcharakter des Vertrages (Rechtsprechung des BVerwG), d. h. ein öffentlichrechtlicher Vertrag liegt auch dann vor, wenn einzelne Bestimmungen privatrechtlicher Natur sind, der Schwerpunkt des Vertrages aber im öffentlichen Recht liegt.

Exkurs: Andere Arten des öffentlichrechtlichen Vertrags

Öffentlichrechtlicher Vertrag ist der Oberbegriff; es gibt neben dem verwaltungsrechtlichen Vertrag noch andere Arten, auf die die §§ 54 ff. VwVfG nicht anwendbar sind:

> Völkerrechtlicher Vertrag; zwischen Rechtssubjekten des Völkerrechts auf dem Gebiet des Völkerrechts (vgl. Art. 32 Abs. 3, Art. 59 GG)

> Verfassungsrechtliche Verträge; Regelung auf dem Gebiet des Verfassungsrechts

> Verwaltungsabkommen; Definition ist streitig (nur Regierungen von Bund und Ländern? – oder auch andere öffentlichrechtliche Organisationsformen, z. B. Gemeinden? – nur verwaltungsrechtliche Regelungsgegenstände? – oder auch verfassungsrechtliche?)

> Staatskirchenverträge; regeln die Beziehungen zwischen Staat und Religionsgemeinschaften, Charakter im einzelnen str. Konkordate des Staates mit dem Hl. Stuhl sind jedenfalls völkerrechtliche Verträge.

b) Zulässigkeit der Vertragsform

> Für manche Handlungen der Verwaltung ist der Vertrag als Handlungsform ausdrücklich durch Gesetz ausgeschlossen, in anderen Fällen ergibt sich ein solcher Ausschluss aus dem Sinn und Zweck einer Regelung. Bsp.: Beamtenernennung, Einberufung zum Wehrdienst, Steuerfestsetzung, Prüfungsentscheidung. In manchen Gebieten ist es der Behörde sogar verboten, sich vertraglich zu verpflichten, später einen VA mit bestimmtem Inhalt zu erlassen. Bsp.: Beamtenrecht (BVerwGE 91, 200, 203), Wehrdienstrecht, Prüfungsrecht (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG), Bauleitplanung (§ 1 Abs. 3 Satz 2, 2. HS BauGB). Folge des Verstoßes: Nichtigkeit gemäß §§ 59 Abs. 1, 54 Satz 1 VwVfG, 134 BGB.

c) Formelle Rechtmäßigkeit

aa) Zuständigkeit

> beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln.

bb) Schriftform, § 57 VwVfG

> I. V. m. §§ 62 Satz 2 VwVfG, 126 BGB. Folge des Verstoßes: Nichtigkeit gemäß §§ 59 Abs. 1, 62 Satz 2 VwVfG, 125 Satz 1 BGB.

cc) Beteiligung Dritter bzw. anderer Behörden, § 58 VwVfG

> Schwebende Unwirksamkeit bis zur Zustimmung des Dritten oder der anderen Behörde.

d) Materielle Rechtmäßigkeit

> Nach § 54 Satz 1 VwVfG dürfen öffentlichrechtliche Verträge nicht gegen Rechtsvorschriften verstoßen. Die Rechtswidrigkeit öffentlichrechtlicher Verträge führt aber nicht automatisch zu deren Nichtigkeit. Der Vertrag ist nur dann nichtig, wenn § 59 VwVfG das vorsieht; ansonsten bleibt die Rechtswidrigkeit folgenlos, und der Vertrag ist wirksam (ein Weg, den Vertrag dann aus der Welt zu schaffen, wäre die Anfechtung).

tung nach §§ 142, 119 ff. BGB i. V. m. § 62 Satz 2 VwVfG). Aus diesem Grund ist zunächst § 59 Abs. 2 zu prüfen, sodann Abs. 1 (der auch kumulativ mit Abs. 2 eingreifen kann).

aa) Keine speziellen Nichtigkeitsgründe nach § 59 Abs. 2 VwVfG

> § 59 Abs. 2 Nr. 1 und 2 gelten für alle subordinationsrechtlichen verwaltungsrechtlichen Verträgen. Ein Vertrag ist dann nichtig, wenn ein entsprechender VA nichtig (§ 44 VwVfG) oder nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers i. S. d. § 46 VwVfG rechtswidrig wäre und die Vertragsparteien das wussten. Die Parteien sollen nicht durch den Abschluss eines Vertrages materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines VAs umgehen.

> § 59 Abs. 2 Nr. 3 und 4 gelten für spezielle Arten des subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrags.

Spezielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für verschiedene Unterarten des verwaltungsrechtlichen Vertrags:

> **Subordinationsrechtlicher Vertrag nach § 54 Satz 2 VwVfG:** Fälle, in denen die Behörde an den Vertragspartner auch einen VA hätte richten können. Es gibt verschiedene Möglichkeiten: Die Behörde kann sich in dem Vertrag verpflichten, später den vom Bürger begehrten VA zu erlassen (VA-vorbereitende Verträge), sie kann in dem Vertrag selbst die Regelung treffen, die sonst der VA träfe (VA-ersetzende Verträge), oder sie kann Vertrag und VA in einer Urkunde äußerlich verbinden. Als subordinationsrechtlich werden auch solche Verträge qualifiziert, die zwar in keinem Zusammenhang mit einem VA stehen, die aber im konkreten Fall ein Über-Unterordnungsverhältnis von Behörde und Bürger widerspiegeln.

> Gegenbegriff **Koordinationsrechtlicher Vertrag:** Behörde und Bürger stehen sich „von gleich zu gleich“ gegenüber. (Zu den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sogleich unten.)

> **Subordinationsrechtlicher Vergleichsvertrag nach § 55 i. V. m. § 54 Satz 2 VwVfG:** Es gelten die allgemeinen Regelungen für den subordinationsrechtlichen Vertrag und zusätzlich § 55. Voraussetzungen:

- 1) Ungewissheit über tatsächliche oder rechtliche Umstände;
- 2) Behörde muss den Abschluss des Vergleichs zur Beseitigung der Ungewissheit nach pflichtgemäßem Ermessen für zweckmäßig halten (dürfen);
- 3) Nachgeben beider Vertragsparteien.

Die Nichtigkeit eines Vergleichsvertrags kann sich insbes. aus § 59 Abs. 2 Nr. 3 ergeben, aber auch aus § 59 Abs. 2 Nr. 1 und 2 oder § 59 Abs. 1 i. V. m. § 134 oder § 779 BGB.

> **Subordinationsrechtlicher Austauschvertrag nach § 56 i. V. m. § 54 Satz 2 VwVfG:** Regelungszwecke sind Schutz des Bürgers vor der Abverlangung ungerichteter Leistungen und Verhinderung des Ausverkaufs von Hoheitsrechten. Voraussetzungen: Die Gegenleistung muss (ergibt sich alles aus § 56)

- 1) für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart werden,
- 2) der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienen,
- 3) den gesamten Umständen nach angemessen sein und

4) im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen („Kopplungsverbot“).

Sieht eine Rechtsnorm die vom Bürger begehrte Rechtsfolge *zwingend* vor, ist § 56 Abs. 2 zu beachten!

Bei Verstoß gegen irgendeine der Voraussetzungen des § 56: Nichtigkeit des Vertrags gemäß § 59 Abs. 2 Nr. 4. Daneben gelten auch § 59 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 und 2.

> **Nichtigkeit koordinationsrechtlicher (Vergleichs- und Austausch- und sonstiger) Verträge:** Hier gelten die §§ 54 Satz 1, 57, 59 Abs. 1 VwVfG. Nicht § 55 und nicht § 56 und nicht § 59 Abs. 2.

bb) Keine allgemeinen Nichtigkeitsgründe nach § 59 Abs. 1 VwVfG

> § 59 Abs. 1 gilt für alle Arten des Verwaltungsvertrags.

> Häufig im Zusammenhang mit § 59 Abs. 1 VwVfG vorkommende BGB-Vorschriften (nachlesen): §§ 105, 125, 138, 142 i. V. m. 119 ff. BGB.

> Problem: § 134 BGB. Wendete man § 134 immer bei Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsvertrags an, wären alle rechtswidrigen Verwaltungsverträge nichtig und § 59 Abs. 2 VwVfG überflüssig. Das kann der Gesetzgeber so nicht gemeint haben. Andererseits soll § 134 BGB auch nicht unanwendbar sein, sonst hätte der Gesetzgeber ihn von der Verweisung in § 59 Abs. 1 VwVfG ausgenommen. Praxis: § 134 wird nur bei „qualifizierter“, d. h. besonders schwerwiegender Rechtswidrigkeit angewendet; bei „schlichter“, d. h. „nicht-so-schlimmer“ Rechtswidrigkeit tritt die Nichtigkeitsfolge der §§ 59 Abs. 1 VwVfG, 134 BGB nicht ein (BVerwGE 89, 7, 10; 98, 58, 63). Was das im Einzelfall bedeutet, ist allerdings recht nebelhaft (Kasuistik). Ein Vertrag ist jedenfalls dann nichtig, wenn der Zweck des Verbotsgesetzes nur durch diese Nichtigkeit erreicht werden kann. Ein Verstoß gegen zwingende, unmittelbar anwendbare EG-Rechtsvorschriften führt zur Nichtigkeit (z. B. Verstoß gegen das Beihilfenverbot, vgl. BGH EuZW 2003, 481 ff., allerdings für privatrechtliche Subventionsverträge).

2. Anspruch nicht untergegangen und durchsetzbar, § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. den schuldrechtlichen Vorschriften des BGB

3. Folgen der Nichtigkeit und der Wirksamkeit

> Einen nichtigen Vertrag muss niemand beachten.

> VAe, die aufgrund eines nichtigen Vertrags erlassen wurden, sind ihrerseits *nicht nichtig*, nur rechtswidrig.

> Leistungen aufgrund eines nichtigen Vertrags sind nach den Regeln des öffentlichrechtlichen Erstattungsanspruchs rückabzuwickeln. Statthaft ist die allgemeine Leistungsklage. Voraussetzungen: 1) Erlangtes Etwas; 2) durch Leistung (bewusste zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens) des Anspruchstellers; 3) ohne Rechtsgrund. Entscheidend ist Punkt (3): Hier ist die Wirksamkeit des öffentlichrechtlichen Vertrags (der als Rechtsgrund dienen könnte) zu überprüfen, d. h. der hier dargestellte Prüfungsaufbau ist an dieser Stelle einzuschalten. 4) Evtl. Einwendungen, die ggf. auch ausgeschlossen sein können.

> Bei wirksamen Verträgen ist das gesamte Instrumentarium des BGB einschlägig (§ 62 Satz 2 VwVfG), inklusive c.i.c. und pVV, Ansprüche wegen Pflichtverletzung etc. pp., es sei denn, das VwVfG enthält Sonderregeln. Die Behörde darf vertragliche Ansprüche nicht durch VA durchsetzen, es sei denn, ein Gesetz ermächtigt sie dazu.

> § 60 VwVfG: Vertragsanpassung und Kündigung. Lesen!

XIII. Das schlichte Verwaltungshandeln [am Beispiel der Begründetheit einer allgemeinen Unterlassungs- bzw. Leistungsklage]

1. Anspruchsgrundlage (quasi-negatorischer Abwehranspruch bzw. Folgenbeseitigungsanspruch)

2. Anspruchsvoraussetzungen

a) (Schlicht) hoheitliches Verwaltungshandeln

> Handlungen von Hoheitsträgern, die nicht auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind.

> Es kommt vor, dass einem Realakt eine behördliche Entscheidung vorgeschaltet ist, ob der Realakt durchgeführt werden soll. Diese Entscheidung kann ein VA sein, gegen den Widerspruch und Anfechtungsklage statthaft sind. Es ist daher sauber zu analysieren, welche Schritte die Behörde vorgenommen hat. I. d. R. spricht eine aufwendige, komplizierte rechtliche Prüfung im Vorfeld des Realakts für einen vorgeschalteten VA, eine einfache, routinemäßige rechtliche Beurteilung dagegen.

> Realakte müssen gemäß ihrem Kontext als privatrechtlich oder öffentlichrechtlich eingeordnet werden; da ein Realakt selbst eine völlig neutrale tatsächliche Handlung ist, kann man nur auf die Gesamtschau der Begleitumstände abstellen, v. a. darauf, ob das Handeln aufgrund öffentlichrechtlicher Vorschriften erfolgt.

> Überblick über die wichtigsten Fallgruppen

- Unmittelbarer polizeilicher Zwang (z. B. Schlagen, Schießen u. ä.)

- Auszahlung von Geld

- Fahrt mit einem Dienstfahrzeug (mit oder ohne Blaulicht)

- Bau eines Verwaltungsgebäudes

- Abriss eines Hauses

- Behördliche Warnungen (können besonders eingriffsintensiv für Betroffene sein!)

> Manche Arten von Realakten sind gesetzlich geregelt, die meisten aber nicht.

b) Eingriff in ein subjektives Recht

> Es ist positiv festzustellen, ob in ein subjektives Recht des Klägers (wir sind im Kontext Leistungs-/Unterlassungsklage) eingegriffen wurde. Das Recht ist konkret zu benennen, und es ist zu prüfen, ob es dem Kläger zustehen kann (zumindest auch Individualschutz) und im konkreten Fall zusteht.

c) Rechtswidrigkeit des (schlichten) Verwaltungshandelns

aa) Formelle Rechtmäßigkeit (insbesondere Zuständigkeit der Behörde)

> Falls es spezialgesetzliche Regelungen des Realhandelns gibt, wird dort auch eine Zuständigkeitsregelung zu finden sein. Ansonsten ist schlicht wieder der „Kontext“ zu bemühen: Steht das Realhandeln im Kontext mit bestimmten Verwaltungsaufgaben in Verbindung, so ist die Behörde zuständig, die auch für diese Aufgaben zuständig ist.

bb) „Ermächtigungsgrundlage“ bei Grundrechtseingriffen

> Beeinträchtigt das Realhandeln niemandes Rechte, so ist auch keine Ermächtigungsgrundlage erforderlich. Es gilt dann nur der Grundsatz, dass Realakte nicht gegen Rechtsvorschriften oder allgemeine Rechtsgrundsätze verstoßen dürfen (dazu sogleich cc). Greift ein Realakt in ein subjektives Recht ein (im Falle der

Prüfung einer Leistungs-/Unterlassungsklage haben wir das schon unter b festgestellt), ist eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich (Vorbehalt des Gesetzes, im einzelnen *streitig*).

> Problematik behördlicher Warnungen (z. B. Veröffentlichung von Warnungen vor schädlichen Lebensmitteln oder religiösen Gruppierungen durch verschiedene Stellen staatlicher Verwaltung; vgl. BVerfGE 105, 252; 105, 279; BVerwGE 87, 37; 82, 76; 71, 183; DVBl. 1996, 807; OLG Stuttgart NJW 1990, 2690): Solche Realakte greifen nicht als Hauptzweck in die Rechte der Betroffenen ein; Hauptzweck ist der Schutz der Bevölkerung bzw. bestimmter Bevölkerungsgruppen, z. B. Jugendlicher, vor Gefahren. In der Terminologie des BVerfG heißt das „mittelbar-faktische Grundrechtsbeeinträchtigung“, und „derlei faktisch-mittelbare Wirkungen entziehen sich typischerweise der Normierung“ (BVerfG 105, 279). D. h. eine Ermächtigungsgrundlage wird vom BVerfG dafür nicht gefordert (insbesondere, wenn es sich um Regierungstätigkeit handelt). Dagegen wird eingewandt, dass die Beeinträchtigung der Rechte der Betroffenen so eng und denklogisch mit dem bezweckten Schutz zusammenhänge (die Leute sollen keine schädlichen Lebensmittel von den Betroffenen kaufen, Jugendliche sollen nicht in die betroffenen Sekten eintreten), dass man von – zwar „nur“ faktischen, aber – *finalen* Eingriffen sprechen müsse. Für finale Eingriffe bedarf es aber nach den allgemeinen Regeln (Vorbehalt des Gesetzes) einer formellgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Alles sehr str. und gründlich nachzulesen!

cc) Kein Verstoß gegen sonstige gesetzliche Vorschriften

> Ggf. Sonderregeln, die die Durchführung bestimmter Realhandlungen regeln.

> Es ist auch zu beachten, ob den Bürger gewisse Duldungspflichten treffen, die sich auch aus gesetzlichen Vorschriften ergeben können.

dd) Verhältnismäßigkeit

> Von der Verwaltung bei allem Handeln zu beachten.

d) Andauern des dadurch verursachten rechtswidrigen Zustands (nur beim FBA)

> Der Folgenbeseitigungsanspruch geht auf Beseitigung eines *noch andauernden* rechtswidrigen Zustands.

e) Rechtliche und faktische Möglichkeiten der Unterlassung bzw. der Folgenbeseitigung

f) Mitverschulden

Zur Vor- und Nachbereitung:

zu 1, 2: *Peine*, Rn. 1018 – 1076 ; *Maurer*, § 15, Rn. 1 – 24

zu 2 a: *Peine*, Rn. 878 – 889

Hufen, § 27