

## ► Inhalt: Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil

<b>1. Teil: Allgemeines Verwaltungsrecht</b>	7
<b>A. Begriff und Stellung des Verwaltung</b>	7
<b>B. Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht</b>	9
I. Abgrenzungstheorien	11
II. Besondere Fallgruppen	12
<b>C. Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes</b>	21
<b>D. Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff</b>	23
I. Ermessen	24
II. Unbestimmter Rechtsbegriff	30
<b>E. Verwaltungsakt</b>	34
I. Verwaltungsaktsbegriff	36
1. Hoheitlich	36
2. Behörde	37
3. Regelung	38
4. Einzelfall	41
5. Außenwirkung	45
II. Bekanntgabe des Verwaltungsaktes	48
III. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes	51
1. Rechtmäßigkeitsprüfung	51
2. Fehlerfolgen	60
IV. Aufhebung von Verwaltungsakten	68
1. Voraussetzungen der Rücknahme	74
2. Voraussetzungen des Widerrufs	84
3. § 51 VwVfG	90
V. Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt	92
1. Arten	92
2. Rechtmäßigkeit von Nebenbestimmungen	96
3. Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen	97
<b>F. Zusage und Zusicherung</b>	99
<b>G. Öffentlich-rechtlicher Vertrag</b>	105
I. Rechtmäßigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags	108
II. Fehlerfolgen	113
<b>H. Rechtsverordnung und Realakt</b>	120
<b>I. Verwaltungsvorschriften</b>	126

<b>2. Teil: Verwaltungsprozessrecht</b>	<b>136</b>
<b>A. Einführung</b>	<b>136</b>
<b>B. Die verwaltungsgerichtlichen Klagearten</b>	<b>138</b>
I. Allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen	139
1. Deutsche Gerichtsbarkeit	139
2. Ordnungsgemäße Klageerhebung	139
3. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges	140
4. Zuständigkeit des Gerichts	143
5. Statthafte Klageart	144
6. Beteiligten- Prozess- und Postulationsfähigkeit	146
7. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	148
II. Begründetheit	150
III. Spezielle Voraussetzungen der einzelnen Klagearten	151
1. Die Anfechtungsklage gemäß § 42 I Var. 1 VwGO	151
a) Zulässigkeit	151
b) Begründetheit	165
2. Die Verpflichtungsklage gemäß § 42 I Var. 2 VwGO	170
a) Zulässigkeit	170
b) Begründetheit	172
3. Die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 I 4 VwGO	175
a) Zulässigkeit	175
b) Begründetheit	180
4. Die allgemeine Leistungsklage	181
a) Zulässigkeit	181
b) Begründetheit	183
5. Die Feststellungsklage gemäß § 43 I VwGO	185
a) Zulässigkeit	185
b) Begründetheit	189
6. Die abstrakte Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO	190
a) Zulässigkeit	191
b) Begründetheit	195
<b>C. Widerspruchsverfahren</b>	<b>197</b>
I. Zulässigkeit	198
II. Begründetheit	201
<b>D. Vorläufiger Rechtsschutz</b>	<b>204</b>
I. § 80 V VwGO	205
1. Zulässigkeit	213
2. Begründetheit	216
3. Verwaltungsakte mit Doppelwirkung	221
II. § 123 VwGO	225
1. Zulässigkeit	225
2. Begründetheit	228

## ► Vorwort

Das allgemeine Verwaltungsrecht stellt im Zusammenspiel mit dem Verwaltungsprozessrecht im Rahmen des rechtswissenschaftlichen Studiums *den* zentralen Bereich für die Bewältigung des „großen Scheins“ im öffentlichen Recht dar. Freilich wird sich der Examenskandidat auch während seiner Abschlussprüfungen mit den Inhalten dieses Rechtsgebiets konfrontiert sehen.

Das vorliegende Studienbuch versucht, dem Studierenden die unverzichtbaren Grundlagen des allgemeinen Verwaltungsrechts näher zu bringen. Wert wurde dabei auf eine möglichst klausurnahe Darstellung gelegt, die dem Leser die systematischen Zusammenhänge des Rechtsgebiets vor Augen führen und ihn nicht mit Einzelwissen überfrachten will. Das Studienbuch soll somit den *Blick für das Wesentliche* schärfen und dient der Vor- und Nachbereitung des Vorlesungsstoffes sowie der Klausurvorbereitung im allgemeinen Verwaltungsrecht.

Die Darstellung umfasst sowohl das materielle allgemeine Verwaltungsrecht als auch das in Prüfungsarbeiten ebenfalls verlangte Verwaltungsprozessrecht. Die gemeinsame Abhandlung des materiellen und des prozessualen Rechts soll es dem Leser vereinfachen, die Verbindung der beiden Bereiche nachzuvollziehen.

Aus Platzgründen wurden die weniger klausurrelevanten Bereiche der Verwaltungsvollstreckung und -organisation sowie das öffentliche Sachenrecht bei der Darstellung ausgespart. Das Staatshaftungsrecht wird in einem bei *niederle media* erschienenen separaten Skript behandelt.

Tübingen, im Juni 2009,

*Benjamin Linke*

## I. Ermessen

Die Einräumung von **Ermessen** bedeutet für die Verwaltung, dass sie nicht notwendigerweise handeln (sog. Entschließungsermessen; „ob“) bzw. auf eine bestimmte Weise (sog. Auswahlermessen; „wie“) handeln muss. Der Spielraum der Verwaltung bezieht sich hier auf die Rechtsfolgenseite einer Norm,<sup>1</sup> d.h. sind die Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm erfüllt, steht die hieraus resultierende Rechtsfolge im Ermessen der Behörde. Hierdurch soll der Verwaltung ermöglicht werden, eigenverantwortlich die für den konkreten Fall nötige Einzelfallgerechtigkeit herzustellen.<sup>2</sup>

**Beispiel:** Konrad möchte Beamter werden. Er erfüllt auch die hierzu erforderlichen Voraussetzungen gemäß § 7 BBG. Hat er auf die Ernennung einen Anspruch? Nach § 7 BBG ist die Ernennung für die Verwaltung nicht obligatorisch. Vielmehr *darf* eine Person in das Beamtenverhältnis berufen werden, wenn sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt. Die Ernennung (=Rechtsfolge) steht daher im Ermessen der Behörde. Konrad hat somit keinen Anspruch auf die Ernennung; allerdings hat er einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der Behörde (dazu gleich).

Ob eine Vorschrift der Behörde ein Ermessen einräumt oder nicht, ergibt sich aus der Formulierung des Gesetzestextes. Formulierungen wie „kann“, „darf“, „ist berechtigt“, „im Ermessen“ „soweit erforderlich“ oder „soweit angemessen“ räumen ein entsprechendes Ermessen ein, während Formulierungen wie „muss“, „darf nicht“ oder „hat zu erteilen“ eine Ermessensnorm ausschließen.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> *Peine*, AT, § 4 RN 203.

<sup>2</sup> *Peine*, AT, § 4 RN 206.

<sup>3</sup> Vgl. *Wolff/Decker*, VwGO/VwVfG, § 114 VwGO RN 6; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 40 RN 41.

**Anmerkung:** Eine besondere Art der Ermessensnorm stellt die „**Soll-Vorschrift**“ dar (bspw. § 12 IV WPfG). Diese bildet gleichsam eine Zwischenstufe zwischen der klassischen Ermessensnorm („kann“) und der bindenden Norm. Die Behörde hat sich hier unter normalen Umständen nach der angeordneten Rechtsfolge zu richten. Ein Ermessen steht der Behörde nur zu, wenn ein Sonderfall gegeben ist.<sup>4</sup>

Nach dem BVerwG gibt es neben den „Soll-Vorschriften“ noch andere Vorschriften, aus deren Zusammenhang herausgelesen werden kann, dass eine bestimmte Rechtsfolge bei Anwendung der Norm vom Gesetzgeber im Normalfall beabsichtigt ist (sog. „**intendiertes Ermessen**“).<sup>5</sup> In der Konsequenz will es das BVerwG bei solcherart von Vorschriften zulassen, dass die Behörde ohne das Anstellen von Ermessenserwägungen und ohne eine Begründung ihrer Entscheidung der gesetzlichen Intention folgt. Etwas anderes soll allein dann gelten, wenn besondere Umstände vorliegen, die ein Abweichen vom Normalfall rechtfertigen würden. Dieser Rechtsfigur des „intendierten Ermessens“ wird in der Literatur zu Recht mit Skepsis begegnet.<sup>6</sup> Problematisch ist hierbei schon, eine Regelung zu finden, die entsprechend ihrem Gesamtzusammenhang ein „intendiertes Ermessen“ aufweist.<sup>7</sup> Kritisch ist zudem anzumerken, dass der Gesetzgeber, will er im Regelfall eine bestimmte Entscheidung einer Behörde erzielen, auch den eindeutigeren Weg über eine „Soll-Vorschrift“ beschreiten könnte. Die Rechtsfigur wird daher teilweise auch ganz abgelehnt.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Wolff/Decker, VwGO/VwVfG, § 114 VwGO RN 13. Vgl. auch das Beispiel bei Maurer, AT, § 7 RN 11.

<sup>5</sup> BVerwGE 91, 82, 90; 105, 55, 57 f.

<sup>6</sup> Vgl. Detterbeck, AT, § 8 RN 323; Peine, AT, § 4 RN 213.

<sup>7</sup> Als Beispiel kann hier § 135 V 1 BauGB herangezogen werden. Nach dieser Norm muss im Regelfall der Erschließungsbeitrag erhoben werden. Siehe zu weiteren Bsp. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 RN 46.

<sup>8</sup> So bspw. Maurer, AT, § 7 RN 12 und Peine, AT, § 4 RN 213, mit vorstehender Begründung. Ferner Volkmann, DÖV 1996, 282, 288.

Wird der Verwaltung ein Auswahl- oder Entschließungsermessen eingeräumt, ist diese in ihrer Entscheidung allerdings nicht frei. Stattdessen ist eine Ermessensentscheidung nach § 40 VwVfG nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen des Ermessens und entsprechend dem Zweck der Ermächtigung nach zu treffen. Die Verwaltung hat daher bei der Ausübung ihres Ermessens gewisse Schranken zu beachten. Beachtet sie diese nicht, übt sie ihr Ermessen fehlerhaft (sog. **Ermessensfehler**) aus. Im Folgenden werden die möglichen Ermessensfehler im Einzelnen dargestellt.

**Anmerkung:** Allein die Fehlerlosigkeit der Ermessensausübung unterliegt der Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit (vgl. § 114 S. 1 VwGO).<sup>9</sup> Handelt eine Behörde ermessensfehlerhaft, ist die entsprechende Handlung rechtswidrig. In der Fallbearbeitung wird der Bearbeiter regelmäßig die Rechtmäßigkeit einer Handlung und damit im Fall einer Ermessensentscheidung die Fehlerlosigkeit einer Ermessensausübung zu prüfen haben. Entsprechend ist die Handlung im Fall von eingeräumtem Ermessen auf die nachfolgenden Fehler zu prüfen.<sup>10</sup> Zu beachten ist jedoch, dass eine Kontrolle auf Ermessensfehler erst erfolgen kann, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm positiv geprüft wurden, da diese bei ihrem Vorliegen ein entsprechendes Ermessen überhaupt erst eröffnen.<sup>11</sup>

- Im Fall des **Ermessensnichtgebrauchs** (Ermessensausfall) übt die Behörde ihr Ermessen überhaupt nicht aus. Räumt das Gesetz der Behörde jedoch ein Ermessen ein, ist diese verpflichtet, von dem Ermessen Gebrauch zu machen,<sup>12</sup> d.h. sie *muss* Ermessenserwägungen anstellen.

---

<sup>9</sup> Siehe *Wolff/Decker*, VwGO/VwVfG, § 114 VwGO RN 1.

<sup>10</sup> Eine gerichtliche Überprüfung findet jedoch nicht im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung statt. D.h. das Gericht hat das ausgeübte Ermessen der Behörde zu akzeptieren, soweit keine Ermessensfehler festgestellt werden können.

<sup>11</sup> *Peine*, AT, § 4 RN 215.

<sup>12</sup> Vgl. *Maurer*, AT, § 7 RN 21.

**Beispiele:** Die Behörde übersieht, dass ihr ein Ermessen eingeräumt wurde; Behörde nimmt irrig eine Gebundenheit ihrer Entscheidung an.

- Die **Ermessensüberschreitung** kennzeichnet sich dadurch, dass die Behörde sich nicht im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung hält, d.h. eine Rechtsfolge wählt, die das Gesetz so nicht vorsieht.<sup>13</sup>

**Beispiel:** Die Behörde erteilt eine Genehmigung für zehn Jahre, obwohl der Gesetzeswortlaut ausdrücklich festhält, dass „eine Genehmigung für einen Zeitraum von bis zu fünf Jahren erteilt werden kann“.

**Beispiel:** Eine Maßnahme einer Behörde belastet den Betroffenen in unverhältnismäßigem Maße. Die Behörde ist bei der Ausübung ihres Ermessens an den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden, nach welchem die Maßnahme zu wählen ist, die den Betroffenen am wenigsten belastet. Beachtet die Behörde diesen Grundsatz nicht, liegt eine Ermessensüberschreitung vor.<sup>14</sup>

Eine Ermessensüberschreitung kann auch dann vorliegen, wenn die Verwaltung sich für eine Handlungsalternative entscheidet, obwohl das Ermessen der Verwaltung zu Gunsten einer anderen Handlungsalternative auf Null reduziert ist („**Ermessensreduzierung auf Null**“). Dies ist der Fall, wenn Grundrechte des Einzelnen durch die Maßnahme betroffen werden.<sup>15</sup> Die Grundrechtsbetroffenheit kann dazu führen, dass letztlich nur noch *eine* Entscheidungsalternative der Verwaltung als rechtmäßig anzusehen ist.

---

<sup>13</sup> Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 40 RN 64; *Peine*, AT, § 4 RN 217.

<sup>14</sup> Siehe dazu ausführlich: *Treder/Rohr*, Prüfungsschemata Verwaltungsrecht, RN 172 ff.; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 40 RN 65; *Wolff/Decker*, VwGO/VwVfG, § 114 VwGO RN 27.

<sup>15</sup> *Maurer*, AT, § 7 RN 25; *Peine*, AT, § 4 RN 224. Ferner können auch sonstige Verfassungssätze eine Ermessensreduzierung bewirken.

**Beispiel:** Polizist P beobachtet eine Mutter, die ihr Baby in einem Fluss ertränken will. In dieser Konstellation ist das nach der polizeilichen Generalklausel eröffnete Entschließungsermessen des P, im Hinblick auf das gefährdete Rechtsgut des Babys aus Art. 2 II 1 GG, auf Null reduziert. P muss daher eingreifen. Ihm bleibt lediglich ein Auswahlermessen im Hinblick auf die Art und Weise des Eingriffs (bspw. Baby der Frau entreißen; Aufforderung das Ertränken zu unterlassen etc.).

**Anmerkung:** Ein häufig einschlägiges Grundrecht in diesem Bereich stellt Art. 3 I GG dar. Hat sich die Verwaltung einmal zu einer bestimmten Praxis bei der Handhabung eines Ermessensbegriffs entschlossen, reduziert Art. 3 I GG die Ausübung ihres Ermessens für künftige Fälle auf Null (sog. **Selbstbindung der Verwaltung**), da andernfalls eine Ungleichbehandlung zwischen den betroffenen Personen gegeben wäre. Eine Abweichung der Verwaltung von ihrer ständig geübten Praxis kommt allein dann in Betracht, wenn ein *atypischer Ausnahmefall* vorliegt oder die Verwaltung die *Ausübung ihres Ermessens künftig nachhaltig ändern* will.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 RN 31.