

Skript Verwaltungsrecht AT 1

Wüstenbecker / Sommer

19. Auflage 2022
ISBN 978-3-86752-812-2
Alpmann Schmidt

1. Teil: Grundlagen des Verwaltungsrechts

Das **Verwaltungsrecht** regelt die Rechtsgrundlagen für das öffentlich-rechtliche Handeln der Verwaltung und damit die Voraussetzungen für die **Rechtmäßigkeit von hoheitlichen Maßnahmen**. Zu den wesentlichen Grundlagen zählen die Begriffsbestimmungen von Verwaltung, Verwaltungsträger und Behörden (dazu der 1. Abschnitt) sowie die Abgrenzung des Verwaltungs- zum Privatrecht (dazu der 2. Abschnitt) aber auch Grundprinzipien wie die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (dazu der 3. Abschnitt).

1

1. Abschnitt: Grundbegriffe

A. Verwaltung und Verwaltungsrecht

I. Verwaltungsrecht – Begriffsbestimmung und Examensrelevanz

Die vorstehende Definition des Verwaltungsrechts bedarf der Präzisierung, um die eigentliche Reichweite zu erfassen:

2

- Das **Allgemeine Verwaltungsrecht** umfasst die Vorschriften, die – unabhängig von der betroffenen Sachmaterie – grundsätzlich für die gesamte Verwaltung maßgebend sind. Hierzu zählen die **Handlungsformen der Verwaltung** und das **Verwaltungsverfahren**, im weiteren Sinne auch die Vorschriften über die **Verwaltungsorganisation**. Daher können Sie das Allgemeine Verwaltungsrecht mit dem Allgemeinen Teil des BGB oder des StGB vergleichen. Zusätzlich werden auch das (allgemeine) **Verwaltungsvollstreckungsrecht** und das **Staatshaftungsrecht** zum Allgemeinen Verwaltungsrecht gezählt.

Die **AS-Skripten Verwaltungsrecht AT 1 und Verwaltungsrecht AT 2** befassen sich ausschließlich mit den Vorschriften des Allgemeinen Verwaltungsrechts.

- Das **Besondere Verwaltungsrecht** umfasst eine Vielzahl sachgebietsbezogener Normenkomplexe, die spezielle Voraussetzungen für die Tätigkeit der Verwaltung in bestimmten Bereichen aufstellen (z.B. Öffentliches Baurecht, Polizeirecht, Gewerbe-recht, Umweltrecht).

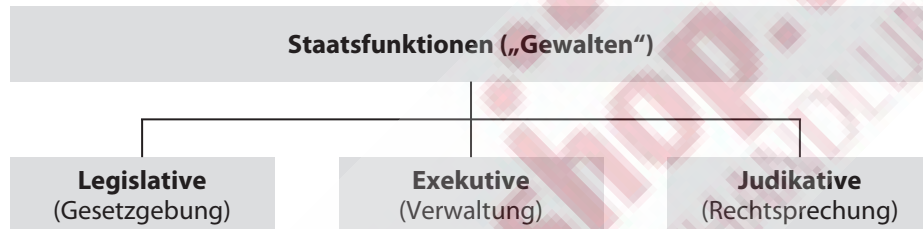


Zum Besonderen Verwaltungsrechts s. die **AS-Skripten Polizei- und Ordnungsrecht** und **Öffentliches Baurecht**.

- 3 Damit hat das Verwaltungsrecht eine **erhebliche Examensrelevanz**, da es in jeder Klausur zur Anwendung gelangt, die nicht aus dem Bereich des Verfassungs- oder Europarechts stammt!

II. Verwaltung

- 4 Auch wenn der Begriff „**Verwaltung**“ in einer Reihe von Gesetzen auftaucht (z.B. in den Art. 83 ff. GG und in § 1 VwVfG), wird er weder im Grundgesetz noch in den einfachen Gesetzen definiert. Eine erste Annäherung gelingt über das **Gewaltenteilungsprinzip** (Funktionentrennung): Danach übt das Volk die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung aus (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG).¹ Die Verwaltung bezeichnet hierbei die **zweite (vollziehende) Gewalt**.



1. Definition des Begriffs Verwaltung

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

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

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

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

Mit dieser Methode lässt sich Verwaltungstätigkeit zwar im Groben bestimmen, jedoch gibt es eine Vielzahl von **Überschneidungen**: Rechtsverordnungen (Gesetze im mate-

¹ Vgl. dazu im Einzelnen AS-Skript Staatsorganisationsrecht (2021), Rn. 119 ff.

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

³ Wolff/Bachof/Stober I § 2 Rn. 19.

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

riellen Sinne) werden nicht durch die Legislative, sondern aufgrund gesetzlicher Ermächtigung (vgl. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG) von der Exekutive erlassen. Bußgelder werden nicht durch Gerichte, sondern durch Verwaltungsbehörden verhängt (§§ 56 ff. OWiG).

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

7

2. Formale Unterscheidung

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

8

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

3. Materielle Unterscheidung

Verwaltungstätigkeit lässt sich aber auch nach materiellen Kriterien wie den zu erfüllenden **Aufgaben** oder dem verfolgten **Zweck** ordnen:

9

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

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

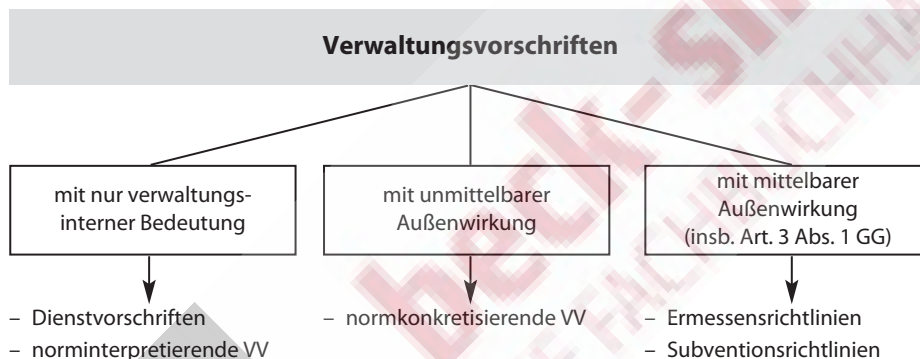
Die **Gegenansicht** verweist darauf, dass die Verwaltung nach dem Grundgesetz keine Kompetenz habe, unmittelbares Außenrecht durch Verwaltungsvorschriften zu setzen. Die Verwaltung benötige eine solche Kompetenz auch nicht, weil anstelle von Verwaltungsvorschriften genauso gut Rechtsverordnungen erlassen werden könnten.²⁰⁷ Es sei wenig sinnvoll, bestimmte Verwaltungsvorschriften formell und materiell so zu behandeln wie eine Rechtsnorm, aber gleichwohl als Verwaltungsvorschrift zu bezeichnen und rechtsdogmatisch den Verwaltungsvorschriften zuzuordnen. Die Verwaltungsvorschrift mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen sei ein Widerspruch in sich. In Wirklichkeit handele es sich um eine Rechtsverordnung oder Satzung.²⁰⁸

138

d) Ermessensrichtlinien

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

139



III. Verwaltungsvorschriften im gesetzlich geregelten Bereich

Fall 5: Rechtswidrigkeit – ja oder nein?

K erhielt auf seinen Antrag eine naturschutzrechtliche Genehmigung für die Aufbringung von Bodenaushub auf seinem Grundstück. Für die Erteilung der Genehmigung setzte die Genehmigungsbehörde eine Gebühr in Höhe von 1.000 € mit einem ebenfalls an K gerichteten Gebührenbescheid fest. Nachdem K den Betrag gezahlt hat, ergibt eine Nachprüfung bei der Genehmigungsbehörde, dass die Gebühr zu niedrig festgesetzt worden ist. K erhält daraufhin einen neuen Gebührenbescheid, diesmal in Höhe von 3.000 €.

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

208 Instrukтив Maurer JZ 2005, 895, 896.

Zur Begründung beruft sich die Behörde darauf, dass nach dem Gebührenverzeichnis zum Landesgebührengesetz für Auffüllungen eine Gebühr im Rahmen von 100 bis 5.000 € erhoben werden kann. Nach einer Verwaltungsvorschrift des zuständigen Ministeriums soll die Staffelung innerhalb dieses Gebührenrahmens grds. nach der aufgetragenen Erdmenge erfolgen. Aufgrund der durch K aufgetragenen Erdmenge ergebe sich daher eine Gebühr von 3.000 €. Die ursprüngliche Berechnung habe fälschlicherweise nicht die Erdmenge, sondern nur die Grundstücksfläche berücksichtigt. K hält die Erhöhung für rechtswidrig, da die Staffelung lediglich in einer Verwaltungsvorschrift vorgesehen ist. Ist der neue Gebührenbescheid rechtmäßig?

- 140** Gebührenbescheide sind **Verwaltungsakte** i.S.d. § 35 VwVfG (s.u. Rn. 176 ff.). Verwaltungsakte können von der Behörde nach ihrem Erlass grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG aufgehoben bzw. geändert werden. Nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG kann ein **rechtswidriger** Verwaltungsakt (VA), auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden (dazu näher AS-Skript Verwaltungsrecht AT 2).
- I. Eine Rücknahme nach § 48 VwVfG setzt voraus, dass der ursprüngliche Gebührenbescheid **rechtswidrig** gewesen ist.
- 141** 1. Aufgrund des Grundsatzes vom **Vorrang des Gesetzes** ist das der Fall, wenn er gegen vorrangige gesetzliche Regelungen verstößt.
- Nach dem Landesgebührengesetz i.V.m. dem Gebührenverzeichnis kann für die Auffüllungsgenehmigung eine Gebühr von 100 bis 5.000 € erhoben werden. Die zunächst festgesetzte Gebühr von 1.000 € hält sich in diesem Rahmen, sodass die **gesetzlichen Vorgaben eingehalten** worden sind. Die ursprüngliche Gebührenfestsetzung verstieß daher nicht gegen gesetzliche Vorschriften.
2. Jedoch stand die Festsetzung im Widerspruch zu der **Verwaltungsvorschrift**, die eine Bemessung der Gebühr nach der aufgetragenen Erdmenge vorsieht.
- 142** a) Verwaltungsvorschriften sind indes bloßes **Innenrecht**, sie haben **keine unmittelbare Außenwirkung** gegenüber dem Bürger und sind deshalb keine Gesetze i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG. Ein Verstoß gegen Verwaltungsvorschriften führt daher für sich **allein nicht zur Rechtswidrigkeit** der Maßnahme.
- 143** b) Die Richtlinien regeln allerdings, wie die Rahmengebühr gestaffelt werden soll. Durch solche **Ermessensrichtlinien** soll eine einheitliche Ermessensausübung sichergestellt werden. Die Behörde wird sich aufgrund der verwaltungsinternen Verbindlichkeit bei der Entscheidung gegenüber dem Bürger auch vom Inhalt der Verwaltungsvorschriften leiten lassen.
- Wie man diese **faktische Außenwirkung** bei Ermessensrichtlinien rechtlich erfasst, ist umstritten.
- 144** aa) Teilweise wird die Außenwirkung von Ermessensrichtlinien damit begründet, dass sie gegenüber dem Bürger Rechtswirkungen hervorbringen „sollen“ (finaler Aspekt). Wo der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes nicht eingreife, habe die Exekutive eine **originäre Regelungsbefugnis**. Wegen

der verwaltungsinternen Verbindlichkeit der Ermessensrichtlinien sei auch im Verhältnis zum Bürger die Rechtmäßigkeit der Ermessensausübung **unmittelbar** an dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt der Verwaltungsvorschriften zu messen.²⁰⁹

- bb) Eine solche Begründung widerspricht indes dem fehlenden Rechtsnormcharakter von Verwaltungsvorschriften. Außenrechtssätze darf die Verwaltung nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG nur in Form von Rechtsverordnungen auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung erlassen. Deswegen erkennt die h.M. Ermessensrichtlinien Außenwirkung nur **mittelbar über den Gleichbehandlungsgrundsatz** des Art. 3 Abs. 1 GG zu. Durch den Erlass der Verwaltungsvorschriften legt sich die Verwaltung auf eine Verwaltungspraxis fest, die dem Inhalt der Verwaltungsvorschriften entspricht. Von dieser in den Verwaltungsvorschriften niedergelegten Verwaltungspraxis darf nur aus sachlichem Grund abgewichen werden. Verwaltungsvorschriften in Form von Ermessensrichtlinien bewirken also über **Art. 3 Abs. 1 GG eine Selbstbindung der Verwaltung**, die eine sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung von den Richtlinien verbietet.²¹⁰ 145
- c) Aufgrund der nur **mittelbaren Außenwirkung** der Ermessensrichtlinien kann sich die Rechtswidrigkeit des Bescheides zwar nicht allein aus der Nichtbeachtung der internen Richtlinien ergeben. Die Entscheidung ist aber wegen **Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG** dann (außen-)rechtswidrig, wenn die Abweichung von den Richtlinien **sachlich nicht gerechtfertigt** war. 146

Beispiel: Weicht die Behörde ohne sachlichen Grund zugunsten eines einzelnen Subventionsbewerbers von ansonsten angewendeten Subventionsrichtlinien ab, ohne ihre Praxis insgesamt zu ändern, ist ihre Entscheidung wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Art. 3 Abs. 1 GG) rechtswidrig.²¹¹

- aa) Eine Berücksichtigung der Richtlinien über den Gleichbehandlungsgrundsatz setzt zunächst voraus, dass die Verwaltungspraxis ihrerseits **rechtmäßig** ist, da Art. 3 Abs. 1 GG **keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht** gewährt.²¹² 147

Denn eine durch rechtswidrige Verwaltungspraxis erzeugte Pflicht der Verwaltung zu weiterem rechtswidrigem Handeln würde dem Vorrang des Gesetzes zuwiderlaufen.²¹³

Die Richtlinien müssen insbes. auf **sachlichen Gründen** beruhen und dürfen selbst **nicht willkürlich** sein.²¹⁴ Das ist hier zu bejahen, da es sachgerecht ist, die Höhe der Gebühr an dem wirtschaftlichen Vorteil des Genehmigungsinhabers auszurichten. 148

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

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

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

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

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

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

Beispiele: Die Gewährung eines staatlichen Zuschusses verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG, wenn sie bei ledigen und verheirateten Bewerbern eine einheitliche Einkommensgrenze zugrunde legt.²¹⁵ Der Auftrag des Grundgesetzes an den Staat, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung zu fördern (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG), rechtfertigt es dagegen, Frauen bei der Förderung von Betriebsgründungen im Handwerk günstigere Bedingungen einzuräumen als Männern.²¹⁶

149

Im Übrigen müssen Ermessensrichtlinien mit Rücksicht auf Sinn und Zweck des gesetzlich eingeräumten Ermessens stets den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragen und damit **Abweichungen im Einzelfall** zulassen. Sie dürfen also ein gewisses „**Restermessen**“ der Behörde nicht vollständig ausschließen.²¹⁷ Nach der Richtlinie „soll“ die Gebühr grundsätzlich nach der Auffüllmenge bemessen werden. Sollvorschriften enthalten nur eine Vorgabe für den Regelfall, lassen aber Abweichungen im Einzelfall zu, sodass von der Rechtmäßigkeit der durch die Richtlinie bestimmten Verwaltungspraxis auszugehen ist.

150

- bb) Die **mittelbare Außenwirkung** von Ermessensrichtlinien über Art. 3 Abs. 1 GG kann sich dabei nicht nur zugunsten, sondern **auch zulasten des Bürgers** auswirken.²¹⁸ Die Verwaltung ist wegen der objektiv-rechtlichen Wirkung des Gleichbehandlungsgebotes des Art. 3 Abs. 1 GG gehalten, die von ihr durch interne Richtlinien gesetzten Schranken der Ermessensausübung einzuhalten und darf von ihnen nicht ohne rechtfertigenden Grund zugunsten des Betroffenen abweichen.²¹⁹ Danach durfte die Behörde hier nicht ohne Grund von der Staffelung in der Verwaltungsvorschrift abweichen. Eine unbeabsichtigte oder irrtümliche Nichtbeachtung kann nie einen die Abweichung rechtfertigenden Grund darstellen, da die Behörde sich insoweit gar keine Gedanken gemacht hat.²²⁰

Damit stellt bei Ermessensentscheidungen die „verwaltungsinterne“ Nichtbeachtung einer Verwaltungsvorschrift einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar und führt zur **Rechtswidrigkeit** des darauf beruhenden VA. Der ursprüngliche Gebührenbescheid war daher ermessensfehlerhaft, weil er die über Art. 3 Abs. 1 GG zu berücksichtigende Staffelung in den Verwaltungsvorschriften nicht beachtet hat. Als **rechtswidriger VA** unterliegt er der Rücknahme nach § 48 Abs. 1 VwVfG.

Weiteres Beispiel: Versagt eine Behörde in Anwendung der einschlägigen Richtlinien unter bestimmten Voraussetzungen regelmäßig die Gewährung einer Zuwendung, verletzt sie das Gleichbehandlungsgebot in seiner objektiv-rechtlichen Funktion, wenn sie sich **im Einzelfall** über diese Praxis hinwegsetzt und trotz Fehlens der nach den Richtlinien geforderten Voraussetzungen die Leistung gewährt. In einem solchen Fall ist die Entscheidung wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG rechtswidrig.²²¹ Etwas anderes gilt dann, wenn die Behörde **generell** von den Förderrichtlinien abweicht und diese deshalb ihre ermessenslenkende Wirkung verlieren.²²²

215 BVerwG NVwZ 2004, 350.

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

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

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

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

220 VGH BW NVwZ 1999, 547.

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

Begriffsmerkmale des VA gemäß § 35 VwVfG

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

Beispiel: Prüfung der Ermächtigungsgrundlage im Fallaufbau**I. Als belastende Maßnahme bedarf der VA einer **Ermächtigungsgrundlage**.**

Soweit zweifelhaft:

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

Ermächtigungsgrundlage für die Verfügung könnte § ... sein.

Soweit Bedenken an der Wirksamkeit bestehen:

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

Wenn die VA-Befugnis problematisch ist:

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

II. Formelle Rechtmäßigkeit

(Zuständigkeit, Verfahren, Form)

III. Materielle Rechtmäßigkeit

insbes. Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage, allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, zulässige Rechtsfolge

2. Abschnitt: Formelle Rechtmäßigkeit

Formell rechtmäßig ist ein VA, wenn er von der zuständigen Behörde in einem ordnungsgemäßen Verfahren formgerecht erlassen worden ist.

363

Grundschema: Formelle Rechtmäßigkeit

- **Zuständigkeit** (sachlich, instanziell, örtlich)
- **ordnungsgemäßes Verfahren**, insbes. § 28 VwVfG
- **Form**, insbes. §§ 37, 39 VwVfG

A. Zuständigkeit

Zuständigkeitsnormen regeln, welche Behörde welche konkreten Aufgaben wahrnehmen darf. Hierbei sind die **sachliche**, die **instanzielle** und die **örtliche** Zuständigkeit zu unterscheiden.

364

Grundschema: Zuständigkeit

- **Sachliche Zuständigkeit** nach betroffenem Aufgabenbereich
 - Verbandskompetenz (welcher Verwaltungsträger)
 - Organkompetenz (welches Organ des Verwaltungsträgers)
- **Instanzielle Zuständigkeit** bei mehreren Behördenebenen
- **Örtliche Zuständigkeit** bei räumlich begrenztem Zuständigkeitsbereich

E. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Beurteilungsspielraum

I. Unterscheidung zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum

Beim Ermessen geht es um den Entscheidungsspielraum der Behörde im Bereich der Rechtsfolge („**Rechtsfolgeermessen**“). Hiervon streng zu unterscheiden ist die Frage, ob ein solcher Spielraum auch auf der **Tatbestandsseite**, also den Voraussetzungen einer Norm, bestehen kann. Diese Frage betrifft die sog. **unbestimmten Rechtsbegriffe**, die in besonderem Maße der Auslegung und Konkretisierung bedürfen, bevor sie im Einzelfall Anwendung finden können.⁸⁶⁰

Beispiele:

- Die Fahrerlaubnisbehörde hat die Fahrerlaubnis zu entziehen, wenn sich der Betroffene zum Führen von Kraftfahrzeugen als „ungeeignet“ erweist (§ 3 Abs. 1 StVG).
- Die Ausübung eines Gewerbes ist zu untersagen, wenn der Gewerbetreibende „unzuverlässig“ ist (§ 35 Abs. 1 GewO).
- Ein Beamter auf Probe kann entlassen werden, wenn er sich in der Probezeit nicht „bewährt“ hat (§ 23 Abs. 3 Nr. 2 BeamStG).

Früher wurde zuweilen die Auffassung vertreten, zwischen dem Rechtsfolgeermessen und einem im Bereich der Voraussetzungen der Norm eingeräumten Spielraum bestehe eine so weitgehende Strukturgleichheit, dass ein grundsätzlicher Unterschied nicht gerechtfertigt sei.⁸⁶¹ Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass bei Tatbestandsvoraussetzungen die für das Ermessen typischen **Zweckmäßigkeitserwägungen** grundsätzlich nicht zulässig sind: Ein Gewerbetreibender ist entweder unzuverlässig oder er ist es nicht, der Beamte auf Probe hat sich bewährt oder er hat sich nicht bewährt. Die Behörde ist gehalten, die richtige Entscheidung zu treffen. Ob das eine oder das andere der Fall ist, mag zwar schwierig festzustellen sein. Es ist aber im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht zulässig, diese Frage einfach nach Zweckmäßigkeit zu beantworten. **Ermessen ist demnach stets der Rechtsfolgenseite** einer Norm zuzuordnen. Die Regeln über die eingeschränkte Kontrolle des Ermessens auf der Rechtsfolgenseite gelten daher **nicht** für die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auf der **Tatbestandsseite**.⁸⁶²

Beispiel: Nach § 53 Abs. 1 AufenthG wird ein Ausländer, dessen Aufenthalt die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland gefährdet, ausgewiesen, wenn die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmende Abwägung der Interessen an der Ausreise mit den Interessen an einem weiteren Verbleib des Ausländers im Bundesgebiet ergibt, dass das öffentliche Interesse an der Ausreise überwiegt. § 54 AufenthG stellt klar, in welchen Fällen das Ausweisungsinteresse, und § 55 AufenthG, in welchen Fällen das Bleibeinteresse (besonders) schwer wiegt.

Damit hat der Gesetzgeber das frühere dreistufige System der Ist-, Regel- und Ermessensausweisung durch eine am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierte **gebundene Ausweisung** ersetzt. Nuncmehr hat bereits auf der Tatbestandsebene eine Abwägung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalles zu erfolgen (§ 53 Abs. 1 AufenthG). Konsequenz: Die behördliche Abwägungsentscheidung ist nicht nur auf Ermessensfehler zu überprüfen, sondern ist gerichtlich voll überprüfbar.⁸⁶³

⁸⁵⁹ BVerwG NVwZ 2014, 151, 154.

⁸⁶⁰ Vgl. Schoch Jura 2004, 612, 613.

⁸⁶¹ Schmidt-Eichstaedt AöR 98 (1973), 173, 176; Martens JuS 1987, 103, 107; Herdegen JZ 1991, 747, 751 m.w.N.

⁸⁶² BVerfG NVwZ 2012, 694, 695; NJW 1991, 2005, 2006; Maurer/Waldhoff § 7 Rn. 55.

⁸⁶³ BVerwG DÖV 2017, 647; Huber NVwZ 2015, 1178, 1180; Brühl JuS 2016, 23, 24.

II. Gerichtliche Kontrolldichte

567 Die **rechtliche Problematik** unbestimmter Rechtsbegriffe liegt in der richtigen Aufgabenverteilung zwischen Verwaltung und Rechtsprechung sowie in der für den Rechtsschutz des Bürgers nach Art. 19 Abs. 4 GG wichtigen Frage der **Kontrolldichte** bei der Überprüfung der Verwaltung durch die Gerichte.

- Bejaht man einen **Entscheidungsspielraum** der Behörde, so darf das VG nur prüfen, ob die äußeren Grenzen verletzt sind, ob sachfremde Erwägungen zugrunde liegen usw. Lässt sich das nicht feststellen, behält die behördliche Entscheidung Bestand. Praktisch hat in Zweifelsfällen dann die Verwaltungsbehörde das letzte Wort.
- Wird der Behörde **kein Spielraum** zugebilligt, so prüft das VG z.B. selbst, ob der Betroffene ungeeignet ist oder sich bewährt hat. Das VG kann deshalb im Zweifelsfall zu einem anderen Ergebnis als die Behörde gelangen. Praktisch hat dann das Gericht das letzte Wort.

568 Ob auf der Tatbestandsseite Spielräume bestehen können, ist durch Auslegung des einfachen Rechts unter Berücksichtigung insbesondere der Grundrechte zu ermitteln. Von der Rechtsprechung werden Entscheidungsspielräume auf der Tatbestandsseite im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG **nur im Ausnahmefall** anerkannt, grundsätzlich nehmen die Gerichte die **Letztentscheidungskompetenz** für sich in Anspruch.

In der Lit. wird darauf hingewiesen, dass die von den deutschen Verwaltungsgerichten geübte Praxis in Europa fast einzigartig ist. Außer in Österreich wird in keinem anderen Land die Letztentscheidungskompetenz von den Gerichten derart weitgehend in Anspruch genommen wie in Deutschland.⁸⁶⁴

III. Lehre vom Beurteilungsspielraum

569 1. Dass es gleichwohl auch bei den tatbestandlichen Voraussetzungen für eine behördliche Maßnahme einen beschränkt überprüfbaren Entscheidungsspielraum (sog. **Beurteilungsspielraum**) geben kann, ist inzwischen allgemein anerkannt. Die **Lehre vom Beurteilungsspielraum** beruht auf der Erwägung, dass es Fälle gibt, in denen der Gesetzgeber keine so eindeutige Regelung vorgenommen hat oder nach der Natur der Sache gar nicht vornehmen konnte, dass sich mit hinreichender Sicherheit feststellen ließe, welche Entscheidung richtig ist.

„Unbestimmte Rechtsbegriffe können wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geltenden Materie so vage und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung so schwierig sein, dass die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt.“⁸⁶⁵

570 2. **Verfassungsrechtlich** ist der Gebrauch unbestimmter Rechtsbegriffe zwar nicht ganz unbedenklich. Insbesondere der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes fordert, dass das Verwaltungshandeln durch die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage hinreichend bestimmt wird. Das hindert den Gesetzgeber jedoch nicht, bestimmte Voraussetzungen generalklauselartig zu regeln, solange sich durch Auslegung eine zuverlässige Grundlage für die Rechtsanwendung finden lässt.⁸⁶⁶ In einem solchen Fall verstößt die

⁸⁶⁴ Dolde NVwZ 2006, 857, 858; Stelkens DVBl. 2010, 1078, 1085.

⁸⁶⁵ BVerfG NJW 1991, 2005, 2006; vgl. auch BVerfG RÜ 2019, 111, 114 zur Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle bei einem „Erkenntnisvakuum“; dazu Sachs DVBl. 2020, 311, 312.

⁸⁶⁶ BVerfG RÜ 2011, 519, 520; RÜ 2021, 650, 652.

Annahme eines Beurteilungsspielraums ebenso wenig gegen das Rechtsschutzgebot des Art. 19 Abs. 4 GG, wie dies bei der Einräumung von Ermessen der Fall ist.⁸⁶⁷

„Gerichtliche Kontrolle kann nicht weiter reichen als die materielle Bindung der Instanz, deren Entscheidung überprüft werden soll; sie endet deshalb dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert und der Verwaltung einen Einschätzungs- oder Beurteilungsspielraum belässt.“⁸⁶⁸

3. Umstritten ist jedoch, in **welchen Fällen** und in **welchem Umfang** ein solcher Beurteilungsspielraum anzuerkennen ist.

a) Teilweise wird bei unbestimmten Rechtsbegriffen **generell** ein Beurteilungsspielraum gefordert. Eine vollständige Überprüfung würde zu einer zu starken Einengung der Verwaltung führen. Die Forderung nach einer Minderung der gerichtlichen Kontrolldichte ist jedoch in erster Linie rechtspolitischer Natur und beachtet zu wenig die Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG. Deshalb müssen auch unbestimmte Rechtsbegriffe grundsätzlich gerichtlich **unbeschränkt überprüfbar** sein.⁸⁶⁹ **571**

Das gilt z.B. bei Begriffen wie: Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung i.S.d. polizeilichen Generalklausel, Ungeeignetheit (§ 3 StVG), Unzuverlässigkeit (z.B. § 35 Abs. 1 GewO). In all diesen Fällen entscheidet das Gericht letztverbindlich, ob die Gefahr tatsächlich vorliegt oder ob der Betroffene ungeeignet oder unzuverlässig ist.⁸⁷⁰

b) Ausnahmen gelten nur, wenn der einschlägigen Rechtsvorschrift entweder ausdrücklich oder zumindest durch Auslegung die Entscheidung des Gesetzgebers entnommen werden kann, dass die Verwaltung ermächtigt sein soll, über das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen eines unbestimmten Rechtsbegriffs abschließend zu entscheiden (**normative Ermächtigungslehre**).⁸⁷¹ Wegen der Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle bedarf es zudem stets einer **besonderen Legitimation** durch einen hinreichend gewichtigen sachlichen Grund für die Einschränkung des Rechtsschutzes. **572**

■ **Ausdrücklich normierte** Beurteilungsspielräume finden sich äußerst selten.

Vgl. z.B. § 76 Abs. 5 S. 2 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen): „Die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung ist hierbei der Nachprüfung des Gerichts entzogen.“

■ Von besonderer Bedeutung sind daher Vorschriften, bei denen sich ein Beurteilungsspielraum durch die **Auslegung** der relevanten Vorschriften ergibt.⁸⁷²

„Im Bereich der gebundenen Verwaltung können sich Kontrollrestriktionen insbesondere dann ergeben, wenn Entscheidungen in unwiederholbaren Situationen, wie etwa bei bestimmten Prüfungsentscheidungen, oder auf der Grundlage unvertretbarer Wertungen, so etwa bei dienstlichen Beurteilungen, oder durch pluralistisch zusammengesetzte weisungsunabhängige Gremien zu treffen waren. Einen behördlichen Beurteilungsspielraum hat das Gericht auch dann zu respektieren, soweit die Behörde auf Schätzungen oder Prognosen zurückgreifen darf oder muss.“⁸⁷³

867 Schoch Jura 2004, 612, 616.

868 So z.B. BVerwG NJW 2016, 327, 328 im Anschluss an BVerfG RÜ 2011, 519, 520; NVwZ 2012, 694, 695.

869 BVerfG NVwZ 2012, 694, 695; BVerwG ZUM-RD 2018, 527; BVerwG NJW 2016, 327, 328; Dittrich/Baumeister JuS 2020, 347, 350; Maurer/Waldhoff § 7 Rn. 33 u. 62; Kopp/Schenke VwGO § 114 Rn. 23 ff. m.w.N.

870 Vgl. BVerwG DVBl. 2005, 115, 116 m.w.N.

871 BVerfG NVwZ 2012, 694, 695; NVwZ 2011, 1062, 1064; NVwZ 2010, 435, 439; BVerwG RÜ 2020, 249, 252; NJW 2016, 327, 328; Voßkuhle JuS 2008, 117, 118; Ernst Jura 2012, 145, 148; Huber DVBl. 2021, 753, 754; Kment/Vorwalter JuS 2015, 193, 196; kritisch Maurer/Waldhoff § 7 Rn. 34 u. 62; abweichend BVerfG RÜ 2019, 111, 113 f. bei einem „Erkenntnisvakuum“

872 Vgl. BVerfG NVwZ 2010, 435, 439; Wimmer JZ 2010, 433, 439.

873 BVerwG DVBl. 2004, 1040, 1042.

573 c) Die wichtigsten Fallgruppen, in denen ein **gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum** anerkannt ist, sind:

- **Prüfungsentscheidungen**⁸⁷⁴ und beamtenrechtliche **Beurteilungen**,⁸⁷⁵
- **Prognoseentscheidungen** und **Risikobewertungen** (z.B. im Umweltrecht), bei denen der Gesetzgeber im Hinblick auf die Einschätzung künftiger Entwicklungen der Verwaltung die Letztverantwortung zugewiesen hat,⁸⁷⁶
- Entscheidungen, die weitgehend von einer **persönlichen Wertung** mit juristisch nicht greifbaren Maßstäben abhängen.⁸⁷⁷

Beispiel: Die Beurteilung der Qualität eines Weines durch eine Weinprüfungskommission kann vom Gericht nur eingeschränkt überprüft werden⁸⁷⁸ ebenso die Zuerkennung eines Filmprädikats durch eine Filmbewertungsstelle.⁸⁷⁹ Entsprechendes gilt für die „Attraktivität“ eines Fahrgeschäfts auf einer Kirmes⁸⁸⁰, das „Klangbild“ einer Chorstimme⁸⁸¹ oder bei der Beurteilung der Gefährlichkeit einer neu auftretenden bedrohlichen übertragbaren Krankheit (§ 2 Nr. 3a IfSG).⁸⁸² Dagegen ist die Frage der Jugendgefährdung bei der Indizierung jugendgefährdender Medien gemäß §§ 18, 19 JuSchG und die Abwägung mit der Kunstfreiheit gerichtlich voll überprüfbar.⁸⁸³

574 **Nicht** allein ausreichend für die Zuerkennung eines Beurteilungsspielraums ist dagegen die besondere Sachkunde oder Erfahrung der Behörde, die Komplexität des Sachverhaltes oder schwierige fachliche Bewertungen, da diese Gesichtspunkte durch vom Gericht hinzugezogene Sachverständige ebenfalls überprüft werden können.⁸⁸⁴

Beispiele: Kein Beurteilungsspielraum besteht bei der Prüfung der Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden⁸⁸⁵ oder der gesundheitlichen Eignung von Beamtenbewerbern.⁸⁸⁶

575 d) **Besonderheiten** gelten im Bereich des **Unionsrechts**: Beim Vollzug unionsrechtlicher Normen haben die nationalen Behörden, unabhängig von den o.g. Fallgruppen, stets diejenigen Entscheidungsspielräume, die ihnen die zu vollziehende Unionsnorm einräumt oder die notwendig sind, um die Ziele der unionsrechtlichen Bestimmung zu erreichen. Die im deutschen Verwaltungsrecht entwickelte normative Ermächtigungslehre wird insoweit **vom Unionsrecht überlagert**.

Beispiel: Bei der Prüfung von Visumsanträgen steht den zuständigen Behörden nach dem Visakodex der EU eine Letztentscheidungskompetenz und damit ein unmittelbar vom Unionsrecht vorgegebener weiterer Beurteilungsspielraum zu, auch wenn keine der anerkannten Fallgruppen einschlägig ist.⁸⁸⁷

874 BVerfG NJW 1991, 2005; NJW 1991, 2008; BVerwG DVBl. 2021, 1088, 1089; NVwZ 2004, 1375, 1376; OVG NRW, Beschl. v. 30.09.2021 – 19 B 1508/21, BeckRS 2021, 29200 (fachlich-pädagogische Entscheidungen im Schulrecht); Kment/Vorwalter JuS 2015, 193, 198.

875 BVerfG DVBl. 2002, 1203 f.; BVerwG DVBl. 2006, 641; NVwZ 1999, 75, 76 (Bewährung eines Probebeamten); BVerwG NVwZ 2016, 327, 329 (Sicherheitsüberprüfung eines Beamten) mit abl. Anm. Warg; BVerfG NJW 2016, 3425 u. OVG Lüneburg NVwZ 2016, 786 (Entscheidungen des Richterwahlausschusses, Art. 95 Abs. 2 GG).

876 BVerfG NVwZ 2012, 694, 696 (Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur); BVerfG NVwZ 2010, 435 (Kürzung von Emissionsberechtigungen), BVerwG ZUM-RD 2018, 527 (Auswahlentscheidungen der Landesmedienanstalt); allgemein Voßkuhle JuS 2008, 117, 118; Sachs/Jasper NVwZ 2012, 649 ff.

877 Vgl. Beaucamp JA 2012, 193, 194; Kment/Vorwalter JuS 2015, 193, 198.

878 BVerwG NJW 2007, 2790, 2792; Faßbender JuS 2012, 332, 335.

879 VGH Kassel NJW 1998, 1426.

880 OVG NRW RÜ 2019, 804, 809.

881 OVG Bln-Bbg RÜ 2021, 723, 728: Kein Anspruch eines Mädchen auf Aufnahme in einen Knabenchor.

882 BayVGH, Beschl. v. 04.10.2021 – 20 N 20.767, BeckRS 2021, 29086 zu Covid-19.

883 BVerwG RÜ 2020, 249, 252 unter Aufgabe seiner früheren Rspr. (BVerwG NJW 1997, 602, 603; NJW 1999, 75, 78), die einen eingeschränkten Beurteilungsspielraum bejahte; dazu kritisch Hufen JuS 2020, 1094, 1096.

884 BVerwG DVBl. 2004, 1040, 1042; vgl. ausführlich zu den verschiedenen Fallgruppen Beaucamp JA 2002, 314, 316 ff.

885 BVerwG DVBl. 2005, 115, 116.

886 BVerwG NVwZ 2014, 300, 302.

IV. Die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen

Fall 23: Missglücktes Examen

A unterzog sich der staatlichen Pflichtfachprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in X. In den Klausuren hatte er überwiegend knapp ausreichende Leistungen erbracht, zwei Klausuren waren mit mangelhaft bewertet worden. Die mündliche Prüfung fand vor einem aus 3 Prüfern bestehenden Prüfungsausschuss statt; an ihr nahmen 6 Kandidaten teil. Im BGB und Strafrecht erzielte A jeweils ein knappes ausreichend. Im öffentlich-rechtlichen Teil, der ca. eine Stunde dauerte, wurde A gleich zu Beginn gefragt, ob Ermessensentscheidungen verwaltungsgerichtlich überprüfbar seien, was A verneinte. Auf die Anschlussfrage, ob er schon einmal von Ermessensfehlern gehört habe und was das sei, erklärte er: Davon habe er schon einmal gehört. Auf Zusatzfragen zu derselben Problematik schwieg er. Später entwickelte sich eine Diskussion über Probleme des Beurteilungsspielraums, in die sich A nicht einschaltete; ausdrücklich gefragt wurde er nicht mehr. Dieser Teil der Prüfung wurde bei A mit mangelhaft bewertet, was zu einer Punktzahl führte, die für das Bestehen der Prüfung nicht mehr ausreichte. Der Prüfungsausschuss erklärte deshalb die Prüfung für nicht bestanden. Bei Einsichtnahme in seine Prüfungsunterlagen stellt A fest, dass der Erstkorrektor seiner BGB-Klausur Professor für Strafrecht ist und bisher immer nur als Prüfer im Strafrecht tätig war. Ferner war das nach der Prüfungsordnung vorgeschriebene Protokoll für den öffentlich-rechtlichen Teil der Prüfung nicht auffindbar. Außerdem meint A, bei der mündlichen Prüfung im Öffentlichen Recht sei er zu kurz gekommen. Auch könne man keinesfalls aus der Unkenntnis eines bestimmten Problemkreises auf Unkenntnisse im Öffentlichen Recht insgesamt schließen. A bittet um ein Gutachten zur Rechtmäßigkeit der Prüfungsentscheidung.

Rechtsgrundlage für die Prüfungsentscheidung ist das Juristenausbildungsgesetz des Landes. Danach ist die Prüfungsentscheidung nur rechtmäßig, wenn auch die Bewertungen der einzelnen Prüfungsleistungen rechtmäßig sind.⁸⁸⁸

- i. Bei dieser Überprüfung ist allerdings zu beachten, dass **Prüfungsentscheidungen** 576 eine der Fallgruppen darstellen, in denen der Verwaltung ausnahmsweise ein nur **beschränkt kontrollierbarer Beurteilungsspielraum** zusteht.

Das BVerfG hat den Beurteilungsspielraum bei Prüfungsentscheidungen wie folgt begründet: „Staatsprüfungen, die den Zugang zu akademischen Berufen beschränken, erfordern schwierige Bewertungen, die mit Rücksicht auf die Chancengleichheit aller Berufsbewerber (Art. 3 Abs. 1 GG) im Gesamtzusammenhang des Prüfungsverfahrens getroffen werden müssen und sich nicht ohne Weiteres in nachfolgenden Verwaltungsstreitverfahren einzelner Kandidaten isoliert nachvollziehen lassen. Daraus ergibt sich ein prüfungsrechtlicher Bewertungsspielraum. Prüfungsnoten (dürfen) nicht isoliert gesehen werden, sondern (sind) in einem Bezugssystem zu finden, das durch die persönlichen Erfahrungen und Vorstellungen der Prüfer beeinflusst wird. Da sich andererseits die komplexen Erwägungen, die einer Prüfungsentscheidung zugrunde liegen, nicht regelhaft erfassen lassen, würde die gerichtliche Kontrolle insoweit zu einer Verzerrung der Maßstäbe führen.“⁸⁸⁹ 577

⁸⁸⁷ BVerwG NVwZ 2016, 161, 162.

⁸⁸⁸ Zum Rechtsschutz gegen Prüfungsentscheidungen vgl. BVerwG NJW 2012, 2901; speziell zum juristischen Prüfungsrecht Zimmerling/Brehm DVBl. 2012, 265 ff.

⁸⁸⁹ BVerfG NJW 1991, 2005, 2007; NVwZ 1995, 469, 470; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2015, 299, 300; allgemein Beaucamp/Seifert NVwZ 2008, 261, 263 f.; Barton NVwZ 2013, 555, 557; Maurer/Waldhoff § 7 Rn. 43.

578 Allerdings hat das BVerfG klargestellt, dass sich bei Prüfungsentscheidungen der vom Gericht nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum lediglich auf **prüfungsspezifische Wertungen** beziehen darf, also nicht auf fachliche Fragen, die den Gegenstand der Prüfung bilden.⁸⁹⁰ Die Entscheidung der Prüfungsbehörde ist daher grundsätzlich gerichtlich voll nachprüfbar. Lediglich bei prüfungsspezifischen Wertungen ist dem Prüfer ein „**Bewertungsspielraum**“ eröffnet.

Beispiele: Eine prüfungsspezifische Wertungsfrage ist z.B. die Entscheidung über den Schwierigkeitsgrad der gestellten Aufgabe und ihr Bewertungsmaßstab.⁸⁹¹ Den Gerichten bleibt hier im Allgemeinen nur die Kontrolle, ob die Entscheidung so aus dem Rahmen fällt, dass sie Fachkundigen unhaltbar erscheint.⁸⁹² Ein Bewertungsspielraum besteht darüber hinaus bei der Benotung⁸⁹³ (auch beim Abweichen von der rechnerischen Gesamtnote),⁸⁹⁴ der Auswahl der Prüfungsaufgaben und deren Gewichtung,⁸⁹⁵ der Würdigung der Qualität der Darstellung, der Gewichtung der Stärken und Schwächen der Bearbeitung sowie der Bedeutung eines Mangels.⁸⁹⁶

Kein Bewertungsspielraum besteht dagegen hinsichtlich der Frage, ob der Prüfungsstoff noch zulässig ist⁸⁹⁷ oder ob eine Prüfungsfrage im Antwort-Wahl-Verfahren (multiple-choice) geeignet ist.⁸⁹⁸ Ebenso wenig besteht ein Bewertungsspielraum des Prüfers hinsichtlich der Anforderungen an das Bestehen der Prüfung.⁸⁹⁹ Diese Fragen sind verwaltungsgerichtlich voll überprüfbar.

579 II. Soweit der Behörde ein Beurteilungsspielraum zusteht, ist die verwaltungsgerichtliche Prüfung auf das Vorliegen von **Beurteilungsfehlern** beschränkt. Die Überprüfung erfolgt hierbei ähnlich wie bei Ermessensentscheidungen, jedoch ist der der Behörde eingeräumte Spielraum in der Regel enger.⁹⁰⁰ Beurteilungsfehler können sich insbesondere aus folgenden Gesichtspunkten ergeben:⁹⁰¹

- Fehlen einer **nachvollziehbaren Begründung**,
- Verstoß gegen **Verfahrensvorschriften**,
- **unzutreffender** oder **unvollständig ermittelter Sachverhalt**,
- **sachfremde Erwägungen**,
- sonstige Verstöße gegen das **Willkürverbot**,
- Missachtung **allgemeingültiger Bewertungsgrundsätze**.

580 1. Die Gewährleistung eines zum Schutz der Grundrechte erforderlichen effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) setzt voraus, dass der Prüfer die **tragenden Erwägungen darlegt**, die zur Bewertung der Prüfungsleistung geführt haben.⁹⁰²

890 BVerfG DVBl. 2021, 1088, 1089; NJW 2018, 2142, 2143; NJW 1991, 2005, 2007; OVG NRW NVwZ 2008, 1037; anders die früher h.M. BVerfG DVBl. 1989, 1196; NVwZ 1990, 65; zusammenfassend Schoch Jura 2004, 612, 616; Stauer/Steinebach Jura 2010, 454, 456 f.

891 BVerfG NVwZ 2004, 1375, 1377; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2015, 299, 300; Zimmerling/Brehm NVwZ 2009, 358, 364; Hein/Schröder NVwZ 2018, 303, 304; Thietz-Bertram NVwZ 2021, 31, 32.

892 BVerfG NJW 1991, 2008, 2011; BVerfG NVwZ 2004, 1375, 1377.

893 BVerfG NVwZ-RR 2013, 42, 43; NJW 2012, 2054, 2054 f.; OVG Lüneburg NordÖR 2012, 98, 99.

894 OVG NRW NVwZ-RR 2020, 361.

895 HessVG DVBl. 2010, 1256; NdsOVG DVBl. 2020, 140, 140 f.

896 BVerfG NVwZ 2004, 1375, 1377; Zimmerling/Brehm NVwZ 2009, 358, 364; Barton NVwZ 2013, 555, 557 f.

897 BVerfG NJW 1998, 323, 327; VGH Mannheim DVBl. 1995, 1356, 1357.

898 BVerfG DVBl. 2006, 250 ff.; SächsOVG NJW 2017, 2850, 2851; Hufen JuS 2018, 91, 92.

899 OVG Saarlouis NVwZ 2001, 942, 943 f.

900 Beaucamp JA 2012, 193, 196.

901 BVerfG NVwZ 2010, 435, 438; BVerfG DVBl. 2021, 1088, 1089; NVwZ 2016, 327, 329 f.; OVG Lüneburg DVBl. 2020, 574, 575; NVwZ-RR 2015, 299, 300; Schoch Jura 2004, 612, 618; Voßkuhle JuS 2008, 117, 118.

Nur aufgrund einer solchen **Begründung** wird der Prüfling in die Lage versetzt, seine Rechte sachgemäß zu verfolgen. Zwar ist die allgemeine Regelung in § 39 VwVfG nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG nicht anwendbar (anders teilweise im Landesrecht), die Begründungspflicht ergibt sich jedoch unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG (Grundrechtsschutz durch Verfahren).⁹⁰³

Bei mündlichen Prüfungen reicht zunächst eine kurze mündliche Begründung. Eine nach Form und Inhalt qualifizierte Begründung ist erst erforderlich, wenn der Prüfling dies verlangt.⁹⁰⁴ Die Begründung darf im nachfolgenden Gerichtsverfahren nachgebessert und ergänzt werden. Allerdings muss der Prüfling hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten.⁹⁰⁵

2. Des Weiteren müssen die **Verfahrensvorschriften** eingehalten sein. **581**

Die Verfahrensvorschriften ergeben sich in erster Linie aus der jeweiligen Prüfungsordnung, subsidiär aus dem VwVfG (vgl. aber § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG). Zum ordnungsgemäßen Prüfungsverfahren zählt z.B. auch die **Unbefangenheit** der Prüfer (§ 21 VwVfG).⁹⁰⁶

Bei Verfahrensfehlern trifft den Prüfling eine **Rügepflicht**. Zum einen soll verhindert werden, dass der Kandidat die Prüfung gleichwohl durchführt und das Ergebnis abwartet und sich so ggf. eine zusätzliche Prüfungschance verschafft. Zum anderen soll die Prüfungsbehörde die Möglichkeit erhalten, die Angelegenheit zeitnah zu überprüfen und ggf. den Mangel noch rechtzeitig zu beseitigen.⁹⁰⁷ **582**

Die Rügepflicht besteht z.B. bei Prüfungsunfähigkeit wegen Krankheit, Lärmstörungen, unzureichender Befragung in der mündlichen Prüfung, Befangenheit etc.⁹⁰⁸

3. Die Entscheidung muss von **zutreffend** und **vollständig** ermittelten **Tatsachen** ausgehen.⁹⁰⁹ **583**

Beispiele: Der Prüfer irrt sich über die Aufgabenstellung, verwechselt die Arbeiten der Prüflinge oder nimmt einen Teil der Prüfungsarbeit gar nicht zur Kenntnis. In der mündlichen Prüfung muss der Prüfer dem Prüfungsgeschehen seine ungeteilte Aufmerksamkeit widmen und darf weder schlafen noch sich mit prüfungsfremder Literatur beschäftigen.⁹¹⁰

4. Der Entscheidung dürfen **keine sachfremden Erwägungen** zugrunde liegen.⁹¹¹ **584**

So dürfen die Anforderungen an das Bestehen einer Prüfung nicht von der Arbeitsmarktlage abhängig gemacht werden. Im juristischen Examen ist es jedoch nicht sachfremd, wenn bei der Bewertung ein schlechter Sprachstil negativ berücksichtigt wird.⁹¹²

5. Aus dem **Willkürverbot** des Art. 3 Abs. 1 GG folgt, dass die **Chancengleichheit** gewährleistet sein muss. **585**

a) Dieser Grundsatz gebietet, im Prüfungsverfahren möglichst **gleichmäßige Voraussetzungen für alle Bewerber** zu schaffen und damit allen Prüflingen gleiche Erfolgsaussichten einzuräumen.⁹¹³

902 BVerwGE 91, 262, 265 ff.; BVerwG NJW 2012, 2054, 2055.

903 BVerwG NJW 1998, 3657, 3658; Hein/Schröder NVwZ 2018, 302, 303; zu den Anforderungen an die Begründung der Zweitkorrektur BVerwG NVwZ 2019, 422 u. OVG NRW, Beschl. v. 27.12.2017 – 19 B 1255/17, BeckRS 2017, 137645.

904 BVerwG NVwZ-RR 2017, 421; NVwZ 2006, 478, 479; Zimmerling/Brehm NVwZ 2009, 358, 364.

905 BVerwG NVwZ-RR 2000, 503; NVwZ 2001, 922 f.; Staufer/Steinebach Jura 2010, 454, 458.

906 BVerwG NVwZ 2000, 915; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2015, 299, 300; Beaucamp/Seifert NVwZ 2008, 261, 262.

907 OVG NRW, Beschl. v. 09.09.2021 – 19 A 3347/20, BeckRS 2021, 26174 m.w.N.

908 Vgl. OVG NRW NWVB. 2017, 267; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2016, 912; Beaucamp/Seifert NVwZ 2008, 261, 263.

909 BVerwG NVwZ 1998, 636; Beaucamp/Seifert NVwZ 2008, 261, 264; vgl. auch BVerfG NVwZ 2010, 435, 440 f.

910 OVG NRW NWVB. 1992, 63.

911 BVerfG NVwZ 1995, 469, 470; BVerwG NJW 1996, 942, 943; Beaucamp/Seifert NVwZ 2008, 261, 264.

912 OVG NRW DVBl. 1995, 800, 803.

4. Teil: Wirksamkeit des VA

1. Abschnitt: Unterscheidung Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit

- 655** Ein VA wird mit der Bekanntgabe und mit dem Inhalt **wirksam**, mit dem er bekannt gegeben wird (§ 43 Abs. 1 VwVfG), d.h. mit der Bekanntgabe löst er die Rechtsfolge aus, auf deren Herbeiführung er gerichtet ist.

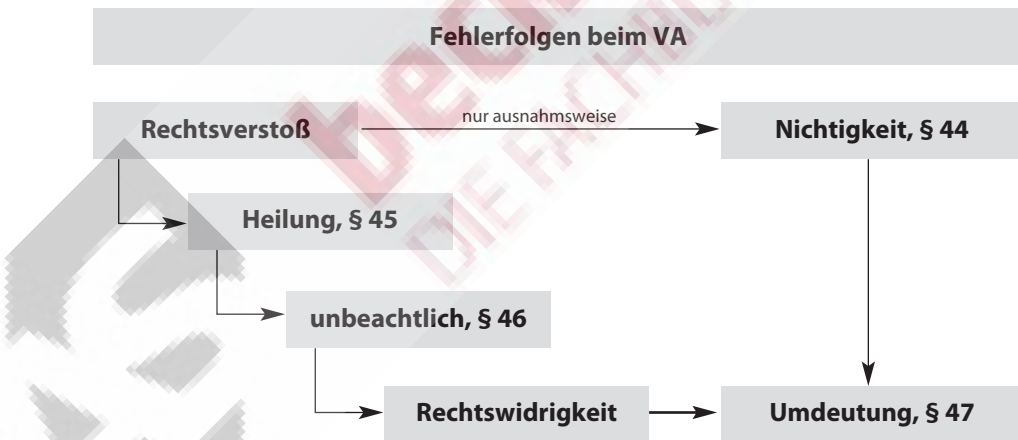
Beispiel: Die Ernennung eines Beamten wird grds. mit dem Tag der Aushändigung der Ernennungsurkunde wirksam. Eine Ernennung auf einen zurückliegenden Zeitpunkt ist unzulässig (§ 12 Abs. 2 BBG).

- 656** Etwas anderes gilt nur dann, wenn der VA (ausnahmsweise) nichtig und damit **unwirksam** ist (§ 43 Abs. 3 VwVfG). Nichtig ist ein VA nur unter den Voraussetzungen des § 44 Abs. 1 und § 44 Abs. 2 VwVfG. Es ist daher **streng zu trennen** zwischen der

- Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit einerseits und
- der Wirksamkeit und Unwirksamkeit andererseits.

Beachte: Beide Begriffspaare sind **nicht deckungsgleich**. Die Rechtswidrigkeit eines VA allein führt nicht zu seiner Unwirksamkeit, sondern nur zur Anfechtbarkeit. Deshalb sind **auch rechtswidrige VAe grundsätzlich wirksam** und damit rechtsverbindlich. Der Bürger muss auch den rechtswidrigen VA befolgen, solange der VA nicht von der Behörde oder durch das Gericht aufgehoben worden ist (vgl. § 43 Abs. 2 VwVfG).

- 657** Der rechtswidrige VA hat daher **unterschiedliche Fehlerfolgen:**



- Bei einem Rechtsverstoß ist der VA **grundsätzlich nur rechtswidrig**, aber gleichwohl wirksam. Nur bei schwerwiegenden Fehlern ist der VA **ausnahmsweise** von Anfang an **nichtig** und damit unwirksam (§§ 43 Abs. 3, 44 Abs. 1 u. Abs. 2 VwVfG).
- Bei einem nicht nichtigen VA können **Verfahrensfehler** nach § 45 VwVfG **geheilt** werden.
- Unter den Voraussetzungen des § 46 VwVfG kann ein nicht zur Nichtigkeit führender **formeller Fehler unbeachtlich** sein.
- Ein rechtswidriger oder nichtiger VA kann u.U. in einen anderen rechtmäßigen VA **umgedeutet** werden (§ 47 VwVfG).