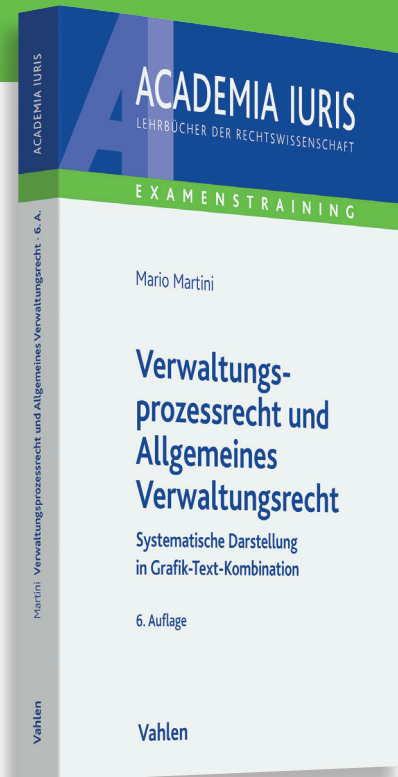


ACADEMIA IURIS

LEHRBÜCHER DER RECHTSWISSENSCHAFT

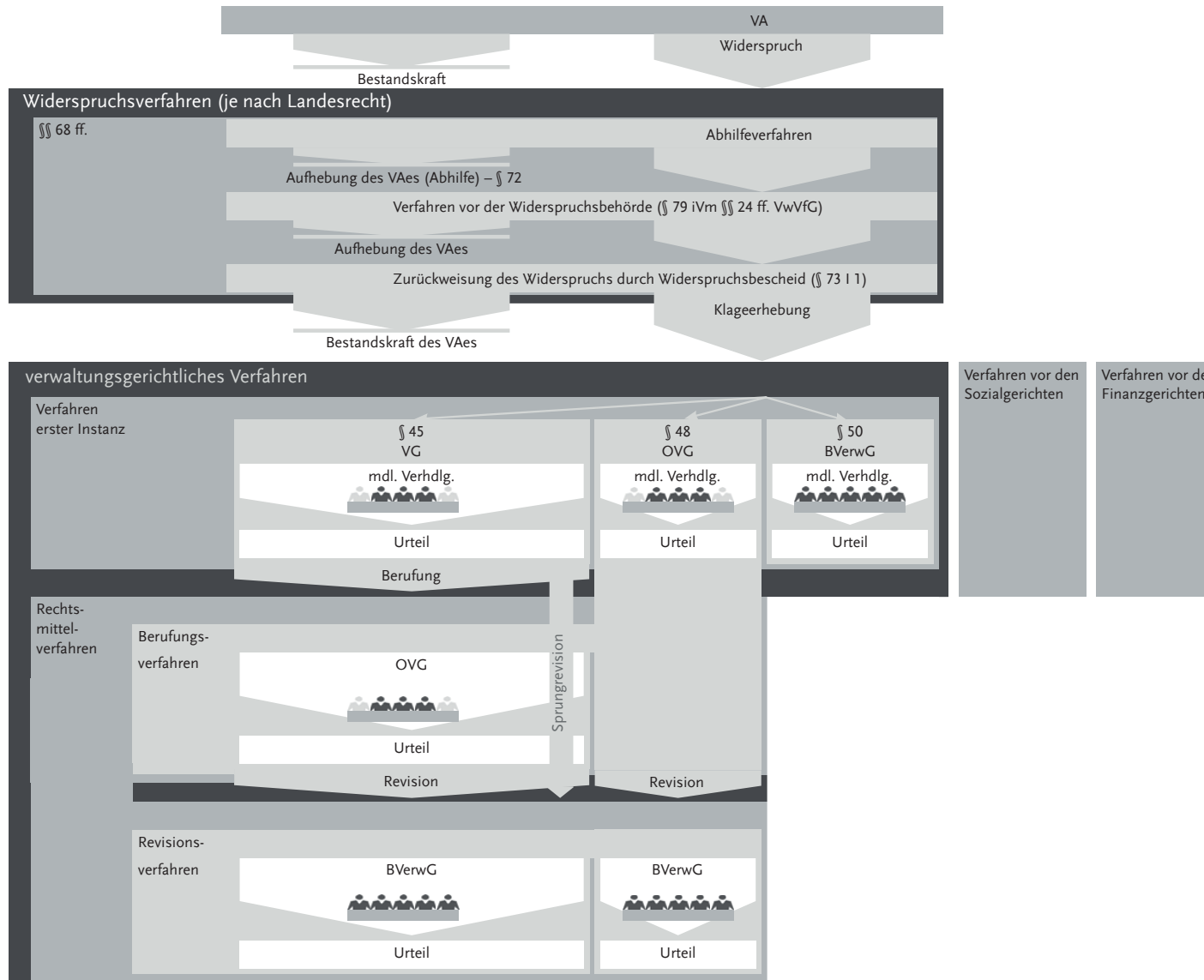
EXAMENSTRAINING



Verwaltungsprozessrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht

Vahlen

Entscheidungsablauf im Widerspruchs- und Verwaltungsgerichtsverfahren



III. Der Entscheidungsablauf im Widerspruchs- und Verwaltungsgerichtsverfahren

Die förmlichen Rechtsbehelfe eröffnen dem Bürger ein engmaschiges Netz verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes; sie stehen dem Bürger jedoch nicht alle gleichzeitig und kumulativ zur Verfügung, sondern sind Teile eines auf mehrere Stufen angelegten Rechtsschutzsystems. Der Ablauf eines solchen Rechtsschutzverfahrens stellt sich am praxis- und klausurrelevanten Beispiel von Rechtsschutzbegehren, die sich auf einen Verwaltungsakt (VA, § 35 VwVfG; → S. 40 f.) beziehen, idealtypisch wie folgt dar:

(A) Das Widerspruchsverfahren

Will sich jemand gegen einen VA, zB eine Abrissverfügung für ein Haus, wehren bzw. den Erlass eines abgelehnten VAes, zB eine Baugenehmigung, erstreiten, so steht ihm grundsätzlich ein Widerspruchsverfahren offen (→ S. 9 ff.). Dessen Durchführung ist auch grundsätzlich Voraussetzung für die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage (§ 68 I 1). Viele Bundesländer haben das Widerspruchsverfahren für wichtige Sachbereiche inzwischen abgeschafft (→ S. 11). § 68 I 2 gestattet ihnen das.

Das Widerspruchsverfahren hat Doppelcharakter: Es ist einerseits ein Verwaltungsverfahren, zugleich aber auch ein verwaltungsgerichtliches Vorverfahren, da es Sachentscheidungs voraussetzung der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ist.¹

Eingeleitet wird es durch form- und fristgerechte Erhebung eines Widerspruchs (§ 69). Unterlässt der Betroffene dies, so wird der VA formell bestandskräftig. Er kann den VA nicht mehr mit ordentlichen Rechtsbehelfen, insbesondere einer Klage, anfechten.

(I.) Abhilfeverfahren

Erhebt der Betroffene Widerspruch, überprüft zunächst die *Ausgangsbehörde* den VA. Hält sie den Widerspruch für zulässig und begründet, so hilft sie ihm ab, indem sie den angefochtenen VA aufhebt bzw. den angestrebten VA erlässt (§ 72).² Andernfalls hat sie den Widerspruch – zusammen mit einem Vorlagebericht – unverzüglich der Widerspruchsbehörde vorzulegen.³

(II.) Verfahren vor der Widerspruchsbehörde – § 79 iVm §§ 24 ff. VwVfG

Die Widerspruchsbehörde überprüft den VA unter allen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten auf seine Recht- und idR auch auf seine Zweckmäßigkeit (§ 68 I 1).

Soweit sie den Widerspruch für zulässig und begründet hält, hebt sie den VA auf bzw. erlässt den begehrten VA. Andernfalls weist sie ihn durch Widerspruchsbescheid zurück. Ob die Entscheidungsbefugnis der Widerspruchsbehörde auch so weit reicht, die angefochtene Verwaltungsentscheidung im

Einzelfall nicht zum Vor-, sondern zum Nachteil des Widerspruchsführers zu ändern (sog. *reformatio in peius*), ist str. Die wohl iUm bejaht dies (→ S. 218 f.).

(B) Der Verwaltungsprozess – gerichtliches Verfahren

(1.) Klageverfahren – Verfahren erster Instanz

Bleibt das Widerspruchsverfahren für den Widerspruchsführer ohne Erfolg, so kann er binnen eines Monats nach Zustellung des ablehnenden Widerspruchsbescheids vor den Verwaltungsgerichten Klage erheben (§ 74 I 1). Tut er dies nicht, so wird der VA in der Form, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat, unanfechtbar und damit bestandskräftig.

Erhebt der Betroffene Klage, so entscheidet hierüber in erster Instanz grundsätzlich das örtlich zuständige Verwaltungsgericht (§§ 45, 52), ausnahmsweise das OVG⁴ (§ 48) bzw. das BVerwG in erster und letzter Instanz (§ 50).

Bei den VGen sind als Spruchkörper Kammern gebildet (§ 5 II). Diese entscheiden grundsätzlich⁵ in der Besetzung von drei (Berufs-)Richtern und zwei ehrenamtlichen Richtern (§ 5 III 1). Das Gericht entscheidet grundsätzlich aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 101 I). Ist der Sachverhalt bereits geklärt und weist keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art auf, kann das Gericht ausnahmsweise auch ohne mündliche Verhandlung durch Gerichtsbescheid entscheiden (§ 84 I 1). Die Beteiligten können daneben auf eine mündliche Verhandlung auch ausdrücklich verzichten (§ 101 II).

Die Kammer prüft die Klage auf ihre Zulässigkeit und Begründetheit. Liegen diese Voraussetzungen nach Einschätzung des Gerichts vor, so hebt es den angefochtenen *belastenden* VA und den etwaigen Widerspruchsbescheid durch Urteil auf (§ 113 I 1); begehrt der Kläger den Erlass eines *begünstigenden* VAes, verpflichtet es die Behörde, diesen zu erlassen oder den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden (§ 113 V). Andernfalls weist es die Klage bei Unzulässigkeit durch Prozessurteil, bei Unbegründetheit durch Sachurteil ab (→ S. 16 ff.).

(II.) Rechtsmittelverfahren

(1.) Berufungsverfahren

Gegen das erstinstanzliche Urteil des VG steht den Beteiligten die Berufung⁶ zum OVG offen – dies aber nicht selbstredend, sondern nur, falls das VG sie in seinem Urteil (§ 124 I) oder das OVG aufgrund einer Zulassungsbescheidung (§ 124a IV) zugelassen hat (→ S. 208 f.). Legt einer der Beteiligten Berufung ein, so findet vor dem zuständigen Senat des OVG grundsätzlich wie in der ersten Instanz eine mündliche Verhandlung statt (§ 125 I 1 iVm § 101 I). Das Berufungsgericht prüft dann die Zulässigkeit und Begründetheit des geltend gemachten Klagebegehrens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erneut (§ 128).

Der Senat des OVG entscheidet hierbei nach § 9 III 1 Hs. 1 grundsätzlich in der Besetzung von drei Berufsrichtern; das Landesrecht kann auch fünf Richter vorsehen, von denen zwei ehrenamtliche Richter sein dürfen (§ 9 III 1 Hs. 2).

Erachtet der Senat die Berufung als unzulässig, so verwirft er sie durch Beschluss oder Urteil (§ 125 II 2). Ist sie dagegen zulässig, so entscheidet er grundsätzlich selbst abschließend über das Klagebegehren. Er kann das erstinstanzliche Urteil bestätigen, aufheben oder abändern. Hat das VG jedoch selbst noch nicht zur Sache entschieden, leidet das Urteil an einem wesentlichen Verfahrensmangel oder liegen neue wesentliche Tatsachen oder Beweismittel vor, kann das OVG ausnahmsweise von einer eigenen abschließenden Sachentscheidung absehen und die Sache an das VG zur erneuten Entscheidung zurückverweisen (§ 130; → S. 206 f.).

(2.) Revisionsverfahren

Gegen das Berufungsurteil des OVG können die Beteiligten des erstinstanzlichen Verfahrens Revision zum BVerwG einlegen. Voraussetzung ist, dass das OVG oder das BVerwG die Revision zugelassen hat (→ S. 210 f.).

Das OVG lässt die Revision zu, wenn einer der in § 132 II genannten Revisionsgründe vorliegt. Verneint das OVG das und lehnt die Zulassung ab, so steht den Beteiligten die Nichtzulassungsbeschwerde offen. Über sie entscheidet das BVerwG. Bleibt die Beschwerde ohne Erfolg, wird das angegriffene Urteil rechtskräftig (§ 133 V 3). Es kann dann mit ordentlichen Rechtsbehelfen nicht mehr angefochten werden.

Hat das OVG selbst oder das BVerwG die Revision gegen das Urteil zugelassen, so entscheidet hierüber das BVerwG mit Sitz in Leipzig. Der zuständige Senat beim BVerwG überprüft das Urteil nur in rechtlicher, nicht auch in tatsächlicher Hinsicht, dh lediglich in iure (§§ 137 f.). Er entscheidet in der Besetzung von fünf Richtern, bei Beschlüssen außerhalb der mündlichen Verhandlung in der Besetzung von drei Richtern (§ 10 III).

Hält der Senat die Revision für zulässig und begründet, so stehen ihm zwei Entscheidungsmöglichkeiten offen: Er kann (1.) in der Sache selbst entscheiden oder (2.) sich darauf beschränken, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverweisen (§ 144 III). Letzteres ist geboten, wenn weitere Sachaufklärung erforderlich ist.⁷ Die Sache wird dann wieder bei dem nachgeordneten Gericht anhängig.

Gegen die Urteile und Beschlüsse des BVerwG sind weitere ordentliche Rechtsmittel nicht gegeben. Es entscheidet als letzte Instanz. Als außerordentliche innerstaatliche Rechtsbehelfe stehen den Beteiligten nur noch ein Wiederaufnahmeantrag (§ 153) sowie die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG offen (Art. 93 I Nr. 4a GG iVm § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG).

¹ Bedeutung hat die Rechtsnatur des Widerspruchsverfahrens insbesondere im Kontext der Frage nach der Zulässigkeit der *reformatio in peius* im Widerspruchsverfahren (→ S. 218) sowie für die Frage, ob die Widerspruchsbehörde sich über die Widerspruchsfrist des § 70 I hinwegsetzen kann (→ S. 13).

² *Beachte*. Der Abhilfebescheid muss nach § 79 iVm §§ 10 S. 1, 37 II 1 VwVfG nicht notwendig schriftlich ergehen.

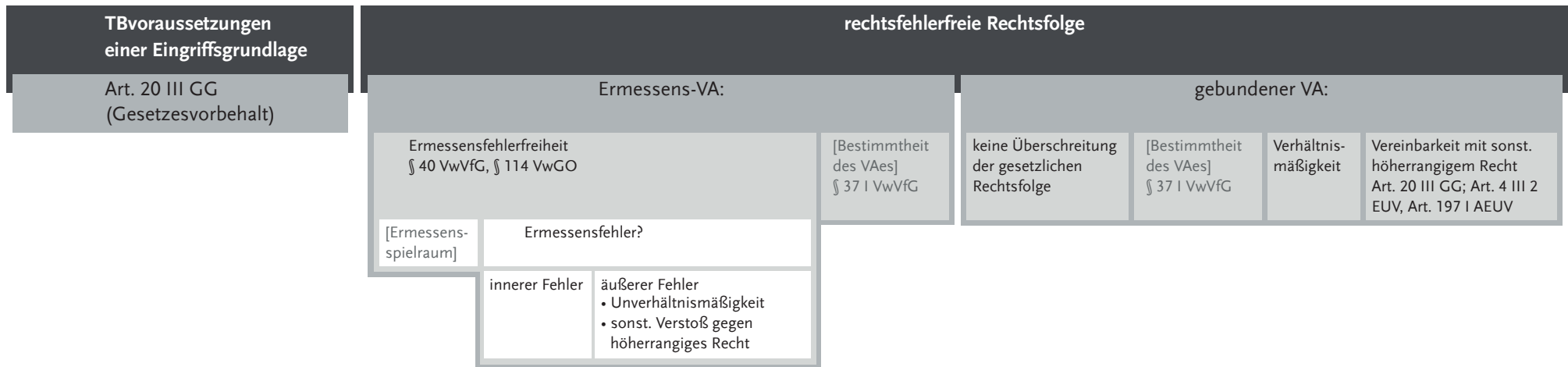
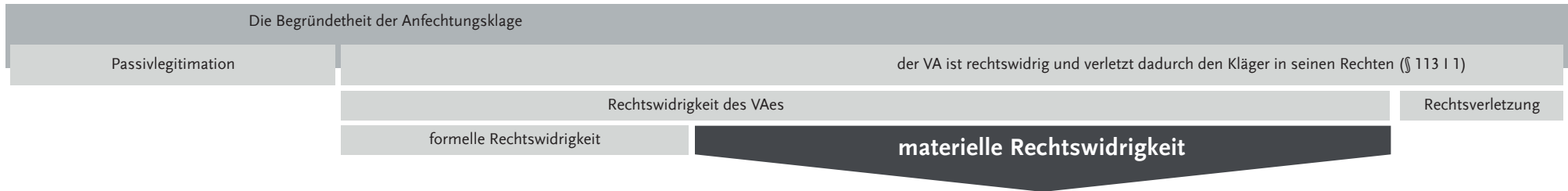
³ In zahlreichen Ländern sind Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch. Hier entfällt die Trennung zwischen Abhilfeverfahren und Verfahren vor der Widerspruchsbehörde.

⁴ In Baden-Württemberg, Bayern und Hessen führen die OVG die Bezeichnung VGH (vgl. § 184).

⁵ Nach § 6 I entscheidet nicht die Kammer, sondern ein Mitglied der Kammer als Einzelrichter, wenn diesem der Rechtsstreit zur Entscheidung übertragen wurde. Eine Übertragung soll erfolgen, wenn die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist und die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 6 I 1).

⁶ Anstelle von Berufung kann nach § 134 auch ausnahmsweise unter Übergehung der Berufungsinstanz direkt Revision zum BVerwG eingelegt werden (sog. Sprungrevision). Voraussetzung ist die schriftliche Zustimmung des Klägers und des Beklagten sowie die Zulassung der Revision.

⁷ GmS-OBG NJW 1976, 1683.



d) Materielle Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes

aa) Überblick

Ein VA ist materiell rechtswidrig, wenn sein Regelungsgehalt gegen eine Rechtsvorschrift verstößt, die ihm inhaltliche Anforderungen auferlegt. Das ist der Fall, wenn entweder die Tatbestandsvoraussetzungen einer (gültigen) Eingriffsgrundlage fehlen (A) oder diese die von der Behörde angeordnete Rechtsfolge nicht deckt (B).

(A) Tatbestandsvoraussetzungen

Ermächtigungen zu Eingriffsmaßnahmen sind in zahlreichen gesetzlichen Vorschriften enthalten. Sie knüpfen die Befugnis zu behördlichem Einschreiten daran, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen, die der Gesetzgeber als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung statuiert hat. So ist zum Beispiel ein Eingreifen aufgrund der sog. polizeilichen Generalklausel¹ nur zulässig, wenn im Einzelfall eine (konkrete) Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung besteht.

Ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer Eingriffsgrundlage greifen, können und müssen die Gerichte grundsätzlich uneingeschränkt überprüfen. Das gilt auch bei Begriffen, deren Konkretisierung ein Werturteil erfordert, sog. *unbestimmte Rechtsbegriffe*, wie zB »öffentliches Interesse«, »Gemeinwohl«, »wichtiger Grund«, »Zuverlässigkeit«, »besonderer Härtefall« oder »Verunstaltung«.² Das ergibt sich aus der Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG: Der Bürger hat einen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle.

Eingeschränkt ist die gerichtliche Kontrolle lediglich bei solchen unbestimmten Rechtsbegriffen, die der Verwaltung einen Bereich eigener, gerichtlich nicht weiter nachprüfbarer Wertung und Entscheidung, einen sog. **Beurteilungsspielraum**, einräumen. Ein solcher besteht, wenn *das Gesetz* die Behörde ermächtigt, abschließend darüber zu befinden, ob die durch einen unbestimmten Gesetzesbegriff gekennzeichneten tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen (sog. *normative Ermächtigungslehre*). Einen Beurteilungsspielraum hat die Rspr. nur in folgenden Fällen anerkannt:

- *Prüfungs- und prüfungsähnliche Entscheidungen*, wie zB die juristische und medizinische Staatsprüfung sowie die Versetzung in die nächsthöhere Klasse. Denn hier ist die Prüfungssituation meist nicht wiederholbar und für die nachträgliche gerichtliche Kontrolle fehlt dem Gericht als Überprüfungsinstanz im Einzelfall der notwendige Vergleich mit den Prüfungsleistungen anderer Kandidaten.
- *Beamtenrechtliche Beurteilungen*, insbesondere die dienstliche Beurteilung des Beamten durch seinen Vorgesetzten sowie die Beurteilung der Verfassungstreue eines Beamten, und die Gewichtung der Auswahlkriterien bei der beamtenrechtlichen Bewerberauswahl.³

- Entscheidungen wertender Art durch *weisungsfreie, mit Sachverständigen/Interessenvertretern besetzte Ausschüsse*, zB die Indizierung jugendgefährdender Schriften durch die Bundesprüfstelle gem. §§ 17 ff. JuSchG und die Zulassung zur Börse durch den Börsenvorstand. Hier ergibt sich der behördliche Spielraum daraus, dass die Eigenart solcher Entscheidungen gerade auf dem Zusammenwirken von Repräsentanten unterschiedlicher gesellschaftlicher Gruppen und ihrer jeweiligen spezifischen Auffassungen beruht.

- *Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen* im Bereich des Umweltrechts und des Wirtschaftsrechts, zB die Beurteilung der Bedrohung der Funktionsfähigkeit des Taxengewerbes und der öffentlichen Verkehrsinteressen durch die Neuzulassung von Taxen oder die Marktdefinition nach § 10 TKG (§ 10 II 2 TKG: »im Rahmen des [...] Beurteilungsspielraums«).

- Verwaltungsentscheidungen aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe, die auf eine *Konkretisierung durch eine originär politische Entscheidung* angelegt sind, wie zB die Zulassung militärischer Tiefflüge durch den Verteidigungsminister.

Räumt das Gesetz der Behörde einen Beurteilungsspielraum ein, so ist die gerichtliche Kontrolle eingeschränkt, aber nicht aufgehoben. Das Gericht darf zwar nicht die bereichsspezifischen Wertungen überprüfen, wohl aber, ob die Behörde (1.) die Verfahrensvorschriften eingehalten hat, (2.) von einem richtigen Sachverhalt ausgegangen ist, (3.) allgemein anerkannte Bewertungsmaßstäbe eingehalten hat und (4.) keine sachfremde Erwägungen in die Entscheidung hat einfließen lassen.⁴

(B) Rechtsfolge

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen einer Eingriffsgrundlage vor, so ist die auf sie gestützte Verfügung grundsätzlich rechtmäßig, wenn die Rechtsfolge, die die Behörde angeordnet hat, sich innerhalb des Rahmens bewegt, den die Eingriffsgrundlage setzt. Zwei Typen von Rechtsfolgenentscheidungen sind zu unterscheiden: Ermessensentscheidungen (I.) und gebundene Entscheidungen (II.).

(I.) Rechtsfolge bei Ermessensvorschriften

Die Mehrzahl der gesetzlichen Eingriffsermächtigungen lassen der Behörde bei Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes grundsätzlich die Wahl zwischen mehreren Rechtsfolgen (sog. Ermessensvorschriften). Die damit eingeräumte Möglichkeit zu eigenverantwortlicher Entscheidung eröffnet der Verwaltung die Möglichkeit, eine den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung tragende angemessene und sachgerechte Lösung zu finden und unter Berücksichtigung der gesetzlichen Zielvorstellungen Einzelfallgerechtigkeit herzustellen.

(1.) Ermessensfehler

Auch wenn der Behörde ein Ermessensspielraum zukommt, so ist sie in ihren Entscheidungen nicht völlig frei. Sie hat ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten (§ 40 VwVfG, § 114 VwGO). Das Gericht überprüft die Einhaltung dieser rechtlichen Grenzen des Ermessens (→ S. 119 f.). Dazu gehört auch die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme (→ S. 130 f.).

Ob die Ermessensausübung zweckmäßig war, insbesondere ob eine andere Entscheidung sinnvoller oder zweckmäßiger gewesen wäre, ist der gerichtli-

chen Prüfung demgegenüber verschlossen. Diese Überprüfung darf nicht das Gericht, sondern nur die handelnde Behörde (und grundsätzlich die Widerspruchsbehörde) durchführen (vgl. § 68 I 1, → S. 14 f.).

(2.) Bestimmtheit

Die Regelung, welche die Behörde getroffen hat, muss für ihren Adressaten sowie ggf. für sonstige Betroffene – wenn auch uU durch Auslegung – eindeutig erkennen lassen, welches Verhalten von ihm verlangt wird.⁵ Ein unbestimmter VA ist rechtswidrig (§ 37 I VwVfG). Unbestimmt sind grundsätzlich VAe, die unbestimmte Begriffe verwenden, deren Konkretisierung ein Werturteil erfordert, wie zB »angemessen«, »ausreichend«, »gründlich«, »zumutbar«, ohne ihrem Adressaten den Regelungsinhalt hinreichend rechtssicher und erkennbar zu vermitteln.

(II.) Rechtsfolge bei gebundenen Entscheidungen

(1.) Übereinstimmung mit der gesetzlichen Rechtsfolge

Nicht alle Eingriffsgrundlagen belassen der Behörde bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einen Entscheidungsspielraum. Einige verpflichten die Behörde vielmehr zur Anordnung *einer* bestimmten Rechtsfolge (sog. rechtlich gebundene Entscheidung), wie zB § 15 IV VersG: »Eine verbotene Versammlung ist aufzulösen«. Nur diese gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge ist dann durch das Gesetz gedeckt. Ordnet die Behörde eine andere Rechtsfolge an, ist der VA rechtswidrig.

(2.) Bestimmtheit

Die Rechtsfolge, welche die Behörde aufgrund der gesetzlichen Vorschrift getroffen hat, muss ebenso wie bei Ermessensentscheidungen im verfügten Entscheidungstenor hinreichend erkennbar werden lassen, welches Verhalten sie von dem Betroffenen verlangt (§ 37 I VwVfG). Das gilt sowohl für den Regelungsinhalt als auch für die Regelungsadressaten.

(3.) Verhältnismäßigkeit und Vereinbarkeit mit sonstigem höherrangigem Recht

Die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge muss, auch wenn sie festliegt, ihrerseits auch im Einzelfall mit den Vorgaben der Verfassung, insbesondere den Grundrechten, vor allem dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, und dem sonstigen höherrangigen Recht, insbesondere dem Europäischen Unionsrecht, übereinstimmen. Anderenfalls ist der VA verfassungswidrig bzw. unionsrechtswidrig. Das ergibt sich aus dem Vorrang des Gesetzes (Art. 20 III GG) bzw. dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts (Art. 4 III 2 EUV, Art. 197 I AEUV)⁶. Die Verfassungswidrigkeit des formellen, nachkonstitutionellen Gesetzes darf das VG freilich nicht selbst feststellen. Insoweit kommt dem BVerfG ein Entscheidungsmonopol zu (Art. 100 I GG; → S. 105). Im Übrigen ist das Gericht zur inzidenten, dh auf den konkreten Fall bezogenen Normprüfung, zB einer zum Erlass eines VAes ermächtigenden Rechtsverordnung, berechtigt und verpflichtet (→ S. 77). Soweit Zweifel hinsichtlich der Auslegung des (primären oder sekundären) Unionsrechts bestehen, hat das Gericht die Frage nach Art. 267 AEUV grundsätzlich dem EuGH vorzulegen (→ S. 105).

¹ § 3 BVPOLG; Art. 11 I BayPAG; § 17 I BlnASOG; § 10 I BbgPOLG; § 10 I BremPOLG; § 3 I HmbSOG; § 11 HessSOG; §§ 13, 16 MVSO; § 11 NdsSOG; § 8 I NRWPOLG; § 9 I 1 RhPPPOG; § 8 I SaarPOLG; § 3 I SächsPOLG; § 13 LSASOG; § 174 SchlHVwG; § 12 I ThürPAG; § 14 I BPOLG.

² BVerwGE 94, 307; 100, 221 (225).

³ BVerwGE 115, 58 (60); 122, 147 (150 f.); BVerwG NVwZ 2016, 327.

⁴ Vgl. BVerwGE 8, 272; BVerfGE 84, 34 und 59; *Hufen* VerwProz § 25 Rn. 40.

⁵ Vgl. zB BVerwG NVwZ 1990, 855 (856).

⁶ Die Unionsrechtswidrigkeit führt nicht zur Nichtigkeit entgegenstehender nationaler Bestimmungen, sondern zu ihrer Unanwendbarkeit, soweit der Konflikt mit Unionsrecht auftritt (vgl. EuGH Slg. 1978, I-S. 629). Die nationale Norm gilt im Übrigen weiter und findet auf Sachverhalte ohne Unionsbezug Anwendung.