

Grundkurs Öffentliches Recht III

Allgemeines Verwaltungsrecht

Mittwoch, den 28. Mai 2003

Thema: **Fehler und Fehlerfolgen bei Verwaltungsakten**

I. Die Bedeutung der Frage nach der Fehlerhaftigkeit

Der Jurist hat wie der Mediziner den pathologischen Fall vor Augen, den er heilen oder dem er vorbeugen will. "Pathologisch" bedeutet beim Verwaltungsakt Fehlerhaftigkeit, und Fehlerhaftigkeit liegt vor, wenn ein Verwaltungsakt gegen Gesetze (im materiellen Sinne) verstößt. Ein solcher Verstoß ist "pathologisch", weil Art. 20 III GG die Verwaltung an Gesetz und Recht bindet (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung).

Die Frage der Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsaktes stellt sich, wenn nach dessen Rechtmäßigkeit oder wenn nach den Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels gefragt ist, das gegen den Verwaltungsakt gerichtet ist. Diese Frage steht im Mittelpunkt des juristischen Interesses an Verwaltungsakten, nicht aber notwendig im Mittelpunkt der praktischen Interessen der Verwaltung. Hierzu möchte ich aus der Lehrbuchliteratur ein Beispiel geben, das die Post als früheres Staatsunternehmen betraf und durch deren Privatisierung gegenstandslos geworden, das hinsichtlich der darin vorkommenden Zahlenrelationen aber nach wie vor verallgemeinerbar ist: Im Bezirk der Oberpostdirektion Hamburg wurden 1990 ca. 21 Mio. Fernmelderechnungen verschickt. Bei 4500 dieser Rechnungen, also bei etwa einem Viertel Promill, kamm es zu rechtlichen Beanstandungen. In 13 dieser Beanstandungsfälle, damit einer in Relation zu der Ausgangszahl verschwindend geringen Zahl, kamm es zu einem Rechtsstreit. Auf der anderen Seite sind es diese 13 Fälle,

die Juristen beschäftigen, während mit den 21 Mio. Rechnungen zunächst kein Jurist behelligt worden sein dürfte.

Die Frage nach seiner Rechtswidrigkeit beantwortet sich beim Verwaltungsakt in einem bestimmten Prüfungsschema. Dieses Prüfungsschema ist aufgerufen, wenn die Begründetheit einer Anfechtungsklage gegen einen belastenden Verwaltungsakt zu prüfen ist, denn hier kommt es gemäß § 113 I 1 VwGO zunächst darauf an, ob der Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Nichts anderes gilt bei einer Verpflichtungsklage, die auf einen begünstigenden Verwaltungsakt gerichtet ist. Hier verlangt § 113 V 1 VwGO zunächst, dass die Ablehnung oder Unterlassung dieses Verwaltungsakts rechtswidrig ist. Die Absätze 1 und 5 des § 113 VwGO sind dann die Obersätze zu einer Prüfung der Begründetheit einer solchen Klage.

II. Prüfungsschema für die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts

1. Die Grundzüge und der begrenzte Erkenntniswert von Prüfungsschemata

Ein allgemein anerkanntes Prüfungsschema für die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten gibt es nicht. Jedes Prüfungsschema ist letztlich nur ein Versuch, möglichst zweckmäßig anzuordnen, was insgesamt zu prüfen ist. Auch das folgende Schema beansprucht darum nicht, das allein richtige zu sein. Wichtig ist allerdings bei einer anderen Konfiguration, dass die in diesem Schema angesprochenen Gesichtspunkte, sofern erforderlich, abgeprüft werden. Weiterhin muss dem folgenden Schema vorweggeschickt werden, dass nicht notwendig alle dort angesprochenen Gesichtspunkte geprüft werden müssen. Notwendig ist nur eine Stellungnahme zur Rechtsgrundlage und zur materiellen Rechtmäßigkeit. Zu den einzelnen Punkten der formellen Rechtmäßigkeit Stellung zu nehmen, lohnt nur, wenn der Sachverhalt hierzu Anlass gibt. Falls der Sachverhalt unter keinem Gesichtspunkt

Anlass gibt, die formelle Rechtmäßigkeit zu problematisieren, falls es dort etwa heißt, die zuständige Behörde habe in formell ordnungsmäßiger Weise gehandelt, kann man diesen Punkt auch getrost weglassen. Wichtig ist mir, dass das folgende Schema kein Automatismus ist, der in jedem Fall abgespult werden muss, sondern nur eine Hilfestellung zur Ordnung von Gedanken.

Das Schema besteht aus drei Punkten: Ermächtigung, formelle Rechtmäßigkeit, materielle Rechtmäßigkeit. Die formelle und die materielle Rechtmäßigkeit kann, wenn überhaupt eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich ist, nur im Hinblick auf eine bestimmte Ermächtigung geprüft werden. So enthält etwa § 21 ASOG als Ermächtigung zu Identitätsfeststellungen Vorgaben für die formelle und die materielle Rechtmäßigkeit. Bei manchem Punkt mag man zweifeln, ob er zur formellen oder zur materiellen Rechtmäßigkeit gehört, so z.B. bei dem Gebot, ob ein Verwaltungsakt inhaltlich hinreichend bestimmt ist (§ 37 I VwVfG). Es lohnt nicht, über solche Fragen zu grübeln, denn der Zweck des Schemas soll in Arbeitserleichterung bestehen.

2. Die gesetzliche Grundlage (= Ermächtigung)

Als erstes ist zu fragen, ob die Behörde für einen Verwaltungsakt eine gesetzliche Ermächtigung braucht (verfassungsrechtlicher Vorbehalt des Gesetzes). Bei belastenden Verwaltungsakten ist dies immer, bei begünstigenden Verwaltungsakten überwiegend der Fall. Wegen dieses Unterschiedes ist die Einteilung in belastende und begünstigende Verwaltungsakte nicht nur für die Klageart (Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage), sondern auch für den Vorbehalt des Gesetzes. Bei anderen Maßnahmen der Verwaltung kann fraglich sein, ob für sie eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, so bei Warnungen (dazu Maurer, VwR, § 15 Rn. 12) und weiterem schlichten Verwaltungshandeln.

Ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich, so hängt die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes davon ab, ob er von einer Norm des Gesetzesrechts gedeckt wird. Gibt es für einen Verwaltungsakt keine gesetzliche Grundlage, ist eine solche aber erforderlich, so ist der Verwaltungsakt rechtswidrig, ohne dass Weiteres geprüft werden müsste.

Ob eine Norm als Ermächtigung in Betracht kommt, richtet sich nach ihrer Rechtsfolge. Bei dem Prüfungspunkt "Ermächtigung" interessiert die Rechtsfolgenseite, so wie im Zivilrecht bei der Suche nach einer geeigneten Anspruchsgrundlage auf die Rechtsfolgenseite der Normen geblickt wird. Die Prüfung des Tatbestandes ist Gegenstand des dritten Punktes in dem Schema.

Bei der Frage, ob verwaltungsrechtliche Normen als Ermächtigung geeignet sind, gibt es ein Problem, das unter dem Begriff "Verwaltungsaktbefugnis" diskutiert wird. Bei der Verwaltungsakt-Befugnis geht es um das Problem, ob jede Norm, die der Verwaltung gegen den Bürger einen Anspruch gibt, der Verwaltung zugleich das Recht gibt, diesen Anspruch auch mit dem Mittel des Verwaltungsakts durchzusetzen. Eingriffsermächtigung kann dann auch eine Norm sein, in der vom Erlass eines Verwaltungsaktes nicht die Rede ist, sondern die nur der Verwaltung einen materiell-rechtlichen Anspruch einräumt. Als Beispiel sei § 10 VwVG genannt, der eine Kostenpflicht des Vollstreckungsschuldners begründet. Man wird sagen können, dass dieser Pflicht ein Anspruch der Vollstreckungsbehörde gegenübersteht. Fraglich ist aber, ob die Vollstreckungsbehörde darüber hinaus die Befugnis hat, diesen Anspruch mit dem Mittel des Verwaltungsakts durchzusetzen. Die Alternative wäre, dass die Behörde den Anspruch gegen einen Schuldner, der nicht freiwillig zahlt, einklagt. Letzteres ist für die Behörde in mehrerer Hinsicht nachteilig: Die Behörde kann sich einen vollstreckbaren Titel nicht selbst beschaffen, sondern ist auf die Hilfe

eines Gerichts angewiesen. Dort dreht die prozessuale Rollenverteilung sich um; die Behörde muss die Klägerrolle übernehmen, also in die Offensive gehen, während bei Annahme einer Verwaltungsaktbefugnis der Vollstreckungsschulder vor Gericht die Last der Offensive zu tragen hätte und die Behörde sich auf die Verteidigung ihres Verwaltungsakts beschränken könnte. Ob eine Norm neben einem Anspruch auch die Befugnis gibt, diesen Anspruch mit dem Mittel des Verwaltungsakts durchzusetzen, ist jeweils durch Auslegung zu klären. Im Fall von § 10 VwVG wird eine Verwaltungsaktbefugnis mit dem systematischen Argument bejaht, im Verwaltungsvollstreckungsrecht sei die Behörde allgemein zu einseitigem Handeln ermächtigt.

Bei einigen Normen des Besonderen Verwaltungsrechts ist streitig, ob Anspruchsgrundlagen der Verwaltung zugleich die Ermächtigung zum Erlass eines Verwaltungsaktes erteilen. Dieser Streit wird unter dem Begriff "Verwaltungsaktbefugnis" geführt. Wer der Ansicht ist, dass eine gesetzliche Regelung der Verwaltung zwar einen Anspruch gegen den Bürger einräumt, ihr aber nicht das Recht gibt, diesen Anspruch durch den Erlass eines Verwaltungsaktes geltend zu machen, verweist die Verwaltung darauf, ihren Anspruch, wie jeder andere auch, gerichtlich einzuklagen. Die Verwaltungsaktbefugnis hat für die Verwaltung den Vorteil, dass sie ihr zustehende Ansprüche aus eigener Rechtsmacht und ohne die Einschaltung von Gerichten durchsetzen kann. Auf diese streitige Frage ist einzugehen, wenn am Vorliegen einer Verwaltungsakt-Befugnis Zweifel bestehen. In einigen Fällen hat der Gesetzgeber solche Zweifel durch ausdrückliche Regelung ausgeräumt, so in § 49a I 2 VwVfG, der die Befugnis gibt, eine zu erstattende Leistung durch schriftlichen Verwaltungsakt festzusetzen. In diesen Fällen kann bei dem Punkt Ermächtigung darauf hingewiesen werden, dass die Ermächtigung eine Verwaltungsakt-Befugnis einschließt. Zur Verwaltungsakt-Befugnis *Maurer*, § 10 Rn. 5 - 8.

3. Die formelle Rechtmäßigkeit

Als zweites ist zu fragen, ob der Verwaltungsakt formell rechtmäßig ist. Dieser Prüfungspunkt umfasst folgende Unterpunkte: Zuständigkeit, Form, Verfahren. Fragen der formellen Rechtmäßigkeit sind auf bestimmte Ermächtigungen bezogen. So kann von der Ermächtigung X im ASOG eine Zuständigkeit von Polizei und Ordnungsbehörden, von Ermächtigung Y im selben Gesetz dagegen nur eine Zuständigkeit der Polizei begründet sein. Die Reihenfolge der Prüfungspunkte "Ermächtigung" und "formelle Rechtmäßigkeit" ist damit zwingend. Es wäre ein Fehler, mit der "formellen Rechtmäßigkeit" zu beginnen, ohne sich zuvor hinsichtlich der Ermächtigung festgelegt zu haben.

a) Zuständigkeit

Bei der Zuständigkeit sind Verbandskompetenz, sachliche und örtliche Zuständigkeit in dieser Reihenfolge zu unterscheiden. Alle diese Zuständigkeitsbegriffe sind auf die Behörde zu beziehen, die den Verwaltungsakt erlassen hat (§§ 1 IV und 35 S. 1 VwVfG). Die Verbandskompetenz ist begründet, wenn die Aufgabe, die diese Behörde mit dem Verwaltungsakt wahrgenommen hat, ihrem Rechtsträger (Bund, Land, sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts) zugewiesen ist. Fragen der Verbandskompetenz sind meist unproblematisch, können aber z.B. problematisch werden im Verhältnis der Polizei von Bund und Ländern oder mehrerer Länder. Eine Behörde ist sachlich zuständig, wenn die Aufgabe, die sie mit dem Verwaltungsakt wahrnimmt, ihr dem Typ nach (Bezirksamt, Finanzamt, Senatsverwaltung) zugewiesen ist. Differenzierungskriterium ist die inhaltliche Beschaffenheit der Verwaltungsgeschäfte, so die Aufteilung in Bauangelegenheiten, Gewerbeangelegenheiten, usw. Auch die Einteilung der Bundesregierung oder des Senats von Berlin in Ressorts ist eine Einteilung nach sachlicher

Zuständigkeit.

Die Frage der örtlichen Zuständigkeit stellt sich, wenn innerhalb des zuständigen Verbandes mehrere Behörden existieren, die sachlich zuständig sind, in Berlin etwa mehrere Bezirks- oder Finanzämter. Existiert nur eine Behörde, die sachlich zuständig ist, in Berlin etwa eine Senatsverwaltung, braucht auf die örtliche Zuständigkeit nicht mehr eingegangen zu werden.

Welche Behörde sachlich zuständig ist, ergibt sich aus den Fachgesetzen des Besonderen Verwaltungsrechts; allgemeine Regeln existieren insoweit nicht. Welche Behörde örtlich zuständig ist, richtet sich überwiegend nach allgemeinen Kriterien, die in § 3 VwVfG niedergelegt sind; besonders wichtig ist § 3 I Nr. 3 a) VwVfG, die Zuständigkeit der Behörde, in deren Bezirk eine natürliche Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat; fachgesetzliche Regeln sind hier selten. Von Ihnen wird keine Kenntnis von Einzelheiten des Zuständigkeitsrechts erwartet. Sie müssen zweierlei wissen: erstens, welche Kategorien es gibt und wie diese Kategorien in einem Prüfungsschema zu platzieren sind; zweitens wie man die einschlägigen Zuständigkeitsregeln findet. Letzteres wird für die Berliner Verwaltung anhand des AZG und der Anlage zum ASOG im Grundkurs Öffentliches Recht IV erläutert.

b) Verfahrensfehler

Verfahrensfehler sind Verstöße gegen gesetzliche Regelungen für das Verwaltungsverfahren, etwa solche des VwVfG. Dieses Gesetz geht zwar in § 10 von dem Grundsatz der Nichtförmlichkeit aus. Soweit keine besonderen Regeln bestehen, bleibt es bei dem Grundsatz, dass Verwaltungsverfahren einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen sind. Ausnahmen gelten bei besonderen Verfahrensarten, die in den §§ 63 ff. und den §§ 72 ff.

VwVfG geregelt sind, dem förmlichen Verwaltungsverfahren und dem Planfeststellungsverfahren. Diese Regelungen kommen aber nur zur Anwendung, wenn dies spezialgesetzlich angeordnet ist. Im Übrigen bleibt es beim allgemeinen und das heißt beim einfachen Verwaltungsverfahren.

Es gibt aber auch nach allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht feste Vorgaben für den Ablauf eines Verwaltungsverfahrens. Drei von ihnen möchte ich Ihnen hier vorstellen, weil sie besonders wichtig sind.

(1) Die Antragsbedürftigkeit: Bestimmte Verwaltungsakte dürfen nur auf Antrag ergehen (§ 22 S. 2 VwVfG). Liegt kein Antrag vor, so darf ein Verwaltungsverfahren nicht durchgeführt werden. So setzt § 10 I 1 BImSchG für ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren einen schriftlichen Antrag voraus. Fehlt der Antrag oder ist er - was wahrscheinlicher ist - unwirksam, so ist ein gleichwohl ergehender Verwaltungsakt formell rechtswidrig. Dieser Mangel kann aber dadurch geheilt werden, dass der Antrag nachträglich gestellt wird (§ 45 I Nr. 1 VwVfG).

(2) Die Anhörung des Betroffenen: Gemäß § 28 I VwVfG ist vor dem Erlass eines belastenden Verwaltungsakts dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Will z.B. die Bauaufsichtsbehörde einem Schwarzbauer aufgeben, eine von diesem ohne die nötige Genehmigung errichtete Garage abzureißen, so muss sie ihm zuvor rechtliches Gehör geben. Eine Ausnahme von dieser Pflicht ist nach § 28 II / III VwVfG zwar denkbar, liegt hier aber nicht vor. Insbesondere erscheint nicht wegen Gefahr im Verzug eine sofortige Entscheidung geboten (§ 28 II Nr. 1 VwVfG). Auch ein Verstoß gegen das Anhörungsgebot kann nach § 45 I Nr. 3 VwVfG geheilt werden.

(3) Die Beteiligung anderer Behörden: Zahlreiche Regelungen

des Besonderen Verwaltungsrechts sehen vor, dass ein Verwaltungsakt nur ergehen darf, wenn die ihn erlassende Behörde, die federführende Behörde, zuvor andere Behörden beteiligt hat, wenn sie diese z.B. angehört oder wenn sie deren Zustimmung eingeholt hat. Gemäß § 36 I 1 BauGB darf z.B. eine Baugenehmigung nur erteilt werden, wenn die Gemeinde dem vorher zugestimmt hat. Fehlt die Zustimmung und ergeht die Baugenehmigung trotzdem, so leidet die Genehmigung an einem Verfahrensfehler. Dieser Fehler kann gemäß § 44 III Nr. 4 VwVfG jedoch nie die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begründen. § 45 I Nr. 5 VwVfG sieht statt dessen die Möglichkeit einer Heilung des Verfahrensfehlers vor, wenn die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.

Ist eine andere Behörde berechtigt, am Erlass eines Verwaltungsakts mitzuwirken, so müssen Mitwirkungsformen, die dieser anderen Behörde ein Vetorecht einräumen, von Mitwirkungsformen unterschieden werden, die kein Vetorecht geben. Die Mitwirkungsformen, die ein Vetorecht beinhalten, sind in einem anderen Zusammenhang in § 58 II VwVfG aufgezählt: Genehmigung, Zustimmung und Einvernehmen. Mitwirkungsformen ohne Vetorecht sind Benehmen, Anhörung und Stellungnahme. Obwohl Einvernehmen und Benehmen sprachlich ähnlich klingen, verläuft zwischen ihnen juristisch eine scharfe Trennlinie: Einvernehmen bedeutet Vetorecht, Benehmen bedeutet kein Vetorecht.

c) Formfehler

Ähnlich wie gemäß § 10 VwVfG Verfahrensvorschriften sind Formvorschriften die Ausnahme von dem Grundsatz der Formfreiheit von Verwaltungsakten, den § 37 II 1 VwVfG enthält. Danach kann ein Verwaltungsakt schriftlich, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden. "Kann" bedeutet Ermessen, das z.B. bei einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung regelmäßig zugunsten

der Schriftform reduziert sein wird. Ein schriftlicher Verwaltungsakt muss die ihn erlassende Behörde erkennen lassen, sonst ist er nichtig (§ 44 II Nr. 1 VwVfG). Besonders strenge Formvorschriften gelten aus Gründen der Rechtssicherheit für einen beamtenrechtlichen Ernennungsakt. Die Ernennung ist nur wirksam, wenn sie unter Aushändigung einer Ernennungsurkunde an den Beamten erfolgt, in der die Worte "unter Berufung in das Beamtenverhältnis" enthalten sind. In den Komplex "Formvorschriften" gehört weiters das Gebot, einen schriftlichen Verwaltungsakt schriftlich zu begründen (§ 39 I VwVfG). Die Begründung muss die wesentlichen, aber auch nur die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe enthalten, welche die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Weiterhin soll sie die ermessensleitenden Gesichtspunkte benennen, wo Ermessen eröffnet ist. Dem Begründungsgebot ist genügt, wenn eine Begründung gegeben wird. Dass diese Begründung zutreffend ist, wird nicht verlangt. Sie mag falsch sein. Dem Begründungserfordernis ist trotzdem genügt, weil überhaupt eine Begründung gegeben worden ist.

d) Ausgrenzungen

Am Ende der Scheckliste für die formelle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes soll auf zwei Punkte hingewiesen werden, von denen man prima facie meinen könnte, dass sie in diese Liste gehören, die aber in Wirklichkeit nicht hier einzuordnen sind.

(1) Die Rechtsbehelfsbelehrung (= Rechtsmittelbelehrung): Gemäß § 59 VwGO sind die Bundesbehörden verpflichtet, einem von ihnen erlassenen schriftlichen Verwaltungsakt eine Rechtsbehelfsbelehrung beizufügen, sofern der Verwaltungsakt der Anfechtung unterliegt. Für die Berliner Landesbehörden gilt gemäß § 3 des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung das Gleiche. Wird gegen diese Normen verstoßen, so ist der Verwaltungsakt trotzdem nicht wegen formeller

Rechtswidrigkeit anfechtbar. Die Rechtsfolge ist vielmehr in § 58 VwGO besonders geregelt. Sie besteht darin, dass die regulären Rechtsmittelfristen nicht zu laufen beginnen.

(2) Offenbare Unrichtigkeiten: Dies sind gemäß § 42 VwVfG Schreib- oder Rechenfehler, bei denen der Widerspruch zwischen dem, was die Behörde tatsächlich will, und dem, was sie in dem Verwaltungsakt objektiv zum Ausdruck bringt, für die Beteiligten ohne weiteres erkennbar ist. Sofern eindeutig ist, was die Behörde positiv will, haben solche offensichtlichen Unrichtigkeiten keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts. BVerwG NVwZ 1986, 198: Wird in einem Studentenausweis irrtümlich als Studienfach nicht Wirtschaftswissenschaft, sondern Zahnmedizin eingetragen, so liegt eine offensichtliche Unrichtigkeit vor, auch wenn das dem Ausweis nicht anzusehen und von unbeteiligten Dritten nicht feststellbar ist. Maßgebend ist, dass den Beteiligten ohne weiteres auffällt, dass ein Fehler vorliegt und wie dieser Fehler zu korrigieren ist.

4. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes

Während die Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit mit der Trias Zuständigkeit, Verfahren, Form gegliedert werden kann, sind es bei der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit der Vorbehalt und der Vorrang des Gesetzes, welche die Prüfung strukturieren. Während im Verhältnis von Zuständigkeit, Verfahren und Form eine bestimmte Prüfungsreihenfolge nicht zwingend vorgegeben ist, man vielmehr auf das springen kann, was zu prüfen als lohnend erscheint, ist im Verhältnis von Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes eine Reihenfolge vorgegeben. Man muss mit dem Vorbehalt des Gesetzes anfangen. Die Frage nach dem Gesetzesvorrang stellt sich erst, wenn ein Gesetz vorliegt, der Gesetzesvorbehalt mithin erfüllt ist. Die Frage nach dem Gesetzesvorbehalt ist in dem

hier vorgestellten Prüfungsschema auch in den ersten Punkt ("Ermächtigung") vorgezogen. Auf die Frage nach einer Ermächtigung sind folgende Antworten möglich, die Konsequenzen für den dritten Prüfungspunkt "materielle Rechtmäßigkeit" haben.

Es kann sein, dass eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich ist, insbesondere bei belastenden Verwaltungsakten, und dass eine solche in Betracht kommt. Dies ist der Regelfall. Die Antwort auf die Frage nach dem "In-Betracht-kommen" richtet sich nach der Rechtsfolgenseite der Norm. Von dieser Norm sind dann im Rahmen "der materiellen Rechtmäßigkeit" der Tatbestand und ggfs. Verwaltungsermessen zu prüfen.

Es kann weiter sein, dass eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich ist, aber keine Norm als Ermächtigungsnorm in Betracht kommt. Eine Prüfung der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit ist dann nicht möglich.

Es kann drittens sein, dass eine gesetzliche Ermächtigung nicht erforderlich ist, aber gleichwohl vorliegt. Dies ist verfassungsrechtlich unbedenklich, weil es dem Gesetzgeber freisteht, mehr zu tun, als er tun muss. In diesem Fall sind formelle und materielle Rechtmäßigkeit in Bezug auf die gesetzliche Grundlage zu prüfen.

Es kann schließlich sein, dass eine gesetzliche Ermächtigung nicht erforderlich ist und auch nicht vorliegt. Ein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes scheidet dann aus. Weiterhin kann der Vorrang des Gesetzes nicht in Bezug auf eine Ermächtigungsnorm geprüft werden, denn diese fehlt gerade. Die Vorrangfrage richtet sich vielmehr auf sonstige Anforderungen, die die Rechtsordnung auf den Verwaltungsakt aufstellt, insbesondere Grundrechte und rechtsstaatliche Prinzipien. **Beispiel:** Eine Berliner Bezirksverwaltung wendet einer privaten Selbsthilfegruppe zur Unterstützung ihrer

Arbeit durch Bescheid Gelder zu. Hierfür ist eine gesetzliche Grundlage nicht erforderlich. Wohl ist die Bezirksverwaltung an den Gleichheitssatz gebunden, der es ihr verbietet, bei der Zuwendung von Geldern einzelne Selbsthilfegruppen gegenüber anderen ohne sachlichen Grund zu bevorzugen.

Im Normalfall des Verwaltungsaktes, der einer gesetzlichen Grundlage bedarf und für den ein Gesetz seiner Rechtsfolge nach als Grundlage in Betracht kommt, ist zu prüfen, ob der Tatbestand des Gesetzes vorliegt. Nach dem gesetzlichen Tatbestand ist bei Ermessensverwaltungsakten zu prüfen, ob Ermessensfehler vorliegen; in diese Prüfung fließt der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein.

b) Tatbestand - Ermessen - sonstige materielle Anforderungen

Dies will ich an einer Beispielsnorm verdeutlichen, die Sie in Ihren Textsammlungen finden: § 15 I Versammlungsg.

Diese Norm sieht als Rechtsfolge das Verbot einer Versammlung oder eines Aufzuges oder Auflagen vor. Hierfür kommt sie als Ermächtigung in Betracht.

Zu Fragen der formellen Rechtmäßigkeit findet man in § 15 I VersG nur einen Hinweis auf die "zuständige Behörde", der vom Landesrecht zu konkretisieren ist, weil das Versammlungsgesetz als Bundesgesetz von den Ländern gemäß Art. 84 GG zu vollziehen ist; in Berlin ist gemäß Nr. 23 III der Anlage zum ASOG der Polizeipräsident zuständig. Verfahren und Form richten sich mangels spezieller Regelungen im VersG nach den allgemeinen Regeln des VwVfG (Subsidiarität dieses Gesetzes!).

Die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit umfasst zunächst die Subsumtion unter den Tatbestand "wenn nach den zur Zeit

des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist. Die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit umfasst sodann, d.h. wenn dieser Tatbestand vorliegt und damit das Ermessen eröffnet ist, die Prüfung der Ermessensbetätigung auf die drei Ermessensfehler Nichtgebrauch, Überschreitung und Fehlgebrauch. Dies ergibt sich daraus, dass in § 15 I VersG Tatbestand und Rechtsfolge mit dem Wort "können" verbindet. In die Ermessensprüfung ist auch eine Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und damit von Art. 8 I GG einzubauen; wäre eine Maßnahme nach § 15 I VersG unverhältnismäßig, so läge eine Ermessensüberschreitung, ggfs. ein Ermessensfehlgebrauch vor. Durch das Ermessen werden verfassungsrechtlicher Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und verwaltungsrechtliche Gesetzesanwendung verknüpft.

Zur Wiederholung: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung besteht aus drei Teilprüfungen. Es sind die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit eines Mittels im Hinblick auf einen Zweck zu prüfen. Dies setzt zwingend voraus, dass vorab Mittel und Zweck genau benannt werden. Geeignet ist ein Mittel, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann; das Mittel muss nicht das geeignetste sein; es genügt ein Beitrag zur Zweckerreichung. Erforderlich ist ein Mittel, wenn es kein anderes Mittel gibt, durch welches das Ziel gleich wirksam erreicht werden kann, das den Adressaten des Verwaltungsaktes weniger belastet und das Dritte oder die Allgemeinheit nicht stärker belastet. Angemessen ist ein Mittel, wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit nicht mehr gewahrt ist, wenn, mit anderen Worten, der Erfolg des Eingriffs in einem krassen Missverhältnis zu der von ihm bewirkten Grundrechtsbeeinträchtigung steht. Hierzu vorbildlich knapp: Jarass / Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 56 -

63.

Weitere zum Teil verfassungsrechtliche, zum Teil aus dem VwVfG sich ergebende materiell-rechtliche Anforderungen an einen Verwaltungsakt sind das Gebot der inhaltlichen Bestimmtheit seiner Regelung und das Verbot, von dem Adressaten etwas tatsächlich oder rechtlich Unmögliches zu verlangen. Hierauf ist nur einzugehen, wenn der Sachverhalt insoweit zu Zweifeln Anlass gibt.

c) Inzidentprüfungen

Die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit kann inzident auf eine Prüfung der Rechtmäßigkeit seiner Rechtsgrundlage führen. Dann sind innerhalb der Prüfungsstation "materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts" die formelle und materielle Rechtmäßigkeit seiner Rechtsgrundlage zu prüfen. Dem Vorbehalt des Gesetzes ist nämlich nicht schon genügt, wenn ein Verwaltungsakt auf irgendeine rechtliche Grundlage gestützt werden kann; diese rechtliche Grundlage muss ihrerseits mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Dies kann zu Verschachtelungen und erheblichen Aufbauproblemen führen. Ein gutes Beispiel, um diese Zusammenhänge zu verdeutlichen, findet man bei *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 15. Der Verwaltungsakt, um den es dort geht, ist die Vorladung zum Verkehrsunterricht (Idiotentest), der seine Grundlage in § 48 StVO, einer Rechtsverordnung des Bundes, findet. Hier ist im einzelnen zu prüfen:

- (1) die Vereinbarkeit der Vorladung mit § 48 StVO in formeller und materieller Hinsicht;
- (2) im Rahmen des Ermessens, das § 48 I StVO eröffnet: die Vereinbarkeit der Vorladung mit Grundrechten (etwa wenn die Vorladung auf religiösen Feiertag fällt);
- (3) die Vereinbarkeit von § 48 I StVO mit einer Verordnungsermächtigung im StVG und sonstigem Recht;
- (4) die Vereinbarkeit dieser Verordnungsermächtigung mit Art. 80 I GG und sonstigem Verfassungsrecht.

Auf die einzelnen Punkte ist nur einzugehen, sofern der Sachverhalt dazu Anlass gibt, sofern z.B. ein Verstoß gegen Art. 80 I GG ausdrücklich gerügt wird. So ist es zwar theoretisch möglich, den Verwaltungsakt, die Verordnung und das Gesetz gesondert auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen; praktisch dürften diese Prüfungen sich aber so überschneiden, dass sie in einem Punkt zusammengefasst werden können.