

Grundkurs Öffentliches Recht III

Allgemeines Verwaltungsrecht

Montag, den 20. November 2006

I. Die Fehlerfolgenlehre

Die Erläuterungen zu dem Merkmal "rechtswidrig" in § 113 I 1 VwGO sind mit einer Liste möglicher Fehler, an denen ein Verwaltungsakt in formeller oder materieller Hinsicht leiden kann, noch nicht vollständig. Hinzu kommen muss die Darstellung der möglichen Fehlerfolgen. Nicht alle Fehler haben nämlich die in § 113 I 1 VwGO vorgesehene Folge, dass, sofern durch sie der Kläger auch noch in eigenen Rechten verletzt ist, der Verwaltungsakt aufgehoben wird. Es gibt keine feste Verbindung zwischen Fehlern und bestimmten Fehlerfolgen, etwa der Anfechtbarkeit. Dies folgt schon aus der Vielzahl denkbarer Fehlerfolgen. Beim Verwaltungsakt werden folgende Fehlerfolgen unterschieden:

a) Die Fehlerhaftigkeit führt zur Rechtswidrigkeit und diese begründet die Aufhebbarkeit des Verwaltungsakt, falls gegen ihn Rechtsmittel eingelegt werden. Dies ist der Normalfall. Von ihm geht § 113 I 1 VwGO aus. Ein Fehler begründet mithin die Anfechtbarkeit, grundsätzlich nicht die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts. Wie wichtig die Differenzierung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit ist, zeigt sich, wenn eine Anfechtung, d.h. ein Widerspruch oder eine verwaltungsgerichtliche Klage, nicht oder nicht rechtzeitig erfolgt. Der rechtswidrige Verwaltungsakt wird dann bestandskräftig. Er bleibt wirksam und die Frage nach seiner Fehlerhaftigkeit stellt sich nicht mehr.

b) Die Fehlerhaftigkeit ist so offenkundig und schwerwiegend, dass sie zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes führt. Der Verwaltungsakt braucht nicht angefochten und aufgehoben zu werden. Er ist von vornherein unwirksam, §§ 44, 43 III VwVfG.

Weil von einem solchen Verwaltungsakt aber immerhin der Rechtsschein der Wirksamkeit ausgeht, ist eine auf seine Aufhebung gerichtete Anfechtungsklage zulässig, obwohl die Anfechtungsklage an sich einen wirksamen Verwaltungsakt voraussetzt.

c) Ein formeller Fehler ist unbeachtlich, wenn er nachträglich geheilt wird (§ 45 VwVfG) oder wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können (§ 46 VwVfG).

d) Ein formell oder materiell rechtswidriger Verwaltungsakt kann in einen rechtmäßigen Verwaltungsakt umgedeutet werden, der als solcher nicht aufhebbar ist (Konversion gemäß § 47 VwVfG).

Die Kette Fehlerhaftigkeit - Rechtswidrigkeit - Aufhebbarkeit stellt also beim Verwaltungsakt nur den Normalfall dar. Bei der Prüfung der Begründetheit einer Klage ist im Rahmen der Subsumtion unter das Merkmal "rechtswidrig" festzustellen, ob eine Ausnahme von diesem Normalfall vorliegt. Diese Ausnahmefälle werden ich nun nacheinander vorstellen. Es sind dies

- der nichtige Verwaltungsakt
- der geheilte Verfahrensfehler
- der unbeachtliche Verfahrensfehler und
- der in einen rechtmäßigen umgedeutete rechtswidrige Verwaltungsakt.

Bei den anderen Handlungsformen der Verwaltung, so bei Rechtsnormen oder verwaltungsrechtlichen Verträgen, ist die Frage nach Fehlerfolgen in ähnlicher Weise zu stellen, aber jeweils anders zu beantworten.

1. Nichtigkeit

Ein Verwaltungsakt ist nach § 44 I VwVfG nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei

verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist. Bevor man sich auf eine Subsumtion unter diese begrifflich schwer zu fassende Generalklausel einlässt, empfiehlt es sich, einen Blick in die Abs. 2 und 3 des § 44 VwVfG zu werfen. In Abs. 2 werden vom Gesetzgeber Fehler benannt, die unabhängig von Abs. 1 stets zur Nichtigkeit führen (Positivkatalog). Abs. 3 enthält umgekehrt einen Negativkatalog mit Fehlern, die für sich genommen nie zur Nichtigkeit führen. Liegt weder ein Fehler nach Abs. 2 noch ein Fehler nach Abs. 3 vor, so ist eine Beschäftigung mit der Generalklausel des Abs. 1 unausweichlich. Zu der Generalklausel kann man nur eine allgemeine Leitlinie geben: Die Nichtigkeit ist die seltene Ausnahme. Es müssen schon gewichtige Umstände vorliegen, damit ein Abgehen von dem Grundsatz der Wirksamkeit des rechtswidrigen Verwaltungsaktes gerechtfertigt ist. Beispiele sind der perplexe, d.h. der in seiner Regelung sich selbst widersprechende Verwaltungsakt oder der offensichtliche Verstoß gegen Regeln über die sachliche Zuständigkeit, z.B. bei der Aufstellung eines Verkehrszeichens durch eine Forstbehörde anstelle der Straßenverkehrsbehörde.

§ 44 I VwVfG liegt die sog. Evidenztheorie zugrunde. Von dem Gedanken der Evidenz her lässt sich die Abweichung von dem Grundsatz des § 43 I VwVfG erklären. Das Prinzip der Rechtssicherheit, das den vorläufigen und nach Ablauf der Anfechtungsfrist endgültigen Bestand des Verwaltungsaktes trotz möglicher Rechtsfehler rechtfertigt, greift in Evidenzfällen nicht ein. Wenn die Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsaktes evident ist, würde die Rechtssicherheit mehr Schaden erleiden, wenn er Bestand hätte, nicht wenn er nichtig ist. Das Gedanke der Rechtssicherheit kann und muss dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit weichen, wenn der Fehler des Verwaltungsaktes offenkundig und zudem noch besonders schwerwiegend ist.

Ist ein Verwaltungsakt nichtig, so ist er unwirksam, ohne dass der Bürger etwas gegen ihn zu unternehmen bräuchte. Die Verwaltung darf ihn nicht durchsetzen. Tut sie das trotzdem, so kann

der Bürger sich gegen die Vollzugsmaßnahmen wehren, ohne dass ihm die Behörde entgegenhalten könnte, dass er gegen den nichtigen Verwaltungsakt nicht rechtzeitig Rechtsmittel eingelegt hat. Dies ist aus Gründen der Rechtssicherheit zwar zulässig, nicht aber zur Vermeidung von Bestandskraft erforderlichlich.

Beispiel: X erhält am 22. September 2006 von der zuständigen Behörde eine Abrissverfügung in Bezug auf eine von ihm errichtete Garage. X wird aufgegeben, die Garage binnen zwei Wochen nach Bestandskraft des Bescheides abzureißen. Diese Verfügung ist mit einer ordnungsgemäßen Rechtsmittelbelehrung versehen und für sofort vollziehbar erklärt. Sie ist aber nichtig, weil das abzureißende Gebäude baurechtsgemäß und von der Behörde selbst genehmigt ist. X unternimmt deshalb gegen die Abrissverfügung nichts. Am 21. November 2006 (einem Dienstag) erhält X die Androhung der Ersatzvornahme für den Fall, dass er dem Abrissgebot nicht binnen weiterer zwei Wochen nachkomme. Gegen diese Maßnahme, die ihrerseits ein Verwaltungsakt ist, kann und muss X nun vorgehen, um einen Abriss zu verhindern. Denn die Nichtigkeit des Grundverwaltungsaktes, der Abrissverfügung, schlägt nicht auf die Zwangsmittelandrohung, einen weiteren Verwaltungsakt, durch. X kann sich aber bei Rechtsmitteln gegen die Zwangsmittelandrohung auf die Nichtigkeit der Abrissverfügung berufen, auch wenn in Bezug auf sie die Rechtsmittelfrist abgelaufen ist. Die Abrissverfügung ist nämlich trotz des Fristablaufs nicht bestandskräftig geworden, weil Bestandskraft Wirksamkeit voraussetzt und diese dem nichtigen Verwaltungsakt fehlt. Die Nichtigkeit kann unabhängig von Fristen jederzeit geltend gemacht werden. – Der Fall wäre anders zu lösen, wenn die Abrissverfügung nur anfechtbar, aber nicht nichtig wäre. Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist wäre sie dann bestandskräftig geworden und hätte – trotz ihrer möglichen Rechtswidrigkeit – zur Grundlage von Vollstreckungsmaßnahmen gemacht werden können.

Der Bürger braucht es auf eine inzidente Feststellung der Nichtigkeit bei der Überprüfung nachträglicher Vollstreckungsmaßnahmen nicht ankommen zu lassen. Er kann auch unmittelbar gegen den nichtigen Verwaltungsakt vorgehen, um den Rechtsschein aus der Welt zu schaffen, der von diesem gesetzt wird. Insoweit stellt ihm die Rechtsordnung drei Möglichkeiten zur freien Auswahl:

- 1) Antrag bei der erlassenden Behörde auf Feststellung der Nichtigkeit des Verwaltungsaktes (§ 44 V 2. HS VwVfG).
- 2) Klage auf Feststellung der Nichtigkeit vor dem Verwaltungsgericht, die ohne vorheriges behördliches oder Widerspruchsverfahren zulässig ist (§ 43 II 2 VwGO).
- 3) Widerspruch und Anfechtungsklage gegen den nichtigen Verwaltungsakt. Verwaltungsakt im Sinne von § 42 I VwGO ist also aus Gründen der Rechtssicherheit auch der nichtige Verwaltungsakt. Nach herrschender Meinung ergeht in diesem Fall ein Anfechtungsurteil nach § 113 I 1 VwGO, unterscheidet die prozessuale Behandlung von anfechtbaren und nichtigen Verwaltungsakten sich also nicht. Eine Mindermeinung ist der Ansicht, dass dann, wenn sich im Prozess herausstellt, dass der Verwaltungsakt nicht nur rechtswidrig, sondern sogar nichtig ist, der Kläger auf einen Hinweis des Gerichts seine Klage zu ändern und von der Anfechtungs- zur Nichtigkeitsfeststellungsklage zu wechseln hat.

Von den Nichtigkeitsgründen seien die Nummern 4 bis 6 des § 44 II VwVfG hervorgehoben. § 44 II Nr. 4 VwVfG ordnet die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts an, den aus tatsächlichen Gründen niemand ausführen kann, z.B. einer baurechtlichen Abrissverfügung in Bezug auf eine bauliche Anlage, die schon abgerissen ist. § 44 II Nr. 5 VwVfG betrifft die rechtliche Unmöglichkeit. **Beispiel:** Miteigentümer X wird der Abriss einer baulichen Anlage aufgegeben. Dies könnte eine im Verhältnis zu Miteigentümer Y strafbare Sachbeschädigung sein. Allerdings hat die Verwaltung die Möglichkeit, Miteigentümer Y aufzugeben, den Abriss zu dulden. Solange die Verwaltung von dieser Möglichkeit noch keinen Gebrauch gemacht hat, steht nicht fest, ob die

Abrissverfügung die Begehung einer rechtswidrigen Tat verlangt.

Ein Beispiel für einen Verwaltungsakt, der gegen die guten Sitten verstößt, ist die Genehmigung von Peep-Shows; gemäß § 33a GewerbeO bedürfen Schaustellungen von Personen einer Genehmigung. Solche Genehmigungen sind in der Vergangenheit erteilt worden. Seit Mitte der 1980er Jahre hält das BVerwG sie in ständiger Rechtsprechung für sittenwidrig. Das Merkmal der guten Sitten wird dabei von dem Gericht im Lichte der Wertordnung des Grundgesetzes interpretiert. Insoweit kommt der Menschenwürde der sich zur Schau stellenden Frauen die ausschlaggebende Rolle zu. Das Argument, die Schaustellerinnen bei Peep-Shows würden freiwillig tätig, lässt das BVerwG nicht gelten, weil die Menschenwürde kein disponibles Rechtsgut und eine Einwilligung damit unwirksam sei. Grundlegend: BVerwGE 64, 274.

Die Nichtigkeit einer Peep-Show-Genehmigung hat juristische Folgen. Gemäß § 15 II GewO kann die zuständige Behörde nämlich die Fortsetzung eines Betriebs verbieten, zu dessen Ausübung eine Zulassung erforderlich ist, die aber nicht vorliegt. Wenn die Zulassung nichtig ist, ist der Betreiber so zu behandeln, als liege keine Zulassung vor. Ihm kann also unmittelbar der Betrieb verboten werden. Wäre die Peep-Show-Genehmigung nur rechtswidrig, nicht aber nichtig, so lägen die Voraussetzungen von § 15 II GewO nicht ohne Weiteres vor. Dann wäre noch ein weiterer Rechtsakt erforderlich, nämlich die Rücknahme der Genehmigung wegen Rechtswidrigkeit. Dieser Rechtsakt bemisst sich nach § 48 VwVfG, der aber u.U. Entschädigungspflichten vorsieht.

2. Heilung und Unbeachtlichkeit formeller Mängel

Ebenfalls zu erörtern im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes sind die Fragen der Heilung von Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formfehlern nach § 45 und ihrer Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG. Denn im Fall der Heilung wird

der zunächst rechtswidrige nachträglich zu einem rechtmäßigen Verwaltungsakt, und im Fall der Unbeachtlichkeit bleibt es zwar bei der Rechtswidrigkeit, doch es dürfen daraus keine rechtlichen Konsequenzen gezogen werden. Beiden Vorschriften, § 45 und § 46 VwVfG, liegt der Gedanke zugrunde, dass Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formregeln kein Selbstzweck sind, sondern dass ihnen gegenüber dem materiellen Recht eine dienende Funktion zukommt. Hieraus zieht man die Konsequenz, dass ein formeller Mangel dann nicht zur Aufhebung eines Verwaltungsaktes führen soll, wenn er noch im Bereich der Verwaltung behoben worden ist (§ 45) oder wenn eine andere Entscheidung in der Sache nicht hätte ergehen können (§ 46). In diesen Fällen den Verwaltungsakt gleichwohl aufzuheben, wäre Formalismus, weil ein inhaltlich gleicher Verwaltungsakt sogleich neu erlassen werden könnte, ggfs. sogar müsste. Dieser Gedanke wird von den §§ 45 und 46 VwVfG näher ausgestaltet. Beide Vorschriften setzen dabei für die Heilung oder Unbeachtlichkeit eines formellen Fehlers voraus, dass dieser Fehler nicht so schwerwiegend ist, dass er nach § 44 VwVfG die Nichtigkeit begründet.

a) § 45 VwVfG

Bestimmte formelle Mängel, nämlich diejenigen, die in den Nr. 1 bis 5 von § 45 I VwVfG genannt sind, können in den zeitlichen Schranken des § 45 II VwVfG geheilt werden.

- nachträgliche Stellung des für den Verwaltungsakt erforderlichen Antrags (§ 22 S. 2 Nr. 2 VwVfG),
- nachträgliche Begründung (§ 39 VwVfG),
- Nachholung der erforderlichen Anhörung (§ 28 VwVfG),
- nachträglicher Beschluss eines zu beteiligenden Ausschusses (wichtiger Fall: Personalrat),
- nachträgliche Mitwirkung einer anderen Behörde.

Die zeitliche Grenze des § 45 II VwVfG ist jetzt so bemessen, dass eine Heilung bis zum Abschluss eines verwaltungs-

gerichtlichen Verfahrens erfolgen kann. Bis 1996 war die Heilungsmöglichkeit nur bis zum Abschluss des Vorverfahrens eröffnet. Durch die Ausweitung gibt der Gesetzgeber der Verwaltung die Möglichkeit, eine zunächst begründete Klage nachträglich unbegründet zu machen. Dieser Eingriff in die Garantie effektiven Rechtsschutzes ist mit dem Ziel zu erklären, den Bestand von Verwaltungsentscheidungen zu sichern, ist aber nicht unproblematisch, weil er den Rechtsschutz des Bürgers diesem Ziel unterordnet. Man kann sich in der Tat fragen, warum der Gesetzgeber zunächst Form-, Verfahrens- und Zuständigkeitsregelungen schafft, dann aber deren Nichtbeachtung unter bestimmten Voraussetzungen nicht sanktioniert. Dies ist das Grundproblem aller Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften.

Unabhängig von dieser Gesetzesänderung ist - und war - im Widerspruchsverfahren eine Heilung der in § 45 I VwVfG genannten Fehler möglich. Das ist besonders wichtig für Nr. 3. Die herrschende Meinung steht auf dem Standpunkt, dass die erforderliche Anhörung des Betroffenen dadurch nachgeholt wird, dass dieser Widerspruch einlegt und die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, sich sachlich mit diesem Widerspruch auseinandersetzt. Eine solche Auseinandersetzung muss erfolgen, weil ein Widerspruch bei der Ausgangs- und nicht bei der Widerspruchsbehörde einzulegen ist (§ 70 I 1 VwGO) und weil diese Ausgangsbehörde, bevor sie das Verfahren an die Widerspruchsbehörde abgibt, darüber zu entscheiden hat, ob sie dem Widerspruch abhilft (§ 72 VwGO). Eine Verletzung des Anhörungsgebotes (§ 28 I VwVfG) führt wegen dieser Deutung von § 45 I Nr. 3 VwVfG nur selten zur formellen Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes.

Ist ein Verfahrensfehler geheilt, so ist der Verwaltungsakt so zu behandeln, als hätte es diesen Fehler nicht gegeben. Im Lichte des § 113 I 1 VwGO bewirkt die Heilung, dass der Verwaltungsakt, der zunächst rechtswidrig und deshalb aufhebbar war, rechtmäßig wird. Ein Widerspruch und eine Klage sind

insoweit unbegründet. Gleichwohl hat ein Widerspruchsführer, dessen Widerspruch nur wegen der Regelung des § 45 VwVfG keinen Erfolg hat, Anspruch auf Erstattung derjenigen Auslagen, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren, und braucht die notwendigen Auslagen der Gegenseite nicht zu tragen. § 80 I 2 VwVfG sieht insoweit eine Ausnahme von dem Grundsatz vor, dass derjenige die Kosten eines Rechtsmittels zu tragen hat, der verliert.

b) § 46 VwVfG

Gemäß § 46 VwVfG kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 VwVfG nichtig ist, auch dann nicht verlangt werden, wenn er an einem Zuständigkeits-, Verfahrens- oder Formfehler leidet, der nicht nach § 45 VwVfG geheilt ist, wenn aber offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Mit Ausnahme eines Verstoßes gegen die Regeln über die sachliche Zuständigkeit sind also alle formellen Rechtsmängel unbeachtlich, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können.

Fraglich ist, was das Gesetz mit der Formulierung "wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat" meint. Hinter dieser Formulierung verbirgt sich auch nach der Gesetzesänderung von 1996 die Unterscheidung zwischen gebundenen und Ermessensverwaltungsakten. Wird ein rechtlich gebundener Verwaltungsakt wegen eines Zuständigkeits-, Verfahrens- oder Formfehlers angefochten, so führen diese Fehler nicht zur Aufhebung des Verwaltungsaktes, wenn der Verwaltungsakt materiell-rechtlich rechtmäßig ist, also auch bei Beachtung der Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formvorschriften mit gleichem Inhalt hätte ergehen müssen. Anders ist die Rechtslage bei Ermessensverwaltungsakten, die materiell-rechtlich nicht zu beanstanden sind. Wegen des Ermessensspielraums, der der Verwaltung hier zukommt, kann man nicht ausschließen, dass die Behörde, hätte sie den formellen Mangel vermieden, zu einer

anderen Sachentscheidung gekommen wäre. Nur in den Fällen der Ermessensreduzierung auf Null ist die Rechtslage so wie bei gebundenen Verwaltungsakten. Über diesen Fall hinaus lässt § 46 VwVfG aber die bloß theoretische Möglichkeit einer anderen Ermessensbetätigung für die Beachtlichkeit eines Fehlers nicht genügen. Es muss hinzukommen, dass diese andere Ermessensbetätigung nicht nur theoretisch möglich, sondern auch praktisch nicht auszuschließen ist. Auf diesen Unterschied zielt der "wenn"-Satz des § 46 VwVfG vor allem. Die Aussage des § 46 VwVfG kann man vor diesem Hintergrund auch so formulieren: Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formfehler sind bei gebundenen Verwaltungsakten unbeachtlich, wenn diese materiell rechtmäßig sind. Bei Ermessensverwaltungsakten sind diese Fehler dagegen grundsätzlich beachtlich, es sei denn, das Gegenteil ist offensichtlich.

Die Unbeachtlichkeit eines formellen Fehlers im Widerspruchs- und im Klageverfahren ändert nichts daran, dass die Behörde an die Regelungen über Zuständigkeit, Verfahren und Form gebunden ist. § 46 VwVfG hebt diese Vorschriften nicht auf; er betrifft allein die Frage, welche Rechtsfolgen aus einem Verstoß erwachsen.

Die von § 46 VwVfG bewirkte Einschränkung der Aufhebbarkeit formell rechtswidriger Verwaltungsakte wird vornehmlich mit prozessökonomischen Gesichtspunkten begründet. Es ist wenig sinnvoll, einen sachlich richtigen Verwaltungsakt nur wegen eines Verfahrensfehlers aufzuheben, wenn ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts sofort wieder erlassen werden könnte, ggfs. müsste.

3. Umdeutung (Konversion) (§ 47 VwVfG)

Eine praktisch eher seltene Möglichkeit zur Heilung eines Rechtsfehlers sieht § 47 VwVfG mit der Umdeutung eines fehlerhaften in einen fehlerfreien Verwaltungsakt vor. Auf diese Weise können formelle Mängel, aber im Unterschied zu den

§§ 45 und 46 VwVfG auch materielle Mängel und nach wohl überwiegender Meinung selbst Nichtigkeitsgründe behoben werden. § 47 VwVfG ist in Anlehnung an § 140 BGB konzipiert. Die Umdeutung ist jedoch an zahlreiche Voraussetzungen gebunden, die ihren Anwendungsbereich einschränken und die alle dem Gesetz entnommen werden können:

- a) Der neue Verwaltungsakt muss auf das gleiche Ziel gerichtet sein.
- b) Der neue Verwaltungsakt muss, für sich betrachtet, formell und materiell rechtmäßig sein.
- c) Der neue Verwaltungsakt darf der erkennbaren Absicht der erlassenden Behörde nicht widersprechen.
- d) Die Rechtsfolgen des neuen Verwaltungsaktes dürfen für den Adressaten nicht ungünstiger sein.
- e) Der ursprüngliche Verwaltungsakt muss rücknehmbar sein.
- f) Ein gebundener Verwaltungsakt darf nicht in einen Ermessensverwaltungsakt umgedeutet werden. Denn dann wäre der neue Verwaltungsakt wegen Ermessensnichtgebrauch fehlerhaft.

Ob die Umdeutung von Gesetzes wegen erfolgt und von Behörden und Gerichten nur deklaratorisch festgestellt wird oder ob die Umdeutung aufgrund eines Rechtsaktes erfolgt, für den entweder die erlassende Behörde oder das Gericht zuständig ist, ist streitig. Wenn man sich für die zweite Lösung entscheidet, ist weiter streitig, ob es sich bei der Umdeutung um einen Ermessensverwaltungsakt handelt, wie das Wort "kann" nahelegt, oder um einen gebundenen Verwaltungsakt.

Von der Umdeutung zu unterscheiden ist das Nachschieben von Gründen. Das Nachschieben von Gründen erfolgt durch die Behörde im Verwaltungsprozess, um die sachliche oder rechtliche Entscheidungsgrundlage des Gerichts zu verbessern. Das Nachschieben von Gründen lässt grundsätzlich die in dem Verwaltungsakt enthaltene Regelung unberührt, während diese von der Umdeutung verändert wird. Beim "Nachschieben von Gründen" wird eine für sich schon den Anforderungen des § 39 VwVfG genügende Begründung vervollständigt oder berichtigt; dazu ist

zu ergänzen, dass § 39 VwVfG nur verlangt, dass überhaupt eine Begründung gegeben wird. Das Nachschieben von Gründen beruht auf dem Gedanken, dass ein Verwaltungsakt nur dann aufzuheben ist, wenn er objektiv das Recht verletzt. Wenn die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen, von denen die Behörde sich hat leiten lassen, nicht zutreffen, der Verwaltungsakt aber gleichwohl rechtmäßig ist, wenn etwa eine andere Ermächtigung als die von der Behörde angegebene den Verwaltungsakt stützt, braucht der Verwaltungsakt nicht aufgehoben zu werden. Die Erwägungen, die - von der ursprünglichen Rechtsmeinung der Behörde abweichend - den Verwaltungsakt tatsächlich stützen und rechtmäßig machen, dürfen "nachgeschoben" werden. Für Ermessensverwaltungsakte wird das Nachschieben von Gründen im gerichtlichen Verfahren von § 114 Satz 2 VwGO ausdrücklich zugelassen. Damit ist der frühere Meinungsstreit entschieden, ob nur bei gebundenen oder auch bei Ermessensverwaltungsakten Gründe nachgeschoben werden dürfen.

II. Die Teilrechtswidrigkeit

Es ist denkbar, dass ein Rechtsfehler nur einen Teil eines Verwaltungsaktes erfasst, so z.B. wenn X eine Baugenehmigung für ein Wohnhaus mit Garage beantragt, ihm diese Genehmigung insgesamt versagt wird, sie aber hinsichtlich des Wohnhauses nicht hätte versagt werden dürfen, sondern nur hinsichtlich der Garage, die zu nahe an die Grenze des Nachbargrundstücks herangebaut werden soll. In dieser Situation fragt es sich, ob die Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit auf den rechtswidrigen Teil beschränkt und ob der rechtmäßige Teil des Verwaltungsaktes aufrechterhalten bleiben kann. Das ist unter den beiden folgenden Voraussetzungen zu bejahen:

- a) Die Gesamtregelung des Verwaltungsaktes muss teilbar sein, und zwar so, dass nach Abtrennung des rechtswidrigen Teils der noch verbleibende rechtmäßige Teil der Gesamtregelung einen selbstständigen Sinn behält.
- b) Die Behörde muss befugt sein, den verbleibenden Restverwal-

tungsakt auch ohne den rechtswidrigen Teil zu erlassen.

In dem Beispielsfall liegen beide Voraussetzungen vor. Garage und Wohnhaus können baurechtlich getrennt voneinander beurteilt werden. Die Ablehnung des Bauantrags hinsichtlich der Garage hat einen selbstständigen Sinn und dürfte isoliert ergehen.

Eine ausdrückliche Regelung für den teilrechtswidrigen, aber nicht teilnichtigen Verwaltungsakt gibt es im Verwaltungsverfahrensgesetz nicht. Dass die von mir genannten Kriterien geltendes Recht sind, kann man aus der einschlägigen Regelung für die Teilnichtigkeit entwickeln. Dies ist § 44 IV VwVfG. Soweit diese Norm auf den Willen der erlassenden Behörde abstellt, ist dieser Wille, anders als bei § 139 BGB, nur insoweit erheblich, als er rechtmäßig ist. Maßgebend ist nicht der subjektive, sondern der objektivierte, gesetzeskonforme Wille der Behörde. Wäre die Behörde z.B. verpflichtet, den rechtmäßigen Teil des Verwaltungsaktes als selbstständigen Verwaltungsakt zu erlassen, kann es auf ihren entgegenstehenden Willen nicht ankommen. Selbst wenn die Behörde diesen Verwaltungsakt nur als Ganzen will, liegt Teilbarkeit vor.

Das Problem der Teilbarkeit schlägt sich in § 113 VwGO in dem Wort "soweit" nieder (I 1, V 1). Ein Verwaltungsakt, der nur teilweise rechtswidrig ist und der aufgeteilt werden kann, wird auf eine Anfechtungsklage auch nur teilweise aufgehoben.