

# Öffentliches Recht im Assessorexamen

Kintz

12. Auflage 2024  
ISBN 978-3-406-80492-2  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

der Kläger sowohl durch den Ausgangsbescheid als auch durch den Widerspruchsbescheid beschwert wird, er beide Bescheide für rechtswidrig hält und die Beschwer durch den Widerspruchsbescheid nicht – wie etwa bei der *reformatio in peius* – bereits durch die Klage gegen den Ausgangsbescheid gemäß § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO erfasst ist.

**Beispiel:** Der Kläger wendet sich gegen einen im Ermessen der Behörde stehenden belastenden VA, den er für materiell rechtswidrig hält; zugleich ist er der Auffassung, dem Widerspruchsbescheid hafte der wesentliche Verfahrensfehler der unzulänglichen Sachverhaltsermittlung an.

Nach der *Gegenmeinung*<sup>713</sup> hat der Kläger immer nur die Wahl zwischen der Anfechtung nach § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO oder der isolierten Anfechtung nach § 79 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Abs. 2 VwGO.

Fraglich ist, ob bei einer Anfechtung nach § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO auch allein der Widerspruchsbescheid aufgehoben werden kann. Dies wird teilweise mit der Begründung verneint, Ausgangs- und Widerspruchsbescheid stellen eine im verwaltungsgerichtlichen Verfahren untrennbare Einheit dar, weshalb eine isolierte Aufhebung des Widerspruchsbescheids nicht in Betracht komme.<sup>714</sup> Demgegenüber wird auch vertreten, bei einer Klage nach § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO sei auch der in § 79 Abs. 2 VwGO zum Ausdruck kommende Gedanke heranzuziehen. Daraus folge, dass das Gericht auch im Falle des § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO den Aufhebungsanspruch auf den Widerspruchsbescheid beschränken könne, wenn es den ursprünglichen VA für rechtmäßig, den Widerspruchsbescheid dagegen für rechtswidrig halte, etwa weil der Widerspruchsbescheid auf wesentlichen Verfahrensfehlern beruhe.<sup>715</sup> 308

#### b) Der Obersatz

Liegt der Klausur eine **Einheitsklage** zugrunde und haben Sie bereits Ausführungen zur Zulässigkeit der Klage gemacht, so lautet der Einstieg in die Begründetheit im Falle des Obsiegens etwa wie folgt: 309

„Die Klage ist auch in der Sache begründet. Der Bescheid der Beklagten vom 4. Mai 2023 und der Widerspruchsbescheid vom 16. August 2023 sind rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).“

Unterliegt der Kläger mit seinem Begehren, so empfiehlt sich folgender Beginn:

„Die Klage ist jedoch unbegründet. Der Bescheid der Beklagten vom 4. Mai 2023 und der Widerspruchsbescheid vom 16. August 2023 sind rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).“

<sup>713</sup> VGH München BayVBl. 1990, 370; Kopp/Schenke/W.-R. Schenke VwGO § 79 Rn. 2.

<sup>714</sup> S. zB OVG Münster BeckRS 2010, 45475; OVG Bautzen NVwZ-RR 2002, 409 unter Bezugnahme auf BVerwGE 19, 327.

<sup>715</sup> Vgl. Sodan/Ziekow/Brenner VwGO § 79 Rn. 19; Kopp/Schenke/W.-R. Schenke VwGO § 79 Rn. 1 und Kopp/Schenke/W.-R. Schenke/R.P. Schenke VwGO § 113 Rn. 15.

Ist die Klage teilweise erfolgreich, leiten Sie etwa so ein:

„Die Klage ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Inso- weit sind der Bescheid der Beklagten vom 4. Mai 2023 und der Widerspruchs- bescheid vom 16. August 2023 rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).“

- 310 Bei der **Drittanfechtungsklage** sollten Sie bereits im Obersatz zum Ausdruck bringen, dass nicht die objektive Rechtswidrigkeit des angefochtenen VA, sondern allein die subjektive Rechtsverletzung des Klägers maßgebend ist:

„Die Klage ist begründet. Die Baugenehmigung vom 4. Mai 2023 und der Widerspruchsbescheid vom 16. August 2023 sind rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Sie verstoßen gegen von der Bauaufsichtsbehörde zu prüfende öffentlich-rechtliche Vorschriften, die auch dem Schutz des Klägers als Nachbarn zu dienen bestimmt sind.“

### c) Die Benennung der Rechtsgrundlage

- 311 Zu Beginn der Prüfung der Rechtmäßigkeit des Streitgegenständlichen VA ist zu- nächst die **einschlägige Rechtsgrundlage** anzugeben.<sup>716</sup> Die Norm ist präzise zu zitieren (ggf. mit Absatz, Satz oder Ziffer) und die Regelung ihrem Inhalt nach wiederzugeben. Bei der Suche nach der richtigen Rechtsgrundlage müssen Sie darauf achten, dass Sie die spezielleren Normen vor den allgemeinen zu prüfen haben; liegen die Tatbestandsvoraussetzungen der spezielleren nicht vor, so kommen die allgemeineren Rechtsvorschriften nur noch in Betracht, wenn die spezielleren keine abschließende Regelung darstellen.<sup>717</sup>
- 312 Gelegentlich sind auch zwei oder mehrere **Rechtsgrundlagen voneinander ab- zugrenzen**, zB bei der Frage, ob das Abschleppen eines Pkw eine Ersatzvornahme oder eine unmittelbare Ausführung darstellt. Hier empfiehlt es sich, zuerst die Voraussetzungen der Norm zu erörtern, die Sie letztlich nicht für einschlägig halten, um danach die Bestimmung zu prüfen, die eingreift. Hat die Behörde den VA auf eine **falsche Rechtsgrundlage** gestützt, so kann das VG diese **austauschen**, sofern der VA von der einschlägigen Bestimmung getragen wird.<sup>718</sup> Bei ErmessensVAen sind dabei ggf. die Grundsätze des Nachschiebens von Gründen zu beachten (→ Rn. 339 ff.). Dazu folgendes **Formulierungsbeispiel**:

<sup>716</sup> S. zB Hufen VerwProzR § 25 Rn. 3. Ebenso vertretbar ist es, die Rechtsgrundlage des VA erst nach Erörterung der formellen Rechtmäßigkeit des VA zu Beginn der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des VA zu benennen.

<sup>717</sup> Ramsauer Assessorprüfung Rn. 14.31.

<sup>718</sup> BVerwG NVwZ-RR 2020, 113: Kommt das Gericht zu der Erkenntnis, dass der VA zu Unrecht auf die von der Behörde herangezogene Rechtsnorm gestützt ist, ist das Gericht gemäß § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO verpflichtet zu prüfen, ob (und ggf. in welchem Umfang) der Bescheid mit Blick auf eine andere Rechtsgrundlage aufrechterhalten werden kann, sofern der Bescheid durch die Berücksichtigung der anderen Rechtsnorm und die dadurch geänderte Begründung nicht in seinem Wesen verändert wird. S. auch OVG Münster BeckRS 2022, 34214.

„Die von der Beklagten als Rechtsgrundlage des Bescheids herangezogene Vorschrift des § ... kommt allerdings nicht in Betracht. Nach dieser Vorschrift (...). Eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für den hier strittigen VA, (...), gibt indessen § .... Danach (...).

Einem „Austausch“ der den Bescheid tragenden Rechtsgrundlage durch das Gericht steht nicht entgegen, dass die Beklagte weiterhin die Auffassung vertritt, § ... sei einschlägig. Welche Rechtsgrundlage heranzuziehen ist, ist unabhängig von den Rechtsansichten der Beteiligten vom Gericht zu entscheiden. Das Verwaltungsgericht hat im Rahmen des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO von Amts wegen zu prüfen, ob das materielle Recht die durch einen Verwaltungsakt getroffene Regelung trägt oder nicht. Hierzu gehört – in rechtlicher Hinsicht – die Prüfung, ob ein angegriffener Verwaltungsakt kraft einer anderen als der angegebenen Rechtsgrundlage rechtmäßig ist. Weiter sind – in tatsächlicher Hinsicht – alle Umstände zu berücksichtigen, die die – gesamte oder teilweise – Aufrechterhaltung des angefochtenen Bescheids zu rechtfertigen vermögen.

Wird die in einem Bescheid (im „Bescheidtenor“) verfügte Regelung auf einer anderen Rechtsgrundlage als der im Bescheid genannten aufrechterhalten, lässt dies die Identität der im Bescheid getroffenen behördlichen Regelung unberührt, wenn sie – wie hier – auf das selbe Regelungsziel gerichtet bleibt und infolge des „Austauschs“ der Rechtsgrundlage keine Wesensänderung erfährt. Letzteres ist vorliegend nicht ersichtlich.

Der Umstand, dass die von der Behörde angewandte Ermächtigungsgrundlage des § ... eine Ermessensentscheidung vorsieht, steht der Aufrechterhaltung des angefochtenen Bescheids nicht entgegen, denn die Ermächtigungsgrundlage in § ... sieht ebenfalls behördliches Ermessen vor. Ist die beklagte Behörde – wie hier – für beide Ermächtigungsgrundlagen zuständig, wäre nur dann eine andere rechtliche Beurteilung zu erwägen, wenn die nach der (als unzutreffend erkannten) Norm getroffene Ermessensentscheidung nicht dem „normspezifischen Zuschnitt“ der (richtigen) Ermessensnorm entspräche. Bestehen – wie hier – insoweit keine wesentlichen Unterschiede, wird durch die auf eine andere Rechtsgrundlage erfolgende Aufrechterhaltung eines Bescheides das „Wesen“ der getroffenen Ermessensentscheidung nicht verändert.“

#### d) Die Wirksamkeit der Rechtsgrundlage

Die Ermächtigungsgrundlage muss zunächst wirksam sein. Hier ist zunächst deren Vereinbarkeit mit höherrangigem nationalen Recht sowie Europarecht zu erörtern, wenn ein greifbarer Anlass besteht.<sup>719</sup> 313

#### aa) Prüfung der Vereinbarkeit mit höherrangigem nationalen Recht

Hier ist zu differenzieren zwischen förmlichen und materiellen Gesetzen. In der Aufsichtsarbeit dürfte kaum mit einer Fallgestaltung zu rechnen sein, in der Sie bei der Prüfung der Wirksamkeit der einschlägigen **gesetzlichen Ermachtigungsgrundlage** zur Verfassungswidrigkeit der Norm gelangen. Denn dann müssten Sie wegen des Verwerfungsmonopols des BVerfG (Art. 100 GG) und der Landesverfassungsgerichte einen **Vorlagebeschluss** an das Verfassungsgericht fertigen.<sup>720</sup> Ist die Klau- 314

<sup>719</sup> Vgl. Graf von Kielmansegg JuS 2013, 312 (315).

<sup>720</sup> Dazu → Rn. 554 ff.

sur so angelegt, dass Sie sich mit dieser Problematik auseinandersetzen sollen, wird im Ergebnis die gesetzliche Grundlage verfassungsgemäß sein.<sup>721</sup> Merken Sie sich: Eine Vorlagepflicht besteht nur, wenn es nicht möglich ist, die Norm verfassungskonform auszulegen,<sup>722</sup> etwa im Wege der teleologischen Reduktion.

- 315 Klausurrelevant ist die Prüfung der Vereinbarkeit der Ermächtigungsnorm mit höherrangigem Recht bei **materiellen Gesetzen**. Im Gegensatz zu förmlichen Gesetzen besitzt das VG bei Untergesetzesrecht des Bundes und der Länder neben der Prüfungs- nämlich auch eine Verwerfungskompetenz für nicht verfassungskonforme Verordnungen oder Satzungen. In Betracht kommt daher im Einzelfall die **inzidente Kontrolle einer Satzung** (Beispiel: Der Kläger wendet sich gegen eine Beseitigungsverfügung, die maßgeblich auf einen Verstoß gegen die Festsetzungen eines Bebauungsplans gestützt werden). Hier ist anzumerken, dass das VG zwar die Wirksamkeit der Satzung von Amts wegen prüfen muss. Der Amtsermittlungsgrundsatz geht aber nicht so weit, dass dem Gericht eine „ungefragte“ Fehlersuche abverlangt wird.<sup>723</sup> Ergeben sich aus dem Klausurtext keine Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit der Satzung, genügt eine Formulierung wie „*Weder hat der Kläger Bedenken gegen die formelle oder materielle Wirksamkeit der Satzung erhoben noch sind solche für die Kammer ersichtlich.*“

#### bb) Prüfung der Vereinbarkeit mit Europarecht

- 316 Unter Umständen ist an dieser Stelle auch die mögliche Europarechtswidrigkeit der einschlägigen Rechtsgrundlage zu prüfen. Deshalb einige Anmerkungen zum **Anwendungsvorrang des Unionsrechts**:
- 317 Besteht in dem konkret zu entscheidenden Fall ein Konflikt zwischen mitgliedstaatlichem Recht und Unionsrecht, so haben die Vertragsbestimmungen und die unmittelbar geltenden Rechtsakte der europäischen Organe in ihrem Verhältnis zum innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten gemäß dem Grundsatz des **Anwendungsvorrangs des Unionsrechts** (kein Geltungsvorrang!) zur Folge, dass allein durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts ohne Weiteres unanwendbar wird.<sup>724</sup> Denn Unionsrecht ist das normhierarchisch gegenüber den nationalen Rechtsordnungen höher angesiedelte Recht. Dies hat zur Folge, dass mitgliedstaatliche Bestimmungen, die dem Unionsrecht zuwiderlaufen, zwar wirksam bleiben, von den mitgliedstaatlichen Gerichten und Behörden aber nicht angewendet werden dürfen.<sup>725</sup> Jedes im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene nationale Gericht ist als Organ eines Mitgliedstaats verpflichtet, in Anwendung des **Grundsatzes der Zusammenarbeit** das unmittelbar geltende Unionsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es den Einzelnen verleiht, zu schützen, indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts, gleichgültig, ob sie früher oder später als die Unionsnorm ergangen ist, unangewandt lässt. Ist das VG davon überzeugt, dass die maßgebliche deutsche Rechtsvorschrift ein-

<sup>721</sup> Vgl. dazu die Klausur von Traub JA 2015, 42 zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 1, 7 ff. HwO.

<sup>722</sup> BVerfGE 86, 288 (320).

<sup>723</sup> S. BVerwG BeckRS 2008, 32136. S. dazu auch Kraft NVwZ 2020, 1229 (1232).

<sup>724</sup> ZB EuGH NVwZ 2010, 1419 („Winner Wetten“); BVerfG NJW 2010, 3422; BVerwG BeckRS 2013, 56767; ausführlich zum Anwendungsvorrang s. die Abhandlungen von Polzin JuS 2012, 1; Schöbener JA 2011, 885; Ehlers Jura 2011, 187. Nicht am Anwendungsvorrang teil haben Ultra-Vires-Akte (vgl. BVerfG NVwZ 2020, 857; s. dazu auch Ogorek JA 2020, 795 und die Anmerkung von Ruffert JuS 2020, 574).

<sup>725</sup> S. z.B.: OVG Münster BeckRS 2011, 56765; OVG Saarlouis BeckRS 2007, 20637 („Doc Morris“).

deutig („*acte clair*“) rechtswidrig ist oder die Rechtslage durch Rechtsprechung in einer Weise geklärt ist, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt („*acte éclairé*“), darf es die Norm nicht anwenden.<sup>726</sup> Es kann die Frage der Europarechtswidrigkeit ohne vorherige Vorlage an den EuGH in eigener Verantwortung beantworten.<sup>727</sup> Ob ein solcher Fall gegeben ist, ist vom nationalen Gericht unter Beachtung der Eigenheiten des Unionsrecht, der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung, insbesondere auch unter Berücksichtigung der mehreren gleichermaßen verbindlichen Sprachfassungen, der eigenständigen Terminologie und des Gesamtzusammenhangs sowie der Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der EU zu beurteilen.<sup>728</sup> Hat das VG „nur“ Zweifel über die Europarechtskonformität der deutschen Vorschrift, ist es nach dem Wortlaut des Art. 267 Abs. 2 AEUV zur Vorlage an den EuGH berechtigt. Da das Monopol des EuGH zur Auslegung der Unionsverträge jedoch auf jeden Fall berührt wird, wenn ein nationales Gericht sich über ein Gesetz, das Recht der EU umsetzt, hinwegsetzen will, ist die **Vorlagepflicht** über den Wortlaut des Art. 267 Abs. 3 AEUV hinaus nicht auf ein letztinstanzliches Gericht beschränkt, sondern **erfasst jedes Gericht**.<sup>729</sup> Auch ein deutsches Instanzgericht ist daher zu einer Klärung unionsrechtlicher Fragen durch eine Vorabentscheidung beim EuGH verpflichtet, wenn unklar ist, ob und inwieweit das Unionsrecht den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum belässt, sofern Anlass zur Vorlage des nationalen Umsetzungsrechts wegen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG besteht.

Der Verstoß gegen Unionsrecht wegen des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts führt **nicht zur Nichtigkeit** des angefochtenen Bescheids; die Rechtsgrundlage, auf der der VA beruht, kann in unionsrechtlich relevanten Fällen lediglich nicht angewendet werden.<sup>730</sup>

**Beispiele für klausurrelevante Anfechtungsklagen mit europarechtlichen Bezügen:** Klage gegen Untersagung der Veranstaltung von Glücksspielen,<sup>731</sup> Klage gegen eine polizeirechtliche Nutzungsuntersagung betreffend eine nordkoreanische Einrichtung,<sup>732</sup> Klage gegen ein sog. Zweckentfremdungsverbot (Aufforderung, die Nutzung der Wohnung als kurzfristige Beherbergungsmöglichkeit zu beenden und den Wohnraum wieder dauerhaften Wohnzwecken zuzuführen),<sup>733</sup> Klage gegen Etikettierung von Produkten in

319

<sup>726</sup> Vgl. EuGH NJW 2021, 3303; BVerfG NVwZ 2015, 52.

<sup>727</sup> Vgl. EuGH NJW 1983, 1257 („C. I. L. F. I. T.“) und EuZW 2016, 111 (s. dazu auch Streinz JuS 2016, 472); BVerfGE 82, 159 (1993). Die Anforderungen der *acte-clair*-Doktrin sind aber sehr hoch. Da es sich um eine gesetzlich ungeschriebene Ausnahme zu der Vorlagepflicht des Art. 267 Abs. 3 AEUV handelt, ist die Doktrin eng auszulegen. Erforderlich ist eine Antwort ohne jeden Zweifel. Eine vertretbare Wahl zwischen verschiedenen materiellrechtlichen Lösungsansätzen reicht nicht aus. Es muss vielmehr Sicherheit bestehen in dem Sinne, dass es keine Gegenmeinungen gibt oder diese als abwegig zu verwerfen sind (Thüsing/Sternberg ZESAR 2012, 30 (32)).

<sup>728</sup> OVG Koblenz BeckRS 2023, 24266 mwN.

<sup>729</sup> EuGH Slg. 1987, I-4199; BVerfG NJW 2012, 45; Frenz VR 2011, 165 (166). Die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV wird in den Fällen offensichtlich unhaltbar gehandhabt, in denen ein letztinstanzliches Hauptsachegericht eine Vorlage trotz der – seiner Auffassung nach bestehenden – Entscheidungserheblichkeit einer unionsrechtlichen Frage überhaupt nicht in Erwägung zieht, obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hegt und das Unionsrecht somit eigenständig fortbildet (BVerfG BeckRS 2015, 40881).

<sup>730</sup> BVerwG NVwZ 2000, 1039 und NVwZ 2011, 1016; VGH Mannheim BeckRS 2022, 4799.

<sup>731</sup> S. dazu die Klausur von von Detten/Frenzel JuS 2010, 811 sowie die Abhandlungen von Dörr/Urban Jura 2011, 681 und Lippert JA 2012, 124.

<sup>732</sup> S. dazu die Klausur von Zilles JA 2022, 742.

<sup>733</sup> Schmidt am Busch/Nischwitz GewArch 2018, 284–288.

deutscher Sprache,<sup>734</sup> Klage gegen Rückforderung einer zuvor gewährten Subvention.<sup>735</sup>

Ist die Gerichtsklausur so angelegt, dass Sie die Vereinbarkeit der einschlägigen Rechtsgrundlage mit Europarecht zu prüfen haben, wird auch hier im Ergebnis regelmäßig die gesetzliche Grundlage europarechtskonform sein.

### e) Die Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit

320 Sofern der Sachverhalt Anhaltspunkte bietet, ist zunächst die **formelle Rechtmäßigkeit des angefochtenen VA** zu erörtern. Dessen formelle Voraussetzungen ergeben sich vor allem aus dem VwVfG und den jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetzen, ausnahmsweise können sie auch der AO zu entnehmen sein.

321 In Betracht kommen folgende formellen Gesichtspunkte:

- Sachliche, instanzielle und örtliche **Zuständigkeit der Behörde** (Bearbeitervermerk oder abgedruckte Zuständigkeitsverordnung beachten)
- **Beachtung der Verfahrens- und Formvorschriften** im Einzelnen, insbesondere Anhörung (§ 28 VwVfG),<sup>736</sup> Form (§ 37 Abs. 2–4 VwVfG), Bekanntgabe (§ 41 VwVfG) und Begründungserfordernis (§ 39 VwVfG)<sup>737</sup>
- **Heilung oder Unbeachtlichkeit** eventuell festgestellter Fehler (§§ 45, 46, 47 VwVfG).<sup>738</sup>

Folgen Sie der teilweise vertretenen Auffassung, wonach auch die Bestimmtheit des VA (§ 37 Abs. 1 VwVfG) zur formellen Rechtmäßigkeit gehört, erörtern Sie diesen Prüfungspunkt ebenfalls an dieser Stelle.<sup>739</sup>

322 Zur Heilung ein **Formulierungsbeispiel** (Die Heilung einer unterbliebenen Anhörung durch das Widerspruchsverfahren ist unproblematisch und kann daher in der gebotenen Kürze abgehandelt werden):

„Die angefochtene Verfügung ist verfahrensfehlerfrei zustande gekommen. Zwar wurde der Kläger vor Erlass des Verwaltungsakts nicht angehört, obwohl dies § 28 Abs. 1 VwVfG<sup>740</sup> vorschreibt. Insbesondere konnte von der Anhörung nicht nach Abs. 2 der genannten Norm abgesehen werden, da keine der darin aufgeführten Ausnahmen gegeben ist. Jedoch ist dieser Verfahrensfehler nach § 45 Abs. 2 iVm Abs. 1 Nr. 3 VwVfG als geheilt anzusehen, da die erforderliche Anhörung, die bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich ist, im Widerspruchsverfahren nachgeholt wurde.“

<sup>734</sup> S. dazu die Klausur von Tappe/Mehlhaf JA 2014, 922.

<sup>735</sup> BVerwG NJW 1998, 3728; s. auch Ebeling/Tellenbröcker JuS 2014, 217.

<sup>736</sup> Näher dazu → Rn. 726.

<sup>737</sup> Näher dazu → Rn. 730, → Rn. 785 und → Rn. 789.

<sup>738</sup> Näher dazu → Rn. 727 f.; s. hierzu auch ausführlich Beaucamp JA 2007, 117. Zur Umdeutung fehlerhafter Verwaltungsakte gemäß § 47 VwVfG s. Windoffer Jura 2020, 791.

<sup>739</sup> Näher zu dieser Problematik → Rn. 331.

<sup>740</sup> Diese Vorschrift ist selbstverständlich unmittelbar nur anwendbar, wenn eine Bundesbehörde handelt. Ansonsten gelten die landesrechtlichen Parallelvorschriften oder Verweisungsnormen.



**f) Die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit****aa) Maßgeblicher Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage**

Die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des VA nimmt in der Regel den weitaus größten Teil der Examensarbeit ein. Damit der VA materiell rechtmäßig ist, müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen der einschlägigen Rechtsgrundlage vorliegen, der VA muss ferner an den richtigen Adressaten gerichtet sein, weiter muss der VA den allgemeinen Rechtmäßigkeitsanforderungen entsprechen und die Behörde muss die zulässige Rechtsfolge gewählt haben. 323

Achten Sie konsequent auf einen **klar gegliederten Aufbau** und erörtern Sie der Reihe nach Tatbestandsmerkmal für Tatbestandsmerkmal, falls der Fall Anlass hierzu gibt. Der **Prüfungsaufbau** ist **zweistufig**: zuerst erfolgt die **Prüfung der Rechtmäßigkeit des VA**, danach die **subjektive Rechtsverletzung des Klägers**. Sie müssen sich ferner darüber klar werden, auf welchen **Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage** es für die **Beurteilung der Rechtmäßigkeit** des angefochtenen VA ankommt.<sup>741</sup> Maßgeblich ist das jeweils einschlägige materielle Recht.<sup>742</sup> Bestimmt eine gesetzliche Regelung nichts Abweichendes, so ist nach **hM**<sup>743</sup> im Zweifel **auf den Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung** abzustellen.<sup>744</sup> Denn es ist die Aufgabe des VG, im Anfechtungsprozess die Rechtmäßigkeit einer getroffenen Behördenentscheidung zu überprüfen und eine rechtswidrig getroffene Entscheidung aufzuheben. Daraus folgt, dass eine Änderung der Sach- und Rechtslage nach der letzten Behördenentscheidung auf die Rechtmäßigkeit des VA grundsätzlich keinen Einfluss hat. Hat der Kläger in den Fällen des sog. „fakultativen Vorverfahrens“<sup>745</sup> unmittelbar Klage gegen den VA erhoben, bleibt der Zeitpunkt der Behördenentscheidung maßgebend.<sup>746</sup> Dies gilt ebenso, wenn das Vorverfahren entfällt.<sup>747</sup> 324

Bei der **Anordnung von erkennungsdienstlichen Maßnahmen** gilt Folgendes: Im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle einer noch nicht vollzogenen Anordnung zur erkennungsdienstlichen Behandlung kommt es für die Beurteilung der Notwendigkeit der Maßnahme auf die Sachlage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an.<sup>748</sup> Ist dagegen im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung bereits vollzogen, beurteilt sich die Notwendigkeit der angeordneten erkennungsdienstlichen Maßnahmen nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Vornahme dieser

<sup>741</sup> Ausführlich dazu Schenke JuS 2019, 833; Gärditz/Orth Jura 2013, 1100.

<sup>742</sup> ZB BVerwG DVBl 2008, 392; VGH München BeckRS 2020, 6736; OVG Münster GewArch 2019, 442.

<sup>743</sup> ZB BVerwG NVwZ 2001, 322; aA Kopp/Schenke/W.-R. Schenke/R.P. Schenke VwGO § 113 Rn. 35: Maßgebend ist der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung.

<sup>744</sup> So zB bei der **Fahrerlaubnisentziehung** (BVerwG NJW 2015, 2439 und BeckRS 2019, 19967; OVG Bremen NJW 2020, 1897) oder beim **Wideruf der Gaststättenerlaubnis** (VGH Kassel LKRZ 2012, 508), ebenso bei der Anfechtung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis durch einen Dritten (OVG Münster GewArch 2016, 158). Bei der Anfechtungsklage gegen eine **polizeirechtliche Sicherstellungsverfügung** stellt der VGH Mannheim (VBIBW 2019, 461) auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung ab, der VGH Kassel (DÖV 2015, 892) dagegen auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung. Ist nach Erhebung einer Untätigkeitsklage bis zur gerichtlichen Entscheidung kein Widerspruchsbescheid ergangen, so ist maßgeblicher Zeitpunkt für die gerichtliche Überprüfung der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung in der Tatsacheninstanz (s. VGH Mannheim VBIBW 2006, 354).

<sup>745</sup> → Rn. 259.

<sup>746</sup> VGH München BeckRS 2011, 46068.

<sup>747</sup> Vgl. zB VGH München BeckRS 2012, 58271.

<sup>748</sup> BVerwG NJW 1983, 1338.

Maßnahmen.<sup>749</sup> In Bezug auf die Frage, ob als Rechtsgrundlage für die Anordnung von erkennungsdienstlichen Maßnahmen § 81b Alt. 2 StPO oder die maßgebliche landesrechtliche Vorschrift anzuwenden ist, wurde in der Vergangenheit zum Teil vertreten, § 81b Alt. 2 StPO setze nicht voraus, dass die zum Zeitpunkt der Erstanordnung bestehende Beschuldigteneigenschaft bis zum Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung fortbestehe.<sup>750</sup> Nach *aA* musste, damit § 81b Alt. 2 StPO einschlägig ist, dagegen nicht nur im Zeitpunkt der Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung, sondern auch bei Erlass des Widerspruchsbescheids ein Straf- oder Ermittlungsverfahren gegen den Betroffenen geschwebt haben.<sup>751</sup> Die Streitfrage wurde durch das BVerwG<sup>752</sup> dahingehend entschieden, dass eine auf § 81b Alt. 2 StPO gestützte Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen nicht allein dadurch rechtswidrig wird, dass die Beschuldigteneigenschaft des Adressaten vor Erlass des Widerspruchsbescheids weggefallen ist.

Bei **DauerVA**<sup>753</sup> wie Verkehrszeichen,<sup>754</sup> bauordnungsrechtlichen Baueinstellungsverfügungen<sup>755</sup> oder Nutzungsuntersagungen<sup>756</sup>, Ingewahrsamnahmen<sup>757</sup>, Wohnungsverweisungen<sup>758</sup>, gaststättenrechtlichen Sperrzeitentscheidungen<sup>759</sup> oder glückspielrechtlichen Untersagungen<sup>760</sup> ist dagegen die **Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung** vor dem VG zugrunde zu legen, soweit es um die tatbestandlichen Voraussetzungen der einschlägigen Vorschrift geht; für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ermessensbetätigung der Behörde ist der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgebend.<sup>761</sup>

Eine **Gegenausnahme** ergibt sich bei der **Anfechtung einer Gewerbeuntersagung** nach § 35 Abs. 1 GewO aus § 35 Abs. 6 S. 2 GewO,<sup>762</sup> dh hier ist auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung abzustellen. Dies gilt auch für die Beurteilung der Notwendigkeit erkennungsdienstlicher Maßnahmen; hier ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Vornahme dieser Maßnahmen entscheidend.<sup>763</sup>

Bei **bauaufsichtlichen Beseitigungsanordnungen** kommt es grundsätzlich auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung an;<sup>764</sup> allerdings sind hinsichtlich der

<sup>749</sup> BVerwG NVwZ-RR 2014, 848.

<sup>750</sup> OVG Greifswald BeckRS 2016, 42877; OVG Bautzen NVwZ-RR 2001, 118.

<sup>751</sup> VGH Mannheim VBlBW 2016, 424; VGH München BeckRS 2004, 30060.

<sup>752</sup> NJW 2018, 3194.

<sup>753</sup> Ein DauerVA ist nach seinem Sinn und Zweck und dem einschlägigen materiellen Recht in seinen Wirkungen wesensgemäß auf Dauer angelegt. Er erschöpft sich nicht in einem einmaligen Ge- oder Verbot oder in einer einmaligen Gestaltung der Rechtslage, sondern begründet ein auf Dauer berechnetes oder in seinem Bestand vom VA abhängiges Rechtsverhältnis oder verändert es inhaltlich. Die Behörde hat den DauerVA auf fortbestehende Rechtmäßigkeit zu überwachen; für seine rechtliche Beurteilung ist vorbehaltlich einer anderweitigen materiellen Regelung die jeweils aktuelle Sach- und Rechtslage maßgeblich (BVerwG BeckRS 2014, 58790 und NVwZ-RR 2019, 456).

<sup>754</sup> BVerwG NJW 2004, 698; VGH Mannheim NJW 2016, 3798.

<sup>755</sup> OVG Bautzen BeckRS 2019, 18587.

<sup>756</sup> VGH München NVwZ-RR 2015, 607.

<sup>757</sup> VGH Mannheim DVBl 2011, 626.

<sup>758</sup> OVG Münster NJW 2015, 1468.

<sup>759</sup> S. hierzu VGH Mannheim NVwZ-RR 2003, 745.

<sup>760</sup> BVerwG NVwZ 2014, 151.

<sup>761</sup> VGH Mannheim GewArch 2003, 496 (497). Vgl. auch OVG Münster NWVBl. 2019, 302. Jedoch können hier Ermessenserwägungen bis zur mündlichen Verhandlung ergänzt werden.

<sup>762</sup> BVerwG NVwZ 2015, 1544; OVG Bautzen BeckRS 2022, 40424.

<sup>763</sup> OVG Lüneburg NdsVBl. 2008, 174.

<sup>764</sup> Vgl. BVerwG NVwZ 2014, 454; OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2017, 115591.