

PROF. DR. JOSEF FRANZ LINDNER UND WISS. MITARBEITERIN DIANE JAHR\*

# Der unzureichend begründete Verwaltungsakt

## Das Verhältnis der §§ 39, 40, 45 VwVfG zu § 114 S. 2 VwGO

Auf der Basis der dogmatischen Überlegungen der Autoren (Lindner/Jahr, JuS 2013, 673) werden für die dort unter III dargestellten Fallkonstellationen zusammenfassend die folgenden Lösungshinweise gegeben.

### I. Einleitung und Prüfungsschema<sup>1</sup>

Bei den Fallkonstellationen ist genau darauf zu achten, ob die Problematik des Nachholens der Begründung und/oder des Nachschiebens von Gründen betroffen ist. Das Nachholen der Begründung ist im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit des VA unter dem Punkt „Form“, das Nachschieben von Gründen im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit des VA zu prüfen.

- I. Formelle Rechtmäßigkeit des VA
  1. Zuständigkeit
  2. Verfahren
  3. Form
    - a) Verstoß gegen § 39 I VwVfG
    - b) Heilung gem. § 45 I Nr. 2 VwVfG
- II. Materielle Rechtmäßigkeit des VA
  1. Vereinbarkeit mit der Rechtsgrundlage
  2. Ordnungsgemäße Ermessensausübung
 Jeweils unter Berücksichtigung der Problematik des Nachschiebens von Gründen.

### II. Fälle zum gebundenen Verwaltungsakt

*Fall 1:* Die Behörde erlässt gegenüber dem A einen gebundenen belastenden VA – z. B. die Rücknahme oder den Widerruf einer Gaststättenerlaubnis (§ 15 I, II GaststättenG) oder die Untersagung eines Gewerbes (§ 35 I GewO) –, ohne diesem eine Begründung beizufügen. A legt Widerspruch ein, der ebenfalls ohne Begründung zurückgewiesen wird. Nunmehr erhebt A – in Unkenntnis einer Begründung – gegen den VA vor dem VG Anfechtungsklage (§§ 40 I, 42 I Var. 1 VwGO). Im Prozess reicht die Behörde sodann eine Begründung für den VA nach.

*Zu Fall 1:* Der VA ist mangels Begründung wegen Verstoßes gegen die Formvorschrift des § 39 I VwVfG formell rechtswidrig. Diese formelle Rechtswidrigkeit wird jedoch durch das Nachholen einer i. S. des § 39 I VwVfG ordnungsgemäßen Begründung nach § 45 I Nr. 2 VwVfG geheilt. Die Nachholung kann bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erfolgen (§ 45 II VwVfG). Der VA ist damit *formell* rechtmäßig.

Über die *materielle* Rechtmäßigkeit des VA ist damit noch überhaupt nichts gesagt. Diese richtet sich vielmehr ausschließlich nach dem materiellen Recht (also z. B. nach § 15 II, III GaststättenG, § 35 GewO). Dieses Recht hat das VG dem Prozess von Amts wegen zu Grunde zu legen (*iura novit curia*). Gleiches gilt für die Ermittlung der unter die Befugnisnormen zu subsumierenden Tatsachen

(§ 86 VwGO). Wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes kommt es bei gebundenen Verwaltungsakten auf die Begründung der Behörde materiell-rechtlich gar nicht an. Daher stellt sich auch das Problem des Nachschiebens von Gründen nicht; diese muss das Gericht vielmehr von sich aus ermitteln. Trägt die Behörde (neue) Gründe nach Klageerhebung vor (eventuell auf Anregung des Gerichts hin), hat das Gericht diese zu prüfen und seiner Entscheidung nach § 113 I 1 VwGO gegebenenfalls zu Grunde zu legen. Auf § 114 S. 2 kommt es dabei nicht an. Dieser gilt nur für Ermessensentscheidungen.

Auch für eine analoge Anwendung des § 114 S. 2 VwGO auf gebundene Verwaltungsakte ist kein Raum<sup>2</sup>. Das Problem des „Nachschiebens“ wird bei gebundenen Verwaltungsakten (auch bei solchen mit unbestimmten Rechtsbegriffen) allein durch § 86 VwGO bewältigt. Dies kann dazu führen, dass sich der (formell geheilte) VA auch materiell als rechtmäßig erweist, weil das Gericht nach Prüfung der Sach- und Rechtslage (von Amts wegen) unter Berücksichtigung der nachgeholtten Begründung zum Ergebnis kommt, dass der (gebundene) VA mit seiner Befugnisnorm vereinbar, also rechtmäßig ist. Dann ist die Klage abzuweisen und der Kl. müsste eigentlich die Kosten tragen (§ 154 I VwGO). Dies wäre unbillig, weil der Kl. in Kenntnis der Gründe vielleicht gar nicht geklagt hätte. In einem solchen Fall können die Kosten des Verfahrens dem Bekl. nach § 155 IV VwGO auferlegt werden. Im Lichte des Art. 19 IV GG ist das „können“ in § 155 IV VwGO als „müssen“ auszulegen.

*Fall 2:* Wie *Fall 1*, nur mit dem Unterschied, dass dem VA zwar eine Begründung beigelegt ist, diese aber aus der Sicht der Behörde noch nicht die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe enthält. Die Behörde reicht daher im Verwaltungsprozess eine aus ihrer Sicht vollständige Begründung nach.

*Zu Fall 2:* Dieser Fall ist wie *Fall 1* zu lösen. Der VA ist wegen Verstoßes gegen § 39 I VwVfG formell rechtswidrig, weil die Behörde nicht die *aus ihrer Sicht* wesentlichen Gründe mitgeteilt hat. Dieser Fehler kann nach § 45 I Nr. 2, II VwVfG geheilt werden. Hinsichtlich der materiellen Rechtmäßigkeit gilt das zu *Fall 1* Ausgeführte.

\* Der Autor *Lindner* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Universität Augsburg; die Autorin *Jahr* ist Wiss. Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

1 Ausführliches Prüfungsschema für die Prüfung der Rechtmäßigkeit eines VA bei *Lindner*, ÖffR – Syst. Lehrbuch zur Examensvorbereitung im Freistaat Bayern, 2012, Rdnr. 979.

2 Anders wohl *Kopp/Schenke*, VwGO, 18. Aufl. (2012), § 113 Rdnr. 62.

*Fall 3:* Wie *Fall 1*, nur mit dem Unterschied, dass der VA zwar eine Begründung enthält und diese aus der Sicht der Behörde auch ausreichend ist. Das VG ist jedoch der Auffassung, die Begründung der Behörde sei inhaltlich unzureichend, woraufhin diese entsprechende Gründe nachschiebt.

*Zu Fall 3:* Die Begründung nach § 39 I VwVfG ist formell in Ordnung, da es dafür allein auf die Sicht der Behörde ankommt. Ist das Gericht der Ansicht, die Begründung sei sachlich oder rechtlich unzureichend, ändert dies an der Einhaltung der Vorschrift des § 39 I VwVfG und damit der formellen Rechtmäßigkeit des VA nichts. „Schiebt“ die Behörde Gründe nach, fällt dies nicht unter § 45 I Nr. 2 VwVfG, da diese Vorschrift mangels eines Formfehlers gar nicht anwendbar ist. Vielmehr wird eine solche Fallgestaltung vom Amtsermittlungsgrundsatz (§ 86 VwGO) erfasst. Die Behörde kann ihre Begründung auf Anregung des Gerichts oder von sich aus ergänzen oder präzisieren.

*Fall 4:* Wie *Fall 1*, nur mit dem Unterschied, dass der VA zwar eine Begründung enthält, diese auch vollständig ist, sich jedoch im Laufe des Prozesses als sachlich und/oder rechtlich falsch erweist, z. B. eine falsche Befugnisnorm nennt oder von einem tatsächlich nicht zutreffenden Sachverhalt ausgeht. Die Behörde korrigiert ihre Begründung nachträglich.

*Zu Fall 4:* Die von der Behörde abgegebene Begründung entspricht den Voraussetzungen des § 39 I VwVfG, sie enthält die aus Behördensicht entscheidungsrelevanten tatsächlichen und rechtlichen Gründe. Damit ist der VA formell rechtmäßig. Dass die Begründung sachlich oder rechtlich falsch ist, ändert an der formellen Rechtmäßigkeit des VA nichts. § 45 I Nr. 2, II VwVfG ist nicht anwendbar. Bezüglich der materiellen Rechtmäßigkeit des VA gilt das Gleiche wie in *Fall 1–3*.

### III. Ermessens-Verwaltungsakte

*Fall 5:* Die Behörde erlässt gegenüber dem A einen im Ermessen stehenden VA, z. B. die Rücknahme oder den Widerruf eines Subventionsbescheids oder eine bauordnungsrechtliche Abrissverfügung<sup>3</sup>. Der Bescheid enthält keine Begründung und daher auch keine Hinweise darauf, ob und wie die Behörde von ihrem Ermessen Gebrauch gemacht hat. Auch aus den Akten der Behörde ist keine Ermessensausübung erkennbar (Ermessensausfall oder Ermessensnichtgebrauch). Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren klagt A vor dem VG. Nunmehr reicht die Behörde einen Schriftsatz beim Gericht ein, in dem sie erstmals Ermessenserwägungen anstellt.

*Zu Fall 5:* Da der Bescheid keine Begründung nach § 39 I 2, 3 VwVfG enthält, ist er formell rechtswidrig. Diese formelle Rechtswidrigkeit wird durch das Nachholen einer ordnungsgemäßen Begründung nach § 45 I Nr. 2 VwVfG geheilt. Die Nachholung kann bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erfolgen (§ 45 II VwVfG). Der VA ist damit insoweit geheilt, also *formell* rechtmäßig.

Über die *materielle* Rechtmäßigkeit ist damit noch gar nichts ausgesagt. Diese richtet sich ausschließlich nach dem

materiellen Recht (also z. B. nach §§ 48, 49 VwVfG oder nach Art. 76 S. 1 BayBO). Bezüglich der Sachverhaltsermittlung und der rechtlichen Würdigung gilt zunächst der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 86 VwGO).

Allerdings unterscheidet sich *Fall 5* dadurch von *Fall 1–4*, dass eine Ermessensentscheidung vorliegt. Insoweit gilt der gerichtliche Amtsermittlungsgrundsatz eingeschränkt: Das Gericht hat zwar Sachverhalt und Rechtsgrundlage von sich aus zu ermitteln, kann jedoch nicht selbst das Ermessen ausüben. Dies ergibt sich aus § 114 S. 1 VwGO, wonach das Gericht nur die Rechtmäßigkeit der Ermessensausübung durch die Behörde überprüfen, das Ermessen aber nicht selbst ausüben darf. Da die Behörde in *Fall 5* noch überhaupt keine Ermessenserwägungen angestellt hat, kann der VA nur dann materiell rechtmäßig sein, wenn das Gericht die von der Behörde nachgeschobenen Ermessenserwägungen berücksichtigen dürfte und diese keine Ermessensfehler aufweisen. Enthalten sie Ermessensfehler, kommt es auf die Zulässigkeit des Nachschiebens gar nicht an, der Klage ist nach § 113 I 1 VwGO stattzugeben. Erweisen sich die nachgeschobenen Ermessenserwägungen hingegen als ermessensgerecht i. S. des § 40 VwVfG, kommt es darauf an, ob das Nachschieben zulässig war, das Gericht die nachgeschobenen Erwägungen berücksichtigen, „verwerten“ darf. Dazu sind zunächst die materiellen Nachschubgrenzen zu prüfen (dazu im Aufsatz unter VI 3). Selbst wenn diese vorliegen, scheidet das Nachschieben im *Fall 5* aber an § 114 S. 2 VwGO, da im erstmaligen Anstellen von Ermessenserwägungen keine „Ergänzung“ i. S. des § 114 S. 2 VwGO liegt. § 114 S. 2 VwGO eröffnet der handelnden Behörde nicht<sup>4</sup> die Möglichkeit, ein gänzlich nicht ausgeübtes Ermessen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nachzuholen<sup>5</sup>. Das *Gericht* darf die nachgeschobenen Erwägungen mithin nicht verwerten und wird den VA wegen materieller Rechtswidrigkeit auf Grund Ermessensausfalls aufheben (§ 113 I 1 VwGO).

*Fall 6:* Wie *Fall 5*, jedoch hat die Behörde laut behördeninterner Akten Ermessenserwägungen angestellt, diese jedoch in die Begründung des VA nicht aufgenommen. Nach Klageerhebung trägt die Behörde die Ermessenserwägungen (aus den Akten) in einem Schriftsatz erstmals vor.

*Zu Fall 6:* Dieser Fall ist im Ergebnis wie *Fall 5* zu lösen. Es kann keinen Unterschied machen, ob die Behörde überhaupt keine (wie in *Fall 5*) oder nur intern (wie in *Fall 6*) Ermessenserwägungen angestellt hat und diese erstmals vor Gericht vorträgt.

*Fall 7:* Die Behörde erlässt gegenüber dem A einen im Ermessen stehenden VA. In der Begründung werden zwar Ermessenserwägungen angestellt, jedoch nicht alle wesentlichen Gesichtspunkte in die Ermessensausübung eingestellt, die nach dem Zweck der Ermächtigung einzustellen wären bzw. es werden auch sachfrem-

3 Die Rechtsgrundlage dafür findet sich in den Landes-Bauordnungen: z. B. Art. 76 S. 1 BayBO, § 61 I NWBO, § 47 I BadWürttLBO, § 58 I NdsBauO, § 53 II HessBO.

4 *BVerwG*, NVwZ 2007, 470 = JuS 2007, 1049 (*Hufen/Waldhoff*); *VGH München*, BayVBl 1999, 150 (152); *Kopp/Schenke* (o. Fußn. 2), § 113 Rdnr. 72.

5 *VGH München*, BeckRS 2012, 54265; *OVG Münster*, BeckRS 2012, 59281.

de Erwägungen angestellt (Ermessensdefizit). Nach Klageerhebung schiebt die Behörde einen Schriftsatz nach, in dem sie die bislang nicht berücksichtigten Gesichtspunkte nachreicht bzw. die sachfremden Erwägungen zurücknimmt.

*Zu Fall 7:* Der VA ist formell rechtmäßig, da die Begründung dem § 39 I VwVfG genügt. Dass die Ermessenserwägungen defizitär sind, ändert an der formellen Rechtmäßigkeit des VA nichts. Es handelt sich dabei vielmehr um eine materiell-rechtliche Frage (§ 40 VwVfG).

Fraglich ist, ob das Ermessensdefizit durch das Nachschieben von Gründen ausgeglichen werden kann. Dafür ist nicht § 45 I Nr. 2, II VwVfG maßgeblich, sondern neben den materiellen Nachschubvoraussetzungen der § 114 S. 2 VwGO. Beim Ermessensdefizit hat die Behörde die Tatsachengrundlage für ihre Ermessensentscheidung nicht ausreichend ermittelt und einen oder mehrere wesentliche Gesichtspunkte außer Acht gelassen bzw. sachfremde Erwägungen angestellt. Fraglich ist, ob das Nachschieben (oder Korrigieren) dieser Gesichtspunkte ein „Ergänzen“ i. S. des § 114 S. 2 VwGO darstellt. Dies ist nicht pauschal zu beantworten. Zunächst wird man bei einem Nachschieben von ermessensrelevanten Gesichtspunkten nicht stets annehmen können, es handle sich um keine Ergänzung, da ansonsten für ein Nachschieben kein Raum wäre, für § 114 S. 2 VwGO also praktisch kein Anwendungsbereich bestünde, was dem Willen des Gesetzgebers widerspricht. Allerdings wird man § 114 S. 2 VwGO zu Gunsten des Bürgers im Lichte des Art. 19 IV GG streng handhaben müssen. Sind die nachgeschobenen Gesichtspunkte im Hinblick auf die übrigen Gesichtspunkte und im Rahmen der Ge-

samt abwägung erheblich, scheidet das Nachschieben an § 114 S. 2 VwGO, da es sich dann nicht mehr um eine bloße Ergänzung handelt. Hingegen muss der Behörde zugestanden werden, ihre Ermessensentscheidung hinsichtlich der tatsächlichen Sachlage zu ergänzen und weitere ermessensrelevante Gesichtspunkte auch nachträglich noch in die Ermessensentscheidung aufzunehmen, wenn diesen im Rahmen der Einzel- und Gesamtgewichtung untergeordnete Bedeutung beizumessen ist<sup>6</sup>. Letztlich kommt es hier auf den Einzelfall an.

*Fall 8:* Wie *Fall 7*, nur mit dem Unterschied, dass die Behörde zwar alle im Hinblick auf den Zweck der Ermessensvorschrift wesentlichen Gesichtspunkte vorträgt und auch keine sachfremden Erwägungen anstellt, jedoch einzelne Gesichtspunkte oder die Gesichtspunkte in ihrem Verhältnis zueinander fehlerhaft gewichtet (Ermessensdisproportionalität<sup>7</sup>). Nach Klageerhebung korrigiert die Behörde die Gewichtung in einem Schriftsatz.

*Zu Fall 8:* Es gelten die gleichen Erwägungen wie zu *Fall 7*. Fraglich ist auch hier, ob in einer nachgeschobenen Umgewichtung eines oder einzelner Ermessensgesichtspunkte oder in einer nachgeschobenen Korrektur der Gesamtgewichtung noch eine Ergänzung i. S. des § 114 S. 2 VwGO zu sehen ist. Auch hier ist auf die Bedeutung des betroffenen Gesichtspunkts (etwa Grundrechtsrelevanz) und das Ausmaß dessen Fehlgewichtung abzustellen (dazu *Lindner/Jahr*, JuS 2013, 673 u. VI 5). Fehler in der Gesamtgewichtung selbst dürften immer wesentlich sein, so dass die Vornahme einer erneuten, nachgeschobenen Gesamtgewichtung an § 114 S. 2 VwGO scheitert. Das Gericht darf die nachgeschobenen Erwägungen dann nicht verwerten.

<sup>6</sup> *Kopp/Schenke* (o. Fußn. 2), § 113 Rdnr. 72.

<sup>7</sup> Die Terminologie zu den Ermessensfehlern ist nicht einheitlich. Überwiegend werden die hier – in Anlehnung an die Abwägungslehre – verwendeten Termini „Ermessensdefizit“ und „Ermessensdisproportionalität“ unter dem Begriff „Ermessensfehlgebrauch“ oder „Ermessensmissbrauch“ zusammengefasst (so etwa *Maurer*, Allg. VerwR, 18. Aufl. (2011), § 7 Rdnrn. 19 ff.).