

# Übungsfall: Der fragwürdige Widerrufsvorbehalt

Von Prof. Dr. Mehrdad Payandeh, LL.M., Hamburg\*

*Der Fall ist zum Teil der Entscheidung BVerwG, Urt. v. 9.12.2015 – 6 C 37/14 = NVwZ 2016, 699 nachgebildet. Studentisch aufbereitete Besprechungen finden sich in JuS 2016, 959 (Christian Waldhoff) und JA 2016, 799 (Timo Hebel). Der Fall thematisiert einerseits Klassikerprobleme des allgemeinen Verwaltungsrechts, andererseits verlangt er den argumentativen Umgang mit einem Problem (aus dem Bereich der Nebenbestimmungen), zu dem kein Detailwissen verlangt wird, sowie die Anwendung von unbekanntem Vorschritten aus dem Privatschulrecht. Der Sachverhalt spielt in Hamburg, vergleichbare Regelungen über Privatschulen finden sich aber auch in den anderen Bundesländern. Aus der Anwendung des Hamburgischen Verwaltungsverfahrensgesetzes ergeben sich keine Besonderheiten.*

## Sachverhalt

A betreibt seit 2010 eine nach dem Hamburgischen Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft (HmbSfTG) genehmigte Privatschule P als Ersatzschule in Hamburg. Der Betrieb läuft erfolgreich und ohne Beanstandung durch die zuständige Behörde für Schule und Berufsbildung. Allerdings darf die P-Privatschule bislang keine Abschlussprüfungen abnehmen und keine Abschlusszeugnisse ausstellen, denn hierfür ist nach dem HmbSfTG neben der Genehmigung auch noch die Verleihung der staatlichen Anerkennung erforderlich. Das hat zur Folge, dass die Schülerinnen und Schüler der P-Privatschule ihre Abschlussprüfungen an staatlichen Schulen ablegen müssen. Um das zu ändern beantragt A bei der Behörde für Schule und Berufsbildung die Verleihung der staatlichen Anerkennung.

Die Behörde für Schule und Berufsbildung kommt zu der – sachlich zutreffenden – Einschätzung, dass die Voraussetzungen für die staatliche Anerkennung der P-Privatschule vorliegen. Insbesondere sind die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 2 (i.V.m. Abs. 5) HmbSfTG erfüllt, wonach die Lehrkräfte an einer Privatschule eine den Lehrkräften an staatlichen Schulen vergleichbare wissenschaftliche Ausbildung aufweisen müssen. Allerdings habe es in der Vergangenheit immer mal wieder das Problem gegeben, dass Privatschulen diese Voraussetzung zum Zeitpunkt der staatlichen Anerkennung erfüllten, dann aber in der Folgezeit aufgrund personeller Veränderungen ein nicht unerheblicher Teil der Lehrkräfte den Anforderungen des § 6 Abs. 2 Nr. 2 HmbSfTG nicht mehr genüge. Es gebe zwar keine konkreten Anhaltspunkte für eine entsprechende Entwicklung innerhalb der P-Privatschule, da man dies aber nie ausschließen könne, erlässt die Behörde gegenüber der A – aber ohne die A anzuhören – einen Bescheid mit folgendem Inhalt:

„Hiermit wird der P-Privatschule die staatliche Anerkennung verliehen. Diese Anerkennung kann widerrufen werden, sobald mehr als ein Drittel der an der P-Privatschule tätigen Lehrkräfte die Anforderungen des § 6 Abs. 2 Nr. 2 HmbSfTG nicht mehr erfüllt.“

Der Bescheid wird begründet, mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen und am Montag, den 12.6.2017 zur Post aufgegeben. A findet den Bescheid am Dienstag, den 13.6.2017 in ihrem Briefkasten, freut sich über die staatliche Anerkennung, ist aber mit dem Vorbehalt des Widerrufs nicht einverstanden. Sie legt daher am Freitag, den 14.7.2017 bei der Behörde für Schule und Berufsbildung Widerspruch gegen diesen Zusatz ein und bringt dabei ihre Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Widerrufsvorbehalts zum Ausdruck. Die Behörde nimmt diese Bedenken zur Kenntnis, hält aber an ihrer Entscheidung fest. Sie beruft sich auf § 9 Abs. 1 HmbSfTG, der darauf abstelle, dass eine staatlich anerkannte Privatschule dauerhaft die Voraussetzungen für einen ordnungsgemäßen Betrieb erfüllen müsse, sodass die Behörde sich die Möglichkeit offenhalten müsse, einschreiten zu können, sobald dies nicht mehr der Fall sei. Die Behörde erlässt daher einen Widerspruchsbescheid, mit dem sie den Widerspruch der A als unbegründet zurückweist. Der Widerspruchsbescheid wird ordnungsgemäß begründet und der A zugestellt.

A erhebt beim zuständigen Verwaltungsgericht form- und fristgerecht Klage gegen den Widerrufsvorbehalt.

## Aufgabe 1

Hat die Klage der A Aussicht auf Erfolg? Erstellen Sie ein umfassendes Gutachten.

## Abwandlung

Im Ausgangsfall erhebt A keinen Widerspruch gegen den Widerrufsvorbehalt und geht auch nicht gerichtlich gegen diesen vor. Zwei Jahre nach der Erteilung der staatlichen Anerkennung stellt sich heraus, dass infolge zahlreicher personeller Wechsel nunmehr ein Großteil der Lehrkräfte der P-Privatschule keine wissenschaftliche Ausbildung im Sinne des § 6 Abs. 5 S. 1 HmbSfTG vorweisen kann und damit den Anforderungen des § 6 Abs. 2 Nr. 2 HmbSfTG nicht mehr genügt. Die Behörde setzt der A eine Frist von einem Jahr, um hierfür Abhilfe zu schaffen. Als auch nach einem Jahr ein Großteil der Lehrkräfte keine entsprechende Qualifikation vorweisen kann, erklärt die Behörde gegenüber A in formell ordnungsgemäßer Weise und fristgerecht den Widerruf der staatlichen Anerkennung der P-Privatschule. Die Behörde stützt sich dabei auf den Widerrufsvorbehalt und führt aus, dass der im Widerrufsvorbehalt angeführte Grund für den Widerruf eingetreten sei. Ob der Widerrufsvorbehalt rechtswidrig sei, sei im Rahmen der Entscheidung über den Widerruf unerheblich. Jedenfalls müsse der Widerruf erfolgen, um der veränderten Sachlage Rechnung zu tragen. Gegenüber dem öffentlichen Interesse daran, dass der Lehrkörper einer staatlich anerkannten Privatschule hinreichend qualifiziert

---

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Recht, Europarecht und Öffentliches Recht an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Fall wurde im Juli 2017 als Examensübungsklausur an der Bucerius Law School gestellt. Besonderer Dank für wertvolle Unterstützung bei der Überarbeitung des Beitrags gilt Fabian Eichberger.

sei, müssten etwaige schützenswerte Interessen der A zurücktreten.

## Aufgabe 2

Ist der Widerruf der Erteilung der staatlichen Anerkennung rechtmäßig? Gehen Sie dabei von der Rechtswidrigkeit des Widerrufsvorbehalts aus.

### Auszug aus dem Hamburgischen Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft (HmbSfTG)<sup>1</sup>

#### § 1 HmbSfTG Begriffsbestimmungen

(1) Schulen in freier Trägerschaft wirken als Ersatzschulen oder als Ergänzungsschulen neben und an Stelle staatlicher Schulen bei der Erfüllung des Bildungs- und Erziehungsauftrags der Schulen nach Maßgabe des Hamburgischen Schulgesetzes eigenverantwortlich mit. [...]

#### § 6 HmbSfTG Genehmigungsvoraussetzungen

(1) Eine Ersatzschule darf nur mit Genehmigung der zuständigen Behörde errichtet und erweitert werden.

(2) Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn [...],

2. die schulischen Einrichtungen und die Ausbildung der Lehrkräfte gewährleisten, dass die Bildungs- und Erziehungsziele der Ersatzschule erreicht werden, [...]. [...]

(5)<sup>1</sup> Die Anforderungen an die Ausbildung der Lehrkräfte nach Absatz 2 Nummer 2 sind erfüllt, wenn die Lehrkräfte eine wissenschaftliche Ausbildung nachweisen, die eine dem pädagogischen Konzept entsprechende fachliche und pädagogische Vorbereitung zum Inhalt hat und die der wissenschaftlichen Ausbildung der Lehrkräfte an staatlichen Schulen gleichwertig ist. [...]

#### § 7 HmbSfTG Rücknahme, Widerruf, Erlöschen und Übergang der Genehmigung

(1) Vor der Rücknahme einer Genehmigung ist dem Schulträger Gelegenheit zu geben, innerhalb einer von der zuständigen Behörde festgesetzten Frist die Voraussetzungen der Genehmigung zu schaffen, indem er die von ihr beanstandeten Mängel beseitigt.

(2) Vor dem Widerruf einer Genehmigung ist dem Schulträger Gelegenheit zu geben, innerhalb einer von der zuständigen Behörde festgesetzten Frist die Voraussetzungen der Genehmigung wiederherzustellen, indem er die von ihr beanstandeten Mängel beseitigt. [...]

#### § 9 HmbSfTG Staatliche Anerkennung von Ersatzschulen

(1) Einer Ersatzschule wird von der zuständigen Behörde auf Antrag die staatliche Anerkennung verliehen, wenn der Schulträger die Gewähr dafür bietet, dass die Genehmigungsvoraussetzungen auf Dauer erfüllt werden.

(2)<sup>1</sup> Mit der Anerkennung erhält die Ersatzschule das Recht, nach den Vorschriften Prüfungen abzuhalten, die für

die entsprechende staatliche Schule gelten, sowie Abschlüsse und Zeugnisse zu erteilen, die die gleichen Berechtigungen verleihen wie diejenigen der entsprechenden staatlichen Schule. [...]

(4)<sup>1</sup> Für Rücknahme, Widerruf und Übergang der staatlichen Anerkennung gilt § 7 Absätze 1, 2 [...] entsprechend [...].

### Bearbeitervermerk

Weitere Vorschriften des Hamburgischen Gesetzes über Schulen in freier Trägerschaft (HmbSfTG) sind für die Bearbeitung nicht relevant.

### Anmerkungen zum Landesrecht

Die Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der Privatschulen steht den Ländern zu, allerdings enthält Art. 7 Abs. 4 GG bereits einige verfassungsrechtliche Anforderungen an den Betrieb von Privatschulen. Ähnliche Regelungen wie im Hamburgischen Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft existieren daher auch in den anderen Bundesländern:

- So sehen entsprechend § 6 Abs. 1 HmbSfTG (und Art. 7 Abs. 4 S. 2 GG) alle Bundesländer die Genehmigungsbedürftigkeit von Schulen in freier Trägerschaft (Privatschulen), die als Ersatzschulen betrieben werden sollen, vor.<sup>2</sup>
- Entsprechend § 6 Abs. 2 Nr. 2 HmbSfTG (und Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG) ist Voraussetzung für die Genehmigung unter anderem, dass die Ausbildung der Lehrkräfte gewährleistet, dass die schulischen Bildungs- und Erziehungsziele erreicht werden.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> § 4 Abs. 1 Privatschulgesetz Baden-Württemberg; Art. 92 Abs. 1 Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen; § 98 Abs. 1 Schulgesetz Berlin; § 121 Abs. 1 Brandenburgisches Schulgesetz; § 5 Abs. 1 S. 1 Privatschulgesetz Bremen; § 171 Abs. 1 Hessisches Schulgesetz; § 119 Abs. 1 Schulgesetz Mecklenburg-Vorpommern; § 143 Abs. 1 Niedersächsisches Schulgesetz; § 101 Abs. 1 Schulgesetz Nordrhein-Westfalen; § 6 Abs. 1 Privatschulgesetz Rheinland-Pfalz; § 6 Abs. 1 Privatschulgesetz Saarland; § 4 Abs. 1 Sächsisches Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft; § 16 Abs. 2 Schulgesetz Sachsen-Anhalt; § 115 Abs. 1 Schulgesetz Schleswig-Holstein; § 4 Abs. 2 Thüringer Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft.

<sup>3</sup> § 5 Abs. 1 Privatschulgesetz Baden-Württemberg; Art. 92 Abs. 2 Nr. 2 Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen; § 98 Abs. 3 Nr. 2 Schulgesetz Berlin; § 121 Abs. 2 Nr. 2 Brandenburgisches Schulgesetz; § 5 Abs. 2 Nr. 2 Privatschulgesetz Bremen; § 171 Abs. 3 Hessisches Schulgesetz; § 120 Abs. 1 Nr. 2 Schulgesetz Mecklenburg-Vorpommern; § 144 Abs. 1 Niedersächsisches Schulgesetz; § 101 Abs. 1 S. 2 Schulgesetz Nordrhein-Westfalen; § 6 Abs. 2 lit. a Privatschulgesetz Rheinland-Pfalz; § 7 Abs. 1 lit. a Privatschulgesetz Saarland; § 5 Abs. 1 Nr. 1 Sächsisches Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft; § 16 Abs. 3 Nr. 1 Schulgesetz Sachsen-Anhalt; § 115 Abs. 3 Nr. 1 Schulgesetz Schleswig-Holstein (durch Verweis auf Art. 7 Abs. 4 S. 3

<sup>1</sup> In der Fassung vom 21.9.2004; HmbGVBl. 2004, S. 365; zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.7.2015 (HmbGVBl. 2015, S. 190).

- Diese Voraussetzung wird zum Teil entsprechend § 6 Abs. 5 HmbSfTG dahingehend konkretisiert, dass diese Anforderungen an die Lehrkräfte durch eine Ausbildung nachgewiesen ist, die der Ausbildung von Lehrerinnen und Lehrern an entsprechenden öffentlichen Schulen gleichkommt. Größtenteils erfolgt dies in derselben Vorschrift.<sup>4</sup>
- Die Erteilung der staatlichen Anerkennung wird entsprechend § 9 Abs. 1 HmbSfTG regelmäßig daran geknüpft, dass die Privatschule (beziehungsweise der Schulträger) die Gewähr dafür besitzt, dass die Genehmigungsvoraussetzungen auf Dauer erfüllt werden.<sup>5</sup> Allein in Nordrhein-Westfalen gibt es keine separate staatliche Anerkennung, sondern mit der Genehmigung geht automatisch das Recht zur Abnahme von Prüfungen, zur Erteilung von Zeugnissen und zur Vergabe von Abschlüssen einher.<sup>6</sup>
- Ergänzende Regelungen über Widerruf und Rücknahme der Genehmigung beziehungsweise der Erteilung der staatlichen Anerkennung wie in §§ 7, 9 Abs. 4 HmbSfTG finden sich nur im Landesrecht einiger Bundesländer.<sup>7</sup>

GG); § 5 Abs. 1 Nr. 1 Thüringer Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft.

<sup>4</sup> § 5 Abs. 3 Privatschulgesetz Baden-Württemberg; Art. 92 Abs. 2 Nr. 2 Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen; § 98 Abs. 3 Nr. 2 Schulgesetz Berlin; § 121 Abs. 2 Nr. 2 Brandenburgisches Schulgesetz; § 5 Abs. 2 Nr. 2 Privatschulgesetz Bremen; § 173 Abs. 1 Hessisches Schulgesetz; § 120 Abs. 2 Schulgesetz Mecklenburg-Vorpommern; § 144 Abs. 3 Niedersächsisches Schulgesetz; § 101 Abs. 1 S. 2 Schulgesetz Nordrhein-Westfalen; § 6 Abs. 2 lit. a Privatschulgesetz Rheinland-Pfalz; § 7 Abs. 1 lit. a Privatschulgesetz Saarland; § 5 Abs. 2 Sächsisches Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft; § 16a Abs. 1 Schulgesetz Sachsen-Anhalt; § 5 Abs. 2 Thüringer Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft.

<sup>5</sup> § 10 Abs. 1 Privatschulgesetz Baden-Württemberg; Art. 100 Abs. 1 Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen; § 100 Abs. 1 Schulgesetz Berlin; § 123 Abs. 1 Brandenburgisches Schulgesetz; § 12 Abs. 1 Privatschulgesetz Bremen; § 173 Abs. 1 Hessisches Schulgesetz; § 122 Abs. 1 Schulgesetz Mecklenburg-Vorpommern; § 148 Abs. 1 Niedersächsisches Schulgesetz; § 18 Abs. 1 Privatschulgesetz Rheinland-Pfalz; § 18 Abs. 1 Privatschulgesetz Saarland; § 8 Abs. 1 Sächsisches Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft; § 17 Abs. 1 Schulgesetz Sachsen-Anhalt; § 116 Abs. 1 Schulgesetz Schleswig-Holstein; § 10 Abs. 1 Thüringer Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft.

<sup>6</sup> § 100 Abs. 4 Schulgesetz Nordrhein-Westfalen.

<sup>7</sup> §§ 99 Abs. 1, 100 Abs. 4 Schulgesetz Berlin; §§ 122 Abs. 2, 123 Abs. 3 Brandenburgisches Schulgesetz; §§ 11, 12 Abs. 3 Privatschulgesetz Bremen; §§ 172 Abs. 2, 173 Abs. 3 Hessisches Schulgesetz; §§ 121 Abs. 1, 122 Abs. 4 Schulgesetz Mecklenburg-Vorpommern; §§ 147 Abs. 1, 148 Abs. 3 Niedersächsisches Schulgesetz; § 101 Abs. 6 Schulgesetz Nordrhein-Westfalen; §§ 10, 21 Privatschulgesetz Rheinland-Pfalz; §§ 10, 21 Privatschulgesetz Saarland; §§ 16 Abs. 5, 17 Abs. 2 Schulgesetz Sachsen-Anhalt; §§ 115 Abs. 5, 116

## Lösungsvorschlag

### Aufgabe 1

Die Klage der A hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit

Die Klage müsste zulässig sein.

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Danach müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt dann vor, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht angehört, also zwingend einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet (modifizierte Subjektstheorie).<sup>8</sup> Im vorliegenden Fall streiten die Parteien um die Rechtmäßigkeit einer Nebenbestimmung zu einem Verwaltungsakt. Diese bemisst sich nach § 36 HmbVwVfG, einer Norm die nur einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt somit vor. Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art und abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich, sodass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet ist.

#### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren der Klägerin (§ 88 VwGO). Statthafte Klageart könnte die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO sein. Dann müsste A die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehren. A wendet sich vorliegend gegen einen Widerrufsvorbehalt zur Erteilung der staatlichen Anerkennung der P-Privatschule, somit gegen eine Nebenbestimmung zu einem Verwaltungsakt im Sinne des § 36 VwVfG. Ob eine Nebenbestimmung isoliert mit der Anfechtungsklage angegriffen werden kann, ist umstritten.

##### 1. Statthaftigkeit der Verpflichtungsklage

Einer Auffassung zufolge scheidet die isolierte Anfechtung einer Nebenbestimmung grundsätzlich aus. Statthaft soll vielmehr die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO sein, gerichtet darauf, dass ein Verwaltungsakt ohne einschränkende Nebenbestimmung erlassen wird.<sup>9</sup> Begründet wird diese Auffassung damit, dass eine Nebenbestimmung eine unselbständige Teilregelung eines Verwaltungsakts darstelle. Nach dieser Auffassung wäre eine Anfechtungsklage unstatthaft.

Abs. 4 Schulgesetz Schleswig-Holstein; §§ 6 Abs. 1, 10 Abs. 4 Thüringer Gesetz über Schulen in freier Trägerschaft.

<sup>8</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, § 11 Rn. 17.

<sup>9</sup> Siehe etwa Labrenz, NVwZ 2007, 161 (164).

## 2. Differenzierung nach der Art des Hauptverwaltungsakts

Nach anderer Auffassung ist nach der Art des Hauptverwaltungsakts zu differenzieren: Eine isolierte Anfechtungsklage soll nur dann statthaft sein, wenn es sich beim Hauptverwaltungsakt um eine gebundene Entscheidung handelt, bei Ermessensverwaltungsakten scheidet die isolierte Anfechtung aber aus.<sup>10</sup> Begründet wird diese Auffassung damit, dass die isolierte Anfechtung einer Nebenbestimmung zu einem Ermessensverwaltungsakt dazu führen könnte, dass durch die gerichtliche Teilaufhebung eine behördliche Entscheidung bestehen bleibe, die die Verwaltung so nicht getroffen hätte. Da das Gericht die Ermessensausübung der Verwaltung respektieren müsse und dieser nicht vorgreifen dürfe, scheidet eine isolierte Anfechtungsklage in diesen Fällen aus. Im vorliegenden Fall beruht die Entscheidung über die Erteilung der staatlichen Anerkennung auf § 9 Abs. 1 HmbSfTG, wonach diese Erteilung erfolgt, soweit die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Der Hauptverwaltungsakt stellt somit eine gebundene Entscheidung dar, sodass nach der Auffassung, die eine Differenzierung nach der Art des Hauptverwaltungsakts vornimmt, eine isolierte Anfechtung des Widerrufsvorbehalts zulässig ist.

## 3. Differenzierung nach der Art der Nebenbestimmung

Wieder andere differenzieren nach der Art der Nebenbestimmung. Aus der in § 36 Abs. 2 HmbVwVfG enthaltenen sprachlichen Unterscheidung, nach der Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt „mit einem Verwaltungsakt erlassen werden“, die Auflage und der Auflagenvorbehalt hingegen „mit einem Verwaltungsakt verbunden werden“, wird gefolgert, dass Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt unselbständige Bestandteile eines Verwaltungsakts darstellen, die nicht isoliert angefochten werden könnten, Auflage und Auflagenvorbehalt hingegen selbständige Regelungen darstellten, die daher auch separat angefochten werden könnten.<sup>11</sup> Nach dieser Auffassung ist die isolierte Anfechtung des Widerrufsvorbehalts ausgeschlossen. Statthaft wäre die Verpflichtungsklage.

## 4. Grundsätzliche Statthaftigkeit der Anfechtungsklage

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts,<sup>12</sup> dem sich weite Teile des Schrifttums angeschlossen haben,<sup>13</sup> ist grundsätzlich jede Nebenbestimmung mit einer isolierten Anfechtungsklage anfechtbar. Die Frage, ob die Hauptregelung ohne die Nebenbestimmung noch in rechtmäßiger und sinnvoller Weise weiterbestehen kann, sei hingegen eine Frage der Begründetheit (materielle Teilbarkeit). Eine Ausnahme sei lediglich dann anzunehmen, soweit eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vorneherein ausscheidet (prozessuale

Teilbarkeit). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor, sodass nach dieser Auffassung eine Anfechtungsklage allein gegen den Widerrufsvorbehalt statthaft wäre.

## 5. Stellungnahme

Da nur die Auffassung, nach der eine isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen generell ausscheidet, und die Ansicht, die nach der Art der Nebenbestimmung differenziert, zu dem Ergebnis gelangen, dass die Anfechtungsklage nicht statthaft ist, bedarf es nur einer Auseinandersetzung mit diesen Auffassungen. Gegen den kategorischen Ausschluss der Anfechtungsklage spricht einerseits, dass für die Bestimmung der statthaften Klageart nach § 88 VwGO das Begehren der Klägerin maßgeblich ist, das vielfach auf die isolierte Aufhebung einer Nebenbestimmung abzielt. Der Annahme, dass Hauptregelung und Nebenbestimmung grundsätzlich in einer Weise miteinander verbunden wären, dass eine Teilaufhebung von vorneherein nicht in Betracht kommt, steht zudem § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO entgegen, wonach das Verwaltungsgericht den Verwaltungsakt aufhebt, „soweit“ er rechtswidrig ist. Die VwGO sieht somit die Möglichkeit einer teilweisen Aufhebung einer behördlichen Regelung durchaus vor. Ein unzulässiger Übergriff in die Befugnis der Verwaltung zur Ausübung des Ermessens liegt darin nicht, da einerseits die Frage der Teilbarkeit der Regelung im Rahmen der Begründetheit problematisiert werden kann, andererseits die Behörde auch im Fall der gerichtlichen Aufhebung einer Nebenbestimmung noch die Möglichkeit hat, im Rahmen des einschlägigen Fachrechts und unter Beachtung der vertrauensschützenden Regelungen über die Aufhebung von Verwaltungsakten (insbesondere § 49 VwVfG), den bestehenden Verwaltungsakt aufzuheben bzw. zu modifizieren.

Gegen die Differenzierung nach der Art der Nebenbestimmung spricht zudem, dass § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO grundsätzlich von der teilweisen Aufhebbarkeit des Regelungsgehalts eines Verwaltungsakts ausgeht. Für die Frage der Aufhebbarkeit einer Nebenbestimmung kommt es daher nicht darauf an, ob diese von der Hauptregelung getrennt werden kann, sondern ob die Hauptregelung ohne die Nebenbestimmung noch in rechtmäßiger und sinnvoller Weise weiterbestehen kann.<sup>14</sup> Dabei handelt es sich aber um eine inhaltliche Frage, die im Rahmen der Begründetheit zu thematisieren ist.

Im Ergebnis ist somit von der isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen auszugehen. Gegen den Widerrufsvorbehalt ist somit die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft.

## III. Klagebefugnis

A müsste nach § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen, durch den Verwaltungsakt in ihren Rechten verletzt zu sein. Dies ist der Fall, wenn die Rechtsverletzung zumindest möglich ist.<sup>15</sup> A ist Adressatin einer belastenden Zusatzregelung zur Erteilung der staatlichen Anerkennung. Es ist nicht ausgeschlossen, dass diese Regelung rechtswidrig ist und sie dadurch in

<sup>10</sup> So wohl noch BVerwG NJW 1978, 1018.

<sup>11</sup> Störmer, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2016, § 36 VwVfG Rn. 95.

<sup>12</sup> BVerwG NVwZ 2001, 429.

<sup>13</sup> Siehe Hufen (Fn. 8), § 14 Rn. 46; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 12 Rn. 25; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2017, Rn. 671 f.

<sup>14</sup> Hufen (Fn. 8), § 14 Rn. 49.

<sup>15</sup> BVerwG NVwZ 1993, 884.

ihren Rechten (Art. 7 Abs. 4 GG, zumindest Art. 2 Abs. 1 GG) verletzt ist.

**IV. Vorverfahren**

Das nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO vor Erhebung der Anfechtungsklage erforderliche Vorverfahren ist durchgeführt worden. Fraglich ist allerdings, ob der Widerspruch entsprechend § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO fristgerecht erhoben wurde. Falls dies nicht der Fall sein sollte, bedürfte die Frage der Entscheidungsbefugnis der Verwaltung über einen verfristeten Widerspruch – in der die Rechtsprechung der Verwaltung einen breiten Spielraum einräumt,<sup>16</sup> während Teile des Schrifttums dem kritisch gegenüberstehen<sup>17</sup> – näherer Betrachtung.

Nach § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO ist der Widerspruch innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe zu erheben. Nach § 188 Abs. 2 BGB gilt somit – ungeachtet der Frage, ob die Vorschrift über den Verweis des § 31 Abs. 1 HmbVwVfG<sup>18</sup> oder über § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO<sup>19</sup> zur Anwendung gelangt, – dass die Monatsfrist mit dem Ablauf desjenigen Tages endet, der durch seine Zahl dem Tag entspricht, in den das für den Beginn der Frist maßgebliche Ereignis fällt. Abzustellen ist somit auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe des Bescheids. Die Behörde hat den schriftlichen Bescheid am 12.6.2017 zur Post aufgegeben. Gem. § 41 Abs. 2 S. 1 HmbVwVfG gilt der Verwaltungsakt daher am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, also am 15.6.2017. Dass A den Bescheid tatsächlich schon vorher, am 13.6.2017, erhalten und zur Kenntnis genommen hat, ist unerheblich.<sup>20</sup> Fristablauf war somit nach der Regelung des § 188 Abs. 2 BGB der 15.7.2017, und da es sich dabei um einen Samstag handelte, lief die Frist erst am darauf folgenden Montag, den 17.7.2017 ab, ungeachtet der Frage, ob man hierfür auf § 31 Abs. 3 S. 1 HmbVwVfG oder auf § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 2 ZPO abstellt. A hat den Widerspruch am 14.7.2017 erhoben, somit innerhalb der Monatsfrist des § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO. Die Frage, ob die Widerspruchsbehörde sich auch auf einen verfristeten Widerspruch einlassen darf, stellt sich somit nicht. Das Widerspruchsverfahren wurde ordnungsgemäß durchgeführt.

**V. Klagefrist**

Die Klagefrist nach § 74 Abs. 1 VwGO ist laut Sachverhalt eingehalten.

**VI. Klagegegner**

Klagegegnerin ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Freie und Hansestadt Hamburg als Rechtsträgerin der Behörde für

Schule und Berufsbildung, die den Verwaltungsakt erlassen hat.

**VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit**

A ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die FHH ist als juristische Person des öffentlichen Rechts gem. § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig und wird gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 4 Abs. 2 HmbVerwBehG durch die Behörde für Schule und Berufsbildung vertreten.

**VIII. Ordnungsgemäße Klageerhebung**

Von einer ordnungsgemäßen Klageerhebung (§§ 81, 82 VwGO) ist laut Sachverhalt auszugehen.

**IX. Zuständiges Gericht**

A hat die Klage laut Sachverhalt beim zuständigen Verwaltungsgericht erhoben.

**X. Zwischenergebnis**

Die Klage ist zulässig.

**B. Begründetheit**

Die Klage der A ist begründet, soweit der Widerrufsvorbehalt rechtswidrig und A dadurch in ihren Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Allerdings setzt eine isolierte Aufhebung des Widerrufsvorbehalts zudem voraus, dass der Hauptverwaltungsakt auch ohne den Widerrufsvorbehalt noch sinnvoll und rechtmäßig bestehen kann.

**I. Ermächtigungsgrundlage**

Ermächtigungsgrundlage für den Widerrufsvorbehalt ist § 36 Abs. 1 HmbVwVfG.

**II. Formelle Rechtmäßigkeit**

Der Widerrufsvorbehalt müsste formell rechtmäßig sein.

*1. Zuständigkeit*

Die Behörde für Schule und Berufsbildung ist laut Sachverhalt zuständig.

*2. Verfahren*

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass A vor dem Erlass des Verwaltungsakts mit dem Widerrufsvorbehalt nicht angehört wurde. Nach § 28 Abs. 1 HmbVwVfG muss vor Erlass eines Verwaltungsakts eine Anhörung erfolgen, wenn der Verwaltungsakt in Rechte eines Beteiligten eingreift. Gegen eine Anhörungspflicht für den Erlass eines Widerrufsvorbehalts könnte sprechen, dass es sich dabei nicht um einen selbständigen Verwaltungsakt handelt. Allerdings kann gerade mit einer belastenden Nebenbestimmung ein Eingriff in die Rechte des Betroffenen verbunden sein, was für die Annahme einer Anhörungspflicht spricht.<sup>21</sup> Die Frage, ob eine Anhö-

<sup>16</sup> BVerwG NVwZ-RR 1989, 85.

<sup>17</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl. 2014, Rn. 680; Kastner, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 11), § 70 VwGO Rn. 15; Dolde/Posch, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 32. Lfg., Stand: Oktober 2016, § 70 Rn. 40.

<sup>18</sup> So etwa Hufen (Fn. 8), § 6 Rn. 28.

<sup>19</sup> So etwa Schenke (Fn. 17), Rn. 673.

<sup>20</sup> Vgl. Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 11), § 41 VwVfG Rn. 27.

<sup>21</sup> Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 28 Rn. 26.

rung erforderlich war, könnte jedoch dahinstehen, soweit ein eventueller Verstoß gegen die Anhörungspflicht nach § 28 Abs. 1 HmbVwVfG geheilt worden wäre. Nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 HmbVwVfG wäre eine Verletzung von § 28 Abs. 1 HmbVwVfG unbeachtlich, wenn die Anhörung nachgeholt worden wäre. Eine solche Nachholung ist auch im Rahmen des Widerspruchsverfahrens möglich.<sup>22</sup> Dabei reicht die bloße Erhebung des Widerspruchs allerdings nicht aus, sondern der Betroffene muss die Gelegenheit zur Stellungnahme haben, und die Behörde muss zum Ausdruck bringen, dass sie die Einwände, die die Bürgerin oder der Bürger vorgebracht hat, zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat.<sup>23</sup> Vorliegend hat A ihre Bedenken zum Ausdruck gebracht, und die Behörde hat diese zur Kenntnis genommen. Damit wurde die Anhörung nachgeholt, ein eventueller formeller Fehler wurde nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 HmbVwVfG geheilt. Die verfahrensrechtlichen Anforderungen wurden somit eingehalten.

### 3. Form

Ein Verstoß gegen Formvorschriften ist nicht ersichtlich.

### 4. Zwischenergebnis

Der Widerrufsvorbehalt ist formell rechtmäßig.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Widerrufsvorbehalt müsste auch materiell rechtmäßig sein. Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Nebenbestimmungen richten sich nach § 36 VwVfG. Dabei unterscheiden § 36 Abs. 1 HmbVwVfG und § 36 Abs. 2 HmbVwVfG danach, ob es sich bei dem Hauptverwaltungsakt um eine gebundene Entscheidung oder um eine Ermessensentscheidung handelt. Nach § 9 Abs. 1 HmbSfTG wird die staatliche Anerkennung verliehen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, das heißt wenn der Schulträger die Gewähr dafür bietet, dass die Genehmigungsvoraussetzungen auf Dauer erfüllt werden. Der Hauptverwaltungsakt stellt somit eine gebundene Entscheidung dar, sodass die Rechtmäßigkeit des Widerrufsvorbehalts sich nach § 36 Abs. 1 HmbVwVfG richtet. Da der Widerrufsvorbehalt nicht durch Rechtsvorschrift zugelassen ist (§ 36 Abs. 1 1. Alt. HmbVwVfG), ist er nach § 36 Abs. 1 2. Alt. HmbVwVfG nur zulässig, wenn er sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden.

In dem Zeitpunkt, in dem die Behörde über die staatliche Anerkennung entschieden hat, lagen die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes indes vor. Die P-Privatschule erfüllte laut Sachverhalt die Vorgaben des § 9 Abs. 1 HmbSfTG. Der Widerrufsvorbehalt wäre danach unzulässig. Etwas anderes könnte sich aber daraus ergeben, dass § 9 Abs. 1 HmbSfTG auf die dauerhafte Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen für den Betrieb einer Privatschule abstellt. Der Widerrufsvorbehalt dient daher nicht der Sicherung der

gesetzlichen Voraussetzungen zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes, sondern soll sicherstellen, dass diese Voraussetzungen auch in der Zukunft eingehalten werden.<sup>24</sup>

Fraglich ist indes, ob eine Nebenbestimmung aus diesem Grund und mit dieser Zielsetzung – der Sicherstellung, dass die gesetzlichen Vorgaben auch in der Zukunft eingehalten werden – im Rahmen von § 36 Abs. 1 Alt. 2 HmbVwVfG erlassen werden kann.<sup>25</sup> Auf den ersten Blick könnte man § 36 Abs. 1 2. Alt. HmbVwVfG so verstehen, dass auch eine dauerhafte Sicherstellung der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben in der Zukunft mit der Nebenbestimmung bezweckt sein kann. § 36 Abs. 1 Alt. 2 HmbVwVfG stellt aber schon nach seinem Wortlaut darauf ab, dass die Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsaktes vorliegen.<sup>26</sup> Die gesetzlichen Vorgaben für den Erlass des Verwaltungsaktes – die staatliche Anerkennung der Privatschule – richten sich nach § 9 Abs. 1 HmbSfTG, der nicht darauf abstellt, dass die Voraussetzungen für die Genehmigung in der Zukunft tatsächlich vorliegen, sondern dass der Schulträger die *Gewähr* dafür bietet, die Genehmigungsvoraussetzungen zukünftig einzuhalten. Die gesetzlichen Vorgaben des § 9 Abs. 1 HmbSfTG stellen somit auf eine Prognose ab, die zum Zeitpunkt des Erlasses positiv ausfallen muss, nicht auf die tatsächliche dauerhafte Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen in der Zukunft. Danach wäre der Widerrufsvorbehalt unzulässig.

Dieses Verständnis wird von Sinn und Zweck des § 36 Abs. 1 Alt. 2 HmbVwVfG gestützt. Die Norm zielt darauf ab, dass ein Verwaltungsakt, auf den die Bürgerin oder der Bürger einen Anspruch hat, erlassen werden kann, auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass nicht vorliegen. Die Nebenbestimmung soll den Erlass ermöglichen und dient dazu, die Gründe für eine Versagung auszuräumen.<sup>27</sup> Die Nebenbestimmung stellt somit ein milderer Mittel zur ansonsten erfolgenden Ablehnung des Verwaltungsaktes dar.<sup>28</sup> Da vorliegend aber die Voraussetzungen für den Erlass vorlagen, entspricht der Erlass eines Widerrufsvorbehalts nicht dem Sinn und Zweck der Regelung des § 36 Abs. 1 Alt. 2 HmbVwVfG.

Diese Auslegung wird letztlich auch von der Systematik des § 36 Abs. 1 HmbVwVfG gestützt.<sup>29</sup> So kommt in § 36 Abs. 1 Alt. 1 HmbVwVfG zum Ausdruck, dass eine Nebenbestimmung zu einem Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, nur erlassen werden darf, wenn es eine gesetzliche Grundlage für diese Belastung gibt. Aus dieser restriktiven Regelung lässt sich folgern, dass nach § 36 Abs. 1 Alt. 2 HmbVwVfG nicht allgemein Nebenbestimmungen zulasten der Bürgerin oder des Bürgers erlassen werden dürfen, sondern nur, wenn diese dazu dienen, die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass eines Verwaltungsaktes zu schaffen.

<sup>24</sup> So VGH Mannheim, Urt. v. 24.10.2013 – 9 S 2430/12 = BeckRS 2014, 48950.

<sup>25</sup> Dies bejahend VGH Mannheim, Urt. v. 24.10.2013 – 9 S 2430/12 = BeckRS 2014, 48950.

<sup>26</sup> BVerwG NVwZ 2016, 699 (701).

<sup>27</sup> BVerwG NVwZ 2016, 699 (701).

<sup>28</sup> Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 21), § 36 Rn. 120.

<sup>29</sup> BVerwG NVwZ 2016, 699 (701).

<sup>22</sup> BVerwG NJW 1989, 1873 (1874).

<sup>23</sup> Siehe BVerwG NVwZ 1983, 284; *Detterbeck* (Fn. 13), Rn. 634; *Schwarz* (Fn. 20), § 45 VwVfG Rn. 32.

Letztlich würde durch eine Auslegung von § 36 Abs. 1 Alt. 2 HmbVwVfG, wonach eine Nebenbestimmung auch erlassen werden dürfte, um sicherzustellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen nicht nur zum Zeitpunkt des Erlasses, sondern auch in der Zukunft erfüllt werden, die Regelung des § 49 Abs. 2 S. 1 Nrn. 3 und Nr. 4 HmbVwVfG unterlaufen.<sup>30</sup> Denn darin hat der Gesetzgeber ausdrücklich die Möglichkeit des Widerrufs im Fall einer Änderung der Sach- oder Rechtslage vorgesehen, wenn diese Änderung dazu führt, dass der Verwaltungsakt nicht mehr erlassen werden dürfte. Allerdings berücksichtigt der Gesetzgeber dabei den Vertrauensschutz der Betroffenen, indem er den Widerruf an zusätzliche Voraussetzungen – insbesondere die Gefährdung des öffentlichen Interesses – knüpft. Diese gesetzgeberische Entscheidung liefe leer, würde man einen Widerrufsvorbehalt auch für den Zweck zulassen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt werden.

§ 36 Abs. 1 Alt. 1 HmbVwVfG setzt somit voraus, dass die Nebenbestimmung erforderlich ist, um die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass des Hauptverwaltungsakts sicherzustellen. Dass damit die dauerhafte Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben sichergestellt werden soll, reicht nicht aus.<sup>31</sup>

*Hinweis:* Die Kenntnis dieses Problems der Auslegung von § 36 Abs. 1 Alt. 1 HmbVwVfG wird ebenso wenig erwartet wie eine derart ausführliche Lösung. Die Bearbeiterinnen und Bearbeiter müssen allerdings das Problem erkennen und mit vertretbaren Argumenten lösen.

Etwas anderes könnte sich allenfalls dann ergeben, wenn schon im Zeitpunkt der Entscheidung über den Verwaltungsakt konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Antragsteller in absehbarer Zeit die Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsakts nicht mehr erfüllen wird. Dann kann der Widerrufsvorbehalt verhindern, dass der Betroffene die gesetzlichen Voraussetzungen umgeht.<sup>32</sup> Im vorliegenden Fall gibt es dafür jedoch keine Anhaltspunkte. Die P-Privatschule besteht bereits seit 2010, und bislang sind keine Probleme aufgetreten. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die an der P-Privatschule tätigen Lehrkräfte in der Zukunft nicht mehr den gesetzlichen Anforderungen entsprechen werden, bestehen nicht. Allein die Möglichkeit, dass es zu entsprechenden Problemen kommen könnte, und die Erfahrung der Behörde, dass dies in der Vergangenheit schon einmal passiert ist, können keine entsprechende Vermutung begründen, dass dies auch im Hinblick auf die P-Privatschule der Fall sein könnte. Der Widerrufsvorbehalt ist somit nicht von § 36 Abs. 1 Alt. 1 HmbVwVfG gedeckt und materiell rechtswidrig.

*Hinweis:* Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Argumentation vertretbar.

#### IV. Rechtsverletzung

Durch den rechtswidrigen Widerrufsvorbehalt ist die A auch in ihren Rechten verletzt.

#### V. Materielle Teilbarkeit

Die staatliche Anerkennung der P-Privatschule, auf die A einen Anspruch nach § 9 Abs. 1 HmbSfTG hat, kann auch ohne den Widerrufsvorbehalt noch sinnvoll und rechtmäßig bestehen. Da es sich um einen gebundenen Verwaltungsakt handelt, bestehen auch keine Bedenken dahingehend, dass das Verwaltungsgericht durch die isolierte Aufhebung der Nebenbestimmung in die Entscheidungsbefugnisse der Verwaltungsbehörde eingreift.

#### VI. Ergebnis

Die Klage der A ist zulässig und begründet.

#### Aufgabe 2

Der Widerruf ist rechtmäßig, wenn er auf einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage beruht und in formeller und materieller Hinsicht rechtmäßig ist.

#### I. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für den Widerruf der Erteilung der staatlichen Anerkennung ist § 49 Abs. 2 S. 1 HmbVwVfG. Zwar enthält § 7 HmbSfTG eine speziellere Regelung für die Rücknahme und den Widerruf von Genehmigungen von Privatschulen, die nach § 9 Abs. 4 HmbSfTG auch für die Erteilung der staatlichen Anerkennung gilt. Diese Regelung enthält aber nur eine Ergänzung der allgemeinen Regelungen der §§ 48, 49 HmbVwVfG, indem die Zulässigkeit von Rücknahme und Widerruf an das fruchtlose Verstreichen einer Frist gekoppelt wird. Die Anwendbarkeit der §§ 48, 49 HmbVwVfG wird dadurch nicht ausgeschlossen.

#### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Widerruf erfolgte laut Sachverhalt in formell ordnungsgemäßer Weise.

#### III. Materielle Rechtmäßigkeit

##### 1. Vorliegen eines rechtmäßigen begünstigenden Verwaltungsakts

Mit der Erteilung der staatlichen Anerkennung liegt ein wirksamer, begünstigender Verwaltungsakt vor. Dieser Verwaltungsakt ist auch rechtmäßig, da zum maßgeblichen Zeitpunkt<sup>33</sup> des Erlasses die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 HmbSfTG vorlagen. Dass sich die Prognose, dass die A die Gewähr dafür bietet, dass die Genehmigungsvoraussetzungen auf Dauer erfüllt werden, als unzutreffend herausgestellt hat, ändert hieran nichts. Auch, dass der Widerrufsvorbehalt rechtswidrig war, führt nicht dazu, dass der Hauptverwaltungsakt (die Erteilung der staatlichen Anerkennung) rechtswidrig wird.

<sup>30</sup> BVerwG NVwZ 2016, 699 (701).

<sup>31</sup> So auch *Hebeler*, JS 2016, 799; *Waldhoff*, JuS 2016, 959.

<sup>32</sup> *Stelkens* (Fn. 28), § 36 Rn. 123.

<sup>33</sup> Siehe *Maurer* (Fn. 13), § 11 Rn. 11.

## 2. Widerrufsgrund

Ein Widerruf nach § 49 Abs. 2 S. 1 HmbVwVfG setzt voraus, dass einer der dort normierten Widerrufsgründe vorliegt.

### a) Widerrufsvorbehalt (§ 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 HmbVwVfG)

Die Behörde stützt den Widerruf auf einen Widerrufsvorbehalt nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 HmbVwVfG. Fraglich ist indes, wie es sich auswirkt, dass dieser Widerrufsvorbehalt – wie laut Sachverhalt zu unterstellen war – rechtswidrig war. Allerdings hat A davon abgesehen, gegen den Widerrufsvorbehalt vorzugehen, sodass dieser – zusammen mit dem Verwaltungsakt – bestandskräftig geworden ist. Damit stellt sich die Frage, ob ein Widerruf auf einen zwar rechtswidrigen aber bestandskräftigen Verwaltungsakt gestützt werden kann.

Ein Teil der Literatur verneint dies unter Hinweis auf das Rechtsstaatsprinzip. Es könne nicht sein, dass die Behörde aus ihrem eigenen Fehlverhalten – dem Erlass eines rechtswidrigen Widerrufsvorbehalts – einen Vorteil ziehe.<sup>34</sup> Demgegenüber gehen das Bundesverwaltungsgericht und die vorherrschende Auffassung im Schrifttum davon aus, dass auch ein rechtswidriger Widerrufsvorbehalt die Grundlage für einen Widerruf sein kann.<sup>35</sup> Dafür spricht, dass der Widerrufsvorbehalt zusammen mit dem Verwaltungsakt in Bestandskraft erwächst. Solange der Widerrufsvorbehalt nicht nach § 44 HmbVwVfG nichtig ist – wofür vorliegend keine Anhaltspunkte sprechen –, ist er nach der Systematik des VwVfG wirksam und kann die Grundlage für weiteres Handeln der Verwaltung darstellen. Dem Umstand, dass der Widerrufsvorbehalt rechtswidrig ist, kann – und muss – jedoch im Rahmen des Ermessens Rechnung getragen werden.<sup>36</sup>

### b) Änderung der Sachlage (§ 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 HmbVwVfG)

Der Widerruf könnte außerdem nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 HmbVwVfG zulässig sein. Denn das Vorliegen eines Widerrufsvorbehalts schließt die Anwendbarkeit anderer Widerrufsgründe grundsätzlich nicht aus.<sup>37</sup> § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 HmbVwVfG setzt zunächst voraus, dass die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen. Der Wandel im Lehrkörper der P-Privatschule, der dazu führt, dass nunmehr ein Großteil der dort tätigen Lehrerinnen und Lehrer keine hinreichende Qualifikation mehr besitzt, stellt den nachträglichen Eintritt von Tatsachen dar. Auf Grund dieses Wandels wäre die Behörde auch berechtigt, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, denn nach § 9 Abs. 1 HmbSfTG setzt die Erteilung der staatlichen Anerkennung voraus, dass der Schulträger die Gewähr dafür bietet, dass die Genehmigungsvoraussetzungen auf Dauer erfüllt werden. Das ist jedenfalls

nicht der Fall, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen nach § 6 Abs. 2 HmbSfTG schon im Zeitpunkt der Beurteilung nicht erfüllt werden, wie vorliegend die Anforderungen an die Ausbildung der Lehrkräfte nach § 6 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 S. 1 HmbSfTG.

Zweitens muss nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 HmbVwVfG ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet sein. Hierfür reicht es nicht, dass das Allgemeininteresse betroffen ist, sondern es muss eine konkrete Gefährdung vorliegen. Der Widerruf muss zur Beseitigung oder Verhinderung eines sonst drohenden Schadens für wichtige Gemeinschaftsgüter geboten sein.<sup>38</sup> Die Ausbildung von Schülerinnen und Schülern liegt im Interesse der Allgemeinheit, was in der staatlichen Aufsichtspflicht über das Schulwesen nach Art. 7 Abs. 1 GG verfassungsrechtliche Anerkennung erhält. Die Qualität der Lehre wird über die Anforderungen an die Ausbildung der Lehrkräfte sichergestellt. Da diese hinsichtlich eines beträchtlichen Teils der Lehrkräfte nicht sichergestellt ist, liegt eine konkrete Gefährdung des Interesses an einer hinreichend qualifizierten Lehre vor. Das öffentliche Interesse ist somit gefährdet, der Widerruf konnte auf § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 HmbVwVfG gestützt werden.

## 3. Fristsetzung

Eine angemessene Fristsetzung nach § 7 Abs. 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 S. 1 HmbSfTG ist erfolgt.

### 4. Widerrufsfrist (§ 49 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 48 Abs. 4 HmbVwVfG)

Die Widerrufsfrist nach § 49 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 48 Abs. 4 HmbVwVfG ist laut Sachverhalt eingehalten.

## 5. Ermessen

Der Widerruf nach § 49 Abs. 2 HmbVwVfG steht im Ermessen der Behörde. Somit hat die Behörde nach § 40 HmbVwVfG ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und muss die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einhalten. Die Entscheidung der Behörde ist somit auf Ermessensfehler zu überprüfen.

### a) Ermessensnichtgebrauch

In Betracht kommt zunächst ein Ermessensfehler in Form eines Ermessensnichtgebrauchs. Ein solcher Ermessensnichtgebrauch liegt vor, wenn die Behörde keinerlei Ermessensabwägungen anstellt.<sup>39</sup> Von einem solchen Fall des Ermessensnichtgebrauchs könnte man insofern ausgehen, als die Behörde den Widerruf zunächst auf den Widerrufsvorbehalt stützt und damit begründet, dass nunmehr die im Widerrufsvorbehalt benannten Gründe eingetreten seien. Allerdings führt die Behörde danach aus, dass der Widerruf erfolgen müsse, da das Allgemeininteresse eventuelle schützenswerte Interessen der A überwiege. Damit hat die Behörde zumindest hilfsweise eine Interessenabwägung vorgenommen und

<sup>34</sup> Maurer (Fn. 13), § 11 Rn. 41.

<sup>35</sup> BVerwG NVwZ 1987, 498 (499); Ruffert, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 25 Rn. 7; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 21), § 49 Rn. 40.

<sup>36</sup> Sachs (Fn. 35), § 49 Rn. 40.

<sup>37</sup> Kastner (Fn. 17), § 49 VwVfG Rn. 29.

<sup>38</sup> BVerwG NVwZ 1992, 565 (566 f.).

<sup>39</sup> Detterbeck (Fn. 13), Rn. 328.



ist in eine Ermessensentscheidung eingetreten. Ein Ermessensnichtgebrauch liegt somit nicht vor.

#### b) Ermessensfehlgebrauch

Ferner könnte ein Ermessensfehlgebrauch vorliegen, d.h. die Behörde könnte nicht entsprechend dem Zweck des Ermessens (§ 40 HmbVwVfG) gehandelt haben. Dies ist nicht nur der Fall, wenn die Behörde sachfremde Erwägungen in die Ermessensausübung miteinbezieht, sondern auch dann, wenn sie die für die Ermessensentscheidung maßgeblichen Gründe nicht hinreichend in Betracht zieht.<sup>40</sup> Mit Blick auf § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 HmbVwVfG hat die Behörde ausgeführt, es sei unerheblich, ob der Widerrufsvorbehalt rechtmäßig sei. Sie hat somit die Rechtswidrigkeit des Widerrufsvorbehalts nicht mit in ihre Ermessenserwägungen einbezogen. Demgegenüber ist davon auszugehen, dass ein rechtswidriger Widerrufsvorbehalt zwar wirksam ist und grundsätzlich einen Widerruf rechtfertigen kann, dass aber die Tatsache, dass er rechtswidrig ist, im Rahmen der Ermessensbetätigung Berücksichtigung finden muss.<sup>41</sup> Das fordert bereits der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG). Insofern liegt – im Hinblick auf die Ermessensausübung mit Blick auf den Widerrufsvorbehalt nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 HmbVwVfG – ein Ermessensfehler in Form des Ermessensfehlgebrauchs vor.

Ein solcher Ermessensfehler führt regelmäßig zur Rechtswidrigkeit der behördlichen Entscheidung. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Behörde ihre Entscheidung auf mehrere Erwägungen gestützt hat, wenn die die alternative Erwägung ermessensfehlerfrei vorgenommen wurde und ausgeschlossen werden kann, dass der Ermessensfehler sich auf die Entscheidung ausgewirkt hat.<sup>42</sup> Fraglich ist somit, ob hinsichtlich der Entscheidung, den Widerruf auf § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 HmbVwVfG zu stützen, ein Ermessensfehler vorliegt.

#### c) Ermessensüberschreitung

Insofern kommt nur ein Fall der Ermessensüberschreitung in Betracht, also eine Überschreitung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens (§ 40 HmbVwVfG). Da die Behörde mit ihrer Entscheidung über den Widerruf die speziellen gesetzlichen Grenzen des § 49 Abs. 2 HmbVwVfG nicht überschritten hat, kommt nur eine Überschreitung der allgemeinen Grenzen des Ermessens, insbesondere des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Betracht.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Maurer (Fn. 13), § 7 Rn. 22; Detterbeck (Fn. 13), Rn. 332; zur Einordnung als Unterfall des Ermessensnichtgebrauchs bzw. der Ermessensunterschreitung Sachs (Fn. 35), § 40 Rn. 79.

<sup>41</sup> BVerwG NVwZ-RR 1994, 580; Sachs (Fn. 35), § 49 Rn. 40; Kastner (Fn. 17), § 49 VwVfG Rn. 30.

<sup>42</sup> Detterbeck (Fn. 13), Rn. 342.

<sup>43</sup> Zur Einordnung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in die Ermessensfehlerlehre Schwarz (Fn. 20), § 114 VwGO Rn. 51.

Mit dem Widerruf verfolgt die Behörde den *legitimen Zweck*, dass ein den gesetzlichen Vorgaben an eine hinreichende Qualifikation nicht entsprechender Lehrkörper keine Prüfungen mehr abnehmen und keine Abschlusszeugnisse mehr ausstellen kann.

Zu diesem Zweck ist der Widerruf der Erteilung der staatlichen Anerkennung auch *geeignet*, weil die P-Privatschule aufgrund des Widerrufs keine Prüfungen mehr abnehmen und keine entsprechenden Zeugnisse mehr ausstellen darf (§ 9 Abs. 2 S. 1 HmbSfTG).

Die Maßnahme müsste auch *erforderlich* sein. Erforderlich ist sie, wenn keine milderen, gleich geeigneten Mittel ersichtlich sind. Mildere Mittel – wie etwa Auflagen oder eine Befristung des Widerrufs – wären jedenfalls nicht gleich geeignet.

Letztlich müsste der Widerruf auch *angemessen* sein. Auf der einen Seite stellt der Widerruf einen Eingriff in das Grundrecht der Privatschulfreiheit nach Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG dar. Andererseits verwirklicht die Behörde durch den Widerruf die staatliche Aufsichtspflicht über das Schulwesen nach Art. 7 Abs. 1 GG. Mit Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG trifft das Grundgesetz selbst verfassungsunmittelbar die Entscheidung, dass Privatschulen im Hinblick auf die Ausbildung der Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen dürfen. Zudem liegt es in der Verantwortung der A als Betreiberin der Privatschule, dafür Sorge zu tragen, dass der Lehrkörper den Anforderungen an eine hinreichende Qualifikation genügt. Der Widerruf ist insofern auch angemessen.

#### d) Zwischenergebnis

Der Widerruf ist ermessensfehlerhaft soweit die Behörde die Rechtswidrigkeit des Widerrufsvorbehalts nicht in ihre Ermessenserwägungen im Hinblick auf § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 HmbVwVfG einbezogen hat. Allerdings hat die Behörde den Widerruf alternativ auf § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 HmbVwVfG gestützt, und ihre Entscheidung weist insofern keinen Ermessensfehler auf. Da sich der Ermessensfehler somit nicht auf das Ergebnis der Entscheidung auswirkt, ist der Ermessensfehler somit unerheblich und führt nicht zur Rechtswidrigkeit des Widerrufs.

#### 6. Ergebnis

Der Widerruf der Erteilung der staatlichen Anerkennung konnte auf § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 HmbVwVfG gestützt werden und war formell wie materiell rechtmäßig.