

## Der Weg des Verwaltungsakts

Dr. Sebastian Schlingloff, LL.M., Dortmund\*

*Im juristischen Studium wird regelmäßig zentral vermittelt, wie sich der Ablauf eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens darstellt. Auch in Klausursituationen ist in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle zu begutachten, ob ein Rechtsstreit vor den Verwaltungsgerichten Aussicht auf Erfolg hat. Klassischerweise werden in diesem Zusammenhang die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts bzw. das Vorliegen eines entsprechenden Anspruchs geprüft, wobei der Dreischritt aus Ermächtigungs-/Anspruchsgrundlage, formeller Rechtmäßigkeit und materieller Rechtmäßigkeit Gegenstand der Begutachtung ist. Recht stiefmütterlich werden dabei die internen Abläufe der tätigen Behörde behandelt: Meist handelt „die zuständige Bauaufsicht“ oder die Entscheidung erfolgt „nach ordnungsgemäßer Anhörung“. Der vorliegende Beitrag möchte daher den Ablauf eines Verwaltungsverfahrens innerhalb der Behörde darstellen und soll in diesem Zusammenhang den Weg eines Verwaltungsakts von der erstmaligen Kenntnisaufnahme der Behörde bis zur (ggf. nötigen) zwangsweisen Durchsetzung skizzieren. Wenn landesrechtliche Normen einschlägig sind, liegt der Fokus des vorliegenden Beitrags auf Nordrhein-Westfalen.*

<b>I. Begriff und Maximen des Verwaltungsverfahrens .....</b>	<b>229</b>
1. Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens .....	229
2. Hinweis-, Unterrichts- und Beratungspflichten .....	229
3. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	230
<b>II. Der Beginn des Verwaltungsverfahrens .....</b>	<b>231</b>
1. Der Grundsatz: Das pflichtgemäße Ermessen (§ 22 S. 1 VwVfG) .....	231
2. Das notwendige Tätigwerden von Amts wegen (§ 22 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG) .....	231
3. Das Handeln aufgrund eines Antrags (§ 22 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG) und das zu unterlassene Handeln mangels eines notwendigen Antrags (§ 22 S. 2 Nr. 2 VwVfG) .....	232
4. Wer wird tätig? Zur Frage der Zuständigkeit .....	232
<b>III. Die Ermittlung des Sachverhalts .....</b>	<b>233</b>
<b>IV. Die Ausübung des behördlichen Ermessens .....</b>	<b>233</b>
1. Kommt der Behörde ein Ermessensspielraum zu? .....	233
2. Wie ist das Ermessen auszuüben? .....	234
<b>V. Der Weg zum Bürger: Form- und Fristvorschriften .....</b>	<b>235</b>
<b>VI. Tatsächliche Durchsetzung des Verwaltungsakts .....</b>	<b>236</b>
<b>VII. Fazit .....</b>	<b>236</b>

\* Der Verf. ist Städtischer Verwaltungsdirektor bei der Stadt Dortmund.

## I. Begriff und Maximen des Verwaltungsverfahrens

§ 9 VwVfG enthält die Legaldefinition des Verwaltungsverfahrens und stellt klar, dass das Verwaltungsverfahren u.a. die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden darstellt, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet ist. Das VwVfG enthält dabei verschiedene Grundsätze des Verfahrens, die im gesamten Verfahren zu beachten sind. Da diese Maximen grundsätzliche Bedeutung für die Arbeit der Behörde und für das Verhältnis zwischen Behörde und Bürger innerhalb des Verwaltungsverfahrens haben, sollen sie im Folgenden vorab dargestellt werden.

### 1. Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens

§ 10 VwVfG gibt die Grundsatzentscheidung vor, dass das Verwaltungsverfahren grundsätzlich an keine bestimmte Form gebunden ist, sondern einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen ist. Die Formfreiheit gilt nur insoweit, als dass keine besonderen Rechtsvorschriften eine bestimmte Form vorsehen. Die Kommunikation zwischen Bürger und Behörde kann daher in jeder denkbaren Form (im persönlichen Gespräch, per Brief, per Telefax, per E-Mail, telefonisch etc.) erfolgen. „Besondere Rechtsvorschriften“ i.S.d. § 10 S. 1 VwVfG enthält z.B. das VwVfG selbst, indem es in § 14 Abs. 1 S. 3 VwVfG die Schriftform der Vollmacht voraussetzt oder in § 37 VwVfG verschiedene Regelungen über die Form trifft. Weitere besondere Formvorschriften finden sich z.B. in §§ 70 Abs. 1, 74 Abs. 2 S. 1 BauO NRW (Schriftform des Bauantrags und der Baugenehmigung).

Um die elektronische Kommunikation und den entsprechenden Zugang zu Behörden zu vereinfachen, sieht § 3a VwVfG die grundsätzliche Möglichkeit zur Übermittlung elektronischer Dokumente vor. Für die Behörden des Bundes sieht § 2 EGovG Bund die Pflicht zur Eröffnung eines Zugangs für die Übermittlung elektronischer Dokumente vor. Die Landesgesetzgeber sind diesem Ansatz gefolgt (z.B. § 3 EGovG NRW, § 2 EGovG BW, Art. 3 BayEGovG, § 4 EGovG Bln).

### 2. Hinweis-, Unterrichts- und Beratungspflichten

§ 25 Abs. 1 und 2 VwVfG legen der Behörde Beratungs- und Auskunftspflichten auf. So hat sie die Beteiligten (dieser Begriff ist in § 13 VwVfG definiert) nach § 25 Abs. 1 VwVfG auf Fehler oder Ungenauigkeiten in den von ihnen eingereichten Anträgen bzw. Erklärungen hinzuweisen sowie die im Sinne der Beteiligten notwendigen Ergänzungen, Berichtigungen und Klarstellungen anzuregen und die Beteiligten ggf. entsprechend zu belehren. Zudem sind die Beteiligten über ihre Rechte und Pflichten im konkreten Verfahren aufzuklären. Diese Pflichten treffen die Behörde, sobald sich ihr der Eindruck aufdrängen muss, dass Anträge oder Erklärungen versehentlich oder aus Unkenntnis unterblieben oder unrichtig abgegeben sind. Der Umfang der solcherart entstehenden Hinweis- und Belehrungspflicht richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls; dabei sind die Komplexität des Verfahrens, der Wissens- und Kenntnisstand der Beteiligten sowie seine (fehlende) Erfahrung im Umgang mit Behörden zu berücksichtigen.<sup>1</sup> So wird die Behörde beispielsweise an einen Jungunternehmer, der erstmals eine Erlaubnis nach § 2 GastG beantragt, andere Maßstäbe anlegen müssen als an einen erfahrenen Gastronomen, der bereits mehrere Gaststätten im Gemeindegebiet unterhält. Keinesfalls kann die Behörde aber fehlende Unterlagen direkt zum Anlass nehmen, den Antrag aus formellen Gründen abzuweisen; erst wenn der Beteiligte sich auch nach entsprechender Beratung

---

<sup>1</sup> Herrmann, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 25 Rn. 6.

durch die Behörde weigert, entsprechende zweckdienliche Korrekturen vorzunehmen oder ergänzende Unterlagen beizubringen, kann die Behörde nach der vorliegenden Aktenlage entscheiden.<sup>2</sup>

§ 25 Abs. 2 S. 1 VwVfG verpflichtet die Behörde zudem, den Antragsteller ggf. bereits vor der Einreichung des Antrags darüber aufzuklären, welche Nachweise und Unterlagen von ihm beizubringen sind. Die als „Soll-Vorschrift“ ausgestaltete Regelung des § 25 Abs. 2 S. 2 VwVfG verpflichtet die Behörde dazu, dem Antragsteller die Vollständigkeit der Antragsunterlagen zu bestätigen und über die voraussichtliche Verfahrensdauer zu informieren.

Daneben haben die Beteiligten das Recht, Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu nehmen, soweit dies zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist (§ 29 VwVfG).

Im juristischen Studium sehr präsent dürfte schließlich die Norm des § 28 VwVfG sein: Danach muss ein Beteiligter zuvor angehört werden, sofern der zu erlassende Verwaltungsakt in dessen Rechte eingreifen soll. Wie auch bereits die vorgenannten Vorschriften ist diese Regelung letztlich eine Ausprägung des fairen Verfahrens, welche dem Beteiligten die Geltendmachung und Wahrung seiner Interessen gewährleisten soll. In diesem Zusammenhang darf darauf hingewiesen werden, dass die oft zu lesende Ansicht, die bloße Äußerung des Beteiligten in einem etwaig folgenden Gerichtsverfahren könne eine zuvor unterbliebene Anhörung heilen, in dieser Pauschalität nicht zutreffend ist.<sup>3</sup> Vielmehr dürfte es für eine wirksame Nachholung einer zuvor unterbliebenen Anhörung im gerichtlichen Verfahren notwendig sein, dass der Betroffene durch die Verwaltungsbehörde ausdrücklich aufgefordert wird, ihr gegenüber nachträglich zu den wesentlichen Fragen Stellung zu nehmen. Dieser Vorgang sollte, um dies explizit zu machen, auch ausdrücklich als Anhörung bezeichnet werden.<sup>4</sup>

### 3. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG<sup>5</sup> ergibt sich u.a. das Prinzip der Verhältnismäßigkeit (auch als „Übermaßverbot“ bekannt). Diesem liegt der Gedanke zugrunde, dass staatliche bzw. behördliche Maßnahmen nicht unbegrenzt und unbegründet sein dürfen, sondern ihre Rechtfertigung in einem bestimmten Zweck haben und sich an diesem Zweck in ihrem Umfang und Ausmaß messen lassen müssen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit soll damit sicherstellen, dass staatliche Maßnahmen begrenzt sein müssen, damit der Bürger der staatlichen Gewalt nicht unbegrenzt und willkürlich ausgeliefert ist.<sup>6</sup> Das Übermaßverbot ist daher in jedem Stadium des Verwaltungsverfahrens zu beachten und stellt entscheidende Leitlinien für das Handeln der Verwaltung auf.

---

<sup>2</sup> Kallerhoff/Fellenberg, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 25 Rn. 42.

<sup>3</sup> BVerwG NVwZ 2018, 268 (269); Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Lfg., Stand: August 2022, VwVfG § 28 Rn. 84.

<sup>4</sup> Herrmann, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, VwVfG § 28 Rn. 48.

<sup>5</sup> In Art. 20 GG selbst wird der Rechtsstaat nicht genannt. Dennoch wird das Prinzip des Rechtsstaats regelmäßig aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 20 GG abgeleitet: Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 98. Lfg., Stand: März 2022, Art. 20 Rechtsstaat Rn. 1.

<sup>6</sup> Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 98. Lfg., Stand: März 2022, Art. 20 Rechtsstaat Rn. 109.

## II. Der Beginn des Verwaltungsverfahrens

Das Verwaltungsverfahren ist kein Selbstzweck, sondern ist auf ein Ergebnis gerichtet: Es soll regelmäßig geprüft werden, ob die Voraussetzungen für den Erlass eines Verwaltungsakts vorliegen. Für den Beginn eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens kann es zwei Anknüpfungspunkte geben: Einerseits kann die zuständige Behörde von Amts wegen ein Verfahren beginnen, andererseits kann auch der Antrag eines Bürgers die Aufnahme eines entsprechenden Verfahrens einleiten.<sup>7</sup> In jedem Fall ist es denkbare Voraussetzung, dass die Behörde auf einen Sachverhalt aufmerksam wird bzw. von ihm Kenntnis erlangt, um in einem geordneten Verwaltungsverfahren darauf reagieren zu können. Diese Kenntnis kann auf fast jede denkbare Art und Weise erfolgen: So können Mitarbeitende der Bauaufsicht im Rahmen eines Ortstermins auf einen Schwarzbau aufmerksam werden, ein Bürger kann einen Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung stellen oder ein erboster Anwohner kann die Behörde darauf aufmerksam machen, dass sein Nachbar in seinem Garten eine Laube errichtet hat und um bauordnungsrechtliche Überprüfung bitten. Aufgrund dieser Kenntnis der Behörde erfolgt sodann die (ggf. zunächst behördeninterne) Entscheidung, mit dem Verfahren zu beginnen.<sup>8</sup> Eine entscheidende Weichenstellung dahingehend enthält § 22 VwVfG, der zwischen den verschiedenen Arten der Einleitung des Verfahrens differenziert.

### 1. Der Grundsatz: Das pflichtgemäße Ermessen (§ 22 S. 1 VwVfG)

Den Regelfall des behördlichen Tätigwerdens stellt die in § 22 S. 1 VwVfG enthaltene *Offizialmaxime* dar: Die Behörde wird danach aus eigener Entschließung tätig (*Entschließungsermessen*). Die Norm räumt der Behörde ein Ermessen hinsichtlich ihres Tätigwerdens ein (*Opportunitätsprinzip*) und eröffnet der Behörde somit die Möglichkeit, auf den ihr bekannt gewordenen Sachverhalt zu reagieren. Es steht der Behörde damit offen, ob sie nach der pflichtgemäßen Ausübung ihres Ermessens ein Verwaltungsverfahren einleitet oder ob sie sich dagegen entscheidet.<sup>9</sup>

### 2. Das notwendige Tätigwerden von Amts wegen (§ 22 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG)

§ 22 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG stellt eine Ausnahme von dem soeben genannten Grundsatz dar: Anstelle des im *Opportunitätsprinzip* enthaltenen Ermessens, muss die Behörde in dem Fall, in dem sie eine Norm zu einem Handeln von Amts wegen verpflichtet, auch tätig werden (*Legalitätsprinzip*). Es liegt in diesen Fällen eine *Ermessensreduzierung* auf Null vor. Eine entsprechende Verpflichtung wird regelmäßig aus dem jeweils einschlägigen Fachrecht stammen: So legen beispielsweise § 35 Abs. 1 S. 1 GewO, § 15 Abs. 1 und 2 GastG und § 45 Abs. 1 WaffG der Behörde die Pflicht auf, in der Sache tätig zu werden.

Der Begriff „*Rechtsvorschriften*“ in § 22 S. 2 VwVfG umfasst dabei Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen. Auch sog. „*Soll*“-Vorschriften stellen *Rechtsvorschriften* i.S.d. § 22 S. 2 VwVfG dar, wenn sie die Behörde materiellrechtlich zum Eingreifen verpflichten und Anhaltspunkte für die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes vorliegen. Die Frage, ob die Tatbestandsvoraussetzungen wirklich vorliegen, ist sodann im Rahmen des einzuleitenden Verwaltungsverfahrens zu klären.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Gerstner-Heck, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 9 Rn. 12 f.

<sup>8</sup> Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 9 Rn. 105.

<sup>9</sup> Heßhaus, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 22 Rn. 5 f.

<sup>10</sup> Engel/Pfau, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Großkommentar, 2. Aufl. 2019, § 2 Rn. 24.

### 3. Das Handeln aufgrund eines Antrags (§ 22 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG) und das zu unterlassene Handeln mangels eines notwendigen Antrags (§ 22 S. 2 Nr. 2 VwVfG)

Die sog. Dispositionsmaxime im Verwaltungsverfahren beinhaltet den Gedanken, dass bestimmte Verwaltungsverfahren nur auf einen Antrag hin eingeleitet werden. Klassischerweise handelt es sich dabei um Verfahren, die Genehmigungen, Erlaubnisse oder Zulassungen zum Gegenstand haben.

§ 22 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG legt dabei fest, dass der Behörde kein Ermessen hinsichtlich der Einleitung eines Verwaltungsverfahrens nach § 22 S. 1 VwVfG zusteht, wenn sie aufgrund eines Antrags tätig werden muss (z.B. muss die Baubehörde tätig werden, wenn ein Bauantrag bei ihr eingeht, §§ 70, 71 BauO NRW). Spiegelbildlich dazu kann sie nach § 22 S. 2 Nr. 2 VwVfG auch nicht einfach ohne Antrag tätig werden, wenn ein solcher notwendige Bedingung für die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens ist (die Baubehörde kann daher nicht die mögliche Bebauung eines Grundstücks „ins Blaue hinein“ prüfen, sondern ist an einen konkreten Bauantrag des Eigentümers gebunden).

### 4. Wer wird tätig? Zur Frage der Zuständigkeit

Sachverhalte in der juristischen Ausbildung gehen regelmäßig davon aus, dass die zuständige Behörde tätig wird. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die konkret zuständige Stelle im Einzelfall schwer zu ermitteln sein und dieses Wissen im Studium nicht vorausgesetzt werden kann. Dabei ist die Frage nach der Zuständigkeit und die Ermittlung derselben kein Ausdruck einer (in der allgemeinen Wahrnehmung oft belächelten) reflexartigen Abwehrhaltung der Mitarbeitenden der öffentlichen Verwaltung. Vielmehr sind in den verschiedenen Organisationseinheiten z.B. einer Kommunalverwaltung regelmäßig Spezialisten vorhanden, die eine effektive Bearbeitung der einzelnen Anliegen gewährleisten. So werden in einem Bauamt Bauingenieure arbeiten, in einem Gesundheitsamt Ärzte und in einem Rechtsamt Juristen. Die genaue Aufteilung und personelle Ausstattung ist dabei von der Größe der jeweiligen Kommune, von dem finanziellen Spielraum und von den organisatorischen Entscheidungen des Hauptverwaltungsbeamten abhängig. Die zuständige Stelle zu bestimmen, ist demnach (auch) die Frage nach der inhaltlichen Kompetenz der handelnden Organisationseinheit. Schon vor dem Hintergrund der Tatsache, dass z.B. die Kommunen in ihrem Gebiet ausschließliche und eigenverantwortliche Träger der öffentlichen Verwaltung sind (vgl. § 2 GO NRW), ist die Organisation der (Kommunal-)Verwaltung an den Maßstäben der Effektivität und Effizienz auszurichten. Letztlich ist eine solche sachgerechte Organisation bereits als Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips angezeigt.

Im Grundsatz statuiert z.B. § 2 GO NRW, dass die Gemeinden auf ihrem Gebiet die ausschließlichen und eigenverantwortlichen Träger der öffentlichen Verwaltung darstellen. Dem Bürgermeister in NRW kommt dabei ein umfassendes Organisationsrecht zu: Er kann Organisationseinheiten (z.B. Ämter oder Referate) schaffen, abschaffen, zusammenlegen oder neu gliedern.<sup>11</sup> In diesem Zusammenhang werden auch interne Zuständigkeiten festgelegt und z.B. in einem Geschäftsverteilungsplan niedergelegt, so dass innerhalb einer Kommunalverwaltung stets klar ist, welche Einheit für welche Art von Anträgen etc. zuständig ist.

Weil demnach die Feststellung der Zuständigkeit vom Wissen über die konkrete Behördeneinrichtung der jeweiligen Gebietskörperschaft abhängt, hier aber keine juristischen Probleme erscheinen, begnügen sich Klausuren typischerweise mit der Unterstellung, dass von der Zuständigkeit auszugehen ist.

---

<sup>11</sup> Oebbecke, NWVBl. 2013, 469 (470); Heinisch, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.12.2022, GO NRW § 62 Rn. 36.

### III. Die Ermittlung des Sachverhalts

§ 24 Abs. 1 VwVfG legt der zuständigen Behörde die Pflicht zur Amtsermittlung hinsichtlich des entscheidungsrelevanten Sachverhalts auf. Grundsätzlich hat die Behörde daher alle relevanten Umstände, die sie ihrer Verwaltungsentscheidung zugrunde legen will bzw. aufgrund etwaiger gesetzlicher Vorgaben zugrunde zu legen hat, selbst festzustellen<sup>12</sup> und muss alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände berücksichtigen, unabhängig davon, ob sie für die Beteiligten günstig oder ungünstig sind (§ 24 Abs. 2 VwVfG). In der behördlichen Praxis erfolgt die notwendige Erforschung des Sachverhalts durch die Hinzuziehung der in § 26 Abs. 1 VwVfG (nicht abschließend) aufgeführten Beweismittel. § 26 Abs. 2 VwVfG statuiert in diesem Zusammenhang, dass die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken und z.B. Tatsachen oder Beweismittel angeben „sollen“. Einzelne gesetzliche Grundlagen legen auch erweiterte Mitwirkungspflichten der Bürger fest: So sind z.B. mit dem Bauantrag auch alle für die Beurteilung des Bauvorhabens und die Bearbeitung des Bauantrags erforderlichen Unterlagen (Bauvorlagen) einzureichen (§ 70 Abs. 2 BauO NRW). Andere Normen legen wiederum fest, dass die Behörde im Rahmen ihrer Amtsermittlung bestimmte Umstände in jedem Fall ermitteln muss: So hat die Behörde im Rahmen der Prüfung der Erlaubnis eines Bewachungsgewerbes mindestens die in § 34a Abs. 1 S. 5 GewO aufgezählten Auskünfte und Stellungnahmen einzuholen.

Die Pflicht zur Amtsermittlung und der Untersuchungsgrundsatz verleihen der Behörde freilich nicht unbegrenzte Möglichkeiten des Erkenntnisgewinns. Bereits aus dem oben genannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss es Grenzen der Ermittlung des Sachverhalts geben, an die die Behörde gebunden ist. Für einschneidende Befugnisse gegenüber den Bürgern benötigt die Behörde spezielle Ermächtigungsnormen: So vermittelt z.B. § 58 Abs. 7 BauO NRW der Bauaufsichtsbehörde das Recht, Grundstücke und Anlagen einschließlich der Wohnungen zu betreten.

### IV. Die Ausübung des behördlichen Ermessens

Wenn die Behörde ihrer Pflicht zur Amtsermittlung umfänglich nachgekommen ist, steht am Ende ein Gesamtbild an Informationen, aus dem heraus die Behörde ihre Entscheidung (sprich: den Verwaltungsakt) treffen kann. Eine entscheidende Weichenstellung bei der sich nun anschließenden Entscheidung ist, ob der Behörde Ermessen eröffnet ist oder nicht.

#### 1. Kommt der Behörde ein Ermessensspielraum zu?

Einige Normen sehen dabei keinen Ermessensspielraum vor: Wenn dem Vorhaben z.B. keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, so „ist“ die Baugenehmigung zu erteilen (§ 74 BauO NRW). Es handelt sich in diesem Fall um eine gebundene Entscheidung der Behörde. Wenn die Behörde jedoch zu einer Ermessensentscheidung ermächtigt wurde (meist durch das Wort „kann“), so hat sie § 40 VwVfG zu beachten und ihr Ermessen pflichtgemäß auszuüben. „Pflichtgemäß“ handelt die Behörde dann, wenn sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einhält.<sup>13</sup> Bei der Verwendung der Formulierungen „soll“ oder „in der Regel“ bringt der Gesetzgeber dagegen zum Ausdruck, dass die Behörde im Regelfall an die

---

<sup>12</sup> Heßhaus, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, Vorb. § 24.

<sup>13</sup> Aschke, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 40 Rn. 46.

im Gesetz bestimmte Rechtsfolge gebunden ist, aber in atypischen Fällen einen Ermessensspielraum hat.<sup>14</sup>

Die sorgfältige Prüfung, ob der Behörde Ermessen zukommt oder nicht sowie die Berücksichtigung aller relevanten Umstände, ist in der Praxis von entscheidender Bedeutung. Sollte die Möglichkeit, Ermessen auszuüben, übersehen werden (sog. Ermessensausfall oder Ermessensnichtgebrauch), so können Ermessenserwägungen in einem sich anschließenden gerichtlichen Verfahren nicht nachgeschoben werden: Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 114 S. 2 VwGO, der von „ergänzen“ spricht. Ergänzt werden kann aber nur eine Sache bzw. ein Umstand, der bereits vorhanden ist. Bei einem kompletten Fehlen von Ermessenserwägungen ist eine entsprechende Verbesserung seitens der Behörde nicht möglich.<sup>15</sup>

## 2. Wie ist das Ermessen auszuüben?

Wenn die Möglichkeit der Ermessensausübung besteht und diese auch seitens der Behörde erkannt wurde, so muss diese ihre Entscheidung unter Berücksichtigung der ihr im konkreten Einzelfall auferlegten rechtlichen Grenzen und in Anschauung der tatsächlichen Umstände in vertretbarer Weise treffen. Ein (früher vertretenes) „freies Ermessen“ steht der Behörde dabei nicht zu; vielmehr muss sie sich an die Grenzen des pflichtgemäßen Ermessens (s.o.) halten. In einem gerichtlichen Verfahren kann das Gericht gem. § 114 VwGO überprüfen, ob die Behörde die rechtlichen Grenzen eingehalten und das Ermessen insbesondere entsprechend dem gesetzlichen Zweck ausgeübt hat.<sup>16</sup> Hinsichtlich der Grundlage ihrer Entscheidung hat die Behörde alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls in ihre Abwägung einzubeziehen. Fehler an dieser Stelle können zu einem Ermessensdefizit führen.<sup>17</sup>

Von entscheidender Bedeutung ist dabei der Zweck der Norm, die der Behörde das Ermessen vermittelt: Wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm gar nicht gegeben sind, die Behörde dies aber irrigerweise annimmt, liegt eine sog. Ermessensüberschreitung vor.

Weiterhin hat die Behörde bei ihrer Ermessensentscheidung den Vorrang des Gesetzes zu beachten: Ihre Entscheidung muss nicht nur im Einklang mit der ermessenseröffnenden Norm stehen, sondern darf auch nicht im Widerspruch zu anderen Normen stehen. Insbesondere sind dabei auch verfassungsrechtliche Anforderungen an die behördliche Entscheidung zu berücksichtigen: So darf die Behörde nicht gegen Grundrechte verstoßen und muss die Gebote des Rechtsstaats (z.B. Vertrauensschutzes und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) beachten. Auch Verstöße gegen diese Grundsätze stellen eine Ermessensüberschreitung dar.<sup>18</sup>

Im Zusammenhang mit dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes ist zudem die Selbstbindung der Verwaltung zu beachten.<sup>19</sup> Wenn die Behörde einen Vertrauenstatbestand dahingehend setzt, künftig gleiche Sachverhalte auch in immer gleicher Weise entscheiden zu wollen, muss sie sich an diesem Vertrauenstatbestand festhalten lassen, woraus sich ein subjektives Recht für den Bürger an einer entsprechenden gleichartigen Entscheidungspraxis der Behörde ergibt. Die Selbstbindung der Verwaltung kann aus gege-

---

<sup>14</sup> Aschke, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 40 Rn. 39.

<sup>15</sup> Geis, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Lfg., Stand: August 2022, VwVfG § 40 Rn. 116.

<sup>16</sup> Riese, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Lfg., Stand: August 2022, VwGO § 114 Rn. 51.

<sup>17</sup> Geis, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Lfg., Stand: August 2022, VwVfG § 40 Rn. 107.

<sup>18</sup> Schönenbroicher, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar, 2. Aufl. 2019, VwVfG § 40 Rn. 210.

<sup>19</sup> BVerwG NVwZ 2014, 589 (597).

benen Zusicherungen (§ 38 VwVfG), aus Rechtsnormen wie kommunalen Satzungen oder aus eingeübter Verwaltungspraxis entstehen. Die letztgenannte Praxis liegt dann vor, wenn die Behörde bei der Beurteilung und Behandlung vergleichbarer Fälle nach einem gleichbleibenden System verfährt. Von einem solchen System kann sie sodann nicht mehr im Einzelfall abweichen, da sie dadurch willkürlich handeln und gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen würde. Die Behörde ist daher (wenn und soweit eine entsprechende Praxis besteht und ein darunter fallender Sachverhalt zu entscheiden ist) verpflichtet, in gleicher Weise wie bisher zu verfahren.<sup>20</sup> Die Selbstbindung der Verwaltung führt jedoch nicht soweit, dass eine rechtswidrige Verwaltungspraxis der Behörde auf solchen Weise verfestigt wird und sich der Bürger auf diese berufen kann („Keine Gleichheit im Unrecht“).

Eine besondere Form der Selbstbindung der Verwaltung stellen dabei interne Verwaltungsvorschriften dar: Diese sind als verschriftliche Abbildung der Verwaltungspraxis zu sehen und geben der Behörde verwaltungsintern als abstrakt-generelle Regelungen Ermessensrichtlinien vor. Solche Richtlinien müssen sich selbstverständlich ihrerseits an die Grenzen des geltenden Rechts halten und können nur die rechtmäßige Verwaltungspraxis leiten.<sup>21</sup> Eine solche Praxis befreit die Behörde indes nicht von der Pflicht, den Einzelfall auf etwaige Besonderheiten zu prüfen, die einer Anwendung der Verwaltungsvorschriften entgegenstehen können.<sup>22</sup>

## V. Der Weg zum Bürger: Form- und Fristvorschriften

Am Ende dieses Prozesses steht sodann der Verwaltungsakt. Vor der Bekanntgabe (§ 41 VwVfG) muss sich die Behörde jedoch noch Gedanken darüber machen, in welcher Form der Verwaltungsakt zu demjenigen gelangen soll, für den er bestimmt ist. Solange keine abweichenden Formvorschriften (z.B. § 74 Abs. 2 S. 1 BauO NRW) einschlägig sind, gilt grundsätzlich die Formfreiheit gem. § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG.

Soll der Verwaltungsakt dem Bürger elektronisch (§§ 37a, 3a VwVfG) übermittelt werden, so muss seitens der Behörde beachtet werden, dass § 3a Abs. 1 VwVfG die elektronische Übermittlung an den Bürger von der Voraussetzung abhängig macht, dass dieser einen elektronischen Zugang eröffnet hat. Das VwVfG enthält für den Bürger keine allgemeine Pflicht, einen elektronischen Zugang (klassischerweise in Form einer E-Mail-Adresse) für die Kommunikation mit Behörden zur Verfügung zu stellen; die Behörde kann sich daher nicht darauf verlassen, dass eine etwaig bekannte E-Mail-Adresse regelmäßig von dem Bürger kontrolliert wird und kann daher nicht ohne Weiteres elektronische Verwaltungsakte an ihn senden.<sup>23</sup> Ob die Angabe einer E-Mail-Adresse im Briefkopf eines Antragstellers oder die Kontaktaufnahme per E-Mail durch den Bürger bereits als (konkludente) Zugangseröffnung zu verstehen ist, ist noch umstritten.<sup>24</sup> Solange diese Frage nicht abschließend geklärt ist, bietet es sich an, seitens der Behörde zur Sicherheit die ausdrückliche Einwilligung des Bürgers einzuholen, wenn eine elektronische Übermittlung des Verwaltungsakts geplant ist.

<sup>20</sup> Geis, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Lfg., Stand: August 2022, VwVfG § 40 Rn. 74 ff.

<sup>21</sup> Schönenbroicher, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar, 2. Aufl. 2019, VwVfG § 40 Rn. 146.

<sup>22</sup> Geis, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Lfg., Stand: August 2022, VwVfG § 40 Rn. 181.

<sup>23</sup> Müller, BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 3a Rn. 5a ff.

<sup>24</sup> Schulz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar, 2. Aufl. 2019, § 3a Rn. 73 lässt diese Umstände bereits als entsprechende Widmung ausreichen. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 3a Rn. 12 sowie Hornung, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Lfg., Stand: August 2022, VwVfG § 3a Rn. 42 ff. sehen zumindest in einem Antrag per E-Mail durch den Bürger die Eröffnung eines elektronischen Zugangs. Müller, BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 3a Rn. 6 vertritt dagegen die Auffassung, die elektronische Kontaktaufnahme durch den Bürger stelle noch keine Zugangseröffnung seinerseits dar.



Wenn die Bekanntgabe des Verwaltungsakts per Briefpost erfolgt, gilt er am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben (§ 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG). Da der Adressat den Zeitpunkt des Zugangs jedoch bestreiten kann und die Behörde in diesem Fall die Pflicht zum Nachweis des Zugangszeitpunktes treffen kann (§ 41 Abs. 2 S. 3 VwVfG), bietet es sich an, besonders wichtige Verwaltungsakte z.B. mittels Einschreiben mit Rückschein zuzustellen, so dass der genaue Zeitpunkt der Zustellung seitens der Behörde gerichtsfest dokumentiert werden kann. Hierbei sind die Vorschriften des VwZG des Bundes bzw. der entsprechenden Landesgesetze zu beachten.

## VI. Tatsächliche Durchsetzung des Verwaltungsakts<sup>25</sup>

Im idealen Fall geht so ein formell und materiell rechtmäßiger Verwaltungsakt dem Bürger formgerecht zu. Wenn sich dieser nicht an die dort getroffene Regelung hält, so muss der Verwaltungsakt zwangsweise durchgesetzt werden.

Das VwVG des Bundes und der Länder bieten dazu diverse rechtliche Instrumente. Grundsätzlich bleibt die Behörde, die den grundlegenden Verwaltungsakt erlassen hat, auch als Vollzugsbehörde zuständig (§ 7 VwVG). Voraussetzung ist dabei stets, dass der Grundverwaltungsakt unanfechtbar geworden ist (sprich: die jeweilige Widerspruchs- oder Klagefrist abgelaufen ist), die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO angeordnet wurde oder die aufschiebende Wirkung kraft Gesetz (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1–3, S. 2 VwGO) ausgeschlossen ist (sog. „gestrecktes Verwaltungszwangsverfahren“, § 6 Abs. 1 VwVG). Nur ausnahmsweise kann Verwaltungszwang ohne vorhergehenden Verwaltungsakt angewendet werden (sog. „gekürztes Verwaltungszwangsverfahren“, § 6 Abs. 2 VwVG).

Die der Behörde zur Verfügung stehenden Zwangsmittel sind in § 9 VwVG abschließend aufgezählt; der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der auf allen Stufen des Vollstreckungsverfahrens (Androhung, Festsetzung und Anwendung) gilt, ist in § 9 Abs. 2 VwVG nochmals einfachgesetzlich niedergelegt und von der Behörde in jedem Fall zu beachten.<sup>26</sup>

Gem. § 13 Abs. 1 VwVG ist das jeweilige Zwangsmittel vor der Anwendung schriftlich und unter Fristsetzung anzudrohen. Dies entspricht dem Grundsatz der Eigenvornahme des Bürgers. Bereits in § 13 Abs. 2 VwVG wird der Behörde die Möglichkeit eingeräumt, die Androhung bereits im grundlegenden Verwaltungsakt auszusprechen. Die Behörde sollte sich daher bereits beim Erlass des Verwaltungsaktes Gedanken darüber machen, welche Zwangsmittel ggf. einzusetzen sind. Sie muss dabei jedoch beachten, dass die Zwangsmittel in der Androhung bereits zu präzisieren sind (§ 13 Abs. 3 VwVG).

## VII. Fazit

Das Verfahren, welches zu dem (in der Prüfungssituation regelmäßig vorliegenden) Verwaltungsakt führt, ist im VwVfG ausführlich und detailliert beschrieben. Entscheidende Meinungsstreitigkeiten sind hier so gut wie nicht vorhanden, was die Beschäftigung mit dem Verfahren z.B. in der Klausur dankbar macht. Auch das Vollstreckungsverfahren ist sehr präzise und ohne größere normative Schwierigkeiten beschrieben. In beiden Fällen sollte jedoch in der Prüfungssituation auf das genaue

---

<sup>25</sup> Es soll hier nur auf die Vollstreckung von Verwaltungsakten eingegangen werden, die ein Handeln, Dulden oder Unterlassen zum Gegenstand haben. Die Regelungen hinsichtlich der Vollstreckung von Geldforderungen würde den Rahmen dieses Beitrags übersteigen und ist auch auf Bundes- und Landesebene deutlich differenzierter ausgestaltet.

<sup>26</sup> Deutsch/Burr, BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 3 Rn. 8 ff.

Studium des Gesetzeswortlauts geachtet werden: Die allermeisten Problemfelder einer Klausur dürften durch saubere Anwendung der entsprechenden Normen zu lösen sein, so dass künstlich herbeigedachte Probleme in der Regel nicht zu diskutieren sein dürften.