

BVerwG, Urteil vom 22.01.1969 - VI C 52.65 -

Ermessensbindung und Ermessensprüfung - hier: bei Dienstbefreiung

Leitsatz

1. Zur Ermessensbindung durch Verwaltungspraxis (hier bei Dienstbefreiung) und zu den Grenzen verwaltungsgerichtlicher Prüfung der Ermessensausübung.

Sonstiger Orientierungssatz

Auch wenn der Antragsteller zunächst Anspruch auf eine echte Ermessensentscheidung unter Berücksichtigung der Umstände des Falles hat, wird die Behörde nicht gehindert, ihr Ermessen für bestimmte Fallgruppen nach generellen Gesichtspunkten auszuüben und sich insoweit durch Richtlinien oder eine bestimmte Verwaltungspraxis zu binden. Ein Ermessensfehler kann dann nur mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn der Antragsteller ein Abweichen von der Verwaltungspraxis dargetut.

(Verzicht auf Darstellung des Sachverhalts; Der Kläger, ein beamteter Rechtspfleger, hatte seine Dienstbefreiung und hilfsweise die Entlassung aus dem Beamtenstatus beantragt, um ein Jura-Studium zu absolvieren. Er wurde entlassen. Er machte einen (Ermessens-)Anspruch auf Dienstbefreiung geltend.)

Entscheidungsgründe (Auszug)

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat zutreffend entschieden, daß der Antrag des Klägers auf Dienstbefreiung rechtsfehlerfrei abgelehnt worden ist und sich deshalb die von ihm hilfsweise beantragte Entlassung als rechtmäßig ausgesprochen darstellt.

Die Ablehnung des Antrags auf Dienstbefreiung ist nicht etwa wegen fehlender Begründung des Erlasses vom 13. Juni 1962 fehlerhaft. Es bedarf hier keiner Erörterung, ob und wann eine Ermessensentscheidung - und demgemäß erst recht ihre Begründung - selbst noch im Berufungsverfahren nachgeholt werden kann - vgl. Urteile vom 24. Oktober 1963 - BVerwG VI C 185.61 - (NDBZ 1964, 90), vom 21. Februar 1964 - BVerwG VI C 8.61 - (BVerwGE 18, 72 <77>) und vom 19. Januar 1968 - BVerwG VI C 56.64 (Buchholz BVerwG 232, § 123 GG Nr. 6); denn jedenfalls enthält hier der Widerspruchsbescheid eine Begründung für die Ermessensausübung. Dies genügt mit Rücksicht darauf, daß Gegenstand der Klage der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt ist, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat (§ 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Die insoweit vom Berufungsgericht vertretene Auffassung steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteile vom 14. Oktober 1965 - BVerwG II C 3.63 - <BVerwGE 22, 215, 217, 218> und vom 28. September 1967 - BVerwG II C 105.67 -). Ein Fehlen der Rechtsmittelbelehrung ist für den Fristenlauf von Bedeutung (§ 58 VwGO), macht aber den Verwaltungsakt nicht rechtswidrig.

Die Ablehnung des Antrags auf Dienstbefreiung ist auch nicht etwa deshalb fehlerhaft, weil dem Personalrat keine Gelegenheit zur Mitbestimmung gegeben worden ist. Nach § 61 Abs. 1 HPVG hat der Personalrat in "sozialen Angelegenheiten" mitzubestimmen, nach Nr. 9 dieser Vorschrift insbesondere über Fragen der "Fortbildung" der Bediensteten. Das vom Kläger mit der Dienstbefreiung erstrebte Studium der Rechtswissenschaft ist keine "Fortbildung" im Sinne des § 61 Abs. 1 Nr. 9 HPVG, sondern eine Ausbildung, die nicht unter diese Vorschrift fällt. Das Studium der Rechtswissenschaft vermittelt neue Kenntnisse für einen gegenüber dem des Rechtspflegers anderen Beruf. Eine solche Bildung eines neuen Grundstocks an Kenntnissen, der für einen anderen als den bisherigen Beruf erforderlich ist, stellt eine Ausbildung dar, dagegen ist der Erwerb neuer Kenntnisse unter Anknüpfung an diesen Grundstock Fortbildung (vgl. Beschluß vom 10. Februar 1967 - BVerwG VII P 6.66 - <BVerwGE 26, 185, 191, 192>). Der Sachverhalt fällt auch nicht unter den allgemeinen Begriff der "sozialen Angelegenheiten" im Sinne von § 61 Abs. 1 HPVG, trotz der weiten Fassung dieses Begriffs (zu ihm vgl. Beschluß vom 3. August 1962 - BVerwG VII P 17.61 - <BVerwGE 14, 338, 339>). Denn bei diesen "sozialen Angelegenheiten" muß es sich um Vorgänge handeln, die durch die Eigenschaft der Bediensteten als Angehöriger der betreffenden Behörde geprägt werden. Das vom Kläger mit der Dienstbefreiung bezweckte Studium liegt jedoch außerhalb der Behördensphäre, es verfolgt gerade das Ziel, die bisherige Betriebsgemeinschaft zu verlassen. Es handelt sich dabei um eine private Angelegenheit des Klägers, die nichts mit seinem Amt als Rechtspfleger zu tun hat und keine "soziale Angelegenheit" dieser seiner Behörde ist. Bei dieser Lage bedarf es keiner Erörterung, ob etwa die Vorschriften des Hessischen Personalvertretungsgesetzes nicht unter § 127 Abs. 2 BRRG

(u.F.) fallen, weil ihr Schwerpunkt nicht im Beamtenrecht liegt (BVerwGE 13, 303; 21, 119 <126>).

Die Ablehnung des Antrags auf Dienstbefreiung ist auch nicht etwa deshalb fehlerhaft, weil der Beklagte von dem ihm durch § 17 UrVVO eingeräumten Ermessen von vornherein keinen Gebrauch gemacht habe, wie der Kläger meint. Von dem Fall, daß von einem eingeräumten Ermessen fehlerhafterweise überhaupt kein Gebrauch gemacht wird - z.B. weil irrtümlich angenommen wird, daß die Voraussetzungen für eine Ermessensausübung nicht vorliegen oder daß eine gesetzliche Verpflichtung zu der Entscheidung zwingt (BVerwGE 15, 196 <199>) -, ist der Fall zu unterscheiden, daß sich die Behörde für eine Ermessensausübung durch Richtlinien oder Verwaltungspraxis in bestimmter Weise bindet. Zwar hat der Antragsteller zunächst Anspruch auf eine "echte Ermessensentscheidung" unter Berücksichtigung der Umstände des Falles (vgl. BVerwGE 6, 119 <127> und Urteil vom 13. Juli 1964 - BVerwG VI C 209.61 - <Buchholz BVerwG 232, § 130 BBG Nr. 2 = JR 1965, 192>). Dadurch wird jedoch die zur Ausübung des Ermessens berufene Behörde nicht gehindert, ihr Ermessen für bestimmte Fallgruppen gleichmäßig nach generellen Gesichtspunkten auszuüben und sich insoweit durch Richtlinien oder eine bestimmte Verwaltungspraxis zu binden, so daß in der Regel Ausnahmen zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, aber jedenfalls nur unter besonderen Umständen möglich sind (vgl. Urteile vom 26. Januar 1966 - BVerwG VI C 165.62 - <Buchholz BVerwG 234, § 4 a G 131 Nr. 1 = RiA 1966, 178> und vom 7. Dezember 1966 - BVerwG VI C 47.64 - <Buchholz BVerwG 232, § 136 BBG Nr. 3 = RiA 1967, 95>, jeweils mit weiteren Nachweisen). Eine solche generelle Ermessenshandhabung durch Einhaltung einer bestimmten Verwaltungspraxis ist, sofern die ihr zugrundeliegenden Erwägungen der Zielsetzung der vom Gesetz eingeräumten Ermächtigung entsprechen - was sie, wie noch dargelegt wird, hier tun -, nicht nur sinnvoll, sondern zur Wahrung des Gleichheitssatzes sogar geboten; denn vielfach kann nur so erreicht werden, daß gleichliegende Fälle gleich behandelt werden (vgl. hierzu auch Urteile vom 21. Februar 1963 - BVerwG VI C 80.61 - <Buchholz BVerwG 237.2, § 178 LBG Berlin Nr. 2> und vom 9. April 1963 - BVerwG VI C 138.61 -). Wenn sich die Behörde für ihre Ermessenshandhabung in dieser Art zulässigerweise bindet, kann ein Ermessensfehler in aller Regel nur dann mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn der Antragsteller dargetut, daß die Behörde in seinem Fall von der Verwaltungspraxis abgewichen sei (BVerwGE 15, 190 <196>). Das hat der Kläger hier nicht behauptet; im Gegenteil bemängelt er gerade - jedoch zu Unrecht -, daß der Beklagte eine derartige Dienstbefreiung in allen Fällen abgelehnt hat.

Das Berufungsgericht hat geprüft, ob der Beklagte im Rahmen der Selbstbindung bei der Ermessensausübung fehlerhaft gehandelt hat. Es ist im wesentlichen davon ausgegangen, daß im Rechtspflegerdienst des Landes Hessen eine angespannte Personallage bestand, die es nicht zuließ, Ausfälle aufzufangen, die über Erholungsurlaub und Erkrankungen hinausgingen. Mit der gesamten Prüfung des Ermessenskomplexes hat das Berufungsgericht zum Ausdruck gebracht, daß es die Ermessensausübung des Beklagten billigt, der im Widerspruchsbescheid die Notwendigkeit eines geordneten Gerichtsbetriebs in den Vordergrund gestellt hat und das Eigeninteresse des Klägers an einer Dienstbefreiung zwecks Studiums nicht als ausreichende Rechtfertigung für eine Ausnahme von der Ermessensbindung angesehen hat. Auch in diesem Rahmen sind einer Ermessensnachprüfung in der Revisionsinstanz noch engere Grenzen als in den Tatsacheninstanzen gesetzt. Das Revisionsgericht ist auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob die Vorinstanz den Inhalt und die Grenzen, die der Ermessensausübung der Behörde gesetzt sind, in ihrem Wesen verkannt hat, bei einer Ermessensbindung durch Verwaltungspraxis demnach, ob die einzelne Ermessensentscheidung dieser etwa widerspricht, und ob im übrigen die Vorinstanz die Regeln über die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung des behördlichen Ermessens verletzt hat (vgl. Urteile vom 19. Februar 1960 - BVerwG VI C 245.58 - und vom 8. Februar 1961 - BVerwG VI C 55.59 - <Buchholz BVerwG 310, § 98 VwGO Nr. 1 = RiA 1961, 221>). Dies ist nicht der Fall. Die Ausübung behördlichen Ermessens unterliegt einer Prüfung durch die Verwaltungsgerichte nur daraufhin, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist (vgl. auch Urteil vom 14. Oktober 1965 - BVerwG II C 3.63 - <BVerwGE 22, 215, 218>). Diese Grundsätze sind vom Berufungsgericht nicht verkannt worden: Zwar ist in § 17 Abs. 2 UrVVO ausdrücklich gesagt, daß die Weiterzahlung der Dienstbezüge bewilligt werden kann, wenn die Dienstbefreiung "auch im dienstlichen Interesse" liegt. Daraus ergibt sich jedoch nicht, daß bei einer Dienstbefreiung ohne Dienstbezüge das Interesse der Behörde und der Öffentlichkeit an einem reibungslosen Lauf des Amtsbetriebs nicht den maßgebenden Gesichtspunkt bei der Ausübung des Ermessens bilden darf. Es ist ein legitimes Interesse einer Behörde, innere und äußere Schwierigkeiten jeder Art zu vermeiden, die sich bei einem über Jahre laufenden ständigen Wechsel zwischen Zeiten der Dienstbefreiung und

Dienstleistung für die Amtsausübung eines Beamten zwangsläufig ergeben müssen. Es liegt klar auf der Hand, daß jedenfalls dann diesem Interesse der Behörde ausschlaggebende Bedeutung beigelegt werden kann, wenn die Dienstbefreiung der Vorbereitung eines Laufbahn- oder Berufswechsels mit dem Ziel des Ausscheidens aus der bisherigen Rechtsstellung dienen soll und die Ableistung einer Ausbildung bezweckt, deren andere Teilnehmer nicht nur in aller Regel, sondern fast ausschließlich nicht Behördenangehörige sind. Bei dieser Lage könnte sich sogar die oben erörterte Selbstbindung eines bestimmten Verwaltungszweiges auch dann noch im Rahmen des der Behörde eingeräumten Ermessens halten, wenn sie zum Inhalt hätte, daß für solche Fälle von der für alle Verwaltungszweige geltenden Möglichkeit des § 17 UrlVO wegen der in diesem Verwaltungszweig herrschenden Umstände ohne Ausnahmeprüfung kein Gebrauch gemacht wird.

Bei seinen Angriffen auf die Ermessensnachprüfung des Berufungsgerichts, die im wesentlichen dahingehen, es hätten noch andere Gründe als die vom Beklagten für seine Ermessensentscheidung angeführten berücksichtigt werden und zu einer anderen Ermessensentscheidung führen müssen, übersieht der Kläger die vorstehend aufgezeigten Grenzen, die einer Ermessensnachprüfung im Verwaltungsstreitverfahren gesetzt sind. Er wird aber auch dem Wesen einer Ermessensentscheidung nicht gerecht, das dadurch gekennzeichnet ist, daß innerhalb der Grenzen des Ermessens mehrere Entscheidungen möglich sind, von denen jede ermessensrichtig sein kann; entschließt sich die Behörde innerhalb dieses Rahmens für eine dieser Entscheidungen und beruht diese auf dem Ermessenszweck entsprechenden Gründen, dann ist sie ermessensfehlerfrei, mögen auch vielleicht gewichtige Gründe für eine andere Entscheidung sprechen. Wenn der Kläger bei der Ermessensentscheidung eine ausreichende Berücksichtigung seiner persönlichen Verhältnisse vermißt, so will er darunter offenbar eine gewisse Notlage verstanden wissen, wie aus seiner Betonung des "Aufsichselbstangewiesenseins", des Gesundheitszustandes und der Berufung auf Beihilfeporgänge zu schließen ist. Insofern ist unerfindlich, wieso ein Studium und der Vorbereitungsdienst mit der nachfolgenden Ungewißheit beruflicher Chancen den Kläger in diesen persönlichen Verhältnissen günstiger stellen könnten, als er in seinem Amt als Rechtspfleger steht, das eine angemessene Lebenshaltung ohne weiteres ermöglichte. Deshalb fallen diese Verhältnisse bei der Ermessensentscheidung nicht ins Gewicht. Abwegig ist die Ansicht des Klägers, er habe einen Rechtsanspruch auf besondere Förderung als überdurchschnittlich Begabter. Der Beklagte bleibt im Rahmen seines Ermessens, wenn er dies im Widerspruchsbescheid als für die Ermessensentscheidung nicht ausschlaggebend ansieht....

Verwaltungsgericht Stuttgart, Urteil vom 07.04.2008, - 11 K 6462/07 -

Härtefall (unbestimmter Rechtsbegriff), Ermessen, Ermessensnichtgebrauch, Neubescheidungsanspruch

Die Bescheide des Beklagten vom 25.06. und 09.11.2007 werden aufgehoben.

Der Beklagte wird verpflichtet, den Antrag der Klägerin auf Ausbildungsförderung in gesetzlicher Höhe für die Zeit von Februar 2007 bis Mai 2007 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des gerichtskostenfreien Verfahrens tragen die Beteiligten jeweils die Hälfte.

Tatbestand:

Die 1981 geborene Klägerin begehrt Ausbildungsförderung nach dem BAFöG.

Die Klägerin studiert seit Abschluss einer Buchhandelslehre seit dem Wintersemester 2005/2006 an der Hochschule für Wirtschaft und Umwelt in N. Finanzmanagement und Betriebswirtschaft.

Sie beantragte am 26.04.2007 Ausbildungsförderung für dieses Studium. Im Rahmen des Verfahrens gab sie an: Ihr Vater sei am 11.03.2004 verstorben, sie beziehe seither eine befristete Halbwaisenrente in Höhe von zuletzt € 299,60. Sie sei als Erbin ihres Vaters bzw. durch Schenkung ihrer Mutter zur Hälfte Miteigentümerin an einem Hausgrundstück mit 382qm Grundstücksfläche in G., das mit einem von ihr und ihrer Mutter bewohnten Einfamilienhaus mit 210qm Wohnfläche bebaut ist und zu einem Achtzehntel bzw. Zwanzigstel Miteigentümerin an weiteren Grundstücksflächen im Umfange von 57 bzw. 370qm. Eingetragen sei ein lebenslanges Nießbrauchrecht der Mutter. Der Wert der ansonsten lastenfreien Immobilien betrage zwischen € 170000 und 200000, der Versicherungswert betrage € 28212, der Einheitswert sei auf € 25462 festgesetzt. Eigene Feststellungen zur Bewertung des Immobilienvermögens hat der Beklagte nicht getroffen.

Der Beklagte errechnete hieraus und aus den weiter angegebenen Guthaben der Klägerin ein anzurechnendes Vermögen in Höhe von € 41.462,19. Mit Bescheid vom 25.06.2007 lehnte sie den Antrag mit der Begründung ab: Der Betrag des anzurechnenden Vermögens übersteige den Gesamtbedarf der Klägerin.

Die Klägerin erhob hiergegen am 25.07.2007 Widerspruch, den sie mit einem Härteantrag vom 24.07.2007 wie folgt begründete: Die Verwertung des Miteigentumsanteils sei nicht möglich. Sie könne kein Darlehen zu marktüblichen Bedingungen erhalten, da sie ohne Einkommen sei und deshalb Zins- und Tilgungslasten nicht bezahlen könne. Auch sei ihr die Verwertung des Anteils wirtschaftlich nicht möglich, ihr sei aufgrund des Schenkungsvertrages jegliche Verfügung über das Grundstück verboten und es bestehe ein Rückübertragungsanspruch ihrer Mutter. Zudem stimme ihre Mutter einer Belastung des Grundstücks nicht zu. Ein deshalb zu führender Rechtsstreit sei zeitlich nicht absehbar und würde sie mittel- und obdachlos machen. Ihr Studium sei gefährdet. - Sie ließ außerdem mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 18.09.2007 vortragen: Die Halbwaisenrente entfalle ab Mai 2008, sie müsse dann auch einen Krankenversicherungsbeitrag leisten. Sonstige Einkünfte seien nicht vorhanden.

Der Beklagte verwies die Klägerin mit Schreiben vom 22.08.2007 auf die Möglichkeit, vorerst zins- und tilgungsfreie Studentenkredite der KfW aufzunehmen, weshalb die Annahme einer unbilligen Härte ausscheide.

Mit am 09.11.2007 zur Post gegebenem Einschreiben wies der Beklagte den Widerspruch aus den bereits angeführten Gründen zurück.

Am 05.12.2007 hat die Klägerin der Rechtsmittelbelehrung folgend Klage erhoben. Die Klägerin beantragt,

die Bescheide der Beklagten vom 25.06. und 09.11.2007 aufzuheben und der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für die Zeit von Februar 2007 bis Mai 2007 Ausbildungsförderung in gesetzlicher Höhe zu erbringen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Dem Gericht lagen die Akten der Behörde vor. Hierauf, auf die gewechselten Schriftsätze und auf die Gerichtsakten wird wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig, sie ist aber nur zum Teil begründet. Die Klägerin hat zwar keinen Anspruch auf die begehrte Ausbildungsförderung, sie kann aber eine pflichtgemäße Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts beanspruchen (§ 113 Abs. 5 S. 2 VwGO).

Nachdem der Beklagte sich im vorliegenden Verfahren zur Erwidern auf die Klage nur noch auf das Urteil des VG Trier vom 31.05.2007 - 6 K 1027/06.TR - bezogen hat, geht es noch um die dort so entschiedene Frage, ob der Beklagte berechtigt ist, bei der Ermessensentscheidung im Rahmen des § 29 Abs. 3 BAFöG zu berücksichtigen, dass die Klägerin die Möglichkeit hat, einen Ausbildungs- oder Studienkredit der KfW aufzunehmen. Anders als noch im Ausgangsbescheid, mit welchem die Annahme einer unbilligen Härte durch die Verwertung des Immobilienvermögens der Klägerin gar nicht erwogen worden war, und als im Wider, in welchem das Vorliegen der ermessenseröffnenden Tatbestandsvoraussetzungen verneint worden ist, bedeutet dies, dass der Beklagte nunmehr zwar auch vorliegend (wie das erkennende Gericht - vgl. die Urteile vom 15.05.2006, - 11 K 2940/05 - und vom 07.05.2007, - 11 K 2349/06 -, im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg, Urteil vom 19.12.2005, - 7 S 3012/04 -, <Juris>; und des VG Sigmaringens, Urteil vom 21.03.2007, - 1 K 335/06 -, <Juris>) eine unbillige Härte annimmt, sich im Rahmen der damit zu treffenden Ermessensentscheidung jedoch für berechtigt hält, die Klägerin auf die Inanspruchnahme des o.a. Kredits zu verweisen.

Dieser von offenbar verschiedenen Studentenwerken vertretenen Auffassung hatte sich schon das VG Sigmaringen (aaO.) und ihm folgend das erkennende Gericht (Urteil vom 07.05.2007, aaO.) nicht anschließen können, weil dies der Zweckbestimmung der Studienkredite widerspricht und zudem hierdurch das wirtschaftliche Verwertungshindernis nicht beseitigt wird.

Das VG Sigmaringen hat dazu ausgeführt: "Die Möglichkeit der Aufnahme eines so genannten Bildungskredits eröffnet die Chance der Studienfinanzierung für alle Studenten, unabhängig von ihrem sonstigen Einkommen und Vermögen. Es handelt es sich eine zusätzliche Hilfe für Auszubildende neben und unabhängig von Leistungen nach dem BAFöG. Die Förderung nach dem BAFöG wird hierdurch nicht ersetzt. Diese Zweckbestimmung der Studienkredite verbietet es von vornherein, diese einem ansonsten gegebenen Anspruch auf Ausbildungsförderung entgegenzusetzen. So ist auch nicht dann, wenn der Auszubildende den Bildungskredit in Anspruch nimmt, dessen Anspruch auf Ausbildungsförderung um die entsprechenden monatlichen Kreditraten, die Einkommen des Auszubildenden wären, zu kürzen. Dies führte im Ergebnis nämlich dazu, dass die Mittel der Ausbildungsförderung subsidiär gegenüber denen des Bildungskredits einzusetzen wären. Dies würde der genannten Zweckbestimmung des Bildungskredits zuwiderlaufen (§ 21 Abs. 4 Nr. 4 BAFöG; vgl. auch Tz. 21.4.9k BAFöG-VwV). Wirkt sich aber die Inanspruchnahme des Bildungskredits bei der Berechnung des Einkommens des Auszubildenden nicht bedarfsmindernd aus, folgt daraus, dass der Auszubildende auch bei der Frage, ob zur Vermeidung unbilliger Härten ein Teil des Vermögens anrechnungsfrei bleiben muss, nicht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Bildungskredits verwiesen werden kann (vgl. VG Aachen, Urt. v. 31.10. 2006 - 5 K 1320/05 -, Juris; ebenso VGH Bad.-Württ., Urt. v. 19.12.2005, - 7 S 3012/04 -, FamRZ 2006, 1638).

Darüber hinaus spricht ... gegen die Möglichkeit, den Kläger auf die Inanspruchnahme eines Bildungskredits verweisen zu können, dass hierdurch das wirtschaftliche Verwertungshindernis nicht beseitigt wird. Maßgeblich für die Annahme einer unbilligen Härte im Sinne von § 29 Abs. 3 BAFöG ist vorliegend, dass vorhandenes, an sich einsatzpflichtiges Vermögen tatsächlich nicht verwertet werden kann und deshalb zum maßgeblichen Zeitpunkt der Antragstellung zur Bedarfsdeckung nicht zur Verfügung steht. An diesem Umstand vermag auch die Möglichkeit, zur Finanzierung des Studium einen Bildungskredit aufzunehmen, nichts zu ändern. Hierdurch wird weder die materielle Kreditwürdigkeit des Klägers noch sonst die Wahrscheinlichkeit der Begebung eines durch Grundpfandrecht gesicherten Darlehens zu marktüblichen Bedingungen erhöht; es ist (weiterhin) nicht absehbar, ob, wann und in welchem Umfang der Kläger imstande sein wird, seinen Anteil an dem Hausgrundstück tatsächlich als Vermögen zu verwerten. Die Möglichkeit der Aufnahme eines Bildungskredits steht mithin in keinem Zusammenhang mit dem 1/8-Anteil des Klägers als Miterbe

an dem Hausgrundstück und der Zumutbarkeit dessen Verwertung; sie kann deshalb auch nicht der Annahme einer unbilligen Härte entgegenstehen (ebenso VGH Bad.-Württ., Urte. v. 19.12.2005, a. a. O.)."

An diesen Erwägungen ist festzuhalten. Dies führt vorliegend dazu, dass eine Ermessensausübung, die die Klägerin auf die Inanspruchnahme der genannten Kredite verweist, nicht dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung entspräche und somit nicht rechtmäßig wäre. Dies wird der Beklagte, der bislang den Tatbestand des § 29 Abs. 3 BAFöG verneint und deshalb auch keine Veranlassung hatte, Ermessen auszuüben, **bei der Neu- bescheidung** zu beachten haben. - Der Auffassung des VG Sigmaringen (aaO.) im Anschluss an das VG Karlsruhe (Urteil vom 23.11.2005 - 10 K 1312/04 -, <Juris>), wonach die Annahme einer Härte in der Regel zur Reduzierung des Ermessens im Sinne eines Rechtsanspruchs des Auszubildenden führt, vermag sich das Gericht dagegen nicht anzuschließen (vgl. auch Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 19.12.2005, aaO.). Die Klage war deshalb, soweit sie ein Verpflichtungsbegehren zum Gegenstand hatte, abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 VwGO. Das Verfahren ist gemäß § 188 S. 2 VwGO gerichtskostenfrei.

Die Inanspruchnahme der Bevollmächtigten im Vorverfahren war für notwendig zu erklären, weil es der Klägerin nicht zuzumuten war, auf rechtskundige Beratung und Hilfe zu verzichten (§ 162 Abs. 2 VwGO).

**Verwaltungsgericht Stuttgart, Gerichtsbescheid vom 19.11.2008, - 11 K 676/08 -
Ermessen, Ermessenskontrolle, Eröffnung des Ermessens**

Der Bescheid des Beklagten vom 02.04.2007 und dessen Widerspruchsbescheid vom 22.01.2008 werden aufgehoben.

Der Beklagte trägt die Kosten des gerichtskostenfreien Verfahrens.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen die Rückforderung von Leistungen nach dem BAföG.

Der am 11.03.1982 geborene Kläger nahm zum Wintersemester 2003/2004 ein Studium der Elektro- und Informationstechnik im Diplomstudiengang an der Universität Stuttgart auf und beantragte erstmals am 27.10.2003 Ausbildungsförderung. Darauf und auf die Wiederholungsanträge vom 25.10.2004 und vom 27.10.2005 hin bewilligte der Beklagte dem Kläger mit Bescheiden vom 26. bzw. 27.02.2004, 28.04.2005 und 29.12.2005 für die Bewilligungszeiträume zwischen 10/2003 und 09/2005 monatliche Leistungen zwischen € 331 und 101 monatlich. Der Weiterbewilligungsantrag vom 31.10.2006 wurde nicht beschieden.

In den Anträgen gab der Kläger jeweils durch Verneinung oder Streichung der entsprechenden Felder an, über kein Vermögen zu verfügen.

Aufgrund des Datenabgleichs gemäß § 45d Einkommenssteuergesetz zur Feststellung von Kapitalerträgen wurde festgestellt, dass dem Kläger steuerlich freigestellte Kapitalerträge in Höhe von 309 € zugerechnet worden waren. Mit Schreiben vom 12.01.2006 wurde der Kläger zur Darlegung seiner Vermögensverhältnisse zum Zeitpunkt der Antragstellung für die Bewilligungszeiträume und zur Vorlage entsprechender Belege aufgefordert.

Der Kläger ließ durch seinen Vater mit Schreiben vom 20.02. und 24.07.2006 vortragen, er habe als Soldat Geld angespart. Nach Beendigung seines Einsatzes im Kosovo am 30.06.2003 habe er aus diesen Ersparnissen ein Auto abbezahlt und sich die Wohnung in Stuttgart eingerichtet sowie technische Ausrüstungen für das Studium angeschafft. Außerdem habe er nach Ableistung des Wehrdienstes Urlaub gemacht. - Infolge der Umzüge und der Zeit bei der Bundeswehr seien sämtliche Unterlagen von 2003 und früher vernichtet worden, zumal es für private Unterlagen keine Aufbewahrungspflicht gebe. Die Anschaffungen und Ausgaben müßten jedoch als plausibel angesehen werden. Der Kläger gab im einzelnen an, er habe für ein Auto Toyota Corolla € 4500, für Möbel und Wohnungseinrichtung € 3000, für die Anschaffung eines PCs mit Zubehör und sonstiges für das Studium € 2500 und für einen Urlaub nach dem Einsatz im Kosovo € 1000 ausgegeben. - Außerdem wurden Kontoauszüge und -auskünfte vorgelegt.

Aufgrund der Unterlagen ermittelte der Beklagte für den Zeitpunkt der ersten und bis dritten Antragstellung erheblich über dem Freibetrag liegendes Vermögen und berechnete die Förderungsbeträge neu. Unter Aufhebung der Bescheide vom 26.02.2004, 28.04.2005 und 29.12.2005 ermittelte er mit Bescheid vom 02.04.2007 für die Bewilligungszeiträume von 10/2003-09/2004, 10/2004-09/2005 und 10/2005-09/2006 keinen Leistungsanspruch, aber dafür zu Unrecht erbrachte Leistungen in Höhe von € 7536 und forderte vom Kläger diesen Betrag zurück. Zur Begründung wurde ausgeführt: Die nachträgliche Vermögensanrechnung habe erbracht:

Im Bewilligungszeitraum

10/03-09/04	10/04-09/05	10/05-09/06
€ 14712,18	€ 14896,92	€ 13918,33

Der Vermögensverbrauch in Höhe von € 11000 sei nicht nachgewiesen, deshalb sei der Betrag seinem Vermögen weiterhin zuzurechnen. Von dem Bausparguthaben seien je 10% in Abzug zu bringen. Es lägen die Voraussetzungen für die Aufhebung nach §§ 45 Abs. 2 und die Rückforderung nach § 50 SGB X vor. Insbesondere könne sich der Kläger nicht auf schutzwürdiges Vertrauen berufen, denn die Überzahlung sei ausschließlich auf seine zumindest grob fahrlässig unvollständig bzw. unrichtig gemachten Angaben zurück zu führen gewesen.

Dagegen erhob der Kläger am 02.05.2007 Widerspruch, zu dessen Begründung er geltend machte: Die € 11000 seien zwar vorhanden gewesen, aber - was plausibel dargestellt worden sei -

ausgegeben und verbraucht worden. Er sei nicht verpflichtet gewesen, eine perfekte Buchhaltung zu führen. Die Berechnung sei zudem lebensfremd. Es werde unterstellt, dass der zugerechnete Vermögensbetrag über mehrere Jahre hinweg konstant geblieben sei. Es könne nicht unterstellt werden, dass ein Student mit Ausbildungsförderungsleistungen zwischen monatlich € 331 und 101 und nur geringer Unterstützung durch die Eltern keinen Vermögensverzehr gehabt hätte.

Mit Bescheid vom 22.01.2008 wies der Beklagte die Widersprüche zurück und führte u.a. zur Begründung aus: Vermögenswerte seien auch dann zuzurechnen, wenn sie rechtsmissbräuchlich übertragen worden seien. Diese Voraussetzungen lägen vor, denn dem Kläger sei zu unterstellen, dass er den Betrag in Höhe von € 11000 unentgeltlich an eine dritte Person übertragen habe. Der Kläger habe auch kein schutzwürdiges Vertrauen, weil er aufgefordert worden sei, die Kontenbewegungen der letzten 6 Monate vor Antragstellung anzugeben. Gegen diese Verpflichtung habe er verstoßen. - Der Widerspruchsbescheid wurde am 24.01.2008 zugestellt.

Am 21.02.2008 hat der Kläger Klage zum Verwaltungsgericht Stuttgart erheben lassen. Zur Begründung trägt er vor: Die Annahmen des Beklagten träfen nicht zu. Der Kläger habe bei der GarantiBank ein angespartes Guthaben unterhalten, dessen wesentlichen Teil er am 16.09.2003 online auf sein Sparkassenkonto übertragen, abgehoben und - wie schon dargelegt - ausgegeben habe. Zum Nachweis des Eigentums am Fahrzeug werde eine Rechnung vorgelegt, das Fahrzeug selbst habe er ohne Beleg erworben. Auch werde eine Rechnung über den Erwerb eines PCs vorgelegt. Der Kläger verfüge auch noch über eine Rechnung über € 587 für den Erwerb von Möbeln. Dem Kläger könne somit allenfalls vorgeworfen werden, dass er die Belege für die Ausgaben nicht mehr vollständig zur Verfügung gehabt habe.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

den Bescheid des Beklagten vom 02.04.2007 und dessen Widerspruchsbescheid vom 22.01.2008 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Dem Gericht lagen die Akten der Behörde vor. Hierauf, auf die gewechselten Schriftsätze und auf die Gerichtsakten wird wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Kammer konnte mit Zustimmung der Beteiligten durch den Berichterstatter anstelle der Kammer (§ 87a Abs. 2 und 3 VwGO) und nach deren Anhörung durch Gerichtsbescheid (§ 84 VwGO) entscheiden.

Die Klage ist zulässig und auch begründet. Die angefochtenen Bescheide sind rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 VwGO).

Rechtsgrundlage für die Rücknahme der Bewilligungsbescheide vom 30.10. und 30.12.2003 kann nur § 45 SGB X sein. Nach § 45 Abs. 1 SGB X darf ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4, ganz oder teilweise mit Wirkung auch für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Eine Rücknahme scheidet aus, wenn der Betroffene in schutzwürdiger Weise auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat (§ 45 Abs. 2 SGB X). Das ist in der Regel beim Verbrauch der erbrachten Leistung der Fall (§ 45 Abs. 2 SGB X). Auf Vertrauensschutz kann sich der Betroffene jedoch u.a. nicht berufen, soweit der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die er zumindest grob fahrlässig oder aber vorsätzlich in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat (§ 45 Abs. 2 8. 3 Nr. 2 SGB X). In diesen Fällen kann der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen werden (§ 45 Abs. 4 SGB X). Dies hat zur Folge, dass auch die mit der Aufhebung nach § 45 Abs. 2 SGB X zu Unrecht erbrachten Leistungen verzinslich zurück zu erstatten sind (§ 50 SGB X).

Bei § 45 SGB X handelt es sich um eine Ermessensermächtigung. Der zufolge ist die Behörde ermächtigt, im Rahmen der gesetzlichen Grenzen des Ermessens und unter Beachtung des gesetzlichen Zweckes der Ermächtigung über die Aufhebung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes zu entscheiden, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen dafür vorliegen und also das Ermessen

eröffnet ist. Die Ermessensbestätigung bedarf der Begründung, die auch die Gesichtspunkte erkennen lassen muss, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist (vgl. § 35 Abs. 1 S. 2 SGB X), unterliegt andererseits aber nur in eingeschränktem Umfang der gerichtlichen Kontrolle (§ 114 S. 1 VwGO). Danach prüft das Gericht nur, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist (§ 114 VwGO), insbesondere ob die Behörde in ihre Ermessenserwägungen alle wesentlichen, den Streit zwischen den Beteiligten kennzeichnenden Gesichtspunkte eingestellt hat und ob sie dabei von einem richtigen und vollständigen Sachverhalt ausgegangen ist (VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 09.05.1994 - 7 S 2294/92 -). Die Ermessensentscheidung ist insbesondere dann fehlerhaft, wenn die Behörde Umstände außer Betracht lässt, die zu berücksichtigen wären (vgl. hierzu und im weiteren auch VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 04. 03.1998, - 9 S 1 637197 -) oder wenn die Behörde es unterlassen hat, den für die Ermessensbetätigung maßgeblichen Sachverhalt aufzuklären. Dies schließt die Umstände mit ein, die die Annahme der Rechtswidrigkeit des zurück zu nehmenden Verwaltungsaktes begründen könnten.

Auch außerhalb der Ausübung von Ermessen ist der Beklagte zur Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts von Amts wegen verpflichtet. Gemäß § 20 SGB X unterliegt er dem Untersuchungsgrundsatz. Er hat den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären und zu ermitteln, ob die Voraussetzungen für den beabsichtigten Verwaltungsakt überhaupt vorliegen. Er ist dabei an das Vorbringen und an Beweisanträge der Beteiligte nicht gebunden, hat aber alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch für den Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen.

Nach diesen Grundsätzen sind die angefochtenen Bescheide schon deshalb rechtswidrig, weil der Beklagte den entscheidungserheblichen Sachverhalt nicht aufgeklärt hat. Dies führt dazu, dass die Aufhebung der Bewilligungsbescheide schon deshalb ermessensfehlerhaft ist, so dass die angefochtenen Bescheide aufzuheben sind, ohne dass es weiterer Aufklärung durch das Gericht bedarf.

Im Ausgangsbescheid hat der Beklagte dem Kläger angelastet, dass der Vermögensverbrauch von diesem nicht nachgewiesen worden sei, weshalb ihm der Betrag von € 11000 weiterhin zuzurechnen sei. Im - gemäß § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO maßgeblichen - Widerspruchsbescheid hat der Beklagte dem Kläger darüber hinaus ausdrücklich *unterstellt*, dieser habe einen Teil seines Vermögens in Höhe von € 11000 unentgeltlich an eine dritte Person übertragen, sodass diese Vermögensübertragung rechtsmissbräuchlich erfolgt sei und eine Anrechnung als vorhandenes Vermögen des Klägers gebiete.

Nach den vom Kläger vorgelegten und insoweit vom Beklagten auch nicht mehr angezweifelten Nachweisen (Kontoauskünften) war der Kläger im Zeitpunkt der ersten Antragstellung nicht mehr im Besitz der streitigen Vermögenssumme. Darauf kommt es entscheidungserheblich an, weil nur durch deren Anrechnung der Freibetrag in Höhe von € 5200 überschritten wurde und infolge dessen Leistungen zu Unrecht erbracht worden sein konnten. Unter diesen Voraussetzungen konnte dem Kläger das den Freibetrag übersteigende Vermögen auch nur unter Anwendung der Grundsätze über die missbräuchliche Vermögensverschiebung angerechnet werden. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Tatsachen, welche die Grundlage für diese Annahme bilden, neben der zeitlichen Nähe zum Erstantrag also die Übertragung des Vermögens an einen (womöglich familienangehörigen) Dritten und außerdem der Umstand, dass es sich um eine unentgeltliche Übertragung, also eine solche ohne Gegenleistung handelte, feststehen. - Diese Umstände stehen schon deshalb nicht fest, weil der Kläger geltend gemacht hat, er habe das Geld für Anschaffungen und Einrichtung ausgegeben.

Der Beklagte war auch unabhängig davon keinesfalls berechtigt, den Umstand der rechtsmissbräuchlichen Vermögensverschiebung einfach zu unterstellen. Voraussetzung dafür wäre nämlich, dass er die ihm gesetzlich eingeräumten Pflichten und Möglichkeiten zur Sachverhaltsaufklärung erschöpft hätte und dass auf dieser Grundlage die Grundsätze über die Umkehr der materiellen Beweislast hätten Anwendung finden können. Beide Voraussetzungen lagen nicht vor.

Der Beklagte hat schon seine Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung nicht ausgeschöpft. Er hat es dem Kläger pauschal und ohne nähere Maßgaben auferlegt, Belege über Ausgaben zum

Nachweis für Vermögensbestände und der -verwendung für schon mehrere Jahre zurück liegende Zeiträume vorzulegen, ohne sich selbst über die Art der Nachweise und die Schwierigkeiten ihrer Erbringlichkeit Gedanken zu machen. Er hätte zunächst die Behauptung des Klägers, dass infolge der Umbruchszeit und mehrerer Umzüge (fast) keine Belege aus diesem Zeitraum mehr vorhanden seien, zugrunde legen und ihm zumindest Hinweise darauf geben müssen, unter welchen Voraussetzungen bzw. aufgrund von welchen Nachweisen ihm die behaupteten Verwendungen dennoch hätten geglaubt werden können. Denn der Kläger hat - zurecht - darauf hingewiesen, dass seine diesbezüglichen Darlegungen zumindest plausibel seien. Auch das Gericht hält es für plausibel, dass ein Student, der nach Ableistung der Wehrpflicht und Ansammlung eines angesparten Guthabens im Hinblick auf die beabsichtigte Aufnahme eines Studiums gewisse Anschaffungen tätigt, insbesondere für die Einrichtung einer Unterkunft, für technische Arbeitsmittel wie PC und auch für ein Kfz. Hatte der Beklagte dennoch - nicht zuletzt aufgrund der sehr ungenauen Angaben des Klägers zum geltend gemachten Verbrauch - Zweifel an diesen Verwendungen und wollte er von einer rechtsmissbräuchlichen Vermögensverschiebung des Klägers ausgehen können, so hätte er zunächst jedenfalls auch die Möglichkeiten der mittelbaren Beweisführung ausschöpfen müssen. So hätte er z.B. für den Nachweis der Anschaffung des Autos etwa die Vorlage des Kfz-Scheins, von auf den Namen des Klägers ausgestellten Reparatur- oder Versicherungsrechnungen usw. fordern oder auch bei der Kfz-Zulassungsstelle eine Auskunft einholen können. Der Beklagte hätte auch die Benennung von Zeugen für die behaupteten Ausgaben und Verwendungen fordern und diese so dann einvernehmen können, u.U. verbunden mit dem Verlangen, eine eidesstattliche Versicherung über die Angaben abzugeben (vgl. § 24 SGB X).

Diese oder vergleichbare Möglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhaltes hat der Beklagte nicht genutzt. Er ist nicht einmal im Ansatz auf das Vorbringen des Klägers eingegangen. Deshalb besteht bislang auch kein Raum für eine sog. „Beweislastentscheidung“.

Ohnehin trägt der Beklagte die Beweislast für das Vorliegen der Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Bewilligungsbescheide im Rahmen des § 45 SGB X (vgl. BSG, Urteil vom 13.09.2006, - B 11a AL 19/06 R -, <Juris>). Soweit die Rechtsprechung in besonderen Fällen auch eine Umkehr der Beweislast zulässt, wenn in der Sphäre des Leistungsempfängers wurzelnde Vorgänge objektiv nicht aufklärbar sind und ihm diese Schwierigkeiten deshalb anzulasten sind, weil er durch seine (unterbliebenen) Angaben im Zusammenhang mit den Antragstellungen eine zeitnahe Aufklärung des Sachverhalts unmöglich gemacht hat (vgl. BSG, Urteile vom 24. 05.2006, - B 11a AL 7/05 R - und - B 11a AL 49/05 R -, <Juris>), liegen diese Voraussetzungen hier nicht vor.

Nach Auffassung des Gerichts ist die Aufklärung der maßgeblichen Umstände nicht objektiv unmöglich, vielmehr hat es der Beklagte nur unterlassen, die ihm obliegenden Verpflichtungen zur Aufklärung des Sachverhalts auszuschöpfen.

Auch im Übrigen liegen die Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr nicht vor. Im Hinblick auf die für die Vermögensanrechnung maßgeblichen Stichtagsregelung in § 28 Abs. 2 BAföG (vgl. Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 21.02.1994, - 7 S 197/93 -, <Juris>) brauchte der Kläger Vermögen, welches er vor der ersten Antragstellung ausgegeben hatte, nicht mehr anzugeben und über dessen Verbleib Rechenschaft abzulegen. Ein Hinweis auf die Grundsätze der Anrechnung von Vermögen bei missbräuchlicher Vermögensverschiebung und einer etwa damit einher gehenden Offenlegungspflicht war keinem der Anträge oder Antragsformulare einschließlich Merkblätter zu entnehmen. Soweit der Beklagte auf die Erklärung im Absatz 3 Satz 2 des „Zusatzblattes zum Formblatt 1“ Erklärung zu den Anträgen abstellt, wonach der Kläger „bei eventuell vorhandenen Sparbüchern (...) auch die Kontenbewegungen der letzten sechs Monate vor der Antragstellung“ offen legen musste, konnte dieser Erklärung vorliegend keine Relevanz zukommen, weil es nicht um Kontenbewegungen auf Sparbüchern ging. Deshalb dürfte dem Kläger auch keine Erschweris bei der zeitnahen Sachverhaltsaufklärung durch unrichtige oder unvollständige Angaben anzulasten sein mit der Folge, dass die Last der Unerweislichkeit der die Rückforderungsentscheidung begründenden Umstände beim Beklagten verbleibt.

Daher war das Ermessen schon nicht eröffnet und konnte erst recht nicht fehlerfrei ausgeübt werden. Eine Rücknahme der Bewilligungsbescheide und in ihrer Folge eine Rückforderung von

erbrachten Leistungen konnte somit nicht in Betracht kommen. Die angefochtenen Bescheide sind deshalb rechtswidrig. Sie verletzen den Kläger in seinen subjektiven Rechten und sind deshalb insgesamt aufzuheben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 und § 188 S. 2 VwGO.

VGH Bad.-Württ., Urteil vom 01.10.2009 - 6 S 99/09

Ermessenslenkende VwV; beschränkte Kapazitäten

Leitsatz

1. Vergabeentscheidungen gemäß § 70 Abs. 3 GewO können durch ermessenslenkende Richtlinien des Gemeinderats konkretisiert werden, die den zuständigen Stellen einen weiten gestalterischen Spielraum einräumen. Dieser kann insbesondere den Gestaltungswillen des Veranstalters berücksichtigen (Fortführung der bisherigen Rechtsprechung, vgl. Urteil des Senats vom 27.02.2006 - 6 S 1508/04 -, ESVGH 56, 169; Urteil vom 27.08.1990 - 14 S 2400/88 -, ESVGH 41, 307).

2. Die Gemeinde muss nicht bereits in der Ausschreibung für die Veranstaltung eines Volksfestes vorab ihren Gestaltungswillen festlegen.

3. Die Ausschlussentscheidung einer Gemeinde nach § 70 Abs. 3 GewO, die sich für die Organisation und Durchführung eines Volksfestes eines Verwaltungshelfers bedient, ist jedenfalls dann rechtmäßig, wenn die Tätigkeit des Verwaltungshelfers sich auf die bloße Vorbereitung der Entscheidung beschränkt, die Gemeinde die Ausschlussentscheidung selbst trifft und bei dieser Entscheidung nicht aufgrund der Tätigkeit des Verwaltungshelfers Ermessensfehler auftreten können.

...
hat der 6. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgerichtshof Dr. Kirchhof, den Richter am Verwaltungsgerichtshof Vogel und den Richter am Verwaltungsgericht Hettich aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 01. Oktober 2009

am 01. Oktober 2009

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 10. März 2008 - 4 K 4507/07 - geändert. Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung ist begründet. Das Verwaltungsgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Die zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage ist nicht begründet.

1. Die Klage der Klägerin auf Feststellung, dass der Bescheid der Beklagten vom 23.05.2007 und deren Widerspruchsbescheid vom 07.08.2007 rechtswidrig waren, ist zulässig. Die von der Klägerin ursprünglich erhobene Neubeschickungsklage (vgl. § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO) war zulässig, bis dadurch Erledigung eingetreten ist, dass das Cannstatter Volksfest 2007 stattfand. Die Umstellung der Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bescheide war nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO in entsprechender Anwendung zulässig. Denn die Klägerin hat ein berechtigtes Interesse daran, die Rechtswidrigkeit des Bescheids vom 23.05.2007 und des Widerspruchsbescheids vom 07.08.2007 feststellen zu lassen. Sie kann jedenfalls geltend machen, es bestehe hinsichtlich ihres Ausschlusses nach § 70 Abs. 3 GewO Wiederholungsgefahr. Denn sie hat sich im Anschluss an die streitigen Bescheide weiterhin erfolglos zum Stuttgarter Frühlingfest und zum Cannstatter Volksfest beworben.

2. Die Klage ist jedoch nicht begründet. Bei Eintritt des erledigenden Ereignisses war die von der Klägerin erhobene Beschickungsklage nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO nicht begründet. Denn der Bescheid der Beklagten vom 23.05.2007 und deren Widerspruchsbescheid vom 07.08.2007 waren formell und materiell rechtmäßig (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO in entsprechender Anwendung).

a) Die Bescheide haben ihre Rechtsgrundlage in § 70 Abs. 3 GewO. Das Cannstatter Volksfest ist eine nach § 69 GewO festgesetzte Veranstaltung. Jedermann ist daher nach Maßgabe der für alle geltenden Bestimmungen zur Teilnahme an der Veranstaltung berechtigt (§ 70 Abs. 1 GewO); es besteht mithin grundsätzlich ein subjektiv-öffentliches Recht auf Teilnahme. Dieser Anspruch wird beschränkt durch § 70 Abs. 3 GewO. Danach kann der Veranstalter aus sachlich gerechtfertigten Gründen, insbesondere wenn der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreicht, einzelne Aussteller oder Anbieter von der Teilnahme ausschließen. Hierbei handelt es sich um eine verfassungsrechtlich zulässige Beschränkung der Freiheit der Berufsausübung (vgl. Senat, Urte. vom

27.02.2006 - 6 S 1508/04 -, ESVGH 56, 169, juris Rn. 20, m.w.N.; Tettinger, in: Tettinger/Wank, GewO, 7. Aufl. 2004, § 70 Rn. 25 f.; Braun, NVwZ 2009, 747, 749). § 70 Abs. 3 VwGO stellt den Ausschluss in das Ermessen des Veranstalters (vgl. Senat, Beschl. vom 24.09.2008 - 6 S 2367/08 -, m.w.N.; Urte. vom 27.02.2006, a.a.O., juris Rn. 21; VGH Bad.-Württ., Beschl. vom 19.07.2001 - 14 S 1567/01 -, GewArch 2001, 420, juris Rn. 4, m.w.N.; Storr, in: Pielow, GewO, 2009, § 70 Rn. 24). Dieses Ermessen war der Beklagten hier eröffnet. Denn wegen Platzmangels konnten nicht alle Bewerbungen für das Volksfest 2007 berücksichtigt werden; dies stellt auch die Klägerin nicht in Frage.

Bei der Ausübung ihres Ermessens nach § 70 Abs. 3 GewO durfte sich die Beklagte auf die vom Ausschuss für Wirtschaft und Wohnen des Gemeinderats beschlossenen Richtlinien vom 07.07.2006 stützen. Denn diese ermessenslenkenden Richtlinien sind rechtmäßig. Der Ausschuss für Wirtschaft und Wohnen des Gemeinderats war für den Erlass der Richtlinien zuständig. Allgemeine Vergaberichtlinien festzulegen, die im Sinn verwaltungsintern bindender Verwaltungsvorschriften das Verwaltungsermessen im Interesse einheitlicher und gleichmäßiger Handhabung steuern sollen, ist nach dem Gemeinderecht grundsätzlich nicht ein vom Bürgermeister oder der in seinem Auftrag handelnden Verwaltung in eigener Zuständigkeit zu erledigendes Geschäft der laufenden Verwaltung (§ 44 Abs. 2 Satz 1 GemO). Denn es fällt nach § 24 Abs. 1 Satz 2 GemO in die Kompetenz des Gemeinderats, die Grundsätze für die Verwaltung der Gemeinde festzulegen. Angesichts der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit selbst in Großstädten ist es daher Aufgabe des Gemeinderats, durch den Erlass von allgemeinen Richtlinien die Grundsätze festzulegen, nach denen Bewerber zu Jahrmärkten und Volksfesten zugelassen oder von einer Zulassung ausgeschlossen werden (vgl. VGH Bad.-Württ., Urte. vom 26.03.1996 - 14 S 2026/94 -, m.w.N.; Urte. vom 27.08.1990 - 14 S 2400/88 -, ESVGH 41, 307 = VBIBW 1991, 185 = NVwZ-RR 1992, 90, juris Rn. 41, m.w.N.). Der Gemeinderat der Beklagten hat diese Aufgabe, wie es § 39 Abs. 1 GemO zulässt, auf den Ausschuss für Wirtschaft und Wohnen als beschließenden Ausschuss übertragen. Nach § 4 Abs. 1 Nr. 4, § 10 der Hauptsatzung des Gemeinderats der Beklagten vom 01.01.1978 ist der Ausschuss für Wirtschaft und Wohnen ein beschließender Ausschuss. Er entscheidet nach § 6 Abs. 1 Satz 1, § 10 Nr. 4 der Hauptsatzung über die Angelegenheiten der städtischen Beteiligungen an Unternehmen des Messe-, Kongress- und Veranstaltungswesens und Unternehmen des Marktwesens, wenn nicht der Gemeinderat oder der Oberbürgermeister zuständig ist. § 39 Abs. 2 GemO, nach dem bestimmte Gegenstände nicht auf einen beschließenden Ausschuss übertragen werden können, steht dem nicht entgegen. Er findet keine Anwendung, denn Vergaberichtlinien sind kein dort genannter Gegenstand.

Die Richtlinien sind auch inhaltlich nicht zu beanstanden. Bei der Zulassung der Aussteller zur Teilnahme an der Veranstaltung steht dem Veranstalter ein weites Ermessen zu. Der weite Gestaltungsspielraum des Veranstalters bezieht sich insbesondere auch auf die Platzkonzeption bezüglich der räumlichen und branchenmäßigen Aufteilung des verfügbaren Raumes und im Fall eines bestehenden Überhangs an Bewerbern auf die Kriterien für das Auswahlverfahren. Bei der insoweit zu treffenden Entscheidung ist die gerichtliche Nachprüfung darauf beschränkt, ob der Veranstalter von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist und ob der Ausschluss aus sachlichen Gründen erfolgt ist, zu denen gerade auch die Orientierung am jeweiligen Gestaltungswillen des Veranstalters zählt (vgl. Senat, Beschl. vom 24.09.2008, a.a.O., sowie Urte. vom 27.02.2006, a.a.O., juris Rn. 21 f., je m.w.N.; VGH Bad.-Württ., Urte. vom 26.03.1996, a.a.O., m.w.N.; Storr, a.a.O., § 70 Rn. 22). Für die insoweit vergleichbaren Richtlinien der Beklagten aus dem Jahre 2001 und das diese konkretisierende Punktesystem hat der Senat bereits entschieden, dass sie diesen Grundsätzen genügen (vgl. Urte. des Senats vom 27.02.2006, a.a.O., juris Rn. 23 ff.). Hieran hält der Senat auch für die hier maßgeblichen Richtlinien vom 07.07.2006 fest. Sie sehen eine Vergabe nach dem zunächst zu prüfenden Kriterium der Attraktivität in Nr. 4.1 vor, sodann in Nr. 4.2 bei gleichen Voraussetzungen den Vorrang langjährig bekannter und bewährter Bewerber und in Nr. 4.3 die Sicherstellung eines Neubeschickerteils von mindestens 20 %. Damit geben die Richtlinien Vergabekriterien vor, die sachlich gerechtfertigt sind (vgl. ausführlich Urte. des Senats vom 27.02.2006, a.a.O.).

b) Ausgehend von diesen Rechtsgrundlagen, waren der Bescheid der Beklagten vom 23.05.2007 und deren Widerspruchsbescheid vom 07.08.2007 formell rechtmäßig. Insbesondere war die Verwaltung der Beklagten für den Erlass der Bescheide zuständig. Entgegen der Auffassung der Klägerin bedurfte es bei der Beklagten für die Entscheidung nach § 70 Abs. 3 GewO, die Klägerin vom Cannstatter Volksfest 2007 auszuschließen, nicht eines Beschlusses des Gemeinderats oder einer seiner Ausschüsse. Wie dargelegt, fällt der Erlass von allgemeinen Vergaberichtlinien, die das Verwaltungsermessen im Interesse einheitlicher und gleichmäßiger Handhabung steuern sollen,

nach § 24 Abs. 1 Satz 2 GemO in die Kompetenz des Gemeinderats, die Grundsätze für die Verwaltung der Gemeinde festzulegen. Die Anwendung dieser Grundsätze gehört jedoch in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltung, deren Handeln durch die Richtlinien gerade festgelegt wird (vgl. auch VGH Bad.-Württ., Ur. vom 19.05.2003 - 1 S 1449/01 -, ESVGH 53, 251, juris Rn. 36 f.; VG Stuttgart, Ur. vom 18.12.2003 - 4 K 3363/03 -, juris Rn. 23; BayVG, Ur. vom 15.03.2004 - 22 B 03.1362 -, NVwZ-RR 2004, 599, juris Rn. 33). Die Umsetzung der Richtlinien in den zu entscheidenden Einzelfällen vollzieht die vom Gemeinderat oder einem seiner beschließenden Ausschüsse festgelegten Richtlinien lediglich nach und ist daher regelmäßig in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht nicht von erheblicher Bedeutung. Von einer Anwendung der Richtlinien durch die Verwaltung der Beklagten und in ... gehen auch die vom Ausschuss für Wirtschaft und Wohnen am 07.07.2006 beschlossenen Richtlinien selbst aus.

Die angefochtenen Bescheide waren ausreichend im Sinne des § 39 LVwVfG begründet. Ein schriftlicher Verwaltungsakt ist schriftlich zu begründen (§ 39 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG). In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, welche die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben (§ 39 Abs. 1 Satz 2 LVwVfG). Die Begründung von Ermessensentscheidungen soll nach § 39 Abs. 1 Satz 3 LVwVfG die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist. Begründungen von ablehnenden Auswahlentscheidungen nach § 70 Abs. 3 GewO müssen daher - vorbehaltlich der Ausnahmeregelung des § 39 Abs. 2 LVwVfG - erkennen lassen, anhand welcher Kriterien die Bewerber ausgewählt wurden und welche Gründe zur Ablehnung des betroffenen Bewerbers geführt haben. Die Begründung muss dem Adressaten die Möglichkeit eröffnen nachzuvollziehen, welche Kriterien die Beklagte für maßgeblich erachtet hat, und zur effektiven Wahrung seiner Rechte hierzu Stellung nehmen zu können (vgl. Senat, Ur. vom 27.02.2006, a.a.O., juris Rn. 37, m.w.N.; Tettinger, a.a.O., § 70 Rn. 56; Storr, a.a.O., § 70 Rn. 47). Eine Verletzung der Begründungspflicht ist, wenn sie nicht den Verwaltungsakt nach § 44 LVwVfG nichtig macht, unbeachtlich, wenn die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird (§ 45 Abs. 1 Nr. 2 LVwVfG). Eine solche Nachholung der Begründung ist möglich, wenn die Begründung unvollständig war oder gänzlich fehlte. § 45 Abs. 1 Nr. 2 LVwVfG ermächtigt jedoch nicht zu einem Nachschieben von Gründen dadurch, dass die angestellten Erwägungen durch neue korrigiert oder ausgewechselt werden (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 45 Rn. 18, m.w.N.). Nach § 45 Abs. 2 LVwVfG kann die Heilung durch Nachholung der Begründung bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erfolgen. Im Fall der Erledigung des Verwaltungsakts ist die Nachholung nur bis zum Zeitpunkt der Erledigung möglich (vgl. Senat, Ur. vom 27.02.2006, a.a.O., juris Rn. 40, m.w.N.). Erfolgt die Nachholung im Widerspruchsverfahren, so ist die Bekanntgabe der Gründe im Widerspruchsbescheid ausreichend (vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 45 Rn. 20).

Nach diesen Maßstäben liegt hier eine ausreichende Begründung der Bescheide vor. Dabei ist nicht entscheidungserheblich, ob bereits der Bescheid der Beklagten vom 23.05.2007 ausreichend im Sinne des § 39 Abs. 1 LVwVfG begründet war. Denn jedenfalls ist durch den Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 07.08.2007 die Begründung der Ablehnungsentscheidung nach § 70 Abs. 3 GewO mit heilender Wirkung gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 2 LVwVfG nachgeholt worden. Diese Heilung ist auch vor dem Zeitpunkt des § 45 Abs. 2 LVwVfG und vor der Erledigung durch das Cannstatter Volksfest vom 29.09.2007 bis 14.10.2007 eingetreten. Bereits aufgrund des Ausgangsbescheids vom 23.05.2007 konnte die Klägerin ersehen, dass für die Branche Themengastronomie auf drei Bewerbungen eine Zulassung ausgesprochen wurde, dass ihr ein Bewerber aus Attraktivitätsgründen vorgezogen wurde und welche Bewertung ihr Betrieb bei den einzelnen Kriterien (wie z.B. Erfüllung des Gestaltungswillens, plastische Ausarbeitung der Fassade, Bemalung außen), in Bewertungsstufen ausgedrückt (z.B. gut, befriedigend, mangelhaft), erhielt. Durch die Begründung des Widerspruchsbescheids vom 07.08.2007 erfuhr die Klägerin weitere Einzelheiten der Attraktivitätsbewertung, nämlich dass sie 50 Punkte, die Mitbewerberin XXXXX hingegen 76 Punkte erhalten hatte und dass hierfür die Erfüllung des Gestaltungswillens ausschlaggebend war, bei der die Klägerin keine, Frau XXXXX hingegen 20 Punkte erhielt, weil sich die Beklagte entschieden hatte, im Bereich der Themengastronomie mit dem XXXXX Dorf einen anderen Akzent als bisher zu setzen. Die Klägerin konnte daher spätestens mit dem Widerspruchsbescheid alle maßgeblichen Erwägungen der Beklagten für die Entscheidung nach § 70 Abs. 3 GewO zur Kenntnis nehmen, um ihren Ausschluss nachvollziehen und ihre Chancen, hiergegen gerichtlich vorgehen zu können, einschätzen zu können.

Auch im Übrigen liegen Verfahrensfehler nicht vor. Für die von der Klägerin behaupteten Manipulationen ist ernstlich nichts ersichtlich.

Soweit die Klägerin rügt, die Bewerbung der Konkurrentin XXXXX mit einem XXXXX Dorf sei erst im Gerichtsverfahren vorgelegt worden und der Eingangsstempel hierauf bedürfe der Überprüfung, ergibt sich hieraus für den Senat kein Bedarf zu weiterer Aufklärung. Die Beklagte hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Konkurrentin XXXXXX von vornherein mit zwei Bewerbungen in der mit dem Verwaltungsvorgang vorgelegten Bewerberliste enthalten war. Für eine Erstellung dieser Bewerbung erst im Gerichtsverfahren auf den erstinstanzlichen Schriftsatz der Klägerin vom 13.09.2007 hin liegen daher keinerlei Anhaltspunkte vor. Der - von der Klägerin des Weiteren geltend gemachte - Umstand, dass in die Bewerbung mit dem XXXXX Dorf zunächst die Geschäftsart 5006 eingetragen worden ist und nicht die Geschäftsart 5300 für „Themengastronomie“, beruht nach dem nachvollziehbaren Vorbringen der Beklagten auf einem Irrtum der Sachbearbeiterin der in ..., die zunächst nicht erkannt habe, dass zwei unterschiedliche Bewerbungen des Betriebs XXXXX vorgelegt hätten. Anhaltspunkte für Manipulationen der Beklagten oder der in ... ergeben sich aus insoweit für den Senat nicht. In der Bewerberliste ist die Bewerbung mit dem XXXXX Dorf unter „5300“ eingetragen. Eine erst auf die Rüge der Klägerin manipulativ erstellte und vorgelegte Bewerbung hätte zudem, um keine Fragen aufzuwerfen, voraussichtlich von vornherein die Eintragung „5300“ für Themengastronomie enthalten.

c) Der Bescheid der Beklagten vom 23.05.2007 und deren Widerspruchsbescheid vom 07.08.2007 waren auch materiell rechtmäßig. Fehler bei der Attraktivitätsbewertung und bei der Auswahl der Konkurrentin XXXXX sind nicht ersichtlich. Die Klägerin rügt im Hinblick auf die Attraktivitätsbewertung nur die Ausübung des Gestaltungswillens durch den Ersten Bürgermeister der Beklagten. Der Beklagten steht es jedoch im Rahmen ihres Gestaltungswillens frei, sich im Bereich der Themengastronomie für einen anderen Bewerber zu entscheiden. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass ein etwaiger Fehler der Beklagten insoweit kausal war für die Ablehnung. Denn auch wenn die Beklagte der Mitbewerberin XXXXX hier keine Punkte gegeben hätte, wäre es bei einem Attraktivitätsvorsprung von 6 Punkten geblieben. Ohne Erfolg rügt die Klägerin insoweit, die Beklagte hätte ihren Gestaltungswillen im Bereich der Themengastronomie bereits in der Ausschreibung kundtun müssen. Es ist nicht erkennbar, aus welchem rechtlichen Gesichtspunkt sich eine solche Verpflichtung der Beklagten ergeben sollte. Vielmehr ist nachvollziehbar, dass die Beklagte ihren Gestaltungswillen insoweit erst ausüben kann, wenn die Bewerbungen vorliegen.

Die Auswahlentscheidung zugunsten der Bewerberin XXXXXX verstößt auch nicht im Übrigen gegen die Richtlinien vom 07.07.2006. Der Umstand, dass sie sich mit zwei Geschäften bewarb, stand der Zulassung mit einem Geschäft, hier dem XXXXX Dorf nicht entgegen. Nach Nr. 2.5 der Richtlinien kann in ..., wenn sich ein Bewerber mit verschiedenen Geschäften bewirbt, entscheiden, welche Bewerbung am weiteren Verfahren teilnimmt. Dem Senat ist zudem bekannt, dass die Beklagte zumindest seit dem Jahr 2000 die Praxis pflegt, die Zulassung zum Cannstatter Volksfest jeweils auf nur eine Branche zu beschränken (vgl. Senat, Beschl. vom 24.09.2008, a.a.O.). Dem entspricht es, dass die Bewerberin XXXXXX auch nur die Zulassung für die Themengastronomie erhalten hat. Ohne Erfolg rügt die Klägerin in diesem Zusammenhang, das Hinzustellen weiterer Stände Dritter im Rahmen des XXXXXX Dorfes verstoße gegen die Vergaberichtlinien. Nach Nr. 2.6 der Richtlinien kann in ..., wenn nach Ablauf der Bewerbungsfrist ein Mangel an geeigneten Bewerbungen zur Durchsetzung des Gestaltungswillens des Veranstalters festgestellt wird, geeignete Bewerber anwerben und auch noch nachträglich in die Bewerberliste aufnehmen. Zutreffend hat die Beklagte darauf hingewiesen, hiervon Gebrauch gemacht zu haben.

Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Auswahlentscheidung deswegen rechtswidrig gewesen sei, weil diese keinen hinreichenden Einfluss auf die Tätigkeit der in ... habe. Der Beklagten ist es grundsätzlich unbenommen, sich bei der Entscheidung nach § 70 Abs. 3 GewO der Hilfe eines privatrechtlich organisierten Unternehmens als Verwaltungshelfer zu bedienen (vgl. bereits VGH Bad.-Württ., Beschl. vom 19.07.2001, a.a.O.). Gemeinden dürfen nach ganz h.M. bei der Schaffung und Unterhaltung von Einrichtungen und Unternehmen privatrechtliche Gestaltungsformen wählen und zwar auch in der Weise, dass sie eine selbständige juristische Person des Privatrechts (AG, GmbH) gründen, der sie den Betrieb der Einrichtung übertragen. Bundesrechtliche Normen stehen dem nicht entgegen (vgl. nur BVerwG, Beschl. vom 21.07.1989 - 7 B 184/88 -, NJW 1990, 134; zu Grenzen vgl. Ronellenfisch, in: Hoppe/Uechtritz <Hrsg.>, Handbuch Kommunale Unternehmen, 2004, § 5 Rn. 12 ff.), landesrechtliche ebenso wenig. Diese Befugnis ergibt sich aus der in Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Organisationshoheit der Gemeinden (vgl. Hellermann, in: Hoppe/Uechtritz, a.a.O., § 7 Rn. 14, 90; Uechtritz in: Hoppe/Uechtritz, a.a.O., § 15 Rn. 8 ff., m.w.N.). Auch der Landesgesetzgeber geht in der Gemeindeordnung ausdrücklich davon aus, dass Gemeinden Unternehmen in Privatrechtsform betreiben dürfen, um öffentliche Zwecke

zu verfolgen (vgl. § 102 Abs. 1 Nr. 1, 3, Abs. 3, § 103 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 GemO).

Wenn die Gemeinde dem Unternehmen, das öffentliche Aufgaben wahrnehmen soll, Hoheitsbefugnisse überträgt, liegt eine Beileihung vor. Eine solche Beileihung einer Privatperson mit öffentlicher Gewalt bedarf der gesetzlichen Grundlage. Sie kann nur durch oder aufgrund Gesetzes erfolgen (vgl. nur BVerwG, Beschl. vom 06.03.1990 - 7 B 120/89 -, NVwZ 1990, 754; Beschl. vom 07.06.1984 - 7 B 153/83 -, NVwZ 1985, 48; VGH Bad.-Württ., Beschl. vom 11.09.1984 - 10 S 1827/84 -, NVwZ 1985, 437; Burgi, in: Festschrift für Maurer, 2001, S. 581, 588 f.). Demgegenüber übt der Private als bloßer Verwaltungshelfer keine öffentliche Gewalt aus. Er wird nur unterstützend und vorbereitend für die öffentliche Verwaltung tätig, im Außenverhältnis zum Bürger handelt die Behörde (vgl. OVG Schleswig-Holstein, Urt. vom 15.03.2006 - 2 LB 9/05 -, juris Rn. 36). Folgerichtig bedarf es auch keiner gesetzlichen Grundlage für die Tätigkeit des Verwaltungshelfers (h.M., vgl. Hellermann, a.a.O., § 7 Rn. 176, m.w.N.).

Für eine Beileihung der in ... mit Hoheitsbefugnissen ist nichts ersichtlich. Davon gehen auch weder das Verwaltungsgericht im angefochtenen Urteil noch die Beteiligten aus. Vielmehr ist nach Nr. 1.1 der Richtlinien vom 07.07.2006 die Beklagte die Veranstalterin des Stuttgarter Frühlingfestes und des Cannstatter Volksfestes und nach Nr. 1.2 dieser Richtlinien die in ... lediglich mit der Durchführung und Organisation dieser Feste beauftragt. Die in ... wird mithin als Verwaltungshelfer tätig, einer gesetzlichen Grundlage bedarf es für ihre Tätigkeit daher nicht. Für das Marktwesen der Beklagten hat der Senat daher bereits entschieden, dass sich bei dieser die Sachlage nicht dadurch in rechtlich erheblicher Weise verändert hat, dass das Marktwesen seit Anfang 2005 nicht mehr vom Eigenbetrieb VMS, sondern von Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, insbesondere von der in Form einer GmbH und Co. KG organisierten Veranstaltungsgesellschaft wahrgenommen wird. Dabei hat der Senat darauf abgestellt, dass deren Tätigkeit nach wie vor der Aufsicht und den Weisungen der Beklagten unterliege und jedenfalls die ablehnenden Auswahlentscheidungen nach wie vor von der Beklagten selbst und kraft öffentlichen Rechts durch Verwaltungsakt erlassen würden (vgl. Urt. des Senats vom 27.02.2006, a.a.O., juris Rn. 18). Hieran hält der Senat fest. Der von der Beklagten vorgelegte Beschluss der Gesellschafterversammlung der in ... vom 20.12.2004 belegt, dass ihre Gesellschafter ihr die Anwendung der damaligen, inhaltlich den heutigen Richtlinien vom 07.07.2006 entsprechenden Richtlinien vom 20.07.2001 auferlegten und festlegten, dass Ablehnungen von der Beklagten durch Verwaltungsakt erlassen werden.

Der Fall gibt darüber hinaus keinen Anlass, die Frage zu vertiefen, in welcher Art und Weise die Beklagte auf die Tätigkeit der in ... Einfluss zu nehmen in der Lage sein muss und ob die Beklagte - wie das Verwaltungsgericht gemeint hat - die Tätigkeit der in ... nicht in hinreichender Weise steuern und kontrollieren kann. Denn es ist hier nicht entscheidungserheblich, inwiefern eine Gemeinde auf die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe durch einen Verwaltungshelfer Einfluss haben muss (vgl. dazu nur OVG Schleswig-Holstein, Urt. vom 15.03.2006, a.a.O., juris Rn. 36 f.; NdsOVG, Beschl. vom 24.01.2005 - 7 LA 232/04 -, GewArch 2005, 258; BayVG, Urt. vom 17.02.1999 - 4 B 96.1710 -, GewArch 1999, 197; HessVG, Beschl. vom 19.11.1993 - 8 TG 2735/93 -, GewArch 1994, 287, juris Rn. 6 ff.; VG Schleswig, Urt. vom 17.01.2007 - 4 A 192/05 -, juris Rn. 22 ff.; VG Hannover, Urt. vom 18.07.2006 - 11 A 1391/04 -, GewArch 2006, 475; VG Stuttgart, Beschl. vom 11.07.2006 - 4 K 2292/06 -, NVwZ 2007, 614; VG Minden, Urt. vom 02.04.2003 - 3 K 2341/02 -, juris Rn. 17 ff.; Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 369 ff.; Hösch, GewArch 1996, 402, 404; Gröpl, GewArch 1995, 367, 370 ff). Denn eine Ausschlussentscheidung einer Gemeinde nach § 70 Abs. 3 GewO ist jedenfalls dann rechtmäßig, wenn die Tätigkeit des Verwaltungshelfers sich auf die bloße Vorbereitung der Entscheidung beschränkt, die Gemeinde die Ausschlussentscheidung selbst trifft und bei dieser Entscheidung nicht aufgrund der Tätigkeit des Verwaltungshelfers Ermessensfehler auftreten können. Ermessensfehlerhaft ist nach allgemeinen Grundsätzen eine Ausschlussentscheidung nach § 70 Abs. 3 GewO insbesondere, wenn die Behörde das ihr zukommende Ermessen tatsächlich nicht betätigt, sondern entsprechende Erwägungen von vornherein unterlässt, weil sie sich irrtümlich an eine andere Entscheidung gebunden fühlt oder keine eigene Ermessenserwägungen anstellt (vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 40 Rn. 59 f.; VGH Bad.-Württ., Beschl. vom 26.06.1987 - 9 S 786/87 -, NVwZ 1987, 711) oder wenn die Behörde sachfremde Erwägungen bei der Ermessensausübung berücksichtigt (vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 40 Rn. 63). Da aufgrund der regelmäßig begrenzten Platzkapazität Zulassungen und Ablehnungen in einem engen Zusammenhang stehen, entsteht für die Ermessensausübung der Gemeinde eine rechtswidrige Beschränkung, wenn der Verwaltungshelfer vor der Ausschlussentscheidung der Gemeinde nach § 70 Abs. 3 GewO bereits außenwirksam damit zusammenhängende Zulassungsentscheidungen,

die zumindest faktische, gegebenenfalls auch rechtliche Bindungen begründen, trifft. Festlegungen durch Einschaltung Dritter in den der öffentlichen Verwaltung obliegenden Entscheidungsprozess, die deren Recht beeinträchtigen, frei zu entscheiden, schränken in rechtswidriger Weise die Ermessensfreiheit ein. Die Ausschlussentscheidung nach § 70 Abs. 3 GewO ist jedoch rechtmäßig, wenn aufgrund der Verfahrensgestaltung solche Ermessensbeschränkungen nicht auftreten können, weil durch die Einbeziehung des Dritten Vorabbindungen nicht entstehen (vgl. - wenn auch nur zur Abwägungsbereitschaft nach § 1 Abs. 7 BauGB - BVerwG, Urt. vom 25.11.2005 - 4 C 15/04 -, BVerwGE 124, 385, 389; Hess. VG, Urt. vom 28.05.2001 - 9 N 1626/96 -, juris Rn. 61).

Die hier streitige Ausschlussentscheidung zulasten der Klägerin genügt diesen Anforderungen. Die Beklagte hat nämlich in rechtlich nicht zu beanstandender Weise die Entscheidung, die Klägerin nicht zum Volksfest zuzulassen, selbst getroffen. Denn die Tätigkeit der in ... beschränkte sich hier auf die Vorbereitung der Auswahlentscheidung durch die Beklagte, ohne diese in ihrer Entscheidungsfreiheit in irgendeiner Weise zu beschränken. Wie die Beklagte für den Senat nachvollziehbar dargelegt hat, fand das Auswahlverfahren der in ... auch für die Themengastronomie am 16.05.2007 statt und lag das vorläufige Ergebnis dieses Verfahrens am 23.05.2007 vor. Dieses wurde jedoch erst Mitte Juni mit dem Ersten Bürgermeister der Beklagten abgestimmt, der die endgültige Entscheidung zugunsten der Bewerberin XXXXX und zulasten der Klägerin traf. Die Tätigkeit der in ... war für den hier streitgegenständlichen Bereich der Themengastronomie mithin nur vorbereitender Art. Die maßgebliche Ausschlussentscheidung nach § 70 Abs. 3 GewO traf die Beklagte - wie in anderen Fällen auch - selbst, hier durch ihren Ersten Bürgermeister. Davon geht auch die Klägerin aus, die sich gerade dagegen wendet, dass der Erste Bürgermeister der Beklagten seinen Gestaltungswillen zugunsten des XXXXX Dorfs ausübte. Auch für Ermessensfehler aufgrund der Vorbereitung der Entscheidung durch in ... ist nichts ersichtlich. Insbesondere werde die Ermessensfreiheit der Beklagten nach § 70 Abs. 3 GewO durch die Einschaltung der in ... nicht eingeschränkt. Die Beklagte traf die Entscheidung, das XXXXX Dorf zuzulassen und die Klägerin und den dritten Bewerber im Bereich Themengastronomie auszuschließen, durch ihren Ersten Bürgermeister *in actu*; sie hat zudem für den Senat nachvollziehbar in der mündlichen Verhandlung erklärt, über Ablehnungen und Zulassungen stets zeitgleich zu entscheiden. Eine etwaige faktische Einschränkung des Ermessens der Beklagten dadurch, dass zeitlich vor der Entscheidung zulasten der Klägerin bereits die Zulassung zugunsten eines Konkurrenten umgesetzt worden wäre, konnte daher hier nicht eintreten.

Nicht entscheidungserheblich ist auch, ob und inwieweit sich bei der Einschaltung von Verwaltungshelfern, wie das Verwaltungsgericht meint, Dokumentationspflichten ergeben (vgl. verneinend Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 382 f.). Denn diese Frage ist hier nicht entscheidungserheblich. Die Tätigkeit der in ... beschränkte sich im vorliegenden Fall auf die Vorbereitung der Entscheidung, die Beklagte traf die Zulassungs- und Ausschlussentscheidungen im Bereich der Themengastronomie selbst. Die Dokumentation der Gründe für die Ausschlussentscheidungen hat vor allem in den entsprechenden Verwaltungsakten zu erfolgen. Die diesbezüglichen Begründungspflichten des § 39 LVwVfG sind, wie dargelegt, eingehalten.

Der Bescheid der Beklagten vom 23.05.2007 und deren Widerspruchsbescheid vom 07.08.2007 waren schließlich - entgegen der Auffassung der Klägerin - nicht im Hinblick auf ein etwaiges Vertrauen der Klägerin auf Zulassung rechtswidrig. Für ein schutzwürdiges Vertrauen der Klägerin auf Zulassung fehlt es an einer tatsächlichen Grundlage. Die Aussage von Mitarbeitern der in ... im April 2007 gegenüber der Klägerin, an Gerüchten, dass die Klägerin für das Volksfest keine Zulassung mehr erhalte, sei nichts dran, und deren Vorschlag, künftig mehr Sitzplätze unter einem Dach zur Verfügung zu stellen, kann kein schutzwürdiges Vertrauen auf ein Zulassung begründen. Denn mit diesen Aussagen ist bereits nicht einmal in Aussicht gestellt worden, dass eine Zulassung der Klägerin zum Volksfest 2007 erfolgen würde. Anhaltspunkte für eine Zusage, die Klägerin zuzulassen, fehlen erst recht.

Eine Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bescheide ergibt sich entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht daraus, dass sie seit Jahren Beschickerin des Volksfestes war und ihr der ablehnende Bescheid erst am 30.06.2007, mithin knapp drei Monate vor Beginn des Volksfestes zugeht. Der Beklagten stand es frei, ihre bisherige Praxis der Zulassung im Bereich Themengastronomie zu ändern. Unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt war sie verpflichtet, der Klägerin die Ausschlussentscheidung früher mitzuteilen. Auch Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes können eine solche Verpflichtung nicht begründen. Vielmehr wiesen die Beklagte und in ... in der Ausschreibung zum Volksfest 2007 ausdrücklich darauf hin, dass die Mitteilungen über Zulassung bzw. Nichtzulassung für das Volksfest voraussichtlich im Juni

2007 verschickt und vor diesem Zeitpunkt keine Auskünfte über Zulassungen, Ablehnungen oder Platzierungen erteilt würden, dass frühere Zulassungen keine Gewähr dafür gäben, dass Betriebsausführung und -gestaltung weiterhin den Vorstellungen des Veranstalters zur Durchsetzung der Platzkonzeption entsprächen und dass Zulassungen in früheren Jahren keinen Rechtsanspruch auf Zulassung begründeten.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Revision ist nicht zuzulassen, da keiner der Gründe des § 132 Abs. 2 VwGO vorliegt.

Beurteilungsspielraum, Prognose

Die Bescheide des Regierungspräsidiums Stuttgart - Schule und Bildung - vom 14.09.2007 und 21.10.2008 werden aufgehoben. Der Beklagte wird verpflichtet, die Klägerin in das Beamtenverhältnis zu übernehmen und zur Realschullehrerin zu ernennen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Berufung wird zugelassen.

Tatbestand

Die am 1964 geborene Klägerin bestand am XXX in Berlin die Zweite Staatsprüfung für das Amt des Lehrers -mit fachwissenschaftlicher Ausbildung in zwei Fächern -. Mit Arbeitsvertrag vom XXX wurde sie von der Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung als Lehrkraft an einer Berliner Schule in einem bis zum XXX befristeten Angestelltenverhältnis eingestellt.

Seit XXX.2007 ist die Klägerin aufgrund eines mit dem Regierungspräsidium XXX geschlossenen unbefristeten Arbeitsvertrages als angestellte Lehrerin an der Realschule B mit einem vollen Lehrauftrag beschäftigt.

Die Klägerin bewarb sich um Einstellung in den Schuldienst des Landes Baden-Württemberg. Sie wurde am XXX.2007 im Gesundheitsamt X untersucht. Im Untersuchungsbefund vom XXX.2007 wird unter anderem ausgeführt, dass die Klägerin einen adipösen Körperbau habe, ihr BMI 31,4 kg/m² und ihr T/H Quotient 0,97 betragen würden. Mit Schreiben vom XXX.2007 teilte das Landratsamt Main-Tauber-Kreis - Gesundheitsamt - dem Beklagten mit, dass gegen die Einstellung der Klägerin in das Beamtenverhältnis des Landes Baden-Württemberg aus ärztlicher Sicht keine Bedenken bestehen würden. Vor Verbeamtung auf Lebenszeit sei eine Nachuntersuchung erforderlich. Das Regierungspräsidium XXX lehnte mit Bescheid vom 14.09.2007 die Einstellung der Klägerin in das Beamtenverhältnis auf Probe bzw. Lebenszeit ab. Zur Begründung wurde unter anderem ausgeführt, dass derzeit die Voraussetzungen für eine Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit wegen fehlender gesundheitlicher Eignung bei der Klägerin nicht vorliegen würden. Hiergegen erhob die Klägerin Widerspruch. Zur Begründung wurde unter anderem ausgeführt, ausweislich des Schreibens des Landratsamtes XXX vom 23.08.2007 würden gegen ihre Einstellung in das Beamtenverhältnis aus ärztlicher Sicht keine Bedenken bestehen. Aus diesem Schreiben sei nicht zu erschließen, weshalb vor ihrer Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit eine Nachuntersuchung erforderlich sei. Sie sei kerngesund. Sie sei körperlich fit und unterrichte an der Realschule Boxberg auch fachfremd Sport. Das Landratsamt XXX - Gesundheitsamt - gab im amtsärztlichen Gutachten vom XXX.2008 eine Beurteilung der am XXX.2007 erfolgten amtsärztlichen Untersuchung der Klägerin ab. Bei ihr habe ein erhöhter Body-Mass-Index von 31,45 (kg/m²), entsprechend einer Adipositas Grad I, mit erhöhtem Risiko für Begleiterscheinungen bestanden. Bei einem Quotienten aus Taillen- und Hüftumfang von 0,97 bei Frauen liege ein Fettverteilungsmuster vor, das besonders eng mit Stoffwechsellstörungen und kardiovaskulären Komplikationen vergesellschaftet sei. In einer Urinuntersuchung habe sich eine Mikroalbuminurie von 30 mg/l als Risikofaktor für eine diabetische Glomeruloselektrose gezeigt. Eine vorzeitige Dienstunfähigkeit in einem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit könne daher nicht ausgeschlossen werden.

Der Widerspruch der Klägerin gegen den ihre Einstellung in das Beamtenverhältnis ablehnenden Bescheid vom 14.09.2007 wurde mit Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums XXX vom 21.10.2008 zurückgewiesen. Der Widerspruchsbescheid wurde am 28.10.2008 zugestellt.

Am 25.11.2008 hat die Klägerin Klage beim Verwaltungsgericht Stuttgart erhoben. Sie beantragt,

den Bescheid des Regierungspräsidiums XXX - Schule und Bildung - vom 14.09.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids derselben Behörde vom 21.10.2008 aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, sie in das Beamtenverhältnis zu übernehmen und zur Realschullehrerin zu ernennen,

hilfsweise den Beklagten zu verpflichten, über ihren Antrag auf Übernahme in das

Beamtenverhältnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu

entscheiden.

Zur Begründung führt sie unter anderem aus, ihr Gesundheitszustand rechtfertige keinerlei Bedenken hinsichtlich des Eintritts vorzeitiger Dienstunfähigkeit. Der von dem Beklagten in den Vordergrund gerückte Body-Mass-Index sei eine statistische Größe von beschränkter Aussagefähigkeit. Sie sei schlicht und einfach gesund. Es würden auch sonst keine Anzeichen für die Gefahr des Eintritts vorzeitiger Dienstunfähigkeit vorliegen. Dies ergebe sich nicht zuletzt aus den ärztlichen Bescheinigungen des Herrn XXX vom 08.02.2008 und vom 02.04.2008, wonach bei ihr gerade keine Mikroalbuminurie vorliege. Die vom Gesundheitsamt herangezogenen „Kriterien zur Qualitätssicherung in der amtsärztlichen Begutachtung“ seien kein taugliches Kriterium zur Beurteilung der gesundheitlichen Eignung. Sie erteile Sportunterricht und treibe privat Sport, so dass von daher das möglicherweise bei einer „bewegungslosen“ Lebensweise gesteigerte Gesundheitsrisiko nicht eintreten könne.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung nimmt er in vollem Umfang Bezug auf die Gründe der angefochtenen Bescheide.

Am 07.05.2009 hat das erkennende Gericht beschlossen, Beweis zu der Behauptung der Klägerin zu erheben, dass sie für die Übernahme in das Beamtenverhältnis gesundheitlich geeignet sei, durch Einholung eines Sachverständigen Gutachtens. Auf das von Stationsarzt Dr. B. erstellte Gutachten vom 22.09.2009, für das Prof. Dr. A vom Krankenhaus XXX auf Grund eigener Überprüfung und Urteilsbildung die volle Verantwortung übernimmt, wird Bezug genommen. Herr Dr. B hat in der mündlichen Verhandlung dieses Gutachten erläutert und ergänzt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage zum Protokoll über die mündliche Verhandlung Bezug genommen.

Dem Gericht liegen die Akten des Regierungspräsidiums Stuttgart - Schule und Bildung - und die Akten des Landratsamtes Main-Tauber-Kreis - Gesundheitsamt - vor. Auf diese sowie auf die Gerichtsakten wird wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und begründet. Die angefochtenen Bescheide des Regierungspräsidiums XXX - Schule und Bildung - vom 19.09.2007 und 21.10.2008 sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten. Sie hat Anspruch darauf, in das Beamtenverhältnis auf Probe übernommen und zu Realschullehrerin ernannt zu werden (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

Die Klage hat bereits mit dem Hauptantrag Erfolg. Dem Einstellungsbegehren der Klägerin stehen weder die fehlende gesundheitliche Eignung noch die Altersgrenze entgegen. Andere Gründe, mit denen ihre Übernahme in das Beamtenverhältnis abgelehnt werden könnte, sind zum jetzigen Zeitpunkt nicht ersichtlich und wurden von dem Beklagten bislang auch nicht angenommen. Die Klägerin verfügt nach dem Erwerb der Staatsexamina über die erforderliche Befähigung und im Hinblick auf ihre seit XXX.2007 bestehende Beschäftigung als angestellte Lehrerin auch über die fachliche Eignung im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 LBG. Da die Sache spruchreif ist, war ein Verpflichtungsurteil nach § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO zu erlassen.

Der Anspruch auf Übernahme in das Beamtenverhältnis folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG und § 11 LBG. Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 LBG sind Ernennungen - auch von Probebeamten - nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorzunehmen. Zum Merkmal der Eignung gehört auch die gesundheitliche Eignung eines Beamtenbewerbers im Hinblick auf das von ihm angestrebte Amt.

Die vom Dienstherrn vorzunehmende Beurteilung des bei der Klägerin allein streitigen Merkmals der gesundheitlichen Eignung ist ein prognostischer Akt wertender Erkenntnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVerwG, Beschl. v. 01.03.1984 - 2 B 214.82 -, Juris) fehlt die gesundheitliche Eignung grundsätzlich bereits dann, wenn Umstände gesundheitlicher Art festgestellt werden, die geeignet sind, den Beamten für die Übernahme in das Beamtenverhältnis untauglich erscheinen zu lassen; hierfür genügt schon eine körperliche oder psychische Veranlagung der Art, dass die Möglichkeit häufiger Erkrankungen oder des Eintritts dauernder Dienstunfähigkeit schon vor Erreichen der Altersgrenze nicht mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann.

Bei dieser in die Zukunft gerichteten Prognoseentscheidung steht dem Dienstherrn ein gerichtlich nur beschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Die gerichtliche Kontrolle hat sich darauf zu beschränken, ob der Dienstherr den Begriff der fehlenden gesundheitlichen Eignung und den Rahmen, innerhalb dessen er sich frei betätigen kann, verkannt

hat, ob er von einem unrichtigen Tatbestand ausgegangen ist, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat (BVerwG, Urt. v. 19.03.1998, 2 C 5.97 m.w.N., Juris). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung. Die für Verpflichtungsklagen vielfach angeführte „Regel“, dass die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung maßgeblich ist, gilt nicht uneingeschränkt. Aus dem materiellen Recht können sich Abweichungen ergeben. Das ist bei Verpflichtungsklagen auf Einstellung in das Beamtenverhältnis regelmäßig der Fall. Das Gericht, das die Eignung des Bewerbers nicht selbst beurteilen darf, ist auf die Überprüfung der vom Dienstherrn getroffenen Beurteilung unter Beachtung seiner Erkenntnismöglichkeiten beschränkt (VGH Bad.-Württ., Urt. v. 13.03.2007 - 4 S 1805/06 - und BVerwG, Urt. v. 24.06.2004 - 2 C 45/03 -, jew. Juris).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der Beklagte bei der Beurteilung der gesundheitlichen Eignung der Klägerin von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen. Der Widerspruchsentscheidung vom 21.10.2008 lag das amtsärztliche Gutachten des Landratsamtes XXX vom 04.01.2008 zugrunde, das auf der Untersuchung der Klägerin vom 17.08.2007 beruhte. Der Beklagte begründete seine für die Klägerin ungünstige Prognose damit, dass sie einen Body-Mass-Index von 31,45 kg/m² habe, ihr Taillen-Hüft-Quotient 0,97 betrage und die Urinuntersuchung eine Mikroalbuminurie mit 30 mg/l gezeigt habe. Diese Umstände seien Risikofaktoren für Begleiterkrankungen wie Stoffwechselstörungen und kardiovaskuläre Komplikationen. Nach dem vom Gericht eingeholten Gutachten vom 22.09.2009 wies die Klägerin am Untersuchungstag im Krankenhaus XXX einen Body-Mass-Index von 29,7 kg/m² und einen Taillen-Hüft-Quotienten von 0,93 auf, und die Laborwerte der Urinuntersuchung betragen für Eiweiß 8,0 mg/dl und für Albumin 1,7 mg/dl. Herr Dr. Hartmann hat das Gutachten in der mündlichen Verhandlung dahingehend erläutert, dass bei der Klägerin keine Adipositas, sondern eine Präadipositas vorliege; die frühere Adipositas habe zu keinen Folgeerkrankungen geführt. In dem derzeitigen Übergewicht der Klägerin sieht er kein größeres Risiko für Folgeerkrankungen als das, das bei der Durchschnittsbevölkerung besteht. Hinsichtlich der Eiweiß- und Albuminwerte im Urin führte er aus, dass die bei der Klägerin festgestellten Werte im absolut tolerablen Bereich liegen würden. Trotz der Belastung nach dem durchgeführten EKG seien die Werte im Normbereich. Ohne Belastung könnten die Werte noch niedriger sein. Lediglich bezüglich des Taillen-Hüft-Quotienten nimmt Herr Dr. B das Vorliegen einer Adipositas an. Diese Aussage relativiert er jedoch dahingehend, dass es beim Taillen-Hüft-Quotienten noch nicht so viele Daten gebe wie beim Body-Mass-Index. Er misst folglich dem bei der Klägerin ermittelten Taillen-Hüft-Quotienten keine große Bedeutung als Risikofaktor für Folgeerkrankungen zu. Insgesamt schätzt er das Risiko, dass die Klägerin in den nächsten 10 Jahren einen Herzinfarkt oder einen Schlaganfall erleidet so ein, wie es bei der Normalbevölkerung besteht, nämlich mit unter einem Prozent. Auch für die Zeit danach sieht er, wenn das Gewicht der Klägerin stabil bleibt, kein weiter erhöhtes Risiko für kardiovaskuläre Erkrankungen.

Weiter hat Herr Dr. B in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass die Klägerin in der Zeit zwischen der Untersuchung beim Gesundheitsamt und der Untersuchung im Krankenhaus Bad Cannstatt 4 ½ kg abgenommen habe. Nach seinem Eindruck habe die Klägerin nicht wegen des bevorstehenden Gutachtens abgenommen. Sie habe ihre Ernährung umgestellt und den Sport intensiviert. Da demnach die Klägerin keine Crash-Kur zum Abnehmen durchgeführt hat, ist das Gericht davon überzeugt, dass bereits zum Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung eine Gewichtsreduzierung eingetreten war. Eine genaue Aufklärung der bis zur Widerspruchsentscheidung erfolgten Gewichtsabnahme ist jedoch nicht mehr möglich. Das Gericht nimmt daher auch für diesen Zeitpunkt die vom Gutachter ermittelten Werte an. Nach den Ausführungen im Gutachten vom 22.09.2009 und den Erläuterungen in der mündlichen Verhandlung bestehen keine Zweifel an der gesundheitlichen Eignung der Klägerin für die Übernahme in das Beamtenverhältnis. Da der Beklagte die bis zum Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung erfolgte Gewichtsabnahme der Klägerin nicht berücksichtigt hat, ging er von einem unzutreffenden Sachverhalt aus.

Im Laufe des gerichtlichen Verfahrens hat der Beklagte einen Einstellungsanspruch der Klägerin unabhängig von der Frage ihrer gesundheitlichen Eignung mit der Begründung verneint, dass sie nunmehr das 45. Lebensjahr vollendet habe. Das Überschreiten der Altersgrenze kann der Klägerin jedoch nicht mit Erfolg entgegengehalten werden.

Da es sich bei der Frage, ob eine Altersgrenze besteht, um die Feststellung einer objektiven Tatsache handelt, kommt es im Gegensatz zu den die Eignungsbeurteilung betreffenden Fragen bei der Verpflichtungsklage auf Einstellung in das Beamtenverhältnis insoweit auf

die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung an (vgl. BVerwG, Urt. v. 24.06.2004 a.a.O.).

Das erkennende Gericht folgt der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Bestimmung einer Altersgrenze für die Übernahme in ein öffentliches Amt einer gesetzlichen Grundlage bedarf (BVerwG, Urt. v. 19.02.2009 - 2 C 18.07 -, Juris, für die in Nordrhein-Westfalen geltende Rechtslage). Weiter teilt es die Auffassung des Verwaltungsgerichts Karlsruhe, dass es in Baden-Württemberg an einer solchen gesetzlichen Grundlage fehlt (VG Karlsruhe, Urt. v. 07.07.2009 - 6 K 2426/08 -, Juris). Das Verwaltungsgericht Karlsruhe führt im Einzelnen aus:

„Die Klägerin hat am 09.12.2005 das 45. Lebensjahr vollendet, so dass gem. § 48 LHO in Verbindung mit der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zu § 48 LHO (VV-LHO vom 10.04.2002, GABl. S. 338, die das Rundschreiben des Finanzministeriums über die Einwilligung zur Einstellung und Versetzung von Beamten und Richtern in den Landesdienst vom 28.07.1980 in der Fassung vom 01.02.1985 <GABl. S. 173> ersetzt hat, vgl. hierzu den Einführungserslass vom 10.06.2006, GABl. 2002, S. 482) die bereits ab dem 40. Lebensjahr notwendige Einwilligung des Finanzministeriums zur Übernahme in ein Beamtenverhältnis nur noch unter sehr eng begrenzten Voraussetzungen erteilt werden kann.

Nach § 48 LHO bedürfen Einstellungen und Versetzungen von Beamten in den Landesdienst der Einwilligung des Finanzministeriums, wenn der Bewerber ein vom Finanzministerium allgemein festzusetzendes Lebensalter überschritten hat. In Nr. 1 der VV-LHO zu § 48 LHO wird als Lebensalter, bei dessen Überschreitung die Einwilligung des Finanzministeriums zur Übernahme eines Bewerbers in das Landesbeamtenverhältnis nach § 48 LHO notwendig ist, das 40. Lebensjahr festgesetzt. Nach Nr. 5 i.V.m. Nr. 3.2 der VV-LHO zu § 48 LHO kommt bei Bewerbern, die das 45. Lebensjahr vollendet haben, eine Einwilligung grundsätzlich nur in Betracht, wenn ein außerordentlicher Mangel an geeigneten jüngeren Bewerbern besteht, und unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der entgegenstehenden Versorgungslasten, die Übernahme des Bewerbers offensichtlich einen erheblichen Vorteil für das Land bedeutet oder die Ablehnung seiner Übernahme zu einer erheblichen Schädigung der Landesinteressen führen könnte.

Eine entsprechende Einwilligung wurde hier nicht erteilt. Das kann der Klägerin jedoch in Ermangelung wirksamer Rechtsgrundlagen nicht entgegengehalten werden. Eine gültige Altersgrenze für die Einstellung in die Beamtenlaufbahn besteht in Baden-Württemberg mangels Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage derzeit nicht.

Zwar werden Altersgrenzen für die Einstellung und Übernahme in das Beamtenverhältnis nicht durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (vgl. § 10 AGG) oder durch Gemeinschaftsrecht ausgeschlossen, doch genügt eine Bestimmung von Altersgrenzen durch Verwaltungsvorschriften nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Die Bestimmung einer Altersgrenze für die Übernahme in ein öffentliches Amt bedarf vielmehr einer gesetzlichen Grundlage (vgl. hierzu im Zusammenhang mit der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen und unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung: BVerwG, Urt. v. 19.02.2009 - 2 C 18.07 -, juris, mit Anmerkung von Kugele).

An einer solchen gesetzlichen Rechtsgrundlage fehlt es in Baden-Württemberg. § 48 LHO enthält keine Altersgrenze und auch keine ausreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zur Regelung von Altersgrenzen etwa durch Rechtsverordnung. Angesichts der erheblichen Beeinträchtigung des durch Art. 33 Abs. 2 GG gewährleisteten Leistungsgrundsatzes durch die Festlegung von Altersgrenzen darf es nicht der Verwaltung überlassen bleiben, welche Altersgrenzen und welche Ausnahmetatbestände gelten sollen. Die VV-LHO zu §48 LHO genügt damit den verfassungsgemäßen Anforderungen nicht.“

Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin, die am 15.06.2009 das 45. Lebensjahr vollendet hat, Anspruch darauf, dass sie ohne Berücksichtigung einer Altersgrenze in das Beamtenverhältnis auf Probe übernommen und zur Realschullehrerin ernannt wird.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

