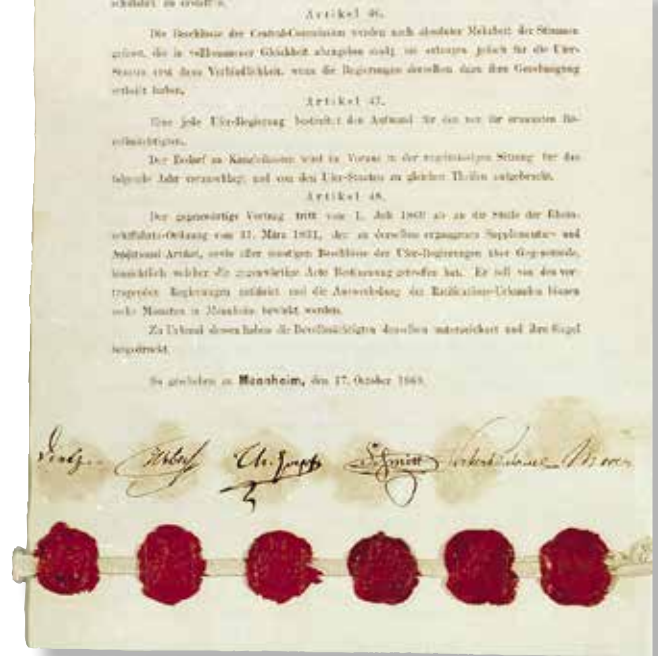


Weiterfahrverbote – Förmelei (?) oder Rechtsstaatlichkeit (!)



»Revidirte Rheinschiffahrts-Acte« von 1868, Foto: ZK

Ein gegenüber einem Schiffsführer ausgesprochenes Weiterfahrverbot ist ein Verwaltungsakt und muss unter Beachtung aller Formvorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes erlassen werden.

Das Fahrverbot muss erkennen lassen, gegen welchen Adressaten es sich richtet. Die Verwaltungsbehörde hat deutlich zu machen, auf welcher Grundlage sie entscheidet und alle wesentlichen Gesichtspunkte ihrer Entscheidung sowie die Ausübung des Ermessens ausdrücklich auszuführen. Der Tenor des Verwaltungsaktes muss klar erkennen lassen, welche konkrete Maßnahme angeordnet ist.

Die vorgenannten Grundelemente rechtsstaatlichen Handelns sind nicht lediglich streng formalistische Anforderungen, sondern unabdingbare Voraussetzungen zur Gewährleistung des effektiven Rechtsschutzes nach Artikel 19 IV Grundgesetz.

Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, Az.: 8 CS 18.2364 (Verwaltungsgericht Regensburg, Az.: 8 O 8 S.18.1521) rechtskräftig (das Hauptsacheverfahren ist noch anhängig).

Vorbemerkung der Redaktion:

Die Bundeswasserstraßenverwaltung hat sich insbesondere durch das Wasser- und Schifffahrtsamt Regensburg in jüngster Vergangenheit häufig durch die Verhängung von Fahrverboten auf der Donau betätigt, die bei den Binnenschiffahrtstreibenden auf wenig Verständnis gestoßen sind.

Das WSA Regensburg ist dabei durch einen sehr nachlässigen Umgang mit den formalen Voraussetzungen für schiffahrtspolizeiliche Maßnahmen aufgefallen. Fahrverbote wurden häufig nur mündlich ausgesprochen, sehr häufig überhaupt nicht inhaltlich begründet und wiesen zahlreiche weitere formale Mängel auf. Ein sofort eingelegter Widerspruch der Schiffseite ist ein stumpfes Mittel, wenn die Behörde die sofortige Vollziehbarkeit des Fahrverbotes anordnet. Auch im Eilverfahren des einstweiligen Rechtsschutzes kann es durchaus zwei bis drei Wochen dauern, bis eine richterliche Entscheidung über die Aufhebung des Fahrverbotes vorliegt. Eine Liegezeit von zwei bis drei Wochen ist für einen Schiffahrtstreibenden aber eine außerordentlich kostspielige und potenziell ruinöse Angelegen-

heit, da nicht nur die Ausfallzeiten des Schiffes drohen, sondern auch Schadenersatzansprüche der frachtvertraglichen Vertragspartner des Schiffes. Deshalb wählen viele Schiffer in der Praxis den Weg, sich mit dem Wasser- und Schifffahrtsamt möglichst gut zu stellen und – auch dem Schiffer unsinnig erscheinenden – Auflagen sofort nachzukommen, um den Schaden gering zu halten. Gerichtliche Klärungen der juristischen Fragen im Zusammenhang mit Fahrverboten an der Donau sind daher außerordentlich selten.

Mit der nachfolgend veröffentlichten Entscheidung hat sich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof nicht zur Hauptsache geäußert, sondern nur zu der Frage, ob das Fahrverbot sofort vollzogen werden kann, das Schiff also liegen bleiben muss, oder ob der Widerspruch aufschiebende Wirkung hat mit der Folge, dass das Schiff weiterfahren kann und die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes im Hauptsacheverfahren geklärt wird.

Im vorliegenden Fall hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof dem WSA Regensburg und den tätig gewordenen überordneten Behörden schwerste Mängel im verwaltungsrechtlichen Vorgehen attestiert und zahlreiche Verstöße gegen das Verwaltungsverfahrensgesetz festgestellt. Dass der Verwaltungsgerichtshof sich sogar veranlasst gesehen hat, die betroffenen Behörden darauf hinzuweisen, dass die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes kein Formalismus – wie die Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt in Bonn vorgetragen hatte –, sondern Grundzüge rechtsstaatlichen Handelns sind, ist bemerkenswert. Eine solche Bemerkung in einer gerichtlichen Entscheidung zu lesen, erstaunt den Juristen, handelt es sich doch um eine juristische Selbstverständlichkeit.

Ein Fahrverbot muss immer ultima ratio sein. Die für den Schiffer existenzbedrohenden Konsequenzen und erheblichen Kosten eines Weiterfahrverbotes müssen zur Stärke des Verdachteten und zum Grad der tatsächlich drohenden Gefahr in einem ausgewogenen Verhältnis stehen, was im Rahmen der Ermessensausübung ausüßend zu begründen ist. Vorliegend bestand der Verdacht einer Gewässerunreinigung, der durch Probenentnahmen und Beobachtung der Weiterfahrt des Schiffes adäquat aufgeklärt werden kann (dazu SchOG Köln, Urteil vom 22. November 1991, ZfB 1992, Sammlung Seite 1368 ff). Ein Schiff festzuhalten, das über ein gültiges Schiffsattest verfügt, mit der Begründung, es lägen technische Mängel vor, setzt nach wohl richtiger Auffassung voraus, dass technische Mängel definitiv festgestellt und dokumentiert werden, die maßgeblichen Einfluss auf die Betriebssicherheit des Schiffes haben. Der bloße Verdacht einer Gewässerunreinigung, noch dazu, wenn die typischen Beweiszeichen schiffseitig fehlen, reicht dazu sicherlich nicht aus.

Die für den Schiffer existenzbedrohenden Konsequenzen und erheblichen Kosten eines Weiterfahrverbotes müssen zur Stärke des Verdachteten und zum Grad der tatsächlich drohenden Gefahr in einem ausgewogenen Verhältnis stehen, was im Rahmen der Ermessensausübung ausüßend zu begründen ist. Vorliegend bestand der Verdacht einer Gewässerunreinigung, der durch Probenentnahmen und Beobachtung der Weiterfahrt des Schiffes adäquat aufgeklärt werden kann (dazu SchOG Köln, Urteil vom 22. November 1991, ZfB 1992, Sammlung Seite 1368 ff). Ein Schiff festzuhalten, das über ein gültiges Schiffsattest verfügt, mit der Begründung, es lägen technische Mängel vor, setzt nach wohl richtiger Auffassung voraus, dass technische Mängel definitiv festgestellt und dokumentiert werden, die maßgeblichen Einfluss auf die Betriebssicherheit des Schiffes haben. Der bloße Verdacht einer Gewässerunreinigung, noch dazu, wenn die typischen Beweiszeichen schiffseitig fehlen, reicht dazu sicherlich nicht aus.

Das Verwaltungsgericht und der Verwaltungsgerichtshof haben sich mit den technischen und materiellrechtlichen Frage vorliegend allein deshalb nicht auseinandersetzen müssen, weil bereits die schweren Formverstöße das Verwaltungshandeln rechtswidrig gemacht haben und schon allein deshalb die Aufhebung der sofortigen Vollziehung geboten war. Bleibt zu hoffen, dass die Entscheidung Signalwirkung für weiteres Verwaltungshandeln der betroffenen Behörden hat.

*Rechtsanwalt Dr. Martin Fischer,
Frankfurt am Main*

Aus den Gründen:

Die Antragstellerin wendet sich als Ausrüsterin und Schiffseignerin (§ 2 Abs. 1 Binnenschiffahrtsgesetz) gegen eine Anordnung des Wasserstraßen- und Schifffahrtsamts (WSA) Regensburg, ihr Gütermotorschiff (GMS) »Chateau Chalon« betreffend

Am 4. September 2018 wurde auf dem Gebiet der Stadt Regensburg im Bereich der Oberpfalzbrücke und der Schleuse Regensburg eine Gewässerverunreinigung der Donau in Form eines auf dem Wasser schwimmenden Ölfilms festgestellt. Als möglicher Verursacher wurde das GMS »Chateau Chalon« der Antragstellerin ermittelt. Die eingesetzten Wasserschutzpolizeikräfte sprachen für das Schiff vor Ort gegenüber dem Schiffsführer mündlich ein Weiterfahrverbot aus, das noch am gleichen Tag durch das WSA Regensburg schriftlich bestätigt wurde ...

Das WSA Regensburg ordnete mit E-Mail vom 11. September 2018, die an den Bevollmächtigten der Antragstellerin – ohne weitere Bezeichnung des Adressaten – am selben Tag versendet wurde, folgendes an:

»Aufhebung des Weiterfahrverbotes für das Gütermotorschiff »Chateau Chalon«. Aufgrund heute erfolgter provisorischer Reparatur wird das Weiterfahrverbot für das Gütermotorschiff »Chateau Chalon«, ENI 04603280 vom 04.09.2018 mit sofortiger Wirkung zu nachfolgenden Bedingungen aufgehoben: Die Ruderschäfte sind innerhalb von vier Wochen fachgerecht instand zu setzen. Während des Zeitraumes bis zum Instandsetzungsbeginn ist die Achterpiek trocken zu halten und regelmäßig zu kontrollieren. Über die fachgerechte Instandsetzung ist dem Wasserstraßen- und Schifffahrtsamt Regensburg die Bescheinigung einer Fachfirma oder eines anerkannten Sachverständigen vorzulegen.«

Es folgt eine (einfache) Signatur der Mitarbeiterin des WSA Regensburg. Eine Rechtsbehelfsbelehrung war nicht beigefügt ...

Das Verwaltungsgericht Regensburg stellte mit Beschluss vom 23. Oktober 2018 die aufschiebende Wirkung einer (zu diesem Zeitpunkt noch zu erhebenden) Klage gegen den Bescheid des ... Wasserstraßen- und Schifffahrtsamts vom 11. September 2018, in der Gestalt des Widerspruchsbescheids der Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt Würzburg vom 20. September 2018, wieder her ...

Mit ihrer Beschwerde wendet sich die Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Regensburg vom 23. Oktober 2018 ...

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Die von der Antragsgegnerin mit der Beschwerde vorgebrachten Gründe, auf deren Prüfung das Gericht nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen keine Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts, wonach die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage wiederherzustellen war, weil die Klage gegen den Bescheid vom 11. September 2018 nach summarischer Prüfung voraussichtlich Erfolg haben wird, erweist sich auch in Ansehung der von der Antragsgegnerin innerhalb der Frist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO dargelegten Gründe als zutreffend.

Das Verwaltungsgericht hat nicht lediglich eine Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit aufgehoben, sondern die aufschiebende Wirkung der (mittlerweile erhobenen) Anfechtungsklage wiederhergestellt (s. dazu BayVG, B.v. 4.1.2006 – 11 CS 05.1878 – juris Rn. 19 ff.; Külpmann, in Finkelburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren, 7. Aufl. 2017, Rn. 1031 ff. m.w.N.). Es hat die in den Fällen des § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO erforderliche eigene gerichtliche Abwägung des Suspensivinteresses der Antragstellerin mit dem Vollzugsinteresse der Antragsgegnerin (vgl. Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 80 Rn. 85 f. m.w.N.) zutreffend daran orientiert, dass die in der Hauptsache erhobene Klage nach summarischer Prüfung zulässig ist (wogegen die Antragsgegnerin keine Einwände erhebt) und dass auch alles dafür spricht, dass diese in der Sache Erfolg haben wird (vgl. BVerwG, B.v. 6.7.1994 – 1 VR 10.93 – NVwZ 1995, 587 = juris Rn. 4; BayVG, B.v. 4.1.2006 – 11 CS 05.1878

– a.a.O.; Puttler in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 158 m.w.N.). Nach den überzeugenden Ausführungen im angefochtenen Beschluss ist der streitgegenständliche Bescheid wegen fehlender Ermessenserwägungen rechtswidrig und verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten (dazu unten 1.2). Diese materiellen Fehler wurden nicht geheilt und können auch nicht mehr geheilt werden (dazu unten 1.3), weil in einem gerichtlichen Verfahren lediglich eine Ergänzung von Ermessenserwägungen in Betracht kommt, wie vom Verwaltungsgericht ebenfalls zutreffend dargelegt wurde. Die dagegen erhobenen Einwendungen der Antragsgegnerin überzeugen nicht. Sie trägt mit ihrer Beschwerde nichts vor, was eine andere Bewertung begründen könnte.

1.1 Rechtsgrundlage der streitgegenständlichen Anordnung sind nach eigenem Bekunden der Antragsgegnerin, die dazu allerdings erst im gerichtlichen Verfahren Ausführungen gemacht hat, besondere sicherheitsrechtliche Generalklauseln (§§ 24, 28 Abs. 1 WaStrG, § 1 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 2 BinSchAufg i.V.m. der Donauschiffahrtspolizeiverordnung und damit generalklauselartige Befugnisnormen, die der handelnden Behörde einen weiten Ermessensspielraum einräumen. Ebenso stehen die getroffenen Nebenbestimmungen gemäß § 36 VwVfG im behördlichen Ermessen. Sollte schließlich in der Anordnung auch eine Rücknahme (§ 48 VwVfG) oder ein Widerruf (§ 49 VwVfG) in Bezug auf ein zuvor verhängtes Weiterfahrverbot enthalten sein, was aus dem bisherigen Vortrag des Vertreters der Antragsgegnerin nicht klar hervorgeht, handelt es sich insofern ebenfalls um eine Ermessensentscheidung. Sowohl nach § 48 VwVfG als auch nach § 49 VwVfG hat die Behörde Ermessen auszuüben.

1.2 Das Verwaltungsgericht ist – entgegen der Ansicht des Bevollmächtigten der Antragsgegnerin – zutreffend davon ausgegangen, dass der streitgegenständliche Verwaltungsakt ermessensfehlerhaft erlassen wurde.

1.2.1 Nach § 40 VwVfG hat eine Behörde das ihr durch Gesetz eingeräumte Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Die gerichtliche Prüfung ist auf die Rechtmäßigkeitskontrolle der Ausübung beschränkt (§ 114 Satz 1 VwGO, vgl. dazu BVerwG, U.v. 13.11.1979 – 1 C 16.75 – NJW 1980, 2034 = juris Rn. 13). Ein danach beachtlicher Ermessensfehler liegt vor, wenn die Behörde das ihr eingeräumte Ermessen nicht (erkennbar) betätigt (Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwV-

fG, 9. Auflage 2018, § 40 Rn. 77 m.w.N.; vgl. auch BVerwG, U.v. 23.9.1992-6 C 2.91 – BVerwGE 91, 24/42 = juris Rn. 55). Dies beurteilt sich regelmäßig nach den konkreten Erwägungen im Entscheidungszeitpunkt (vgl. BayVGH, U.v. 6.2.2014 – 2 B 13.2570 – BayVBI 2015, 274 = juris Rn. 23 f.). Der nach Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich garantierte gerichtliche Rechtsschutz setzt nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung voraus, dass die Behörde offenbart, von welchen Gesichtspunkten sie sich bei der Ausübung des Ermessens hat leiten lassen. Diesem Zweck dient auch die (von der materiellrechtlich zu beurteilenden Ermessensfehlerhaftigkeit zu trennende formelle) Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten gemäß § 39 VwVfG (vgl. BVerwG U.v. 24.9.1996 – 1 C 9.94 – BVerwGE 102, 63/70 m.w.N.; U.v. 5.9.2006 – 1 C 20.05 – NVwZ 2007, 470/471 = juris Rn. 18). Die bei der Ermessensausübung angestellten Erwägungen müssen grundsätzlich aus der Entscheidung erkennbar werden (vgl. BFH, U.v. 11.3.2004 – VII 52/02 – BFHE 205, 14 = juris Rn. 16). Ist dagegen nicht ersichtlich, welche Gesichtspunkte für die Ermessensentscheidung maßgeblich gewesen sind, liegt ein Ermessensausfall vor (BayVGH, B.v. 26.2.2009 – 4 CS 08.3123 -juris Rn. 9; B.v. 9.11.2009-4B09.594 – juris Rn. 19 ff.; B.v. 14.12.2011 – 4BV 11.895 – juris Rn. 35; vgl. auch BVerwG, U.v. 1.9.2016-4 C 4.15 – BVerwGE 156, 94 Rn. 27). Die hier getroffene sicherheitsrechtliche Verfügung hätte danach erkennen lassen müssen, auf welcher Grundlage die Behörde ihre Ermessensentscheidung getroffen hat, dass alle wesentlichen Gesichtspunkte in ihre Entscheidung eingeflossen sind und dass die öffentlichen sowie die privaten Interessen zutreffend erkannt und gewichtet wurden. Dies gilt vor allem für die Betätigung des durch die oben genannten Befugnisnormen eröffneten Auswahlermessens hinsichtlich des Adressaten (vgl. dazu etwa § 25 WaStrG) sowie der Maßnahme (vgl. BayVGH, B.v. 18.1.2010 – 10 C 09.2750 – juris Rn. 10) einschließlich der Nebenbestimmungen. Bei fehlenden Angaben zur Rechtsgrundlage und vollständig fehlenden Ermessenserwägungen ist das Verwaltungsgericht nicht in der Lage zu prüfen, ob bei der Ermessensausübung die rechtlichen Voraussetzungen beachtet wurden.

Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe hat das Verwaltungsgericht zu Recht einen Ermessensausfall bzw. einen schwerwiegenden Ermessensfehler angenommen.

1.2.2 Der streitgegenständliche Bescheid besteht lediglich aus einem Tenor. Der elektronische Verwaltungsakt weist – entgegen § 39 Abs. 1 und 2 VwV-

fG – keine Begründung auf und es sind auch keine Hinweise auf eine Ermessensentscheidung erkennbar. Es fehlt an Erwägungen zur Rechtsgrundlage, dazu, dass das Ermessen erkannt wurde sowie zu Art und Umfang der Ermessensausübung und damit an einer nachvollziehbaren Ermessensbetätigung. Weder wird das Wort »Ermessen« verwendet, noch finden sich Ausführungen zu den öffentlichen Interessen am Erlass der Anordnung und zu den gegenläufigen Interessen des Adressaten (vgl. BayVGH, U.v. 6.2.2014 – 2 B 13.2570 – BayVBI 2015, 274 = juris Rn. 23 f.). Dies ist umso unverständlicher, als der Bevollmächtigte der Antragstellerin bereits in seiner E-Mail vom 6. September 2018 ausdrücklich auf die erforderliche Ermessensausübung sowie auf die Geltung des VwVfG hingewiesen hatte ...

1.2.3 Zwar kann sich bei fehlender Begründung einer Ermessensentscheidung die Ermessensausübung ausnahmsweise auch aus sonstigen Umständen ergeben, der Nachweis durch die Behörde muss allerdings zweifelsfrei geführt werden können (Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG a.a.O., § 40 Rn. 80 m.w.N.). Die Antragsgegnerin beruft sich zwar auf einen solchen Ausnahmefall, sie hat dazu in ihrer Beschwerdeschrift aber nichts Substantielles vorgetragen (dazu unten 1.2.3.1) ...

1.2.3.1 Trotz umfangreicher schriftsätzlicher Äußerungen hat der Bevollmächtigte der Antragsgegnerin zur Frage des Vorliegens eines Ausnahmefalls im Beschwerdeverfahren nicht substantiiert vorgetragen. Bereits aus diesem Grund hat die Beschwerde keinen Erfolg ...

1.2.3.2 Im Übrigen ergeben sich auch aus den Behördenakten, die in weiten Teilen nicht chronologisch, sondern offensichtlich nach anderen Kriterien geführt worden sind, keine ausreichenden Anhaltspunkte. Bei der Frage, welche Anforderungen im Einzelfall an den Nachweis der Ermessensausübung aufgrund sonstiger Umstände zu stellen sind, ist vor allem zu berücksichtigen, dass diese vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG das Gericht in die Lage versetzen müssen, die Ordnungsgemäßheit der Ermessensbetätigung zu überprüfen (vgl. oben 1.2.1). Daran fehlt es ...

1.2.3.3 Hinzu kommt, dass in Bezug auf die Tenorierung des Bescheids erhebliche Unklarheiten darüber bestehen, ob es sich (auch) um eine Teilrücknahme oder einen Teilwiderruf eines Verbots gegenüber der Antragstellerin handelt oder ob (lediglich) eine erstmals an die Antragstellerin gerichtete sicherheitsrechtliche Anordnung vorliegt ...

Die in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen ... führen aber die Unklarheiten auf Behördenseite in Bezug auf Regelungsgegenstand und Adressaten der streitgegenständlichen Verfügung deutlich vor Augen, die selbst noch im erstinstanzlichen Verfahren vorhanden waren und weisen dadurch zusätzlich auf schwerwiegende Defizite bei der konkreten Ermessensausübung hin. Wenn sich die zuständigen Behörden nicht einmal zu diesem Zeitpunkt darüber im Klaren sind, was sie gegenüber welchem Adressaten angeordnet haben, spricht das für erhebliche Mängel bei der Ermessensbetätigung.

Klarstellend sei noch darauf hingewiesen, dass es weder um »strenge formalistische Anforderungen an einen diesbezüglichen Bescheid« noch um eine »streng formalisierte Vorgehensweise« geht, wie der Vertreter der Antragsgegnerseite zu meinen scheint, sondern um Grundelemente rechtsstaatlichen Handelns, wie eine ordentliche und nachvollziehbare Dokumentation von Handlungsschritten zur Gewährleistung des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG). Gerade in Fällen, in denen sich ein Adressat sicherheitsrechtlicher Maßnahmen gegen Anordnungen wendet, ist es Sache der Behörde, die Entscheidungsgrundlagen – jedenfalls in einem Mindestmaß – offen zu legen (vgl. oben 1.2.1). Dies gilt erst Recht, wenn Behördenvertreter davon ausgehen, dass Fakten von Betroffenen zu Unrecht bestritten werden. Es kann dagegen nicht Aufgabe der Gerichte sein, auf unklarer Grundlage, hier etwa aus verstreuten Einzelhinweisen in der in weiten Teilen nur schwer nachvollziehbar geführten Behördenakte, Rückschlüsse auf mögliche, erst im Nachhinein von der Behörde behauptete Ermessenserwägungen zu ziehen.

1.2.4 Derartige Erwägungen zur Ermessensausübung waren hier auch nicht ausnahmsweise verzichtbar, worauf der Bevollmächtigte der Antragsgegnerin der Sache nach abzustellen scheint. Es liegt weder ein Fall der Ermessensreduzierung auf Null, noch ein Fall des intendierten Ermessens vor (vgl. dazu BVerwG, U.v. 16.6.1997 – 3 C 22.96 – BVerwGE 105, 55/57 f. = juris Rn. 14; BayVGH, U.v. 20.1.2004 – 8 N 02.3211 – VGH n.F. 57, 27/38 = juris Rn. 51; Nds OVG, U.v. 10.2.2011 – 12 LB 318/08 – DAR 2011, 339 = juris Rn. 23f. m.w.N.), noch fehlt es an der Schutzwürdigkeit des Adressaten aufgrund ausreichender Kenntnis der Sach- und Rechtslage (vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG und BVerwG, U.v. 14.10.1965 – 2 C 3.63 – BVerwGE 22, 215/218 = juris Rn. 31). Es mag zutreffen, dass hinsichtlich der Frage, ob die

Behörde (überhaupt) tätig wird, eine Ermessensreduzierung auf Null gegeben war, wie die Antragsgegnerin geltend macht. Bei der Auswahl des Adressaten und der Bestimmung von Art und Umfang der zu treffenden Anordnung sowie der Nebenbestimmungen war jedoch durch die generalklauselartigen Befugnisnormen ein weiterer Spielraum eröffnet, weshalb selbst ein intendiertes Ermessen nicht angenommen werden kann ...

1.3 Das Verwaltungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Ermessensfehler nicht geheilt wurden (dazu unten 1.3.1 und auch nicht heilbar sind ...

1.3.1 Im streitgegenständlichen Beschluss wurde zutreffend erkannt, dass im Widerspruchsverfahren grundsätzlich eine Heilung von Ermessensfehlern möglich ist (vgl. OVG RP, B.v. 22.6.2017-2 A 10449/16 – juris Rn. 72 ff.; VGH BW, B.v. 17.2.1994 – 14 5 42/94 – juris Rn. 7), dass eine solche hier aber nicht erfolgt ist. Der Widerspruchsbescheid vom 20. September 2018 weist eine umfangreiche Sachverhaltsschilderung auf, die Begründung ist jedoch defizitär. Die Ausführungen unter Ziffer II sind völlig inhaltsleer und floskelhaft. Es fehlt (wiederum) an einer Bezeichnung der Rechtsgrundlagen und der Ermessenserwägungen, auf denen der Verwaltungsakt beruht. Ausführungen zur Ermessensausübung sind nicht einmal im Ansatz erkennbar. Daher liegt keine Heilung des Ermessensausfalls bzw. der schwerwiegenden Ermessensdefizite im Widerspruchsverfahren vor ...

Erforderlich ist, dass die Behörde beim Nachschieben von Ermessenserwägungen unmissverständlich deutlich macht, dass es sich nicht nur um ein prozesuales Verteidigungsvorbringen handelt, sondern um eine Veränderung des Verwaltungsakts selbst (BVerwG, U.v. 20.6.2013 – 8 C 46.12 – BVerwGE 147, 81 Rn. 35). Dass diese Voraussetzung erfüllt wäre, lässt die Beschwerdebeurteilung nicht erkennen. Hinzu kommt, dass der erstinstanzliche Vortrag in Bezug auf den Regelungsgehalt und die Adressierung der streitgegenständlichen Anordnung widersprüchlich ist (vgl. oben 1.2.3.3), weshalb er nicht geeignet ist, die Ermessensfehler zu heilen. Ob § 114 Satz 2 VwGO im Eilverfahren auch dann nicht anzuwenden ist, wenn über den Widerspruch bereits entschieden wurde (vgl. für die Nichtanwendbarkeit bei laufendem Widerspruchsverfahren Hess-VGH, B.v. 26.3.2004 – 8 TG 721/04 – DÖV 2004, 625 = juris Rn. 42), kann offen gelassen werden ...

1.3.2 Das Verwaltungsgericht ist auch zu Recht davon ausgegangen, dass in

einem künftigen gerichtlichen Hauptsacheverfahren die nachträgliche Rechtfertigung eines ohne Ermessensbetätigung erlassenen Verwaltungsakts ausgeschlossen ist (vgl. BVerwG, U.v. 23.10.2007 – 1 C 10.07 – BVerwGE 129, 367 Rn. 30; B.v. 9.6.2015 – 6 B 60.14 – juris Rn. 20f.; Rennert in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 114 Rn. 17 und Rn. 89 ff., m.w.N.), unabhängig davon, ob es sich dabei um eine Frage des § 114 Satz 2 VwGO oder des materiellen Rechts handelt (vgl. dazu BVerwG, U.v. 5.5.1998 – 1 C 17.97 – BVerwGE 106, 351/363 = juris Rn. 35 K; B.v. 20.6.2013 – 8 C 46.12 – BVerwGE 147, 81 Rn. 31 f.; B.v. 9.6.2015 – 6 B 60.14 – a.a.O.; Rennert in Eyermann, a.a.O. § 114 Rn. 89). Nach dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht dürfen neue Gründe für einen Verwaltungsakt nur nachgeschoben werden, wenn sie schon bei Erlass des Verwaltungsakts vorlagen, dieser nicht in seinem Wesen verändert und der Betroffene nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird (vgl. zum Ganzen BVerwG, B.v. 20.6.2013 – 8 C 46.12 – BVerwGE 147, 81 Rn. 32 m.w.N.; B.v. 9.6.2015 – 6 B 60.14 – juris Rn. 21). Der Verwaltungsakt wird aber in seinem Wesen verändert, wenn das Ermessen (nach einem Ermessensausfall) erstmals ausgeübt würde (vgl. dazu auch die Nachweise bei Rennert in Eyermann, a.a.O., § 114 Rn. 90 f.). Selbst wenn hier (nur) von einem Ermessensdefizit auszugehen wäre, käme angesichts der Schwere ein Nachschieben von Gründen mangels Begründung der Anordnung und mangels Hinweisen auf die Ermessensausübung und die wesentlichen Ermessenserwägungen nicht in Betracht.

1.3.3 Die Ergänzung von Ermessenserwägungen ist im Übrigen von der Heilung der formellen Mängel zu trennen. Dies scheint der Vertreter der Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren zu verkennen (vgl. dazu Lindner/Jahr, JuS 2013, 673).

Die Ausführungen in der Beschwerdebeurteilung zum Verhältnis von § 45 VwVfG und § 114 Satz 2 VwGO, wonach »die gesetzliche Vorschrift des § 45 Rn. 2 [wohl Abs. 2] VwVfG in ihrem überschneidenden Anwendungsbereich der VwGO vorgeht«, »sodass die Bedeutung des § 114 Satz 2 VwGO nur noch in den Fällen relevant wird, in denen die Landesverwaltungsverfahrensgesetze der einzelnen Bundesländer eine mit § 114 Satz 2 VwGO übereinstimmende (oder sogar eingeschränktere) Heilungsmöglichkeit vorsehen«, sind nur schwer nachvollziehbar ...

Dahinstehen kann, ob die Antragsgegnerin die fehlende Begründung des Be-

scheids im erstinstanzlichen Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 VwVfG wirksam nachgeholt hat. Selbst wenn dies der Fall wäre, wäre damit lediglich der formelle Fehler geheilt, nicht dagegen der materiellrechtliche Ermessensfehler (grundlegend dazu Lindner/Jahr, JuS 2013, 673 m.w.N.).

2. Auf Fragen des materiellen Sicherheitsrechts, etwa ob vom streitgegenständlichen Schiff Gefahren ausgegangen sind, die eine entsprechende Anordnung gerechtfertigt haben, kommt es im Beschwerdeverfahren – angesichts der dargelegten materiellen Mängel der Anordnung (vgl. oben 1.) – nicht an.

3. Ebenso wenig spielen Fragen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 4 VwGO eine Rolle. Sollte die Antragsgegnerin der Auffassung sein, dass die aufschiebende Wirkung gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwGO entfalle, überzeugt dies nicht. Zum einen muss nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut die Anordnung oder die Maßnahmen von einem Polizeivollzugsbeamten getroffen werden. Es wurde bisher nicht vorgebracht, dass es sich bei den jeweiligen Mitarbeitern um Vollzugsbeamte im institutionellen Sinn nach den Bestimmungen des Bundesrechts (vgl. dazu VGH BW, B.v. 27.9.2011 – 1 5 2554/11 – juris Rn. 8; Hoppe in Eyermann, a.a.O. § 80 Rn. 34; Funke-Kaiser in Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 80 Rn. 35) gehandelt hat. Nicht ausreichend ist dagegen, dass die handelnde Behörde eine Gefahrenabwehrbehörde ist, weil diese ihre Verwaltungsakte nur gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklären kann (VGH BW, B.v. 27.9.2011 – 1 5 2554/11 – a.a.O.; Hoppe, a.a.O.). Zum anderen ist ausdrücklich Voraussetzung, dass es sich um unaufschiebbare Anordnungen und Maßnahmen handelt (vgl. BayVGH, B.v. 11.8.2010 – 10 CS 10.1346 – BayVBl 2011, 702 = juris Rn. 14 m.w.N.). Woraus sich dies hier ergeben soll, ist nicht ersichtlich. Erforderlich wäre, dass die Zeit nicht ausgereicht hat, um eine Anordnung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO zu treffen, was nicht der Fall war (vgl. oben 1.2.2) ...

Die mögliche Nachholung der Anordnung gemäß § 80 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 i.V.m. Abs. 3 VwGO spielt demgegenüber keine Rolle mehr. Eine Erörterung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen in einem gerichtlichen Verfahren die sofortige Vollziehung gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO angeordnet werden kann und ob dies zu einer Heilung führt, erübrigt sich ...

Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, Az.: 8 CS 18.2364 (Verwaltungsgericht Regensburg, Az.: 8 O 8 S.18.1521) rechtskräftig (das Hauptsacheverfahren ist noch anhängig)
Beschluss

I. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.
III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 10.000 Euro festgesetzt.
Gründe:

1.
Die Antragstellerin wendet sich als Ausrüsterin und Schiffseignerin (§ 2 Abs. 1 Binnenschiffahrtsgesetz) gegen eine Anordnung des Wasserstraßen- und Schifffahrtsamts (WSA) Regensburg, ihr Gütermotorschiff (GMS) »Chateau Chalon« betreffend.
Am 4. September 2018 wurde auf dem Gebiet der Stadt Regensburg im Bereich der Oberpfalzbrücke und der Schleuse Regensburg eine Gewässerverunreinigung der Donau in Form eines auf dem Wasser schwimmenden Ölfilms festgestellt. Als möglicher Verursacher wurde das GMS »Chateau Chalon« der Antragstellerin ermittelt. Die eingesetzten Wasserschutzpolizeikräfte sprachen für das Schiff vor Ort gegenüber dem Schiffsführer mündlich ein Weiterfahrverbot aus, das noch am gleichen Tag durch das WSA Regensburg schriftlich bestätigt wurde (Az.: 3-213.3/31).

Der Bevollmächtigte der Antragstellerin wandte sich daraufhin am 6. September 2018 mit mehreren E-Mails an das WSA Regensburg mit der Aufforderung, das Fahrverbot umgehend aufzuheben. Mit weiterer E-Mail vom selben Tag an die Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt Würzburg wiederholte er die Forderung und wies auf die Beachtung des Verwaltungsverfahrensgesetzes hin. Zudem erklärte er, dass es nach seiner Auffassung keine Rechtsgrundlage für das Verbot gebe und dass offensichtlich keinerlei Ermessensausübung stattgefunden habe.

Der Sachverständige für Binnenschiffahrt Dr.-Ing. U führte in seiner Stellungnahme vom 6. September 2018 aus, dass er das GMS »Chateau Chalon« am 5. September 2018 im Auftrag des WSA Regensburg untersucht habe. Die Ursache für die Gewässerverunreinigung habe er dabei nicht feststellen können. Bei einem Startversuch der Hauptmaschine und beim anschließenden Maschinenlauf hätten sich keine weiteren Verunreinigungen ergeben. Allerdings seien kurz nach dem Einkuppeln zwei etwa 1 m² große Ölflecken von unterhalb des Schiffs durch das Schraubenwasser an die Oberfläche gelangt. Daraufhin sei die Maschine abgestellt worden. In der Achterpiek

habe überwiegend mit Fett verunreinigtes Wasser gestanden. Er gehe aufgrund der Konsistenz der Fettreste und der Höhe des Wasserstands aber dennoch nicht davon aus, dass Reste aus dieser zur Verunreinigung beim Start der Maschine geführt haben könnten, selbst wenn die Abdichtungen der Ruderschäfte nicht in Ordnung gewesen seien. Mit Telefax vom 10. September 2018, um 8.51 Uhr versendet, erklärte die Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt Würzburg gegenüber dem Bevollmächtigten der Antragstellerin, dass das Weiterfahrverbot aufrechterhalten werde. Die Antragstellerin müsse zuerst nachweisen, dass von dem Schiff keine Gefahr einer Gewässerverunreinigung ausgehe. Der Bevollmächtigte legte daraufhin mit E-Mail vom gleichen Tag (um 10.09 Uhr versendet) »nochmals« Widerspruch gegen das angeordnete Fahrverbot ein.

Am 11. September 2018 wurde das GMS »Chateau Chalon« durch einen Taucher einer Spezialfirma abgetaucht und auf mögliche Schäden unter Wasser untersucht. Der Sachverständige Dr.-Ing. U erklärte in seiner Stellungnahme vom selben Tag, die am 12. September 2018 an das WSA Regensburg übersendet wurde, dass die Untersuchung nach Auskunft des Tauchers keine Auffälligkeiten ergeben habe. Der Sachverständige führt jedoch aus, dass der mittlere Ruderschaft des Fahrzeugs deutlich Spiel gehabt habe und dass beim Einbringen eines Hebels zwischen Ruderwelle und Ruderdurchführung geringe Mengen von eindringendem Wasser hätten festgestellt werden können. Die dort vorhandene Dichtung sei eingelaufen gewesen, so dass angesichts des Lagerspiels Wasser ins Schiff habe eindringen können. Während der Fahrt könne aufgrund der Anordnung dieses Ruders im Schraubenwasser eine Sogwirkung entstehen, durch die ein Wasser-, Öl- und Fettgemisch aus der Achterpiek nach außenbords gezogen werde. Die Dichtung sei nach Absprache durch die Taucherfirma behelfsmäßig erneuert worden. Ein Startversuch mit eingekoppelter Welle habe keine neuen Verunreinigungen ergeben. Daher empfahl der Sachverständige die Freigabe des Fahrzeugs mit Auflagen. Die Achterpiek sei leer von Flüssigkeiten zu halten, neu auftretender Wassereintritt, der zur Überflutung des Bodengitters führe, sei im Altöltank des Schiffs aufzunehmen oder an Bilgenentöler abzugeben. Die Lagerungen der Ruderschäfte seien zu überprüfen und das Wellenspiel korrekt einzustellen, gegebenenfalls seien die Lager zu erneuern. Anschließend seien die Dichtungen zu erneuern. Die Arbeiten seien innerhalb von vier Wochen abzuschließen. Die fachgerechte Erledigung sei durch die Bescheinigung einer Fach-

firma oder eines anerkannten Sachverständigen für Schiffsbau zu bestätigen. Aus dem Untersuchungsbericht des Bayerischen Landesamts für Umwelt vom 11. September 2018 geht hervor, dass die von der Verunreinigung gezogenen Wasserproben mit Referenzproben, die aus dem Schiffsinneren entnommen worden seien, sehr gut übereinstimmten. Es sei davon auszugehen, dass die Verunreinigung des Gewässers mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit durch das im Verdacht stehende Frachtschiff verursacht worden sei.

Das WSA Regensburg ordnete mit E-Mail vom 11. September 2018, die an den Bevollmächtigten der Antragstellerin – ohne weitere Bezeichnung des Adressaten – am selben Tag versendet wurde, folgendes an:
»Aufhebung des Weiterfahrverbotes für das Gütermotorschiff »Chateau Chalon« Aufgrund heute erfolgter provisorischer Reparatur wird das Weiterfahrverbot für das Gütermotorschiff »Chateau Chalon«, ENI 04603280 vom 04.09.2018 mit sofortiger Wirkung zu nachfolgenden Bedingungen aufgehoben:

Die Ruderschäfte sind innerhalb von vier Wochen fachgerecht instand zu setzen.

Während des Zeitraumes bis zum Instandsetzungsbeginn ist die Achterpiek trocken zu halten und regelmäßig zu kontrollieren.

Über die fachgerechte Instandsetzung ist dem Wasserstraßen- und Schifffahrtsamt Regensburg die Bescheinigung einer Fachfirma oder eines anerkannten Sachverständigen vorzulegen.«
Es folgt eine (einfache) Signatur der Mitarbeiterin des WSA Regensburg. Eine Rechtsbehelfsbelehrung war nicht beigefügt.

Der Bevollmächtigte der Antragstellerin erhob mit Telefax vom 13. September 2018 Widerspruch »gegen diese Auflagen« zur Instandsetzung der Ruderschäfte, zur Trockenhaltung der Achterpiek sowie zur Vorlage einer Bescheinigung über eine fachgerechte Instandsetzung und gab als sein Aktenzeichen 49/18R15 an. Die Ruderschäfte befänden sich in einem Zustand, der die Fahrtüchtigkeit in keiner Weise beeinträchtige. Sie könnten schon rein technisch nicht die Ursache der Gewässerverunreinigung sein. Zudem beantragte er, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs herzustellen.
Die Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt Würzburg wies die Widersprüche vom 6. September 2018, vom 10. September 2018 und vom 13. September 2018 (unter Bezugnahme auf das Aktenzeichen des Bevollmächtigten 49/18R15) mit Widerspruchsbescheid zurück, der am 21. September 2018 zugestellt wurde. Der

in der Behördenakte in Kopie enthaltene Widerspruchsbescheid mit dem Datum 19. September 2018 wurde laut Vermerk mit Datum vom 20. September 2018 an den Bevollmächtigten zugestellt. Der im Klageverfahren RO 8 K 18.1737 vorgelegte Widerspruchsbescheid trägt das handschriftlich geänderte Datum 20. September 2018. In den Gründen wurde der Sachverhalt nochmals ausführlich geschildert. Zur Begründung wurde jedoch nur ausgeführt, dass der zulässige Widerspruch unbegründet sei. Soweit die Widerspruchsführerin zu Form- und Rechtsfehlerhaftigkeit sowie angeblicher Nichtigkeit der Entscheidungen der Wasserstraßen- und Schifffahrtsverwaltung (WSV) vortragen lasse, bleibe ihr dies unbenommen. An der Beurteilung der Sachlage durch die WSV ändere dies nichts. Die Anträge »aus den Schriftsätzen vom 06.09.2018, 10.09.2018 und 13.09.2018 – Az. 49/18R15 –« seien »aus allen genannten Gründen als unbegründet zu erachten«. In der Rechtsbehelfsbeziehung wird ausgeführt, »gegen den Bescheid des Wasserstraßen und Schifffahrtsamtes Regensburg vom 04.09.2018 – Az.: 3-213.3/31 – und die Anordnung der sofortigen Vollziehung« könne »innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Widerspruchsbescheides Klage erhoben werden«.

Die Antragstellerin beantragte daraufhin beim Verwaltungsgericht Regensburg, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wiederherzustellen. Im erstinstanzlichen Verfahren erklärte die Antragsgegnerin u.a. im Schriftsatz vom 8. Oktober 2018, dass sie die sofortige Vollziehung »zur Klarstellung ausdrücklich nochmals« anordne. Sie verwies dabei auf die nur provisorische Abdichtung der Ruderschäfte. Es bestehe die Gefahr eines erneuten Ölaustritts. Die Beseitigung dieses Zustands stehe im öffentlichen Interesse an der Vermeidung von drohenden schädlichen Umwelteinwirkungen. Hinzu komme, dass der Austritt von Öl zu Einsätzen von Feuerwehr und Wasserstraßenverwaltung führe und dass in dieser Zeit der Schiffsverkehr regelmäßig eingeschränkt oder sogar blockiert sein könne. Daher spreche auch das Allgemeininteresse an der Sicherheit und Leichtigkeit der Schifffahrt für den Sofortvollzug. Schließlich stellten brennbare Substanzen auf Wasserstraßen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar. Die Antragsgegnerin führte zudem in diesem Schriftsatz aus, dass sich der Ausgangsbescheid vom 4. September 2018 allein gegen den seinerzeitigen Schiffsführer gerichtet habe. Weiter heißt es dort: »im Rahmen der Verfügung vom 11.9.2018 wurde darüber hinaus ein neues, nunmehr aufschiebend bedingtes Weiterfahrverbot ausgesprochen«, welches sich »allein« gegen die Antragstel-

lerin gerichtet habe. Dementsprechend sei auch der Widerspruchsbescheid vom 19. September 2018 (auch seinem Wortlaut nach) lediglich gegen diese ergangen (richtig: Widerspruchsbescheid vom 20. September 2018). Die noch »im Rahmen des Widerspruches vom 19.9.2018« sowie der Antragsrweiterung im gegenständlichen Verfahren (vgl. Schriftsatz vom 25.9.2018) »irrtümlicher Weise gewählte Formulierung, wonach der Bescheid vom 11.9.2018 derart zu verstehen sei, dass das ursprünglich unbedingte Weiterfahrverbot (vom 4.9.2018) »unter Erteilung von Bedingungen und Auflagen mit einer verbindlichen Zusicherung der späteren endgültigen Aufhebung bei Einhaltung der festgesetzten Bedingungen und Auflagen mit sofortiger Wirkung vorläufig zurückgenommen werde, wird hiermit klarstellungshalber zurückgenommen«. Das am 11. September 2018 »aufschiebend bedingt ausgesprochene neue Weiterfahrverbot« sei von allen Beteiligten »als nur gegen die Ausrüsterin« (gemeint: die Antragstellerin) verstanden worden.

Das Verwaltungsgericht Regensburg stellte mit Beschluss vom 23. Oktober 2018 die aufschiebende Wirkung einer (zu diesem Zeitpunkt noch zu erhebenden) Klage gegen den Bescheid des Wasser- und Schifffahrtsamtes Regensburg (richtig: Wasserstraßen- und Schifffahrtsamtes) vom 11. September 2018, in der Gestalt des Widerspruchsbescheids der Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt Würzburg vom 20. September 2018, wieder her. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt: Der Antrag sei zulässig. Eine in der Hauptsache zu erhebenden Anfechtungsklage sei nicht verfristet, weil die Antragstellerin nicht ordnungsgemäß nach § 58 Abs. 1 VwGO belehrt worden sei. Vor allem sei auf den falschen Bescheid, nämlich auf die Verfügung vom 4. September 2018, Bezug genommen worden und nicht auf den hier streitgegenständlichen Bescheid vom 11. September 2018. Der Antrag habe auch in der Sache Erfolg. Die aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage entfalle weder nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwGO (mangels Anordnung durch einen Polizeivollzugsbeamten) noch nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO (mangels hinreichender Begründung). Im Übrigen ergebe die vom Gericht vorzunehmende Interessenabwägung, dass das private Interesse der Antragstellerin an der aufschiebenden Wirkung ihres Rechtsbehelfs das öffentliche Interesse am Sofortvollzug überwiege. Nach summarischer Prüfung spreche alles dafür, dass eine Klage gegen den Bescheid vom 11. September 2018 Erfolg haben werde. Der Bescheid sei schon formell rechtswidrig und verletze die Antragstellerin in

eigenen Rechten. Die streitgegenständliche Anordnung sei nicht ordnungsgemäß begründet worden. Darüber hinaus liege auch die materielle Rechtswidrigkeit wegen fehlender Ermessenserwägungen vor. Weder die Verfügung noch der Widerspruchsbescheid ließen die zugrundeliegende Befugnisnorm erkennen. Bei den von der Antragsgegnerin im Gerichtsverfahren bezeichneten Rechtsgrundlagen handle es sich um Ermessensregelungen. Der streitgegenständlichen Verfügung könnten jedoch keinerlei Ermessenserwägungen entnommen werden, weil diese überhaupt keine Begründung enthalte. Auch im Widerspruchsbescheid sei darauf nicht eingegangen worden. Der dortigen Sachverhaltsschilderung sei lediglich zu entnehmen, dass die Ursachenforschung bezüglich der Gewässerreinigung keinen anderen Schluss als denjenigen zulasse, dass nur das GMS »Chateau Chalon« als Verursacher der Gewässerreinigung in Betracht zu ziehen sei. Nach provisorischer Behebung des Schadens am Schiff sei das Weiterfahrverbot unter Erteilung von Bedingungen und Auflagen vorläufig zurückgenommen worden. Zu einer Ermessensausübung fänden sich jedoch keinerlei Ausführungen. Eine Ergänzung der Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sei nicht möglich, weil ein Fall des Ermessensausfalls vorliege.

Die Antragstellerin hat am 23. Oktober 2018 gegen den streitgegenständlichen Bescheid vom 11. September 2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20. September 2018 Anfechtungsklage erhoben.

Mit ihrer Beschwerde wendet sich die Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Regensburg vom 23. Oktober 2018. Sie beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Verwaltungsgerichts Regensburg vom 23. Oktober 2018 aufzuheben und den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage gegen den gegenüber der Antragstellerin am 11. September 2018 erlassenen Verwaltungsakt in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20. September 2018 abzulehnen.

Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, dass weiterhin die Gefahr bestehe, dass aus dem GMS »Chateau Chalon« Öl austrete. Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO sei nicht erforderlich gewesen, weil ein Fall des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwGO vorliege. Weiterhin beruft sie sich sinngemäß darauf, dass die Begründungsmängel aufgrund der in erster Instanz abgegebenen Erklärungen geheilt seien. Die Anordnung sei auch nicht ermessensfehlerhaft. Die handelnde Behörde habe ihr Auswahlermessen

erkannt. Hinsichtlich der Entscheidung, überhaupt tätig zu werden, liege eine Ermessensreduzierung auf Null vor. Im Übrigen seien den Vertretern der Antragstellerin aufgrund mehrerer Besprechungen die wesentlichen Erwägungen der handelnden Behörde bekannt gewesen. Es habe sich um einen Verwaltungsakt gehandelt, der unter Zeitdruck und auf Drängen der Antragstellerseite ergangen sei, »in einer schnellen Kurzform als konditionierter Forderungskatalog«. Die Antragsgegnerin könne nicht erkennen, inwiefern das WSA Regensburg ermessensfehlerhaft gehandelt habe. Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der bei- gezogenen Behördenakten sowie der Gerichtsakten verwiesen.

II.

1. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Die von der Antragsgegnerin mit der Beschwerde vorgebrachten Gründe, auf deren Prüfung das Gericht nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen keine Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts, wonach die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage wiederherzustellen war, weil die Klage gegen den Bescheid vom 11. September 2018 nach summarischer Prüfung voraussichtlich Erfolg haben wird, erweist sich auch in Ansehung der von der Antragsgegnerin innerhalb der Frist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO dargelegten Gründe als zutreffend.

Das Verwaltungsgericht hat nicht lediglich eine Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit aufgehoben, sondern die aufschiebende Wirkung der (mittlerweile erhobenen) Anfechtungsklage wiederhergestellt (s. dazu BayVGh, B.v. 4.1.2006 – 11 CS 05.1878 – juris Rn. 19 ff.; Külpmann, in Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren, 7. Aufl. 2017, Rn. 1031 ff. m.w.N.). Es hat die in den Fällen des § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO erforderliche eigene gerichtliche Abwägung des Suspensivinteresses der Antragstellerin mit dem Vollzugsinteresse der Antragsgegnerin (vgl. Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 80 Rn. 85 f. m.w.N.) zutreffend daran orientiert, dass die in der Hauptsache erhobene Klage nach summarischer Prüfung zulässig ist (wogegen die Antragsgegnerin keine Einwände erhebt) und dass auch alles dafür spricht, dass diese in der Sache Erfolg haben wird (vgl. BVerwG, B.v. 6.7.1994 – 1 VR 10.93 – NVwZ 1995, 587 = juris Rn. 4; BayVGh, B.v. 4.1.2006 – 11 CS 05.1878 – a.a.O.; Puttler in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 158 m.w.N.). Nach den überzeugenden Ausführungen im

angefochtenen Beschluss ist der streitgegenständliche Bescheid wegen fehlender Ermessenserwägungen rechtswidrig und verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten (dazu unten 1.2). Diese materiellen Fehler wurden nicht geheilt und können auch nicht mehr geheilt werden (dazu unten 1.3), weil in einem gerichtlichen Verfahren lediglich eine Ergänzung von Ermessenserwägungen in Betracht kommt, wie vom Verwaltungsgericht ebenfalls zutreffend dargelegt wurde. Die dagegen erhobenen Einwendungen der Antragsgegnerin überzeugen nicht. Sie trägt mit ihrer Beschwerde nichts vor, was eine andere Bewertung begründen könnte.

1.1 Rechtsgrundlage der streitgegenständlichen Anordnung sind nach eigenem Bekunden der Antragsgegnerin, die dazu allerdings erst im gerichtlichen Verfahren Ausführungen gemacht hat, besondere sicherheitsrechtliche Generalklauseln (§§ 24, 28 Abs. 1 WaStrG, § 1 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 2 BinSchAufgG i.V.m. der Donauschiffahrtspolizeiverordnung, vgl. Akte des Verwaltungsgerichts S. 54) und damit generalklauselartige Befugnisnormen, die der handelnden Behörde einen weiten Ermessensspielraum einräumen. Ebenso stehen die getroffenen Nebenbestimmungen gemäß § 36 VwVfG im behördlichen Ermessen. Sollte schließlich in der Anordnung auch eine Rücknahme (§ 48 VwVfG) oder ein Widerruf (§ 49 VwVfG) in Bezug auf ein zuvor verhängtes Weiterfahrverbot enthalten sein, was aus dem bisherigen Vortrag des Vertreters der Antragsgegnerin nicht klar hervorgeht, handelt es sich insofern ebenfalls um eine Ermessensentscheidung. Sowohl nach § 48 VwVfG als auch nach § 49 VwVfG hat die Behörde Ermessen auszuüben.

1.2 Das Verwaltungsgericht ist – entgegen der Ansicht des Bevollmächtigten der Antragsgegnerin – zutreffend davon ausgegangen, dass der streitgegenständliche Verwaltungsakt ermessensfehlerhaft erlassen wurde.

1.2.1 Nach § 40 VwVfG hat eine Behörde das ihr durch Gesetz eingeräumte Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Die gerichtliche Prüfung ist auf die Rechtmäßigkeitskontrolle der Ausübung beschränkt (§ 114 Satz 1 VwGO, vgl. dazu BVerwG, U.v. 13.11.1979 – 1 C 16.75 – NJW 1980, 2034 = juris Rn. 13). Ein danach beachtlicher Ermessensfehler liegt vor, wenn die Behörde das ihr eingeräumte Ermessen nicht (erkennbar) betätigt (Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 40 Rn. 77 m.w.N.; vgl. auch BVerwG, U.v. 23.9.1992-6 C 2.91 – BVerwGE 91, 24/42 = juris Rn. 55). Dies beurteilt sich regelmäßig nach den konkreten Erwägungen im Entscheidungs-

zeitpunkt (vgl. BayVGh, U.v. 6.2.2014 – 2 B 13.2570 – BayVBI 2015, 274 = juris Rn. 23 f.). Der nach Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich garantierte gerichtliche Rechtsschutz setzt nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung voraus, dass die Behörde offenbart, von welchen Gesichtspunkten sie sich bei der Ausübung des Ermessens hat leiten lassen. Diesem Zweck dient auch die (von der materiellrechtlich zu beurteilenden Ermessensfehlerhaftigkeit zu trennende formelle) Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten gemäß § 39 VwVfG (vgl. BVerwG U.v. 24.9.1996 – 1 C 9.94 – BVerwGE 102, 63/70 m.w.N.; U.v. 5.9.2006 – 1 C 20.05 – NVwZ 2007, 470/471 = juris Rn. 18). Die bei der Ermessensausübung angestellten Erwägungen müssen grundsätzlich aus der Entscheidung erkennbar werden (vgl. BFH, U.v. 11.3.2004 – VII 52/02 – BFHE 205, 14 = juris Rn. 16). Ist dagegen nicht ersichtlich, welche Gesichtspunkte für die Ermessensentscheidung maßgeblich gewesen sind, liegt ein Ermessensausfall vor (BayVGh, B.v. 26.2.2009 – 4 CS 08.3123 – juris Rn. 9; B.v. 9.11.2009-4B09.594 – juris Rn. 19 ff.; B.v. 14.12.2011 – 4BV 11.895 – juris Rn. 35; vgl. auch BVerwG, U.v. 1.9.2016 – 4 C 4.15 – BVerwGE 156, 94 Rn. 27). Die hier getroffene sicherheitsrechtliche Verfügung hätte danach erkennen lassen müssen, auf welcher Grundlage die Behörde ihre Ermessensentscheidung getroffen hat, dass alle wesentlichen Gesichtspunkte in ihre Entscheidung eingeflossen sind und dass die öffentlichen sowie die privaten Interessen zutreffend erkannt und gewichtet wurden. Dies gilt vor allem für die Betätigung des durch die oben genannten Befugnisnormen eröffneten Auswahlermessens hinsichtlich des Adressaten (vgl. dazu etwa § 25 WaStrG) sowie der Maßnahme (vgl. BayVGh, B.v. 18.1.2010 – 10 C 09.2750 – juris Rn. 10) einschließlich der Nebenbestimmungen. Bei fehlenden Angaben zur Rechtsgrundlage und vollständig fehlenden Ermessenserwägungen ist das Verwaltungsgericht nicht in der Lage zu prüfen, ob bei der Ermessensausübung die rechtlichen Voraussetzungen beachtet wurden.

Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe hat das Verwaltungsgericht zu Recht einen Ermessensausfall bzw. einen schwerwiegenden Ermessensfehler angenommen. 1.2.2 Der streitgegenständliche Bescheid besteht lediglich aus einem Tenor. Der elektronische Verwaltungsakt weist – entgegen § 39 Abs. 1 und 2 VwVfG – keine Begründung auf und es sind auch keine Hinweise auf eine Ermessensentscheidung erkennbar. Es fehlt an Erwägungen zur Rechtsgrundlage, dazu, dass das Ermessen erkannt wurde sowie zu Art und Umfang der Ermessensausübung und damit an einer nachvollziehbaren Ermessensbetätigung. Weder wird das Wort

»Ermessen« verwendet, noch finden sich Ausführungen zu den öffentlichen Interessen am Erlass der Anordnung und zu den gegenläufigen Interessen des Adressaten (vgl. BayVGh, U.v. 6.2.2014 – 2 B 13.2570 – BayVBI 2015, 274 = juris Rn. 23 f.). Dies ist umso unverständlicher, als der Bevollmächtigte der Antragstellerin bereits in seiner E-Mail vom 6. September 2018 ausdrücklich auf die erforderliche Ermessensausübung sowie auf die Geltung des VwVfG hingewiesen hatte. Worin die Antragsgegnerin eine »immanente« Begründung sehen will, wie sie im Beschwerdeverfahren ausführte, erschließt sich dem Senat nicht. Vielmehr ist das Verwaltungsgericht zu Recht von einem Ermessensausfall, in jedem Fall aber von einem schwerwiegenden Ermessensdefizit ausgegangen. Dass die gewählte Verfahrensweise mit der besonderen Eilbedürftigkeit zusammenhängen mag, wie der Vertreter der Antragsgegnerin vorträgt, spielt keine Rolle. Trotz der Eilebedürftigkeit bei Erlass sind aus Sicht des Senats keine Gründe dafür ersichtlich, dass es hier nicht möglich gewesen sein sollte, zumindest eine knappe Begründung zu geben. Warum nicht einmal die Rechtsgrundlage und die wesentlichen Erwägungen mitgeteilt wurden, denen sich die handelnde Behörde laut Beschwerdevorbringen bei Bescheiderlass bewusst war, erschließt sich nicht.

1.2.3 Zwar kann sich bei fehlender Begründung einer Ermessensentscheidung die Ermessensausübung ausnahmsweise auch aus sonstigen Umständen ergeben, der Nachweis durch die Behörde muss allerdings zweifelsfrei geführt werden können (Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG a.a.O., § 40 Rn. 80 m.w.N.). Die Antragsgegnerin beruft sich zwar auf einen solchen Ausnahmefall, sie hat dazu in ihrer Beschwerdeschrift aber nichts Substantielles vorgetragen (dazu unten 1.2.3.1). Es finden sich auch keine sonstigen Hinweise, etwa in den Behördenakten, die einen Nachweis für die rechtsfehlerfreie Ermessensausübung in objektiver Weise liefern könnten (dazu unten 1.2.3.2). Dies gilt umso mehr, als nicht einmal aus dem Vortrag des Bevollmächtigten der Antragsgegnerin im erstinstanzlichen Verfahren hinreichend hervorgeht, dass diese Voraussetzungen gegeben sind (dazu unten 1.2.3.3).

1.2.3.1 Trotz umfangreicher schriftsätzlicher Äußerungen hat der Bevollmächtigte der Antragsgegnerin zur Frage des Vorliegens eines Ausnahmefalls im Beschwerdeverfahren nicht substantiiert vorgetragen. Bereits aus diesem Grund hat die Beschwerde keinen Erfolg. Es wird aus dem Beschwerdevorbringen nicht ersichtlich, aus welchen konkreten Anhaltspunkten, etwa aus bestimmten Aktenstücken, auf eine hinreichende Ermessensausübung geschlossen wer-

den soll. Die in der Beschwerdebegründung beispielhaft aufgeführte Korrespondenz datiert vor den maßgeblichen Untersuchungen am 11. September 2018, die neue Erkenntnisse gebracht und damit zu einer neuen Sachverhaltseinschätzung geführt haben. Vermerke der WSV über Besprechungen mit den Beteiligten finden sich nicht. So sind vor allem die Inhalte der Gespräche am 11. September 2018, die der Bevollmächtigte der Antragsgegnerin erwähnt, bei summarischer Prüfung nicht aus den Akten ersichtlich.

1.2.3.2 Im Übrigen ergeben sich auch aus den Behördenakten, die in weiten Teilen nicht chronologisch, sondern offensichtlich nach anderen Kriterien geführt worden sind, keine ausreichenden Anhaltspunkte. Bei der Frage, welche Anforderungen im Einzelfall an den Nachweis der Ermessensausübung aufgrund sonstiger Umstände zu stellen sind, ist vor allem zu berücksichtigen, dass diese vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG das Gericht in die Lage versetzen müssen, die Ordnungsgemäßheit der Ermessensbetätigung zu überprüfen (vgl. oben 1.2.1). Daran fehlt es. Dass Behördenmitarbeiter Erwägungen vor Bescheiderlass angestellt haben mögen, reicht mangels Nachvollziehbarkeit und Nachweisbarkeit nicht aus.

1.2.3.3 Hinzu kommt, dass in Bezug auf die Tenorierung des Bescheids erhebliche Unklarheiten darüber bestehen, ob es sich (auch) um eine Teilrücknahme oder einen Teilwiderruf eines Verbots gegenüber der Antragstellerin handelt oder ob (lediglich) eine erstmals an die Antragstellerin gerichtete sicherheitsrechtliche Anordnung vorliegt. Für ersteres sprechen der eindeutige Wortlaut, wonach das Weiterfahrverbot »zu nachfolgenden Bedingungen aufgehoben« wird sowie die Überschrift und die Betreffzeile »Aufhebung des Weiterfahrverbotes...«. Der Bevollmächtigte der Antragsgegnerin hat dementsprechend im erstinstanzlichen Verfahren im Schriftsatz vom 25. September 2018 ausgeführt, das Weiterfahrverbot sei unter Erteilung von Bedingungen und Auflagen vorläufig zurückgenommen worden. Im Schreiben vom 8. Oktober 2018 wird davon gesprochen, es sei »das am 04.09.2018 ausgesprochene absolute Weiterfahrverbot im Rahmen eines Abänderungsbescheides am 11.09.2018 durch das WSA Regensburg [dahingehend] abgeändert« worden. Auf Seiten der Antragsgegnerin selbst scheint über den genauen Regelungsgehalt sowie über die oder den Adressaten der Anordnung erhebliche Unklarheit zu herrschen. Im gleichen Schriftsatz hat deren Bevollmächtigter nämlich vorgebracht, dass das ursprüngliche Fahrverbot vom 4. September 2018 ausschließlich gegen den Schiffsführer gerichtet

gewesen sei und dass dieses mit Bescheid vom 11. September 2018 »zumindest konkludent (schlüssig)« aufgehoben worden. Bei dem streitgegenständlichen Verwaltungsakt habe es sich darüber hinaus um »ein neues, nunmehr aufschiebend bedingtes Weiterfahrverbot« gegenüber der Antragstellerin gehandelt. Weiter wird in diesem Schriftsatz ausgeführt, bestimmte »irrtümlicherweise gewählte« Formulierungen im Widerspruchsbescheid und in der Antragsrüge (das unbedingte Weiterfahrverbot vom 4.9.2018 sei unter Erteilung von Bedingungen und Auflagen vorläufig zurückgenommen worden) würden »hiermit klarstellungshalber zurückgenommen«. Die in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen bedürfen im Rahmen der summarischen Prüfung keiner abschließenden Klärung (vgl. zu den Bestimmtheitsanforderungen in Bezug auf den Adressaten OVG Saarl, U.v. 20.2.2017 – 2 A 34/16 – juris Rn. 25). Sie führen aber die Unklarheiten auf Behördenseite in Bezug auf Regelungsgegenstand und Adressaten der streitgegenständlichen Verfügung deutlich vor Augen, die selbst noch im erstinstanzlichen Verfahren vorhanden waren und weisen dadurch zusätzlich auf schwerwiegende Defizite bei der konkreten Ermessensausübung hin. Wenn sich die zuständigen Behörden nicht einmal zu diesem Zeitpunkt darüber im Klaren sind, was sie gegenüber welchem Adressaten angeordnet haben, spricht das für erhebliche Mängel bei der Ermessensbetätigung.

Klarstellend sei noch darauf hingewiesen, dass es weder um »strenge formalistische Anforderungen an einen diesbezüglichen Bescheid« noch um eine »streng formalisierte Vorgehensweise« geht, wie der Vertreter der Antragsgegnerseite zu meinen scheint, sondern um Grundelemente rechtsstaatlichen Handelns, wie eine ordentliche und nachvollziehbare Dokumentation von Handlungsschritten zur Gewährleistung des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG). Gerade in Fällen, in denen sich ein Adressat sicherheitsrechtlicher Maßnahmen gegen Anordnungen wendet, ist es Sache der Behörde, die Entscheidungsgrundlagen – jedenfalls in einem Mindestmaß – offen zu legen (vgl. oben 1.2.1). Dies gilt erst Recht, wenn Behördenvertreter davon ausgehen, dass Fakten von Betroffenen zu Unrecht bestritten werden. Es kann dagegen nicht Aufgabe der Gerichte sein, auf unklarer Grundlage, hier etwa aus verstreuten Einzelhinweisen in der in weiten Teilen nur schwer nachvollziehbar geführten Behördenakte, Rückschlüsse auf mögliche, erst im Nachhinein von der Behörde behauptete Ermessenserwägungen zu ziehen.

1.2.4 Derartige Erwägungen zur Ermessensausübung waren hier auch nicht

ausnahmsweise verzichtbar, worauf der Bevollmächtigte der Antragsgegnerin der Sache nach abzustellen scheint. Es liegt weder ein Fall der Ermessensreduzierung auf Null, noch ein Fall des intendierten Ermessens vor (vgl. dazu BVerwG, U.v. 16.6.1997 – 3 C 22.96 – BVerwGE 105, 55/57 f. = juris Rn. 14; BayVGh, U.v. 20.1.2004 – 8 N 02.3211 – VGh n.F. 57, 27/38 = juris Rn. 51; Nds OVG, U.v. 10.2.2011 – 12 LB 318/08 – DAR 2011, 339 = juris Rn. 23f. m.w.N.), noch fehlt es an der Schutzwürdigkeit des Adressaten aufgrund ausreichender Kenntnis der Sach- und Rechtslage (vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG und BVerwG, U.v. 14.10.1965 – 2 C 3.63 – BVerwGE 22, 215/218 = juris Rn. 31). Es mag zutreffen, dass hinsichtlich der Frage, ob die Behörde (überhaupt) tätig wird, eine Ermessensreduzierung auf Null gegeben war, wie die Antragsgegnerin geltend macht. Bei der Auswahl des Adressaten und der Bestimmung von Art und Umfang der zu treffenden Anordnung sowie der Nebenbestimmungen war jedoch durch die generalklauselartigen Befugnisnormen ein weiter Spielraum eröffnet, weshalb selbst ein intendiertes Ermessen nicht angenommen werden kann. Angesichts der ausdrücklichen Aufforderungen des Bevollmächtigten der Antragstellerin, Maßnahmen zu begründen und zu den Vorgängen Stellung zu nehmen, kann sich die Antragsgegnerin nicht mit Erfolg darauf berufen, dass deren Vertretern der Sachverhalt hinreichend bekannt gewesen sei. Hinzu kommt, dass sich die Erkenntnisse der Behördenmitarbeiter vor Erlass der Anordnung in kurzen Zeiträumen mehrfach verändert haben, so dass nur schwer zu überblicken war, von welchem genauen Sachstand die handelnde Behörde ausging, wie sie die unterschiedlichen Einwendungen der Antragstellerseite wertete und welche Überlegungen sie im Einzelnen ihrer Anordnung letzten Endes zugrunde legte.

1.3 Das Verwaltungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Ermessensfehler nicht geheilt wurden (dazu unten 1.3.1) und auch nicht heilbar sind (dazu unten 1.3.2). Auf die Frage, wie die Heilbarkeit im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO zu berücksichtigen ist (vgl. W.-R. Schenke in Kopp/Schenke, 24. Aufl. 2019, § 80 Rn. 160 m.w.N.), kommt es daher nicht an. Die Einwendungen der Antragsgegnerin überzeugen nicht (dazu unten 1.3.3).

1.3.1 Im streitgegenständlichen Beschluss wurde zutreffend erkannt, dass im Widerspruchsverfahren grundsätzlich eine Heilung von Ermessensfehlern möglich ist (vgl. OVG RP, B.v. 22.6.2017-2 A 10449/16 – juris Rn. 72 ff.; VGh BW, B.v. 17.2.1994 – 14 5 42/94 – juris Rn. 7), dass eine solche hier aber nicht erfolgt ist. Der Widerspruchsbescheid vom 20. Septem-

ber 2018 weist eine umfangreiche Sachverhaltsschilderung auf (Ziffer 1), die Begründung ist jedoch defizitär. Die Ausführungen unter Ziffer II sind völlig inhaltsleer und floskelhaft. Es fehlt (wiederum) an einer Bezeichnung der Rechtsgrundlagen und der Ermessenserwägungen, auf denen der Verwaltungsakt beruht. Ausführungen zur Ermessensausübung sind nicht einmal im Ansatz erkennbar. Daher liegt keine Heilung des Ermessensausfalls bzw. der schwerwiegenden Ermessensdefizite im Widerspruchsverfahren vor.

Zwar behauptet der Bevollmächtigte der Antragsgegnerin eine Heilung durch die im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren übermittelten Schriftsätze vom 25. September und vom 8. Oktober 2018; es fehlt aber an einer Darlegung im Beschwerdeverfahren, aufgrund welcher in den genannten Schreiben enthaltener Ausführungen eine ermessensfehlerfreie Entscheidung vorliegen soll. Erforderlich ist, dass die Behörde beim Nachschieben von Ermessenserwägungen unmissverständlich deutlich macht, dass es sich nicht nur um ein prozessuales Verteidigungsvorbringen handelt, sondern um eine Veränderung des Verwaltungsakts selbst (BVerwG, U.v. 20.6.2013 – 8 C 46.12 – BVerwGE 147, 81 Rn. 35). Dass diese Voraussetzung erfüllt wäre, lässt die Beschwerdebegründung nicht erkennen. Hinzu kommt, dass der erstinstanzliche Vortrag in Bezug auf den Regelungsgehalt und die Adressierung der streitgegenständlichen Anordnung widersprüchlich ist (vgl. oben 1.2.3.3), weshalb er nicht geeignet ist, die Ermessensfehler zu heilen. Ob § 114 Satz 2 VwGO im Eilverfahren auch dann nicht anzuwenden ist, wenn über den Widerspruch bereits entschieden wurde (vgl. für die Nichtanwendbarkeit bei laufendem Widerspruchsverfahren Hess-VGH, B.v. 26.3.2004 – 8 TG 721/04 – DÖV 2004, 625 = juris Rn. 42), kann offen gelassen werden.

Soweit die Antragsgegnerin sich im Beschwerdeverfahren der Sache nach darauf beruft, dass sie bei Erlass des Bescheids im Interesse des Betroffenen an einer schnellen Entscheidung auf eine Begründung verzichtet habe, überzeugt dies bereits aus den oben dargelegten Gründen nicht (vgl. 1.2.2). Noch weniger vermag dieses Vorbringen derartige Defizite bei der Begründung eines Widerspruchsbescheids zu erklären (vgl. zu den Begründungsanforderungen § 73 Abs. 3 Satz 1 VwGO).

1.3.2 Das Verwaltungsgericht ist auch zu Recht davon ausgegangen, dass in einem künftigen gerichtlichen Hauptsacheverfahren die nachträgliche Rechtfertigung eines ohne Ermessensbetätigung erlassenen Verwaltungsakts ausgeschlos-

sen ist (vgl. BVerwG, U.v. 23.10.2007 – 1 C 10.07 – BVerwGE 129, 367 Rn. 30; B.v. 9.6.2015 – 6 B 60.14 – juris Rn. 20f.; Rennert in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 114 Rn. 17 und Rn. 89 ff., m.w.N.), unabhängig davon, ob es sich dabei um eine Frage des § 114 Satz 2 VwGO oder des materiellen Rechts handelt (vgl. dazu BVerwG, U.v. 5.5.1998 – 1 C 17.97 – BVerwGE 106, 351/363 = juris Rn. 35 K; B.v. 20.6.2013 – 8 C 46.12 – BVerwGE 147, 81 Rn. 31 f.; B.v. 9.6.2015 – 6 B 60.14 – a.a.O.; Rennert in Eyermann, a.a.O. § 114 Rn. 89). Nach dem allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht dürfen neue Gründe für einen Verwaltungsakt nur nachgeschoben werden, wenn sie schon bei Erlass des Verwaltungsakts vorlagen, dieser nicht in seinem Wesen verändert und der Betroffene nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird (vgl. zum Ganzen BVerwG, B.v. 20.6.2013 – 8 C 46.12 – BVerwGE 147, 81 Rn. 32 m.w.N.; B.v. 9.6.2015 – 6 B 60.14 – juris Rn. 21). Der Verwaltungsakt wird aber in seinem Wesen verändert, wenn das Ermessen (nach einem Ermessensausfall) erstmals ausgeübt würde (vgl. dazu auch die Nachweise bei Rennert in Eyermann, a.a.O., § 114 Rn. 90 f.). Selbst wenn hier (nur) von einem Ermessensdefizit auszugehen wäre, käme angesichts der Schwere ein Nachschieben von Gründen mangels Begründung der Anordnung und mangels Hinweisen auf die Ermessensausübung und die wesentlichen Ermessenserwägungen nicht in Betracht.

1.3.3 Die Ergänzung von Ermessenserwägungen ist im Übrigen von der Heilung der formellen Mängel zu trennen. Dies scheint der Vertreter der Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren zu verkennen (vgl. dazu Lindner/Jahr, JuS 2013, 673).

Die Ausführungen in der Beschwerdebegründung zum Verhältnis von § 45 VwVfG und § 114 Satz 2 VwGO, wonach »die gesetzliche Vorschrift des § 45 Rn. 2 [wohl Abs. 2] VwVfG in ihrem überschießenden Anwendungsbereich der VwGO vorgeht [Hervorhebungen wie im Original]«, »sodass die Bedeutung des § 114 Satz 2 VwGO nur noch in den Fällen relevant wird, in denen die Landesverwaltungsverfahrensgesetze [Hervorhebungen wie im Original] der einzelnen Bundesländer eine mit § 114 Satz 2 VwGO übereinstimmende (oder sogar eingeschränktere) Heilungsmöglichkeit vorsehen«, sind nur schwer nachvollziehbar. Die von dem Vertreter der Antragsgegnerin zitierte Literaturansicht vermag dessen Auffassung jedenfalls nicht zu stützen. Sie geht vielmehr ebenfalls davon aus, dass im Anwendungsbereich des § 114 Satz 2 VwGO lediglich schriftliche Begründungen ergänzt werden können (W.-R. Schenke in Kopp/Schenke, a.a.O. § 114 Rn. 51); Fälle, in denen es an Er-

messenserwägungen bisher fehlte, das Ermessen also noch gar nicht ausgeübt wurde oder wesentliche Teile der Ermessenserwägungen ausgetauscht oder erst nachträglich nachgeschoben wurden, werden dagegen auch nach dieser Ansicht nicht erfasst (so ausdrücklich W.-R. Schenke in Kopp/Schenke, a.a.O. § 114 Rn. 50).

Dahinstehen kann, ob die Antragsgegnerin die fehlende Begründung des Bescheids im erstinstanzlichen Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 VwVfG wirksam nachgeholt hat. Selbst wenn dies der Fall wäre, wäre damit lediglich der formelle Fehler geheilt, nicht dagegen der materiellrechtliche Ermessensfehler (grundlegend dazu Lindner/Jahr, JuS 2013, 673 m.w.N.).

2. Auf Fragen des materiellen Sicherheitsrechts, etwa ob vom streitgegenständlichen Schiff Gefahren ausgegangen sind, die eine entsprechende Anordnung gerechtfertigt haben, kommt es im Beschwerdeverfahren – angesichts der dargelegten materiellen Mängel der Anordnung (vgl. oben 1.) – nicht an. Gleiches gilt für die Kernfrage, ob angesichts der von der Antragstellerin vorgelegten Auskünfte von Fachleuten (gutachterliche Stellungnahme eines Sachverständigen vom 17.9.2018, und der M D vom 19.10.2018, Anlage AS 27, Akte des Verwaltungsgerichts S. 80) aktuell eine Gefahr besteht und ob diese Auskünfte vom Antragsgegner hinreichend entkräftet wurden. Diese Fragestellungen lassen sich im Rahmen des summarischen Verfahrens auch nicht abschließend klären. Die Antragsgegnerin ist aber darauf hinzuweisen, dass bloße Verweise auf frühere Tätigkeiten von Sachverständigen oder anderen fachkundigen Personen regelmäßig nicht ausreichen dürften, um fachlich fundierte Aussagen zu entkräften. Vielmehr bedarf es dafür in der Regel fachlicher Stellungnahmen durch sachverständige Personen, die sich auf den Kern der streitigen Fragen beschränken sollten, hier etwa auf die Frage, welches Spiel das streitgegenständliche Lager des Mittelruders haben darf und welche Anforderungen an die dort vorhandenen Abdichtungen zu stellen sind. Die Antragstellerin ist ihrerseits darauf aufmerksam zu machen, dass es bei summarischer Prüfung fraglich erscheint, ob und aus welchen Gründen die am 11. September 2018 durchgeführte Ersetzung der defekten Gummidichtung als dauerhaft sichere und fachgerechte Reparatur anzusehen ist, nachdem der Sachverständige Dr.-Ing. U von einer nur behelfsmäßigen Erneuerung der Dichtung des mittleren Ruderschafts ausgegangen ist. Inwiefern dieser Umstand den vorgelegten Stellungnahmen zugrunde lag und welche Bedeutung die Präsentation einer angeblich in Regensburg ausgebauten Gummidich-

tung haben soll, bedürfte ebenfalls einer näheren Prüfung. Im Übrigen hat der von der Antragsgegnerin herangezogene Sachverständige einen nachvollziehbaren und schlüssigen Geschehensablauf in Bezug auf den Ölaustritt dargelegt, der durch Untersuchungsberichte sowie durch Auskünfte anderer Behörden gestützt wird.

3. Ebenso wenig spielen Fragen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 4 VwGO eine Rolle. Sollte die Antragsgegnerin der Auffassung sein, dass die aufschiebende Wirkung gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwGO entfalle, überzeugt dies nicht. Zum einen muss nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut die Anordnung oder die Maßnahmen von einem Polizeivollzugsbeamten getroffen werden. Es wurde bisher nicht vorgetragen, dass es sich bei den jeweiligen Mitarbeitern um Vollzugsbeamte im institutionellen Sinn nach den Bestimmungen des Bundesrechts (vgl. dazu VGH BW, B.v. 27.9.2011 – 1 5 2554/11 – juris Rn. 8; Hoppe in Eyermann, a.a.O. § 80 Rn. 34; Funke-Kaiser in Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 80 Rn. 35) gehandelt hat. Nicht ausreichend ist dagegen, dass die handelnde Behörde eine Gefahrenabwehrbehörde ist, weil diese ihre Verwaltungsakte nur gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklären kann (VGH BW, B.v. 27.9.2011 – 1 5 2554/11 – a.a.O.; Hoppe, a.a.O.). Zum anderen ist ausdrücklich Voraussetzung, dass es sich um unaufschiebbare Anordnungen und Maßnahmen handelt (vgl. BayVGH, B.v. 11.8.2010 – 10 CS 10.1346 – BayVBI 2011, 702 = juris Rn. 14 m.w.N.). Woraus sich dies hier ergeben soll, ist nicht ersichtlich. Erforderlich wäre, dass die Zeit nicht ausgereicht hat, um eine Anordnung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO zu treffen, was nicht der Fall war (vgl. oben 1.2.2).

Soweit sich die Antragsgegnerin darauf beruft, dass sie mit Schriftsatz vom 8. Oktober 2018 die sofortige Vollziehung angeordnet habe, ist ihr zwar zuzugeben, dass sich die angegriffene Entscheidung mit dieser Frage nicht näher auseinandersetzt; dies war aber nicht erforderlich. Vielmehr ist das Verwaltungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass nach einer summarischen Prüfung alles dafür spricht, dass der Bescheid rechtswidrig ist und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt (vgl. oben 1.), worauf die Entscheidung tragend gestützt werden kann. Die mögliche Nachholung der Anordnung gemäß § 80 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 i.V.m. Abs. 3 VwGO spielt demgegenüber keine Rolle mehr. Eine Erörterung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen in einem gerichtlichen Verfahren die sofortige Vollziehung gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO angeordnet werden kann und ob dies zu einer

Heilung führt, erübrigt sich.

4. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47, § 52 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG unter Heranziehung der Ziffern 1.5 und 35.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 18. Juli 2013.