

Allgemeines Verwaltungsrecht

Maurer / Waldhoff

20., überarbeitete und ergänzte Auflage 2020
ISBN 978-3-406-75896-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

ten; *BVerwG NVwZ* 2019, 890 mit Ann. *Stuttmann* = JuS 2019, 1225 (*Hufen*) – Bestimmtheit von Prüfungssanktionsnormen.

§ 7 Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff

I. Vorbemerkungen

1. Gesetzesanwendung der Verwaltung

Die Gesetzesbindung macht die Verwaltungsbehörden zu gesetzes-
vollziehenden und damit rechtsanwendenden Organen. Im Rahmen
der Rechtsanwendung werden die Rechtsinstitute des Ermessens
und des unbestimmten Rechtsbegriffs bedeutsam. Daher ist zunächst
auf die Rechtsanwendung kurz einzugehen.

a) **Rechtsnormen** sind im Ausgangspunkt konditional gefasste
Anordnungen. Wenn ein konkreter Sachverhalt den Tatbestand eines
Gesetzes verwirklicht, soll die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge
gelten.

Wenn z.B. ein Gastwirt kriminelle Handlungen in seinem Lokal duldet
(Sachverhalt) und deshalb nicht „die für den Gewerbebetrieb erforderliche
Zuverlässigkeit“ i.S. der §§ 4, 15 GastG (Tatbestand) besitzt, dann hat die Be-
hörde die Gewerbeerlaubnis zu widerrufen (Rechtsfolge).

Die Rechtsnormen sind sonach **zweigliedrig** aufgebaut: Sie beste-
hen aus Tatbestand und Rechtsfolge; ist der Tatbestand erfüllt, so tritt
die Rechtsfolge ein.

Von den hier erörterten Rechtsnormen traditioneller und typischer Art, die
nach dem Wenn-Dann-Schema konditional aufgebaut sind, müssen die final
orientierten Rechtssätze unterschieden werden, die vor allem im Planungs-
recht vorkommen, vgl. dazu unten Rn. 63, vertiefend mit weiteren Differenzierungen
Brohm, NVwZ 1988, 798; *Di Fabio*, Die Struktur von Planungs-
normen, Festschrift für Hoppe, 2000, S. 75; *Pfefferl*, Die Dichotomie
konditionaler und finaler Normen, 2014.

- b) Die **Anwendung des Gesetzes** vollzieht sich in vier Vorgängen: 3
- Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts: was ist tatsächlich
geschehen, bzw. was liegt tatsächlich vor?
 - Heranziehung, Auslegung und inhaltliche Feststellung des gesetz-
lichen Tatbestandes: was besagt der gesetzliche Tatbestand?
 - Subsumtion: entspricht der Sachverhalt den gesetzlichen Tatbe-
standsmerkmalen?
 - Feststellung der Rechtsfolge: was gilt nun?

Diese vier Vorgänge stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern sind aufeinander bezogen: Der Sachverhalt ist im Blick auf einen bestimmten Gesetzesstatbestand zu ermitteln, die „Wirklichkeit“ wird durch eine „normative Brille“ des Rechtsanwenders wahrgenommen; bei der Auslegung des Gesetzes ist der konkrete Fall und seine ihn umgebende Wirklichkeit mit zu berücksichtigen. Rechtsanwendung ist nicht nur logische Schlussfolgerung, sondern auch ein wertendes Erkenntnisverfahren.

Schematisch stellt sich dies wie folgt dar:

Allgemein	<i>Beispielsfall (§§ 4, 15 GastG)</i>
Tatbestand des Gesetzes	Gastwirt besitzt nicht die für seinen Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit
konkreter Sachverhalt	G duldet kriminelle Handlungen in seinem Lokal
Rechtsfolge	Widerruf der Gaststättenerlaubnis

2. Verwaltungsgerichtliche Kontrolle

- 4 Die Gesetzesbindung bringt die Verwaltung nicht nur in Beziehung zum Gesetzgeber, sondern auch zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Verwaltungsgerichte haben die Verwaltungstätigkeit auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen; sie haben festzustellen, ob die Behörden die Gesetzesbindungen beachtet haben. Die Verwaltung steht sonach gleichsam zwischen dem determinierenden Gesetzgeber und der kontrollierenden Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle setzt freilich nur ein, wenn der betroffene Bürger beim Verwaltungsgericht Klage erhebt („ohne Kläger kein Richter“). Die Kontrollbefugnis der Verwaltungsgerichte hat aber schon eine gewisse *Vorwirkung*, da die Verwaltungsbehörden mit der Möglichkeit einer späteren Klage rechnen müssen und (auch) deshalb um eine ausreichende rechtliche Absicherung ihrer Verwaltungsmaßnahmen bemüht sein werden.

- 5 Sowohl die Verwaltungsbehörden als auch die Verwaltungsgerichte werden sonach rechtsanwendend tätig, – die Verwaltungsbehörden, indem sie ein Gesetz vollziehen, die Verwaltungsgerichte, indem sie die Rechtsanwendung der Verwaltung gleichsam „nachvollziehen“ und auf ihre Richtigkeit überprüfen. Die Rechtsanwendung der Verwaltungsbehörden ist primär und originär; die Rechtsanwendung der Verwaltungsgerichte erfolgt dagegen „reagierend“. Man kann auch von Erst- und Zweitinterpretation sprechen. Wenn das Verwaltungsgericht zu der Erkenntnis gelangt, dass die Rechtsanwendung der

Verwaltungsbehörde fehlerhaft war (etwa weil der Sachverhalt nicht zutreffend ermittelt oder das Gesetz nicht zutreffend ausgelegt wurde), muss es – je nach Spruchreife – selbst abschließend entscheiden oder die Sache zur erneuten Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts an die Verwaltungsbehörde zurückgeben.

Die Rechtsanwendung der Verwaltung und der Gerichte ist – trotz unterschiedlicher Ausgangspunkte und Ziele – strukturell gleich. Das „letzte Wort“ in rechtlicher Hinsicht hat das überprüfende Verwaltungsgericht, dessen Entscheidung rechtskräftig wird und somit verbindlich und abschließend ist. Man spricht daher auch von der Kompetenz der Gerichte zur „Letztentscheidung“.

3. Lockerungen der Gesetzesbindung

Die Gesetzesbindung der Verwaltung kann, wie dargelegt wurde 6 (§ 1 Rn. 26), strikt sein; sie kann aber auch gelockert sein, indem der Verwaltung durch Einräumung von Ermessen ein Handlungsspielraum verbleibt oder durch Festlegung unbestimmter Rechtsbegriffe ein Beurteilungsspielraum zugestanden wird (letzteres ist strittig, vgl. Rn. 31 ff.). Die Lockerung der Gesetzesbindung lockert auch die verwaltungsgerichtliche Kontrolle, da die Verwaltungsgerichte nur die *Rechtmäßigkeit* des Verwaltungshandelns überprüfen dürfen. So weit der Verwaltung ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zu steht, hat sie das Recht zur „Letztentscheidung“. Das *BVerfG* hat hier inzwischen Grenzen aus Art. 19 IV GG entwickelt (*BVerfGE* 129, 1 – Investitionszulagengesetz; vgl. bereits oben § 6 Rn. 12).

In jüngerer Zeit legt die Verwaltungsgerichtsbarkeit zunehmend Anforderungen aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch an gebundene Verwaltungsakte, d. h. im Bereich strikter Rechtsbindung (näher Barczak, Der gebundene Verwaltungsakt unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, VerwArch. 105 (2014), S. 142; Vogt, Die verhältnismäßige Anwendung „gebundener“ Normen, 2019). Dadurch werden die grundrechtlichen Anforderungen an Eingriffe und Eingriffsverwaltung ernst genommen, die strikte Rechtsbindung auf der Rechtsfolgenseite der jeweiligen Ermächtigungsnorm freilich relativiert. In der Literatur wird die Folge als „verkappte Ermessentscheidung“ gekennzeichnet. Rechtssicherheit und Gewaltenteilung werden dadurch strapaziert. Auf der anderen Seite wird dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dadurch zusätzlicher Raum gewährt. Die Diskussion ist noch nicht abgeschlossen.

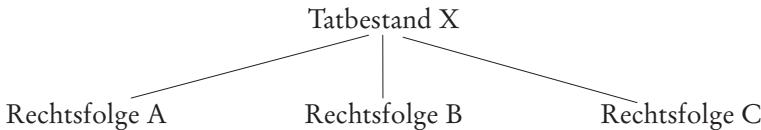
II. Ermessen der Verwaltung

1. Begriff

- 7 Das Ermessen betrifft die Rechtsfolgenseite einer gesetzlichen Regelung. Es ist dann gegeben, wenn die Verwaltung bei Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes zwischen verschiedenen Verhaltensweisen wählen kann. Das Gesetz knüpft an den Tatbestand nicht *eine* Rechtsfolge (wie bei der gesetzlich gebundenen Verwaltung), sondern ermächtigt die Verwaltung, die Rechtsfolge selbst zu bestimmen, wobei ihr entweder zwei oder mehrere Möglichkeiten angeboten werden oder ein gewisser Handlungsbereich zugewiesen wird. Das Ermessen kann sich darauf beziehen, *ob* die Verwaltung überhaupt eingreifen und tätig werden soll (Entschließungsermessen), oder darauf, *welche* der möglichen und zulässigen Maßnahmen im konkreten Fall getroffen werden soll (Auswahlermessen).

Beispiele: Nach § 15 III VersG kann eine nicht angemeldete Versammlung aufgelöst werden. Die Behörde ist dazu berechtigt, aber nicht verpflichtet; sie hat die Wahl zwischen den beiden Möglichkeiten Auflösung und Nichtauflösung. – Nach der polizeilichen Generalklausel (vgl. Schenke, PolR Rn. 48) hat die Polizei bei Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung „die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen“. Es liegt bei der Behörde, ob sie einschreiten will, und, falls sie sich dazu entschließt, welche Maßnahmen sie ergreifen will. – Wenn eine Gebührenordnung für eine bestimmte Verwaltungsangelegenheit eine Gebühr von 30 bis 50 Euro festlegt, kann die Behörde innerhalb dieses Rahmens die Gebühr selbst bestimmen.

- 8 Bildlich stellt sich das Ermessen (Auswahlermessen) etwa so dar:



Liegt der Tatbestand X vor, kann die Rechtsfolge A oder die Rechtsfolge B oder die Rechtsfolge C gewählt werden. *Jede* Rechtsfolge ist gesetzlich gedeckt und sonach *rechtmäßig*, sofern die noch darzulegenden Ermessensbindungen beachtet sind.

§ 40 VwVfG bestimmt nicht den Begriff und die Zulässigkeit des Ermessens, sondern geht davon aus und regelt lediglich die rechtlichen Grenzen der Ermessensausübung. Entsprechendes gilt für § 114 VwGO, der die rechtlichen Grenzen der Ermessensausübung aus Sicht der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle erfasst. § 5 AO 1977 und § 39 I 1 SGB I entsprechen § 40 VwVfG. Alle diese Vorschriften dokumentieren, dass es kein freies, sondern nur ein rechtlich gebundenes Ermessen gibt.

Die unterschiedlichen Gebiete des besonderen Verwaltungsrechts sind in verschiedenem Ausmaß durch die Einräumung von Ermessen geprägt: Während etwa das Polizeirecht schon seit je durch Entschließungs- und Auswahlermessen der Polizeibehörden charakterisiert ist, ist dem Steuerrecht aufgrund seiner besonders strikten Gesetzesbindung Ermessen grundsätzlich fremd.

2. Voraussetzungen des Ermessens

Das Ermessen wird durch den Gesetzgeber eingeräumt. Es muss sich daher im Einzelfall aus den jeweils einschlägigen Rechtsnormen ergeben. Ob Ermessen eingeräumt ist, ist durch Auslegung der entsprechenden Vorschrift zu ermitteln. Auch hier ist ggf. eine europarechtliche Determinierung oder Überlagerung zu beachten (*Lohse*, Einräumung von Verwaltungsermessern durch unionsrechtliche Richtlinien, DV 46 (2013), S. 221; jetzt ausführlich *Wendel*, Verwaltungsermessern als Mehrebenenproblem, 2019: Das klassische Rechtsinstitut des Verwaltungsermessens werde zu einer „Verbundstruktur“ im Mehrebenensystem dahingehend, dass die gewaltenübergreifende auch zu einer ebenenübergreifenden Wechselbeziehung werde, wie sich das etwa im Mitagrations- oder im Telekommunikations-Regulierungsrecht zeige). Gesetzestchnisch erfolgt die Ermessensermächtigung gelegentlich durch ausdrücklichen Hinweis auf das „Ermessen“, meist jedoch durch Verwendung von Ausdrücken wie „kann“, „darf“, „ist befugt“ usw. Vereinzelt ist es auch aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung zu entnehmen.

Nach § 48 StVO ist derjenige, der Verkehrsvorschriften nicht beachtet, auf Vorladung der zuständigen Behörde verpflichtet, an einem Verkehrsunterricht teilzunehmen. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die Behörde nicht jeden „Verkehrssünder“ vorzuladen hat, sondern die Vorladung in ihrem Ermessen liegt. – Andererseits hat das Wort „kann“ gelegentlich auch die Bedeutung, dass die Verwaltung eine bestimmte *Kompetenz* erhält, die bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen wahrgenommen werden *muss*; es liegt dann kein „Ermessens-Kann“, sondern ein „Kompetenz-Kann“ vor (vgl. dazu *BVerwGE* 23, 25, 29; 44, 339, 342).

Der in der Corona-Krise zu ungeahnter Bedeutung gelangte § 28 I IfSG ist einem Wortlaut nach der Grundlage für eine gebundene Verwaltungsentschei-

dung; durch Verwendung der Wörter „soweit“ und „solange“ wird jedoch deutlich, dass Verhältnismäßigkeitswägungen gleichsam „eingebaut“ sind. Im Ergebnis führt dies dazu, dass zwar kein Entschließungsermessen besteht (vgl. *BVerwGE* 142, 205, 211f.), wohl aber ein Auswahlermessen, welche Schutzmaßnahme ergriffen wird (*Sodan*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, *BesVwR II*, § 56 Rn. 36; *Siegel*, *NVwZ* 2020, 577, 580). Ein Problem stellt es freilich dar, wenn das Ermessen generell und nicht auf den konkreten Fall bezogen ausgeübt wird.

- 10 Im Gegensatz dazu ist die Behörde zum Handeln *verpflichtet* (gesetzlich gebundene Verwaltung), wenn die Ausdrücke „muss“, „ist zu erteilen“, „darf nicht (versagt werden)“ usw. verwendet werden.

Die Unterscheidung zwischen der gesetzlich gebundenen und der Ermessensverwaltung kommt z. B. in § 15 II und III *GastG* zum Ausdruck: Die Erlaubnis (zum Betrieb eines Gaststättengewerbes) „ist zu widerrufen, wenn...“ (so Abs. 2) und sie „kann widerrufen werden, wenn...“ (so Abs. 3).

- 11 Dazwischen steht die „*Soll-Vorschrift*“. Wenn die Behörde unter bestimmten Voraussetzungen tätig werden „soll“, ist sie dazu in der Regel verpflichtet, kann aber in Ausnahmefällen, in atypischen Situationen, davon absehen.

Nach dem seinerzeitigen § 12 IV *WPflG* „soll“ der Wehrpflichtige bei Vorliegen eines Härtefalles zurückgestellt werden, d. h. er musste zurückgestellt werden, wenn nicht ausnahmsweise – etwa im Blick auf die angespannte Wehrersatzlage – seine Heranziehung erforderlich war. Vgl. zur Bedeutung der Soll-Vorschrift auch *BVerwGE* 49, 16, 23; 64, 318, 323; 90, 88, 93, vgl. auch *BVerfGE* 119, 331, 351f., SV S. 391f.

- 12 Das *BVerwG* spricht gelegentlich von „intendiertem Ermessen“, das dann anzunehmen sei, wenn die Richtung der Ermessensbetätigung bereits durch das Gesetz vorgezeichnet sei, wenn ein bestimmtes Ergebnis im Grundsatz gesetzlich gewollt sei und nur ausnahmsweise davon abgesehen werden dürfe. In diesem Fall bedürfe es – und das ist der eigentliche Grund für die neue Rechtsfigur – dann, wenn die Behörde der gesetzlichen Intention folge, keiner spezifischen Ermessensabwägung und daher auch keiner Begründung. Diese Auffassung ist abzulehnen. Zum Wesen des Ermessens gehört gerade die Prüfung der Umstände des Einzelfalls unter dem Gesichtspunkt der Intention des Gesetzgebers, die allerdings entsprechend den jeweiligen Umständen mehr oder weniger eingehend erfolgen wird und muss. Will der Gesetzgeber im Regelfall eine bestimmte Entscheidung, von der nur ausnahmsweise abgesehen werden darf, bietet

sich der Erlass einer entsprechenden „Soll-Vorschrift“ an. Die Neuschöpfung des *BVerwG* ist nicht nur überflüssig, sondern auch verwirrend, zumal sie die Grenze zwischen Kann- und Soll-Vorschriften verwischt. Allerdings ist es möglich, dass eine gesetzliche Regelung nicht ausdrücklich von „soll“ spricht, aber nach ihrer Zweckrichtung und ihrem Gesamtzusammenhang in diesem Sinn auszulegen ist (vgl. entsprechend zum „einfachen“ Ermessen oben Rn. 9).

Vgl. zum intendierten Ermessen *BVerwGE* 72, 1, 6; *BVerwGE* 105, 55, 57f. = DVBl. 1998, 145 mit zust. Anm. von *Schwabe*; *VGH München NVwZ* 2001, 931. In der Literatur stößt die Figur des intendierten Ermessens auf Zurückhaltung oder sogar Ablehnung, so etwa bei *Sachs*, StBS § 40 Rn. 28ff.; *Gerhardt*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (Hg.), *VwGO*, § 114 Rn. 20; *Volkmann*, Das „intendierte“ Verwaltungsermessen, DÖV 1996, 281; *Borowski*, Intendiertes Ermessen, DVBl. 2000, 149; *Erbguth*, Rücknahmefrist und „intendiertes“ Ermessen, JuS 2002, 333; *Pabst*, Intendiertes Ermessen und Normauslegung, VerwArch. 93 (2002), S. 540; eingehend und insgesamt zustimmend: *Beuermann*, Intendiertes Ermessen, 2002; in planungsrechtlicher Sicht: *Hoppe*, Durch Soll-Vorschriften „intendierte“ Ziele der Raumordnung und ihre Bezüge zu „intendiertem Ermessen“, Festschrift für Maurer, 2001, S. 625.

3. Bedeutung des Ermessens

Das Ermessen gibt der Verwaltung die Möglichkeit zur eigenverantwortlichen, wenn auch gesetzlich gelenkten Entscheidung.

a) **Individuelle Ermessensausübung.** Das Ermessen dient vor allem der Einzelfallgerechtigkeit. Die Behörde wird in die Lage versetzt, unter Berücksichtigung der gesetzlichen Zielvorstellungen (des Gesetzeszwecks, der *ratio legis*) einerseits und der konkreten Umstände andererseits eine dem Einzelfall angemessene und sachgerechte Lösung zu finden. Sie hat also zunächst einmal zu fragen, welchen Zweck die Ermächtigung zur Ermessensausübung verfolgt und welche Gesichtspunkte dabei maßgeblich sind, und hat sodann unter diesen Aspekten den konkreten Fall zu beurteilen und entsprechend zu entscheiden. Dabei können auch Zweckmäßigkeit- und Billigkeitserwägungen einfließen.

Beispiele: Die Auflösung einer nicht angemeldeten Versammlung dient der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, aber auch der Einhaltung der Anmeldefrist. Findet eine nicht angemeldete Demonstration statt, wird der zuständige Beamte prüfen, ob und welche Beeinträchtigungen von der Versammlung – etwa für den Verkehr, die Passanten, die Versammlungsteilnehmer selbst – ausgehen, welches Ausmaß sie annehmen, ob sie sich

durch Zulauf weiterer Demonstranten verstärken, ob eine Auflösung wirksam durchgesetzt werden könnte, das hängt wiederum von der Art und Größe der Demonstration, den Verkehrsverhältnissen, den möglichen Ausschreitungen, der Zahl der zur Verfügung stehenden Polizeikräfte usw. ab, vgl. dazu auch *BVerwGE* 26, 135, 140. – Die Durchführung des Verkehrsunterrichts gem. § 48 StVO hat den Zweck, die Kenntnisse und das Verantwortungsbewusstsein der Verkehrsteilnehmer zu stärken; eine Vorladung darf daher nur erfolgen, wenn der Verkehrsverstoß indiziert, dass es daran fehlt, vgl. *BVerwGE* 36, 119, 120f.

- 14 b) **Generelle Ermessensausübung.** Das Ermessen ist primär am Einzelfall ausgerichtet. Es ist jedoch möglich und zulässig, dass die vorgesetzte Behörde durch Richtlinien eine einheitliche Handhabung des Ermessens der ihr nachgeordneten Behörden bestimmt. Eine solche Ermessensbindung durch Verwaltungsvorschriften kommt dem Grundsatz der Gleichbehandlung entgegen; sie lässt sich auch damit rechtfertigen, dass das Ermessen nicht nur der einzelnen Behörde, sondern auch „der Verwaltung“ eingeräumt werden kann, um ihr einen Handlungsspielraum zur Entwicklung eigener Entscheidungsprogramme und -maßstäbe zu gewähren. Auch die generelle Ermessensausübung ist an die gesetzlichen Zielvorstellungen gebunden; sie orientiert sich aber nicht am konkreten Einzelfall, sondern am typischen Einzelfall.
- Beispiel:** Der Behördenchef weist seine Bediensteten an, Gebührenforderungen bis zur Höhe von 5 Euro nicht zwangsläufig beizutreiben.
- 15 Es ist nicht zu erkennen, dass individuelle und generelle Ermessensausübung in Widerstreit zueinander geraten können. Daher ist jeweils zu prüfen, ob und inwieweit eine generelle Ermessensausübung überhaupt zulässig ist. Ein gewisser Ausgleich lässt sich dadurch erreichen, dass die Verwaltungsbehörden zwar an ermessensausfüllende Verwaltungsvorschriften gebunden werden, in atypischen Fällen aber davon abweichen dürfen.
- 16 Die Unzulässigkeit der „generellen Ermessensausübung“ kann sich bereits aus dem Gesetzestext ergeben. So folgt z. B. aus der Bestimmung des § 15 I VersG, dass eine Versammlung verboten werden kann, „wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung unmittelbar gefährdet ist.“ dass ein Verbot nur für den Einzelfall ausgesprochen werden darf, eine Präjudizierung durch Ermessensrichtlinien also unzulässig ist – Auch die schwere des mit der Ermessensausübung verbundenen Eingriffs kann eine Rolle spielen. Bedenklich ist es daher, wenn ein so schwerer Grundrechtseingriff wie die Anordnung der