Richard U. Haakh

Richter am Verwaltungsgericht

Ermessen

Vom (richtigen) Umgang mit gesetzlichen Ermessensermächtigungen

Manuskript

im Rahmen der Seminarreihe

"Update Verwaltungsrecht" - Baustein I

der

Württembergische Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie e.V.

Inhaltsübersicht

Vorwort

1. Gebundenheit und Freiheit der Exekutive

1.1 Verfassungsrechtliche Ausgangslage

1.1.1 Grundsatz der Gewaltenteilung

1.1.2 Bindung an Gesetz und Recht

1.2 Gebundene und "freie" Verwaltung

1.2.1 "Freie" Verwaltung

1.2.2 Übersicht über die Arten von Entscheidungsspielräumen

1.2.3 Sinn und Zweck von Entscheidungsspielräumen

1.3 Gesetzmäßigkeit der Verwaltung = Gesetzesvorrang + Gesetzesvorbehalt

1.3.1 Der Gesetzesvorrang: „Kein Verwaltungshandeln gegen das Gesetz!“

1.3.2 Der Gesetzesvorbehalt: „Kein Verwaltungshandeln ohne Gesetz!“

2. Ermessen

2.1 Begriff des Ermessens

2.2 Erkennbarkeit von Ermessensspielräumen

2.2.1 Ermessen nach dem Wortlaut der Ermächtigung

2.2.2 Kann-Vorschriften

2.2.3 Soll-Vorschriften

2.3 Intendiertes Ermessen

2.3.1 Begriff

2.3.2 Kritik

2.3.3 Beispiele

2.4 Ermessen in Sonderfällen

2.4.1 Störerauswahl

2.4.2 Verfahrensermessen

2.4.3 "Einheitliche Ermessensentscheidung"

2.5 Abgrenzung von Ermessen zu unbestimmten Rechtsbegriffen

2.5.1 Rechtsbegriffe

2.5.2 Bestimmte, unbestimmte Rechtsbegriffe

2.5.3 Abgrenzungskriterien

2.6 Abgrenzung des Ermessens von Beurteilungsspielräumen

2.6.1 Begriff

2.6.2 Feststellung von Beurteilungsspielräumen

2.6.3 Wichtige Bereiche mit Beurteilungsspielräumen

2.6.4 Abgrenzung der Beurteilungsermächtigung vom Ermessen

2.6.5 Koppelungsvorschriften

2.7 Prognoseentscheidungen

2.7.1 Begriff

2.7.2 Grundlagen

3. Inhalt und Grenzen des Ermessens

3.1 Zweck der Ermächtigung

3.1.1 Bestimmung der Ermächtigungszwecke

3.1.1.1 Zwecke der Ermächtigung im Polizei- und Ordnungsrecht

3.1.1.2 Zwecke der Ermächtigung im Sozialrecht

3.1.1.3 Zwecke der Ermächtigung in der steuernden Verwaltung

3.1.2 Andere Zweckorientierungen

3.2 Gesetzliche Grenzen (Schranken) der Ermessensermächtigung

3.2.1 Schranken der Ermächtigung in der Ermächtigungsgrundlage

3.2.2 Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 GG

3.2.2.1 Verbot zweckwidriger Differenzierungen

3.2.2.2 Gebot der Chancengleichheit

3.2.2.3 Selbstbindung der Verwaltung

3.2.3 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

4. Fehlerhafte Ermessensentscheidungen

4.1 Ermessensüberschreitung:

4.1.1 Begriff

4.1.2 Bestimmung des gesetzlichen Handlungsrahmens:

4.2. Ermessensmissbrauch

4.2.1 Begriff

4.2.2 Begründungsausfall oder -mangel

4.2.3 Die fünf typischen Fallgruppen von Ermessensfehlern

4.3 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

5. Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung

5.1 Subjektives öffentliches Recht

5.1.1 Rechtsreflex

5.2. Subjektive öffentliche Rechte und Ermessensnormen

5.2.1 Art des Anspruchs bei Ermessen

5.2.2 Voraussetzungen

5.3 Ermessensreduzierung auf Null

6. Verwaltungsverfahren und Rechtsschutz bei Ermessensentscheidungen

6.1 Ermessen im Verwaltungsverfahren

6.1.1 Bedeutung von Verfahrensvorschriften

6.1.2 Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern im Rahmen der Ermessensbetätigung

6.1.3 Insbesondere: Begründungspflicht nach § 39 LVwVfG

6.1.3.1 Grundsatz

6.1.3.2 Ausnahmen

6.1.3.3 Fehlende Begründung als materieller Ermessensfehler

6.1.3.4 Anforderungen an die Begründung

6.1.3.5 Folgen mangelnder Begründung

6.2 Ermessen im Widerspruchsverfahren

6.2.1 Rechtmäßigkeit der Ermessensentscheidung

6.2.2 Zweckmäßigkeit

6.3 Klageverfahren

6.3.1 Umfang der gerichtlichen Kontrollbefugnis

6.3.2 Schematische Prüfungsfolge

6.3.3 Neubescheidungsanspruch, § 113 V S. 2 VwGO

6.3.4 Nachholen von Ermessenserwägungen, § 114 S. 2 VwGO

Anhänge

Vorbemerkung

Das vorliegende Manuskript ist in der Vorbereitung der mir übertragenen Seminarveranstaltung der Württembergischen Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie e.V. entstanden und wird Grundlage meines Vortrags sein.

Die Betätigung von Ermessen gehört zu den schwierigeren "Übungen" im Bereich des Verwaltungshandelns. Zum einen liegt es im Wesen des Ermessens, dass die gesetzlichen Vorgaben oft nicht so deutlich erkennen lassen, wie das Ermessen auszuüben sei, zum anderen droht aufgrund der Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes stets die gerichtliche Kontrolle dahin gehend, ob das Ermessen rechtmäßig ausgeübt wurde.

Deshalb ist eine gründliche Kenntnis der verfassungsrechtlichen Grundlagen des Ermessens, seiner strukturellen Eigenarten, seiner Abgrenzung zu anderen Verwaltungsspielräumen und der Merkmale, woran die Ermessensbetätigung sich zu orientieren hat, von großem Vorteil.

Der Kurs "Ermessen - vom (richtigen) Umgang mit Ermessen" soll einen einigermaßen geschlossenen Überblick über die Thematik geben und die womöglich vor langer Zeit erworbenen (Er-)Kenntnisse wieder auffrischen helfen.

Dazu habe ich mich vornehmlich an der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts orientiert, die häufig schon in den Zeiten entwickelt wurde, in denen allgemeines Verwaltungsrecht und damit auch die Ermessenslehre noch gewohnheitsrechtlicher Bestandteil der Rechtsordnung waren, die VwVfG von Bund und Land Bad.-Württ. traten erst Mitte 1977 in Kraft. Der Rückgriff auf die Rechtsprechung entspricht meiner Perspektive als Verwaltungsrichter und dürfte auch für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in den Verwaltungsbehörden von Vorteil sein, weil sie letztlich über Bestand oder Aufhebung von Verwaltungsakten entscheidet. Die breite Zitierung der Gerichtsentscheidungen soll in der Praxis weiterhelfen, das Manuskript kann also als eine Art Kommentierung zu Ermessensproblemen auch in der täglichen Arbeit weiter helfen.

Ich habe mich um einen logischen, einfachen und nachvollziehbaren Aufbau des Stoffs bemüht. Den verfassungsrechtlichen Grundlagen im Teil 1 folgt die Klärung des Begriffs "Ermessen" und dessen Abgrenzung zu anderen Entscheidungsspielräumen der Verwaltung. Teil 3 befasst sich mit den materiellen gesetzlichen Ermessensvorgaben, als deren Gegenbild im Teil 4 dann die typischen Ermessensfehler behandelt werden sollen; dabei greife ich auf ganz einfache Fallbeispiele zurück, anhand derer die einzelnen Fehlerarten durchsubsumiert werden können. Teil 5 behandelt die Frage, ob und wann ein Ermessensanspruch besteht und Teil 6 behandelt schließlich die verfahrensrechtlichen Fragen der Ermessensverwaltung einschließlich des Rechtsschutzes.

Sollten Sie beim Gebrauch des Manuskriptes auf inhaltliche oder formale Fehler stoßen, bitte ich im Interesse der Qualitätssicherung um entsprechende Nachricht an meine eMail-Adresse.

Allen Teilnehmern an der Seminarveranstaltung und allen Benutzern des Manuskriptes wünsche ich viel Erfolg!

Stuttgart, den 17. Januar 2010

Richard U. Haakh

Zum Seminar im Jahr 2011

Im Seminar im Jahr 2010 wurde bemängelt, dass die verfassungsrechtlichen Grundlagen einen zu breiten Raum eingenommen hätten. Ich habe mich deshalb dazu entschlossen, künftig auf dieses Thema im Rahmen des Seminars zu verzichten. Weil es nach meiner Überzeugung für das Verständnis grundlegend bedeutsam bleibt, werde ich es aus dem Manuskript jedoch nicht herausnehmen. So bleibt es jedem Seminarteilnehmer überlassen, sich auch dieses Kapitel noch einmal durchzulesen und zu prüfen, wieviel davon noch gegenwärtiger und verfügbarer Kenntnisstand ist.

Stuttgart, den 10. März 2011

Richard U. Haakh

1. Gebundenheit und Freiheit der Exekutive

1.1 Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Zwei Verfassungsgrundsätze prägen die Grundlage jeglichen Verwaltungshandelns. Es sind dies

- der Grundsatz der Gewaltenteilung, Art. 20 II S. 2 GG
- die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht, Art. 20 III GG

1.1.1 Grundsatz der Gewaltenteilung

Der Grundsatz der Gewaltenteilung besagt, dass die Staatsgewalt, die vom Volke ausgeht, durch die drei Gewalten Legislative, Exekutive und Judikative ausgeübt wird, mit dem Ziel, durch die Teilung der Macht und die gegenseitige Kontrolle einen Machtmißbrauch zu verhindern.

Demgemäß obliegt der

- gesetzgebenden Gewalt der Erlass der Gesetze auf der Grundlage des Grundgesetzes und der verfassungsmäßigen Ordnung
- vollziehenden Gewalt der Vollzug der Gesetze
- rechtsprechenden Gewalt die Kontrolle der Exekutive, Art. 19 IV GG, im Rahmen der Normenkontrolle durch das BVerfG auch die Kontrolle des Gesetzgebers (Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Parlamentsgesetzen, vgl. Art. 93 und 100 GG)
- sowie die Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens zwischen den Bürgern und die Strafgewalt des Staates)

1.1.2 Bindung an Gesetz und Recht

Nach Art. 20 III GG ist die Legislative "nur" an die verfassungsmäßige Ordnung" gebunden (das umfaßt zunächst das gesamte Verfassungsrecht; der Gesetzgeber kann das Grundgesetz selbst ändern, aber nicht das Föderalismusprinzip und die in den Grundrechten nieder gelegten Grundsätze, vgl. die sog. Unveränderlichkeitsklausel in Art. 79 III GG).

Demgegenüber ist die Exekutive an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 III GG). Das umfaßt das gesamte Verfassungsrecht und alle Gesetze im formellen Sinne, also alle von den Parlamenten erlassene Gesetze. Man spricht vom Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Derselben Bindung unterliegt übrigens auch die Judikative.

1.2 Gebundene und "freie" Verwaltung

Der Gesetzgeber gibt vor, welche Aufgaben die vollziehende Gewalt erfüllen soll und welche Ziele damit erreicht werden sollen.

Er bestimmt damit auch, in welchem Umfange die vollziehende Gewalt beim Gesetzesvollzug an die gesetzlichen Vorgaben strikt gebunden ist oder ob die vollziehende Gewalt beim Gesetzesvollzug eher frei entscheiden können soll.

Demgemäß kann man unterscheiden zwischen gebundener und "freier" Verwaltung.

- Gebundene Verwaltung liegt vor, wenn der Gesetzgeber die Aufgabenerledigung durch die vollziehende Gewalt durch detaillierte Vorgaben der Aufgaben und der Art und Weise ihrer Erledigung strikt bindet.
- "Freie" Verwaltung liegt vor, wenn der Gesetzgeber der Verwaltung Entscheidungsspielräume einräumt, die sie beim Vollzug der Gesetze selbst ausschöpfen soll. Es handelt sich dabei nicht um wirklich freien Gesetzesvollzug, denn die Bindung an Gesetz und Recht besteht auch insoweit und der Gesetzgeber definiert die Entscheidungsspielräume durch die gesetzlichen Vorgaben.

1.2.1 "Freie" Verwaltung

Gesetzesvollzug ist niemals wirklich frei. Die Exekutive unterliegt dem Verfassungsgrundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Sie muss also immer Verfassungs- und Gesetzesrecht beachten und einhalten und zwar gerade auch dann, wenn sie eigene Entscheidungsspielräume zugewiesen bekommt.

Das wird gewährleistet durch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG, wonach jeder Bürger die (öffentlichen) Gerichte anrufen kann, wenn er sich durch hoheitliche Gewalt in seinen (insbesondere Grund-) Rechten verletzt sieht.

Die öffentlichen Gerichtsbarkeiten (Sozial-, Finanz- und Verwaltungsgerichte) kontrollieren im Grundsatz jegliche Verwaltungstätigkeit der Exekutive. Im Rahmen der "freien" Verwaltung ist die Kontrollbefugnis jedoch in mancher Hinsicht eingeschränkt (Grundsatz der Gewaltenteilung).

Das bedeutet: die Verwaltung hat ihre Entscheidungsspielräume stets "pflichtgemäß" auszuüben. In vielen Fällen hat der Betroffene sogar einen subjektiven öffentlich-rechtlichen Anspruch auf pflichtgemäße Ausübung der Spielräume (vg. Ziff. 5.2).

1.2.2 Übersicht über die Arten von Entscheidungsspielräumen

Rechtsnormen bestehen aus den sog. Tatbestandsvoraussetzungen und den sich daran anknüpfenden Rechtsfolgen. Dementsprechend können die Entscheidungsspielräume auf der Tatbestandsseite oder auf der Rechtsfolgeseite angesiedelt sein. Danach unterscheidet man

- Beurteilungsspielräume — auf der Tatbestandsseite
- Ermessen — auf der Rechtsfolgeseite
- Beurteilungsspielräume + Ermessen — auf der Tatbestands- + auf der Rechtsfolgeseite = sogenannte Koppelungsvorschriften

Es gibt weitere Spielräume, die nicht in dieses System passen, nämlich

- Planerische Entscheidungsspielräume
- Prognoseentscheidungen bzw. -spielräume

Nicht zu den Entscheidungsspielräumen zählen

- unbestimmte Rechtsbegriffe

Diese Begriffe werden später eingehend erörtert und voneinander abgegrenzt (vgl. dazu Ziff. 2.5 bis 2.7)

1.2.3 Sinn und Zweck von Entscheidungsspielräumen

Aufgabe der Verwaltung ist es, als vollziehende (zweite) Gewalt die Aufgaben zu vollziehen, die der Gesetzgeber (als erste Gewalt) ihr in Form von gesetzlichen Vorschriften übertragen hat. Verwaltung ist in erster Linie Gesetzesvollzug.

Da es sich bei Gesetzen um abstrakt-generelle Regelungen handelt (die eine Vielzahl von Lebenssachverhalten umfassen und sich grundsätzlich an Jedermann richten), besteht die Aufgabe der Verwaltung darin, die ihr zum Vollzug aufgegebenen Regelungen im Einzelfall zu konkretisieren. Es geht also um die Umsetzung bzw. die Anwendung der abstrakt-generellen Regelung auf den Einzelfall (auf den konkreten Lebenssachverhalt und in Bezug auf den bestimmten Adressaten, wobei dies häufig durch den Erlass von Verwaltungsakten erfolgt). Dabei muss die Verwaltung die gesetzlich vorgegebenen Ziele und Zwecke und sonstigen Kriterien nach sachlichen Gesichtspunkten quasi zu Ende denken.

Räumt der Gesetzgeber der Verwaltung dabei eigene Entscheidungsspielräume ein, so verfolgt er damit folgende Ziele:

- Nutzung der fachlichen Kompetenz, der Erfahrungskompetenz und der größeren Sachnähe der Verwaltung
- Vermeidung eines schematischen Gesetzesvollzugs
- Erhöhung der Praxisgerechtigkeit
- Gewährleistung der Einzelfallgerechtigkeit

1.3 Gesetzmäßigkeit der Verwaltung = Gesetzesvorrang + Gesetzesvorbehalt

Das Maß der Gebundenheit der öffentlichen Verwaltung bestimmt sich nach dem Verfassungsgrundsatz der Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung (Art. 20 III Grundgesetz, s.o.). Danach muss alles Verwaltungshandeln stets mit den Gesetzen in Einklang stehen.

Die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht (= Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung) enthält zwei Grundsätze, den Vorrang des Gesetzes und den Vorbehalt des Gesetzes.

1.3.1 Der Gesetzesvorrang: „Kein Verwaltungshandeln gegen das Gesetz!“

Der Grundsatz des Gesetzesvorranges bedeutet:

Die öffentliche Verwaltung darf keine Maßnahmen treffen, die gegen eine gesetzliche Regelung verstoßen würde; Verwaltungshandeln muss immer in Einklang mit allen gesetzlichen Regelungen stehen. Darunter fallen

- das Verfassungsrecht (Grundgesetz, Verfassungsgrundsätze und Verfassungsgewohnheitsrecht)
- die Gesetze im formellen Sinne (Parlamentsgesetze) und
- die Gesetze im materiellen Sinne (Verordnungen, Satzungen).

Der Gesetzesvorrang gilt auch für privatrechtliches Verwaltungshandeln, die öffentliche Verwaltung darf „nicht ins Privatrecht flüchten!“

Beispielsfall: „Schweinepest“

Im Betrieb des Landwirts L ist die Schweinepest ausgebrochen. Die zuständige Behörde ordnet daraufhin die Tötung aller Rinder und die Verbrennung der Kadaver an. Ist die Anordnung rechtmäßig?

Lösung:

Gemäß § 1 S. 2 TierschutzG darf ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund nicht getötet werden. Liegt ein vernünftiger Grund vor?

Da die Schweinepest für Rinder nicht gefährlich ist, fehlt es an einem vernünftigen Grund. Die Tötung der Rinder darf deshalb nicht angeordnet werden. Die Anordnung steht nicht mit der gesetzlichen Regelung in Einklang (Gesetzesvorrang) und ist schon deshalb rechtswidrig.

„Der Besoldungsvertrag“

Die Gemeinde G will die Stelle des Stadtkämmerers neu besetzen. Es bewirbt sich der Ministerialdirigent M, der für den Posten deshalb besonders geeignet ist, weil er Haushaltsexperte im Finanzministerium ist. - Allerdings kann die Gemeinde aufgrund des Stellenplanes dem M keine Besoldung gewähren, die seiner bisherigen Besoldung entsprechen würde. Die Gemeinde vereinbart mit M deshalb vertraglich, dass diesem die Differenz zwischen seiner künftigen und seiner bisherigen Besoldung als Zulage gewährt werden soll. Die Gemeinde ist dabei der Auffassung, dass sie einen solchen Vertrag im Rahmen der Vertragsfreiheit durchaus eingehen kann.

Stimmt die Auffassung der Gemeinde?

Lösung:

Da der Grundsatz der Vertragsfreiheit nur im Bereich des Privatrechts Anwendung finden kann, müsste es sich um einen privatrechtlichen Vertrag handeln.

Es handelt sich jedoch um ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis. Es geht nämlich um ein Beamtenverhältnis, und dies ist - nach Art. 33 IV Grundgesetz - öffentlich-rechtlich. Es würde sich demnach um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag (Verwaltungsrechtlicher Vertrag) handeln.

Zulässigkeit des Vertrages? Nach § 54 S. 1 LVwVfG nur, soweit ... (Gesetzesvorrang). Eine „entgegenstehende Vorschrift“ ist § 3 II LBesG, der einen solchen Vertrag demnach verbietet.

Somit stimmt die Auffassung der Gemeinde nicht.

1.3.2 Der Gesetzesvorbehalt: „Kein Verwaltungshandeln ohne Gesetz!“

Der Grundsatz bedeutet:

Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung bedürfen der Ermächtigung durch ein Gesetz im formellen Sinne (Parlamentsgesetz) oder aufgrund eines Gesetzes im formellen Sinne. Das heißt, im Geltungsbereich des Gesetzesvorbehaltes darf die Verwaltung keine Maßnahmen treffen, wenn sie dazu keine gesetzliche Ermächtigung hat.

1) Verfassungsrechtliche Grundlagen des Gesetzesvorbehalts

- Art. 20 III GG
- die Grundrechte (sie enthalten ausdrückliche Vorbehaltsregelungen)
- das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 I GG; Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns)
- das Demokratieprinzip (Art. 20 I GG; die wesentlichen Fragen des Gemeinwesens müssen von dem demokratisch dazu legitimierten Gesetzgeber geregelt werden)
- aus Art. 58 LV.

2) Geltungsbereich

Der Gesetzesvorbehalt gilt unstreitig für alle Verwaltungsmaßnahmen, die in die Freiheit oder in das Eigentum der Bürger belastend eingreifen (belastende Verwaltungsakte - VA -, vgl. Legaldefinition in § 49 LVwVfG).

3) Der Gesetzesvorbehalt gilt auch bei begünstigenden Maßnahmen der Verwaltung, soweit sie Art. 3 GG berührt (Gewährleistung des Gleichheitsgrundsatzes)

⇒ z.B. bei der Gewährung von Subventionen - auch aufgrund von Verwaltungsvorschriften

4) Nach der „Wesentlichkeitstheorie“ gilt der Gesetzesvorbehalt auch im Bereich von begünstigenden Verwaltungsakten (vgl. BVerfGE 53, 30, 56: Schneller Brüter; BVerwGE 64, 261, 268: Rundfunkorganisation) und zwar im Sinne eines Parlamentsvorbehalts.

Diese besagt, dass die Entscheidung aller grundsätzlichen (wesentlichen) **Fragen**, die den Bürger unmittelbar betreffen, durch förmliches Gesetz getroffen werden muss, also dem Parlament vorbehalten ist. Bsp:

⇒ Zulässigkeit der friedlichen Nutzung von Kernenergie, BVerfG, Urteil vom 08.08.1978, - 2 BvR 8/77, BVerwGE 49, 89

⇒ die Zulässigkeit von gentechnischen Anlagen, HessVGH, Beschluss vom 06.11.1989 - 8 TH 685/89) -; NJW 1990, 336

⇒ Einführung des Sexualkundeunterrichts (BVerfG; Urteil vom 06.12.1972, - 1 BvR 230/70 -, DöV 1973, 50) oder einer obligatorischen Förderstufe (BVerfG, Beschluss vom 21.12.1977, - 1 BvR 1/75 -, NJW 1978, 807) an öffentlichen Schulen

⇒ zum Parlamentsvorbehalt im Prüfungsrecht (Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 12.04.1989, 9 S 1978/88 -, DVBl 1989, 1199)

Der Parlamentsvorbehalt gilt auch für Maßnahmen, die für die Verwirklichung der Grundrechte notwendig sind, z.B. weil mehrere Verfassungsgrundsätze miteinander kollidieren

⇒ Bsp.: Quotenregelung: hier kollidiert das Sozialstaatsprinzip in Art. 20 I GG mit dem Leistungsgrundsatz in Art. 33 II GG und dem Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 GG

5) Anerkannt ist schließlich der institutionelle Gesetzesvorbehalt. Danach bedürfen Aufbau und Ausbau der Verwaltungsstrukturen und der Verwaltungsorganisation, soweit die Bürger davon betroffen sind, ebenfalls der gesetzlichen Regelung durch ein Parlamentsgesetz

⇒ vgl. Art. 70 I LV, z.B. in Verbindung mit § 10 II S. 1 GO; vgl. auch das LVG.

2. Ermessen

2.1 Begriff des Ermessens

Im Rahmen der gebundenen Verwaltung lässt der Gesetzgeber der öffentlichen Verwaltung keinerlei Spielräume. Hier gilt:

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für die vom Gesetzgeber vorgesehene Maßnahme vor (gesetzlicher Tatbestand), so muss die Behörde die vorgesehene Maßnahme (Rechtsfolge) auch treffen.

Bsp.: § 58 I LBO: Erteilung einer Baugenehmigung

Tatbestandsvoraussetzung	Übereinstimmung des Bauvorhabens mit ö-r Vorschriften
Rechtsfolge	Erteilung der Baugenehmigung

Umgekehrt: liegen die Tatbestandsvoraussetzungen nicht vor, darf die Behörde die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge nicht treffen.

Auf der Grundlage des Gesetzesvorranges kann der Gesetzgeber der öffentlichen Verwaltung aber, statt sie strikt zu binden, auch (Ermessens-)Spielräume einräumen. Der Gesetzgeber verzichtet hier auf eine starre Verknüpfung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge; er beschränkt sich darauf, die Gesetzesziele (Zweck der Ermächtigung) und einen Handlungsrahmen (Grenzen der Ermächtigung) festzulegen, die von der öffentlichen Verwaltung zu beachten sind (vgl. § 40 LVwVfG).

Ermessen bedeutet, dass das Handeln der Verwaltung nicht schon durch die zugrunde liegenden Rechtsvorschriften eindeutig und abschließend determiniert wird, sondern dass die Verwaltung einen gewissen Spielraum bei der Setzung einer bestimmten Rechtsfolge hat.

Im Rahmen der **Ermessensverwaltung** gilt:

die Tatbestandsvoraussetzungen liegen nicht vor:	also ist das Ermessen **nicht eröffnet**; daher kann die Rechtsfolge (Ermessensentscheidung) auch nicht getroffen werden
die Tatbestandsvoraussetzungen liegen vor:	also ist das Ermessen **eröffnet**.
	Die Behörde muss entscheiden,
• **Entschließungsermessen**	ob sie die mögliche Rechtsfolge verfügen will (oder ob nicht)
• **Auswahlermessen**	ggfs. welche von mehreren vorgesehenen oder möglichen Rechtsfolgen sie auswählt

Der Spielraum auf der Rechtsfolgeseite besteht also nur dann, wenn die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, *das Ermessen also überhaupt eröffnet ist*. Die Behörde kann dadurch die nach der gesetzlichen Zielsetzung gerechteste, zweckmäßigste, beste Einzelfallregelung treffen.

vgl. dazu das schematisches Beispiel anhand von § 48 LVwVfG: s. Anlage 2

2.2 Erkennbarkeit von Ermessensspielräumen

2.2.1 Ermessen nach dem Wortlaut der Ermächtigung

Im Bereich der Geltung des Gesetzesvorbehaltes setzt die Betätigung von Ermessen voraus, dass eine (einschlägige) gesetzliche Rechtsvorschrift der Verwaltung Ermessen einräumt. Ob eine Vorschrift Ermessen einräumt, ist häufig eine Frage der Auslegung der Rechtsnorm

⇒ BVerwG 3. Senat, Urteil vom 26.03.1981, - 3 C 134/79 -, DVBl. 81, 977: Rz 38 ff (zum Begriff: "bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung") Kein Gestaltungsermessen (Planungsermessen) oder Handlungsermessen bzw. kein Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung über die die Aufnahme des Krankenhauses des Klägers in den Krankenhausbedarfsplan nach §§ 1 und 8 Abs. 1 Satz 1 KHG

Gesetzliche Begriffe bzw. Formulierungen machen in der Regel sichtbar, ob der Behörde Ermessen eingeräumt ist, z.B. durch

- das Wort "Ermessen", vgl. § 3 PolG, § 17 II SGB XII, §§ 22 und 36 II LVwVfG

- das Wort „kann", „ist befugt“, „darf“ (vgl. §§ 61, 63, 64, 65 LBO)
- völliges Offenlassen der Rechtsfolge („trifft die erforderlichen Anordnungen“, vgl. § 3 PolG, § 82 I S. 2 WG)
- wenn nur eine Rechtsfolge (z.B. die Erteilung einer Genehmigung) vorgesehen ist (vgl. § 16 II LStrG bei Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis)

  ⇒ vgl. auch BVerwG, Urteil vom 16.07.1963, - VII C 96.62 -, BVerwGE 16, 226 = NJW 1963, 2185

- wenn aus der Natur der Sache hinsichtlich der begehrten Leistung nur begrenzte Kontingente oder Kapazitäten zur Verfügung stehen

  ⇒ vgl. zu begrenzten Studienplatz-Kapazitäten HessVGH, Urteil vom 05.11.1991, - 7 TG 2074/91 -, NVwZ-RR 1992, 361; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 01.10.2009, - 6 S 99/09 -, im Anhang

Allerdings ist dennoch immer Vorsicht geboten. Denn wenn der Wortlaut der Ermächtigung selbst auch eindeutig zu sein scheint, kann sich aus dem Zweck der Regelung oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften, insbesondere auch des Verfassungsrechts, eine strikte Bindung ergeben. So eröffnen § 35 II GewO oder § 35 II BauGB wegen Art. 14 bzw. 12 GG keine Ermessensspielräume

⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 29.04.1964, - I C 30.62 -, BVerwGE 18, 250

Die abschließende Aufzählung von Versagungsgründen („ist zu versagen, wenn...", vgl. § 57 GewO und § 4 GastG, „darf nur versagt werden, wenn ...“, vgl. § 25 II LLG) eröffnet - trotz des herstellbaren Umkehrschlusses - kein Ermessen.

2.2.2 Kann-Vorschriften

Bei sog. Kann- oder Darf-Vorschriften ist in der Regel von Ermessen auszugehen. In manchen Fällen wird jedoch mit dem gesetzlichen "kann" oder "darf" keine Ermächtigung zum Ermessen erteilt, sondern nur eine Zuständigkeitszuweisung an die Behörde

⇒ vgl. BSG, Urteil vom 23.05.1984, - 6 RKa 21/85 -, NJW 1985, 698:

"Soweit es in § 29 Abs 5 Satz 2 ZOÄ (Zulassungsordnung der Ärzte) heißt, daß die Beteiligung widerrufen werden **kann**, steht der Behörde kein Handlungsermessen zu. Denn damit wird nicht zum Ausdruck gebracht, daß der Widerruf ausgesprochen werden darf, aber nicht ausgesprochen werden muß. Das "Kann" steht vielmehr für ein bloßes rechtliches "Dürfen".

oder aber die Pflicht der Behörde, beim Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen tätig werden zu müssen (gebundenes Verwaltungshandeln).

⇒ allgemein: BVerwG, Urteil vom 08.03.1991, - 1 B 99/90 -, DVBl 1991, 959 (zu § 11 II SchornsteinfegerG (noch gültig bis 31.12.2012) "...ist zu widerrufen, wenn..."):

"Bei der Entscheidung über den Widerruf der Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister steht der Behörde weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum zu.

⇒ vgl. auch VG Bremen, Urteil vom 22.10.1999, - 7 K 1645/97 -, NVwZ-RR 2000, 687, wobei § 67 BSHG dem heutigen § 72 SGB XII entspricht)

"In § 67 Abs. 1 S. 2 BSHG ist zwar keine Ermessenvorschriften typischerweise kennzeichnende "Kann-Regelung" getroffen worden. Dies spricht indes nicht gegen ein bestehendes Ermessen des Sozialhilfeträgers bei der Anrechnung. Aus der Formulierung "sind anzurechnen" folgt lediglich, daß der Gesetzgeber -- anders als im Falle des § 69 c Abs. 2 BSHG, wonach eine Kürzung des Pflegegeldes erfolgen "kann" -- in § 67 Abs. 1 S. 2 BSHG eine Verpflichtung zur Anrechnung aufgestellt hat.

Ob es sich um eine Ermessensermächtigung handelt, muss durch Auslegung ermittelt werden.

⇒ zu "kann": BSG, Urteil vom 23.05.1984, - 6 RKa 21/83 -, NJW 1985, 698, aaO.

⇒ s. zu "darf" in § 10 Abs 1 S 2 DSchG Hessen ("Die Eintragung erfolgt von Amts wegen oder auf Antrag"), VG Frankfurt, Urteil vom 14.07.1981, - IV 3 - E 49/80 -, DVBl. 1982, 368: "Die Eintragung eines Gebäudes in das Denkmalbuch stellt keine Ermessensentscheidung dar."

2.2.3 Soll-Vorschriften

Eine Soll-Vorschrift bedeutet im Regelfall "muss", also gebundenes Verwaltungshandeln, und ermächtigt die Behörde nur im atypischen Fall (Ausnahmefall) zu einer Ermessensentscheidung (vgl. § 12 IV WPflG, § 9 StAG). Ob ein atypischer das Ermessen eröffnender Fall vorliegt, unterliegt in vollem Umfange der gerichtlichen Kontrolle.

⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 16.05.1983, - 1 C 230/79 - <Juris>: (§ 9 RuStAG = § 9 StAG)

"§ 9 Abs. 1 RuStAG stellt eine Sollvorschrift dar. Das bedeutet, daß bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die vorgesehene Rechtsfolge grundsätzlich gezogen werden muß und nur in atypischen Fällen ausnahmsweise verweigert werden darf (vgl. BVerwGE 49, 16 (23); 56, 220 (223); ferner Makarov/v. Mangoldt, StAngR-Komm. 3. Aufl., § 9 RuStAG Rdnr. 9; Schwerdtfeger, 53. DJT, Gutachten A S. 125). § 9 RuStAG räumt daher bei Vorliegen seiner tatbestandlichen Voraussetzungen einen grundsätzlichen Rechtsanspruch auf Einbürgerung ein (BVerwGE 64, 7 (9)). ... Atypisch sind vornehmlich solche Sachverhalte, auf die ihrer gesetzlichen Zweckbestimmung nach die Privilegierung des § 9 RuStAG nicht zielt, die aber von ihrem abstrakten Rahmen erfaßt werden. Das gilt vor allem für Mißbrauchsfälle, z.B. für sog. Scheinehen (vgl. BTDrs. V/3971 - neu -; Arndt, NJW 1970, 1909). Entsprechendes kann in Betracht kommen, wenn die Ehe des Einbürgerungsbewerbers gescheitert ist."

Wie beim intendierten Ermessen (s. dazu nachfolgend Ziff. 2.3.4) soll bei der Regelanwendung einer Soll-Vorschrift keine Begründung für die Entscheidung (vgl. § 39 I S. 2 LVwVfG) erforderlich sein.

⇒ BVerwG, Urteil vom 25.06.1975, - VIII C 77.74 -, BVerwGE 49, 16:

"Bei der Anwendung von Sollvorschriften bedarf es in der Regel keiner Begründung für die Ausübung des Ermessens zum Nachteil des Betroffenen, wenn dessen Einwendungen auf keine Umstände führen, die den Fall als atypisch erscheinen lassen (im Anschluß an BVerwGE 20, 117)."

Ausnahmsweise kann eine Soll-Vorschrift aber auch zum Ausdruck bringen, dass der Betroffene auf die vorgesehene Rechtsfolge keinen (subjektiven öffentlich-rechtlichen) Anspruch hat, sodass im Falle der Verweigerung keine subjektive Rechtsverletzung vorliegen kann.

§ 34 AsylVfG 1992: Abschiebungsandrohung:

(2) Die Abschiebungsandrohung soll mit der Entscheidung über den Asylantrag verbunden werden.

⇒ BVerwG, Beschluss vom 08.12.2000, - 9 B 426/00 -:

"Bei der Sollvorschrift des § 34 Abs. 2 AsylVfG 1992 handelt es sich um eine Verfahrensbestimmung, die allein der Vereinfachung und Beschleunigung des Asylverfahrens dient. Wird ihr zuwider die Abschiebungsandrohung nicht mit der Entscheidung über den Asylantrag verbunden, berührt dies nicht deren Rechtmäßigkeit. Jedenfalls folgt aus dem zeitlichen Auseinanderfallen beider Entscheidungen keine Rechtsverletzung des Asylbewerbers, da § 34 Abs. 2 AsylVfG 1992 nicht seinen Interessen zu dienen bestimmt ist."

2.3 Intendiertes Ermessen

Neben den vom Gesetzgeber vorgegebenen Soll-Vorschriften hat die Rechtsprechung (des BVerwG) außerdem die Rechtsfigur des "intendierten Ermessens" erfunden.

2.3.1 Begriff

Vorschriften, die das Ermessen intendieren, ähneln den Soll-Vorschriften. Wie normale Ermessensnormen ermächtigen sie die Verwaltung zu einer Ermessensentscheidung. Anders als diese geben sie aber gleichzeitig ausdrücklich oder zumindest nach Sinn und Zweck hinreichend deutlich zu erkennen, dass die Entscheidung im Regelfall in einem bestimmten Sinne erfolgen soll, d.h. sie geben für den Regelfall eine Rechtsfolge vor ("intendierte Entscheidung"). Dann soll auch eine besondere Begründung nicht geboten sein.

⇒ BVerwG, Urteil vom 16.06.1997, - 3 C 22/96 -, BVerwGE 105, 55:

LS: "Wird der mit der Gewährung von Subventionen verfolgte Zweck verfehlt und steht der Widerruf der Bewilligung im behördlichen Ermessen, so ist im Regelfall nur die Entscheidung f ü r den Widerruf ermessensfehlerfrei. In Fällen dieser Art bedarf es einer Darlegung der Ermessenserwägungen nur bei Vorliegen atypischer Gegebenheiten; liegen solche vor, so kann die Behörde ihre Ermessensentscheidung auch noch im Verwaltungsstreitverfahren entsprechend ergänzen."

Aus den Gründen: "Ist eine ermessenseinräumende Vorschrift dahin auszulegen, daß sie für den Regelfall von einer Ermessensausübung in einem bestimmten Sinne ausgeht, so müssen besondere Gründe vorliegen, um eine gegenteilige Entscheidung zu rechtfertigen. Liegt ein vom Regelfall abweichender Sachverhalt nicht vor, versteht sich das Ergebnis der Abwägung von selbst. Versteht sich aber das Ergebnis von selbst, so bedarf es insoweit nach § 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG auch keiner das Selbstverständliche darstellenden Begründung (vgl. Urteile vom 5. Juli 1985 - BVerwG 8 C 22.83 - BVerwGE 72, 1 <6> = Buchholz 454.32 § 5 Nr. 1, und vom 25. September 1992 - BVerwG 8 C 68 und 70.90 - BVerwGE 91, 82 <90> = Buchholz 454.71 § 3 Nr. 6, sowie Kopp, VwVfG, 6. Auflage § 39 Rn. 46 ff.).

Als eine ermessenslenkende Norm in diesem Sinne hat der Senat in der Vergangenheit z.B. § 48 Abs. 2 Satz 1 VwVfG angesehen, wonach Verwaltungsakte bei Vorliegen bestimmter, in der Person des von ihnen Begünstigten liegender Umstände "in der Regel mit Wirkung für die Vergangenheit" zurückzunehmen sind (Urteil vom 23. Mai 1996 - BVerwG 3 C 13.94 -). Nur dann, wenn der Behörde außergewöhnliche Umstände des Falles bekannt geworden oder erkennbar sind, die eine andere Entscheidung möglich er-

scheinen lassen, liegt ein rechtsfehlerhafter Gebrauch des Ermessens vor, wenn diese Umstände von der Behörde nicht erwogen worden sind (BVerwG, Urteil vom 23. Mai 1996 - BVerwG 3 C 13.94 -).

Die Annahme von intendiertem Ermessen hat zur Folge, dass die Ermessensbetätigung in die vorgegebene Richtung materiell rechtmäßig ist und eine unterbliebene Darstellung der Ermessenserwägungen in der Begründung (vgl. dazu § 39 I S. 2 LVwVfG) keinen formellen Fehler darstellt. Sie macht eine nachvollziehbare Ermessensentscheidung durch die Behörde nach der Rechtsprechung entbehrlich, soweit sie deutlich macht, dass sie der Intention folgt und kein Anhaltspunkt für einen atypischen Fall vorliegt.

2.3.2 Kritik

Die Rechtsfigur des intendierten Ermessens ist sehr umstritten. Die in der Rechtsprechung entschiedenen Fälle stellen stets solche Beispiele dar, in denen die Intention des Gesetzgebers gerade nicht ausdrücklich geregelt ist, sondern den Rechtsvorschriften nach Sinn und Zweck entnommen werden muss. Häufig entsteht der Eindruck, die Gerichte wollten eine Behördenentscheidung "retten". Die Rechtsfigur erleichtert der Verwaltung das Schludern und erschwert den Gerichten die Kontrolle. Ein echter Bedarf für das Instrument ist sonst nicht ersichtlich. In Fällen, in denen der Gesetzgeber das Ermessen nicht ausdrücklich intendiert und auch keine Soll-Vorschrift erlässt, kann die Verwaltung auch eine Ermessensentscheidung im Einzelfall treffen und sie nachvollziehbar begründen.

⇒ vgl. dazu auch VG Potsdam, Urteil vom 27.09.2005, - 3 K 3396/01 -, <Juris>:

"Im Rahmen des LVwVfG BB § 48 besteht generell kein intendiertes Ermessen. Eine Auslegung des VwVfG BB § 48 Abs 2 dahingehend, dass in allen Fällen, in denen das Vertrauen nicht nach VwVfG BB § 48 Abs 2 S 2 in der Regel schutzwürdig ist, das Ermessen zu Gunsten des Widerrufs auszuüben ist, verbietet sich aus systematischen Gründen. Anderenfalls hätte es der explizierten Regelung in VwVfG BB § 48 Abs 2 S 4 für die abschließend in Satz 3 aufgeführten Fallgruppen nicht bedurft.

2.3.3 Beispiele

1) Fälle, in denen die Rechtsprechung ein intendiertes Ermessen bejaht hat:

- Entlassung eines Beamten auf Probe:

⇒ BVerwG, Urteil vom 12.10.1989, - 2 C 22/87 -, BVerwGE 82, 356:

"Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe ihr Ermessen ausgeübt, ohne aufgrund eigener Würdigung des Sachverhalts die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 31 Abs. 1 Nr. 1 BBG festgestellt zu haben, trifft nach dem Inhalt der angefochtenen Bescheide, zu deren Auslegung auch das Revisionsgericht befugt ist (vgl. u.a. BVerwGE 60, 223 <228 f.>; 67, 222 <234> sowie Urteil vom 24. November 1988 - BVerwG 2 C 23.87 - <Buchholz 237.6 § 29 Nr. 1> mit weiteren Nachweisen), nicht zu. Der Beklagte hat vielmehr eigenständig, vor allem im Widerspruchsbescheid - unabhängig von den Ausführungen der Untersuchungsbeam-

tin - die Voraussetzungen des **§ 31 Abs. 1 Nr. 1 BBG** geprüft und angenommen. In dem an die Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen anknüpfenden Ausspruch der Entlassung liegt in aller Regel - ohne daß dies ausdrücklicher Darlegung bedarf - kein fehlerhafter Ermessensgebrauch (vgl. BVerwGE 66, 19 <25> mit weiteren Nachweisen; Urteil vom 28. April 1983 - BVerwG 2 C 89.81 - <Buchholz 237.6 § 39 Nr. 1>). Im Hinblick hierauf ist nicht zu beanstanden, daß sich die Beklagte im Widerspruchsbescheid auf den Hinweis beschränkt hat, daß zu einer anderweitigen Ermessensausübung bei dem vorliegenden Sachverhalt kein Anlaß bestehe."

- Widerruf einer Zustimmung (zur Verpflichtung) zur Mitarbeit im Wachdienst

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 29.06.1990, - 8 C 69/88 -, DöV 1991, 76

- Rücknahme eines rechtswidrigen Musterungsbescheids bzw. Widerruf eines rechtmäßigen Ausmusterungsbescheids

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 25.09.1987, - 8 C 61/85 -, <Juris> Aus Gründen der Wehrgerechtigkeit:

  "Das gewichtige öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrauens der Staatsbürger in die Integrität der Wehrverwaltung gebietet, daß Ausmusterungsentscheidungen - vom Vorliegen außergewöhnlicher Umstände abgesehen - zurückgenommen bzw. widerrufen werden, wenn sich ihre ursprüngliche Unrichtigkeit herausstellt oder der zunächst zu Recht ausgemusterte Wehrpflichtige nachträglich wehrdienstfähig geworden ist. Mit Rücksicht darauf ist das Ermessen der Behörde sowohl in Richtung auf einen Widerruf als auch in Richtung auf eine Rücknahme intendiert und auch eine (ausdrückliche) Begründung der insoweit getroffenen Entscheidung nicht erforderlich (vgl. zum intendierten Ermessen: Urteile vom 5. Juli 1985 - BVerwG 8 C 22.83 - Buchholz 454.32 § 5 WoBindG 1974 Nr. 1 S. 1 <6 f.> und vom 1. Oktober 1986 - BVerwG 8 C 29.84 - Buchholz 454.32 § 5 WoBindG 1974 Nr. 2 S. 8 <14>)."

- Verweigerung von Wohngeldberechtigungsscheinen

  ⇒ BVerwG, Urteile vom 05.07.1985, - 8 C 22.83 -, BVerwGE 72, 1 (LS und Rz. 14):

  "1. Die behördliche Entscheidung, eine Ausnahme-Wohnberechtigungsbescheinigung für eine nichteheliche Lebensgemeinschaft zu versagen, ist nach den für (sogenannte einheitliche) Ermessensentscheidungen geltenden Grundsätzen gerichtlich nachzuprüfen.

  2. Die Behörde genügt bei der Versagung einer solchen Bescheinigung ihrer Begründungspflicht in der Regel bereits mit dem Hinweis, es fehle bei der gegebenen Sachlage an der für die Erteilung erforderlichen besonderen Härte.

  (Gründe)...§ 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c WoBindG ermächtigt die zuständige Stelle nicht, bei ihrer Ermessensentscheidung zwischen der Erteilung und der Nichterteilung einer Ausnahme-Wohnberechtigungsbescheinigung "frei" zu wählen und das "Für und Wider" ohne gesetzliche Intention abzuwägen. Die Ermessensermächtigung soll es vielmehr der zuständigen Stelle lediglich ermöglichen, von einer nach der grundsätzlichen Zielsetzung des Gesetzes an sich gebotenen Versagung der Wohnberechtigungsbescheinigung ausnahmsweise dann abzusehen, wenn sie dies aufgrund bestimmter besonderer Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung der Wohnungsmarktlage zur Vermeidung einer ungewöhnlichen Härte für angemessen hält."

  ⇒ vgl. auch Urteil vom 01.10.1986, - 8 C 22.83 -, DVBl. 1987, 241

- Widerruf von Ermessensentscheidungen wegen Zweckverfehlung im Subventionsrecht

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 16.06.1997, - 3 C 22/96 -, BVerwGE 105, 55 (LS):

  "1. Den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit kommt beim Widerruf einer Subventionsbewilligung wegen Zweckverfehlung eine ermessenslenkende Bedeutung zu.

  2. Wird der mit der Gewährung von Subventionen verfolgte Zweck verfehlt und steht der Widerruf der Bewilligung im behördlichen Ermessen, so ist im Regelfall nur die Entscheidung f ü r den Widerruf ermessensfehlerfrei. In Fällen dieser Art bedarf es einer Darlegung der Ermes-

senserwägungen nur bei Vorliegen atypischer Gegebenheiten; liegen solche vor, so kann die Behörde ihre Ermessensentscheidung auch noch im Verwaltungsstreitverfahren entsprechend ergänzen."

- Auswahl zwischen mehreren Gebührenschuldnern

  ⇒ OVG Hamburg, Urteil vom 04.05.2001, - 1 Bf 388/98 -, NordÖR 2001, 306:

  "2. Geht eine ermessenseinräumende Vorschrift davon aus, dass das Ermessen im Regelfall in einem bestimmten Sinne auszuüben ist und liegt eine vom Regelfall abweichende Gestaltung nicht vor, so versteht sich das Ergebnis der Abwägung von selbst und bedarf es nach VwVfG HA § 39 Abs 1 keiner das Selbstverständliche darstellenden Begründung. Entsprechendes gilt für die Ausübung des Ermessens erst recht, wenn im Einzelfall die Umstände so liegen, dass sich eine Entscheidung, die von dem im Gesetz für den Regelfall gewollten Ergebnis abweicht, als sachwidrig darstellen würde und deshalb kein Raum für eine abweichende Ermessensentscheidung ist."

- Ordnungsrechtliche Beseitigungsanordnung

  ⇒ OVG Berlin, Urteil vom 04.09.2001, - 2 B 12.98 -, NuR 2002, 365 schon bei formeller Illegalität einer Steganlage:

  "3. Die Ermächtigung zum Erlaß einer Beseitigungsanordnung räumt der Behörde ein intendiertes Ermessen ein, das schon bei formeller Illegalität in aller Regel ein Einschreiten fordert und rechtfertigt."

2) Fälle, in denen die Annahme von intendiertem Ermessen abgelehnt wurde:

- Rücknahme einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 05.09.2006, - 1 C 20/05 -, DöV 2007, 255:

  "Die Rechtsgrundlage für die angefochtene Rücknahme der unbefristeten Aufenthaltserlaubnis bildet § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG (vgl. § 1 Abs. 1 BlnVwVfG). Danach kann ein rechtswidriger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder die Vergangenheit zurückgenommen werden (zur Anwendbarkeit von § 48 VwVfG im Ausländerrecht vgl. Urteil vom 23. Mai 1995 - BVerwG 1 C 3.94 - BVerwGE 98, 298 <304 ff.>). Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG sind zwar gegeben (a). Die Rücknahmeentscheidung ist aber mangels Ermessensausübung rechtswidrig"

- Rückübertragung des Rechtsstreits vom Einzelrichter auf die Kammer nach § 6 III VwGO

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 29.07.2004, - 5 C 65/03 -, <Juris>

  "3. § 6 Abs. 3 Satz 1 VwGO verpflichtet den Einzelrichter nicht zur Rückübertragung, sondern räumt ihm, anders als § 6 Abs. 1 Satz 1 VwGO für die Übertragung selbst (soll übertragen), ein nicht intendiertes Ermessen (kann zurück übertragen) ein."

- Anspruch auf vollständige Freistellung von der Kostenlast für die Altlastsanierung nach Artikel 1 § 4 Absatz 3 Satz 1 des Umweltrahmengesetzes (URG) der ehemaligen DDR vom 29.06.1990 (GBl. I Nr. 42, S. 649)

  ⇒ OVG MP, Urteil vom 08.03.2006, - 3 L 110/97 -, <Juris>, Rz. 96

  "Die Klägerin kann zunächst nicht mit ihrem Ansatz durchdringen, in Art. 1 § 4 Abs. 3 URG werde der Entscheidungsspielraum der Behörde im Sinne eines intendierten Ermessens von vornherein in Richtung einer vollumfänglichen positiven Freistellung eingegrenzt."

- Altersteilzeit für Lehrer nach § 80 b Niedersächsisches BeamtenG in der Fassung vom 31.10.2003

⇒ VG Oldenburg, Gerichtsbescheid vom 30.01.2004, - 6 B 402/04 -, <Juris> Rz 21:

"Mit der grundsätzlichen Neuausrichtung der Altersteilzeit als Instrument, das ausschließlich dem Abbau von Personalüberhängen dient, wäre unvereinbar, weiterhin von einem intendierten Ermessen zugunsten einer Bewilligung auszugehen. Sie liefe der eindeutigen gesetzgeberischen Zielsetzung ersichtlich zuwider."

- Einschreiten der Naturschutzbehörde gegen ein Bauvorhaben nach § 57 LNatG M-V

⇒ OVG MP, Urteil vom 18.09.2003, - 1 L 279/01 -, NuR 2004, 739, LS und Rz 93:

"6. § 57 LNatG M-V (NatSchG MV 1) beinhaltet kein intendiertes Ermessen. Die Naturschutzbehörde hat in jedem Einzelfall die für und die gegen ein Einschreiten sprechenden Gründe zu ermitteln und abzuwägen und auf dieser Grundlage die Entscheidung zu treffen, ob eingeschritten werden soll und gegebenenfalls in welcher Weise hier ein Fall eines Verstoßes gegen § 3 Abs. 1 Biosphärenreservatsverordnung und eine Nichtbetätigung des Ermessens."

- Ablehnung der Sozialleistung wegen mangelnder Mitwirkung gem. § 60 SGB I nach § 66 SGB I

⇒ VG Bayreuth, Urteil vom 09.12.2002, - B 3 K 01.389 -, <Juris>, Rz 30 + 33

"Der Senat hat schon im Beschluß vom 16. August 1999 (a.a.O.) Bedenken geäußert, bei § 60 Abs. 1 SGB I generell von einem intendierten Ermessen zu sprechen, denn die Behörde wird sich in vielen Fällen Gedanken machen müssen, ob unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der besonderen Umstände des Einzelfalles die Leistung nach § 66 SGB I oder aber wegen Nichterweislichkeit anspruchsbegründender Taschen nach den Grundsätzen der materiellen Beweislast versagt werden soll. Wie der Senat in seinem Beschluß vom 1. Juli 1998 (FEVS 49, 107 = BayVBl. 1998, 662) ausführlich dargelegt hat, ist der Unterschied zwischen den beiden Arten von Leistungsversagung für das Bestehen und den Umfang des Sozialleistungsanspruchs von entscheidender Bedeutung."

- Rückforderung von Leistungen für die Vergangenheit (soweit nicht von der Ausschlussfrist erfasst) nach § 45 SGB X

⇒ LSG RP, Urteil vom 11.09.2002, - L 6 RJ 2/02 -, <Juris>, zu § 45 SGB I (Verjährung), LS 2 und Rz 20

LS: "§ 45 SGB 1 enthält kein intendiertes Ermessen in dem Sinne, dass Leistungen für die Vergangenheit iS einer Ausschlussfrist generell auf die nicht von der Verjährung erfassten vier Jahre vor dem Jahr ihrer Geltendmachung zu beschränken sind.

...Der § 45 SGB I enthält kein sogen. intendiertes Ermessen. Dieser Vorschrift ist kein allgemeiner Rechtsgrundsatz zu entnehmen, dass Leistungen für die Vergangenheit im Sinne einer Ausschlussfrist generell auf die nicht von der Verjährung erfassten vier Jahre vor dem Jahr der Geltendmachung beschränkt sind (BSG, Urteil vom 22.10.1996 -- 13 RJ 17/96). Ermessen ist auch nicht nur dann auszuüben, sofern eine grobe Unbilligkeit vorläge oder die Einrede zu besonderen Härten führen würde."

2.4 Ermessen in Sonderfällen

2.4.1 Störerauswahl

Neben dem typischen Rechtsfolgeermessen ist im Rahmen des Polizeirechts die Ermessensentscheidung bei der sog. Störerauswahl von großer Bedeutung:

Sind mehrere Personen für einen Gefahrenzustand verantwortlich (z.B. der Eigentümer eines durch einen Ölunfall betroffenen Grundstücks als Zustandsstörer nach § 7 PolG, der Fahrer des Tanklastzugs als Verhaltensstörer nach § 6 PolG), kann die Polizeibehörde entweder gegen den einen oder gegen den anderen oder auch gegen beide vorgehen, um die Gefahr oder Störung zu beseitigen. Stehen mehrere Störer zur Verfügung, so ist die Auswahl des Störers eine Ermessensentscheidung.

⇒ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 15.11.2007, - 1 S 1471/07 -, VBlBW 2008, 137 zur Auswahl des erstattungspflichtigen unter mehreren Bestattungspflichtigen gemäß § 31 Abs. 2 BestattG Bad.-Württ.

2.4.2 Verfahrensermessen

Außerdem hat die Behörde vielfach formelle bzw. verfahrensrechtliche Ermessensentscheidungen zu treffen. Ihr ist nämlich durch § 10 S. 2 LVwVfG aufgegeben, das Verwaltungsverfahren *einfach und zweckmäßig* durchzuführen. Das beinhaltet es oft, dass über die Ausgestaltung des Verfahrens (vgl. z.B. §§ 22 S. 1, 23 II S. 2, 24 I S. 2 usw. LVwVfG) bzw. über die Gewährleistung von Verfahrensrechten (vgl. z.B. §§ 28 II , 29 II , 39 II LVwVfG usw.) nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden ist.

⇒ vgl. VG Ansbach, Beschluss vom 21.03.2001 - Arbeitnehmer 9 K 00.01250 -, <Juris>, Rz 10 (zur Zulässigkeit einer Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO):

"...War demnach durch das Schreiben vom 12. März 2000 keine sofortige Erteilung der Baugenehmigung nach Vorlage der (damals) angeforderten Grunddienstbarkeit zugesagt, so konnte auch in der gleichzeitig erfolgten Zurückstellung der weiteren sachlichen Prüfung der eingereichten Planunterlagen bis zur Vorlage der Grunddienstbarkeit in der modifizierten Fassung keine verzögerliche Sachbehandlung des Baugenehmigungsantrages gesehen werden, die eine Untätigkeitsklage nach § 75 Abs. 1 VwGO rechtfertigen könnte. Es liegt im Verfahrensermessen der Bauaufsichtsbehörden, wegen fehlendem Sachbescheidungsinteresse die abschließende Prüfung und Entscheidung eines vorliegenden Baugenehmigungsantrages so lange zurückzustellen, bis etwaige zivilrechtliche Hindernisse, zu deren Beseitigung nur der Bauherr in der Lage ist, ausgeräumt sind."

⇒ vgl. auch Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 9 A., Rz. 7 zu § 10

Wichtige weitere Fälle von Verfahrensermessen:

- Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten, vgl. §§ 48, 49 LVwVfG
- Entscheidung der Widerspruchsbehörde, ob sie einen verfristeten Widerspruch dennoch sachlich bescheiden möchte

⇒ BVerwG, Urteil vom 16.01.1964, - VIII 72.62 -, DVBl. 1965, 89 = Buchholz 310 § 79 VwGO Nr. 2:

"Die Versäumung der Einspruchsfrist führt nicht zur "Unzulässigkeit" des Einspruchs im prozessrechtlichen Sinne, sie bewirkt nur, dass die Behörde nicht mehr gehalten ist, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes oder des Ablehnungsbescheides nachzuprüfen, und dass auch eine über die Feststellung der Bestandskraft des angefochtenen Verwaltungsaktes hinausgehende gerichtliche Sachprüfung nicht mehr möglich ist, wenn die Behörde eine solche Prüfung zu Recht verweigert hat. Die Sachherrschaft der Behörde wird durch die Versäumung der Einspruchsfrist dagegen nicht berührt… Es steht deshalb im freien Ermessen der Behörde, über den verspätet eingelegten Einspruch sachlich zu entscheiden."

⇒ vgl. dazu auch BVerwG, Urteile vom 18.12.1959, - VII C 95.57 -, NJW 1960, 883 und - unter Bezugnahme auf das Urteil vom 22.02.1962, - V B 42.62 -; Urteil vom 27.02.1963, - V C 105.61 -, <Juris>; VGH Bad.-Württ., Urteile vom 31.08.1979, - V 3404/78 -; vom 21.10.1992, - 6 S 1335/92 -, jeweils in <Juris>.

2.4.3 "Einheitliche Ermessensentscheidung"

Mit Urteil vom 05.07.1985, - 8 C 22/83 -, BVerwGE 72, 1, hat das Bundesverwaltungsgericht eine weitere Variante entwickelt, die sog. einheitliche Ermessensentscheidung. Nach dem in jenem Fall anzuwendenden § 5 I S. 2 c WoBindG setzte die Ermessenseröffnung das Vorliegen einer besonderen Härte voraus. Weil der Gesetzgeber aber der Behörde bei der Feststellung einer besonderen Härte ermächtigt hat, bestimmte Umstände zu berücksichtigen ("kann berücksichtigt werden...), führe dies zu einer Verklammerung von Voraussetzung ("besondere Härte") und Rechtsfolge, so dass die Annahme einer besonderen Härte und die Ermessensentscheidung zu einer einheitlichen Ermessensentscheidung zusammen wüchsen (in Abgrenzung zum Rechtsfolgeermessen).

⇒ vgl. Gemeinsamer Senat der Obersten Bundesgerichte, Urteil vom 19.10.1971, - GmS-OBG 3/70 -, BVerwGE 39, 364:

"Der Gemeinsame Senat ist jedoch der Auffassung, daß nicht für alle Vorschriften, in denen eine Verbindung zwischen einem unbestimmten, einer unmittelbaren Subsumtion nicht zugänglichen Begriff und einem "Können" der Behörde hergestellt ist, von vornherein auf Grund dogmatischer Überlegungen bestimmt und festgelegt werden kann, ob es sich um eine Koppelung zwischen unbestimmtem Rechtsbegriff und (sich daran anschließender) Ermessensausübung, oder ob es sich um die Ermächtigung zu einer Ermessensausübung handelt, die sich an dem unbestimmten Begriff zu orientieren hat. Der Gemeinsame Senat ist der Überzeugung, daß nur nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift entschieden werden kann, ob sie in den Bereich der Ermessensbetätigung oder der Rechtsanwendung führt..."

2.5 Abgrenzung von Ermessen zu unbestimmten Rechtsbegriffen

Gesetze bedienen sich der Sprache. Die gesetzlichen Formulierungen benutzen Worte und Begriffe. Deshalb kann man bei den von den Gesetzen gebrauchten Worten oder Begriffen auch von Rechtsbegriffen sprechen.

2.5.1 Rechtsbegriffe

Rechtsbegriffe sind Wörter, deren sich der Gesetzgeber zur Formulierung der Gesetzestexte bedient, und zwar sowohl im gesetzlichen Tatbestand, als auch auf der Rechtsfolgeseite

- Begriffe wie "Eigentum", "Uniform", "Pflanze", "Sache", "Landschaftsbild"
- oder die ermessensbegründenden Begriffe wie "kann", "ist befugt", "darf", "erforderliche Anordnungen" oder auf der Rechtsfolgeseite Begriffe wie "notwendige Maßnahmen", "erforderliche Anordnungen", "Genehmigung"

2.5.2 Bestimmte, unbestimmte Rechtsbegriffe

Lassen sich Sinn und Bedeutung eines Rechtsbegriffs vom Wort her eindeutig verstehen und einer einzigen inhaltlichen Bestimmung zuordnen, ist der Rechtsbegriff bestimmt:

- "Pflanze", "Uniform", "Sonntag", "Windstärke 7" oder die Legaldefinitionen wie in § 2 LBO.

Da die Gesetze abstrakte und generelle Regelungen enthalten, müssen sie häufig auch abstrakt formuliert werden. Vielfach will der Gesetzgeber durch allgemeine Formulierungen Entwicklungen ermöglichen und starre Gesetze verhindern.

• Regeln der Technik	§ 3 III LBO
• Verunstaltung	§ 35 III 1 Nr. 5 BauGB
• Zuverlässigkeit	§ 8 WaffG, § 57 GewO, § 4 I Nr. 1 GastG
• öffentliche Sicherheit und Ordnung	§ 1 PolG, § 4 I Nr. 2 GastG
• erforderliche Fachkunde	§ 8 II WaffG

Dennoch kann auch hier der verwendete Begriff - im Rahmen des Gesetzeszusammenhangs - objektiv immer nur eine Bedeutung haben (auch wenn er im WaffG anderes beinhaltet als im GastG). Der Begriff ist insoweit unbestimmt und muss durch **Auslegung** ermittelt werden. Dabei besteht kein Ermessen, sondern es kann nur eine zu ermittelnde Inhaltsbestimmung die richtige sein.

Die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen unterliegt uneingeschränkt der gerichtlichen Kontrolle (Art. 19 IV GG). Andernfalls hätten Gesetze ganz unterschiedliche Regelungsinhalte, je nachdem, wer sie gerade anwendet.

⇒ vgl. allgemein: BVerwG, Urteil vom 22.09.2005, - 1 WB 4/05 -, DVBl. 06, 574 = <Juris> Rz. 22-23:

Soweit Schlussfolgerungen aus einem unbestimmten Rechtsbegriff zu ziehen sind, unterliegen die Bestimmung des Sinngehalts, die Feststellung der Tatsachengrundlage und die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs auf die im Einzelfall festgestellten Tatsachen der uneingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung (Urteil vom 1. März 1990 - BVerwG 3 C 50.86 - <NVwZ 1991, 568 <569>> m.w.N.). Dies ist zugleich auch Ausdruck der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung in Art. 19 Abs. 4 GG, wonach die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ("Rechtsweg") die vollständige Nachprüfung eines Aktes der öffentlichen Gewalt in

rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfasst (BVerfG, Beschluss vom 17. April 1991 - 1 BvR 419/81 und 213/83 - <BVerfGE 84, 34 <49 f.>>).

⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 20.11.2008, - 3 C 25/07 -, DöV 2009, 377 = <Juris>, Rz 17:

Der Gesetzesvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber nicht, den unbestimmten Rechtsbegriff der Gleichwertigkeit einer anderweitigen Ausbildung oder Berufserfahrung näher zu konkretisieren. Er kann die Konkretisierung dem Gesetzesvollzug und der Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte überlassen (vgl. zu solchen Konstellationen mwN). Der Gesetzgeber ist auf der anderen Seite nicht gehindert, eine Konkretisierung selbst vorzunehmen oder den Verordnungsgeber dazu zu ermächtigen und die Exekutive auf diese Weise zu binden. In einem solchen Fall ist kein Raum für eine Verwaltungspraxis, die über abschließende Regelungen des Gesetzes oder der Verordnung hinausgeht.

2.5.3 Abgrenzungskriterien

Ob es sich um einen gerichtlich voll überprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff handelt oder ob der Behörde Ermessen oder ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, muss durch Auslegung ermittelt werden.

Allgemeine Kriterien zur Abgrenzung sind

- Sinn und Zweck der Vorschrift unter Berücksichtigung der Natur der Sache

  ⇒ BVerfG, Urteil vom 16.12.1992, - 1 BvR 167/87 -, NVwZ 1993, 670 (Privatschulgenehmigung)

  "Die Verweigerung der Genehmigung mangels besonderen pädagogischen Interesses unterliegt nach Art. 19 Abs. 4 GG der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung. Diese kann jedoch nicht weiter reichen als die materiellrechtliche Bindung der Unterrichtsverwaltung. Der lückenlose Rechtsschutz, den Art. 19 Abs. 4 GG gewährt, schließt daher normativ eröffnete Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume der Verwaltung nicht von vorneherein aus (mwN). An ihnen findet die gerichtliche Kontrolle behördlicher Entscheidungen ihre Grenze. Eine solche Grenze ergibt sich insofern aus Art. 7 Abs. 5 GG selbst, als er die Genehmigung einer privaten Volksschule von der Anerkennung eines besonderen pädagogischen Interesses durch die Unterrichtsverwaltung abhängig macht. Diese Eingrenzung betrifft allerdings nicht die Bedeutung des Begriffs "besonderes pädagogisches Interesse". Seine Auslegung durch die Unterrichtsverwaltung ist gerichtlich in vollem Umfang nachprüfbar. Die Eingrenzung kann sich vielmehr nur auf die Bewertung eines pädagogischen Konzepts im konkreten Fall und die Abwägung mit dem Vorrang der öffentlichen Volksschule beziehen. Insoweit wäre es mit Art. 7 Abs. 5 GG nicht vereinbar, wenn die Gerichte ihre Auffassung an die Stelle der behördlichen setzten. Einen weitergehenden Freiraum gewährt Art. 7 Abs. 5 GG der Unterrichtsverwaltung nicht.

- die Rechtsprechung
- bestehende Verfahrensvorschriften

  ⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 19.10.1971, - GmS-OBG, - 3/70 -, aaO = BVerwGE 39, 364

- der Wortlaut (aber nur in Verbindung mit anderen Kriterien)

  ⇒ vgl. OVG Münster, Urteil vom 18.08.1978, - V A 1438/78 -, DöV 1979, 411:

  " Bei der Entscheidung über die Frage, ob ein Bedürfnis iSd SchulVwG NW § 8 Abs 5 für eine schulorganisatorische Maßnahme besteht, ist weder dem Schulträger noch der Schulaufsichtsbehörde ein Beurteilungsspielraum eingeräumt."

Bei Zweifeln ist von der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit auszugehen, insbesondere, wenn Grundrechte berührt werden.

2.6 Abgrenzung des Ermessens von Beurteilungsspielräumen

2.6.1 Begriff

Beurteilungsspielräume ermächtigen die Behörde (auf der Tatbestandsseite) dazu, einen bestimmten Sachverhalt zu bewerten und zu beurteilen. Der Gesetzgeber überträgt die Befugnis zur Bewertung und Beurteilung auf die Behörde mit der Maßgabe, dass die darauf fußende Entscheidung grundsätzlich verbindlich sein soll und nur sehr eingeschränkt einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt (Letztentscheidungskompetenz der Verwaltung).

⇒ BVerwG, Urteil vom 25.06.1981 - 3 C 35/80 -, BVerwGE 62, 336 und <Juris>, LS und Rz 31:

"2. Den Sortenausschüssen des Bundessortenamtes ist bei ihrer Beurteilung, ob eine angemeldete Sorte auf Grund des vorgenommenen Wertprüfungsvergleichs eine deutliche Verbesserung für den Pflanzenbau oder für die Verwertung des Erntegutes oder der aus ihm gewonnenen Erzeugnisse "erwarten läßt" und insoweit daher auch bei ihrer Feststellung, ob die angemeldete Sorte landeskulturellen Wert hat, eine sogenannte Beurteilungsermächtigung mit der Folge einer eingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle eingeräumt."

Charakteristisch sind Prüfungsentscheidungen, die als "Akte wertender Erkenntnis" letztlich inhaltlich keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegen können.

⇒ vgl. zur Kontrolldichte bei Prüfungsentscheidungen BVerwG, Urteil vom 20.09.1984, - 7 C 57/83 -, BVerwGE 70, 143

Der gerichtlichen Überprüfung entzogen ist das persönlichkeitsgeprägte Werturteil über die Prüfungsleistung. Die Grenzen der Beurteilungsermächtigung sind deshalb dort zu ziehen, wo ein solches Werturteil (noch) nicht zu fällen ist. Die Beurteilung einer Prüfungsleistung ist zwar nicht nur, aber doch auch ein Subsumtionsvorgang. Wie bei jeder Rechtsanwendung muß sich auch hier der Prüfer zunächst Klarheit über den Inhalt der anzuwendenden Rechtsnormen, z.B. der Notendefinitionen oder der Bestimmungen über die Prüfungsanforderungen, verschaffen. Er muß sodann den zu subsumierenden Sachverhalt, also die Prüfungsleistung, ermitteln und zur Kenntnis nehmen. Das setzt voraus, daß er sich - möglicherweise unter Inanspruchnahme einer etwa gegebenen Beurteilungsermächtigung - darüber klar ist, was als Prüfungsleistung überhaupt g e f o r d e r t wird, denn beurteilen soll er, inwieweit die geforderte Leistung den Anforderungen entspricht. Erst im Anschluß an diese Kenntnisnahme des Sachverhalts setzt der Vorgang der höchstpersönlichen Bewertung, also des Abschätzens und Beurteilens der Prüfungsleistung ein. Für die vorangehenden Schritte der Rechtsauslegung und der Sachverhaltsermittlung gelten deshalb keine prüfungsrechtlichen Besonderheiten: Ob der Prüfer die anzuwendenden prüfungsrechtlichen Vorschriften richtig ausgelegt und den Sachverhalt - die geforderte Prüfungsleistung - zur Kenntnis genommen hat, ist der vollen gerichtlichen Nachprüfung zugänglich. Die Ausführungen des Berufungsgerichts auf Seite 20 des Urteilsabdrucks, wonach die inhaltliche Richtigkeit von Randbemerkungen des Prüfers und der von ihm insoweit vertretenen Ansicht in seinen Beurteilungsspielraum fallen, trifft auf die hier in Frage stehenden Randbemerkungen nicht zu.

2.6.2 Feststellung von Beurteilungsspielräumen

Die Feststellung von Beurteilungsspielräumen erfolgt ebenfalls durch Auslegung von Rechtsnormen. Die Auslegungskriterien sind dieselben wie bei der Feststellung von unbestimmten Rechtsbegriffen. Voraussetzung ist die Feststellung, dass der Gesetzgeber die Letztentscheidungskompetenz auf die Verwaltung übertragen hat.

⇒ vgl. allgemein: BVerwG, Urteil vom 22.09.2005, - 1 WB 4/05 -, DVBl. 06, 574 = <Juris> aaO. Rz. 22-23:

Nur ausnahmsweise ist es im Hinblick auf diese verfassungsrechtlichen Normen zu rechtfertigen, der zuständigen Stelle bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes einen eigenen, gerichtlicher Kontrolle nur eingeschränkt zugänglichen Beurteilungsspielraum einzuräumen (mwN). Eine derartige Einschätzungsprärogative der zuständigen (Verwaltungs-) Stelle hat die Rechtsprechung bisher anerkannt bei Entscheidungen über die persönliche Eignung, Fähigkeit und Leistung sowie bei prüfungsspezifischen Wertungen (vgl. BVerfG, mwN), bei Entscheidungen, die auf wissenschaftlichen oder spezialisierten Wertungen beruhen und für die deshalb der Gesetzgeber in verfassungskonformer Weise die Entscheidung durch entsprechend sachkundige Personen vorsieht, bei Entscheidungen, die der Gesetzgeber von besonderen, fachkundig zusammengesetzten, Kollegialorganen (zumeist mit Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit ausgestattet) treffen lässt, bei Entscheidungen, die auf spezifischen Prognosen tatsächlicher oder wertender Art beruhen oder bei Entscheidungen, bei denen der Gesetzgeber die Letztverantwortung für die Ausfüllung eines Rechtsbegriffs wegen einer insoweit bestehenden größeren Sachkompetenz der Verwaltung oder der zuständigen Stelle zugeordnet hat (vgl. mwN)".

Anhaltspunkte: Beurteilungsermächtigungen finden sich typischerweise

- bei Planungs-, Prognose- und Risikobeurteilungen, außerdem
- im Prüfungs- und dienstlichen Beurteilungsrecht
- bei der Übertragung von Aufgaben an Amtsträger mit besonderer Fachkunde
- im Rahmen der Zuständigkeit eines weisungsfreien und pluralistisch zusammen gesetzten Entscheidungsgremiums mit besonderer Sachkunde

  ⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 16.12.1971, - I C 31.68 -, BVerwGE 39, 197 : <Juris> (Einschätzung als Jugend gefährdende Schrift durch die Bundesprüfstelle für Jugend gefährdende Schriften)

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 03.03.1987, - 1 C 16/86-, BVerwGE 77, 75 = <Juris> LS + Rz 23 (Einschätzung von Schriften als Kunstwerke, die nicht als Jugend gefährdend gelten, durch die Bundesprüfstelle)

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 24.08.2000, - 6 B 23/00 -, DVBl 2001, 375-377 = <Juris>, LS und Rz 10:

  Den Mitgliedstaaten steht bei der Aufnahme der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung im Sinne der FFH- Richtlinie (Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie) in die nationale Vorschlagsliste ein naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum zu.

- bei Maßgeblichkeit von persönlichen Erfahrungen der Amtsträger
- bei Fehlen von bestimmten Entscheidungsvorgaben
- bei unvertretbaren Bewertungen (die Bewertung kann nicht von einer anderen Person vorgenommen werden, z.B. Prüfungsbeurteilung, dienstliche Beurteilung)

- bei mangelnder Wiederholbarkeit des entscheidungserheblichen Sachverhalts (Entscheidungen über mündliche Prüfungen)

2.6.3 Wichtige Bereiche mit Beurteilungsspielräumen

1) Eignungs- und Leistungsprüfungen

Bei der Bewertung von Prüfungsleistungen, soweit es sich um Akte wertender Erkenntnis handelt. Soweit es um objektiv nachprüfbare Bewertungsgrundlagen geht, besteht allerdings kein Spielraum.

⇒ BVerwG, Urteil vom 14.07.1961, - VII C 25.61 -, BVerwGE 12, 359 = <Juris>:

"In seinem Urteil vom 24. April 1959 - BVerwGE 8, 272 - hat der erkennende Senat die rechtliche Überprüfbarkeit von Prüfungsentscheidungen dahin abgegrenzt, daß der Richter die eigentliche pädagogisch-wissenschaftliche Wertung nur darauf hin prüfen könne, ob der Prüfer von falschen Tatsachen ausgegangen sei, allgemein gültige Bewertungsgrundsätze nicht beachtet habe oder sich von sachfremden Erwägungen habe leiten lassen. Das pädagogisch-wissenschaftliche Urteil dagegen habe der Prüfer nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben. Dieser Pflicht kann ein Prüfer aber nur nachkommen, wenn er sich bei seinem Urteil nur von seinem Wissen und von seinem Gewissen leiten läßt. Daß der Prüfer seine Entscheidung innerhalb eines "Beurteilungsspielraums" fällt, darf nicht darüber hinweg täuschen, daß sich der Prüfer innerhalb dieses Beurteilungsspielraums immer nur für eine bestimmte Wertung als das richtige und ihm gerecht erscheinende Werturteil entscheiden kann. Der Prüfer kann aber seiner Aufgabe nur gerecht werden und die für ihn damit verbundene höchstpersönliche Pflicht nur dann nach bestem Wissen und Gewissen erfüllen, wenn er in seiner Entscheidung frei und unabhängig ist."

2) Beamtenrechtliche Eignungs- und Leistungsbeurteilungen

⇒ vgl. allerdings zur unterschiedlichen Kontrolldichte bei Prüfungsentscheidungen einerseits und bei dienstlichen Beurteilungen andererseits BVerwG, Urteil vom 17.07.1998, - 2 B 87/97 -, <Juris> LS:

"1. Dienstliche Beurteilungen sind gerichtlich daraufhin zu überprüfen, ob ein unrichtiger Sachverhalt zugrunde gelegt, ob allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, ob sachfremde Erwägungen angestellt oder ob Verfahrensvorschriften verletzt worden sind. Es unterliegt grundsätzlich dem pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn, worauf er im einzelnen sein Gesamturteil stützt....

2. Die neuere Rechtsprechung zur gerichtlichen Prüfungsdichte bei Prüfungsentscheidungen ist auf die anders gelagerten Fälle der Überprüfung dienstlicher Beurteilungen nicht zu übertragen (vgl. u.a. BVerwG, Urteil vom 24. November 1994 - BVerwG 2 C 21/93 - BVerwGE 97, 128-132)."

Anerkannt sind Beurteilungsspielräume für die

- Beurteilung der Eignung eines Bewerbers für ein bestimmtes Amt

⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 22.09.1988, - 2 C 35/86 -, BVerwGE 80, 224 = <Juris> Rz 20, 21)

⇒ BVerwG, Urteil vom 27. Mai 1982, - 2 A 1.79 - (Buchholz 232.1 § 33 Nr. 1 = ZBR 1983, 182):

"(Dem Dienstherrn) ist eine verwaltungsgerichtlich nur beschränkt nachprüfbare Beurteilungsermächtigung für die Frage eingeräumt, ob und ggf. in welchem Maße ein Beamter die über

die Anforderungen der bisherigen Laufbahn wesentlich hinausgehende Eignung für den Aufstieg besitzt bzw. erwarten läßt, ferner eine weitere Ermessensermächtigung hinsichtlich der Frage, wieviele und welche der als geeignet erscheinenden Beamten zum Aufstieg zugelassen werden (vgl. Urteil des Senats vom 2. Juli 1981 - BVerwG 2 C 22.80 - <DÖD 1982, 26>). Der Beamte kann andererseits beanspruchen, daß über seine vorgeschlagene oder beantragte Zulassung zum Aufstiegsverfahren ohne Rechtsfehler entschieden wird (vgl. auch BVerwGE 19, 252 <255>) und von praktizierten ermessensbindenden Richtlinien nicht zu seinem Nachteil grundlos abgewichen wird (vgl. BVerwGE 15, 190 <196>; 19, 49 <55>; 31, 212 f.). Die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung beschränkt sich darauf, ob die Verwaltung den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat oder ob sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat. Sind Richtlinien erlassen, so kontrolliert das Gericht auch, ob die Richtlinien eingehalten worden sind, ob sie sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung halten und auch sonst mit den gesetzlichen Vorschriften in Einklang stehen."

- Beurteilung der Bewährung eines Beamten auf einem bestimmten Amt

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 28.04.1983, - 2 C 89/81 - BVerwG DVBl 1983, 1108 = <Juris>, Rz. 17/20 (zur Entlassung eines Probebeamten wegen mangelnder Bewährung/Zweifel an seiner Verfassungstreue - DKP)

- Beurteilung der Verfassungstreue eines Beamten

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 28.11.1980, - 2 C 27/78 -, BVerwGE 61, 199 = <Juris> LS/OS+Rz 43 (zur Verfassungstreue eines Beamten - NPD -)

- dienstliche Beurteilung eines Beamten

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 26.06.1980, - 2 C 8/78 -, BVerwGE 60, 245 = <Juris> Rz 18 (als Akt wertender Erkenntnis)

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 06.09.1988, - 1 WB 141/87 -, BVerwGE 86, 59 = <Juris> LS (dienstliche Beurteilung eines Soldaten)

- Bewertung eines Dienstpostens

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 28.10.1970, - VI C 55.68 -, BVerwGE 36, 218 = <Juris> (Kein Anspruch des Beamten auf Höherbewertung eines Dienstpostens)

3) Beispiele

vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 9. A., Rz. 76 zu § 40

⇒ BVerwG, Urteil vom 16.05.2007, - 3 C 8/06 -, <Juris>, zur Geschmacksprüfung von Weinen; Aufgabe der früheren Rechtsprechung

4) Kontrollbefugnis des Gerichts

Die Kontrollbefugnis der Gerichte ist bei Beurteilungsspielräumen stark eingeschränkt, denn bei ihrer materiell-rechtlichen Wahrnehmung soll der Verwaltung gerade die Letztentscheidungskompetenz verbleiben.

⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 21.03.2007, - 2 C 2/06 -, Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr 27 = <Juris>:

"Eine dienstliche Beurteilung ... ist wegen der Beurteilungsermächtigung des Dienstherrn nur einer eingeschränkten gerichtlichen Prüfung zugänglich. Die Verwaltungsgerichte können nur prüfen, ob der Beurteiler <u>einen unrichtigen Sachverhalt</u> zugrunde gelegt hat, ob er den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem er sich frei bewegen kann, ver-

kannt hat, ob allgemeine Bewertungsmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt worden sind und ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten ist. Soweit der Dienstherr Richtlinien für die Abfassung der dienstlichen Beurteilung erlassen hat, ist vom Gericht zu prüfen, ob diese - vermittels Art. 3 Abs. 1 GG den Dienstherrn gegenüber dem Beamten rechtlich bindenden - Richtlinien eingehalten sind und ob die Richtlinien mit den gesetzlichen Regelungen, speziell denen der Laufbahnverordnung über die dienstliche Beurteilung, und auch sonst mit gesetzlichen Vorschriften im Einklang stehen (stRspr, vgl. z.B. Urteil vom 19. Dezember 2002 - BVerwG 2 C 31.01 - Buchholz 237.9 § 20 SaarLBG Nr. 1 m.w.N.)"

⇒ BVerwG, Beschluss vom 01.10.2009, - 2 VR 6/09 - <Juris>, Rz 15

Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich darauf, ob der Geheimschutzbeauftragte von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem er sich frei bewegen kann, verkannt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat (vgl. mwN).

Im Rahmen der Beurteilung des Sicherheitsrisikos ist auch eine Prognose der künftigen Entwicklung der Persönlichkeit des Betroffenen und seiner Verhältnisse zu treffen (vgl. hierzu mwN)."

Daher kann sich die gerichtliche Kontrolle regelmäßig nur darauf beziehen, ob

- eine materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Rechtsgrundlage besteht (z.B. Prüfungsordnung, Beurteilungsrichtlinien)
- die (zum Schutz des Betroffenen) gebotenen Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind
- die Verwaltung die der Beurteilungsermächtigung zugrunde liegenden unbestimmten Rechtsbegriffe richtig erkannt und angewandt hat
- die Verwaltung den Sinn und Zweck sowie den gesetzlichen Rahmen der Beurteilungsermächtigung richtig erkannt und eingehalten hat, insbesondere
  - keine sachfremden Erwägungen anstellt

⇒ BVerwG, Urteil vom 26.11.1987, - 2 C 41/87 - DöV 1988, 118-119 = <Juris> Rz 26:

"Die angegriffene Beförderungsauswahl der Beklagten wäre schon dann rechtswidrig, wenn sie nicht allein durch die von der Beklagten ... vorgetragenen ...Abwägung der Eignung der Bewerber veranlaßt, sondern zumindest auch durch eine unzulässig negative Bewertung der zahlreichen Eingaben und Rechtsbehelfe des Klägers beeinflußt worden sein sollte. Denn der Beamte hat aufgrund der Fürsorgepflicht des Dienstherrn (§ 85 LBG NW) zwar keinen Anspruch auf Beförderung, wohl aber auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seine Beförderung; die Fürsorgepflicht verbietet es dem Dienstherrn, sich bei der Entscheidung über die Beförderung eines Beamten von anderen als sachlichen Erwägungen leiten zu lassen (vgl. mwN). Gerade angesichts des weiten Spielraums des Dienstherrn bei der Bestimmung der zahlreichen fachlichen und persönlichen Anforderungen und deren Gewichtung für die Besetzung einer Beförderungsstelle sowie bei der Beurteilung, inwieweit die einzelnen Bewerber diese Anforderungen erfüllen, ist es von besonderer Bedeutung, daß sich der Dienstherr allein von sachlichen Erwägungen leiten läßt und seine Entscheidung von keiner sachfremden Erwägung auch nur mit beeinflußt ist."

  - dem Grundsatz der Chancengleichheit Rechnung trägt

⇒ BVerwG, Urteil vom 17.02.1984, - 7 C 67/82 -, BVerwGE 69, 46-52 = <Juris> LS:

"Der Grundsatz der Chancengleichheit steht einer prüfungsrechtlichen Regelung nicht entgegen, die vom Prüfling bei einer mehrstündigen schriftlichen Prüfung verlangt, Beeinträchtigungen des Prüfungsablaufs - hier durch Lärmstörungen - gegenüber den Aufsichtführenden unverzüglich geltend zu machen, und die an die Verletzung dieser Obliegenheit die Rechtsfolge

knüpft, daß die Beeinträchtigungen unbeachtlich sind. Chancengleichheit (BVerwG NJW 1985, 447)."

- den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt (Angemessenheit)

⇒ BVerwG, Urteil vom 15.07.2008, - 1 WDS-VR 11/08 - Buchholz 449 § 3 SG Nr 46 = <Juris> Rz. 28 ff. zur Angemessenheit (Wegversetzung eines Soldaten wegen mangelnder Eignung):

"Das Bundesministerium der Verteidigung hat jedoch allgemeingültige Wertmaßstäbe bei seiner Versetzungsentscheidung nicht beachtet.

Zu den allgemeingültigen Wertmaßstäben gehört der aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitete Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er bindet alle staatliche Gewalt, sofern sie subjektive Rechte des Bürgers in irgendeiner Weise beeinträchtigt (m.w.N.).

Eine wesentliche Komponente des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist die Proportionalität. Sie setzt voraus, dass eine Maßnahme oder Beeinträchtigung nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen darf, dass sie bei einer Gesamtbewertung angemessen und deshalb für den Betroffenen zumutbar sein muss.

Zur Prüfung dieser Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sind neben einer Abwägung aller relevanten Belange insbesondere auch die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen (mwN)."

- die Verwaltung von einem vollständig ermittelten und zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist

⇒ BVerwG, Urteil vom 21.03.2007, - 2 C 2/06 -, aaO.

- die Verwaltung allgemein anerkannte Wertmaßstäbe angewandt hat, z.B. eine gute Leistung muss gut, eine schlechte schlecht bewertet werden oder je schwieriger die Aufgabe, desto geringer die Anforderungen usw.

⇒ BVerwG, Urteil vom 28.01.1981, - 1 WB 150/79 -, <Juris>, Rz. 28 (zur Frage, welche dienstliche Beurteilung einer laufbahnrechtlichen Entscheidung mit welchem Gewicht zugrunde gelegt werden darf):

Die Entscheidung, den Antragsteller nicht zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes zuzulassen, enthält keinen Ermessensfehler. Sie beruht in erster Linie auf der Stellungnahme des nächsthöheren Disziplinarvorgesetzten vom 24. Januar 1978 zur Laufbahnbeurteilung vom 19. Januar 1978. Der Antragsteller wendet sich nicht dagegen, daß im Auswahlverfahren (vgl. mwN) eine derartige Laufbahnbeurteilung (Nrn. 110, 111 der ZDv 20/6) vorzulegen und zu berücksichtigen ist. Soweit er beanstandet, daß PSABw und BMVg der Stellungnahme des nächsthöheren gegenüber der des nächsten Disziplinarvorgesetzten in den Beurteilungen vom 18. und 19. Januar 1978 mehr Gewicht beigemessen haben, übersieht er, daß es gerade Aufgabe der personalbearbeitenden Stellen ist, Beurteilungen über Soldaten im Hinblick auf deren weitere Verwendung "zu werten", d.h. also, sich darüber schlüssig zu werden, welches Gewicht sie ihnen beimessen wollen. Eine gerichtliche Überprüfung ist insoweit allenfalls in der Hinsicht zugelassen, ob der Vorgesetzte bei einer solchen Wertung allgemein anerkannte Wertmaßstäbe mißachtet hat oder von unzutreffenden Wertungsunterlagen ausgegangen ist (mwN)."

⇒ vgl. dazu HessVGH, Urteil vom 13.01.1970, - I OE 68/88 - NJW 1970, 1061 = <Juris> nur LS:

" 1. Wird eine Prüfungsarbeit hinsichtlich ihrer Benotung mit denen anderer Prüflinge verglichen, so liegt ein Verstoß gegen den allgemeingültigen Bewertungsmaßstab vor und die Note sowie die auf ihr beruhende Prüfungsentscheidung sind fehlerhaft."

⇒ BVerwG, Urteil vom 09.12.1983, - 7 C 99/82 -, DöV 1984, 804 = <Juris> Rz. 17, 18

b) Mit ihrer Auffassung, bei den beiden beanstandeten Fragen sei gegen das Gebot der Beachtung allgemeingültiger Bewertungsgrundsätze verstoßen worden, kann die Revision nicht durchdringen. Es mag zwar - bei richtigem, sogleich darzulegendem Verständnis - ein allge-

meingültiger Bewertungsgrundsatz sein, daß ein Prüfer keine Antworten verlangen darf, nach denen er nicht gefragt hat. Das ist hier aber auch nicht geschehen.

2.6.4 Abgrenzung der Beurteilungsermächtigung vom Ermessen

Ermessen besteht auf der Rechtsfolgeseite und ist eröffnet, wenn die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Ermessen eröffnet der Behörde regelmäßig mindestens zwei Handlungsalternativen auf der Rechtsfolgeseite.

Demgegenüber bestehen Beurteilungsspielräume grundsätzlich auf der Tatbestandsseite (Rechtsvoraussetzungsatz). Es handelt sich bei den Bewertungen und Beurteilungen um die Feststellung von Tatbestandsmerkmalen, deren Vorliegen eine Rechtsfolge ermöglichen soll. Im Unterschied zur inhaltlichen Bestimmung von unbestimmten Rechtsbegriffen durch reine Auslegung erfolgt die Anwendung der Beurteilungsermächtigung durch einen Wertungs- oder Beurteilungsakt der Behörde.

Die rechtmäßige Ausübung der Beurteilungsermächtigung folgt aber im Grundsatz den Kriterien, die nach § 40 VwVfG für die Ermessensbetätigung vorgeschrieben ist. Das hat insbesondere Bedeutung bei der Beachtung von Sinn und Zweck sowie den Grenzen der Beurteilungsermächtigung. Hierfür können die Anforderungen sinngemäß herangezogen werden, die im Rahmen des Ermessens - vgl. dazu nachfolgend Ziff. 3) nach § 40 VwVfG Geltung beanspruchen (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, aaO., Rz. 4).

2.6.5 Koppelungsvorschriften

Es handelt sich dabei um eine Kombination von Beurteilungsspielräumen auf der Tatbestandsseite und Ermessensspielräumen auf der Rechtsfolgeseite.

Soweit dabei unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden, richtet sich deren Auslegung und Kontrolle nach den allgemeinen Grundsätzen. Gleiches gilt für die Ausübung des Ermessens. Da sich jedoch die Bewertungsmaßstäbe für die Ausübung der Beurteilungsermächtigung und diejenigen für die Ermessensbetätigung stark unterscheiden können, müssen die Beurteilung und die Ermessensbetätigung strikt von einander getrennt vorgenommen und womöglich später auch im Rahmen der eingeschränkten Kontrollbefugnis der Gerichte geprüft werden.

⇒ vgl. zur Prüfungsfolge BVerwG, Urteil vom 16.12.1971, - I C 31/68 -, DöV 72, 419 - BVerwGE 39, 197

⇒ vgl. Gemeinsamer Senat der Obersten Bundesgerichte, Urteil vom 19.10.1971, - GmS-OBG 3/70 -, BVerwGE 39, 364:

"Der Gemeinsame Senat verkennt nicht, daß der Begriff "unbillig" - für sich und dogmatisch betrachtet - in die Kategorie der unbestimmten Rechtsbegriffe eingeordnet werden kann... Der

Gemeinsame Senat ist jedoch der Auffassung, daß nicht für alle Vorschriften, in denen eine Verbindung zwischen einem unbestimmten, einer unmittelbaren Subsumtion nicht zugänglichen Begriff und einem "Können" der Behörde hergestellt ist, von vornherein auf Grund dogmatischer Überlegungen bestimmt und festgelegt werden kann, ob es sich um eine Koppelung zwischen unbestimmtem Rechtsbegriff und (sich daran anschließender) Ermessensausübung, oder ob es sich um die Ermächtigung zu einer Ermessensausübung handelt, die sich an dem unbestimmten Begriff zu orientieren hat. Der Gemeinsame Senat ist der Überzeugung, daß nur nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift entschieden werden kann, ob sie in den Bereich der Ermessensbetätigung oder der Rechtsanwendung führt..."

⇒ VG Freiburg, Beschluss vom 31.08.2009, - 1 K 1055/09 -, <Juris> Rz. 27

Ermessensfehler der Antragsgegnerin kann die Kammer schließlich nicht feststellen. Selbst bei überwiegenden öffentlichen Belangen sieht § 7 Abs. 1 StrG allerdings vor, dass die Entscheidung über die Teileinziehung gleichwohl im Ermessen der Straßenbaubehörde verbleibt. Allerdings handelt es sich bei § 7 Abs. 1 StrG um eine sog. Koppelungsvorschrift; die auf der Tatbestandseite für die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe maßgeblichen Kriterien sind folglich zugleich für die Ermessensausübung bestimmend. Tatbestand und Rechtsfolge sind mithin nicht strikt zu trennen, sondern miteinander verschränkt...

2.7 Prognoseentscheidungen

2.7.1 Begriff

Behördliche Entscheidungen über künftige Entwicklungen können sich in der Regel nicht auf feststehende Sachverhalte stützen, sondern nur auf eine Prognose über die erwartete künftige Entwicklung.

⇒ VG Berlin, Urteil vom 26.02.2008, - 28 A 134.05 -, <Juris>, 27 f.

Auch der Einwand des Klägers, dass die Beklagte nicht ermessensfehlerfrei das Vorliegen dauernder Dienstunfähigkeit habe feststellen können, weil der Postbetriebsarzt unzulässigerweise in den Gutachten erklärt habe, dass die „dauernde Dienstunfähigkeit zu bestätigen sei“, überzeugt nicht, da sich aus den Verwaltungsvorgängen und den angegriffenen Bescheiden ergibt, dass die Beklagte eine eigene Prognoseentscheidung zur dauernden Dienstunfähigkeit getroffen hat.

Im maßgeblichen Zeitpunkt des Widerspruchsbescheids lagen aufgrund des Krankheitsbildes und des Krankheitsverlaufs weder Anhaltspunkte dafür vor, dass der Kläger unter Heranziehung von Hilfsmitteln an einem behindertengerechten Arbeitsplatz einsetzbar gewesen wäre, noch dass eine anderweitige Verwendbarkeit gemäß § 42 Abs. 3 BBG in Betracht gekommen wäre.

Solche Prognoseermächtigungen sind bisher vor allem im Bereich der Beurteilungs- sowie der Planungsentscheidungen anerkannt worden.

Beispiele:

- Feststellung der künftigen Verkehrsentwicklung im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens für eine neue Bundesstrasse
- Feststellung der künftigen Fehlzeiten eines (insbesondere schwerbehinderten) Arbeitsnehmers

- Feststellung der gesundheitlichen Eignung eines Beamtenbewerbers für dessen Ernennung zum Lebenszeitbeamten
- Feststellung der Wiederholungsgefahr einer Straftat bei der Entscheidung über die Ausweisung eines Ausländers

Diese Feststellungen lassen sich nicht mit Sicherheit treffen, sondern setzen immer eine gewisse prognostische Bewertung und Beurteilung voraus. Sie begründen aber keine eigenständige Ermächtigung der Verwaltung zur Inanspruchnahme von Spielräumen, sondern unterliegen in vollem Umfange der gerichtlichen Überprüfung.

Die Folge ist, dass die bloße Notwendigkeit einer Prognoseentscheidung auf der Tatbestandsseite keinerlei Spielraum auf der Rechtsfolgeseite bewirkt, wenn nicht eine besondere Ermessensermächtigung vorliegt. Deshalb besteht auch ein Rechtsanspruch auf die Rechtsfolge, wenn die Prognose eine begünstigende Entscheidung ermöglicht.

⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 07.09.1989, - 7 C 44/88 u.a. -, BVerwGE 82, 295 zur Prognose, ob die Erteilung einer Taxi-Konzession die Funktionsfähigkeit des örtlichen Taxengewerbes gefährdet (§ 13 PBefG)

2.7.2 Grundlagen

Grundlage für eine hinreichende Prognoseentscheidung kann nur sein:

- die hinreichende Aufklärung des maßgeblichen Sachverhalts (Prognosegrundlage)
- die Anwendung von (wissenschaftlich) anerkannten Prognosemethoden

Die Prognose muss aber nicht eintreten. Trifft die prognostizierte Entwicklung nicht ein, so berührt dies nicht die Rechtmäßigkeit der Prognose, wenn sie ordnungsgemäß zustande gekommen ist. Demgemäß sind auch für die gerichtliche Prüfung die Prognosegrundlage und die angewandten Methoden der Prüfungsmaßstab für Prognoseentscheidungen.

3. Inhalt und Grenzen des Ermessens

Nach § 40 LVwVfG muss die Verwaltung das Ermessen

- dem Zweck der Ermessensermächtigung entsprechend und
- unter Einhaltung der gesetzlichen Grenzen der Ermessens

auszuüben.

Die Beachtung dieser materiell-rechtlichen Ermessensvorgaben ist nicht nur ein Gebot des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, sondern soll auch die Vermeidung von Ermessensfehlern sicherstellen. Die wichtigsten Ermessensfehler sind

- Erwägungen, die sich nicht an den Zwecken der Ermächtigung orientieren, also sachfremd und somit willkürlich sind (Ermessensmißbrauch)
- Rechtsfolgen, die jenseits der zulässigen Grenzen der Ermächtigung liegen (Ermessensüberschreitung).

3.1 Zweck der Ermächtigung

Die Verwaltung darf von der Ermächtigung, nach ihrem Ermessen zu handeln, nur nach Maßgabe des Gesetzeszwecks Gebrauch machen. Die zu treffende Entscheidung muss ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Gesetzesmaterie finden. Das Ermessen darf nur in sachlicher, d.h. einem dem Zweck des jeweiligen Gesetzes entsprechenden Weise ausgeübt werden.

⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 29.10.1964, - II C 182.61 -, BVerwGE 19, 332 = <Juris> Rz. 35: Versetzung eines politischen Beamten in den vorläufigen Ruhestand

"Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Anwendung des § 36 Abs. 1 BBG in das Ermessen des Bundespräsidenten gestellt und daß dieses Ermessen keine freie Willkür, sondern ein durch den Gesetzeszweck bestimmtes und begrenztes pflichtgemäßes Verwaltungsermessen ist. Daß die Versetzung "politischer Beamter" in den einstweiligen Ruhestand "jederzeit" ausgesprochen werden kann, kennzeichnet zwar die Weite, besonders die zeitliche Unbeschränktheit, des Ermessensspielraums, befreit aber diesen nicht schlechthin von jeder rechtlichen Begrenzung. So ist z.B. auch die Entlassung eines Beamten auf Widerruf, die nach § 61 Satz 1 des Deutschen Beamtengesetzes vom 26. Januar 1937 (RGBl. I S. 39) ebenfalls "jederzeit" ausgesprochen werden konnte, eine durch den Gesetzeszweck sachgebundene Ermessensentscheidung (vgl. mwN). Die nach § 36 Abs. 1 BBG getroffene Maßnahme ist deshalb rechtswidrig, wenn sie nicht dem gesetzlichen Ermessenszweck entspricht; dies kann vom Verwaltungsgericht nachgeprüft werden (§ 114 der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (BGBl. I S. 17) -- VwGO --).."

Daher bedeutet "pflichtgemäße Ermessensausübung" die Orientierung an den Ermessenszwecken als Leitlinie für die Ermessensbetätigung. Die Zwecke dienen also der Steuerung der Entscheidung, wenn der gesetzliche Tatbestand erfüllt und das Ermessen eröffnet ist.

Dabei stehen mit dem vom Zweck verfolgten öffentlichen Interesse und dem davon u.U. belastend betroffenen privaten Interesse des Betroffenen stets mindestens zwei Zwecke in einem Spannungsverhältnis zueinander.

3.1.1 Bestimmung der Ermächtigungszwecke

Grundsätzlich lassen sich unterscheiden nach dem Polizei- und Ordnungsrecht einerseits und der leistenden bzw. steuernden Verwaltung andererseits:

3.1.1.1 Zwecke der Ermächtigung im Polizei- und Ordnungsrecht

Hier geht es um die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Zwecke der Ermächtigung sind hier

- die Abwehr von Gefahren und die Beseitigung von Störungen hinsichtlich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (z.B. § 1 PolG,)
- die möglichst weitgehende Schonung der Rechtsposition des betroffenen Bürgers (insbesondere die Gewährleistung der Grundrechte)

Es handelt sich um eine klassische Zweck-Mittel-Relation, der Ausgleich zwischen den beiden Zwecken ist unter Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 GG) und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 I GG) zu bewirken.

Es können weitere Zwecke hinzukommen, etwa in Fällen, in denen weitere Personen als polizeipflichtige Störer in Anspruch genommen werden können oder als zu schützende Träger von Rechtsgütern in Frage kommen.

3.1.1.2 Zwecke der Ermächtigung im Sozialrecht

Im Bereich der Leistungsverwaltung, insbesondere im Sozialrecht, folgen die Ermächtigungszwecke zumeist aus den Gesetzen selbst, z.B.

- im Rahmen der Sozialhilfe aus § 1 SGB XII
- im Rahmen der Pflegeversicherung aus §§ 1 IV, 3 SGB XI
- im Rahmen des Schwerbehindertenrechts aus § 1 S. 1 SGB IX usw.

Danach gibt der Gesetzgeber idR vor, welche Ziele mit der jeweiligen Sozialleistung verfolgt wird, insbesondere welcher spezifische Bedarf durch die vorgesehenen Leistungen

gedeckt werden soll. Daraus lassen sich, soweit Ermessensspielräume vorhanden sind, die Ermessenszwecke definieren.

⇒ vgl. Nds. OVG, Urteil vom 11.03.1985, - 12 C 1/84 -, NJW 1986, 863

"Das ausnahmslose Verbot einer Sondernutzung (in einer gemeindlichen Satzung) ist nichtig".

3.1.1.3 Zwecke der Ermächtigung in der steuernden Verwaltung

In den modernen Gesetzen der lenkenden bzw. steuernden Verwaltung werden die Zwekke der Ermächtigung ebenfalls meist ausdrücklich bestimmt: Im

- Naturschutzrecht in §§ 1 und 2 BNatSchG
- Baurecht in § 1 V und VI BauGB
- Peronenbeförderungsrecht in § 13 II PBefG.
- Subventionsrecht in den gesetzlichen Grundlagen, fehlen solche, aus den zugrunde liegenden Haushaltstiteln, die allerdings keine subjektiven Rechtsansprüche begründen können, sowie den zugrunde liegenden Verwaltungsvorschriften. Der Bürger ist hierbei auf die Inanspruchnahme des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 GG beschränkt.

3.1.2 Andere Zweckorientierungen

Maßgeblich sind zunächst die Zwecke, soweit sie sich aus der Ermächtigungsnorm selbst ergeben. Andernfalls können diese durch das übrige Recht ergänzt werden, soweit dessen Wahrung in der konkreten Ermessensentscheidung geboten ist

⇒ vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 10.06.1989, 12 A 234/86 -, NVwZ 90, 788

LS 2. Es ist durchaus legitim, bei der Bestimmung des Kostenadressaten den Gesichtspunkt seiner wirtschaftlichen, finanziellen Leistungsfähigkeit ausschlaggebend sein zu lassen, denn für den Kostenaufwand der Behörde soll möglichst umfassend, betragsdeckend und effektiv Ersatz verlangt werden können.

Dabei kann es sich handeln um

- die Grundrechte bzw. das Verfassungsrecht

  ⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 23.08.1994, - 1 C 19/91 -, DVBl. 1995, 47 = <Juris> Rz 24

  Bei der Ermessensentscheidung über die Zulassung einer Spielbank sind allerdings die Grundrechtspositionen privater Bewerber aus Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.

- europarechtliche Richtlinien, selbst wenn sie noch nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind

  ⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 30.11.1982, - 1 C 25/78 -, BVerwGE 66, 268 = <Juris> Rz 32

Andere völkerrechtliche Verträge gewähren den Klägern keinen weiterreichenden Schutz. Das gilt insbesondere für die Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961 (BGBl. 1964 II S. 1262/1965 II S. 1122) - ESC -, die für Spanien seit dem 5. Juni 1980 in Kraft ist (BGBl. 1980 II S. 1493). Die Charta enthält nach Teil III ihres Anhangs (vgl. Art. 38 ESC) rechtliche Verpflichtungen internationalen Charakters. Auch wenn solche Verpflichtungen bei der Anwendung innerstaatlicher Ermessensermächtigungen zu berücksichtigen sind (vgl. Randelzhofer, Der Einfluß des Völker- und Europarechts auf das deutsche Ausländerrecht, 1980, S. 29), ist hier die Charta nicht verletzt.

- das Völkerrecht

  ⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 18.12.1992, - 7 C 12/92 -, BVerwGE 91, 331

  1. Es verstößt weder gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes noch gegen die Europäische Sozialcharta noch gegen das Assoziationsrecht zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei, daß türkische Staatsangehörige vom Bezug eines in Baden--Württemberg freiwillig gewährten Landeserziehungsgeldes ausgeschlossen sind.

3.2 Gesetzliche Grenzen (Schranken) der Ermessensermächtigung

Die gesetzlichen Grenzen der Ermessensbetätigung werden definiert durch

- die Ermessensermächtigung selbst
- den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 GG
- die Selbstbindung der Verwaltung
- den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

3.2.1 Schranken der Ermächtigung in der Ermächtigungsgrundlage

Enthält die Ermächtigungsgrundlage bestimmte Rechtsfolgen, so darf die Entscheidung nur eine der vorgesehenen Rechtsfolgen zur Anwendung bringen.

Geht es um das Entschließungsermessen, also um die Frage, ob die vorgesehene oder mögliche Rechtsfolge zur Anwendung kommt oder ob darauf verzichtet wird, kann es durch die Regelung von Nebenbestimmungen noch eine ganze Reihe weiterer Rechtsfolgen geben (vgl. § 36 II LVwVfG).

Bei offenen Rechtsfolgen ("... befugt, die erforderlichen Anordnungen zu treffen") handelt es sich ohnehin nicht um *bestimmte* Rechtsfolgen; hier kann nur das Verfassungsrecht (insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) als Schranke eingreifen.

3.2.2 Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 GG

Schranken bei der Ermessensbetätigung ergeben sich regelmäßig aus dem Gleichbehandlungsgebot bzw. den Differenzierungsverboten. Die Forderung nach Gleichbehandlung ist für jede Ermessensentscheidung von besonderer Bedeutung, weil die im Einzelfall zu treffende Entscheidung verallgemeinerungsfähig sein muss. Das bedeutet, dass sich die einer einzelnen Entscheidung zugrunde liegenden Gesichtspunkte in einer Regel formulieren lassen müssen, die eine allgemeine Gültigkeit für sich beanspruchen kann.

3.2.2.1 Verbot zweckwidriger Differenzierungen

Andere Gesichtspunkte, als diejenigen, die den Zwecken der Ermächtigung entsprechen, müssen danach unberücksichtigt bleiben und können eine unterschiedliche Behandlung von Fällen keinesfalls rechtfertigen.

Das Differenzierungsverbot ist dann von besonderer Bedeutung, wenn die Ermächtigungsnorm die Zwecke nicht hinreichend deutlich erkennen lässt oder wenn es an einer materiellen Ermächtigung ganz fehlt (z.B. im Subventionsrecht).

3.2.2.2 Gebot der Chancengleichheit

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet die Gewährleistung von Chancengleichheit, z.B.

- bei Wahlen, bei Zulassung von Parteien zu Rundfunksendungen

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 17.10.1986, - 7 C 86/85 -, BVerwGE 75, 79 = <Juris> Rz. 17

  "Entscheidend ist nämlich, daß die Sendungen des DLF - auch wenn sie, dem Auftrag des DLF entsprechend, nur der Information der Bevölkerung außerhalb der Bundesrepublik Deutschland dienen sollen - doch in der Bundesrepublik mitgehört werden können und hier Werbewirkung entfalten. Deshalb müssen auch die der Chancengleichheit bei der Wahlwerbung dienenden Regelungen, insbesondere § 5 PartG, Anwendung finden. Es ist daher nur folgerichtig, daß § 27 Abs. 1 BRdFunkG diesem Gebot Rechnung trägt..."

- bei der Zulassung zu Märkten und Messen

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 27.04.1984, - 1 C 26/82 -, NVwZ 1984, 558 = <Juris> und Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 30.04.1991, - 14 S 1277/89 -, DVBl. 1991, 949 = <Juris> Rz 19

  Deshalb ergeben sich aus dem Grundsatz der Marktfreiheit für das Verteilungsermessen des Veranstalters zwingende Schranken (vgl. mwN)

  Die Beachtung der wettbewerblichen Chancengleichheit aller Bewerber schließt die Anwendung von Verteilungskriterien aus, die mit dem durch die betreffende Veranstaltung gekennzeichneten Lebenssachverhalt in keinem sachlichen Zusammenhang stehen (vgl. allgemein Roth, Rechtliche Probleme der Zulassung von Schaustellern zu Volksfesten, Spezialmärkten

und Jahrmärkten, WiVerw 1985, 46 ff., 52). Das Ausschließungsermessen kann danach entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung nur dann fehlerfrei ausgeübt werden, wenn es bei der unumgänglichen Beschränkung der Marktfreiheit ausschließlich marktrechtliche und marktspezifische Gesichtspunkte berücksichtigt.

- bei der Zulassung von weiteren Taxi-Unternehmen

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 30.06.2005, - 3 C 24/04 -, BerwGE 23, 318 = <Juris> Rz 40

  Danach hält das Gericht wegen veränderter Rechtslage aus Gründen der Chancengleichheit an der früheren Rechtsprechung nicht mehr fest, wonach Eigenwerbung auf Taxen generell verboten war.

- im Prüfungsrecht

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 14.07.1999, - 6 C 20/98 -, BVerwGE 109, 211 = <Juris> LS und Rz 18

  "Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist der Grundsatz der Chancengleichheit auch im Verfahren der Leistungsbewertung bei Anwendung der Bewertungskriterien zu beachten. Das bedeutet insbesondere, daß ein Prüfer bei einer aufgrund eines erkannten Bewertungsfehlers erforderlichen Neubewertung nicht seine Bewertungskriterien ändern darf, nach denen er im Rahmen des ihm zustehenden Bewertungsspielraums die Prüfungsleistung ursprünglich bewertet hat (vgl. mwN). Er darf mit anderen Worten bei der Neubewertung das der ursprünglichen Bewertung der Prüfungsarbeiten aller Prüflinge zugrunde gelegte Bewertungssystem, soweit es rechtmäßig ist, nicht verändern. "

- bei der Auswahl von Personen aus einer Mehrzahl von Bewerbern

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 20.03.1996, - 6 P 7/94 -, BVerwGE 100, 354 = <Juris>

  (Mitbestimmung des Personalrats bei der) Auswahl zwischen männlichen und weiblichen Bewerbern um einen Dienstposten (Frauenquote)

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 28.01.1987, - 2 B 143/86 -, <Juris> Rz 15

  "Das Berufungsgericht hat auch nicht ... die Pflicht des Dienstherrn, unter Ausschaltung aller sachfremden Einflüsse sich lediglich von sachlichen Erwägungen, Gerechtigkeit und Wohlwollen leiten zu lassen sowie die Chancengleichheit der Bewerber zu gewährleisten, verneint."

3.2.2.3 Selbstbindung der Verwaltung

Die Verwaltung kann sich durch die Verwaltungspraxis selbst binden.

1) Ständige Verwaltungspraxis

Ein willkürliches Abweichen der Verwaltung von ihrer eigenen bzw. in vergleichbaren Fällen eingehaltenen ständigen Praxis ist unzulässig, wenn die dieser Praxis zugrunde liegenden Erwägungen den Zielen und Zwecken der Ermächtigung entsprechen

⇒ BVerwG, Urteil vom 21.10.1986, - 1 C 44/89 -, BVerwGE 75, 86

"Es liegt außerdem nichts dafür vor, daß die Behörden bei der Ausübung ihres Ermessens von ihrer Verwaltungspraxis in vergleichbaren Fällen abgewichen wären und dadurch den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt hätten."

und die Verwaltungspraxis auch sonst rechtmäßig ist. Bei rechtswidriger Verwaltungspraxis kann keine Bindungswirkung nach Art. 3 GG eintreten, weil es keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht gibt.

⇒ BVerwG, Urteil vom 06.12.1989, - 6 C 52/87 -, NVwZ-RR 90, 365 = <Juris> Rz 40

"Die Untersagung ist schließlich auch nicht wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz zu beanstanden; namentlich brauchte das Berufungsgericht von seinem Rechtsstandpunkt aus, daß der Kläger keine Gleichbehandlung im Unrecht verlangen könne, den Sachverhalt nicht weiter aufzuklären." (Untersagung einer Beratertätigkeit in der Rüstungsindustrie für Soldaten im Ruhestand)

Die Behörde darf allerdings die Verwaltungspraxis ex nunc ändern, wenn dies nach sachlichen Erwägungen erfolgt und eine neue Praxis für die Zukunft erwarten lässt, nötigenfalls auch mit einer Übergangsregelung

⇒ VG Köln, Urteil vom 14.03.2008, - 4 K 3217/06 -, <Juris> Rz 24

Der Anerkennungserlass stellt eine behördeninterne Richtlinie dar, die keine Außenwirkung entfaltet. Er bindet zwar die Behörde aus Gründen der Gleichbehandlung gemäß Art. 3 Grundgesetz, solange der Erlass Geltung beansprucht. Diese Bindungswirkung entfällt indes, wenn der Erlassgeber ... aus sachlichen Gründen ... ex nunc eine Änderung der Verwaltungspraxis beschließt. Anhaltspunkte dafür, dass die insoweit zum 1. Februar 2005 vorgenommene Änderung ... sachwidrig wäre, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

2) Richtlinien geleitete Praxis

Die Grundsätze über die Selbstbindung der Verwaltung als Folge des Gleichbehandlungsgebotes gelten auch für ein Abweichen von sonst regelmäßig befolgten Richtlinien oder sonstigen ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften.

Grundsätzlich sind die Verwaltungsbehörden befugt, ermessensleitende Verwaltungsvorschriften oder Richtlinien zu erlassen, deren Sinn es ist, das Ermessen in gleichgelagerten Fällen zu regulieren und zu vereinheitlichen und somit dem Gleichtbehandlungsgebot Rechnung zu tragen.

⇒ BVerwG, Urteil vom 22.01.1969, - VI C 52.65 -, BVerwGE 31, 212 = <Juris> Rz 50

"...die zur Ausübung des Ermessens berufene Behörde (wird) 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 (mwN). 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 gleich liegende Fälle gleich behandelt werden (mwN). Wenn sich die Behörde für ihre Ermessenshandhabung in dieser Art zufälligerweise bindet, kann ein Ermessensfehler in aller Regel nur dann mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn der Antragsteller dartut, daß die Behörde in seinem Fall von der Verwaltungspraxis abgewichen sei (mwN). "

⇒ BVerwG, Urteil vom 05.07.1981, - 2 C 5/79 -, DVBl. 82, 197 (antizipierte Verwaltungspraxis)

Die Regelung des § 31 LAuPrO (LaufbahnAusbildungsPrüfungsO) ist ... sowohl nach ihrer äußeren Form als auch nach ihrem materiellen Gehalt eine Verwaltungsvorschrift und keine Rechtsnorm, insbesondere keine Rechtsverordnung (mwN). Zu ihrem Erlaß bedurfte es keiner

gesetzlichen Ermächtigung im Sinne des Art. 80 GG. Die Befugnis zum Erlaß von Verwaltungsvorschriften ist der Exekutivgewalt inhärent, soweit ihre Organisations- und Geschäftsleitungsgewalt jeweils reicht (mwN).

Mit § 31 LAuPrO hat sich die Beklagte selbst gebunden, um sicherzustellen, daß die Prüfungsleistungen der Anwärter und der Aufstiegsbeamten (vgl. § 41 LAuPrO) gleichmäßig nach einem einheitlichen Verfahren bewertet werden und insbesondere der Grundsatz der Chancengleichheit gewährleistet wird (mwN). Innerhalb des durch Rechtsvorschriften vorgegebenen Rahmens bewegt sie sich dabei in einem Bereich, in dem sie einen Entscheidungsspielraum hat und eigene Maßstäbe setzen kann. Die in der Prüfungsordnung enthaltene Verlautbarung über die beabsichtigte Verwaltungspraxis entfaltet Außenwirkung für die betroffenen Prüflinge nur mittelbar über den Gleichbehandlungsgrundsatz. Ein Prüfling kann eine Verletzung seiner Rechte im Prüfungsverfahren nicht unmittelbar aus dem Wortlaut oder aus einer bestimmten Interpretation solcher ermessensbindender Verwaltungsvorschriften herleiten, sondern nur aus seinem in Art. 3 Abs. 1 GG geschützten Recht, entsprechend der in der "antizipierten Verwaltungspraxis" zum Ausdruck kommenden Ermessensbindung der Verwaltung gleichmäßig behandelt zu werden.

Dagegen besitzt die Verwaltung keine Kompetenz zu gesetzesauslegenden Verwaltungsvorschriften, die letztlich verbindliche Auslegungsbefugnis steht nur den Gerichten zu

⇒ Urteil vom 10.12.1969, - VIII C 104.89, BVerwGE 34, 278

Voraussetzung für eine pflichtgemäße bzw. rechtmäßige Ermessensausübung ist auch hierbei, dass sich die behördliche Einzelfallentscheidung im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung und Zweckbestimmung hält und auch sonst nicht rechtswidrig ist. Verstößt auch die ermessenslenkende oder -bindende Verwaltungsvorschrift gegen die Ermessensgrenzen oder -zwecke, so kann auch deren Einhaltung keine rechtmäßige Ermessensentscheidung mehr darstellen.

⇒ SG Freiburg, Gerichtsbescheid vom 09.07.2004, - S 9 AL 2219/03 -, <Juris>, Rz 26

"Die Beklagte darf sich bei der Ermessensausübung grundsätzlich ermessenslenkender Verwaltungsvorschriften (z. B. Durchführungsanweisungen, Richtlinien, Arbeitshilfen) bedienen. Dabei handelt es sich jedoch um sogenanntes Innenrecht der Beklagten ohne Rechtsnormqualität und ohne bindende Wirkung für die Gerichte (mwN). Rechtswirkungen entfalten diese nur insoweit, als eine Abweichung von derartigen Grundsätzen entgegen der bis dahin geübten Praxis einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes - GG -) darstellen würde und daher unzulässig ist (sogenannte Selbstbindung der Verwaltung, mwN). Daher ist im Einzelfall nicht nur zu prüfen, ob die Verwaltung bei einer Entscheidung von ihr praktizierte ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften fehlerfrei und in Einklang mit ihrer bis dahin geübten Praxis angewendet hat.

Ermessenslenkendes Innenrecht der Verwaltung darf darüber hinaus seinerseits keine Kriterien für die Ermessensausübung vorgeben, die als Gesichtspunkte bei einer Einzelfallentscheidung zu deren Ermessensfehlerhaftigkeit führen würden. Anders ausgedrückt: Auch die per Verwaltungsvorschrift vorgegebenen Kriterien müssen dem gesetzlichen Ermessenszweck entsprechen."

Will die Verwaltung von einer solchen durch Richtlinien geleiteten Praxis im Einzelfall abweichen, so bedarf es hierzu hinreichende sachliche Gründe. Umgekehrt gelten Richtlinien und Verwaltungsvorschriften immer nur für den Regelfall. Sie müssen Spielräume für die Berücksichtigung von Besonderheiten in atypischen Fällen zulassen

⇒ BVerwG, Urteil vom 18.9.1984, -1 A 4/83 -, BVerwGE 70, 142 = <Juris> Rz. 41 und 18 zur (alten) VwV AuslG

Solche Ausnahmemöglichkeiten sind auch dann anzunehmen, wenn die Verwaltungsvorschrift den Eindruck einer abschließenden und ausnahmslosen Regelung vermittelt. Das

heißt, dass die vollziehende Verwaltung insoweit an die Richtlinie nicht gebunden sein kann.

Da das Ignorieren atypischer Besonderheiten in der richtliniengeleiteten Verwaltungspraxis zwangsläufig zu rechtswidrigen Ergebnissen führt, vermittelt es aber keinen Anspruch auf Gleichbhandlung (im Unrecht).

3.3.3 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 I GG) leitet sich u.a. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ab, dem als Ermessensschranke besondere Bedeutung zukommt. Danach darf eine Ermessensentscheidung nicht außer Verhältnis zum Zweck der gesetzlichen Ermächtigung stehen. Sie muss insbesondere

- geeignet sein, um den Zweck zu erreichen (der Erfolg muss unter Einsatz des gewählten Mittels möglich sein)
- erforderlich sein, um den Zweck zu erreichen (d.h. es darf mit der Rechtsfolge nur der geringst mögliche Eingriff für den Betroffenen verbunden sein = Übermaßverbot)

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 02.09.2009, - 1 C 2/09 -, <Juris> Rz 26

  "Damit sind weder Umstände dafür vorgetragen noch ersichtlich, dass ein Fall einer tiefgreifenden Verwurzelung in Deutschland und gleichzeitiger Entwurzelung vom Herkunftsland vorliegt, in dem ggf. das Übermaßverbot einer Ausweisung entgegenstehen oder aber Anlass dazu geben könnte, dem Betroffenen nach Ablauf der Frist einen Anknüpfungspunkt für die Neubegründung eines Aufenthaltsrechts im Bundesgebiet - möglicherweise § 37 Abs. 1 und 2 oder § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG - einzuräumen."

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 19.10.1982, - 1 C 100/78 -, NVwZ 83, 227 = <Juris> LS

  1. Auch bei sehr langem Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland schließt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Ausweisung eines Ausländers wegen strafrechtlicher Verurteilungen nicht schlechthin aus.

- angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne) sein (d.h. das eingesetzte Mittel darf nicht außer Verhältnis zum bezwecken Erfolg stehen ("man darf nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen")

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 23.03.1982, - 1 C 20/81 -, BVerwGE 91, 590 = <Juris> Rz 23

  "Das Schutzgebot des Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet jedoch nicht unmittelbar ein Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet für jeden mit einem Deutschen verheirateten Ausländer. Es gebietet die nachteiligen Auswirkungen ausländerbehördlicher Maßnahmen auf die Erhaltung von Ehe und Familie unter angemessener Wahrung der Belange der Allgemeinheit im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu beschränken."

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 14.09.1990, - 1 B 126/90 -, BayVBl 1991, 570

  "Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muß die Behörde bei der Ausübung des Ermessens insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten (mwN). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann ergeben, daß dem Ausländer der weitere Aufenthalt nicht verwehrt werden darf. Seine Lebensverhältnisse können sich im Bundesgebiet während seines Aufenthaltes so verfestigt haben, daß eine Rückkehr in die Heimat unverhältnismäßig ist."

- zumutbar sein (d.h. dem Betroffenen nach seinen individuellen Möglichkeiten, Fähigkeiten und Lebensumständen abverlangt werden können)

  ⇒ BVerwG. Urteil vom 30.04.2009, - 1 C 3/08 -, NVwZ 09, 1239 = <Juris> Rz 18

  "Für die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG ist die Frage, ob es den anderen Familienangehörigen zumutbar ist, die Klägerin in ihr Herkunftsland zu begleiten, von erheblicher Bedeutung. Denn wenn die familiäre Lebensgemeinschaft nur in der Bundesrepublik Deutschland gelebt werden kann, weil einem beteiligten Familienmitglied ein Verlassen der Bundesrepublik nicht zumutbar ist - etwa weil ihm dort flüchtlingsrechtlich relevante Verfolgung droht -, drängt die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, regelmäßig einwanderungspolitische Belange zurück."

  ⇒ vgl. auch BVerwG, Urteil vom 27.05.2009, - 8 CN 1/09 -, NJW 2009, 3316 (zum Familiennachzug); VGH Bad.-Württ., Urteil vom 04.11.2009, - 11 S 2472/08 -, <Juris>

- systemgerecht sein (d.h. der Kreis der durch die Ermessensentscheidung Begünstigten oder Belasteten und die Auswahl der verfügten Mittel müssen unter Beachtung des Leistungs- bzw. Eingriffszwecks sachgerecht abgegrenzt bzw. bestimmt werden)

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 01.12.1978, - VII C 56.77 -, NJW 79, 379; Urteil vom 21.12.1990, - 4 B 184/90 -, BVerwGE 92, 360 (kein konzept- oder wahlloses Vorgehen gegen Schwarzbauten)

4. Fehlerhafte Ermessensentscheidungen

Fehlerhaft ist eine Ermessensentscheidung, wenn sie gegen die gesetzlichen Vorgaben verstößt (Gesetzesvorrang). Im Rahmen der Ermessensverwaltung hat die Behörde auf der Rechtsfolgeseite Ermessen pflichtgemäß auszuüben. § 40 LVwVfG regelt, wann und unter welchen Voraussetzungen eine Ermessensentscheidung pflichtgemäß und damit fehlerfrei ist.

Aus der Befugnis zu eigenständiger Betätigung des Ermessens resultiert eine Beschränkung der Kontrollbefugnis der Gerichte. Demgemäß prüfen die Verwaltungsgerichte nach § 114 VwGO (Grundsatz der Gewaltenteilung!) nur, ob

- die Grenzen der gesetzlichen Ermessensermächtigung überschritten sind (Ermessensüberschreitung) bzw.
- von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist (Ermessensmissbrauch = Ermessensfehlgebrauch).

Im Folgenden soll anhand von sehr einfachen Beispielen aufgezeigt werden, welche typischen Fehler bei der Ermessensbetätigung auftreten können und welche Ursache sie haben.

4.1 Ermessensüberschreitung:

4.1.1 Ob eine Ermessensüberschreitung vorliegt, bestimmt sich nach dem gesetzlich bestimmten Handlungsrahmen. Es muss also die vorgesehenen Maßnahme mit der gesetzlich zugelassenen Rechtsfolge verglichen werden:

die Maßnahme hält sich innerhalb der gesetzlichen Rechtsfolge	• Ermessensspielraum eingehalten
die Maßnahme entspricht nicht der gesetzlichen Rechtsfolge	• Ermessensspielraum überschritten

4.1.2 Bestimmung des gesetzlichen Handlungsrahmens:

Die Bestimmung des gesetzlichen Handlungsrahmens ergibt sich i.d.R. aus der enumerativen (= abschließenden) Aufzählung der Rechtsfolgen.

Beispielsfall: "Die ansteckende Krankheit"

Eine gesetzliche Vorschrift lautet:

"Wenn sich eine ansteckende Krankheit ausbreitet, kann die zuständige Gesundheitsbehörde die Meldepflicht einführen, Untersuchungen anordnen oder Gesundheitszeugnisse ausgeben."

1. Alternative:

5 Schüler einer Klasse erkranken zur selben Zeit an einer Blinddarmentzündung. Die Behörde ordnet daraufhin Untersuchungen aller Schüler an.

Lösung:

Rechtmäßigkeit der Anordnung?

1. Ermächtigungsgrundlage (bei belastendem Verwaltungsakt)	*Die genannte Vorschrift*
2. Tatbestand (Voraussetzungssatz)	
a. Voraussetzungen:	*ansteckende Krankheit*
b. Subsumtion	*Nein, nur Blinddarmentzündung*
3. Rechtsfolge	*Ermessen nicht eröffnet, keine AnO*

Ergebnis: die Anordnung ist rechtswidrig.

2. Alternative:

Nachdem in einer Schule mehrere Fälle von Hepatitis aufgetreten sind, lässt die Behörde die Schule unter Berufung auf die v. g. Vorschrift schließen.

Rechtmäßigkeit der Anordnung?

1. Ermächtigungsgrundlage	*Die genannte Vorschrift*
2. Tatbestand (Voraussetzungssatz)	
a. Voraussetzungen:	*ansteckende Krankheit*
b. Subsumtion	*ja, Hepatitis ist eine ansteckende Kr.*
3. Rechtsfolge,	*Ermessen eröffnet, also besteht die Auswahl zwischen mehreren Rechtsfolgen*
nämlich?	
• *Meldepflicht*	*hier:*
• *Untersuchungen*	*Schließung der Schule*
• *Gesundheitszeugnissen*	*ist keine vorgesehene Rechtsfolge,*
• *(Auswahlermessen) und*	
• *nichts tun (Entschließungsermessen)*	*also liegt eine Ermessensüberschreitung vor*

Ergebnis: Die Anordnung ist rechtswidrig.

4.2. Ermessensmissbrauch (Ermessensfehlgebrauch)

4.2.1 Das Willkürverbot ("keine sachfremden Erwägungen")

Die Behörde hält sich zwar innerhalb der gesetzlichen Grenzen des Ermessens, sie orientiert sich dabei aber nicht an dem gesetzlich vorgegebenen Zweck oder Ziel, sondern an sachfremden Kriterien: Sie missbraucht die Ermessensermächtigung zu sachfremden Zwecken.

Pflichtgemäß ist die Ermessensentscheidung aber nur, wenn sich die Behörde ausschließlich von

- sachlichen (= Zweck der Vorschrift)
- vernünftigen
- dem Gemeinwohl
- und (bei subjektiven öffentlichen Rechten) dem individuellen Interesse dienenden

Erwägungen leiten lässt.

<u>Beispielsfall "Die ansteckende Krankheit" - 3. Alternative:</u>

Nachdem mehrere Schüler an einer Hepatitis erkrankt sind, wenden sich Eltern an die Behörde und fordern Maßnahmen. Die Behörde unternimmt jedoch nichts und begründet dies damit, dass sie die finanziellen Lasten für etwaige Maßnahmen nicht tragen wolle.

Rechtmäßigkeit der Anordnung?

1. Ermächtigungsgrundlage	*Die genannte Vorschrift*
2. Tatbestand	
a. Voraussetzungen:	*ansteckende Krankheit*
b. Subsumtion	*ja, Hepatitis ist eine ansteckende Kr.*
3. Rechtsfolge, *nämlich?*	*Ermessen eröffnet, also besteht die Auswahl zwischen mehreren Rechtsfolgen*
Ermessensüberschreitung?	
• *Meldepflicht* • *Untersuchungen* • *Gesundheitszeugnissen* • *(Auswahlermessen) und* • *nichts tun (Entschließungsermessen)*	*hier:* *nichts zu tun, liegt somit innerhalb des Rahmens der vorgesehenen Rechtsfolgen, somit liegt keine Ermessensüberschreitung vor*

Ermessensmißbrauch?

Zweck der Ermessensermächtigung ist es, die von ansteckenden Krankheiten ausgehenden Gefahren für die Volksgesundheit und für den Einzelnen abzuwehren (Gefahrenabwehr).

Hier wurden aber einzig finanzielle Erwägungen angestellt, diese sind somit sachfremd.

Die Ermessensentscheidung, nichts zu veranlassen, ist mit dieser Begründung also rechtswidrig.

Beispielsfall "Die ansteckende Krankheit" - 4. Alternative:

An einer Schule zeigen sich erste Anzeichen einer sich möglicherweise ausbreitenden Epidemie. Die Behörde unterläßt jedoch jegliche Anordnung. Sie begründet dies wie folgt: Es seien erst verhältnismäßig wenige Schüler erkrankt. Durch Anordnungen würde nur die Bevölkerung beunruhigt. Man wolle erst einmal die weitere Entwicklung abwarten.

Rechtmäßigkeit der Entscheidung?

1. Ermächtigungsgrundlage	*Die genannte Vorschrift*
2. Tatbestand	
a. Voraussetzungen:	*ansteckende Krankheit*
b. Subsumtion	*ja, beginnende Epidemie*
3. Rechtsfolge, *nämlich?*	*Ermessen eröffnet, also besteht die Auswahl zwischen mehreren Rechtsfolgen*
Ermessensüberschreitung?	*nein; die Entscheidung, nichts zu tun, wird von den zulässigen Rechtsfolgen mit umfaßt*
Ermessensmißbrauch?	*Zweck der Ermächtigung ist die Gefahrenabwehr (s.o.).*

Hier halten sich die Erwägungen auch im Rahmen der Gefahrenabwehr. Die Behörde hat abgewogen aufgrund ihrer Erkenntnis, dass die Gefahr noch relativ gering ist und deshalb wohl noch nicht zwingend ein Einschreiten erfordert und dem Nachteil, dass sofortige Aktivitäten eher zur Beunruhigung der Bevölkerung und damit zu einer anderen Gefahr führen könnten.

Ergebnis: Die Entscheidung war rechtmäßig.

4.2.2 Begründungsausfall oder -mangel

Gerade in den Fällen des Ermessensmissbrauchs sieht die Ermessensentscheidung nach außen hin nicht fehlerhaft aus; der Mangel ergibt sich eigentlich nur aus den erkennbaren Motiven. Deshalb ist hier die (schriftliche) Begründung des Verwaltungsaktes besonders wichtig und stellt eine Schnittstelle zwischen formeller und materieller Ermessensbetätigung dar.

vgl. zur Begründungspflicht auch Ziff. 6.1.3; zur Bedeutung von Verfahrensvorschriften und ihrer Beachtung im Rahmen von Ermessensentscheidungen auch Ziff. 6.1.1 und 6.1.2).

4.2.3 Die fünf typischen Fallgruppen von Ermessensfehlern

- Ermessensüberschreitung: Verstoß gegen verbindliche Ermessensschranken

  aus der Ermessensermächtigung

  aus Gesetz (z.B. Grundrechte)

aus (ermessensbindende) Verwaltungsvorschriften

aus Selbstbindung der Verwaltung (bestimmte VwPraxis)

aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

- Ermessensmissbrauch: Verstoß gegen Ermessenszweck (sachfremde Erwägungen)

  aus der Ermächtigung selbst

  aus Grundrechten oder Verfassungsrecht

  aus europarechtlichen Richtlinien

  aus Völkerrecht

- unschlüssige Ermessensbegründung

  Begründung fehlt, ist nur ein Vorwand, lässt Wesentliches außer Betracht oder ist in sich widersprüchlich

- Ermessensspielraum wird nicht ausgeschöpft (Ermessensunterschreitung)

- Behörde geht von einem unzutreffenden Sachverhalt (falsche Tatsachengrundlage)

Beispielsfall: "Der Blumenkiosk"

B möchte auf der Bahnhofstraße in S-Stadt einen offenen Verkaufsstand für Blumen errichten. Er beantragt bei der Stadtverwaltung die hierfür erforderliche Sondernutzungserlaubnis. Diese wird abgelehnt. Später erfährt B, dass die Erlaubnis deshalb abgelehnt worden ist, weil ein Stadtrat, der mit dem Bürgermeister auch persönlich gut befreundet ist und selbst ein Blumengeschäft in der Bahnhofstraße betreibt, keine Konkurrenz will. - Rechtmäßigkeit der Versagung?

Lösung:

Gibt es eine Rechtsnorm, als deren Rechtsfolge die Erteilung oder Versagung der Sondernutzungserlaubnis geregelt ist (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)? Weil es hier um die Benutzung einer öffentlichen Straße geht, müsste dies im LStrG geregelt sein.

Einschlägig könnte § 16 LStrG sein. Danach bedarf eine Sondernutzung der Straße einer vorherigen Erlaubnis (Erlaubnisvorbehalt).

Tatbestandsvoraussetzung	*Benutzung der Straße über den Gemeingebrauch hinaus*
Rechtsfolge	*Ermessen (warum?); Erlaubnis aber nur auf Zeit oder widerruflich*

Auf der Tatbestandsseite muss zuerst geklärt werden, ob eine Sondernutzung vorliegt. Das ist der Fall, wenn die angestrebte Benutzung über den sog. Gemeingebrauch hinaus geht. Nach § 13 LStrG ist Gemeingebrauch "die Benutzung, die jedermann innerhalb der Widmung der Straße gestattet ist". Das ist die Fortbewegung und die Kommunikation, nicht die Nutzung für einen Verkaufsstand. Also handelt es sich um eine Sondernutzung.

Weitere TB-Voraussetzungen? Das LStrG nennt keine weiteren Voraussetzungen. Aus dem engen Zusammenhang mit Gemeingebrauch ist aber zu schließen, dass die Sondernutzung nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs führen darf. Das ist hier nicht ersichtlich.

Somit war das Ermessen eröffnet.

Rechtsfolge: Erlaubnis kann erteilt werden, arg. aus § 16 LStrG.

Ermessensüberschreitung? Liegt die Entscheidung innerhalb der vorgesehenen Rechtsfolgen?

Da Ermessen eingeräumt ist, ist die Erteilung oder die Versagung der Erlaubnis möglich (Entschließungsermessen). Also liegt keine Überschreitung vor.

Ermessensmissbrauch? Wurde von der Ermessensermächtigung zweckgemäß Gebrauch gemacht?

Zweck der Ermächtigung ist die Regelung der Benutzung der Straße und die Gewährleistung des Gemeingebrauchs. Hier hat der BM aber auf private Interessen am Konkurrenzschutz abgestellt. Das ist vom Zweck der Ermächtigung nicht gedeckt. Somit ist die Versagung ermessensmissbräuchlich.

beachte:

Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn die maßgebende Motivation nicht vom Gesetzeszweck abgedeckt ist. Die Entscheidung ist dann willkürlich. Willkürlich ist die Entscheidung u.a. immer, wenn sie dazu dient,

- dem Beamten einen persönlichen Vorteil zu verschaffen
- dem Betroffenen zu schaden
- einem Dritten einen ungerechtfertigen Vorteil zu verschaffen

Beispielsfall "Der Blumenkiosk" - Abwandlung:

Der Ablehnungsbescheid wird folgendermaßen begründet: B schulde noch von früher in beträchtlichem Umfange Gewerbesteuern. Es bestehe die Gefahr, dass er auch diesmal keine Steuern zahlen werde. - B ist der Meinung, die Versagung der Erlaubnis dürfe nur aus dem polizeilichen Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr erfolgen und sei daher rechtswidrig.

Wie ist in diesen Fällen zu entscheiden?

Lösung:

Tatbestand/Voraussetzungssatz: wie oben

Rechtsfolge:

Ermessensüberschreitung: keine (s.o.)

Ermessensmissbrauch: Zweck der Ermächtigung: wie oben, also nicht Streuerrecht oder andere polizeirechtliche Zwecke.

Die Ermessensentscheidung ist u.a. auch dann fehlerhaft, wenn die Behörde von der Ermessensermächtigung gar keinen Gebrauch macht (Ermessensunterschreitung). Das ist der Fall, wenn

- sich die Behörde zu Unrecht gebunden fühlt

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 05.09.2006, - 1 C 20/05 -, DöV 2007, 255 ff = <Juris> Rz 19

  "...ist dem angefochtenen Bescheid vom 22. Oktober 2001 nicht zu entnehmen, dass sich die Ausländerbehörde des Erfordernisses einer Ermessensentscheidung bei der Rücknahme auch einer erschlichenen Aufenthaltserlaubnis überhaupt bewusst war."

- die Behörde zwar ihr Ermessen erkennt, aber zu Unrecht die Voraussetzungen dafür nicht als gegeben ansieht.

  ⇒ BVerwG, Urteil vom 22.01.1969, - VI C 52.65 -, BVerwGE 31, 212 = <Juris> Rz 50

"...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 (mwN)."

4.3 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Wie schon unter Ziff. 3.3.3 dargelegt, folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 I GG), dass Verwaltungshandeln immer "verhältnismäßig" sein muss. Dies gilt für gebundenes Handeln und erst recht für Ermessensverwaltung.

Beispielsfall: "Die Fahrtenbuchauflage"

Die zuständige Straßenverkehrsbehörde stellte eines Nachts fest, dass der Pkw des Halters E auf einem Bürgersteig geparkt war und zwar so, dass zwischen dem Fahrzeug und einer Hauswand nur noch ein Abstand von 40 cm frei war. E bestritt, dass er den Pkw zum ma0ßgeblichen Zeitpunkt überhaupt benutzt hatte, verweigerte jedoch die Auskunft über die Person des Fahrers. Deshalb musste das gegen E eingeleitete Bußgeldverfahren eingestellt werden. - Die Straßenverkehrsbehörde verpflichtete E daraufhin mit schriftlichem Bescheid, 18 Monate lang ein Fahrtenbuch zu führen. War diese Verfügung rechtmäßig?

Lösung:

Formelle Rechtmäßigkeit? keine Bedenken

Materielle Rechtmäßigkeit?

Ermächtigungsgrundlage: § 31a S. 1 StVZO. Danach kann die Behörde einem Fahrzeughalter die Führung eines Fahrtenbuchs auferlegen, wenn die Feststellung des Fahrzeugführers nach einer Zuwiderhandlung gegen die Verkehrsvorschriften nicht möglich war.

Verstoß gegen Verkehrsvorschriften: hier nach §§ 12 und 1 StVO (behinderndes Parken auf Gehwegen). Daher lagen auch die Voraussetzungen des § 31a StVZO vor.

Rechtsfolge: Fahrtenbuchauflage nach pflichtgemäßem Ermessen ("kann").

Ermessensfehler? Eine wichtige Grenze des Ermessens stellt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dar. Eine unverhältnismäßige Rechtsfolge führt zur Ermessensüberschreitung und macht den Verwaltungsakt rechtswidrig.

Lag hier ein Ermessensfehler vor?

Geeignetheit: kann bejahrt werden

Erforderlichkeit: Eine kürzere Fahrtenbuchauflage wäre ebenso möglich gewesen und hätte ein milderes Mittel dargestellt. § 31a StVZO schreibt keine Dauer für die Auflage vor.

Angemessenheit? Die angeordnete Dauer der Auflage stand in keinem Verhältnis zum Verstoß, der erheblichen Belastung des E steht kein entsprechender Vorteil für die Allgemeinheit gegenüber, weil der Verstoß schon wegen der Nachtzeit als nicht besonders schwerwiegend anzusehen ist.

Damit war die Fahrtenbuchauflage rechtswidrig.

5. Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung

Öffentlich-rechtliche Normen richten sich zunächst nur an einen Hoheitsträger und berechtigen oder verpflichten diesen. Insbesondere dient nicht jedes hoheitliche Handeln der Verwaltung dem Interesse eines einzelnen Bürgers, sondern vielfach geht es ausschließlich um das Gemeinwohl. Im Rahmen von ausschließlich auf das Gemeinwohl bezogenen Gesetzesvollzug kann sich der Bürger in aller Regel daher nicht darauf berufen, in eigenen Rechten verletzt zu sein (vgl. Art. 19 IV GG, §§ 40 I, 113 I VwGO).

Ein Anspruch auf hoheitliches Handeln besteht nur, wenn ein subjektives öffentliches Recht besteht; bei Ermessensverwaltung kann dies jedoch nie der Fall sein.

5.1 Subjektives öffentliches Recht

Einen öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruch vermittelt nur diejenigen Rechtsnormen des öffentlichen Rechts, die dem einzelnen Bürger das Recht einräumen, vom Staat zur Verfolgung individueller Interessen ein bestimmtes Verhalten zu verlangen. Voraussetzung dafür ist, dass

- die öffentlich-rechtliche Norm gerade den Zweck verfolgt, den Einzelnen zu begünstigen
- dem Bürger gerade ein eigener Rechtsanspruch auf die Begünstigung eingeräumt werden soll, den er notfalls auch einklagen können soll

Darunter fallen alle Grundrechte, aber auch einfachgesetzliche Anspruchsnormen wie solche auf Sozialleistungen, Genehmigungen im Rahmen von gebundenem Verwaltungshandeln (Baugenehmigung, gewerberechtliche Genehmigungen usw).

⇒ § 103 LBG Anspruch auf eine Jubiläumsgabe

5.1.1 Rechtsreflex

Fehlt der Norm eine dieser Eigenschaften, so handelt es sich auch dann nicht um ein subjektives öffentliches Recht, wenn der Vollzug der Norm für den Bürger vorteilhaft ist. Man spricht von einem Rechtsreflex.

⇒ § 46 I WasserG

5.2. Subjektive öffentliche Rechte und Ermessensnormen

5.2.1 Art des Anspruchs bei Ermessen

Ermessensnormen fehlt der zwingende Charakter, daher kann nie ein subjektives öffentliches Recht auf eine bestimmte Ermessensentscheidung bestehen.

Gleichwohl sollen Ermessensermächtigungen, die nicht nur dem öffentlichen Interesse dienen, dem Einzelnen einen subjektiven öffentlich-rechtlichen Anspruch darauf vermitteln, dass seine Interessen bei der Ermessensentscheidung berücksichtigt werden. In diesen Fällen richtet sich der Anspruch des Bürgers darauf, dass die Behörde von der Ermächtigung pflichtgemäß Gebrauch macht, also

- das Ermessen ausschöpft,
- dabei den gesetzlichen Rahmen des Ermessens einhält,
- dem Zweck der Ermächtigung folgt und
- die einschlägigen individuellen Interessen des Betroffenen gegenüber dem öffentlichen Interesse gebührend berücksichtigt

Der Ermessensfreiheit der Verwaltung entspricht der Anspruch des betroffenen Bürgers auf pflichtgemäße Ausübung des Ermessens

⇒ BVerwG, Urteil vom 31.01.2008, - 2 C 31/06 -, <Juris> Rz 24 (zum Anspruch einer Polizeibeamtin auf Einrichtung eines Heim-Telearbeitsplatzes nach § 13 BGleiG):

Die Rechtsposition der Antragsteller beschränkt sich nach allem (*Ergebnis der Auslegung)* auf einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Hat die Dienststelle in Ausübung des durch die Zielsetzungen der §§ 12, 13 BGleiG mitgesteuerten Organisationsermessens fehlerfrei festgestellt, dass die Einrichtung solcher Arbeitserleichterungen den Rahmen der dienstlichen Möglichkeiten übersteigt, darf sie sich gegen das Angebot solcher Arbeitserleichterungen entscheiden und die Betroffenen auf das Angebot von Teilzeitarbeit und Beurlaubung verweisen.

Dagegen kann der von der Ermessensermächtigung nicht eingeschlossene Bürger auch nicht verlangen, dass das Ermessen pflichtgemäß ausgeübt wird.

Z.B. hat der Wehrpflichtige keinen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Auswahl der Personen, die zu einer Wehrübung herangezogen werden, weil die Auswahlentscheidung nicht seinem individuellen Interesse, sondern ausschließlich dem objektiven Interesse der Bundeswehr an einer optimalen Personalbedarfsdeckung dient.

⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 12.02.1988, - 8 C 22/86 -, NVwZ 1988, 628

⇒ vgl. auch VGH Bad.-Württ., Urteil vom 10.09.1974, - IV 1330/72 -, DöV 1975, 502

Dem Dienstherrn ist nach LBG § 50 Abs 1 (BBG § 45 Abs 1) das Ermessen, einen Ruhestandsbeamten von Amts wegen erneut in das Beamtenverhältnis zu berufen, ausschließlich in seinem Interesse eingeräumt. Der Ruhestandsbeamte, der eine erneute Berufung in das

Beamtenverhältnis anstrebt, hat keinen Anspruch daß der Dienstherr das Ermessen diesbezüglich fehlerfrei ausübt.

5.2.2 Voraussetzungen

Ein Anspruch auf pflichtgemäße Ausübung des Ermessens besteht nur dann, wenn die Ermessensermächtigung

- die Berücksichtigung oder den Schutz der Interessen
- zumindest auch eines Einzelnen bezweckt,
- der sich erkennbar darauf soll berufen können

Solche Ermessensansprüche gibt es nicht nur im Bereich der begünstigenden/Leistungsverwaltung, sondern (wegen der Grundrechte) erst recht auch im Bereich der belastenden/Ordnungsverwaltung.

Bsp.: Aufgrund der Fürsorgepflicht des Dienstherrn (die Fürsorgepflicht ist ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums iSd Art. 33 V GG; vgl. dazu auch einfachgesetzlich § 98 LBG) ist der Dienstherr verpflichtet, bei sämtlichen dienstlichen Anordnungen die persönlichen Belange des Beamten und seiner Familie zu berücksichtigen, auch wenn es sich dabei - wie meistens - um Ermessensentscheidungen handelt (z.B. Umsetzung, Versetzung nach § 36 LBG).

5.3 Ermessensreduzierung auf Null

Im Einzelfall kann das Ermessen soweit reduziert sein, dass nur noch eine einzige Maßnahme als zulässige Rechtsfolge übrigbleibt, etwa weil ein hohes Rechtsgut bedroht ist oder weil der Grundrechtsschutz dies gebietet.

- Dies kann der Fall sein, wenn andere Rechtsvorschriften das Ermessen soweit reduzieren, dass kein Spielraum mehr besteht, z.B. ist die das Ermessen, einen Ausländer wegen einer nicht besonders schweren Straftat auszuweisen, dann auf Null reduziert, wenn er mit einer Deutschen verheiratet ist (vgl. Art. 6 GG), keine Wiederholungsgefahr besteht und die Ausweisung deshalb nur der Abschreckung anderer Ausländer vor der Begehung von Straftaten dienen soll.
- oder wenn jede andere Rechtsfolge ermessensfehlerhaft wäre, z.B. weil eine Eingriffsmaßnahme wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sonst unangemessen oder unzumutbar wäre.

  ⇒ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 04.11.2009, - 11 S 2472/08 -, <Juris> Rz 46

> "Im Rahmen des § 48 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG ... vermag die offensichtliche Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts ...die Annahme zu rechtfertigen, seine Aufrechterhaltung sei schlechthin unerträglich (mwN). Auch außerhalb dieser Fallgruppe kommt eine Ermessensreduzierung auf Null in Betracht, wenn ein Aufrechterhalten des Verwaltungsakts schlechthin unerträglich ist."

In solchen Fällen ist die Verwaltung genauso wie im Rahmen von gebundenem Verwaltungshandeln gebunden und besteht kein Entscheidungsspielraum.

Die gerichtliche Kontrolle erfolgt ebenfalls wie bei gebundenem Verwaltungshandeln. Bei begünstigenden Entscheidungen reduziert sich ein Ermessensanspruch (auf Neubescheidung des Antrags, § 113 V 2. Alt VwGO) auf einen Verpflichtungsanspruch (§ 113 V 1. Alt VwGO).

6. Verwaltungsverfahren und Rechtsschutz bei Ermessensentscheidungen

6.1 Ermessen im Verwaltungsverfahren

6.1.1 Bedeutung von Verfahrensvorschriften

Verfahrensvorschriften dienen der Absicherung des materiellen Rechts, insbesondere der Gewährleistung der Grundrechte. In einem Rechtsstaat sollen sie

- der fairen, nur an Recht und Gesetz orientierten Durchführung von Verwaltungsverfahren und dem gerechten Ausgleich zwischen einer zielorientierten und zweckmäßigen Verfahrensgestaltung durch die Behörde und
- der Wahrnehmung von Verfahrensrechten des Betroffenen (Anspruch auf Beratung, rechtliches Gehör, Akteneinsicht, Unparteilichkeit des Bediensteten) zur Sicherstellung der Chancengleichheit und zur Gewährleistung einer "richtigen" materiellen Entscheidung

gewährleisten. Dies gilt erst recht für solche Vorschriften oder Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechtes, die dem Schutz des Betroffenen dienen, also insbesondere

- die Unparteilichkeit des Bediensteten, §§ 20, 21 LVwVfG
- Anspruch auf rechtliches Gehör, § 28 LVwVfG
- Anspruch auf Akteneinsicht, § 29 LVwVfG
- Anspruch auf Begründung einer Entscheidung, § 39 LVwVfG
- Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Chancengleichheit bei der Ausgestaltung des Verfahrens (Prüfungen!)

⇒ BVerwG, Urteil vom 01.10.63, - VI C 2.63 -, DVBl 1965, 26 = <Juris> Rz 54 zur Bedeutung des rechtlichen Gehörs für die Ermessensentscheidung

Eine Ermessensentscheidung ist sachlich einwandfrei ohne Anhörung der von ihr Betroffenen schlechthin nicht denkbar; denn ein wahres Abwägen ist nur möglich, wenn die Beteiligten Gelegenheit hatten, der Behörde das gesamte Für und Wider zu unterbreiten. Allerdings schreibt Art. 103 Abs. 1 GG zunächst nur vor, daß jedermann "vor Gericht" Anspruch auf rechtliches Gehör hat. Demgegenüber hat der erkennende Senat schon in seinem Urteil BVerwG IV C 300.55 vom 8. November 1957 ausgeführt, es bestehe ein solcher Anspruch auch dann, wenn es sich um ein dem gerichtlichen Verfahren ähnliches, vom Gesetz festgelegtes Verfahren handele. Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 9, 95 ausgesprochen, der in Art. 103 Abs. 1 GG zum Grundrecht erhobene Grundsatz des rechtlichen Gehörs sei eine Folgerung aus dem Rechtsstaatsgedanken für das Gebiet des gerichtlichen Verfahrens.

⇒ BVerwG, Urteil vom 02.09.1984, - 7 C 57/83 -, <Juris>, Rz. 18 zur Bedeutung der Einhaltung von Verfahrensvorschriften in Prüfungen

Unter den Verfahrensvorschriften, deren Einhaltung der gerichtlichen Überprüfung unterliegt, sind die Normen zu verstehen, die den äußeren Ablauf des Prüfungsverfahrens regeln, und

zwar sowohl des Verfahrens bei der Erbringung der Prüfungsleistung als auch des Verfahrens bei deren Bewertung. Das Gebot der Unbefangenheit und Unvoreingenommenheit ist danach nur insofern eine Verfahrensvorschrift, als es sich in besonderen, den äußeren Verfahrensablauf regelnden Vorschriften wie etwa den §§ 20 und 21 VwVfG, niedergeschlagen hat.

6.1.2 Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern im Rahmen der Ermessensbetätigung

Bei Ermessensverwaltung kommt Verfahrensfehlern wegen der relativen Freiheit der Behörde umso größere Bedeutung zu als bei gebundenem Verwaltungshandeln. Es soll eine gewisse Garantie für die sachgemäße Ausübung des Ermessens sichergestellt werden.

Dies kommt in § 46 LVwVfG zum Ausdruck. Danach kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes wegen der Verletzung von Verfahrensvorschriften nur dann verlangt werden, wenn sich der Mangel auf die materielle Entscheidung ausgewirkt hat. Das läßt sich bei gebundenem Verwaltungshandeln häufig, bei Ermessensentscheidungen dagegen so gut wie nie ausschließen. Das bedeutet: bei Ermessensbetätigung sind Verfahrensfehler für das Ergebnis des Verfahrens und damit für die Ausübung des Ermessens in aller Regel beachtlich. Es handelt sich dann nicht nur um einen Verfahrensfehler, sondern um einen Verstoß gegen § 40 LVwVfG, somit um einen Fall des materiellen Ermessensfehlgebrauchs.

⇒ BVerwG NVwZ 1988, 527 = DöV 1988, 563 = <Juris> Rz. 40

Da der Planfeststellungsbeschluß allein wegen des dargestellten Verfahrensfehlers nicht nichtig - wohl aber aufhebbar - sein kann (§ 44 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG), ist für einen Erfolg der Klage weiter von Bedeutung, ob auch dann, wenn Senator W. am Verfahren nicht mitgewirkt hätte, keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können (§ 46 VwVfG). Der insoweit erforderliche Kausalzusammenhang ist gegeben wenn im Einzelfall die konkrete Möglichkeit besteht, daß ohne den Verfahrensmangel die angegriffene Entscheidung anders ausgefallen wäre (mwN)

6.1.3 Insbesondere: Begründungspflicht nach § 39 LVwVfG

6.1.3.1 Grundsatz

Vorbehaltlich spezieller Regelungen ist § 39 I S. 3 und II LVwVfG Rechtsgrundlage für die Begründungspflicht. Danach *soll* die Begründung von Ermessensentscheidungen auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Es handelt sich um eine Soll-Vorschrift, die im Regelfall zwingenden Charakter hat. Abs. 2 regelt Fälle, in welchen die Begründung ausnahmsweise entbehrlich ist. Die Fälle des Abs. 2 stellen im Rahmen von Ermessensentscheidungen also schon Abweichungen von der Regel dar.

6.1.3.2 Ausnahmen

Praktisch bedeutsam ist Abs. 2 Nr. 2, wonach eine Begründung dann entbehrlich ist, wenn die Auffassung der Behörde über die Sach- und Rechtslage dem Adressaten des Verwaltungsaktes bereits bekannt oder auch ohne Begründung für ihn ohne weiteres erkennbar ist. Da die Behörde den Adressaten gerade vor Erlass der Ermessensentscheidung idR anhören muss (vgl. § 28 LVwVfG), weil sie sonst die in das Ermessen einzustellenden individuellen Umstände nicht erfährt, kann das (richtig gemachte) Anhörungsschreiben dem Adressaten die Auffassung der Behörde bereits nahe gebracht haben.

Weitere Ausnahmen hat die Rechtsprechung

⇒ s. im einzelnen die Nachweise hierzu oben unter Ziff. 2.2.2, 2.2.3 und 2.3

zugelassen in den Fällen

- des sog. intendierten Ermessens
- von Soll-Vorschriften
- des sog. "Einheitsermessens"

6.1.3.3 Indizwirkung fehlender Begründung

Fehlt einer Ermessensentscheidung die Begründung, obwohl eine Begründung vorgeschrieben bzw. erforderlich ist, so indiziert dies die Rechtswidrigkeit der Ermessensentscheidung. Das Gericht muss insoweit keine weiteren Nachforschungen mehr anstellen, sondern hebt die Ermessensentscheidung bereits deshalb auf, soweit der Mangel nicht geheilt oder die Begründung nachgeholt wurde

⇒ vgl. OVG Nds., Urteil vom 10.03.1986, - 6 A 70/85 -, BauR 1986, 692 im Falle einer Abbruchsanordnung, wenn die Ermessensentscheidung nicht ersichtlich ist

⇒ enger im Sinne einer gerichtlichen Aufklärungspficht im Rahmen der Kontrolle von Planfeststellungsbeschlüssen: BVerwG, Urteil vom 11.04.1989, - 9 C 60/88 -, BVerwGE 81, 2

Manche Gerichte neigen zu einer Umkehr der Beweislast zulasten der Behörde: Sie muss den Nachweis erbringen, dass sie das Ermessen (hinreichend) betätigt hat.

⇒ HessVGH, Urteil vom 08.06.1990, - 10 Th 1317/90 -, DVBl 1990, 1070

6.1.3.4 Anforderungen an die Begründung

Da die Begründung der Ermessensentscheidung die Grundlage für die gerichtliche Kontrolle des Ermessensprozesses darstellt, sind die Anforderungen an die Begründung höher als bei gebundenen Verwaltungsentscheidungen.

Formelhafte, nicht Einzelfall bezogene Begründungen reichen auch dann nicht aus, wenn in ihnen der Begriff "Ermessen" oder "Ermessensentscheidung" enthalten ist.

⇒ VG Bayreuth, Urteil vom 09.12.2002, - B 3 K 01.389 -, <Juris>, Rz. 32

(Daher) fehlt es dem angefochtenen Bescheid – auch in der Fassung des Widerspruchsbescheides – formell an der gesetzlich in § 35 Abs. 1 Satz 3 SGB X gebotenen Ermessensbegründung und inhaltlich an der entsprechenden Ermessensbetätigung. Die formelhafte Angabe der Ausübung „pflichtgemäßen Ermessens“ im angefochtenen Bescheid vermag den Anforderungen an eine nachvollziehbare Ermessensausübung nicht zu genügen

6.1.3.5 Folgen mangelnder Begründung

Das Fehlen einer (hinreichenden) Begründung führt - soweit § 45 LVwVfG und § 114 S. 2 VwGO nicht den Mangel beseitigen können - zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes. Handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt, so führt dies bereits zu seiner Aufhebung (§ 113 I VwGO).

6.2 Ermessen im Widerspruchsverfahren

Nach § 68 VwGO sind (vor Erhebung der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage) Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes grundsätzlich in einem Vorverfahren zu prüfen. Zu unterscheiden sind dabei die Begriffe der Rechtmäßigkeit und der Zweckmäßigkeit, letzteres aber nur im Rahmen der Fachaufsicht, nicht im Rahmen der bloßen Rechtsaufsicht.

6.2.1 Rechtmäßigkeit der Ermessensentscheidung

Die mit dem Widerspruch angefochtene Ermessensentscheidung ist rechtmäßig, wenn sie in formeller und in materieller Hinsicht rechtmäßig sind, also sämtliche relevanten gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Bei Ermessensentscheidungen ist also - neben den allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen - auch die Einhaltung von § 40 LVwVfG nach den erörterten Kriterien maßgeblich und zwar sowohl in verfahrensrechtlicher als auch in materiell-rechtlicher Hinsicht.

6.2.2 Zweckmäßigkeit

Die Widerspruchsbehörde prüft nach § 68 VwGO auch die Zweckmäßigkeit der Ermessensentscheidung.

Die Zweckmäßigkeit betrifft die rechtmäßigen Ermessensalternativen auf der Rechtsfolgeseite. Sie setzt eine rechtmäßige Ermessensentscheidung voraus.

Ist das Ermessen also formell und materiell-rechtlich ordnungsgemäß ausgeübt worden (also rechtmäßig), so kann es dennoch eine "bessere" oder "schlechtere" (also zweckmäßigere) Ermessensbetätigung geben. Die Widerspruchsbehörde darf in diesen Fällen ihr Ermessen an die Stelle des Ermessens der Ausgangsbehörde setzen (anders als ein Gericht im Rahmen von § 114 S. 1 VwGO!)

Die Zweckmäßigkeitskontrolle kann aber nur dort stattfinden, wo sie nicht in die eigenen Rechte des Rechtsträgers der Ausgangsbehörde eingreift.

Das ist der Fall im Verhältnis zwischen selbständigen, rechtsfähigen Verwaltungsträgern (z.B. Land + Gemeinde), soweit es um eigene Angelegenheiten des beaufsichtigten Verwaltungsträgers geht (bei weisungsfreien bzw. Selbstverwaltungsaufgaben = Rechtsaufsicht).

Anders verhält es sich bei Maßnahmen der Fachaufsicht. Hier nimmt der Verwaltungsträger in Wirklichkeit Aufgaben des Staates (des Landes) wahr und ist dessen fachlicher Weisung unterworfen (bei Gemeinden: Pflichtaufgaben nach Weisung = weisungsgebundene Fachaufsicht). Hier findet auch eine Zweckmäßigkeitskontrolle statt.

Staatliche Aufsicht

über mittelbare Träger staatlicher Verwaltung

Kommunen, sonstige Körperschaften, Anstalten, Stiftungen des ö.R.	
in Selbstverwaltungsangelegenheiten	bei Pflichtaufgaben nach Weisung und bei Landesaufgaben
nur Rechtsaufsicht	auch Fachaufsicht
Rechtmäßigkeitskontrolle	Recht- und Zweckmäßigkeitskontrolle (auch Weisung!)

6.3 Klageverfahren

6.3.1 Umfang der gerichtlichen Kontrollbefugnis

Nach § 113 Abs. 1 VwGO hebt das Verwaltungsgericht den belastenden Verwaltungsakt auf, wenn er rechtswidrig ist und den Kläger in eigenen Rechten verletzt (vgl. dazu Art. 19 IV GG und § 40 I VwGO).

Beim begünstigenden Verwaltungsakt hebt das Gericht den (Ablehnungs-)Bescheid nur auf, wenn die Ablehnung rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, weil er einen Anspruch auf den Erlass des begünstigenden Verwaltungsaktes hat (§ 113 V S. 1 VwGO).

In beiden Fällen prüft das Gericht also, ob der Verwaltungsakt in formeller und materieller Hinsicht mit den relevanten Gesetzen in Einklang steht.

Die Besonderheit bei Ermessensentscheidungen besteht allerdings darin, dass das Gericht nicht eigene Ermessenserwägungen anstelle der Behörde stellen darf, weil es sonst den Grundsatz der Gewaltenteilung verletzen würde.

Deshalb beschränkt § 114 S. 1 VwGO die gerichtliche Kontrolle nach Maßgabe von § 40 LVwVfG darauf, ob der Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung rechtswidrig ist, weil

- die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind (Ermessensüberschreitung) oder
- von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist (Ermessensfehlgebrauch).

Das bedeutet: Der Verwaltungsakt ist rechtswidrig, wenn ein Ermessensfehler vorliegt. Eine Zweckmäßigkeitskontrolle durch die Gerichte findet nicht statt.

⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 01.12.1987, - 1 C 29/85 -, BVerwGE 78, 285:

"Die Ausweisung ist bei Vorliegen eines der gesetzlichen Ausweisungstatbestände des § 10 Abs. 1 AuslG keine zwingende Rechtsfolge. Sie steht vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen der Ausländerbehörde. Diese muß aufgrund einer Abwägung der öffentlichen Interessen mit den privaten Interessen prüfen, ob die Ausweisung geboten ist. Die Verwaltungsgerichte dürfen die Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens nur auf Rechtsfehler nachprüfen, namentlich darauf, ob die Behörde dem Zweck der Ermächtigung entsprechend und unter Beachtung der Grundrechte und der in ihnen verkörperten Wertordnung sowie des Rechtsstaatsprinzips, insbesondere des sich aus ihm herleitenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, gehandelt hat (mwN)."

6.3.3 Schematische Prüfungsfolge

(1) Vorliegen einer Ermessensermächtigung
(Ermächtigungsgrundlage, die Entschließungs- oder Auswahlermessen einräumt)

(2) Formelle Rechtmäßigkeit (Zuständigkeit, Verfahren, Form)
Bei Verfahrensfehlern: Heilung, Beachtlichkeit, Umdeutung?

(3) Materielle Rechtmäßigkeit

- Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen (also: ist Ermessen eröffnet?)
- Ermessen erkannt und ausgeübt (also keine Ermessensunterschreitung)?
- Ermessensgrenzen beachtet (zulässige Rechtsfolge, kein Verstoß gegen Grund- und Verfassungsrechte, insbesondere: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Gleichbehandlungsgebot)?
- Ermessenszweck beachtet (also keine sachfremden Erwägungen angestellt)?
- Ermessen hinreichend begründet, ggfs. § 114 S. 2 VwGO?

bei belastenden Verwaltungsakten:

- richtiger Adressat (Störerauswahl)?

bei begünstigenden Verwaltungsakten:

- Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensbetätigung = Anspruch auf Neubescheidung?

6.3.4 Neubescheidungsanspruch, § 113 V S. 2 VwGO

Liegt der Erlass des begünstigenden Verwaltungsaktes im Ermessen der Behörde, so kann die Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheids (aus welchen Gründen auch immer) dennoch nicht zu einer Verpflichtung der Behörde zum Erlass des begünstigenden Verwaltungsaktes führen. Sonst würde das Gericht wiederum in die einzig der Verwaltung zugewiesene Ermessensermächtigung eingreifen (vgl. § 114 VwGO).

Die Verwaltung kann höchstens verpflichtet werden, das Ermessen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts pflichtgemäß auszuüben (sog. Neubescheidungsanspruch, vgl. § 113 V S. 2 VwGO). Voraussetzung dafür ist, dass der Kläger einen subjektiven öffentlich-rechtlichen Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensbetätigung hat

6.3.4 Nachholen von Ermessenserwägungen, § 114 S. 2 VwGO

Eine unzureichende Begründung der Ermessenserwägung kann nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 LVwVfG durch Nachholen geheilt werden. Das kann bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor Gericht geschehen.

Dem trägt § 114 S. 2 VwGO Rechnung, indem er es zuläßt, dass die Verwaltung ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im gerichtlichen Verfahren ergänzen darf. Allerdings begrenzt die Vorschrift die Heilungsmöglichkeit durch das Wort "ergänzen" auf solche Fälle, in denen die Behörde erkannt hat, dass sie Ermessen auszuüben hat und das Ermessen auch betätigt hat, wenn auch womöglich nicht erschöpfend. Nur dieser Mangel kann nach § 114 S. 2 VwGO geheilt werden.

⇒ vgl. BVerwG, Urteil vom 05.09.2006, - 1 C 20/05 -, DöV 2007, 255:

"§ 114 S. 2 VwGO schafft die prozentualen Voraussetzungen lediglich dafür, dass die Behörde defizitäre Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen kann, nicht hingegen, dass sie ihr Ermessen nachträglich erstmals ausübt."