

Teil I Die Grundlagen des Verwaltungshandelns

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen für Verwaltungshandeln
 - 1.1 Die Staatsziele
 - 1.2 Der Grundsatz der Gewaltenteilung
 - 1.3 Das Rechtsstaatsprinzip
2. Begriff des Verwaltungsrechts und Rechtsquellen
 - 2.1 Verwaltungsrecht
 - 2.2. Verwaltung
 - 2.3 Träger öffentlicher Verwaltung
 - 2.4 weitere Begriffe
3. Gesetzesbindung, gebundene und freie Verwaltung
 - 3.1 Die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht
 - 3.2 Gesetzmäßigkeit = Gesetzesvorrang + Gesetzesvorbehalt
4. Rechtsmethodik
 - 4.1 Rechtsanwendung
 - 4.2 Aufbau der Rechtssätze
 - 4.3 Feststellung des Sachverhalts (s. dazu vertiefend: Verfahrensrechte)
 - 4.4 Grundmuster der Rechtsanwendung
 - 4.5 Unbestimmte Rechtsbegriffe
 - 4.6 Beurteilungsspielräume
5. Ermessensverwaltung
 - 5.1 Begriff des Ermessens
 - 5.2 Erkennbarkeit von Ermessensspielräumen
 - 5.3 Ermessensspielräume in Sonderfällen

Teil I Die Grundlagen des Verwaltungshandelns

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen für Verwaltungshandeln

Das Verwaltungsrecht wird grundlegend durch verschiedene staats- und verfassungsrechtliche Regelungen bestimmt. Zunächst sollten die wichtigsten benannt und, soweit sie nicht an anderer Stelle vertiefend behandelt werden, kurz erläutert werden (soweit sie für das allgemeine Verwaltungsrecht von Bedeutung sind).

Die wichtigsten verfassungsrechtliche Grundlagen für das Verwaltungshandeln ergeben sich aus

- den Staatszielen nach Art. 20 Abs. 1 GG ("Die Bundesrepublik Deutschland ist demokratischer und sozialer Bundesstaat"), woraus abgeleitet werden
 - das Demokratieprinzip (i.V.m. Abs. 2)
 - das Föderalismusprinzip
 - (das Sozialstaatsprinzip)
- dem Gewaltenteilungsgrundsatz nach Art. 20 Abs. 3 GG ("Die Gesetzgebung..., die vollziehende Gewalt..., die Rechtsprechung...")
- dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG ("Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmässige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden")
- und insbesondere dem hieraus abgeleiteten Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

1.1 Die Staatsziele

1.1.1 Das Demokratieprinzip

Nach Art. 20 Abs. 2 GG geht "alle Staatsgewalt vom Volke aus und wird von diesem in Wahlen und Abstimmungen ausgeübt".

Ausgeübt wird die Staatsgewalt jedoch indirekt durch die staatlichen Gewalten, insbesondere durch die Gesetzgebende Gewalt.

Für das Verwaltungsrecht von Bedeutung ist dabei, dass es für (belastendes) Verwaltungshandeln (s. dazu Gesetzesvorbehalt) und für besonders wichtige Verwaltungsentscheidungen (s. dazu "Wesentlichkeitstheorie") immer eine Ermächtigung durch den Gesetzgeber bedarf, die den Eingriff legitimiert. Die Verwaltung kann also vielfach nicht ohne gesetzlichen Auftrag tätig werden, sie ist im Wesentlichen "vollziehende" Gewalt.

1.1.2 Das Föderalismusprinzip

Die Bundesrepublik Deutschland ist ein Bundesstaat, d.h. sie besteht aus dem Bund und den Ländern (im Gegensatz zum Zentralstaat oder zum Staatenbund). Die Staatsgewalt ist auf Bund und Länder aufgeteilt.

Daneben schützt das GG in Art. 28 Abs. 1 und 2 auch grundsätzlich das Vorhandensein von Gemeinden und Gemeindeverbänden (Landkreisen, Verwaltungsgemeinschaften, Zweckverbänden), die ebenfalls Träger der Staatsgewalt sind.

Für das Verwaltungsrecht von Bedeutung sind dabei die Vorschriften über die

- Gesetzgebungskompetenz, also die Aufteilung der Gesetzgebungsbefugnis zwischen Bund und Ländern (und im Grundsatz auch den Gemeinden)
- Verwaltungskompetenz, also die Frage, welcher Verwaltungsträger (Bund, Land oder Gemeinde) die gesetzlich vorgegebenen Verwaltungsaufgaben erfüllt.
- Normenhierarchie, also die Frage, in welchem Geltungsverhältnis etwa Gesetze des Bundes zu denen der Länder stehen.

1.1.2.1 Gesetzgebungskompetenz

Nach Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Nach Art. 70 Abs. 2 GG bemisst sich die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern nach den Vorschriften des Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung.

- die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich grundlegend aus Art. 73 GG (vgl. aber z.B. auch Art. 21 Abs. 3 GG). Hier haben die Länder keinerlei eigene Zuständigkeiten zur Gesetzgebung.

Bsp.: s. dort

- die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 GG gibt den Ländern das Recht, Gesetze aus diesem Katalog zu erlassen, soweit der Bundesgesetzgeber nicht tätig wird (vgl. Art. 72 Abs. 1 GG). Der Bund kann also die Kompetenz an sich ziehen, muss aber Art. 72 Abs. 2 GG beachten.

Bsp.: s. dort

- Nach Art. 72 Abs. 2 GG hat der Bund die Kompetenz hinsichtlich bestimmter, aufgezählter Rechtsgebiete, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.
- Andererseits können auch die Länder auf bestimmten Rechtsgebieten eigene abweichende Regelungen trotz bestehender Bundesgesetze treffen, Art. 72 Abs. 3 GG. Die

Abweichungsregelung hat die durch die Föderalismus-Reform von 2006 abgeschaffte frühere Rahmengesetzgebung (Art. 75 a.F. GG) abgelöst.

Anerkannt sind weitere Bundeszuständigkeiten

- kraft Natur der Sache. Dies wird dann angenommen, wenn eine Materie begriffsnotwendig nur durch den Bund geregelt werden kann
Bsp: Bundeswappen, Bundeshauptstadt
- kraft Sachzusammenhangs. Dieser liegt dann vor, wenn eine Materie sinnvollerweise nicht ohne die Regelung einer anderen Materie geregelt werden kann
Bsp: Regelungen über politische Parteien (ParteienG) und Regelungen über Rundfunkwerbung für Parteien
- Annexkompetenz. Es besteht ein unmittelbarer funktionaler Zusammenhang zu einer Bundesmaterie
Bsp: Kompetenz zur Regelung der Bahn, Annex: Regelung der Bahnpolizei

1.1.2.2 Verwaltungskompetenz

Es liegt auf der Hand, dass die Länder (oder Gemeinden und Gemeindeverbänden) die Landesgesetze durch ihre jeweiligen Verwaltungen selbst ausführen.

Für die Bundesgesetze sieht Art. 83 GG vor, dass die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit ausführen, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt.

Die Länder tun dies entweder als

- eigene Angelegenheiten (Art. 84 Abs. 1 GG): Hierbei regeln sie selbst die Zuständigkeit der Behörden und das Verwaltungsverfahren und sind grundsätzlich weisungsfrei. Allerdings kann der Bund (mit Zustimmung des Bundesrates) auch allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen (Abs. 2). Die Länder unterliegen insoweit der Rechtsaufsicht des Bundes (Art. 84 Abs. 3 GG).
- im Auftrage des Bundes (Art. 85 GG, vgl. auch Art. 90 Abs. 2, 104a Abs. 3 S. 2 und 108 Abs. 3 GG): In diesen Fällen sind die Länder an die rechtlichen und fachlichen Weisungen des Bundes gebunden (vgl. Abs. 3 und 4). Der Bund übt die Rechts- und Fachaufsicht aus und kontrolliert auch die Zweckmäßigkeit des Verwaltungsvollzugs. Die Länder haben auch insoweit die sog. Wahrnehmungskompetenz und regeln die Zuständigkeit und das Verfahren grundsätzlich selbst (vgl. BVerfG, Urt. v. 02.02.2002, - 2 BvG 2/00 -).

Nach Art. 87 ff. GG vollzieht der Bund in bundeseigener Verwaltung die dort genannten Gesetzesmaterien (Auswärtiger Dienst, Bundesfinanzverwaltung, Bundeswasserstrassen, Bundeswehr, Arbeitsverwaltung, Bundesbank).

1.1.2.3 Die Normenhierarchie

Aus dem föderalen Staatsaufbau folgt auch, dass die Geltung der Normen der verschiedenen Verwaltungsträger (Bund, Länder, Gemeinden...) im Verhältnis zueinander geklärt sein müssen. Dies betrifft die Frage, welche inhaltlich widersprüchliche oder gegensätzliche Norm den Vorrang hat. Nach der verfassungsrechtlichen Normenhierarchie gilt:

- Europarecht, Art. 4 Abs. 3 EUV (s. dort später)
- (nationales) Verfassungsrecht geht formellen Gesetzen und diese gehen bloß materiellen Gesetzen (z.B. Satzungen) vor (zum Begriff "Gesetz im mat. Sinne" später).
- Bundesrecht bricht Landesrecht (sodass auch eine bundesrechtliche Satzung etwa einem landesrechtlichen formellen Gesetz vorgeht), Art. 31 GG.

1.2 Der Grundsatz der Gewaltenteilung:

Die Staatsgewalt ist nach Art. 20 Abs. 3 GG auf die gesetzgebende, die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt aufgeteilt. Der Gegensatz dazu bilden die absolutistischen Staatsformen, insbesondere die absolute Monarchie, in welchen der Monarch die ungeteilte Staatsgewalt für sich beanspruchte, ebenso heutige Diktaturen (wie z.B. die Volksrepublik China).

Die Gewaltenteilung dient der Verhinderung einer staatlichen Übermacht und der gegenseitigen Kontrolle der Gewalten.

Allerdings gilt der Gewaltenteilungsgrundsatz nicht ausnahmslos, sondern es gibt gewisse Durchbrechungen:

	Vollziehende Gewalt	Gesetzgebende Gewalt	Rechtsprechende Gewalt
Verwalten	Verwaltungstätigkeit	parl. Verwaltung	Gerichtsverwaltung
Gesetze geben	RVO, Satzungen	<i>Beschluss von Gesetzen</i>	Urteile mit Gesetzeskraft
Recht sprechen	Widerspruchs- u. Disziplinarverfahren	Untersuchungsausschüsse	<i>Entscheidung über Klagen</i>

1.3 Das Rechtsstaatsprinzip

Von zentraler Bedeutung für die Verwaltung ist das Rechtsstaatsprinzip, das ausdrücklich nur in Art. 28 Abs. 1 GG genannt wird, aber daneben auch aus Art. 20 Abs. 2 und 3 GG abgeleitet wird.

Es bedeutet die rechtliche Bindung aller staatlichen Gewalt.

Aus dem Rechtsstaatsprinzip werden abgeleitet

- Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt, s. o.)
- Rechtssicherheit (Bestimmtheitsgebot, Rückwirkungsverbot, Vertrauensschutz)
- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit)
- Gebot des effektiven Rechtsschutzes (s. auch Art. 19 Abs. 4 GG)

Diese Prinzipien sind eng im Verwaltungsrecht verankert und werden dort im jeweiligen Zusammenhang näher betrachtet.

2. Begriff des Verwaltungsrechts, Rechtsquellen und Verwaltungsträger

2.1 Verwaltungsrecht

2.1.1 Das Verwaltungsrecht legt die Rechtsgrundlage für das Handeln der Verwaltung fest und ist ein Teil des öffentlichen Rechts. Es wird unterteilt in das

1) allgemeine Verwaltungsrecht

Es umfaßt die rechtlichen Struktur- und Querschnittsfragen, die für alle Verwaltungszweige bedeutsam sind, also das Einmaleins des Verwaltungsrechts, nämlich

- Organisation der Verwaltung
- allgemeine Lehren über Rechtsbindung und Gestaltungsfreiheit der Verwaltung
- Verwaltungsverfahren und Grundzüge des Verwaltungsprozessrechts
- Handlungsformen der öffentlichen Verwaltung
- typische Fehler der Verwaltung und die Fehlerfolgen
- allgemeine Regeln über öffentlich-rechtl. Rechtsverhältnisse, insbesondere Schuldverhältnisse, öffentlich-rechtl. Vertrag
- Recht der öffentlichen Sachen

2) besonderes Verwaltungsrecht

Es beinhaltet die speziellen Regelungen über das

- Organisations- und Personalrecht

- Kommunalrecht
- Kommun. Wirtschaftsrechts einschl. Kommunalabgaben
- Haushaltsrecht
- Recht der berufsständischen Kammern
- Beamtenrecht, Recht der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes (TvöD)

oder nach den verschiedenen Sachmaterien von

- Ordnungs- und Überwachungsrecht (Gefahrenabwehr): (Polizei- und Ordnungsrecht, Ausländerrecht, Gewerbeaufsichtsrecht, Versammlungsrecht, öffentliches Vereinsrecht, Bauplanungs- und Ordnungsrecht, Gesundheitsaufsicht, Wehrrecht, Zivilschutz etc.)
- Sozialrecht (Sozialversicherungsrecht, Sozialhilferecht, Ausbildungsförderung, Arbeitsförderung, Wohngeld, Kindergeld, Schwerbehindertenrecht etc.)
- Daseinsvorsorge (Infrastruktur für Verkehr, Krankenversorgung, Energieversorgung etc.)
- fördernder Verwaltung (Subventionsrecht, Wirtschaftssubventionen, Kulturförderung, gesellschaftliche Aktivitäten)

Darstellung der Gesamtrechtsordnung/Schaubild

Gesamtrechtsordnung					
Über- und Zwischenstaatliches Recht	Innerstaatliches Recht				
	öffentliches Recht				Privatrecht
Völkerrecht VertragsR GewohnheitsR allg. Grundsätze	StaatsR	VerwaltungsR	Strafrecht	Gerichts- verfassungs- recht	Bürgerliches Recht, sonstiges, z.B. HandelsR Gesellschafts- recht WertpapierR UrheberR Ehegesetz
	Grundrechte	Allgemeines Ver- waltungsR besonderes Ver- waltungsrecht: (u.a.)	StGB	Prozessrecht ZPO, VwGO, StPO, FGO, SGG	
Supranation. R EU-Recht Teilintegration	Verfas- sungsrecht	OrdnungsR Polizeirecht, StVG, GewO, LLG, KommunalR			
		SozialR , u.a. Arbeitslosen-, Renten-, Kranken- versicherungsR			
		SubventionsR			

2.1.2 Rechtsquellen des Verwaltungsrechts

Dem gemäß sind die Rechtsquellen des Verwaltungsrechts die Rechtsvorschriften des allgemeinen und besonderen Verwaltungsrechts, aber auch das Verfassungsrecht sowie die unterhalb der Gesetze stehenden Rechtsverordnungen und Satzungen. Diese Rechtsquellen sind hierarchisch und horizontal gegliedert.

Europarecht	Verträge	binden nur die Mitgliedsstaaten insb. EUV
	Richtlinien	sind in nationales Recht umzusetzen
	Verordnungen	gelten unmittelbar, sind durch die nationale Verwaltung umzusetzen (Agrarförderung)
Bundesrecht	Verfassungsrecht	Grundgesetz
	formelle Bundesgesetze	z.B. VwVfG
	<i>untergesetzliche Normen:</i>	
	Verordnungen des Bundes Satzungen des Bundes	z.B. 1. BimschV
Landesrecht	Verfassungsrecht	Landesverfassung
	formelle Landesgesetze	z.B. LVwVfG
	<i>untergesetzliche Normen:</i>	
	Verordnungen des Landes Satzungen des Landes	z.B. Beihilfeverordnung
	Satzungen von Kreisen und Gemeinden	z.B. Bebauungspläne

Die Hierarchien beinhalten:

- Verfassungsrecht vor formellem Gesetz vor Verordnung/Satzung
- (Europarecht bricht) Bundesrecht bricht Landesrecht bricht kommunales Satzungsrecht

2.1.3 Unterscheidung der Rechtsnormen

Es bedeuten:

Völkerrecht	Völkervertragsrecht, Konventionen, Völkergewohnheitsrecht
EU-Recht	EWG-Vertrag, EU-Richtlinien, -Verordnungen, EuGH-Rechtsprechung
das Verfassungsrecht	das Staatsrecht (Organisation des Staates und der Staatsorgane, Föderalismus, Gewaltenteilung)

	die Grundrechte
	das sonstige Verfassungsrecht (Staatsziele, Verfassungsgrundsätze)
Gesetze im formellen Sinne	die in dem verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Verfahren vom Gesetzgeber erlassenen Gesetze (allgemein gültige Rechtssätze)
untergesetzliche Normen: (= Gesetze im materiellen Sinne")	
Verordnungen	die von der Exekutive aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung durch den Gesetzgeber nach Maßgabe der Verfassung (vgl. Art. 80 GG und Art. 61 LVerf) erlassenen Gesetze (allgemeine Rechtssätze)
Satzungen	die von selbständigen Verwaltungsträgern (Kommunen, Berufskammern usw) zur Regelung eigener Angelegenheiten erlassenen abstrakt-generellen Rechtssätze (Ermächtigung bei Kommunen durch Art. 28 GG; sonst durch den Hoheitsakt, der die Befugnisse des betreffenden Verwaltungsträgers begründet)
Regelungen ohne Normencharakter	
Verwaltungsvorschriften	allgemeine Regeln, die innerhalb einer Verwaltungsorganisation an nachgeordnete Behörden oder Bedienstete gerichtet sind und die keine Außenwirkung haben (z.B. zur Regelung der Organisation, des Verfahrens, zur Auslegung von Gesetzen und zur Ausübung von Ermessen)

Häufig wird neben dem Begriff „Gesetz im formellen Sinn“ auch vom „Gesetz im materiellen Sinn“ gesprochen:

Gesetz im formellen Sinne	jedes Gesetz im mat. S., das vom Parlament (Gesetzgeber) in dem verfassungsmäßig vorgesehenen Verfahren erlassen wird	abgestellt wird auf die originäre Gesetzgebungskompetenz Abgrenzung zur RVO, Satzung
Gesetz im materiellen Sinne	jede abstrakt-generelle Regelung mit Außenwirkung	abgestellt wird auf den Inhalt der Regelung [nicht auf ihr Zustandekommen] Abgrenzung zur Verwaltungsvorschrift/Richtlinie

beachte:

Jedes Gesetz im formellen Sinne ist auch ein solches im materiellen Sinne. Dies gilt aber nicht umgekehrt. Üblicherweise meint man mit "Gesetz im materiellen Sinne" nicht ganz korrekt die untergesetzlichen Normen (RVO, Satzung).

2.1.4 Anwendbares Verwaltungsverfahrenrecht

In Betracht kommen als Verfahrensrechte das Bundes-VwVfG (VwVfG), das SGB X und die AO, außerdem das Landes-VwVfG (LVwVfG) sowie verfahrensrechtliche Regelungen in Gesetzen des besonderen Verwaltungsrechts.

2.1.4.1 Das LVwVfG gilt gemäß § 1 I für alle Verwaltungstätigkeiten der

- Landesbehörden
- Kommunen
- juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die unter Landesaufsicht stehen.

Das VwVfG des Bundes gilt für alle Verwaltungstätigkeiten von Bundesbehörden (§ 1 III).

2.1.4.2 Grundsatz der Spezialität

Das LVwVfG geht spezielleren Verfahrensvorschriften in Gesetzen des besonderen Verwaltungsrechts nach und hat insoweit nur lückenfüllende Funktion

z.B. §§ 51 ff. LBO; §§ 99 ff. WG; vgl. § 1 I LVwVfG "...soweit nicht..."

Das gilt auch für spezielle EU- oder bundesrechtliche Verfahrensvorschriften (EU-Recht bricht Bundesrecht bricht Landesrecht, vgl. auch Art. 31 Grundgesetz). Spezieller gegenüber dem allgemeinen Verwaltungsrecht sind auch die Verfahrensvorschriften des allgemeinen Polizeirechts.

2.1.4.3 sog. Totalausfall/Teilausfälle

Für bestimmte Bereiche erklärt sich das LVwVfG für unanwendbar

- nach § 2 I für bestimmte Religionsgemeinschaften
- nach § 2 II Nr. 1: für Kommunalabgaben gilt gemäß § 3 I KAG die AO;
- nach § 2 II Nr. 3 LVwVfG in Verbindung mit § 51 SGG (Ausbildungsförderung, Schwerbeschädigtenrecht, Wohngeldrecht, Sozialhilferecht, Jugendhilferecht und Kriegsopferfürsorge), hier gilt nach § 1 I S. 1 SGB X dessen Verwaltungsverfahrensrecht; vgl. auch § 37 SGB I (AT);

oder nur teilweise für anwendbar (Teilausfälle, vgl. § 2 II, insbesondere im Prüfungsrecht).

Wichtige weitere allgemeine verwaltungsrechtliche Regelungen finden sich außerdem in folgenden Landesgesetzen:

- **LVG Landesverwaltungsgesetz:**
regelt die Organisation der Landesverwaltung bzw. Behörden

- **LGebG** Landesgebührengesetz:
regelt die Gebührenerhebung für Verwaltungsmaßnahmen durch die Landesbehörden (für die Kommunen gelten grds. die kommunalen Gebührensatzungen gemäß § 4 Abs. 1 GO bzw. § 3 Abs. 1 LkrO; s. auch § 4 Abs. 3 LGebG bei Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch die Kommunen)
 - **VwGO** Verwaltungsgerichtsordnung:
regelt das Widerspruchs- und das Klageverfahren im Rahmen des Rechtsschutzes gegen hoheitliche Maßnahmen
 - **AGVwGO** Landesausführungsgesetz zur VwGO:
regelt landesrechtliche Besonderheiten hierzu, insbesondere Wegfall des Widerspruchsverfahrens und die räumliche Organisation der Verwaltungsgerichte
 - **LVwVG** Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz:
regelt die Vollstreckung von Verwaltungsakten, also die Beitreibung von öffentlichen Geldforderung sowie die zwangsweise Durchsetzung von Handlungspflichten gegenüber dem Bürger
 - **LVwZG** Landesverwaltungszustellungsgesetz:
regelt die förmliche Bekanntgabe von Verwaltungsakten durch Zustellung
- Ein weiteres wichtiges Gesetz ist vorliegend das
- **LLG** Landeslandwirtschafts- und Landeskulturgesetz:
Es regelt allgemeine und besondere Aufgaben, Befugnisse und Zuständigkeiten der Landwirtschaftsverwaltung.

Diese Gesetze werden ausgegeben und sollten immer griffbereit sein.

2.2 Verwaltung

2.2.1 Der Begriff der Verwaltung beinhaltet nur die öffentliche Verwaltung. Diese zählt zu den drei Staatsgewalten, in welche der Staat nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung aufgeteilt ist:

Legislative	Gesetzgebung	Erlass abstrakt-genereller (allgemeiner) Regelungen
Judikative	Rechtsprechung	Gewährleistung von Rechtsschutz durch Entscheidung über individuelle Klagen
Exekutive	Verwaltung	Regierung und die ihr zugeordneten Ministerien und sonstigen Einrichtungen zur Ausführung der Gesetze

2.3 Träger öffentlicher Verwaltung.

Träger öffentlicher Verwaltung können nur der Staat und seine Gliederungen sein.

In der Bundesrepublik Deutschland sind Träger öffentlicher Verwaltung, auf die die Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben übertragen sind,

die unmittelbaren Staatsgewalten von

- **Bund** und
- **Ländern** (vgl. Bundesstaatsprinzip in Art. 20 I GG)
- **Kommunen** (Gemeinden und Kreise, vgl. Art. 28 I, II GG.)

Bund, Länder und Gemeinden können aber auch - durch Hoheitsakt - selbständige juristische Personen des öffentlich-rechtlichen Rechts gründen (vgl. z.B. Art. 87 II, III GG) und ihnen die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben zuweisen,

nämlich

- **Körperschaften**
- **Anstalten**
- **Stiftungen** des öffentlichen Rechts

oder Privatpersonen oder -unternehmen mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben betrauen:

- **Beliehene** (beliehene Unternehmer)

Diese nehmen hoheitliche Aufgaben als mittelbare Staatsverwaltung wahr.

Im Einzelnen:

	Körperschaft (ö. R.)	Anstalt (d. ö. R.)	Stiftung (d.ö.R.)
Gründer	von einem Hoheitsträger		
Gründungsakt	durch Hoheitsakt (Gesetz, Verwaltungsakt)		

Rechtsform	als rechtsfähige jur. Person des ö. R. begründete		
Rechtliches Verhältnis zum Gründer	und damit rechtlich selbständige Organisation,		
Organisationsgegenstand	die aus Mitgliedern besteht (nat. u./o. jurist. Personen),	die aus Personal und Sachen besteht,	die aus finanziellen Mitteln (Stiftungsvermögen) besteht,
Organisationszweck	der Erfüllung öffentlicher Selbstverwaltungsaufgaben der Mitglieder dient	der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient	der Erfüllung öffentlicher Aufgaben aus den Erträgen des Stiftungsvermögens dient
Rechtsaufsicht	und der Kontrolle des Staates bzw. Gründers unterliegt.		

beachte:	Die Körperschaft hat Mitglieder	Die Anstalt hat Benutzer ; fehlt es an der Rechtsfähigkeit, so handelt es sich um eine öff. Einrichtung (z.B. Friedhof)	
Beispiele:	Gemeinden, Zweckverbände, Innungen, Berufskammern	Rundfunkanstalten, Sparkassen, Bundesbank, BA f Arbeit	Stiftung Preußischer Kulturbesitz; Stiftung Hilfswerk für behinderte Kinder, Conterganstiftung für behinderte Menschen, Heimkehrerstiftung, Berliner Philharmoniker
vgl. zu den Merkmalen	z.B. GKZ	z.B. SparkassenG	

Beispiele für beliehene Unternehmer: Bezirksschornsteinfegermeister, TÜV-Sachverständige, Privatschulen, Fleischbeschauer, Jagdaufseher

2.4 Weitere Begriffe:

- **Behörden** sind die organisatorischen Einheiten der Träger öffentlicher Gewalt, die die Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, vgl. § 1 II LVwVfG.
- **Amt** ist die kleinste organisatorische Einheit einer Behörde wie das Bauamt. Oft wird „Amt“ jedoch auch für eine ganze Behörde gebraucht (Landratsamt, Finanzamt)
- **Amtswalter** ist der Bedienstete bzw. die Person, die ein Amt wahrnimmt.

3. Gesetzesbindung, gebundene und freie Verwaltung

3.1. Die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht

Richard U. Haakh * Allgemeines Verwaltungsrecht höherer Dienst * Stand November 2016 © Unterricht@Haakh-online.de

Nach Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz ist die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden. Damit wird deutlich gemacht, dass der Gesetzgeber die Aufgaben der Verwaltung bestimmt und die vollziehende Gewalt mit ihrer Erledigung beauftragt (Grundsatz der Gewaltenteilung).

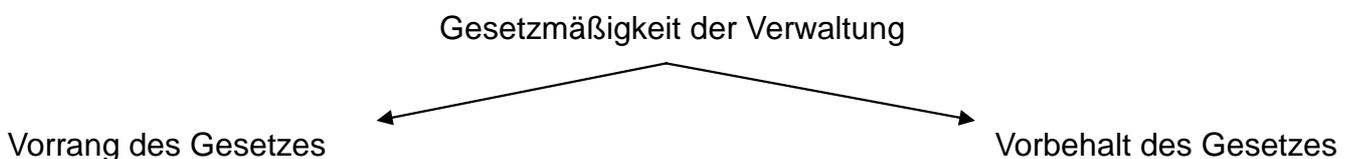
Der Gesetzgeber kann also vorgeben, welche Aufgaben die vollziehende Gewalt erfüllen soll und welche Ziele damit erreicht werden sollen. Er bestimmt damit auch, in welchem Umfang die vollziehende Gewalt beim Gesetzesvollzug an die gesetzlichen Vorgaben gebunden ist, ob die vollziehende Gewalt beim Gesetzesvollzug eher frei - nach eigenem Ermessen - entscheiden können oder eher strikt gebunden sein soll.

- **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.
- **Ermessensverwaltung** liegt vor, wenn der Gesetzgeber zwar die Voraussetzungen regelt, unter denen die vollziehende Gewalt überhaupt im Rahmen des Gesetzesvollzugs tätig werden soll, es aber grds. ihrem Ermessen überlässt, ob sie davon Gebrauch macht und ggfs. wie.

3.2 Gesetzmäßigkeit = Gesetzesvorrang + Gesetzesvorbehalt

Das Maß der Gebundenheit der öffentlichen Verwaltung bestimmt sich letztlich nach dem Verfassungsgrundsatz der **Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung** (Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz, s.o.). Danach muss alles Verwaltungshandeln stets mit den Gesetzen in Einklang stehen.

Die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht enthält zwei Grundsätze, den **Vorrang des Gesetzes** und den **Vorbehalt des Gesetzes**.



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

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!“

Fälle zum Thema: Gebundenheit und Freiheit der öffentlichen Verwaltung:

„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.

Abgrenzung zwischen PR und ö.R: Es gibt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zu dieser Frage. Es geht nämlich um ein Beamtenverhältnis, und dies ist - nach Art. 33 Abs. 4 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).

Hier greift die „entgegenstehende Vorschrift“ des § 3 Abs. 1 LBesG.

Somit stimmt die Auffassung der Gemeinde nicht.

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsmaßnahme stellt also immer darauf ab, ob sie mit den (relevanten) Gesetzen übereinstimmt.

3.2.2 Der Gesetzesvorbehalt: „Kein Verwaltungshandeln ohne Gesetz!“

Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung bedürfen der Ermächtigung durch ein Gesetz im formellen Sinne (Parlamentsgesetz) oder aufgrund eines Gesetzes im formellen Sinne.

1) Verfassungsrechtliche Grundlagen des Gesetzesvorbehalts

- Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz
- die Grundrechte (sie enthalten ausdrückliche Vorbehaltsregelungen)
- das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz; Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns)
- das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz; die wesentlichen Fragen des Gemeinwesens müssen von dem demokratisch dazu legitimierten Gesetzgeber geregelt werden = sog. Parlamentsvorbehalt)
- 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, vgl. Legaldefinition in § 49 LVwVfG).

Fälle zum Thema: Gebundenheit und Freiheit der öffentlichen Verwaltung:

3. „Schulstrafen“

Das Bundesland L will ein neues Schulgesetz erlassen. Dabei wird auch die Frage nach der Zulässigkeit von Schulstrafen diskutiert. Die A-Fraktion meint, dies könne man wie bisher einer Regelung durch den Schulminister durch Verwaltungsvorschriften überlassen. Die B-Fraktion steht auf dem Standpunkt, dass zumindest eine aufgrund gesetzlicher Ermächtigung ergangene Rechtsverordnung notwendig sei. Die C-Fraktion schließlich meint, aus rechtsstaatlichen Gründen müssten die Schulstrafen im Gesetz selbst geregelt sein.

Welcher Fraktion ist zuzustimmen?

Lösung:

Wenn die Schulstrafen grundrechtsrelevante Positionen der Schüler berühren, bedürften sie einer gesetzlichen Ermächtigung (Gesetzesvorbehalt). Welche Grundrechte können tangiert sein?

<i>Strafarbeiten</i>	<i>Art. 2 Abs. 1</i>
<i>Arrest</i>	<i>Art. 2 Abs. 1</i>
<i>Verweis von der Schule</i>	<i>Art. 12 Abs. 1 (Wahl der Ausbildungsstätte)</i>

Damit scheidet schon der Vorschlag der A-Fraktion aus.

Reicht eine VO aufgrund einer schulgesetzlichen Ermächtigung aus?

Eingriffe in Rechte aus Art. 12 Abs. 1 bedürfen einer Ermächtigung „durch oder aufgrund eines Gesetzes“ (beachte dazu Art. 80 Grundgesetz bzw. 61 LV); und bei Eingriffen in Rechte aus Art. 2 Abs. 1 verhält es sich genauso.

Somit sind beide übrige Vorschläge verfassungsrechtlich möglich.

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

z.B. bei der Gewährung von Subventionen - auch aufgrund von Verwaltungsvorschriften (wie AZL, MEKA etc)

4) Nach der „**Wesentlichkeitstheorie**“ gilt der Gesetzesvorbehalt auch im Bereich von begünstigenden Verwaltungsakten (vgl. BVerfGE 53, 30, 56: Schneller Brüter; E 64, 261, 268: Rundfunkorganisation) und zwar im Sinne eines **Parlamentarvorbehalts** (s. dazu schon zum Demokratieprinzip Kap. 1).

Dieser 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 oder die Zulässigkeit von gentechnischen Anlagen, Einführung des Sexualkundeunterrichts oder einer obligatorischen Förderstufe an öffentlichen Schulen

Der Parlamentarvorbehalt 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 Abs. 1 GG mit dem Leistungsgrundsatz in Art. 33 Abs. 2 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 Abs. 1 LV, z.B. in Verbindung mit § 10 Abs. 2 S. 1 GO; vgl. auch das LVG.

4. Rechtsmethodik:

Struktur und Aufbau der Rechtssätze; Rechtsanwendung und Subsumtion

4.1 Rechtsanwendung:

4.1.1 Wer wendet das Recht/die Gesetze an? Es sind dies die

- **Verwaltungsbehörden** i.R.d. Gesetzesvollzugs sowie bei der Recht- und Zweckmäßigkeitskontrolle
- **Gerichte** i.R.d. Rechtmäßigkeitskontrolle und bei der Streitentscheidung.

4.1.2 Def.: **Rechtsanwendung** ist der Vorgang zur Ermittlung einer konkreten Rechtsfolge (= Maßnahme, Verfügung, Entscheidung usw.), die der einschlägige Rechtssatz für einen konkreten Lebensvorgang (Sachverhalt) vorsieht.

4.2 Aufbau der Rechtssätze:

4.2.1 Rechtssätze sind konditional aufgebaut, sie folgen stets einem wenn-dann-Schema.

Wenn	dann
wenn jemand einen Menschen tötet	dann wird er mit Freiheitsentzug bestraft
wer die öffentliche Sicherheit stört,	dem kann die Störungsbeseitigung auferlegt werden
Voraussetzungssatz = ges. Tatbestand	Rechtsfolgesatz
oder umgekehrt	
dann	wenn
die Baugenehmigung wird er teilt	wenn das Bauvorhaben öff.-rechtl. Anforderungen entspricht
Rechtsfolgesatz	Voraussetzungssatz = ges. Tatbestand

4.2.2 **Voraussetzungssatz** ist der im Gesetz abstrakt und generell formulierte Tatbestand, der eine Vielzahl von konkreten Lebenssachverhalten erfasst; an den konkreten Lebenssachverhalt, der davon erfasst wird, soll nach dem Willen des Gesetzgebers die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge anknüpfen.

Bsp.: vgl. § 58 LBO; was ist Voraussetzungssatz, was Rechtsfolgesatz?

Voraussetzungssatz oder gesetzlicher Tatbestand meint also den abstrakt formulierten gesetzlichen „Sachverhalt“. Der (konkrete) Lebenssachverhalt ist der Vorgang im Einzelfall. Er wird mit dem Tatbestand abgeglichen (er wird unter den gesetzlichen Tatbestand subsumiert).

Den (Lebens-) **Sachverhalt** bilden die tatsächlichen Umstände, auf die die gesetzliche Rechtsfolge angewandt werden soll, wenn sie vom gesetzlichen Tatbestand erfasst werden.

Rechtsfolge ist die vom Gesetzgeber angeordnete Regelung, die auf den konkreten Lebenssachverhalt Anwendung finden soll.

4.2.3. **Subsumtion** ist das Verfahren, mit welchem geprüft wird, ob ein Lebenssachverhalt von dem Tatbestand des Gesetzes erfasst/umfasst wird, also ob er die Merkmale des gesetzlichen Tatbestands (= Voraussetzungssatzes) erfüllt. Wenn dies der Fall ist, also „der Sachverhalt unter den Tatbestand fällt“, soll die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge Anwendung finden.

gesetzlicher Tatbestand	wer einen Menschen tötet
konkreter Lebenssachverhalt:	a. Anton hat am 15.09. gegen 14.00 mit seinem Auto den Bernd überfahren. Bernd ist an den Verletzungen gestorben.
	b. Als Bernd den Anton erblickte, erschrak er so, dass er einen Herzanfall erlitt und unverzüglich verstarb.
Subsumtion?	

4.3 Feststellung des Sachverhalts (s. dazu vertiefend: Verfahrensrechte)

Voraussetzung für die Rechtsanwendung ist eine zutreffende Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts. Im Verwaltungsverfahren gilt der **Amtsermittlungsgrundsatz** (Untersuchungsgrundsatz, vgl. § 24 LVwVfG); die Behörde kann sich jeglicher rechtmäßiger **Erkenntnisquellen** bedienen (vgl. § 26 LVwVfG). Sie kann auch häufig auf die Ausgestaltung des Sachverhalts einwirken, auf den Gesetze angewandt werden sollen

(z.B. Planänderungen in Baugenehmigungsverfahren)

4.4 Grundmuster der Rechtsanwendung

1. Alternative:

Anknüpfungspunkt ist ein konkreter Lebenssachverhalt. Es soll die anzuwendende Rechtsfolge ermittelt werden.

(1) Ermittlung des Sachverhalts	(Untersuchungs- bzw. Amtsermittlungsgrundsatz)
(2) Prüfung der Rechtsfragen	<p>(a) Welche Rechtsnorm(en) könnte(n) einschlägig sein?</p> <p>(b) Welchen Inhalt hat der gesetzliche Tatbestand? (u.U. sind unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen!)</p> <p>(c) Subsumtion: fällt der festgestellte Sachverhalt unter den gesetzlichen Tatbestand? ggfs.:</p> <p>(d) Ermittlung der gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolge (u.U. sind wiederum unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen)</p> <p>Bei mehreren Rechtsfolgen: Auswahl der zweckmäßigsten Rechtsfolge (bei pflichtgemäßer Ausübung des Ermessens)</p>
(3) Entscheidung	<p>(a) wenn der konkrete Sachverhalt die Merkmale des gesetzlichen Tatbestands erfüllt:</p> <p>Anordnung der entsprechenden Maßnahme</p> <p>Erteilung der Genehmigung usf.</p> <p>(b) andernfalls:</p> <p>die Anordnung kann nicht getroffen werden</p> <p>die Genehmigung kann nicht erteilt (muss versagt) werden.</p>

2. Alternative:

Anknüpfungspunkt der Rechtsanwendung ist eine bestimmte Rechtsfolge: Es soll geprüft werden, ob die Voraussetzungen dafür vorliegen

(1) Bestimmung der relevanten Rechtsfolge

(2) Prüfung der Rechtsfragen	Welche Tatbestandsvoraussetzungen müssen erfüllt sein, damit die vorgesehene Rechtsfolge zur Anwendung kommen kann? (u.U. Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe)
(3) Ermittlung des konkreten Sachverhalts	
(4) Subsumtion	
(5) bei mehreren möglichen Rechtsfolgen	Prüfung der Zweckmäßigkeit (s.o.)
(6) Entscheidung (s.o.)	

4.5 Unbestimmte Rechtsbegriffe

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.

4.5.1 Rechtsbegriffe

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

z.B. die *Begriffe 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*.

4.5.2 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:

z.B. Pflanze, Uniform, Sonntag, Windstärke 7 oder die Legaldefinitionen wie in § 2 LBO.

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

Regeln der Technik	§ 3 Abs. 3 LBO
Verunstaltung	§ 35 III 1 Nr. 5 BauGB
Zuverlässigkeit	§ 8 WaffG, § 57 GewO, § 4 Abs.1 Nr. 1 GastG
öffentliche Sicherheit und Ordnung	§ 1 PolG, § 4 Abs.1 Nr. 2 GastG
erforderliche Fachkunde	§ 8 Abs.2 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 Abs. 4 Grundgesetz). Andernfalls hätten Gesetze ganz unterschiedliche Regelungsinhalte, je nachdem, wer sie gerade anwendet.

4.6 Sonderfall: Beurteilungsspielräume

Grundsätzlich kann der Gesetzgeber der Exekutive gewisse Spielräume bei der Entscheidung einräumen, ob die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale einer Rechtsnorm im konkreten Fall erfüllt sind oder nicht. Dies darf nicht verwechselt werden mit Ermessensnormen, die der Exekutive auf der Rechtsfolgeseite mehrere Handlungsmöglichkeiten eröffnen können (s. dazu nachfolgend Kap. 5).

Enthält eine Norm einen Beurteilungsspielraum, so wird hierdurch naturgemäß die gerichtliche Kontrolle der exekutiven Rechtsanwendung eingeschränkt. Deshalb darf ein solcher Beurteilungsspielraum nur ganz ausnahmsweise ermöglicht werden.

Anerkannt werden Beurteilungsspielräume nur

- bei Prognoseentscheidungen, wenn dafür besonderer Sachverstand (bei der Behörde) notwendig ist
- bei Prüfungs- und prüfungsähnlichen Entscheidungen, wenn es also um "Akte wertender Erkenntnis" (Beurteilung einer Prüfungsleistung, auch im Vergleich zu den Leistungen anderer Prüflinge) oder um nicht nachholbare Erkenntnisakte (mündliche Prüfung) geht
- bei dienstlichen Beurteilungen von Beamten und Richtern

In diesen Fällen ist die gerichtliche Kontrolle darauf beschränkt, ob

- Verfahrensvorschriften
- allgemein gültige Bewertungsmaßstäbe
- der Grundsatz der Chancengleichheit (Art. 3 GG) eingehalten worden sind
- und der zutreffende Sachverhalt zugrunde gelegt worden ist.

Die eigentliche Bewertungs- oder Beurteilungsentscheidung ist der richterlichen Kontrolle entzogen.

5. Ermessensverwaltung

5.1 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 Abs. 1 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.

Im Rahmen des Gesetzesvorranges kann der Gesetzgeber der öffentlichen Verwaltung aber, statt sie strikt zu binden, auch (Ermessens-)Spielräume einräumen. Gründe dafür können sein:

- Größere Sachnähe der Verwaltung
- Vermeidung eines schematischen Gesetzesvollzugs
- Praxisgerechtigkeit
- Einzelfallgerechtigkeit

Der Gesetzgeber verzichtet hier auf eine starre Verknüpfung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge; er beschränkt sich darauf, die Gesetzesziele und evt. einen Handlungsrahmen festzulegen, die von der öffentlichen Verwaltung zu beachten sind.

Im Rahmen der Ermessensverwaltung gilt:

z.B. nach § 3, 1 PolG bei Maßnahmen der Gefahrenabwehr

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen nicht vor	so kann die Rechtsfolge (Ermessensentscheidung) auch nicht getroffen werden
Liegen die Tatbestandsvoraussetzung aber vor	so 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.

Dabei muss die Behörde sowohl die **Grenzen des Ermessens** einhalten, als auch den mit der Ermessensermächtigung beabsichtigten **Gesetzeszweck** verwirklichen (§ 40 LVwVfG).

5.2 Erkennbarkeit von Ermessensspielräumen

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

- das Wort Ermessen, vgl. § 17 II SGB XII
- „kann“, „ist befugt“, „darf“ (vgl. §§ 61, 63, 64, 65 LBO)
- völliges Offenlassen der Rechtsfolge („trifft die erforderlichen Anordnungen“), vgl. § 82 Abs.1 S. 2 WG
- aber nicht: abschließende Aufzählung von Versagungsgründen („ist nur zu versagen, wenn ...“ (Umkehrschluss?), vgl. § 57 GewO, („darf nur versagt werden, wenn ...“), vgl. § 25 II LLG)
- durch sog. Sollvorschriften für atypische Fälle, vgl. § 9 StAG, § 12 Abs. 4 WPfIG

beachte: gelegentlich müssen Ermessensspielräume erst durch Auslegung ermittelt werden.

Bspw. eröffnen § 35 Abs. 2 BauGB oder § 35 Abs. 2 GewO wegen Art. 14 bzw. 12 GG *keine* Ermessensspielräume.

5.3 Ermessensspielräume in Sonderfällen

5.3.1 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, § 7 PolG), der Fahrer des Tanklastzugs als Verhaltensstörer, § 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. Die **Auswahl des Störers** ist eine Ermessensentscheidung (vgl. dazu später im Kapitel zu Adressaten des Verwaltungsakts).

5.3.2 Verfahrensermessen

Außerdem hat die Behörde auch vielfach formelle Ermessensentscheidungen zu treffen. Ihr ist nämlich durch § 10 S. 2 LVwVfG aufgegeben, das *Verwaltungsverfahren einfach und zweckmäßig* durchzuführen. Das beinhaltet oft, dass über die **Ausgestaltung des Verfahrens** (vgl. z.B. §§ 22 S. 1, 23 Abs. 2 S. 2, 24 Abs. 1 S. 2 usw. LVwVfG) bzw. über die Ge-

währleistung von Verfahrensrechten (vgl. z.B. §§ 28 Abs. 2, 29 Abs. 2, 39 Abs. 2 LVwVfG usw.) nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden ist.