

3. Teil Das Verwaltungshandeln

§ 7 Maßstäbe des Verwaltungshandelns

I. Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Bildung von Maßstäben

1

In einem allgemeinen Sinne besteht der Auftrag der Verwaltung darin, „Gemeinwohl“ sicherzustellen. Das **Gemeinwohl** findet in zahlreichen Gesetzen, die sich als Führungsmittel des Parlaments darstellen¹, seine konkrete Ausgestaltung. Diese werden ergänzt durch die der Verwaltung (in Grenzen) überlassene, eigenständige Zielfindung zur möglichst effektiven Verwirklichung öffentlicher Zwecke. Dem unterschiedlichen Maß gesetzlicher Programmierung folgt ein unterschiedlich weit gefasster **Gestaltungsauftrag** der Verwaltung - bei der Wahrnehmung staatlichen Aufgaben ist dieser tendenziell größer als bei der Wahrnehmung von Selbstverwaltungsangelegenheiten.

2

Die Aufgabe der Umsetzung gesetzlich (mehr oder weniger) vorgeformter Ziele durch die Verwaltung ist ein eigenständiger Vorgang, der sich **nicht in Rechtserkenntnis erschöpft**. Der Verwaltung ist es aufgegeben, die Steuerungsfunktion des Gesetzes „zuende“ zu denken. Insbesondere muss sie bei der Gestaltung der Wirklichkeit nach rechtlichen Zielvorgaben die Verwirklichungsbedingungen des rechtlich ausgeformten Gemeinwohlauftrages aufspüren und ihnen möglichst effektiv Rechnung zu tragen versuchen.

3

Die **optimale Zielverwirklichung** durch Verwaltungshandeln lässt sich damit nicht allein von einer bestimmten Norm her deuten. Schon die gesetzliche Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens legt offen, dass es zwischen der inhaltlichen Entscheidung und dem Weg, auf dem diese zustande gekommen ist, einen Zusammenhang gibt. Zugleich macht diese deutlich, dass nicht jeder Fehler im Verfahren die Aufhebbarkeit der Entscheidung rechtfertigt². Ähnliches gilt für die Unterscheidung zwischen Recht- und Zweckmäßigkeit in der Verwaltungsgerichtsordnung: Während erstere der vollen Kontrolle durch die Gerichte unterliegt, ist letztere nur im Widerspruchsverfahren zulässiger Kontrollgegenstand³.

4

Dennoch betont die neuere Verwaltungsrechtslehre mit Recht, dass die behördliche Entscheidungsfindung ein komplexer Vorgang ist, der sich auf eine Vielzahl von **Maßstäben für richtiges Entscheiden** stützt⁴. Als solche werden - neben der juristischen Richtigkeit - z.B. genannt: Der Grundsatz der Effektivität des Verwaltungshandelns (Gebot der Zieltauglichkeit), die Zeit- und Situationsgerechtigkeit, die Akzeptabilität der Maßnahme, die Effizienz einschließlich der Ressourcenschonung, Vertrauenswürdigkeit und Transparenz sowie Anpassungsfähigkeit der Verwaltung⁵. Die genannten Maßstäbe gewinnen Bedeutung nicht nur in einzelnen Entscheidungsprozessen, sondern entfalten zugleich eine wichtige Funktion in der aufbau- wie ablauforganisatorischen Ausformung von Verwaltungssystemen, insbesondere im Hinblick auf die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens⁶.

¹ S.a. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee 3. Kap. Rn. 76..

² Näher: § 9 Rn. 124 ff.

³ Siehe §§ 68, 113 VwGO.

⁴ Hierzu bereits § 2 Rn. 24, 30.

⁵ Vgl. namentlich Jestaedt, Maßstäbe § 9 Rn. 1; Müller-Franken, S. 19 ff, 46 ff; Pitschas, Maßstäbe § 42 Rn. 157, 164, 201, 226; Schoch, Außerrechtliche Standards S. 543, 559 ff.

⁶ Pitschas, Maßstäbe § 42 Rn. 65

Mit der Entwicklung solcher Maßstäbe versucht die neuere Verwaltungsrechtswissenschaft insbesondere das **Vakuum** auszufüllen, das durch dem Vernachlässigen der Entwicklung einer **administrativen Entscheidungslehre** entstanden ist. Das richtet sich auch und vor allem an die Verwaltungswissenschaften und macht deutlich, dass ein Teil der angeführten Grundsätze wohl im administrativen Binnenbereich, nicht aber automatisch im Außenrechtsverhältnis zum Bürger Geltung beanspruchen können. Ein solche Relativität ist nichts Neues und findet in den Verwaltungsvorschriften eine hinlänglich bekannte Parallele

5

Damit stellt sich die zentrale Frage nach dem **Verhältnis** der genannten Maßstäbe zu den überkommenen, das **Außenrechtsverhältnis** zum Bürger **bestimmenden Maßstäben** des Verwaltungshandelns. Eine Schwierigkeit besteht darin, dass jedes Verwaltungshandeln gesetzesdirigiert oder jedenfalls gesetzlich umrahmt ist⁷; von daher sind auch administrative Maßstäbe vielfach auf gesetzliche Maßstäbe bezogen. Überdies spielen Kompetenzfragen (wer ist zur Bildung der jeweiligen Maßstäbe zuständig?) bis hin zur Unterscheidung zwischen Handlungs- und Kontrollmaßstab⁸ eine Rolle.

6

In dem allgemeinen (mit der Errichtung einer Behörde verbundenen) Verwaltungsauftrag wie auch in dem (mit einer konkreten Aufgabenzuweisung verbundenen) Amtsauftrag der Verwaltung⁹ ist die **Befugnis zur administrativen Maßstabbildung** mit angelegt. Sie ist damit Sache der jeweils zuständigen Verwaltungsstelle - die Verwaltungs(rechts)wissenschaft kann hier nur (aber auch: immerhin) anregend und unterstützend wirken. Zugleich gilt, dass von der Verwaltung selbst gebildete oder ihr nach den Grundsätzen „guter Verwaltung“ aufgegebenen Maßstäbe das Außenrechtsverhältnis zum Bürger nur insoweit zu steuern vermögen, als sie ihrerseits durch eine Außenrechtsnorm transformiert werden.

7

Damit entsprechen die im Außenrechtskreis verbindlichen Rechtsmaßstäbe und die der Verwaltung überantworteten Verwaltungsmaßstäbe dem **Bild zweier sich überschneidender Kreise**¹⁰. Deren gemeinsame Teilmenge zeichnet sich dadurch aus, dass administrative Maßstäbe zugleich Eingang in die (außen-)rechtliche Maßstabsebene gefunden haben¹¹. So können metajuristische Maßstäbe, wie in § 7 Abs.2 Nr. 3 AtG, § 2 Abs.1 Nr.13 BNatSchG, § 16 GenTG oder § 97 Abs. 5 GWB geschehen, in bestimmten Sachzusammenhängen „verrechtlicht“ werden oder, wie der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, in bestimmten Handlungs- und Kontrollzusammenhängen (z.B. im Haushaltswesen und bei der Kontrolle durch Rechnungshöfe) mit rechtlicher Relevanz versehen werden.

Im **Widerspruchsverfahren** sind Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit zu überprüfen. Insoweit wird der Kategorie der „Zweckmäßigkeit“ durch das Gesetz selbst auch im Außenrechtskreis Bedeutung beigemessen - wobei zu beachten ist, dass es hierbei um einen (rechtlich gesteuerten) Vorgang administrativer Selbstkontrolle handelt. Schließlich erweist sich der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** als Medium, der Verfehlung administrativer Maßstäbe zugleich im Außenrechtskreis Bedeutung zu verschaffen und insoweit das Urteil der Rechtswidrigkeit zu begründen: So kann die Verfehlung der Zieltauglichkeit das Urteil der fehlenden Geeignetheit einer Maßnahme begründen; auch kann die fehlende Verwaltungseffizienz das Urteil fehlender Angemessenheit auslösen¹². Schließlich kann die Nichteinhaltung administrativ entwickelter Maßstäbe unter Aspekt des Grundsatzes der „Selbstbindung der Verwaltung“ als möglicher Gleichheitsverstoß Bedeutung erlangen.

⁷ Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee 4. Kap. Rn. 38.

⁸ Pitschas, Maßstäbe § 42 Rn. 25 ff.

⁹ Hierzu bereits § 3 Rn. 46, § 6 Rn. 16 f.

¹⁰ Siehe Achterberg, VerwR § 19 Rn. 18; Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 537 ff; s.a. Bumke, in: H-R/S-A/V, Grundlagen II § 35 Fn. 524; abw. Pitschas, Maßstäbe § 42 Rn. 20.

¹¹ Vgl. nur Schoch, Außerrechtliche Standards S. 553 f.

¹² Achterberg, VerwR § 18 Rn.18; Jestaedt, Maßstäbe § 10 Rn. 4; Pitschas, Maßstäbe § 42 Rn. 64, 116; s.a. § 2 Rn. 40; s. aber auch Schoch, Außerrechtliche Standards S. 569.

8

Nach alledem ist es wichtig, sich klar zu machen, dass die handlungsleitenden **Maßstäbe von unterschiedlicher Qualität** sind und damit auch in **verschiedenen Zusammenhängen** (Kontexten) unterschiedliche Bedeutung entfalten. Der rechtliche Blickwinkel ist vor allem auf die Rechtmäßigkeitsbedingungen fixiert. Diese spielen namentlich im Hinblick auf die Kontroll-ebene eine Rolle: Während das Widerspruchsverfahren auch die Frage der Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns mit einbezieht, ist die gerichtliche Kontrolle auf rechtliche Maßstäbe angewiesen. Zwar kann sich das Recht auch (zunächst) metajuristische Maßstäbe zueigen machen¹³. Allerdings setzt genau dies einen durch Auslegung zu ermittelnden Vorgang entsprechender „Inkorporation“ voraus und ist deshalb durchaus begründungsdürftig.

9

Diese **Trennung** ist durchaus **sachgerecht** und sperrt sich gegen ein primär integratives Vorgehen, soweit es von einem (verwaltungs-)rechtswissenschaftlichen Interesse geleitet ist¹⁴. Sie bewirkt eine sinnvolle und gerade aus methodischer Sicht wünschenswerte Reduktion von Komplexität. Damit trägt sie dem Umstand Rechnung, dass Verwaltung und Gerichte unterschiedliche Organstrukturen aufweisen und verschiedenen Handlungs- und Kontrollaufträgen folgen. Insofern entspricht die „binäre“ Codierung vom Maßstäben (Außen- und Innenrecht bzw. rechtliche und administrative Maßstäbe)¹⁵ ebenso einer rechtsstaatlichen Errungenschaft wie den unterschiedlichen funktionalen Gegebenheiten.

Die neuere Verwaltungsrechtslehre betont mit Recht die Komplexität behördlicher Entscheidungsfindung, die sich auf eine Vielzahl von Maßstäben für richtiges Entscheiden stützt. Als solche sind - neben der juristischen Richtigkeit - anzusehen: Effektivität des Verwaltungshandelns, Zeit- und Situationsgerechtigkeit, Akzeptabilität, Effizienz, Vertrauenswürdigkeit und Transparenz sowie Anpassungsfähigkeit der Verwaltung. In dem allgemeinen Verwaltungsauftrag wie auch in dem konkreten Amtsauftrag der jeweiligen Behörde ist die Befugnis zur administrativen Maßstababbildung mit angelegt.

Die im Außenrechtskreis verbindlichen Rechtsmaßstäbe und die der Verwaltung überantworteten Verwaltungsmaßstäbe entsprechen dem Bild zweier sich überschneidender Kreise, deren gemeinsame Teilmenge sich dadurch auszeichnet, dass administrative Maßstäbe Eingang in die (außen-)rechtliche Maßstabebene gefunden haben. Die handlungsleitenden Maßstäbe sind von unterschiedlicher Qualität und entfalten in verschiedenen Zusammenhängen unterschiedliche Bedeutung. Die juristische Richtigkeit spielt nicht zuletzt auf der Ebene gerichtlicher Kontrolle eine Rolle: Während das Widerspruchsverfahren auch die Frage der Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns mit einbezieht, ist die gerichtliche Kontrolle auf rechtliche Maßstäbe angewiesen. Zwar kann sich das Recht auch metajuristische Maßstäbe zueigen machen, indes setzt dies einen durch Auslegung zu ermittelnden Vorgang entsprechender „Inkorporation“ voraus.

II. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

10

Zu den Prinzipien, die rechtmäßiges Verwaltungshandeln sicherstellen sollen, gehört insbesondere der Grundsatz der **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung**, der einmal als Prinzip des „Vorrangs des Gesetzes“, zum anderen in Form des Grundsatzes des „Vorbehalts des Gesetzes“ eine zweifache Ausprägung gefunden hat.

1. Gesetzmäßigkeit im negativen Sinne

11

Der Grundsatz des „**Vorrangs des Gesetzes**“ (Gesetzmäßigkeit im negativen Sinne) ist Ausdruck der „Herrschaft des Gesetzes“ in einem rechtsstaatlich verfassten Staat¹⁶. Er ergibt sich implizit aus Art. 20 Abs. 3 GG, nach dem die „vollziehende Gewalt“ an „Gesetz und Recht“

¹³ Zu den verschiedenen Rezeptionsmechanismen: Schoch, Außerrechtliche Standards S. 556 ff.

¹⁴ Abw. Pitschas, Maßstäbe § 42 Rn. 25.

¹⁵ Siehe auch Jestaedt, Maßstäbe § 10 Rn. 1 f. Es geht insoweit um relative Zuordnungen; das findet bei Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, 6. Kap. Rn. 65, nicht genügend Widerhall; anders ders. Rn. 61.

¹⁶ Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt, § 101 Rn. 1.

gebunden ist¹⁷. Die „Bindung“ an das Gesetz besagt, dass sich jede Verwaltungstätigkeit im Rahmen der Gesetze halten muss, das Verwaltungshandeln also nicht gegen einen Rechtssatz (im engeren Sinne)¹⁸ verstoßen darf. Das Prinzip des Vorrangs des Gesetzes gilt ohne Ausnahme für jedes exekutive Handeln, ob begünstigend oder belastend, rechtsförmlich (Verwaltungsakt oder untergesetzliche Normgebung) oder formlos. Hieraus folgt, dass auch eine Leistungsgewährung durch die Verwaltung nur zulässig ist, soweit ihr eine abschließende gesetzliche Regelung nicht entgegensteht, womit vor allem die gleichheitssichernde Funktion des Gesetzes zur Geltung kommt.

Beispiel: Nach § 50 Abs. 2 BRRG sind Zusicherungen, Vereinbarungen und Vergleiche, die dem Beamten eine höhere als nach dem Besoldungsrecht zulässige Besoldung oder eine über dieses Gesetz hinausgehende Versorgung verschaffen sollen, unwirksam. Nach § 31 SGB I dürfen Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen des SGB nur begründet, geändert oder aufgehoben werden, soweit ein Gesetz es vorschreibt oder zulässt.

12

Aus dem Grundsatz der „Gesetzmäßigkeit im negativen Sinne“ wird teilweise¹⁹ eine „Vermutung für die Rechtmäßigkeit“ staatlicher Akte abgeleitet. Unter der Geltung des Grundgesetzes lässt sich jedoch allenfalls von einer **Vermutung der „Gültigkeit“** staatlicher Akte sprechen²⁰, d.h. der „vorläufigen“, unter den Vorbehalt der gerichtlichen Aufhebung gestellten „Verbindlichkeit“ von Hoheitsakten, ohne dass eine Vermutung für ihre (materielle) „Rechtmäßigkeit“ besteht²¹. Das gilt namentlich in Situationen eines Verwaltungsumbaus, wie er in den vergangenen Jahren namentlich in den neuen Bundesländern zu verzeichnen war. Nicht nur hier stößt der Zwang zur Entscheidung vielfach auf personelle und informationelle Voraussetzungen, die zwangsläufig hinter dem gesetzlichen Leitbild zurückbleiben.

2. Gesetzmäßigkeit im positiven Sinne

13

Der „**Vorbehalt des Gesetzes**“ (Gesetzmäßigkeit im positiven Sinne) verlangt, dass sich das jeweilige Verwaltungshandeln auf ein Gesetz im formellen Sinne zurückführen lässt, mit anderen Worten, dass die Verwaltung durch ein Gesetz zu dem konkreten Handeln ermächtigt ist. Der Grundsatz des „Vorbehalts des Gesetzes“ ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich niedergelegt, folgt jedoch mittelbar aus Art. 20 Abs. 3 GG, da der „Vorrang des Gesetzes“ weitgehend seinen Sinn verlöre, wenn das staatliche Handeln in bestimmten Bereichen nicht durch das ziel- und schrankensetzende förmliche Gesetz eine Regelung erfahren würde²². Nach traditioneller, in neuerer Zeit freilich zunehmend modifizierter Auffassung²³ bedarf es einer konkreten gesetzlichen Ermächtigung nur für „Eingriffe in Freiheit und Eigentum“ des Bürgers, nicht dagegen für sonstiges („leistendes“) Verwaltungshandeln.

14

Die auf das konstitutionelle, bürgerlich-liberale Staatsverhältnis des 19. Jahrhunderts zurückgehende „Eingriffsformel“ ist im Laufe der Zeit zunehmend auf Kritik gestoßen. Diese äußerte sich einmal darin, dass der klassische „Eingriffsbegriff“ zu eng sei. Dem wurde inzwischen mit einem **weiten Eingriffsverständnis** Rechnung getragen. Danach sind Eingrif-

¹⁷ Siehe oben § 4 Rn. 4, 14.

¹⁸ Siehe § 4 Rn. 7 f. Darüber hinaus darf der einzelne Verwaltungsbedienstete intern auch nicht gegen Verwaltungsvorschriften verstoßen, ohne dass freilich ein Verstoß hiergegen unmittelbarer gerichtlicher Kontrolle unterliegt, vgl. oben § 4 Rn. 35 ff.

¹⁹ Vgl. Hauelsen, DVBl 1961, 834; Schulz-Schaeffer, JZ 2003, 554, 558.

²⁰ So BVerwGE 23, 238; Forsthoft S. 224.

²¹ Vgl. Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 156 Anm. 226 mwN.

²² Siehe BVerfG, NJW 1976, 34 f; krit. Maurer, in: FS Vogel, 2000, S. 331, 341 f.

²³ Siehe nur Anschütz, VerwArch 14 (1906) S. 315, 325. Zum Verhältnis des allgemeinen (rechtsstaatlichen) Gesetzesvorbehalts zu den grundrechtlichen Vorbehalten: Maurer (Fn. 21) S. 342. Zum rückwirkenden Erlass der Ermächtigungsgrundlage: BVerwGE 50, 2, 7 f; 67, 129, 270; 91, 262, 270.

fe nicht auf finale hoheitliche Akte beschränkt. Man ist sich heute darüber einig, dass sie auch **faktische** sowie lediglich **mittelbare** Beeinträchtigungen von einigem Gewicht umfassen²⁴.

15

Einer grundsätzlicheren Kritik folgten - zum anderen - zwischenzeitliche Forderungen²⁵ nach einer gesetzlichen Ermächtigung der Verwaltung für Eingriffe und Leistungen im Sinne einer lückenlosen Rückführbarkeit jeglichen Verwaltungshandeln auf ein Gesetz (im formellen Sinne). Solche Vorstellungen von einem „**Totalvorbehalt**“ haben sich nicht durchsetzen können²⁶. Sie verkannten, dass die Verwaltung, namentlich auf der Ebene der Gemeinden und Kreise, auch nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes einen **eigenständigen** Funktionsbereich neben der Legislative darstellt, der zwar durch die Gesetze gelenkt und begrenzt, nicht aber erst handlungsfähig gemacht wird²⁷. Dieser ist seinerseits – wenn auch nur mittelbar – demokratisch legitimiert²⁸. Wohl hat (auch) die Verwaltung „nichts zu verschenken“²⁹. Sperre hiergegen ist jedoch das Erfordernis interner Ermächtigung zur Ausgabenleistung durch den Haushaltsplan, ohne die sich der Bewilligende gegebenenfalls regresspflichtig macht (z. B. §§ 3 Abs. 2 BHO, § 3 Abs. 2 LHO NW).

16

Der lediglich „intern“ wirkende Charakter des Haushaltsplanes muss Lösungsversuchen, die - etwa bei der Subventionsvergabe - auf eine ersatzweise „parlamentarische Ermächtigung“ mit Außenwirkung durch den Haushaltsplan hinzielen, die Anerkennung versagen³⁰. Einer konkreten gesetzlichen Ermächtigung bedarf es nur, soweit mit der Leistung ein **Eingriff** gegenüber einem Dritten **verbunden** ist³¹. Allerdings können staatliche Leistungen nicht nur existentielle Bedeutung für den einzelnen erlangen, sondern sie stehen vielfach auch in einen untrennbaren Zusammenhang mit Eingriffen in die Rechtssphäre Dritter (z.B. in Form einer Wettbewerbsverzerrung). Zudem ist eine gerechte Teilhabe an staatlichen Vergünstigungen eher durch das – abstrahierende – Gesetz als durch eine Vielzahl getrennter Einzelentscheidungen sicherzustellen. Das gilt namentlich für **Ungleichbehandlungen** im Vergabe- und Subventionswesen. Auch wenn solche einem allgemeinen grundgesetzlichen Auftrag (z.B. nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG) folgen, bedarf die konkrete Verschiebung der Chancengleichheit einer entsprechenden legislativen Konfliktlösung³².

17

Der eigenständige Eingriffsgehalt, der in der Wahl der **Handlungsform** „Verwaltungsakt“ liegt, macht auch insoweit eine gesetzliche Legitimation erforderlich: Mit der autoritativen Entscheidung in dieser Form sind die Umkehrung der Kläger- und Beklagtenrolle im gerichtlichen Verfahren wie auch eine besondere Bestandskraft verbunden³³.

Das BVerfG³⁴ schließt eine **Analogie** zur Herleitung einer Ermächtigungsgrundlage aus. Das verbietet allerdings nicht die analoge Heranziehung einer **einschränkenden** Ermächtigungsgrundlage, etwa bei einer vergleichbaren polizeilichen Standardmaßnahme im Verhältnis zur Generalklausel. Auch ist deshalb die Ableitung einer Eingriffsbefugnis aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, z.B. bei der Umkehrung einseitiger Bewilligung oder aufgrund einer Annexkompetenz (so beim Hausrecht) nicht verwehrt³⁵.

²⁴ Ehlers, Gutachten E zum 64. DJT, 2002, S. 40 f; Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt, § 101 Rn. 29 ff; s.a. BVerwG, NJW 1995, 2938 f; Faber, DVBl 2003, 761, 763; Murswiek, NVwZ 2003, 1 ff.

²⁵ Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 227; Rupp, Grundfragen S. 135; Ehlers, VerwArch 1976, 380.

²⁶ Hierzu Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt, § 101 Rn. 23; Henke, DÖV 1977, 41.

²⁷ Siehe oben § 1 Rn. 6 mwN.

²⁸ Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt, § 101 Rn. 23 ff.

²⁹ Ehlers, VerwArch. 1976, 382 im Anschluss an Köttgen, DVBl 1953, 487.

³⁰ Siehe BVerwG, DVBl 2003, 139. Vgl. aber auch § 31 SGB I, der Gesetzesvorbehalt und Gesetzesvorrang miteinander verbindet.

³¹ Siehe BVerfG, Vergaberecht 2007, 42 ff, BVerwG, NJW 1992, 2499, sowie oben § 3 Rn. 12.

³² Siehe OVG NW, NJW 1989, 2561; abw. BVerwG, NVwZ 2003, 92, 94 sowie Osterloh, in: Sachs (Hg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 3 Rn. 290 für Subventionen bei Betriebsgründungen (anders aber für Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen - die Unterscheidung vermag nicht zu überzeugen).

³³ Siehe oben § 3 Rn. 16 ff.

³⁴ BVerfG (K), NJW 1996, 3146.

³⁵ Siehe oben § 3 Rn. 17 f, § 4 Rn. 67 f.

Der traditionelle „Eingriffsvorbehalt“ hat inzwischen eine Erweiterung erfahren: Eingriffe sind nicht auf finale hoheitliche Akte beschränkt, sondern können auch faktische sowie lediglich mittelbare Beeinträchtigungen von einigem Gewicht umfassen. Dagegen haben sich Vorstellungen von einem „Totalvorbehalt“ nicht durchsetzen können. Sie verkannten, dass die Verwaltung einen eigenständigen Funktionsbereich neben der Legislative darstellt, der zwar durch die Gesetze gelenkt und begrenzt, nicht aber erst handlungsfähig gemacht wird. Dieser ist seinerseits demokratisch legitimiert. Wohl hat die Verwaltung „nichts zu verschenken“. Sperre hiergegen ist jedoch das Erfordernis interner Ermächtigung zur Ausgabenleistung durch den Haushaltsplan. Subventionen bedürfen nur dann einer gesetzlichen Ermächtigung, wenn mit der Leistung ein Eingriff gegenüber einem Dritten verbunden ist.

3. Der Wesentlichkeitsvorbehalt

18

Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁶ ist aus dem Charakter des Grundgesetzes als einer demokratisch-parlamentarischen Staatsverfassung herzuleiten, dass die Entscheidung aller **wesentlichen**, den Bürger betreffenden Fragen – über den traditionellen Eingriffsvorbehalt hinaus – durch parlamentarische Entscheidung zu erfolgen hat (Parlamentsvorbehalt).

Dem vom Parlament beschlossenen Gesetz kommt in der Tat gegenüber dem bloßen Verwaltungshandeln die „**unmittelbare demokratische Legitimation**“ zu. Das Gewähren staatlicher Leistungen von existentieller Bedeutung sowie grundlegende Entscheidungen in wichtigen Lebensbereichen werden damit als Ergebnis eines formalisierten parlamentarischen Verfahrens mit einem höheren Maß an Öffentlichkeit und „größeren Möglichkeiten eines Ausgleichs widerstreitender Interessen“³⁷ der direkten parlamentarischen Kontrolle unterstellt. Entsprechende Regelungen durch Satzung, Verwaltungsvorschriften oder Einzelakte ohne gesetzliche Ermächtigung wären danach als unzulässig anzusehen³⁸.

19

Überwiegend³⁹ wird der „**Parlamentsvorbehalt**“ als ein durch ein Delegationsverbot gesteigerter Gesetzesvorbehalt angesehen. Danach bestimmt sich die erforderliche „Bestimmtheit“ der gesetzlichen Regelung („Regelungsdichte“) ausschließlich nach der „Wesentlichkeit“ der zu normierenden Materie. Diese Frage soll Art. 80 Abs. 1 GG, der traditionell das Verhältnis zwischen formellem Gesetz und verordnungsmäßiger Regelung bestimmt, gleichsam „vorgelagert“ sein⁴⁰.

20

Bei der **Abgrenzung** „wesentlicher“ von „nicht wesentlichen“ Entscheidungen wird verschiedentlich⁴¹ auf die „Tragweite der Regelung und die Intensität“ der (möglichen) Folgen abgestellt. „Wesentlich“ dürften jedenfalls alle Entscheidungen sein, die wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte sind, so wenn es um die nähere inhaltliche Ausgestaltung der Grundrechte durch die konkrete Umsetzung objektiv-rechtlicher grundrechtlicher Wirkgehalte geht oder um die Festlegung der individual-rechtlichen Grenzen ihrer Inanspruchnahme im Falle kollidierender verfassungsrechtlicher Rechtsgüter, für die eine im parlamentarischen Verfahren erfolgende Konfliktlösung gefordert wird.

21

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴² greift der „Wesentlichkeitsvorbehalt“ auch im Bereich des **Organisationsrechts**. Das hat nicht nur Bedeutung bei der dezent-

³⁶ BVerfGE 33,125; 83, 130, 142; 95, 267, 307; s.a. BVerwG, NJW 1977, 915; StGH Bremen, DÖV 1977, 597 sowie oben § 4 Rn. 30 und 53.

³⁷ BVerfG, NJW 1976, 35; Henke, DÖV 1977, 44; Schenke DÖV 1977, 30 f.

³⁸ BVerfG, NJW 1972, 1504 ff.; StGH Bremen, DÖV 1977, 595 ff.; s.a. oben § 4 Rz. 29 f.

³⁹ BVerfGE 58, 268 f.; Bethge, NVwZ 1983, 577; Erichsen, VerwArch. 1976, 96 f.

⁴⁰ Siehe Grzeszick, Die Verwaltung 1997, S. 545, 556; krit. Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, S. 416 ff. mwN.

⁴¹ Siehe auch BVerfG DÖV 1979, 49; BVerwG, DVBl 1978, 919.

⁴² BVerfGE 57, 296, 320 – Saarl. Rundfunkgesetz; hierzu Ladeur/Gostomzyk, DV 36 (2003) S. 141 ff.

tralierten Aufgabenwahrnehmung durch verselbständigte Träger öffentlicher Gewalt (z. B. Hochschulen und Rundfunkanstalten), sondern auch allgemein bei der Verlagerung administrativer Entscheidungsbefugnisse auf andere Verwaltungsträger (etwa im Wege der Delegation), der „Beleihung“ Privater mit Hoheitsrechten oder auch der „Auslagerung“ öffentlicher Aufgabenwahrnehmung in den privaten Bereich (etwa in Form des „Erschließungsvertrages“)⁴³.

Die auf die „Wesentlichkeit“ abstellende Rechtsprechung zeigte zunächst vor allem im Bereich des Schulwesens sowie des Strafvollzugs **Konsequenzen**⁴⁴, erlangte dann aber in zahlreichen weiteren Sachbereichen Bedeutung⁴⁵. Sie hat nicht wenig zur vielfach mit Recht beklagten Gesetzgebungsflut beigetragen, auch wenn die Neigung der Parlamente, ihre Mindestkompetenzen in einzelnen, des Konfliktausgleichs bedürftigen Bereichen - wie dem Tarifrecht oder der Staatsverschuldung - verantwortlich wahrzunehmen, nicht immer damit in Einklang zu stehen scheint⁴⁶.

22

Zwar drängt auch der eigenständige Eingriffsgehalt, der in der Wahl der **Handlungsform** „Verwaltungsakt“ liegt, auf eine gesetzliche Ermächtigung, sind mit der autoritativen Entscheidung in dieser Form doch die Umkehrung der Kläger- und Beklagtenrolle im gerichtlichen Verfahren wie auch eine besondere Bestandskraft verbunden. Indessen wird man den konkreten Einsatz dieses Typus von Verwaltungshandeln nicht als spezifische Ausprägung „wesentlicher“ Grundrechtsberührung verstehen können, die als solche bereits parlamentarische Vorentscheidung unterliegt. Deshalb ist die Ableitung einer Eingriffsbefugnis aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz in bestimmten, typisierten Einzelfällen nicht verwehrt⁴⁷.

Aus der *demokratisch-parlamentarischen Legitimationsstruktur* staatlicher Willensbildung ist herzuleiten, dass die Entscheidung aller wesentlichen, den Bürger betreffenden Fragen – über den traditionellen Eingriffsvorbehalt hinaus – durch parlamentarische Entscheidung zu erfolgen hat. Dem vom Parlament beschlossenen Gesetz kommt gegenüber dem bloßen Verwaltungshandeln unmittelbare demokratische Legitimation zu. Das Gewähren staatlicher Leistungen von existentieller Bedeutung sowie grundlegende Entscheidungen in wichtigen Lebensbereichen werden damit als Ergebnis eines formalisierten Verfahrens mit einem höheren Maß an Öffentlichkeit und größeren Möglichkeiten eines Ausgleichs widerstreitender Interessen der direkten parlamentarischen Kontrolle unterstellt.

Der damit verbundene „*Parlamentsvorbehalt*“ wird überwiegend als ein durch ein Delegationsverbot gesteigerter Gesetzesvorbehalt angesehen. Danach bestimmt sich die erforderliche „Bestimmtheit“ der gesetzlichen Regelung („Regelungsdichte“) ausschließlich nach der „Wesentlichkeit“ der zu normierenden Materie. Bei der Kennzeichnung als „wesentlich“ wird auf die *Tragweite der Regelung und Intensität der (möglichen) Folgen* abgestellt. „Wesentlich“ sind namentlich Entscheidungen, bei denen es um die inhaltliche Ausgestaltung der Grundrechte durch die konkrete Umsetzung objektiv-rechtlicher grundrechtlicher Wirkgehalte geht oder um die Festlegung der individual-rechtlichen Grenzen ihrer Inanspruchnahme im Falle kollidierender verfassungsrechtlicher Rechtsgüter. Der Wesentlichkeitsvorbehalt hat auch Bedeutung im Bereich des Organisationsrechts, so bei der dezentralisierten Aufgabenwahrnehmung durch verselbständigte Träger öffentlicher Gewalt oder der Verlagerung administrativer Entscheidungsbefugnisse auf andere Verwaltungsträger wie der „Beleihung“ Privater mit Hoheitsrechten oder der „Auslagerung“ öffentlicher Aufgabenwahrnehmung in den privaten Bereich.

Sehr weitgehend VerfGH NW, NJW 1999, 1243; krit. dazu Brinktine, Jura 2000, 123.

⁴³ Näher Wallerath (Fn. 36) S. 453; s.a. oben § 4 Rn. 53, 60.

⁴⁴ Siehe BVerfGE 34,165,192; 40, 237, 249; 41, 251, 259; 47, 46, 78 f; BVerfG, NJW 2003, 3111; einschränkend BVerfG, DVBl 1998, 955, 958 – Rechtschreibreform;

⁴⁵ Näher Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt, § 101 Rn. 33 mwN.

⁴⁶ Siehe BVerfGE 84, 212, 226; Isensee, ZRP 1985, 143; Kloepfer, NJW 1985, 2497.

⁴⁷ Vgl. § 3 Rn 16 f, § 4 Rn. 67 f sowie vorsteh. Rn. 17.

III. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

23

Ein allgemeiner, für Gesetzgeber wie für Verwaltung gleichermaßen bedeutsamer Rechtsgrundsatz von verfassungsrechtlichem Rang⁴⁸ ist der „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verdankt seine Entwicklung wesentlich der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts zum Polizeirecht⁴⁹, gilt heute aber als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips⁵⁰ allgemein für sämtliche Bereiche hoheitlicher Betätigung. Insbesondere bei der Einschränkung der Grundrechte durch allgemeine oder spezielle Gesetzesvorbehalte ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit immanente Begrenzung für jede Einschränkung von Grundrechten, „die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist“⁵¹. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat insbesondere in den Polizeigesetzen der Länder sowie den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen seinen positiv-rechtlichen Ausdruck gefunden und umfasst in seinem weiteren Bedeutungsgehalt mehrere Prinzipien, die ebenso für die eingreifende wie für die leistende Verwaltungstätigkeit gelten⁵².

24

Individual-rechtliche Bedeutung erlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit allerdings nur bei Eingriffen in die grundrechtlich geschützte Freiheits- und Eigentumssphäre des Bürgers. Hier begrenzt er als Gegennorm (sog. „Schranken-Schranke“) die Zulässigkeit von Beschränkungen der Grundrechtsausübung. Bei Leistungsgewährungen kann sich der Charakter des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als Gegennorm nur objektiv-rechtlich entfalten. Seine Bedeutung liegt in diesen Fällen darin, erkennbare Zielverfehlungen wie missbräuchliche Inanspruchnahmen zu verhindern⁵³.

25

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit umfasst die **Teilgrundsätze** der „Geeignetheit“, der „Erforderlichkeit“ und der „Angemessenheit“.

1. Der Grundsatz der Geeignetheit

26

Der Grundsatz der **Geeignetheit** verlangt den Einsatz eines Mittels, das zur Erreichung des angestrebten Zwecks tauglich ist. Er verbietet damit zur Erreichung des Ziels objektiv untaugliche Maßnahmen⁵⁴, schließt aber nicht aus, dass ein Mittel gewählt wird, das eine zulässige Zweckverfolgung nicht vollständig, sondern nur teilweise („mehr oder weniger“) verwirklicht. Es genügt also, dass ein „Schritt in die richtige Richtung“ getan wird⁵⁵.

Damit beschreibt der Geeignetheitsgrundsatz eine **Rechtswidrigkeitsschwelle**, die **niedriger** ist als der allgemeine Grundsatz der „**Effektivität**“ der Verwaltungshandeln. Das rechtliche Gebot der Zieltauglichkeit⁵⁶ ist bereits gewahrt, wenn die Maßnahme nicht gänzlich ungeeignet zur Zweckerreichung ist. Damit wird der Verwaltung bewusst ein breiter Handlungsrahmen eröffnet, der nur ausnahmsweise - etwa bei einer grundrechtlichen Schutzpflicht - eingeschränkt ist.

27

⁴⁸ BVerfGE 9, 346; 15, 234; BVerwGE 26, 133.

⁴⁹ Vgl. Pr. OVG 13, 426; 37, 403; 44, 342.

⁵⁰ BVerfGE 19, 349; Wallerath (Fn. 36) S. 458 ff.

⁵¹ BVerfGE 19, 349. S.a. Brüning, JZ 2001, 669 zum Zusammenhang mit der Gleichheitsprüfung.

⁵² Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaats, 1983, S. 175; Pitschas, Maßstäbe § 42 Rn. 125; krit. Ossenbühl, Jura 1997, 617.

⁵³ Es handelt sich hierbei um eine Entsprechung zu Vollzugsmängeln bei der Steuererhebung, die zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der Lastengleichheit führen; zu letzteren BVerfG, DVBl 1991, 873 f.

⁵⁴ BVerfGE 16, 147, 181; 17, 306, 317.

⁵⁵ Ähnl. Schnapp, JuS 1983, 854; siehe aber auch Leisner, DÖV 1999, 807 ff.

⁵⁶ Pitschas, Maßstäbe § 42 Rn 157, 164.

Der Geeignetheitsprüfung voranzugehen hat die Prüfung der rechtlichen oder tatsächlichen **Unmöglichkeit** einer Maßnahme. Ist das geforderte Handeln tatsächlich unmöglich, so bleibt kein Raum mehr für ein Geeignetheitsurteil. Ist es „rechtlich“ unmöglich (unzulässig), so verbietet der Gedanke der Widerspruchsfreiheit staatliches Handeln den Rückgriff auf eine entsprechende Verhaltensanordnung.

Beispiele: Der Aufforderung, ein „Verbotsschild“ an einem Steinbruch aufzustellen, durch den spielende Kinder gefährdet werden, ist nicht geeignet, Gefahren für die Gesundheit der Kinder abzuwehren. – Das Gebot an einen Gastwirt, für die Entfernung von Mopeds seiner Gäste zu sorgen, die unzulässigerweise auf dem Bürgersteig vor der Gaststätte abgestellt sind, verlangt ein rechtlich unmögliches (§ 903 BGB) Verhalten⁵⁷.

2. Der Grundsatz der Erforderlichkeit

28

Der Grundsatz der **Erforderlichkeit** gebietet, von mehreren geeigneten Maßnahmen diejenige zu ergreifen, die den einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt („Grundsatz des mildesten Mittels“).

Beispiele: Bei einem bissigen Hund genügt in der Regel die Anordnung an den Hundehalter, den Hund an einer Leine zu führen oder ihm einen Maulkorb anzulegen; nur wenn der Hund an Tollwut erkrankt ist, wird die Tötung des Tieres „erforderlich“ sein. – Das Verbot „jeglicher Tierhaltung“ für Bewohner einer Obdachlosenunterkunft ist nicht erforderlich, soweit der Gemeinschaftsfrieden nicht durch die Tierhaltung gefährdet wird (OVG Lüneburg, DÖV 1986, 341). – Das Abschleppen eines verbotswidrig abgestellten Pkw genügt auch dann dem Grundsatz der Erforderlichkeit, wenn es zu keiner konkreten Behinderung anderer Verkehrsteilnehmer kommt, der Rechtsverstoß aber eine „erhebliche Dauer“ aufweist (OVG Münster, NWVBl. 1990, 387). – Im Einzelfall kann eine bloße Warnung („Abmahnung“) angebracht sein, wenn der Widerruf einer Erlaubnis oder eine Betriebsuntersagung möglich wäre erstere aber als ebenso geeignet zur Abstellung eines Missstandes anzusehen ist⁵⁸.

29

Soweit staatliche Schutzpflichten bestehen, äußert sich der Grundsatz der Erforderlichkeit im Verhältnis zu den geschützten Dritten als „**Untermaßverbot**“⁵⁹: Es sind nicht nur übermäßige Belastungen zu vermeiden, sondern es ist auch untermäßiger Schutz rechtlich missbilligt. Der Grundsatz der Erforderlichkeit bedeutet insofern, dass das „nach Maßgabe des Schutzauftrages mindestens gebotene Mittel einzusetzen“ ist⁶⁰.

3. Der Grundsatz der Angemessenheit

30

Der Grundsatz der **Angemessenheit** (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) verbietet Maßnahmen, die zu dem beabsichtigten Erfolg erkennbar außer Verhältnis stehen⁶¹. Es verlangt eine vernünftige Relation zwischen Anlass, Zweck und Ausmaß der Regelung, d. h. eine Rechtsgüterabwägung, ob die Bedeutung des Rechtsgutes, dem Geltung verschafft werden soll, nicht außer Verhältnis zu dem Rechtsgut steht, das zurücktreten muss. Es handelt sich hierbei um eine spezifische Nutzen-Kosten-Betrachtung, in die nur rechtlich anerkannte Güter einbezogen werden dürfen.

Beispiel: Das Gebot zum (Teil-)Abriss eines Bauwerks, das die vorgeschriebene Baugrenze überschreitet, ist unverhältnismäßig, wenn keine konkrete Beeinträchtigung gewichtiger öffentlicher Interessen (wie Brandschutz, Rettungswege, öffentlich-rechtlich geschützte nachbarliche Interessen) damit verbunden ist.

⁵⁷ Götz, Anm. zu OLG Hamm, DVBl 1975, 586; s.a. Leisner, DÖV 1999, 807.

⁵⁸ BVerwGE 49, 160, 168, BVerwG, NVwZ 1992, 167. Hierzu: Rädler, NVwZ 2000, 1260 f.

⁵⁹ BVerfGE 88, 203, 254 (Schwangerschaftsabbruch); Hain, DVBl 1993, 982 ff.

⁶⁰ Hoffmann-Riem, DVBl 1994, 1385; Pitschas, Maßstäbe § 42 Rn. 110.

⁶¹ Siehe § 2 Abs. 2 PolG NW; BVerwGE 39, 190; BayVGH, NuR 2001, 524, 526.

Ein *allgemeiner Rechtsgrundsatz* von verfassungsrechtlichem Rang ist der „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“. Er gilt heute als Ausfluss des *Rechtsstaatsprinzips* für sämtliche Bereiche hoheitlicher Betätigung. Insbesondere bei der Einschränkung der Grundrechte durch allgemeine oder spezielle Gesetzesvorbehalte ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit immanente Begrenzung für jede Einschränkung von Grundrechten. *Individual-rechtliche* Bedeutung erlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit allerdings nur bei Eingriffen in die grundrechtlich geschützte Freiheits- und Eigentumssphäre des Bürgers. Bei Leistungsgewährungen kann sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur objektiv-rechtlich entfalten.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz umfasst die Teilgrundsätze der „Geeignetheit“, der „Erforderlichkeit“ und der „Angemessenheit“. Der Grundsatz der *Geeignetheit* verlangt den Einsatz eines Mittels, das zur Erreichung des angestrebten Zwecks tauglich ist. Er verbietet damit zur Erreichung des Ziels objektiv untaugliche Maßnahmen⁶², schließt aber nicht aus, dass ein Mittel gewählt wird, das eine zulässige Zweckverfolgung nicht vollständig, sondern nur teilweise verwirklicht.

Der Grundsatz der *Erforderlichkeit* gebietet, von mehreren geeigneten Maßnahmen diejenige zu ergreifen, die den einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt („Grundsatz des mildesten Mittels“). Soweit staatliche Schutzpflichten bestehen, äußert sich der Grundsatz der Erforderlichkeit im Verhältnis zu den geschützten Dritten als „Untermaßverbot“⁶³: Es sind nicht nur übermäßige Belastungen zu vermeiden, sondern es ist auch untermäßiger Schutz rechtlich missbilligt. Der Grundsatz der Erforderlichkeit bedeutet insofern, dass das „nach Maßgabe des Schutzauftrages mindestens gebotene Mittel einzusetzen“ ist.

Der Grundsatz der *Angemessenheit* (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) verbietet Maßnahmen, die zu dem beabsichtigten Erfolg erkennbar außer Verhältnis stehen⁶⁴. Es verlangt eine vernünftige Relation zwischen Anlass, Zweck und Ausmaß der Regelung, d. h. eine Rechtsgüterabwägung, ob die Bedeutung des Rechtsgutes, dem Geltung verschafft werden soll, nicht außer Verhältnis zu dem Rechtsgut steht, das zurücktreten muss. Es handelt sich hierbei um eine spezifische Nutzen-Kosten-Betrachtung, in die nur rechtlich anerkannte Güter einbezogen werden dürfen.

31

Die Grundsätze der Erforderlichkeit und Angemessenheit werden unter dem Oberbegriff des „**Übermaßverbots**“ zusammengefasst⁶⁵. „Geeignetheit“, „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ lassen sich i. d. R. als jeweils gesteigerte Stufen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (i. w. S.) beschreiben; sie schränken damit die Zulässigkeit des Verwaltungshandelns zunehmend ein: Von mehreren „geeigneten“ Maßnahmen ist nur die „erforderliche“ zulässig; selbst diese hat zu unterbleiben, wenn sie nicht „angemessen“ ist, also die mit ihr verbundenen Nachteile die zu erwartenden Vorteile überwiegen.

Dem entspricht eine bestimmte **Prüfungsabfolge** im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Zunächst ist das mit der Maßnahme verfolgte Ziel zu bestimmen⁶⁶. Diesem kann es bereits an der erforderlichen Legitimität mangeln, so wenn eine bestimmte Beeinträchtigungsform generell ausgeschlossen (z.B. Folter) oder nur im Hinblick auf einen eingeschränkten Zweck (z.B. akustische Überwachung des Wohnraumes) zugelassen ist; in diesem Fall erübrigt sich die weitere Prüfung. Als dann ist die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit der Maßnahme abzuklären. Schließlich sind Zwecktauglichkeit, Erforderlichkeit und Proportionalität zu klären.

4. Das Gebot der Bezüglichkeit

32

Aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip i. w. S. abzuleiten ist schließlich das „**Gebot der Bezüglichkeit**“ mehrerer im Zusammenhang stehender Verwaltungsentscheidungen⁶⁷. Es verlangt einmal, dass Nebenbestimmungen zu einem Verwaltungsakt dem Zweck des Hauptver-

⁶² BVerfGE 16, 147, 181; 17, 306, 317.

⁶³ BVerfGE 88, 203, 254 (Schwangerschaftsabbruch); Hain, DVBl 1993, 982 ff.

⁶⁴ Siehe § 2 Abs. 2 PolG NW; BVerwGE 39, 190; BayVGh, NuR 2001, 524, 526.

⁶⁵ Götz, Allgem. Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2001, Rn. 320; enger (i.S. einer Identität mit der Verhältnismäßigkeit i.w.S.) Stober, in: W/B/S/K, VerwR § 30 Rn. 8.

⁶⁶ Zum Problem komplexer Zielsetzung: Hofmann, Abwägung S. 170 f.

⁶⁷ Vgl. auch Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 47 Rn 20.

waltungsaktes nicht widersprechen dürfen, z. B. in Form einer objektiv nicht erfüllbaren Bedingung („Verbot des Zweckwiderspruchs“ § 36 Abs. 3 VwVfG)⁶⁸. Zum anderen folgt hieraus das Verbot, eine behördliche Leistung von einer Gegenleistung abhängig zu machen, die nicht in „sachlichem Zusammenhang“ mit der hoheitlichen Leistung steht (Kopplungsverbot, § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG)⁶⁹.

Damit soll ein „Ausverkauf von Hoheitsbefugnissen“ ausgeschlossen werden⁷⁰. Deshalb dürfen auch hoheitliche Entscheidungen, auf die Anspruch besteht, nur insoweit von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht werden, als dies gesetzlich zugelassen ist oder sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Leistungsgewährung erfüllt werden (§§ 36 Abs. 1, 56 Abs. 2 VwVfG)⁷¹.

Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit lassen sich i.d.R. als jeweils gesteigerte Stufen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (i.w.S.) beschreiben und schränken die Zulässigkeit des Verwaltungshandelns zunehmend ein. Dem entspricht eine bestimmte Prüfungsabfolge: Zunächst ist das mit der Maßnahme verfolgte Ziel zu bestimmen. Alsdann ist die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit der Maßnahme abzuklären. Schließlich sind Zwecktauglichkeit, Erforderlichkeit und Proportionalität zu klären. Die letzten beiden Grundsätze (Erforderlichkeit und Angemessenheit) werden auch unter dem Begriff des „Übermaßverbots“ zusammengefasst.

Aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip i.w.S. abzuleiten ist das „Gebot der Bezüglichkeit“ mehrerer im Zusammenhang stehender Verwaltungsentscheidungen. Es verlangt einmal, dass Nebenbestimmungen zu einem Verwaltungsakt dem Zweck des Hauptwaltungsaktes nicht widersprechen dürfen. Zum anderen folgt hieraus das Verbot, eine behördliche Leistung von einer Gegenleistung abhängig zu machen, die nicht in „sachlichem Zusammenhang“ mit der hoheitlichen Leistung steht (Kopplungsverbot).

IV. Entscheidungsspielräume der Verwaltung

33

Aus dem Gesetzmäßigkeitsprinzip im negativen Sinne folgt, dass sich jede Verwaltungstätigkeit im Rahmen der Gesetze bewegen muss. Der **gesetzliche Rahmen**, der das Handeln der Verwaltung steuert, kann allerdings je nach dem Inhalt der verhaltenslenkenden Norm weiter oder enger sein. Die jeweils einschlägige Norm kann das Verhalten der Verwaltung im Einzelnen vorschreiben oder ihr einen gewissen Spielraum eigener Entscheidungsmöglichkeit überlassen. Die unterschiedliche Steuerungsdichte normativer Regelung findet nicht zuletzt ihre Erklärung in den immanenten Grenzen rechtlicher Steuerung. Sie lässt sich typisierend - mit Schmidt-Aßmann⁷² - mit dem Bild der „gesetzesdirigierten Verwaltung“ beschreiben

34

Dem Bild **gesetzesdirigierter Verwaltung** entsprechen die unterschiedlichen Entscheidungsprogramme, denen eine dem Gesetzmäßigkeitsprinzip verpflichtete Verwaltung zu folgen hat. Neben der (idealtypisch) vollständigen Programmierung, die auf eine normativ strikt gebundene Entscheidung zielt, sind zahlreiche Formen mehr oder weniger unvollständiger Programmierung denkbar. Diese können auf Entscheidungen mit einem Beurteilungsspielraum der Verwaltung, solche mit planerischer Gestaltungsfreiheit oder mit Prognosespielräumen sowie Ermessensentscheidungen zielen. Sie folgen unterschiedlichen Entscheidungssituationen, die jeweils bestimmte Entscheidungstypen (z.B. Planungsentscheidung, Beurteilung) erzeugen,

⁶⁸ Meyer/Borgs, VwVfG § 36 Rn.36; s.a. BVerwGE 29, 261, 166; Stern, Staatsrecht I S. 635.

⁶⁹ Vgl. BGH, DVBl 1972, 824 (baurechtl. Dispens gegen kostenlose Grundstücksabtretung); OVG RP, DVBl 1992, 785 sowie Kopp/Ramsauer, VwVfG § 56 Rn. 16.

⁷⁰ Amtl. Begr. zum Entwurf eines VwVfG, BT-Drucks. 7/910 S. 80 (zu § 52 Abs. 1).

⁷¹ Näher Schachel, DVBl 1980, 1038 ff.

⁷² Schmidt Aßmann, Ordnungsidee, 2. Aufl, 2004, 4.Kap Rn. 40.

und stehen in engem Zusammenhang mit der jeweiligen verwaltungsgerichtlichen Kontroll-dichte⁷³.

35

Die typische Entscheidungsstruktur bei **vollständiger** gesetzlicher Anleitung der Verwaltung (sog. „gebundene Verwaltung“) ist die der **Subsumtion**. Da rechtliche Programmierung allerdings häufig mit Auslegungsproblemen verbunden ist, kann „vollständige“ Programmierung nur meinen, dass diese letztlich durch eine uneingeschränkte Kontrolle seitens der Gerichte sichergestellt sein soll. Das gilt im Grundsatz auch bei der Verwendung von sog. unbestimmten Rechtsbegriffen. Hier hat die Verwaltung zwar ein sachimmanentes erstes „Zugriffsrecht“ der Abgleichung eines Normbefehls mit dem konkreten Sachverhalt, die Gerichte haben jedoch das Letztentscheidungsrecht⁷⁴. Demgegenüber mündet die **unvollständige** (mehr oder wenige offene) normative Anleitung zu eine **Abwägungs-** und/oder **Wahlsituation** bei der Verwaltung.

36

Abwägungs- und Wahlentscheidungen sind durch Elemente der Zukunftsgestaltung und damit nur **begrenzter Gewissheit** geprägt. Sie enthalten Elemente von Subjektivität bei der Maßstababbildung und deren Abgleich mit der Wirklichkeit⁷⁵. Deshalb sind Planungsentscheidungen wie auch Ermessensentscheidungen gerichtlich nur auf bestimmte Fehler hin überprüfbar. Prognoseentscheidungen im Bereich der Gefahrenabwehr erfahren insoweit eine Kontrollreduktion, als auf Zeitpunkt der Prognose (ex ante) aus der Sicht eines „objektiven Beobachters (und nicht den der gerichtlichen Entscheidung (ex post) abgestellt wird. Entscheidungen, bei denen der Verwaltung ein gerichtlich nur begrenzt überprüfbarer Beurteilungsspielraum gegenüber steht, stehen zwischen Subsumtions- und Abwägungsentscheidungen: Sie haben es - ähnlich den Abwägungsentscheidungen - mit Einschätzungen zu tun, setzen aber regelmäßig nicht verschiedene Rechts- oder Verwaltungswerte gegeneinander.

37

Die Annahme bloß **unvollständiger gesetzlicher Anleitung** bedarf der Rückversicherung, dass eine Durchbrechung gerichtlich voll überprüfbarer Rechtsbindung normativ gewollt ist⁷⁶. Dies mündet letztlich in die Kompetenzfrage, welche Stelle (Verwaltung oder Gericht) zu einer - in bestimmter Hinsicht - abschließenden Entscheidung zuständig ist, also in die Frage der Verteilung von Handlungs- und Kontrollmaßstäben auf die verschiedenen Organe⁷⁷.

38

Soweit die Aufgabenzuständigkeit infrage steht, ist namentlich die kommunale Selbstverwaltung nicht an eine bestimmte normative Aufgabenzuweisung gebunden - im Gegenteil, eine enumerative Aufgabenübertragung auf die Gemeinden wäre gerade unzulässig. Das umfasst auch das Recht insoweit selbst Handlungsmaßstäbe zu setzen, die gerichtlicher Kontrolle nur insoweit unterliegen, als sie dem Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes widersprechen. - Soweit die im Vordergrund stehende Befugnis zu einem bestimmten außenwirksamen Verwaltungshandeln zur Debatte steht, ist die leistende Verwaltung einer unvollständigen Gesetzesanleitung eher zugänglich⁷⁸ als die eingreifende Verwaltung. Insbesondere bei letzterer bedarf eine damit verbundene Kontrollfreistellung **besonderer** rechtsstaatlicher **Legitimation**. Das folgt zwar nicht unmittelbar aus Art. 19 Abs. 4 GG (dessen Reichweite lediglich dem Maß gesetzlicher Vorprogrammierung folgt), wohl aber aus den grundrechtlichen Gewährleistungen, die durch das jeweilige Verwaltungshandeln Einschränkungen oder Gefährdungen erfahren⁷⁹.

39

⁷³ Siehe § 40 VwVfG einerseits, § 114 VwGO andererseits; näher Schuppert, in: Hoffmann-Riem-Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hg.), Reform S. 65, 102 f

⁷⁴ Im Einzelnen nachfolg. Rn. 40

⁷⁵ S.a. Pitschas, Maßstäbe § 42 Rn. 48

⁷⁶ BVerGE 94, 307, 309 f; Schröder S. 200; s.a. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee 4. Kap. Rn. 47, 65.

⁷⁷ Jestaedt, Maßstäbe § 10 Rn. 39 f; Pitschas, Maßstäbe, § 42 Rn. 25 f, 41.

⁷⁸ Vgl. aber auch vorsteh. Rn. 11 (zu § 31 SGB I).

⁷⁹ Siehe Jestaedt, Maßstäbe § 10 Rn. 39; Schoch, Jura 2004, 612, 615.

Fehlt eine konkrete verhaltenslenkende Norm überhaupt (wie im Rahmen freier Selbstverwaltungsangelegenheiten der Kommunen), so verbleibt es bei der der Verwaltung eingeräumten **Entscheidungsfreiheit** im Rahmen ihrer Kompetenzen sowie der allgemeinen Gesetze (Vorrang des Gesetzes), soweit es sich nicht um einen Eingriff in Freiheit oder Eigentum oder um „wesentliche“ Entscheidungen für den Bürger handelt (Vorbehalt des Gesetzes)⁸⁰.

Dessen ungeachtet existieren immer zumindest Organisations-, Haushalts- und Verfahrensregelungen, die das Verwaltungshandeln in Form bringen⁸¹. Insofern gibt es, auch wenn die gesetzliche Programmierung noch so weitmaschig ist, **keine „rechtsfreie“** Verwaltung.

Die immanenten Grenzen rechtlicher Steuerung äußern sich in einer *unterschiedlichen Steuerungs-dichte*. Dem Bild der „gesetzesdirigierten Verwaltung“ entsprechen verschiedene Entscheidungsprogramme, denen eine dem Gesetzmäßigkeitsprinzip verpflichtete Verwaltung zu folgen hat. Neben der (idealtypisch) vollständigen Programmierung, die auf eine normativ strikt gebundene Entscheidung zielt, sind zahlreiche Formen mehr oder weniger unvollständiger Programmierung denkbar. Diese können auf Entscheidungen mit einem Beurteilungsspielraum der Verwaltung, solche mit planerischer Gestaltungsfreiheit oder mit Prognosespielräumen sowie Ermessensentscheidungen zielen.

Die typische Entscheidungsstruktur bei vollständiger gesetzlicher Anleitung der Verwaltung ist die der *Subsumtion*. Da rechtliche Programmierung allerdings häufig mit Auslegungsproblemen verbunden ist, kann „vollständige“ Programmierung nur meinen, dass diese durch eine uneingeschränkte Kontrolle seitens der Gerichte sichergestellt sein soll. Das gilt im Grundsatz auch bei der Verwendung von sog. unbestimmten Rechtsbegriffen. Hier hat die Verwaltung zwar ein erstes Zugriffsrecht der Abgleichung eines Normbefehls mit dem konkreten Sachverhalt, die Gerichte haben jedoch das Letztentscheidungsrecht. Demgegenüber mündet die unvollständige normative Anleitung zu eine Abwägungs- und/oder Wahlsituation bei der Verwaltung.

Die Annahme bloß unvollständiger gesetzlicher Anleitung bedarf der Rückversicherung, dass eine Durchbrechung gerichtlich voll überprüfbarer Rechtsbindung normativ gewollt ist. Dies mündet letztlich in die *Kompetenzfrage*, welche Stelle (Verwaltung oder Gericht) in welchem Umfang zu einer abschließenden Entscheidung zuständig ist, also in die Frage der Verteilung der Handlungs- und Kontrollmaßstäbe. Die leistende Verwaltung ist einer unvollständigen Gesetzesanleitung eher zugänglich als die eingreifende Verwaltung. Insbesondere bei letzterer bedarf eine damit verbundene Kontrollfreistellung besonderer rechtsstaatlicher Legitimation. Auch wenn die gesetzliche Programmierung noch so weitmaschig ist, gibt es keine „rechtsfreie“ Verwaltung.

V. Das Verwaltungsermessen

40

Im Verwaltungsermessen dokumentiert sich eine bestimmte Entscheidungssituation, die auf die Richtigkeit der Entscheidung in einem umfassende Sinne zielt. Es geht jeweils um eine **Optimierungsaufgabe** bei Verfolgung multipler Zweck und unter Einschluss aller Besonderheiten des **Einzelfalls**, die durch eine abstrakte vollständige gesetzliche Programmierung nicht zu leisten ist. Die Optimierungsaufgabe umfasst neben dem Abgleich des gesetzlichen Programms mit den Besonderheiten der von der Entscheidung Betroffenen auch die Berücksichtigung unterschiedlicher administrativer Belange. Aus dieser Eigenheit ist eine spezifische materiell-rechtliche Ermessensfehlerlehre erwachsen, die in einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolldichte ihre Entsprechung findet⁸².

41

Damit wird einmal die Verwirklichung von **Effektivität** und **Effizienz** des Verwaltungshandelns, soweit sie sich nicht in Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wieder finden, in die Hand der Verwaltung gelegt. Zum anderen wird Raum geschaffen für die Ausbildung von Subjektivität bei einer ergänzenden Maßstabbildung und -setzung durch die Verwaltung mit je eigener Präferenzbildung. Das Verwaltungsermessen erweist sich so als „rechtliches Gehäuse“ eines bestimmten Kompetenzausübung⁸³. Mit

⁸⁰ Siehe oben Rn. 13 ff.

⁸¹ Schmidt Aßmann, Ordnungsidee 2. Aufl. 2004, 4.Kap Rn. 40

⁸² Jestaedt, Maßstäbe § 10 Rn. 66

⁸³ So bildhaft Pitschas, Maßstäbe § 42 Rn. 41; s.a. ders. Rn. 48, 157

ihm werden der Behörde „**Konkretisierungs- und Individualisierungsbefugnisse**“ eingeräumt, ohne dass dem gleichlaufende Konkretisierungs- und Individualisierungsbefugnisse der Verwaltungsgerichte entsprechen⁸⁴.

42

Typisches Kennzeichen des Ermessens ist es, dass die Bestimmung der **Rechtsfolge**, die an einen bestimmten gesetzlich geregelten oder nicht ausdrücklich geregelten Tatbestand geknüpft ist, in einem gewissem Rahmen der Verwaltung eigenverantwortlich überlassen ist. Ermessen in diesem Sinne bedeutet damit – als Ausfluss des „Opportunitätsprinzips“ – stets „Rechtsfolgermessen“⁸⁵, d.h. die Einräumung einer (oder mehrerer) Optionsmöglichkeit(en) der Verwaltung im Rahmen bestimmter rechtlicher Grenzen und unter Orientierung an dem gesetzlich vorgegebenen Zweck (§ 40 VwVfG). Insofern bezeichnet das „Ermessen“ selbstverständlich auch einen Rechtsbegriff⁸⁶.

43

Die Vereinbarkeit der Ermessenausübung mit **rechtsstaatlichen Grundsätzen** ist in der Vergangenheit verschiedentlich in Frage gestellt worden⁸⁷. Die in diesem Zusammenhang geltend gemachten Gesichtspunkte der Gewaltenteilung wie auch des Rechtsschutzes des Bürgers rechtfertigen jedoch nicht eine generelle, verfassungsrechtliche Missbilligung des Ermessens. Art. 20 Abs. 3 GG weist der „vollziehenden Gewalt“ nicht ausschließlich strikten Normenvollzug zu (und könnte dies unter dem Aspekt der Funktionsgerechtigkeit auch gar nicht).

44

Der Rechtsschutz des Bürgers ist durch die gerichtliche Überprüfbarkeit der Ermessensentscheidung auf Ermessensfehler, insbesondere auch im Hinblick auf die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, hinlänglich gesichert. Im übrigen kommt die Einräumung des Ermessens im Bereich der eingreifenden Verwaltung letztlich dem Bürger zugute, weil sie gleichzeitig die Befugnis enthält, trotz Vorliegens des gesetzlichen Tatbestandes von einem Eingriff (aus sachgerechten Gründen) abzusehen. Allerdings fordern rechtsstaatliche Grundsätze, dass der gesetzlich zulässige Eingriff nach Art und Maß vorausberechenbar ist, **Ermächtigungen** zum Erlass belastender Verwaltungsakte also „nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß“ **hinreichend bestimmt** sind⁸⁸.

45

Beispiele: Die Regelung eines Denkmalschutzgesetzes, nach der ein bewegliches Kulturdenkmal, das herrenlos ist oder solange verborgen gewesen ist, dass der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist, mit der Entdeckung Eigentum des Landes wird, wenn es einen „hervorragenden wissenschaftlichen Wert“ hat, ist unter Berücksichtigung der „Eigenart des geregelten Sachverhalts“ inhaltlich genügend bestimmt (BVerwGE 78, 205, 121 f). – Die Regelung in einer ordnungsbehördlichen Verordnung, Hunde seien „in öffentlichen Anlagen“ an der Leine zu führen, genügt dem Erfordernis inhaltlicher Bestimmtheit (VGH BW, DVBl 1989, 1007). Dagegen wurde ein im Verordnungswege angeordneter Zwang zur Anlegung eines Maulkorbs für bissige Hunde „innerhalb der geschlossenen Ortslage“ als zu unbestimmt verworfen (OVG Münster, NVwZ 1988, 659)⁸⁹.

⁸⁴ Jestaedt, Maßstäbe § 10 Rn. 39; s.a. Bumke, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 73 ff

⁸⁵ Str., wie hier Achterberg, VerwR § 17 Rn. 36; Faber, VerwR § 14 II; Liebetanz, in: Obermayer, VwVfG, § 40 Rn. 4; Maurer, VerwR § 7 Rn. 7 f, 26; Ziekow, VwVfG, 2006, § 40 Rn. 1; a.A.. Bullinger, JZ 1984, 1005; Smeddinck, DÖV 1998, 370 ff; Scholz, VVDStRL 34 (1976), S. 174 ff.

⁸⁶ Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee 4. Kap. Rn. 56.

⁸⁷ Vgl. z.B. Rupp S. 117 ff.; Bettermann, Der Staat 1962, 79; s.a. Obermayer, Grundzüge S. 62 ff.

⁸⁸ BVerfGE 8, 234; 9, 146 ff; BVerwG, NVwZ 1989, 555; BayVG, BayVBl 1985, 437.

⁸⁹ Demgegenüber werden die Formulierungen „im Zusammenhang bebaute Ortsteile i.S.d. § 34 BauGB“ (BVerwG, DVBl 1994, 1147) bzw. „außerhalb des befriedeten Besitztums“ (VGH BW, DÖV 1993, 354) als hinreichend bestimmt angesehen.

Verwaltungsermessen soll die Richtigkeit einer Entscheidung im umfassenden Sinne ermöglichen. Es geht um eine *Optimierungsaufgabe bei Verfolgung multipler Zwecke* und unter Einschluss aller Besonderheiten des Einzelfalls. Diese umfasst neben dem Abgleich des gesetzlichen Programms mit den Besonderheiten der von der Entscheidung Betroffenen auch die Berücksichtigung unterschiedlicher administrativer Belange. Daraus erwächst eine spezifische materiell-rechtliche *Ermessensfehlerlehre*, die ihre Entsprechung in einer *eingeschränkten gerichtlichen Kontrolldichte* findet.

Damit wird die Verwirklichung von Effektivität und Effizienz des Verwaltungshandelns, soweit diese nicht vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gefordert werden, in die Hand der Verwaltung gelegt. Zum anderen wird Raum geschaffen für die Ausbildung von Subjektivität bei einer ergänzenden Maßstabbildung und -setzung durch die Verwaltung. Damit werden der Behörde *Konkretisierungs- und Individualisierungsbefugnisse* eingeräumt, ohne dass dem gleichlaufende Befugnisse der Verwaltungsgerichte entsprechen

46

Aus dem Erfordernis einer genügend „bestimmten“ gesetzlichen Ermächtigung bei Eingriffen in die Freiheits- und Eigentumssphäre des Bürgers wird überwiegend gefolgert, dass die Ermessensausübung bei eingreifendem Verwaltungshandeln grundsätzlich auf die **Rechtsfolgeseite** beschränkt ist⁹⁰. Bei Leistungsgewährungen in Form der Massenverwaltung (insbesondere im Sozialrecht) beansprucht die gleichheitssichernde Funktion des Gesetzes ebenfalls die regelmäßige Beschränkung des Ermessens auf die Rechtsfolgeseite.

47

Das wird vielfach mit **rechtstheoretischen** Erwägungen bestritten: Rechtsanwendung sei stets Rechtsgestaltung, Ermessensausübung stets Rechtskonkretisierung⁹¹. Damit unterscheide sich die nähere Bestimmung des tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Verwaltungshandeln nicht von derjenigen der zulässigen Rechtsfolge. Damit wird namentlich für eine Ausdehnung des Ermessens auch in Richtung eines Tatbestandsermessens plädiert. Die Problematik des gerichtlich nur begrenzt überprüfaren Beurteilungsspielraums sei strukturell nicht anders als die des Rechtsfolgeermessens.

48

Das Problem lässt sich jedoch nicht auf die rechtstheoretische Perspektive reduzieren. Es ist zu vorderst ein **Kompetenzproblem**. Dieses nimmt Rücksicht auf die unterschiedlichen Folgen der Überantwortung gerichtlich nur begrenzt überprüfbarer Entscheidungsspielräume auf der Tatbestands- und der Rechtsfolgeseite: Beim Rechtsfolgeermessen ist der gesamte zulässige Handlungsrahmen vom Gesetz mitgedacht; die Optionen betreffen Einschränkungen, die durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rechtlich gesteuert werden. Demgegenüber betreffen unbestimmte Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite die Legitimationsfrage in Form der Bestimmtheit der Gesetzes. Diese sind deshalb auch regelmäßig gerichtlich voll überprüfbar. Nur ausnahmsweise ist ihre gerichtliche Kontrolle – bei einem besonders zu rechtfertigenden „Beurteilungsspielraum“ der Verwaltung⁹² – in ähnlicher Weise begrenzt wie bei der Einräumung von Ermessen auf der Rechtsfolgeseite.

49

Eine scheinbare **Ausnahme** hiervon bietet die (für eine Verallgemeinerung wenig geeignete) Rechtsprechung⁹³ zu § 131 AO a.F. (= §§ 163, 227 AO n.F.). Danach können die Finanzbehörden Ansprüche gegen einen Steuerschuldner „ermäßigen“ oder „erlassen, wenn deren Einziehung nach Lage des einzelnen Falles unbillig wäre“. Nach der Rechtsprechung bezeichnet der Begriff „unbillig“ in diesem Zusammenhang lediglich ein die „einheitliche“ Ermessensausübung leitendes Merkmal. Die Entschei-

⁹⁰ Bull/Mehde, VerwR § 16 Rn. 563; Maurer, VerwR § 7 Rn. 7, 55; Di Fabio, VerwArch 86 (1995) 214; s.a. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 4. Kap. Rn. 48 mwN. Zu den Besonderheiten des „Planungsermessens“: Eifert, VVDStRL 67 (2008), S. 313 f mwN.

⁹¹ Appel, VVDStRL 67 (2008), S. 262; Eifert, ebda. S. 301 ff; s.a. Jestaedt; Maßstäbe § 10 Rn. 8 f, 21.

⁹² Hierzu nachfolgend Rn. 78 ff.

⁹³ Gem. Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, BVerwGE 39, 355, 363 ff; s.a. BVerwGE 72, 1, 5 zu § 5 I 2 WohnBindG; BVerwGE 104, 154, 156 zu § 46 II 1 StVO.

dung lässt sich nur vor dem Hintergrund verstehen, dass die Vorentscheidung über die regelmäßige Steuerpflicht bereits durch eine genügend bestimmte Norm des materiellen Steuerrechts getroffen wurde, während der „Erlass“ lediglich eine einzelfallorientierte Abweichung hiervon ermöglichen soll.
50

Umgekehrt kann ein unbestimmter Rechtsbegriff auf der Tatbestandsseite alle entscheidungsleitenden Belange in einer Weise umfassen, dass kein Raum mehr für eine eigentliche Ermessensbetätigung bleibt. Beispiele, für derartige (scheinbare) **Kopplungstatbestände** bilden § 35 Abs. 2 BauGB, nach dem ein Bauvorhaben im Außenbereich zugelassen werden „kann“, wenn seine Ausführung oder Benutzung „öffentliche Belange nicht beeinträchtigt“⁹⁴, wie auch § 31 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG, nach dem eine Befreiung von den Vorschriften des Naturschutzgesetzes ausgesprochen werden kann, wenn „überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit“ eine Befreiung erfordern. Liegen die gesetzlich umschriebenen Voraussetzungen vor, so hat die Behörde die Genehmigung zu erteilen bzw. die Befreiung auszusprechen; für die Ausübung eines Ermessens ist insoweit insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 14 Abs. 1 GG kein Platz mehr.

Ein Fall „echter“ **Kopplung** eines (gerichtlich voll überprüfbar) unbestimmten Rechtsbegriffs mit der Ermächtigung zur Ermessensausübung enthalten demgegenüber die polizeirechtlichen Generalklauseln wie auch § 3 Abs. 1 Namensänderungsgesetz (Namensänderung bei „wichtigem Grund“)⁹⁵.

Kennzeichen des Ermessens ist es, dass die Bestimmung der *Rechtsfolge*, die an einen bestimmten gesetzlich geregelten oder nicht ausdrücklich geregelten Tatbestand geknüpft ist, in einem gewissen Rahmen der Verwaltung eigenverantwortlich überlassen ist. Ermessen bedeutet die Einräumung einer (oder mehrerer) Optionsmöglichkeit(en) der Verwaltung im Rahmen rechtlicher Grenzen.

Das wird zwar mit rechtstheoretischen Erwägungen bestritten: Ermessensausübung sei stets Rechtskonkretisierung. Die Problematik lässt sich jedoch nicht auf die rechtstheoretische Perspektive reduzieren. Sie stellt sich vor allem als *Kompetenzfrage*. Diese nimmt Rücksicht auf die unterschiedlichen Folgen der Überantwortung gerichtlich nur begrenzt überprüfbarer Entscheidungsspielräume auf der Tatbestands- und der Rechtsfolgeseite: Beim Rechtsfolgeermessen ist der gesamte zulässige Handlungsrahmen vom Gesetz mitgedacht; die Optionen betreffen Einschränkungen, die durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rechtlich gesteuert werden. Demgegenüber berühren unbestimmte Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite die Legitimationsfrage in Form der Bestimmtheit der Gesetzes. Diese sind deshalb auch regelmäßig gerichtlich voll überprüfbar. Nur ausnahmsweise ist ihre gerichtliche Kontrolle – bei einem besonders zu rechtfertigenden „Beurteilungsspielraum“ der Verwaltung – in ähnlicher Weise begrenzt wie bei der Einräumung von Ermessen auf der Rechtsfolgeseite.

1. Formen des Ermessens

51

Die schwächste Form der Ermessenseinräumung ist die durch „**Soll-Vorschriften**“ (z.B. § 6 SGB XII, § 2 Abs. 2 BImSchG, §§ 85, 86 AufenthG). Bei der Einräumung von Ermessen durch die Formulierung „soll“ oder „ist in der Regel“ knüpft das Gesetz die regelmäßige Rechtsfolge (etwa der Hilfeleistung oder einer Genehmigung) an den typischen Fall, gestattet aber der Verwaltung in atypischen Fällen, von dieser Rechtsfolge abzusehen⁹⁶.

Übt die Behörde im Einzelfall ihr Ermessen **abweichend** von der in der Sollvorschrift zum Ausdruck gebrachten regelmäßigen Rechtsfolge aus, so hat sie nachzuweisen, dass es sich um einen **atypischen Fall** handelt, der trotz Vorliegens der allgemeinen tatbestandsmäßigen Voraussetzungen eine von der Regel abweichende Rechtsfolge verdient⁹⁷. Praktisch bedeutet dies eine Umkehrung der Beweislast: Beruft sich die Behörde auf einen Ausnahmefall, so trägt sie die Beweislast, dass es sich um einen

⁹⁴ Hierzu BVerwGE 19, 82, 85.

⁹⁵ Siehe BVerfGE 40, 353; Faber, VerwR § 14 III.

⁹⁶ Vgl. BVerwGE 49, 16; 90, 93.

⁹⁷ Siehe BVerwG, DÖV 1993, 74; Zur Änderung der bisherigen Regel-Ausnahme-Praxis: Wallerath, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968, S. 100.

gegenüber der typischen Situation abweichenden Sachverhalt handelt, der insoweit auch eine von der regelmäßigen Rechtsfolge abweichende rechtliche Behandlung rechtfertigt.

52

Ein funktionales Äquivalent zu den Sollvorschriften hat die Rechtsprechung⁹⁸ mit der Figur des sog. „**intendierten Ermessens**“ entwickelt. Dieses soll vorliegen, wenn vom Gesetzgeber eine bestimmte Richtung der Entscheidung vorzeichnet sei, so dass von einem Abwägen des „Für und Wider“ wie auch von einer entsprechenden Begründungspflicht abgesehen werden könne.

Bei Annahme eines intendierten Ermessens bedarf es demnach keiner Begründung für die Wahl der zugrunde gelegten Regel-Rechtsfolge, wenn der Behörde keine Anhaltspunkte für eine abweichende Entscheidung vorliegen. Das Schrifttum steht dem überwiegend kritisch gegenüber⁹⁹. Jedenfalls lässt sich die Annahme eines intendierten Ermessens nur nach einer entsprechenden Analyse der Struktur der ein Ermessen einräumenden Vorschrift rechtfertigen.

53

Ermessen wird entweder ausdrücklich (z.B. § 3 Abs. 1 PolG NW) oder – so überwiegend – durch besondere Formulierungen wie „**kann**“ (z.B. §§ 46 Abs. 1, 55 AufenthG, 10 Abs. 1 GastG), „**darf**“, „**ist berechtigt**“ (z.B. § 17 Abs. 1 BJagdG) und ähnliches eingeräumt. Die Bezeichnung des durch diese oder ähnliche Formulierungen eingeräumten Entscheidungsspielraums als „freies“ Ermessen ist missverständlich. Zwar ist es gerade das Kennzeichen des Ermessens, dass gleichzeitig mehrere Verhaltensweisen rechtmäßig sind, und zwar auch dann, wenn sich die gewählte Verhaltensweise nicht als die zweckmäßigste¹⁰⁰ erweist, d.h. wenn eine optimale Verwirklichung zulässiger Verwaltungszwecke nicht erreicht wird¹⁰¹. Die Entschließung zu einem bestimmten Verhalten darf jedoch nicht nach Willkür oder Belieben des Verwaltungsorgans erfolgen, sondern muss stets dem Zweck der Ermächtigung entsprechen.

Auch soweit die Verwaltung im „gesetzesfreien“ Raum (ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage) leistend tätig werden kann, handelt sie nicht im „rechtsfreien“ Raum; sie unterliegt auch hier dem „Vorrang des Gesetzes“ und ist bei der Ermessensausübung auf die Berücksichtigung sachlicher, mit der Leistungsgewährung zusammenhängender Gründe beschränkt. Insofern umfasst jede Ermessenseinräumung nicht „freies“, sondern „**pflichtgemäßes**“ Ermessen.

54

Das Ermessen kann sowohl die Frage des „Ob“ des Tätigwerdens (**Entschlieungsermessen**) wie auch die Frage, welche von mehreren in Betracht kommenden Maßnahmen im konkreten Fall zu treffen ist (**Auswahlermessen**), betreffen. Zu beachten ist, dass beide Fragen auf einander bezogen sind: Steht in einer konkreten Entscheidungssituation keine verhältnismäßige Verhaltensalternative zur Verfügung, so hat dies zugleich Auswirkungen auf das Entschlieungsermessen¹⁰².

Das Bundesverwaltungsgericht¹⁰³ nimmt eine **Reduktion des Entschlieungsermessens** mit der Folge einer Pflicht zum Einschreiten im Bereich der Gefahrenabwehr an, wenn die sog. „Schädlichkeitsgrenze“ überschritten ist. Das ist nur der Fall, wenn in besonders wichtiges Rechtsgut (z. B. Gesundheit, Freiheit) betroffen oder ein erheblicher Schaden zu erwarten ist, also bei besonderer Gefahrenin-

⁹⁸ BVerwGE 72, 1, 6; 91, 82, 90 f, 105, 55, 57; BayVGH, NVwZ 2001, 931. In einem anderen Sinne wird der Begriff von Püttner, Zeitschrift für öffentliches Recht 63 (2008), 345, 350 verwandt.

⁹⁹ Siehe Bull/Mehde, VerwR Rn. 600; Maurer, VerwR § 7 Rn. 12; Erbguth, JuS 2002, 333; Schenke, JZ 1996, 1064; demgegenüber zust. Schwabe, DVBl 1998, 145 f.

¹⁰⁰ Deshalb ist die Frage der Zweckmäßigkeit zwar im „Widerspruchsverfahren“ (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO), nicht jedoch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erheblich; siehe vorsteh. Rn. 7 sowie § 12 Rn. 31.

¹⁰¹ Siehe auch Hoffmann-Riem, DVBl 1994, 1382; ders., DÖV 1997, 433, 439.

¹⁰² Eine objektiv-rechtliche Einschränkung des Ermessensspielraums kann auch aus der allgemeinen Aufgabenzuweisung an die Behörde, z.B. im Bereich der Gefahrenabwehr ergeben. Siehe aber auch Schoch, JUS 1994, 734; sehr weitgehend Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 1998, § 13 III Rn. 91.

¹⁰³ BVerwGE 11, 97; BVerwG, DÖV 1969, 465

tensität (z.B. bei einer längeren Ölspur auf der Fahrbahn). Letztlich handelt es sich um eine Frage der Reichweite grundrechtlicher Schutzpflichten und des damit verbundenen „Untermaßverbotes“¹⁰⁴.

2. Ermessensfehler

55

Die Ausübung pflichtgemäßen Ermessens bedingt die Einhaltung bestimmter **Grenzen**, deren Überschreitung den Vorwurf der Pflichtwidrigkeit begründet. Die pflichtwidrige Ermessensausübung führt zu einem „Ermessensfehler“, der das Verwaltungshandeln rechtswidrig und insoweit gerichtlich nachprüfbar macht. Während in der Sache weitgehende Übereinstimmung über die Voraussetzungen fehlerfreier Ermessensausübung besteht, hat sich bisher noch keine einheitliche Systematisierung der verschiedenen Arten möglicher Ermessensfehler herauskristallisiert¹⁰⁵.

56

Auszugehen ist insoweit von § 40 VwVfG sowie § 114 VwGO, die der Sache nach zwischen **konkreten** und **abstrakten** Ermessensfehlern unterscheiden: Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, so hat sie das Ermessen, „entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben“ sowie die „gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten“ (§ 40 VwVfG). Dementsprechend bestimmt § 114 VwGO, dass die Ermessensentscheidung gerichtlich auch daraufhin überprüfbar ist, ob die Behörde „von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechender Weise Gebrauch gemacht“ hat (konkreter Ermessensfehler) oder „die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten“ hat (abstrakter Ermessensfehler).

57

§ 114 VwGO macht deutlich, dass Ermessensakte nicht nur spezifische Ermessensfehler aufweisen, sondern auch wegen **sonstiger** formeller oder materieller **Fehler** rechtswidrig sein können. So kann die Fehlerhaftigkeit einer Ermessensentscheidung auch auf fehlender Zuständigkeit der Behörde, einem Verstoß gegen Form- oder Verfahrensvorschriften, dem Fehlen der erforderlichen Ermächtigungsgrundlage (einschließlich eines möglichen Verstoßes gegen höherrangiges Recht), ihrer unrichtigen Anwendung oder auf dem Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften, insbesondere gegen verfassungsrechtliche Normen (z.B. Art. 13, 104 Abs. 2 GG), beruhen.

Entsprechende Verstöße sind der Ermessensausübung und damit auch den Ermessensfehlern „**vorge-lagert**“, sofern sie (wie Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften sowie Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage) die allgemeine behördliche Entscheidungsbefugnis betreffen. Im Übrigen werden sie teils der „Ermessensüberschreitung“ zugeordnet, teils als eigene Fehlerquelle behandelt¹⁰⁶; indes handelt es sich hierbei lediglich um begrifflich-systematische, nicht um sachliche Abweichungen.

58

Entsprechendes gilt für die Basis der Entscheidungsherstellung, die **Ermittlung des** der Entscheidung zugrunde liegenden **Sachverhalts**¹⁰⁷. Ist diese in wesentlicher Hinsicht fehler- oder lückenhaft, wird die Ermessensentscheidung hiervon infiziert. Das erklärt zugleich die Bedeutung von Verfahrensfehlern bei Ermessensentscheidungen¹⁰⁸.

59

Die Ermessensausübung steht in einem engen **Zusammenhang mit der Begründung** der Verwaltungsmaßnahme¹⁰⁹, ist freilich von dieser zu unterscheiden¹¹⁰. Die Begründung ist zunächst ein formelles,

¹⁰⁴ Hierzu vorsteh. Rn. 29.

¹⁰⁵ Vgl. etwa Ule/Laubinger § 55 Rn. 6; Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 31 Rn. 45; s.a. H. Jellinek, ZRP 1981, 68 zur Empfehlung Nr. R (80) 2 d des Ministerkomitees des Europarats vom 11. 3. 1980.

¹⁰⁶ Im einzelnen: Battis, VerwR Rn. 134; Maurer, VerwR § 7 Rn. 23.

¹⁰⁷ Vgl. ThürOVG, ThürVBl 2000, 250 ff; Hoffmann, Abwägung S. 169; Maurer; VerwR § 7 Rn. 3.

¹⁰⁸ Siehe § 9 Rn. 146.

¹⁰⁹ Eifert, VVDStRL 67 (2008) S. 304 Fn. 83 mit Nachw. zur Forderung nach einer eigenen „Ermessens-

verfahrensrechtliches Erfordernis (vgl. § 39 VwVfG). Die inhaltliche Richtigkeit der Begründung liegt außerhalb des rein verfahrensrechtlichen Anforderungen. Indessen **indiziert** ein **Begründungsmangel** in inhaltlicher Hinsicht einen **Ermessensfehler**. Das gilt auch, wenn die Behörde einen anderen Grund für ihre Entscheidung an, als es der Wirklichkeit entspricht („**Vorwand**“); dies ist regelmäßig Indiz für einen Ermessensmissbrauch.

Die pflichtwidrige Ermessensausübung führt zu einem *Ermessensfehler*, der das Verwaltungshandeln rechtswidrig und insoweit gerichtlich nachprüfbar macht. § 40 VwVfG sowie § 114 VwGO unterscheiden der Sache nach zwischen konkreten und abstrakten Ermessensfehlern: Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, so hat sie das Ermessen, „entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben“ sowie die „gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten“ (§ 40 VwVfG). § 114 VwGO macht deutlich, dass Ermessensakte nicht nur spezifische Ermessensfehler aufweisen, sondern auch wegen sonstiger formeller oder materieller Fehler rechtswidrig sein können. Entsprechendes gilt für die Ermittlung des der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts. Ist diese in wesentlicher Hinsicht fehler- oder lückenhaft, wird die Ermessenentscheidung hiervon infiziert.

Die Ermessenausübung steht in einem engen Zusammenhang mit der *Begründung*, ist freilich von dieser zu unterscheiden. Die Begründung ist ein formelles, verfahrensrechtliches Erfordernis. Die inhaltliche Richtigkeit der Begründung liegt außerhalb des rein verfahrensrechtlichen Anforderungen. Indessen indiziert ein Begründungsmangel in inhaltlicher Hinsicht einen Ermessensfehler.

60

a) Der abstrakte Ermessensfehler ist gekennzeichnet durch die Nichteinhaltung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens („**Ermessensüberschreitung**“). Die Behörde greift hier zu einer Rechtsfolge, die unter keinem Gesichtspunkt durch die ermächtigende Norm gedeckt ist, die also schon vom Ergebnis her – abstrakt – normwidrig ist. Es handelt sich demnach um einen „Ergebnisfehler“, nicht um einen „Vorgangsfehler“.

Beispiel: Die Verhängung eines Zwangsgeldes in unzulässiger Höhe, die Gewährung einer „nicht ausreichenden“ Sozialhilfeleistung, das Verlangen einer nicht erforderlichen statt der nach der ermächtigenden Norm allein zulässigen „erforderlichen“ Maßnahme (etwa Abriss des ganzen Hauses bei bloß schadhaftem Dach). Der Sache nach geht es hierbei um allgemeine „Rechtsanwendungsfehler“, im letzteren Fall in der Form eines Verstoßes gegen das Gebot der Anwendung des mildesten Mittels¹¹¹, die jedoch herkömmlicherweise den Ermessensfehlern zugerechnet werden¹¹².

Der *abstrakte* Ermessensfehler ist gekennzeichnet durch die Nichteinhaltung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens („Ermessensüberschreitung“). Die Behörde greift hier zu einer Rechtsfolge, die unter keinem Gesichtspunkt durch die ermächtigende Norm gedeckt ist, die also schon vom Ergebnis her – abstrakt – normwidrig ist. Es handelt sich demnach um einen „Ergebnisfehler“, nicht um einen „Vorgangsfehler“.

61

b) Der **konkrete** Ermessensfehler beruht auf der fehlerhaften Art des Zustandekommens der Ermessensentscheidung. Zwar ist das Ergebnis der Entscheidung an sich – abstrakt – zulässig, dennoch ist die Ermessensausübung fehlerhaft, weil die Behörde im konkreten Fall von dem ihr zustehenden Ermessen „in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat“ (§ 40 VwVfG). Es handelt sich also um Vorgangs-(Abwägungs-) Fehler, nicht notwendig auch um Ergebnisfehler.

62

aa) Ein konkreter Ermessensfehler liegt vor bei der sogenannten „**Ermessensunterschreitung**“ (Ermessensmangel), d.h. der Nichtausübung des Ermessens in Verkennung der tatsächlich eingeräumten Entscheidungsfreiheit.

Begründungslehre“.

¹¹⁰ Vgl. unten § 9 Rn 115 f.

¹¹¹ Siehe oben Rn. 16.

¹¹² Vgl. Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 31 Rn. 57.

Um eine Ermessensunterschreitung handelt es sich z.B. bei der Versagung der Erteilung eines Jagdscheines an einen 17jährigen mit der Begründung, dem Antrag könne im Hinblick auf das Alter des Antragstellers nicht entsprochen werden (obwohl die Erteilung in diesem Falle nach § 17 Abs. 2 BJagdG im Ermessen der Behörde liegt), bei dem Fehlen einer Abwägung durch die Ordnungsbehörde bei der Inanspruchnahme eines von mehreren Störern oder bei einer Entscheidung in der irrigen Annahme einer Bindung durch eine Verwaltungsvorschrift ohne Prüfung der Typik des jeweiligen Einzelfalles¹¹³.

63

bb) Den konkreten Ermessensfehlern zuzurechnen sind weiterhin die Fälle des **Ermessensfehlgebrauchs**. Ein Ermessensfehlgebrauch liegt vor, wenn die Behörde bei ihrer Entscheidungsfindung nicht alles berücksichtigt, was nach Lage der Dinge zu berücksichtigen ist, oder umgekehrt wenn sie Gesichtspunkte in die Entscheidung mit einbezieht, die keinen Einfluss auf die konkrete Willensbildung haben dürfen. Ein fehlerhafter Gebrauch des Ermessens liegt auch dann vor, wenn die Behörde die bei der Entscheidung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte nicht ausgewogen gewichtet hat.

64

(1) Danach begeht die Behörde einen konkreten Ermessensfehler in Form des Ermessensfehlgebrauchs, wenn sie Gesichtspunkte **nicht berücksichtigt**, die nach dem das Ermessen leitenden „gesetzlichen Programm“ wesentlich für die Entscheidung sind („Abwägungsdefizit“)¹¹⁴. Lässt die Behörde für die Entscheidung wesentliche Gesichtspunkte bei ihrer Entscheidungsfindung außer acht, so ist die Maßnahme schon aus diesem Grunde fehlerhaft, mag auch das Ergebnis als solches – bei fiktiver Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte – zulässig sein. Das setzt die sorgfältige Ermittlung des der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts als Basis der Entscheidung¹¹⁵ und das Einbeziehen absehbarer Folgen der in Betracht gezogenen Maßnahme voraus.

Beispiel: Um Ermessensfehlgebrauch handelt es sich, wenn die Behörde bei der Ausweisung eines Ausländers dessen Ehe mit einem deutschen Ehepartner nicht berücksichtigt¹¹⁶ oder wenn die Ordnungsbehörde einen Störer in Anspruch nimmt, ohne der Frage eines Mitstörers nachzugehen¹¹⁷.

65

(2) Der Ermessensfehlgebrauch kann weiterhin auf der Verfolgung eines **sachfremden Zwecks** oder eines **unsachlichen Motivs** beruhen („**Ermessensmissbrauch**“). Es handelt sich hierbei um den praktisch bedeutsamsten Fall des Ermessensfehlgebrauchs. Die „Sachlichkeit“ des verfolgten Zwecks bzw. des zugrundeliegenden Motivs bestimmt sich bei „gesetzesvollziehenden“ Maßnahmen in erster Linie nach dem konkreten „Normzweck“, bei „gesetzesfreien“ Maßnahmen nach der objektiven Funktion der jeweiligen Maßnahme.

Ein anschauliches **Beispiel** für einen gesetzlich vorgegebenen Zweck bietet § 1 Abs. 1 IfSG¹¹⁸. Danach ist es Zweck des Gesetzes, „übertragbare Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern“. - Häufig lässt sich der „Zweck“ des jeweiligen Gesetzes nur durch Auslegung ermitteln. So ist § 1 Abs. 2 StVO (nach dem jeder Verkehrsteilnehmer „sich so zu verhalten“ hat, „dass kein anderer geschädigt, gefährdet oder mehr, als nach den

¹¹³ Vgl. oben § 3 Rn. 36; s.a. OVG NW, NWVBl 1991, 393 (zu § 18 f BSHG).

¹¹⁴ Alexy, JZ 1984, 711.

¹¹⁵ Hofmann, Abwägung S. 169; Maurer, VerwR § 7 Rn. 3.

¹¹⁶ BVerwG, DVBl 1997, 186; s.a. OVG NW, NVwZ 1985, 662 (fehlende „Anhörung“).

¹¹⁷ Nimmt die Behörde einen von mehreren festgestellten Störern ohne weitere Ermessensausübung in Anspruch, so handelt es sich um eine Ermessensunterschreitung, wählt sie falsche Auswahlkriterien (vgl. den Fall VGH BW, NVwZ 1990, 179), so handelt es sich um einen Ermessensmissbrauch. In der Praxis dürften sich die Fälle häufig überschneiden.

¹¹⁸ Eine derartige - ausdrückliche - Zweckangabe entspricht neuerer Gesetzgebungstechnik; siehe § 1 AufenthG, § 1 BImSchG, § 1 BBodSchG, § 1 GenTK, § 1 TKG.

Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt wird“) der Zweck der Herstellung von „Sicherheit und Leichtigkeit“ des Straßenverkehrs zu entnehmen.

66

Andere, im Interesse des Betroffenen¹¹⁹ oder im Verwaltungsinteresse liegende **Gesichtspunkte** wie die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen¹²⁰ dürfen (letztere: müssen) berücksichtigt werden, soweit die Verfolgung dieser Zwecke sich innerhalb der Kompetenz des Verwaltungsträgers hält, insbesondere nicht der ausschließlichen Regelung durch andere Träger hoheitlicher Gewalt überlassen ist, in sachlichem Zusammenhang mit dem Hauptzweck steht und nicht durch eine abschließende gesetzliche Determinierung ausgeschlossen ist¹²¹.

67

Abgesehen von wenigen, grundsätzlich als unsachlich anzusehenden Aspekten wie persönlicher Feindschaft oder den in Art. 3 Abs. 2 GG genannten Gesichtspunkten bemisst sich die „**Sachlichkeit**“ des verfolgten Zwecks damit jeweils unterschiedlich nach den das Verwaltungshandeln dirigierenden gesetzlichen Vorschriften¹²². Die Bandbreite der zulässigen „Zwecke“ ist um so größer, je weniger der Spielraum der Verwaltung durch gesetzlich festgelegte Rahmenbedingungen eingeengt ist, um so enger, je detaillierter die gesetzlichen Vorgaben ausgestaltet sind.

Beispiele: Zulässig sind die Formulierung bestimmter umweltpolitischer Produktanforderungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge¹²³, die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis durch eine Gemeinde unter Berücksichtigung städtebaulicher Gesichtspunkte¹²⁴ wie auch der Verweis auf zivilrechtliche Abwehrmöglichkeiten in Nachbarstreiten¹²⁵. Ermessensmissbräuchlich wäre demgegenüber ein Parkverbot zugunsten einer Behörde (sofern es sich nicht um eine Ausnahme für Polizeifahrzeuge oder Rettungsfahrzeuge im Einsatz handelt¹²⁶ oder die Berücksichtigung von Umständen bei der Entscheidung nach § 54, 55 AufenthG über die Ausweisung eines Ausländers, welche die Ausweisung teilweise tragen, teilweise aber nicht tragen, sofern die angeführten Gründe in ihrer „Summe“ von der Behörde als entscheidungsleitend angesehen wurden¹²⁷.

68

Ein Ermessensmissbrauch liegt auch dann vor, wenn die Behörde ohne ausreichenden sachlichen Grund eine **Differenzierung** zwischen mehreren Adressaten vornimmt, die gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz hat für den Bereich der Verwaltung in dem Rechtsinstitut der „**Selbstbindung der Verwaltung**“ eine besondere Ausprägung erfahren¹²⁸. Er fordert, die Gleichheit mehrerer Fälle im Rahmen des Entscheidungsspielraums der Behörde zu beachten und grundsätzlich „nach gleichem Maß“ zu messen, d.h. grundsätzlich zu verfahren.

Hieraus folgt das Verbot, innerhalb eines überschaubaren, einer einheitlichen Beurteilung zugänglichen Komplexes unterschiedliche Auffassungen zu im Wesentlichen gleichen Sachverhalten zu vertre-

¹¹⁹ Hierzu VGH BW, NJW 1984, 320.

¹²⁰ Siehe oben § 3 Rn. 10 f.

¹²¹ Einschränkung BVerwG, NJW 1982, 2513; vgl. auch oben Rn. 20.

¹²² Vgl. BVerwG, DÖV 1983, 769; Meyer, NVwZ 1987, 20 ff (zur Zulässigkeit generalpräventiver Gesichtspunkte) sowie BVerwGE 102, 282, 284 f (zur Ausrichtung des Ermessens an Richtlinien der EG).

¹²³ Näher § 10 Rn 161; s.a. Wallerath (Fn. 36) S. 161 mwN.

¹²⁴ Sehr str.; wie hier BerLOVG, LKV 1991, 311; Ziegler, DVBl 1976, 92 f. Anders die h.M., vgl. unten § 15 Rn. 36 mwN.

¹²⁵ BVerwG, NVwZ 1998, 395.

¹²⁶ BVerwG, NJW 1967, 1627 f.

¹²⁷ BVerwGE 62, 222; BVerwG, NJW 1988, 783; Schenke, JZ 1996, 1064; s.a. VG Stade, NVwZ 1989, 409 (Entscheidung auf der Grundlage eines unbrauchbaren Gutachtens); vgl. demgegenüber den Fall BVerwG, Buchh. 310 § 114 VwGO Nr. 37.

¹²⁸ Näher Wallerath (Rn. 96) S. 39 ff, 49 ff.

ten oder **im Einzelfall** von der sonstigen Praxis **abzuweichen**. „Gleichheit“ mehrerer Sachverhalte bedeutet Übereinstimmung in den erheblichen Voraussetzungen. Maßgeblich hierfür sind der Zweck der Norm (Maßnahme), aber auch andere im Interesse des Betroffenen oder im Verwaltungsinteresse liegende Gesichtspunkte, die ohne Verstoß gegen das Verbot unsachgemäßer Kopplungen berücksichtigt werden dürfen, sowie die Grundentscheidungen der Verfassung¹²⁹. Die Bindungswirkung setzt als solche – von der Ausnahme verhältnismäßiger (Un-)Gleichbehandlung abgesehen¹³⁰ – nicht notwendig eine mehrere Fälle umfassende Verwaltungsübung voraus¹³¹.

69

Die Gleichbehandlung fordernde Verwaltungspraxis kann auch auf einer entsprechenden **Verwaltungsvorschrift** beruhen¹³². Allerdings ist eine besondere „**Konzeptpflicht**“ der Behörde, die auf eine förmliche Eigenprogrammierung (etwa durch eine Verwaltungsvorschrift) gerichtet ist, regelmäßig **nicht begründbar**¹³³, es sei denn, es handle sich um Verfahren, die Gleichheit im Wettbewerb sichern sollen (wie im Vergaberecht, der Stellenbesetzung im öffentlichen Dienst oder der Zuteilung von Lizenzen)¹³⁴. In jedem Fall muss die Verwaltungspraxis in jedem Falle rechtmäßig sein - einen Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ gibt es nicht¹³⁵. Ein Abweichen von der bisherigen Praxis aus sachlichen Gründen, auch aufgrund anderer Bewertung bereits bekannter Umstände ist grundsätzlich zulässig, sofern es nur zum Zwecke einer generellen Änderung der seitherigen Verwaltungspraxis erfolgt¹³⁶.

70

(3) Ein Ermessens Fehlgebrauch kann schließlich auch auf der **fehlerhaften Gewichtung** der in der Entscheidung einzubringenden Gesichtspunkte beruhen („Abwägungsdisproportionalität“).

Hierzu zählen insbesondere Verstöße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, bei denen die Nachteile einer Maßnahme deren Vorteile überwiegen. **Beispiel:** Die Ausweisung eines Ausländers, der schon lange Zeit im Bundesgebiet lebt, wegen einer fahrlässig begangenen Straftat¹³⁷ oder die Anordnung einer körperlichen Untersuchung mit der Gefahr einer erheblichen Gesundheitsgefährdung

Der *konkrete* Ermessensfehler beruht auf der fehlerhaften Art des Zustandekommens der Ermessensentscheidung: Das Ergebnis der Entscheidung an sich zulässig, jedoch hat die Behörde im konkreten Fall von dem ihr zustehenden Ermessen „in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht“ (§ 40 VwVfG). Es handelt sich also um Vorgangs-(Abwägungs-)Fehler.

Ein konkreter Ermessensfehler liegt zunächst vor bei der *Ermessensunterschreitung*. Das ist die Nichtausübung des Ermessens in Verkennung der tatsächlich eingeräumten Entscheidungsfreiheit. Den konkreten Ermessensfehlern zuzurechnen sind weiterhin die Fälle des *Ermessens Fehlgebrauchs*. Ein solcher liegt vor, wenn die Behörde bei ihrer Entscheidungsfindung nicht alles berücksichtigt, was nach Lage der Dinge zu berücksichtigen ist lässt („*Abwägungsdefizit*“), oder wenn sie Gesichtspunkte in die Entscheidung mit einbezieht, die keinen Einfluss auf die konkrete Willensbildung haben dürfen, d.h. bei Verfolgung eines sachfremden Zwecks oder eines unsachlichen Motivs beruhen („*Ermessensmissbrauch*“). Die „Sachlichkeit“ bestimmt sich bei gesetzessvollziehenden Maßnahmen in erster Linie nach dem konkreten „Normzweck“, bei „gesetzesfreien“ Maßnahmen nach der objektiven Funktion der jeweiligen Maßnahme. Andere, im Interesse des Betroffenen oder im Verwaltungsinteresse

¹²⁹ Vgl. vorstehend zu Fn. 119.

¹³⁰ Vgl. auch BVerwG, NJW 1979, 1898 f.

¹³¹ Wallerath (Fn. 96), S. 93 ff.

¹³² Siehe oben § 4 Rn. 48 f sowie – zur Abweichung von Verwaltungsvorschriften – BVerwG, DÖV 1982, 80; VGH BW, BWVB1 1986, 223.

¹³³ S.a. den Disk.beitr. von Meyer, VVDStRL 67 (2008) S. 354.

¹³⁴ Vgl. Eifert, VVDStRL 67 (2008) S. 317 f mwN.

¹³⁵ Abzulehnen VGH BW, DVBl 1972, 186 m. zust. Anm. Götz. S.a. Wallerath (Fn. 96) S. 98, sowie (einschränkend) VG Leipzig, DÖV 1994, 174.

¹³⁶ Näher Wallerath (Fn. 96) S. 59 ff; 68 ff; s.a. BVerfGE 73, 300; Götz, NJW 1979, 1482 f.

¹³⁷ Siehe BVerwGE 56, 104, 109.

liegende Gesichtspunkte wie die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen dürfen (letztere: müssen) berücksichtigt werden, soweit die Verfolgung dieser Zwecke sich innerhalb der Kompetenz des Verwaltungsträgers hält, insbesondere nicht der ausschließlichen Regelung durch andere Träger hoheitlicher Gewalt überlassen ist, in sachlichem Zusammenhang mit dem Hauptzweck steht und nicht durch eine abschließende gesetzliche Determinierung ausgeschlossen ist.

Ein Ermessensfehlergebrauch kann schließlich auch auf der *fehlerhaften Gewichtung* der in der Entscheidung einzubringenden Gesichtspunkte beruhen („*Abwägungsdisproportionalität*“). Hierzu zählen insbesondere Verstöße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, bei denen die Nachteile einer Maßnahme deren Vorteile überwiegen.

3. Ermessensschrumpfung auf Null

71

Die mit dem Ermessen eingeräumte Entscheidungsfreiheit zur Wahl einer von mehreren gleichermaßen zulässigen Rechtsfolgen, bedingt, dass die Verwaltung im Rahmen der Ermessensausübung regelmäßig nicht zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist. Steht die Entscheidung im Ermessen der Behörde, so kann demgemäß auch der Bürger in der Regel nicht ein **bestimmtes Verhalten** von der Behörde verlangen. Wird er selbst als Adressat einer im Ermessen der Behörde stehenden Entscheidung belastet oder durch eine Entscheidung betroffen, die sich zwar an einen Dritten richtet, aber in Ausübung von Ermessen erfolgt ist, das der Behörde auch in seinem Interesse eingeräumt ist, so kann er lediglich einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung¹³⁸ geltend machen.

72

Beruhet die belastende Maßnahme auf einem Ermessensfehler, so kann der Betroffene, gestützt auf den (Abwehr-)Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, die Maßnahme anfechten und ihre „Aufhebung“ durch das Verwaltungsgericht verlangen (§§ 113 Abs. 1, 114 VwGO). Wurde eine von ihm beantragte Entscheidung ermessensfehlerhaft abgelehnt, obwohl das Ermessen der Behörde (auch) in seinem Interesse eingeräumt wurde, so kann er seinen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung regelmäßig in Form der „**Bescheidungsklage**“ verfolgen; das Gericht verpflichtet in diesem Fall die Behörde, den Kläger „unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden“ (§ 113 Abs. 4 Satz 2 VwGO). Überdies kann der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung durch eine einstweilige Anordnung gesichert werden¹³⁹.

73

Zu beachten ist, dass die Verwaltungsbehörde nach § 114 S. 2 VwGO „ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren **ergänzen** kann“¹⁴⁰. Dieses Zugeständnis an den Gedanken der Verfahrensbeschleunigung hat im Schrifttum teilweise heftige Kritik erfahren¹⁴¹. Es greift die frühere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf, nach der ein „Nachschieben von Gründen“ zulässig war, sofern damit nicht eine Veränderung im „Wesen“ des Verwaltungsakts verbunden war.

Nicht von § 114 S.2 VwGO erfasst ist die **erstmalige** Ermessensausübung¹⁴² oder die **Auswechslung** der Gründe der Ermessensausübung (komplett oder ihrem Wesengehalt nach) im verwaltungsgerichtlichen Verfahren¹⁴³, diese werfen nach wie vor das Problem einer zulässigen Klageänderung nach § 91 VwGO auf, ohne dass die Privilegierungsnorm des § 114 S. 2 VwGO zum Zuge kommt¹⁴⁴.

¹³⁸ BVerwGE 39, 235; Scherzberg, in: Erichsen/Ehlers, VerwR § 11 Rn. 23; Stober, in: W/B/S/K, VerwR I, § 31 Rn. 65 f.

¹³⁹ VGH BW, NVwZ 2000, Beil.Nr.11 S. 122.

¹⁴⁰ Hierzu insbes. BVerwGE 105, 55; SächsOVG, LKV 1998, 280; OVG RP, NVwZ-RR 1998, 315 f; Bader, NVwZ 1999, 121 f; Dolderer, DÖV 1999, 104 ff.; R. P. Schenke, VerwArch 1999, 232, 262.

¹⁴¹ Näher § 9 Rn. 144 ff; s.a. Berkemann, DVBl 1998, 445, 449; W.-R. Schenke, NJW 1997, 81, 89.

¹⁴² Schon früher wurde ein „Nachschieben von Gründen“ ausgeschlossen, wenn ein gebundener Verwaltungsakt in einen „Ermessensakt“ umgewandelt werden sollte; siehe BVerwG, NVwZ 1993, 976.

¹⁴³ BVerwG, NJW 1999, 2912 ff.

¹⁴⁴ Näher hierzu § 9 Rn. 146.

Steht die Entscheidung im Ermessen der Behörde, so kann der Bürger in der Regel nicht ein bestimmtes Verhalten von der Behörde verlangen. Wird er selbst als Adressat einer im Ermessen der Behörde stehenden Entscheidung belastet oder durch eine Entscheidung betroffen, die sich zwar an einen Dritten richtet, aber in Ausübung von Ermessen erfolgt ist, das der Behörde auch in seinem Interesse eingeräumt ist, so hat er lediglich einen *Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung*. Beruht die belastende Maßnahme auf einem Ermessensfehler, so kann der Betroffene, gestützt auf den (Abwehr-) Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, die Maßnahme anfechten. Wurde eine von ihm beantragte Entscheidung ermessensfehlerhaft abgelehnt, obwohl das Ermessen der Behörde (auch) in seinem Interesse eingeräumt wurde, so kann er seinen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung regelmäßig in Form der „Bescheidungsklage“ verfolgen.

74

Ausnahmsweise kann allerdings der Sachverhalt so gelagert sein, dass jede andere als eine ganz bestimmte Entscheidung ermessensfehlerhaft wäre. Es handelt sich hier um den Fall der „**Ermessensschrumpfung** (-reduzierung) **auf Null**“, in dem sich die theoretisch bestehende Entscheidungsalternative der Behörde zu einer bestimmten, allein rechtmäßigen Entscheidung verdichtet, und der damit im Ergebnis der „gebundenen Verwaltung“ gleichkommt¹⁴⁵. Die Ermessensschrumpfung auf Null ist gleichsam der Endpunkt einer Skala sich je nach Fallgestaltung zunehmend verengender Entscheidungsalternativen¹⁴⁶. Sie entfaltet sich insbesondere im Rahmen des „Entschließungsermessens“, d. h. bei der Entscheidung über „Einschreiten oder Nichteinschreiten“ bzw. „Leisten oder Nichtleisten“, während das „Auswahlermessen“ eher Alternativen hinsichtlich der Mittelwahl offen hält.

75

Die Ermessensreduzierung auf Null erwächst entweder auf einer **Überlagerung** der Ermessensausübung **durch andere Rechtsvorschriften**, vornehmlich die Grundrechte, oder aber aus den tatsächlichen Besonderheiten des konkreten Falls. Grundrechtliche Einschränkungen des Ermessens können sich insbesondere ergeben aus Art. 3 Abs. 1 GG¹⁴⁷, Art. 6, 16 Abs. 2 (namentlich im Ausländerrecht)¹⁴⁸, Art. 14 GG (z. B. im Baurecht) sowie Art. 5, 8, 21 und 38 GG (etwa im Straßenrecht)¹⁴⁹.

Beispiele: Die notwendige Sondernutzungserlaubnis für das Anbringen von Wahlplakaten ist Wahlbewerbern für die Dauer des Wahlkampfes grundsätzlich zu erteilen (BVerwGE 47, 280). – Die Durchführung einer Demonstration kann nicht davon abhängig gemacht werden, dass keinerlei Behinderung Dritter erfolgt (VGH München, NJW 1984, 2116).

76

Eine Ermessensschrumpfung auf Null kann sich auch aus den **Besonderheiten des Einzelfalls** ergeben („Tatbestandsintensivierung“)¹⁵⁰. Diese Variante hat vor allem im Recht der Gefahrenabwehr Bedeutung erlangt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁵¹ kann die der Behörde eingeräumte Ermessensfreiheit „bei hoher Intensität der Störung oder Gefährdung“ derart zusammenschrumpfen, dass nur eine einzige, ermessensfehlerfreie Entschließung, nämlich die zum Einschreiten, rechtlich zulässig ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn es sich um den **Schutz wichtiger Rechtsgüter**, so bei Gefahr für Leib und Leben oder für erhebliche Vermögenswerte, handelt, und die Behörde in der Lage ist, die Gefahr ohne Vernachlässigung anderer gleichgewichtiger Schutzgüter zu beseitigen¹⁵². Ebenso wird man – im Hinblick auf § 229 BGB – einen Anspruch einzelner auf (vorläufiges) Einschreiten der

¹⁴⁵ Siehe BVerwGE 11, 97; di Fabio, VerwArch 86 (1995), 214 ff; Hain/Schlette/Schmitz, AöR 122 (1997) S. 32, 44 ff. Die Figur ablehnend: Püttner, Zeitschrift für öffentliches Recht 63 (2008), 345, 350.

¹⁴⁶ Siehe auch HessVG, DVBl 1987, 426; Gern, DVBl 1987, 1198.

¹⁴⁷ Vgl. vorstehend zu Rn. 67, 69.

¹⁴⁸ Hierzu BVerwGE 62, 206; BVerwG, DVBl 1997, 186; s.a. oben Fn. 70.

¹⁴⁹ Zu weiteren Fallgruppen: Di Fabio, VerwArch 86 (1995) 214 ff.

¹⁵⁰ Gern, DVBl 1987, 1198.

¹⁵¹ BVerwGE 11, 95, 97.

¹⁵² S.a. Götz, NVwZ 1984, 216, Martens, DÖV 1976, 459.

Polizei dann anzunehmen haben, wenn ohne das Einschreiten die **Gefahr einer Vereitelung der Rechtsverfolgung** bestände, weil obrigkeitliche Hilfe durch die an sich zuständige Stelle nicht rechtzeitig zu erlangen ist, etwa bei der Feststellung von Personalien als Voraussetzung für eine Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche¹⁵³.

77

Der Schrumpfung des Ermessens auf „Null“ entspricht, sofern das Ermessen auch zugunsten eines einzelnen eingeräumt ist, ein Anspruch des einzelnen auf die allein zulässige Entscheidung; dieser Anspruch kann gegenüber der Behörde notfalls durch „**Verpflichtungsurteil**“ gerichtlich durchgesetzt werden (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO)¹⁵⁴.

Ausnahmsweise kann der Sachverhalt so gelagert sein, dass jede andere als eine ganz bestimmte Entscheidung ermessensfehlerhaft wäre. Es handelt sich hier um den Fall der „*Ermessensschrumpfung auf Null*“, in dem sich die theoretisch bestehende Entscheidungsalternative der Behörde zu einer bestimmten, allein rechtmäßigen Entscheidung verdichtet, und der damit im Ergebnis der „gebundenen Verwaltung“ gleichkommt. Die Ermessensschrumpfung auf Null ist gleichsam der Endpunkt einer Skala sich je nach Fallgestaltung zunehmend verengender Entscheidungsalternativen. Die Ermessensreduzierung auf Null erwächst entweder auf einer Überlagerung der Ermessensausübung durch andere Rechtsvorschriften, vornehmlich die Grundrechte, oder aber aus den tatsächlichen Besonderheiten des konkreten Falls. Eine Ermessensschrumpfung auf Null kann sich auch aus den Besonderheiten des Einzelfalls ergeben („*Tatbestandsintensivierung*“). Diese Variante hat vor allem im Recht der Gefahrenabwehr Bedeutung erlangt. Der Schrumpfung des Ermessens auf „Null“ entspricht, sofern das Ermessen auch zugunsten eines einzelnen eingeräumt ist, ein Anspruch des einzelnen auf die allein zulässige Entscheidung; dieser Anspruch kann gegenüber der Behörde notfalls durch „**Verpflichtungsurteil**“ gerichtlich durchgesetzt werden.

VI. Beurteilungsspielraum

78

Während im Rahmen der „gebundenen“ Verwaltung einem bestimmten Tatbestand eine ganz bestimmte Rechtsfolge zugeordnet ist, ist der Verwaltung im Rahmen des Ermessens bei Vorliegen des Tatbestandes die Wahl verschiedener Rechtsfolgen überlassen. In beiden Fällen setzt die zwingend vorgeschriebene oder alternativ überlassene Rechtsfolge voraus, dass der Tatbestand, an den die Rechtsnorm eine (mögliche) Rechtsfolge knüpft, in der konkreten Lebenswirklichkeit (Sachverhalt) tatsächlich erfüllt ist. In der praktischen Rechtsanwendung kann aber gerade die theoretisch eindeutige Fixierung durch den gesetzlichen Tatbestand fragwürdig werden, wenn nämlich die vom Gesetz verwendeten Begriffe **inhaltlich** so **unbestimmt** (vage) sind, dass die Ermittlung ihres „wahren“ Bedeutungsinhalts oder die Anwendung des gesetzlichen Tatbestandes auf einen konkreten Sachverhalt (Subsumtion) unterschiedlicher Deutung zugänglich sind. Man spricht in diesen Fällen von „unbestimmten Rechtsbegriffen“.

79

Die besondere Problematik des „unbestimmten Rechtsbegriffs“ liegt darin, ob und inwieweit der Verwaltung ein eigener „**Beurteilungsspielraum**“ überlassen ist, der die von ihr vorgenommene Auslegung des „unbestimmten Rechtsbegriffs“ oder seiner Anwendung auf einen bestimmten Lebenssachverhalt einer nur beschränkten richterlichen Kontrolle zugänglich macht.

80

Aus der prinzipiellen Normbindung der Verwaltung folgt, dass Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen durch die Verwaltung grundsätzlich uneingeschränkter **gerichtlicher Überprüfung** unterliegen. Damit wird vorausgesetzt, dass die insbesondere mit der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe verbundene Notwendigkeit einer eigenen „Wertung“ des

¹⁵³ Siehe §§ 1 II PolG NW, 1 II PolG RhPf; hierzu OVG NW, OVGE 24, 72; Martens, DÖV 1976, 460.

¹⁵⁴ BVerwGE 16, 214, 218 f; s.a. OVG NW, NVwZ 2000, 514.

Rechtsanwendenden prinzipiell mit Hilfe der herkömmlichen Interpretationsmethoden¹⁵⁵ auf die „eindeutige“ Ermittlung des „objektivierten“ gesetzgeberischen Willens zurückführbar ist.

Beispiel: Dem Antrag auf Erteilung einer Gaststättenerlaubnis darf nicht entsprochen werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller „die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt“ (§ 4 Abs. 1 GastG). Der Begriff der Zuverlässigkeit ist ein „unbestimmter Rechtsbegriff“. Es geht zunächst darum, den abstrakten Sinngehalt des Begriffs „Zuverlässigkeit“ zu ermitteln (1. Phase). Insofern lässt sich „Zuverlässigkeit“ umschreiben als das „Fehlen von Eigenschaften, die die Annahme rechtfertigen, der Betroffene werde seinen Pflichten zur ordnungsgemäßen Führung der Gaststätte nicht nachkommen“. Aufgabe der Verwaltung ist es nun, nach Ermittlung des abstrakten Sinngehaltes des Begriffs „Zuverlässigkeit“ festzustellen, ob Tatsachen vorliegen, die unter Umständen die Zuverlässigkeit des Bewerbers in Frage stellen (2. Phase). Ist ihr etwa eine zweimalige Verurteilung des Bewerbers wegen Betruges zur Kenntnis gelangt, so wird sie abschließend zu entscheiden haben, ob die festgestellten Vorstrafen die „Unzuverlässigkeit“ des Antragstellers begründen oder ob die Unzuverlässigkeit im konkreten Fall noch nicht zu bejahen ist (3. Phase).

80

In dem gewählten Beispiel ist die Entscheidung der Behörde in sämtlichen Phasen – unstreitig¹⁵⁶ – **uneingeschränkt** gerichtlich **überprüfbar**. Es gibt jedoch Fälle, in denen die vom Gesetz verwendeten „unbestimmten Rechtsbegriffe“ so geartet sind, dass Auslegung und/oder Anwendung dieser Begriffe auf einen konkreten Lebenssachverhalt einer derartig „eindeutigen“ Ergebnisfindung nicht zugänglich sind; es ist dies das spezielle Problem des „Beurteilungsspielraums“ der Verwaltung.

81

Seit den 50er Jahren hatte sich überwiegend, freilich nie unangefochten¹⁵⁷, die Auffassung durchgesetzt, dass es sich insoweit um **zwei verschiedene Ebenen** handle: Der Beurteilungsspielraum sei strukturell auf der Tatbestandsebene angesiedelt, während das Ermessen stets „Rechtsfolgeermessen“ bedeute. Demgemäß umfasse das „Ermessen“ die Entscheidungsfreiheit der Behörde bei mehreren Verwaltungsalternativen, der Beurteilungsspielraum aber lediglich die Befugnis, die aus der Sicht der Behörde „einzig“ richtige Entscheidung zu treffen, wobei freilich zu sehen ist, dass empirisch gesehen mehrere Rechtsanwender bei Anwendung desselben unbestimmten Rechtsbegriffs auf den Sachverhalt in gewissen Grenzen zu unterschiedlichen Lösungen kommen können¹⁵⁸.

82

Innerhalb der unbestimmten Rechtsbegriffe wird teilweise¹⁵⁹ zwischen „**deskriptiven**“ (empirischen) und „**normativen**“ Begriffen unterschieden. Danach sollen sich deskriptive Begriffe auf wahrnehmbare oder erfahrbare Objekte der Wirklichkeit beziehen (z. B. Nacht, Tagesanbruch, Dämmerung, Gefahr, Störung); dagegen sollen sich „normative“ Begriffe durch eine besondere „Wertausfüllungsbedürftigkeit“ auszeichnen, deren Inhalt erst aufgrund einer wertenden (unvermeidbar auch subjektiven) Stellungnahme erschließbar sei (z. B. angemessen, nützlich, zuverlässig, wichtiger Grund, öffentliche Interessen). Indessen ist zweifelhaft, ob die Unterscheidung zwischen zwei verschiedenen Begriffskategorien überhaupt tragfähig ist¹⁶⁰, jedenfalls dürfte die eindeutige Zuordnung eines Begriffs zu einer der beiden Kategorien in den wirklichen Problemfällen kaum möglich sein¹⁶¹ (z.B. „Hilfsbedürftigkeit“, „Krankheit“, „Berufsunfähigkeit“, „Denkmalwürdigkeit“).

83

Ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung wurde nur **in engen Grenzen** bejaht: Grundsätzlich unterliegt die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe voller gerichtlicher Nachprüfbarkeit, eine Ausnahme wurde allerdings dort anerkannt, wo es sich um dienstliche Beurteilung

¹⁵⁵ Zur Rangfolge der Auslegungsmethoden: Gern, VerwArch 80 (1989), 415, 434.

¹⁵⁶ Statt aller Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 31 Rn. 9.

¹⁵⁷ Vgl. Obermayer, Grundzüge S. 66; Schmidt-Eichstaedt, AöR 1973, 173 ff. S.a. vorsteh. Rn. 47.

¹⁵⁸ Vgl. nur Bull/Mehde, VerwR Rn. 558; Jestaedt, Maßstäbe § 10 Rn. 9.

¹⁵⁹ Siehe Forsthoff S. 85 ff; W/B/S/K, VerwR § 31 Rn.10 ff.

¹⁶⁰ Krit. Bull/Mehde, VerwR Rn. 558; Schmidt, NJW 1975, 1757.

¹⁶¹ So schon Bachof, JZ 1955, 99.

gen oder die Beurteilung schulischer und pädagogischer Leistungen handelte¹⁶². Mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁶³ im Jahre 1972 zur Frage der Rechtmäßigkeit der Aufnahme zweier Hefte einer Illustrierten in die Liste jugendgefährdender Schriften nach § 11 GjS schien die Bereitschaft zu wachsen, die Fälle eines gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums der Verwaltung auch auf andere Situationen als die dienstlicher und schulischer Beurteilung auszuweiten¹⁶⁴. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. 4. 1991¹⁶⁵ zur gerichtlichen Kontrolle berufsbezogener Prüfungen hat freilich eine neuerliche Trendwende gebracht, die den Umfang richterlicher Überprüfung jedenfalls insoweit wieder deutlich ausgedehnt hat.

84

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁶⁶ kommt ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung grundsätzlich nicht bei der „Auslegung“ eines unbestimmten Rechtsbegriffs, d. h. der Ermittlung seines abstrakten Sinngehalts, in Betracht, sofern lediglich bei der Anwendung der Rechtsnorm in Form der Subsumtion eines konkreten Sachverhaltes unter den gesetzlichen Tatbestand. Auch insoweit wird ein Beurteilungsspielraum im wesentlichen beschränkt auf Fälle dienstlicher, fachlicher oder schulischer Bewertung, denen jeweils ein „höchstpersönliches“ Werturteil des Beurteilenden zugrunde liegt, wie auch auf den Fall einer prognostizierenden Entscheidung durch ein Kollegialorgan, dessen Zusammensetzung „vermutete Fachkenntnisse und Elemente gesellschaftlicher Repräsentanz verbindet. Die übrige verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung sowie die Literatur gehen teilweise über diese Ansätze hinaus¹⁶⁷.

85

Ausgangspunkt der Problematik eines gerichtlich nur begrenzt überprüfbaren Beurteilungsspielraums der Verwaltung ist, dass die Kompetenzen von zweiter und Dritter Gewalt der funktionell-rechtlichen **Abschichtung durch** den parlamentarischen **Gesetzgeber** bedürfen¹⁶⁸. Insoweit kommt hier - nicht anders als beim Ermessen - alles darauf an, ob eine methodisch angeleitete **Auslegung des Gesetzes** die Annahme einer (begrenzten) administrativen **Letztentscheidungskompetenz** der Verwaltung rechtfertigt¹⁶⁹, die sich auf eine reduzierte, rechtliche Determinierung des Verwaltungshandelns stützt und mit der sich eine entsprechend begrenzte Kontrollkompetenz seitens der Gerichte verbindet¹⁷⁰. Das entspricht den Erfordernissen der normativen Ermächtigungslehre, die den Vorgang der Rechtserzeugung und -konkretisierung in allen den Bürger betreffenden wesentlichen Fragen der Entscheidung des Parlaments vorbehält¹⁷¹. Hierbei ist die Umrahmung eines unbestimmten materiellen Tatbestandsmerkmals durch Organisations- und Verfahrensvorschriften, die zu ihrer Konkretisierung besondere Vorkehrungen treffen, ein bedeutsames Indiz für eine Beurteilungsermächtigung¹⁷². Solche finden sich in zahlreichen Gebieten des besonderen Verwaltungsrechts.

Aus der prinzipiellen Normbindung der Verwaltung folgt, dass Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen durch die Verwaltung grundsätzlich uneingeschränkter gerichtlicher Überprüfung unterliegen.

¹⁶² BVerwGE 11, 139; 60, 245; BVerwG, DVBl 1993, 956; OVG NW, OVG 27, 16. Vgl. demgegenüber BVerwG, JZ 1995, 510 als „Kontrapunkt“ zur Tendenz des BVerfG, so Ossenbühl, JZ 1995, 512.

¹⁶³ BVerwGE 39, 197 ff.

¹⁶⁴ BVerwGE 80, 270, 275; BSG, NJW 1982, 2632; HessVGH, NJW 1987, 1436; VGH BW, DÖV 1976, 712; Nierhaus, DVBl 1977, 19; Ossenbühl, DVBl 1974, 309; Papier, DVBl 1975, 463.

¹⁶⁵ BVerfG, NJW 1991, 2005; s.a. BVerfG, NVwZ 1992, 55; OVG NW, NWVBl 1992, 63 ff.

¹⁶⁶ BVerwGE 72, 73, 77; s.a. BVerfG, NJW 1987, 3175.

¹⁶⁷ Siehe Beaucamp, JA 2002, 314 sowie vorsteh. Fn. 139.

¹⁶⁸ BVerwGE, 106, 115, 122; Bamberger, VerwArch 93 (2002), 223, 227 f.

¹⁶⁹ Vgl. BVerwGE 99, 355, 357 f; Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 4. Kap. Rn. 47, 61

¹⁷⁰ Siehe Schoch (Fn. 5) S. 553, 566; Jestaedt, Maßstäbe § 10 Rn. 54, 66 (aber auch Rn. 38 f).

¹⁷¹ BVerfGE 61, 82, 111 f; BVerwGE 100, 221, 225; Jestaedt, Maßstäbe § 10 Rn. 34; Wahl, NVwZ 1991, 409, 410 f.

¹⁷² BVerwGE 91, 211, 216 f; Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 4. Kap. Rn. 67.

Damit wird vorausgesetzt, dass die insbesondere mit der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe verbundene Notwendigkeit einer eigenen „Wertung“ des Rechtsanwendenden prinzipiell mit Hilfe der herkömmlichen Interpretationsmethoden auf die „eindeutige“ Ermittlung des „objektivierten“ gesetzgeberischen Willens zurückführbar ist.

Ausgangspunkt der Problematik eines ausnahmsweise gerichtlich nur begrenzt überprüfbaren Beurteilungsspielraums der Verwaltung ist, dass die Kompetenzen von zweiter und Dritter Gewalt der funktionell-rechtlichen Abschichtung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedürfen. Insoweit kommt es darauf an, ob eine methodisch angeleitete Auslegung des Gesetzes die Annahme einer begrenzten administrativen Letztentscheidungskompetenz der Verwaltung rechtfertigt. So ist die Umrahmung eines unbestimmten materiellen Tatbestandsmerkmals durch Organisations- und Verfahrensvorschriften, die zu ihrer Konkretisierung besondere Vorkehrungen treffen, ein bedeutsames Indiz für eine Beurteilungsermächtigung.

86

Vor diesem Hintergrund lässt sich eine bestimmte **Typik** anerkannter administrativer Beurteilungsspielräume ausmachen¹⁷³. So ist die Begrenzung verwaltungsgerichtlicher Prüfungsbefugnis bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltung dort anerkannt, wo die Verwaltungsentscheidung infolge **beschränkter Mitteilbarkeit** (Reproduzierbarkeit) ohne Verschiebung der „Chancengleichheit“ nicht (beliebig) vertretbar ist¹⁷⁴. Das betrifft namentlich Prüfungsentscheidungen sowie beamtenrechtliche Beurteilungen. Sie ist weiterhin dort angebracht, wo eine ausschließliche rechtliche Bewertung der Entscheidung eines mit speziellem Sachverstand ausgestatteten **besonderen Kollegialorgans** durch das Gericht die Notwendigkeit der Anlegung **außerrechtlicher Maßstäbe** (der Kunst, Kultur, Moral oder Religion)¹⁷⁵ oder staatsferner Organisation (wie im Medienrecht)¹⁷⁶ missachten würde, so insbesondere bei der Beurteilung von Schriftwerken als (schwer) jugendgefährdend¹⁷⁷ nach §§ 1, 6, 11 GjS, der Bewertung der „Förderungswürdigkeit“ eines Films¹⁷⁸ oder die Zuteilung von Sendefrequenzen nach den Landesmediengesetzen¹⁷⁹.

87

Demgegenüber hält das BVerfG¹⁸⁰ die Beurteilung eines Schriftwerkes auf seinen „künstlerischen“ Gehalt hin wie auch die Abwägung der Belange des Jugendschutzes mit denen der Kunstfreiheit nach §§ 1, 6 GjS für gerichtlich voll überprüfbar. Ebenso hat die Rechtsprechung¹⁸¹ einen gerichtlich nur begrenzt überprüfbaren „Beurteilungsspielraum“ der Verwaltung auch bei Anlegung außerrechtlicher Maßstäbe abgelehnt, wenn die Entscheidung nicht von einem eigens für zuständig erklärten, sachverständig zusammengesetzten Kollegialorgan, sondern von der Verwaltung selbst getroffen wurde (so bei der behördlichen Feststellung der „Denkmalschutzwürdigkeit“ eines Bauwerks oder Naturgegenstandes, der Eintragung in das „Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes“ oder der Qualitätseinstufung von Wein), selbst wenn ein Ausschuss von Sachverständigen vor der Entscheidung beratend hinzugezogen wird¹⁸².

88

Eine Beschränkung gerichtlicher Kontrolle kann schließlich auch angebracht sein, soweit es sich um **„komplexe prognostizierende Entscheidungen** mit zukunftsgestaltendem Charak-

¹⁷³ Bamberger (Fn. 163) S. 237 ff; Schmidt/Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 188 ff.

¹⁷⁴ Ossenbühl, DVBl 1974, 311; Nierhaus 1977, 23; s.a. BVerwGE 99, 74, 106, 263; dagegen Ibler, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 413 ff., 451 ff.

¹⁷⁵ Nierhaus, DVBl 1977, 23; Ossenbühl, DVBl 1974, 312; zu den Anforderungen an die Besetzung entsprechender Organe: BVerwGE 83, 130, 152 ff.

¹⁷⁶ Siehe Bamberger, VerwArch 93 (2002) 237 ff; Nierhaus, DVBl 1977, 23; Ossenbühl, DVBl 1974, 312.

¹⁷⁷ BVerwG, DVBl 1987, 577; VG Köln, NVwZ 1992, 403; a.A. OVG NW, NVwZ 1992, 396.

¹⁷⁸ HessVGH, NJW 1987, 1436; s.a. NdsOVG, DÖV 1983, 561 („Baueignungsliste“).

¹⁷⁹ VGH BW, AfP 2003, 182 (Übertragungskapazitäten nach § 21 I Nr.2 MedienG BW).

¹⁸⁰ BVerfG, NJW 1991, 2008.

¹⁸¹ BVerwG, NVwZ 1995, 707; VGH BW, NJW 1987, 1440; s.a. Hönes, DÖV 1984, 673 f.

¹⁸² Siehe BVerwGE 94, 307, 311 f; BVerwG, NJW 2007, 2790 ff.

ter“ handelt. Hier geht es um die Wahrnehmung einer Aufgabe, die von der spezifischen Verwaltungsaufgabe „Zukunftsgestaltung“ nicht zu trennen ist, und bei der deshalb ein „Einschätzungsvorrecht“¹⁸³ der Verwaltung gegenüber der Judikative zu bejahen ist, so etwa im Bereich der Risikoermittlung und -bewertung¹⁸⁴ sowie wirtschaftspolitischer¹⁸⁵ oder planungsrechtlicher¹⁸⁶ Entscheidungen¹⁸⁷. Es besteht hier eine Beurteilungsermächtigung der politisch unmittelbar verantwortlichen Verwaltung, die ihr in bestimmten Grenzen die Letztentscheidungskompetenz überlässt.

89

Diese kann auch Elemente der „**Auslegung**“ der Norm umfassen¹⁸⁸. Zwar ist die Ermittlung des abstrakten Sinngehalts eines unbestimmten Rechtsbegriffs (z.B. „durchschnittliche Leistung“ als „befriedigend“) grundsätzlich gerichtlich voll überprüfbar. Dagegen kann sich die Anlegung konkreter Maßstäbe innerhalb des abstrakt festgelegten Rahmens¹⁸⁹ der vollen gerichtlichen Nachprüfung entziehen, so bei der vor dem Hintergrund einer konkreten Aufgabenstellung vorzunehmenden Einschätzung einer Leistung als „befriedigend“ oder der Bestimmung der jeweiligen Anforderungen an die Förderungswürdigkeit eines Films (erst die Frage, ob ein konkreter Film dem vom Prüfer allgemein angelegten Anforderungsprofil entspricht, betreffe die Ebene der „Anwendung“).

Die Anerkennung administrativer Beurteilungsspielräume folgt einer bestimmten Typik: So ist die Begrenzung verwaltungsgerichtlicher Prüfungsbefugnis bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltung dort anerkannt, wo die Verwaltungsentscheidung infolge beschränkter Reproduzierbarkeit ohne Verschiebung der „Chancengleichheit“ nicht (beliebig) vertretbar ist. Das betrifft namentlich Prüfungsentscheidungen sowie beamtenrechtliche Beurteilungen. Sie ist weiterhin dort angebracht, wo eine ausschließliche rechtliche Bewertung der Entscheidung eines mit speziellem Sachverstand ausgestatteten besonderen Kollegialorgans durch das Gericht die Notwendigkeit der Anlegung außerrechtlicher Maßstäbe (der Kunst, Kultur, Moral oder Religion) oder staatsferner Organisation (wie im Medienrecht) missachten würde. Eine Beschränkung gerichtlicher Kontrolle kann schließlich auch angebracht sein, soweit es sich um „komplexe prognostizierende Entscheidungen mit zukunftsgestaltendem Charakter“ handelt. Hier geht es um die Wahrnehmung einer Aufgabe, die von der spezifischen Verwaltungsaufgabe „Zukunftsgestaltung“ nicht zu trennen ist, und bei der deshalb ein „Einschätzungsvorrecht“ der Verwaltung gegenüber der Judikative zu bejahen ist, so etwa im Bereich der Risikoermittlung und -bewertung sowie wirtschaftspolitischer oder planungsrechtlicher Entscheidungen. Es besteht hier eine Beurteilungsermächtigung der politisch unmittelbar verantwortlichen Verwaltung, die ihr in bestimmten Grenzen die Letztentscheidungskompetenz überlässt.

90

Artikel 19 Abs. 4 GG steht der Einräumung eines Beurteilungsspielraums in diesen Fällen nicht grundsätzlich entgegen, verlangt jedoch eine wirkungsvolle, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierte Kontrolle etwaiger Grundrechtsbeeinträchtigungen¹⁹⁰. Hieraus ergeben sich unterschiedliche, verfassungsrechtlich vorgeformte „Rechtswidrigkeitsschwellen“¹⁹¹.

91

Die Rechtswidrigkeit der etwa auf „Nichtbestanden“ lautenden Prüfungsentscheidung ergibt sich nicht aus der Überlegung, dass der Prüfling nach Auffassung des Gerichts ausreichende Leistungen erbracht

¹⁸³ Nierhaus, DVBl 1977, 13; s.a. BVerwGE 72, 38, 49.

¹⁸⁴ BVerwGE 72, 300 - AtomG; BVerwG, DVBl 1999, 1138 - GenTG; VGH BW, NVwZ 2002, 224.

¹⁸⁵ Vgl. BVerwG, DÖV 1979, 716 ff (zu § 8 Abs. 3 MStG); BVerwGE 80, 270, 275 (zu § 10 III GüKG); s.a. NdsOVG, DVBl 1991, 1004 (zu § 8 Nr. 2 NdsGO).

¹⁸⁶ So Papier, DVBl 1975, 462; im Erg. auch BVerwGE 34, 301, 308 f.

¹⁸⁷ Für einen Beurteilungsspielraum auch bei der „Gefahrenprognose“ im Polizeirecht: Ossenbühl, DÖV 1976, 467; dagegen BVerwGE 116, 347, 351; Erbel, DVBl 1973, 530; Tettinger, DVBl 1982, 426.

¹⁸⁸ Nierhaus, DVBl 1977, 21 mwN.

¹⁸⁹ S.a. die Unterscheidung Philipp Hecks (AcP 112 [1914], 173) zwischen festem „Begriffskern“ und diffusem „Begriffshof“.

¹⁹⁰ BVerfG, NJW 1991, 2007; BVerwGE 39, 205; Hoppe, DVBl 1975, 687.

¹⁹¹ Hierzu Gusy, DÖV 1990, 542; dageg. Ibler (Fn. 173) S. 386 ff.

hat, sondern daraus, dass die Prüfungskommission sich nicht rechtsfehlerfrei ihre Überzeugung von den Prüfungsleistungen gebildet hat. Maßgeblich für die Bewertung der Prüfung ist also nicht die Auffassung des Gerichts, sondern die der Prüfungskommission. Die eigentliche „Benotung“ ist damit nach wie vor der richterlichen Einschätzung entzogen, dagegen ist das der Benotung zugrundeliegende fachliche Urteil unter Zubilligung eines „Antwortspielraums“ zugunsten des Prüflings auf seine „Haltbarkeit“ hin – ggf. mit Hilfe von Sachverständigen – gerichtlich überprüfbar¹⁹².

92

Zu den **vom Gericht überprüfbaren** Grenzen zählen: Die Einhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens¹⁹³, die richtige und vollständige Ermittlung des Sachverhaltes¹⁹⁴, die Eindeutigkeit der Aufgabenstellung, die Wahrung der Grenzen des Einschätzungsspielraums, die Vermeidung einer für den Fachkundigen als unhaltbar erscheinenden Fehleinschätzung, bei Prognoseentscheidungen die Anwendung angemessener, wissenschaftlich vertretbarer Prognoseverfahren¹⁹⁵, die Beachtung des Gleichheitssatzes sowie die Außerachtlassung „sachfremder“ Gesichtspunkte¹⁹⁶.

Insbesondere **grundrechtliche Direktiven** können auch hier zu einer **Reduzierung des Beurteilungsspielraums** führen, der dazu führt, dass - ähnlich wie bei der „Ermessensreduzierung auf Null“ - von der administrativen Einschätzungsbefugnis nur in einer ganz bestimmten Weise Gebrauch gemacht werden kann¹⁹⁷. Bei einer fehlerhaften Beurteilung folgt aus Gebot der geringstmöglichen Nachteilszufügung die **Begrenzung der Wiederholung** auf den von dem Fehler betroffenen **Prüfungsteil**¹⁹⁸.

Artikel 19 Abs. 4 GG steht der Einräumung eines Beurteilungsspielraums nicht grundsätzlich entgegen, verlangt jedoch eine wirkungsvolle, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierte Kontrolle etwaiger Grundrechtsbeeinträchtigungen. Zu den vom Gericht überprüfbaren Grenzen zählen: Die Einhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens, die richtige und vollständige Ermittlung des Sachverhaltes, die Eindeutigkeit der Aufgabenstellung, die Wahrung der Grenzen des Einschätzungsspielraums, die Vermeidung einer für den Fachkundigen als unhaltbar erscheinenden Fehleinschätzung, bei Prognoseentscheidungen die Anwendung angemessener, wissenschaftlich vertretbarer Prognoseverfahren, die Beachtung des Gleichheitssatzes sowie die Außerachtlassung „sachfremder“ Gesichtspunkte.

Insbesondere grundrechtliche Direktiven können auch hier zu einer *Reduzierung des Beurteilungsspielraums* führen, der dazu führt, dass von der administrativen Einschätzungsbefugnis nur in einer ganz bestimmten Weise Gebrauch gemacht werden kann. Bei einer fehlerhaften Beurteilung folgt aus Gebot der geringstmöglichen Nachteilszufügung die Begrenzung der Wiederholung auf den von dem Fehler betroffenen Prüfungsteil.

Rechtsprechung und Schrifttum

BVerfGE 16, 194 - Liquorentnahme - Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; BVerfGE 30, 313 - Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; BVerfGE 49, 89 - Kalkar - Wesentlichkeitsvorbehalt; BVerfGE 48, 168 - Zulässigkeit der Ermessensausübung; BVerfGE 83, 130 - Jugendgefährdende Schriften - Beurteilungsspielraum; BVerfGE 84, 59 - Juristische Staatsprüfung (Beurteilungsspielraum); BVerfGE 88, 40 - Beurteilungsspielraum; BVerwGE 8, 272 ff - Ermessen; BVerwGE 39, 355 ff - Kopplungsvorschriften; BVerwGE 45, 51 - Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; BVerwGE 82, 285 ff - Einschränkung

¹⁹² BVerfG, NJW 1991, 2008; NVwZ 1992, 55. Zum Begründungserfordernis: BVerwGE 91, 262; zur Frage der Protokollierung: BVerwG, DVBl 1994, 641.

¹⁹³ Siehe Bamberger, VerwArch 93 (2002) 229 mwN. Hierzu zählt das BVerfG (NJW 1991, 2006) auch die Eröffnung nachträglicher Stellungnahme und Kritik des Prüflings; dazu OVG NW, NVwZ 1992, 397; OVG RP, NVwZ 1992, 399; Muckel, NVwZ 1992, 348.

¹⁹⁴ BVerwGE 70, 145; VGH BW, NVwZ 1991, 1205 ff.

¹⁹⁵ BVerwGE 41, 34 ff; BVerwG, DVBl 1981, 980, BVerfG, NJW 1991, 2008; Nierhaus, DVBl 1977, 24.

¹⁹⁶ BVerwG, NJW 1987, 1434.

¹⁹⁷ Siehe BVerwGE 82, 285, 300.

¹⁹⁸ BVerwG, DVBl 2002, 973.

eines Beurteilungsspielraums; BVerwGE 94, 307 - Kein Beurteilungsspielraum bei Qualitätseinstufung von Wein; BVerwGE 99, 355 - Kaufkraftausgleich für Beamte mit dienstlichem Wohnsitz im Ausland; BVerwGE 101, 51 - Ausschluss einer Analogie im öffentlichen Haftungsrecht; BVerwGE 105, 55 - intendiertes Ermessen; BVerwGE 116, 347 - Gefahrtier-VO (Gefahrenprognose); BVerwGE 108, 1 - Sollvorschrift - Ermessensunterscheidung; BVerwGE 111, 162 - Kopplungsverbot; BVerwG, NJW 1999, 2912 - Nachgeholte Ermessenausübung vor Gericht; BVerwG, DVBl 1998, 969 - Wesentlichkeitstheorie im Schulwesen; OVG Münster, DVBl 2002, 790 - Ermessensreduzierung bei behördlichem Mitverschulden; OVG Münster, NVwZ-RR 2000, 205 - Verhältnismäßigkeit einer Abrissverfügung.

Alexy, Norbert, Ermessensfehler, JZ 1986, 701; *Bamberger, Christian*, Behördliche Beurteilungsermächtigungen im Lichte der Bereichsspezifika des Verwaltungsrechts, VerwArch 93 (2002) 217; *Borowski, Martin*, Intendiertes Ermessen, DVBl 200, 149; *Hase, Friedhelm*, Das Verwaltungsrechtsverhältnis, Die Verwaltung 38 (2004) 453; *Hofmann, Ekkehard*, Abwägung im Recht. Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im Öffentlichen Recht, 2007; *Jesch, Volkmar*, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl. 1968; *Jestaedt, Matthias*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Erichsen/Ehlers, Verwaltungsrecht, § 10; *Masing, Johannes*, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann./Vosskuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 7; *Müller-Franken, Sebastian*, Maßvolles Verwalten, 2004; *Murswiek, Dieter*, Das BVerfG und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe, NVwZ 2003, 1; *Ossenbühl, Fritz*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 101; *Pabst, Hans-Joachim*, Intendiertes Ermessen und Normauslegung, VerwArch 2002, 540; *Pache, Eckhard*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001; *Pitschas, Rainer*, Maßstäbe, in: Hoffmann-Riem/-Schmidt-Aßmann./Vosskuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2007, § 42; *Püttner, Günter*, Verwaltungsermessen und Ermessenausübung. Gedanken zu einer Weiterentwicklung der Ermessenslehre, Zeitschrift für öffentliches Recht 63 (2008) 345; *Rupp, Hans Heinrich*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsverhältnis, 2. Auflage, 1991; *Scherzberg, Arno*, Subjektiv-öffentliche Rechte, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2006, § 11; *Schmidt, Thorsten Ingo*, Die Analogie im Verwaltungsrecht, VerwArch 97 (2006) 139; *Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 4. Kap.; *Schoch, Friedrich*, Außerrechtliche Standards des Verwaltungshandelns als gerichtliche Kontrollmaßstäbe, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 543 ff; *Schröder, Rainer*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007; *Schuppert, Gunnar Folke*, Verwaltungswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem W./Schmidt-Aßmann, E./ders. (Hg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 65 ff.