

Prof. Dr. Katharina Gräfin von Schlieffen

BA Politik und Organisation (Politics and Organization) Modul 2.3: Rechtliche Grundlagen

**Kurseinheit 3:
Allgemeines Verwaltungsrecht**

Fakultät für
**Kultur- und
Sozialwissen-
schaften**

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung und des Nachdrucks, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung der FernUniversität reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. Wir weisen darauf hin, dass die vorgenannten Verwertungsalternativen je nach Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen bereits durch Einstellen in Cloud-Systeme verwirklicht sein können. Die FernUniversität bedient sich im Falle der Kenntnis von Urheberrechtsverletzungen sowohl zivil- als auch strafrechtlicher Instrumente, um ihre Rechte geltend zu machen.

Der Inhalt dieses Studienbriefs wird gedruckt auf Recyclingpapier (80 g/m², weiß), hergestellt aus 100 % Altpapier.

Inhaltsverzeichnis

Achter Vorlesungsabschnitt: Ermessen, Unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum.....	1
1. Verwaltung zwischen Gesetzesbindung und richterlicher Kontrolle	1
a) Grenzen der Gesetzesbindung und Justiziabilität	1
b) Flexibilität der Rechts-, insbesondere der Gesetzessprache	2
c) Exkurs zur Methode: Normstruktur Tatbestand - Rechtsfolge, gebundene Entscheidung - Ermessen.....	3
d) Entschließungsermessen und Auswahlermessen.....	4
2. Abgrenzung gebundene Verwaltung und Ermessensverwaltung.....	5
3. Ermessensgrenzen und gerichtliche Überprüfbarkeit.....	7
4. Ermessensfehler	8
a) Ermessensnichtgebrauch	8
b) Ermessensüberschreitung bzw. -unterschreitung	9
c) Ermessens Fehlgebrauch	10
aa) Ermessensmissbrauch	10
bb) Abwägungsmangel	10
cc) Sonstige Rechtsfehler.....	12
d) Zusammenfassung der Fehlerkategorien.....	13
5. Aufbaufragen (incl. Prüfung § 114 S. 1 VwGO).....	14
6. Spezialfragen	15
a) Besonderheiten bei der Begründung von Ermessensverwaltungsakten.....	16
b) Intendiertes Ermessen.....	16
c) Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung	18
d) Ermessensreduzierung „auf Null“	19
7. Rechtsschutz bei Ermessensentscheidungen.....	22
8. Unbestimmte Rechtsbegriffe.....	25
9. Scheinbare Koppelungstatbestände	27
10. Beurteilungsspielräume.....	28
a) Kriterien, die für Beurteilungsspielraum sprechen.....	29
b) Kriterien, die für gerichtliche Überprüfbarkeit sprechen	32
Neunter Vorlesungsabschnitt: Der Verwaltungsakt.....	34
1. Themen im Einzelnen	34
2. Funktionen der Verwaltungsakte	34

a) Konkretisierungsfunktion (konkret – individuell).....	35
b) Titel- und Vollstreckungsfunktion	36
c) Verfahrens- und Rechtsschutzfunktion.....	37
d) Stabilisierungsfunktion, Bestandskraft – Wirksamkeit, Nichtigkeit, Rechtswidrigkeit	38
e) Zusammenfassung	40
3. Tatbestandsmerkmale	41
a) Behörde	42
b) Hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts	43
c) Regelung.....	44
d) Einzelfall	49
e) Unmittelbare Außenwirkung	53
aa) Beispiel: Umsetzung, Versetzung	53
bb) Beispiel: Schulnoten.....	54
cc) Sonderfälle: Verwaltungsakte gegenüber Verwaltungsträgern, Relativer Verwaltungsakt.....	55
4. Verwaltungsakt kraft Form	56
5. Arten der Verwaltungsakte.....	57
a) Unterscheidung nach Regelungsinhalt (befehlend, gestaltend, feststellend)	57
b) Unterscheidung nach begünstigendem oder belastendem Charakter (begünstigend, belastend, Mischwirkung, Drittwirkung)	58
c) Unterscheidung nach dem Zustandekommen (mehrstufig, mitwirkungsbedürftig)	59
d) Verwaltungsakte bei unklaren Sachverhalten (vorläufig, vorsorglich)	63
e) Verwaltungsakte durch Genehmigungsfiktion	65
6. Begrifflichkeiten, die mit dem Verwaltungsakt zusammenhängen	66
a) Vorbescheid und Teilgenehmigung	66
b) Zusage und Zusicherung	68
7. Wirkung von Verwaltungsakten	70
a) Tatbestandswirkung	70
b) Feststellungswirkung	71
c) Konzentrationswirkung	71
8. Bekanntgabe von Verwaltungsakten	71
a) Bekanntgabefiktion, § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG	72
b) Öffentliche Bekanntgabe	73
c) Zustellung	74

9. Fristen	78
a) Fristbeginn	80
aa) Behördliche Fristen	80
bb) Gesetzliche Fristen.....	80
b) Fristende	86
c) Wiedereinsetzung	89
10. Bestandskraft	90
Literaturverzeichnis	92

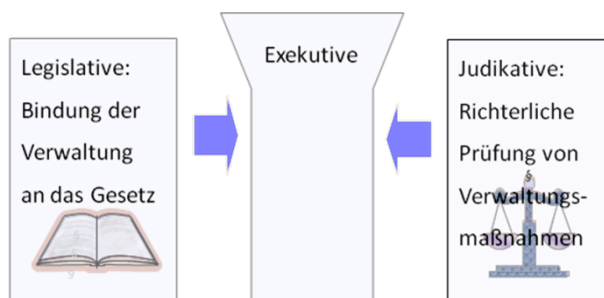
Diese Seite bleibt aus technischen Gründen frei!

Achter Vorlesungsabschnitt: Ermessen, Unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum

Dieses Mal werden wir uns mit den Themen Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe sowie deren Sonderfall Beurteilungsspielraum beschäftigen.¹

1. Verwaltung zwischen Gesetzesbindung und richterlicher Kontrolle

Das Verwaltungsrecht ist in weiten Zügen das Ergebnis eines Kampfes: des Versuchs, die Verwaltung an den Gesetzgeber zu binden und sie durch eine Verwaltungsrechtsprechung zu kontrollieren. Früher identisch mit der Staatsmacht, hat das Grundgesetz den Freiraum der Verwaltung nun von zwei Seiten beschränkt. Von der einen Seite gilt die Gesetzesbindung, von der anderen Seite die Möglichkeit der richterlichen Überprüfung nahezu jeder Verwaltungsmaßnahme.²



a) Grenzen der Gesetzesbindung und Justiziabilität

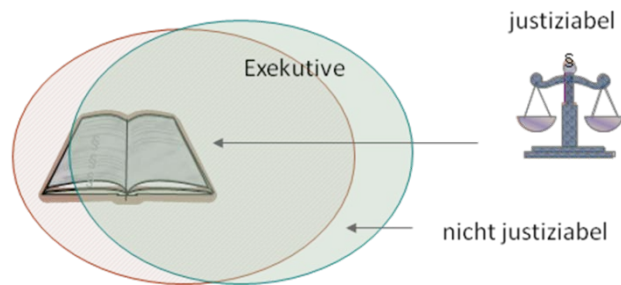
Die Themen Ermessen und Beurteilungsspielraum bringen auf unterschiedliche Weise den Versuch zum Ausdruck, der Verwaltung kleine, überschaubare Teile ihres überkommenen Freiraums zu erhalten.

Einer der Gründe dafür ist, dass Legislative und Judikative überfordert wären, wenn es nicht Handlungsfelder gäbe, in denen die Exekutive frei, und damit selbständig agieren könnte.

¹ Vgl. dazu ausführlich *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 1 ff.

² *Maurer*, a.a.O., § 7 Rn. 4.

So würde es die Möglichkeiten eines jeden Gesetzgebers überschreiten, wenn er z.B. im Recht der Gefahrenabwehr alle Eventualitäten nebst den gebotenen Konsequenzen selber regeln müsste. Deshalb überlässt er es lieber der Verwaltung als einer sachnahen Stelle, unter Würdigung des Einzelfalls das Angemessene zu tun. Aus diesem Grunde fehlt dann allerdings auch der Rechtsprechung für diesen Teil der behördlichen Entscheidung ein Gesetz als Kontrollmaßstab. Folge: Das Verwaltungshandeln ist nur eingeschränkt justizierbar, sei es im Ergebnis oder seinen problematischen Bewertungen.



b) Flexibilität der Rechts-, insbesondere der Gesetzessprache

Vorweg sollte man sich allerdings klar machen, dass jede Verwaltung, auch eine, die enger Gesetzesbindung und voller Gerichtskontrolle unterliegt, Freiräume hat. Vollziehung von Gesetzen bedeutet in den seltensten Fällen mechanische Umsetzung, sondern ist immer auch gestaltende Konkretisierung. Gesetze sind in einer interpretationsfähigen Sprache verfasst. Sie binden nur in dem Umfang, in dem die Verwaltung aus ihnen herausliest, gebunden zu sein.

Gesetzessprache ist übrigens keine Wissenschaftssprache. Es handelt sich – von Ausnahmen abgesehen – schlicht um Umgangssprache; enthält eine Norm problematische, umstrittene Begriffe, werden diese mit der Zeit von Rechtsprechung und Lehre präzisiert und gehen in die juristische Fachsprache ein, bei der wiederum der Gesetzgeber manchmal Anleihen macht. Die juristische Fachsprache – auch da sollte man seine Präzisionserwartungen nicht zu hoch schrauben – ist jedoch nicht exakter als etwa die Fachsprache der Jäger oder Seeleute.

Während der Freiraum, den die Verwaltung durch die Dehnbarkeit der Gesetzessprache genießt, immer und gewissermaßen zum Bedauern des Gesetzgebers besteht, gibt es Fälle, in denen die Legislative der Exekutive ausdrücklich einen Freiraum zubilligt. Soll die Verwaltung diese Freiheit bei der Normanwendung in der Auswahl der Rechtsfolge genießen, nennt man dies Ermessen.³

³ Maurer, a.a.O., § 7 Rn. 7.

c) Exkurs zur Methode: Normstruktur Tatbestand - Rechtsfolge, gebundene Entscheidung - Ermessen

Um zu verstehen, was es mit dem Ermessen auf sich hat, müssen wir uns noch einmal die Struktur eines Gesetzes vor Augen führen. Jede Norm ist zweigeteilt: Der Tatbestand löst die Rechtsfolge aus.⁴

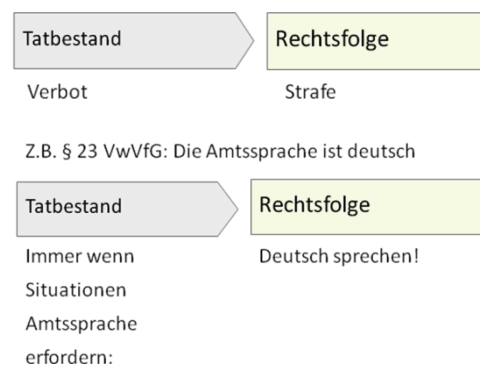
Struktur eines Gesetzes



Der Tatbestand wiederum besteht aus bestimmten Merkmalen. Wenn alle Merkmale des Tatbestands vorliegen, sieht die Norm die Rechtsfolge vor.

Diese zweiteilige Struktur, Tatbestand und Rechtsfolge, kommt am klarsten in den Strafnormen zum Ausdruck. In anderen Rechtsgebieten verlangt der Gesetzgeber oft, dass Sie das Wenn-Tatbestand-Dann-Rechtsfolge-Schema selber vervollständigen. So finden Sie häufig Vorschriften in einem beschreibenden, feststellenden Ton, der gar nicht nach Rechtsgeboten klingt, die nur einzelne Elemente des Tatbestands oder der Rechtsfolge anführen. So lautet § 23 Abs. 1 VwVfG: „Die Amtssprache ist deutsch“.

Hier ergänzen Sie selber automatisch – so oder so ähnlich: „Immer wenn Situationen Amtssprache erfordern“, das wäre etwa der Tatbestand, dann gilt: „deutsch sprechen!“, das wäre die Rechtsfolge.



Die Rechtsfolge wird vom Gesetz fast immer so formuliert, dass sie einem ganz bestimmten Ergebnis entspricht. Die Amtssprache „ist“ eindeutig „deutsch“: „ist“ heißt nicht: sie „kann“ oder „könnte“ es sein. So klar verfährt der Gesetzgeber meist, wenn er – wie hier – gewissermaßen definitiv, die Rechtslage festlegen will. Er verfährt oft ebenso, wenn er der Verwaltung ausdrücklich eine bestimmte Handlungsweise vorgeben will. In diesen Fällen ist der Tatbestand mit einer einzigen, fest umrissenen Rechtsfolge verkoppelt. Hier hat die Verwaltung, sobald sie die Tatbestandsmerkmale bejaht hat, nur eine Möglichkeit, rechtmä-

⁴ Maurer, a.a.O., § 7 Rn. 2.

ßig zu handeln: Sie muss diese eine Rechtsfolge aussprechen. Mit anderen Worten: sie trifft eine so genannte gebundene Entscheidung.

Ein Beispiel für eine derart gebundene Entscheidung ist der § 4 Abs. 1 Nr. 1 Gaststättengesetz (GaststättenG). Demnach ist die Gaststättenerlaubnis zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere dem Trunke ergeben ist.

Ihr anordnender – präskriptiver – Inhalt ist lediglich durch den beschreibenden – deskriptiven – Stil des Gesetzgebers verdeckt.

Das Gegenteil der gebundenen Entscheidung ist die Ausübung von Ermessen. Eine Ermessensvorschrift bietet der Verwaltung die Möglichkeit, unter mehreren Rechtsfolgen zu wählen. Der Gesetzgeber schreibt ihr nicht eine Rechtsfolge zwingend vor, sondern billigt ihr einen Entscheidungsraum zu.⁵

Ob eine derartige Wahlmöglichkeit besteht, zeigt Ihnen der Gesetzestext. Ist der Verwaltung Ermessen eingeräumt, leitet der Gesetzgeber die Rechtsfolgenseite meist mit Worten wie „kann“, „darf“, „soll“ oder ähnlichen Ausdrücken ein.⁶

So heißt es in § 42 S. 1 VwVfG:

„Die Behörde kann Schreibfehler, Rechenfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten in einem Verwaltungsakt jederzeit berichtigen.“

Ermessen bedeutet allerdings nicht, dass die Verwaltung völlig frei ist. Sie darf die Rechtsfolge nicht nach Belieben auswählen, sondern sie muss sich in dem gesetzlich vorgegebenen Rahmen bewegen. Auch dem Ermessen sind durch das Gesetz Grenzen gezogen. Innerhalb dieser Grenzen kann eine Behörde aber diejenige Rechtsfolge wählen, die ihr in der konkreten Situation zweckmäßig scheint.⁷

d) Entschließungsermessen und Auswahlermessen

In feinteiligen Prüfungen wird das Ermessen noch einmal in zwei Kategorien geteilt: in das „Entschließungsermessen“ und das „Auswahlermessen“.⁸

⁵ *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2014, Rn. 202 f.

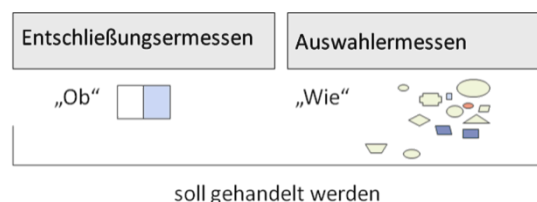
⁶ Vgl. *Maurer*, a.a.O., § 7 Rn. 9.

⁷ *Peine*, a.a.O., Rn. 207; *Maurer*, a.a.O., § 7 Rn. 17. Insofern handelt es sich bei dem der Behörde eingeräumten Ermessen um ein „rechtlich gebundenes Ermessen“.

⁸ *Maurer*, a.a.O., § 7 Rn. 7 f.; *Peine*, a.a.O., Rn. 205.

Das Entschließungsermessen bezeichnet die Entscheidung, ob überhaupt gehandelt werden soll. Das Auswahlmessen betrifft die Wahl unter verschiedenen Handlungsoptionen, also wie gehandelt werden soll.⁹

Normen können entweder das Entschließungs- und das Auswahlmessen bezeichnen oder aber nur eines von beiden. Konsequenzen für die gerichtliche Überprüfbarkeit ziehen diese Begrifflichkeiten aber nicht nach sich.



Verdeutlichen wir uns diese Unterschiede.

Ein Beispiel für Normen, die der Verwaltung ein Ermessen einräumen, können wir im Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder finden. Da das Polizeirecht der Gesetzgebungskompetenz der Länder unterliegt, wurde aus Vereinheitlichungsgründen ein Musterentwurf entwickelt. An diesem können sich die Landesgesetzgeber für die Gestaltung ihres Polizeirechts orientieren. Im Musterentwurf gibt es in § 8 Abs. 1 eine so genannte Generalklausel, die der Polizei die Befugnis zum Eingreifen gibt. In Absatz 1 der Vorschrift heißt es, dass die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen kann, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Das entscheidende Wort, dem zu entnehmen ist, dass es sich vorliegend um eine Ermessensnorm handelt – dass also die Verwaltung auf der Rechtsfolgenseite Wahlmöglichkeiten hat – ist das Wort "kann".

Unumstritten ist, dass hieraus ein Auswahlmessen folgt, so dass der Behörde hinsichtlich des „wie“ ihres Einschreitens verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung stehen. Ob der Behörde auch ein Entschließungsermessen – also ein Ermessen darüber, ob sie überhaupt tätig wird – zusteht, ist streitig, wird aber nach h.M. angenommen.

2. Abgrenzung gebundene Verwaltung und Ermessensverwaltung

Wir wollen versuchen, den Unterschied zwischen gebundener Verwaltung und Ermessensverwaltung noch einmal an einigen Beispielen zu verdeutlichen:

Manchmal verläuft zwischen gebundener Verwaltung und Ermessensverwaltung nur ein schmaler Grat.

⁹ Maurer, a.a.O., § 7 Rn. 7 f.; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014, § 40 Rn. 46.