

# Einführung in das Verwaltungsrecht

## § 6 Gebundene Verwaltung, Beurteilungsspielräume, Ermessen, Planungs- und Regulierungsermessen

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere  
deutsches und europäisches Verwaltungsrecht



# § 6 Gebundene Verwaltung, Beurteilungsspielräume, Ermessen, Planungs- und Regulierungsermessen

## Die in diesem Abschnitt behandelten Fragen und die hierauf in Deutschland gefundenen Antworten

- werden einführend dargestellt von *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193 ff.
- sind Ausdruck der „Verrechtlichung des Verwaltungshandelns“ in Deutschland (wie unter **§ 1 A des Kurses** dargestellt) und (auch) Ursache und Folge dessen, dass Verwaltung in Deutschland mehr als „Gesetzesvollzug“ denn als „Management“ verstanden wird
- hängen eng mit dem „Ideal der einzig richtigen, sich aus dem Gesetz ergebenden Entscheidung“ zusammen, das Grundlage deutscher Rechtsanwendungsroutinen ist (hierzu **§ 4 B II 5 des Kurses**)
- werden oft allein unter dem Aspekt der „**richterlichen Kontrolldichte**“ behandelt (vgl. etwa *Ludwigs*, DÖV 2020, 405 ff.), sind aber genau besehen Fragen der „Intensität“ der Gesetzesbindung der Verwaltung und damit vor allem auch **Fragen des Verhältnisses zwischen Exekutive und Legislative**;
- sind Grundlage der täglichen Verwaltungspraxis und täglicher Verwaltungsroutinen und liegen der heutigen deutschen Gesetzgebung im Verwaltungsrecht mittlerweile sehr klar zu Grunde (siehe das Beispiel bei **§ 6 C V des Kurses**)

# § 6 Gebundene Verwaltung, Beurteilungsspielräume, Ermessen, Planungs- und Regulierungsermessen

## Unionsrecht und Rechtsvergleich

- Die in diesem Abschnitt behandelten Fragen stellen sich in ähnlicher Weise auch im Unionsrecht und der Rechtsordnung aller Staaten, werden dort aber in vielfach zu Gunsten (wesentlich) größerer Entscheidungsspielräume der Verwaltung beantwortet
- Dies kann teilweise dazu führen, dass deutsche Behörden und Gerichte unionsrechtlichen Vorschriften striktere Regelungen entnehmen als dies tatsächlich unionsrechtlich geboten ist – ein interessantes Thema, das aber **nicht Gegenstand des Kurses** ist

***Nur als Beispiel:*** Eine unionsrechtliche Regelung, die in Deutschland als „zwingendes Recht“ verstanden wird, kann etwa in anderen Mitgliedstaaten u. U. eher als allgemeine „Handlungsdirektive“ verstanden werden (vgl. [U. Stelkens, DVBl. 2010, 1078, 1084 \[bei 2.\]](#))

Siehe zu anderen Vorstellungen hinsichtlich der Intensität der Bindungswirkung des Gesetzes in Europa z. B. auch [U. Stelkens, Paneuropäische allgemeine Rechtsgrundsätze guter Verwaltung zum Ermessen, 2018, S. 6 ff.](#)

## **§ 6 Gebundene Verwaltung, Beurteilungsspielräume, Ermessen, Planungs- und Regulierungsermessen**

- A) Gebundene Verwaltung als (konstruktiver) Regelfall**
- B) Beurteilungsspielräume bei unbestimmten Rechtsbegriffen**
- C) Ermessen und Ermessensgrenzen (§ 40 VwVfG, § 114 S. 1 VwGO)**
- D) Planungs- und Regulierungsermessen**

# **A) Gebundene Verwaltung als (konstruktiver) Regelfall**

- I. Begriff, Wesen und Voraussetzungen (strikt) gebundener Verwaltung**
- II. Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit (strikt) gebundener Verwaltungsentscheidungen**
- III. Gerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle bei (strikt) gebundenen Verwaltungsentscheidungen**

# I. Begriff, Wesen und Voraussetzungen (strikt) gebundener Verwaltung

**Ausgangspunkt** (Wiederholung von **§ 5 A des Kurses**)

Regelmäßige Zusammensetzung von Rechtssätzen (sog. „**konditionale Rechtsetzung**“)

Tatbestands(merkmale)  Rechtsfolgenanordnung

Beispiel: [§ 70 Abs. 1 S. 1 LBauO RLP](#)

„Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine baurechtlichen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.“

Tatbestand	Rechtsfolge
Bauvorhaben muss öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechen.	Baugenehmigung ist zu erteilen.

# I. Begriff, Wesen und Voraussetzungen (strikt) gebundener Verwaltung

## (Strikt) Gebundene Verwaltung

- liegt vor, wenn das Gesetz der Verwaltung zwingend vorschreibt, dass die Verwaltung dann, wenn ein bestimmter Lebenssachverhalt die Voraussetzungen aller Tatbestandsmerkmale der Norm erfüllt, zwingend die im Gesetz vorgesehene Rechtsfolge herbeiführen muss
- räumt der Verwaltung also in einer bestimmten tatsächlichen Situation (dem Lebenssachverhalt) keinen Entscheidungsspielraum ein, sondern gibt strikt vor, dass nur eine Entscheidung in dieser Situation rechtmäßig sein kann
- intendiert i.d.R. eine **schematische Gleichbehandlung** gleicher Fälle allein schon durch die strikte „schematische“ Anwendung des allgemeinen Gesetzes (ohne die Möglichkeit, im Einzelfall abweichende Entscheidungen zu treffen)
- kreiert damit eine **hohe Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns** aber um den Preis der Inflexibilität in komplexeren oder außergewöhnlichen Situationen, soweit der Gesetzgeber dem nicht durch Ausnahme- und Härtefallregelungen selbst Rechnung trägt

# I. Begriff, Wesen und Voraussetzungen (strikt) gebundener Verwaltung

„[...] **la majestueuse égalité des lois**, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain.“

„[...] die majestätische Gleichheit der Gesetze, die Reichen wie Armen verbietet, unter Brücken zu schlafen, auf den Straßen zu betteln und Brot zu stehlen.“

[Anatole France, Le Lys rouge \(Paris: Calmann-Lévy: 14. Aufl. 1894\), S. 118](#)

## (Strikt) Gebundene Verwaltung

- weist allein dem Gesetzgeber die Verantwortung für die „Sachangemessenheit“ der zu treffenden Entscheidung in allen vom Gesetz erfassten Fällen zu
- beschränkt die Tätigkeit der Verwaltung idealtypisch darauf, die erforderlichen Tatsachen zu ermitteln, um feststellen zu können, ob ein Lebenssachverhalt vorliegt, der die Anwendung des Gesetzes vorsieht
- erfolgt „ohne Ansehen der Person“ und deren persönlichen Lebensumstände, die nicht zum Gegenstand des Tatbestands der Norm gemacht werden
- kann gerade deshalb Probleme im Hinblick auf die **Verhältnismäßigkeit** der getroffenen Entscheidungen aufwerfen (hierzu **§ 6 C III des Kurses**)



# I. Begriff, Wesen und Voraussetzungen (strikt) gebundener Verwaltung

## (Strikt) Gebundene Verwaltung kann für den Adressaten der Entscheidung

- **günstig** sein, nämlich immer dann, wenn ihm kraft Gesetzes ein Anspruch auf eine bestimmte Verwaltungsleistung gewährt wird, den die Verwaltung bei Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen muss

*Beispiel:* Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung bei Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen, Anspruch auf Sozialleistungen bei Vorliegen der Sozialleistungsvoraussetzungen (vgl. [BVerwG, V C 78/54 v. 24.6.1954](#) = BVerwGE 1, 158 ff. [als grundlegende Entscheidung zum Sozialhilferecht])

- **belastend** sein, nämlich immer dann, wenn eine gesetzliche Grundlage für einen Grundrechtseingriff vorsieht, dass bei Vorliegen ihrer Tatbestandsvoraussetzungen zwingend die dort vorgesehenen Belastungen aufzuerlegen sind

*Beispiel:* Steuer- und Abgabentatbestände (strikt gebundene Verwaltung im Steuer- und Abgabenrecht gilt als Ausdruck der Steuergerechtigkeit und der Gleichheit vor dem Steuergesetz); einige Eingriffsermächtigungen im Bereich der Gefahrenabwehr

# I. Begriff, Wesen und Voraussetzungen (strikt) gebundener Verwaltung

## (Strikt) Gebundene Verwaltung

- wird in der Gesetzessprache meistens wie folgt ausgedrückt:
  - „Wenn [...], **ist** [etwas] **zu** [tun oder unterlassen] “
  - „Wenn [...], **hat** [die Behörde etwas] **zu** [tun oder unterlassen]“
  - „Wenn [...], **muss** [etwas getan oder unterlassen] werden“
- kann auch Ergebnis des **Vorbehalts des Gesetzes** sein (hierzu **§ 4 B I des Kurses**), nämlich dann, wenn der Gesetzgeber der Verwaltung nur unter engen abschließend formulierten Voraussetzungen bestimmte Grundrechtseingriffe gestattet, so dass Eingriffe jenseits dieser Ermächtigungen strikt ausgeschlossen sind
- kann auch Ergebnis **grundrechtlicher Schutzpflichten** sein, nämlich dann, wenn sich aus den Grundrechten strikte Ansprüche auf bestimmte staatliche Leistungen ergeben, die gerichtlich durchsetzbar sind (vgl. erneut [BVerwG, V C 78/54 v. 24.6.1954](#) = BVerwGE 1, 158 ff.)

# I. Begriff, Wesen und Voraussetzungen (strikt) gebundener Verwaltung

## (Strikt) Gebundene Verwaltung als (konstruktiver) Regelfall:

- Soweit keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Verwaltung Entscheidungsspielräume eingeräumt werden sollen, ist vom Vorliegen (strikt) gebundener Verwaltung auszugehen
- In vielen Bereichen ist aber die Einräumung von **Ermessen** (hierzu § 6 C des Kurses), **Planungsermessen** (hierzu § 6 D des Kurses) die tatsächliche Regel, strikt gebundene Verwaltung daher die tatsächliche Ausnahme
- Dagegen ist die Einräumung von **Beurteilungsspielräumen** (hierzu § 6 B II des Kurses) auch die tatsächliche Ausnahme. Die Verwendung von „unbestimmten Rechtsbegriffen“ (§ 4 B II 4 des Kurses) spricht nicht gegen das Vorliegen strikt gebundener Verwaltung.

## II. Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit (strikt) gebundener Verwaltungsentscheidungen

Rechtswidrige Entscheidungen trifft die Verwaltung bei gebundener Verwaltung (**Folie 1 von 2**),

- wenn die Behörde auf **einen zutreffend erfassten Lebenssachverhalt „falsches Recht“ anwendet**, also die Tatbestandsvoraussetzungen oder die Rechtsfolgen der angewendeten Norm falsch bestimmt (z. B. weil einschlägige Regelungen falsch verstanden oder übersehen werden).  
*(blödes) Beispiel:* Die Behörde setzt Hundesteuer für das Halten der Katze „Mimi“ gegenüber Katzenhalter fest, weil sie Katzen für „Hunde“ im Sinne des Gesetzes hält.
- wenn die Behörde **das anzuwendende Recht zwar „richtig“ versteht, jedoch auf einen unzutreffend erfassten Lebenssachverhalt anwendet**. Wenn sich der Lebenssachverhalt tatsächlich so zugetragen hätte, wie die Behörde annimmt, wäre die Entscheidung rechtmäßig gewesen – nur weicht dasjenige, was sich tatsächlich ereignet hat, von dem, was die Behörde annimmt, was sich tatsächlich ereignet hat, in einem Umfang ab, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm in tatsächlicher Hinsicht nicht erfüllt sind.

*Beispiel:* Eine Kommune setzt Hundesteuer fest, weil sie annimmt, der Adressat des Bescheides würde einen Hund halten (Tatbestandsvoraussetzung der Hundesteuer); der Betroffene hält aber keinen Hund (sondern hat z. B. nur für eine Woche auf einen fremden Hund aufgepasst).

## II. Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit (strikt) gebundener Verwaltungsentscheidungen

### Rechtswidrige Entscheidungen trifft die Verwaltung bei gebundener Verwaltung (Folie 2 von 2)

- bei „**Doppelfehlern**“: Es wird auf einen unzutreffend erfassten Sachverhalt „falsches Recht“ angewandt (die Norm wird in einer Weise angewandt, die [auch dann] fehlerhaft gewesen wäre, wenn sich der unzutreffend erfasste Sachverhalt wirklich ereignet hätte).

*(blödes) Beispiel:* Die Behörde setzt Hundesteuer für das Halten der Katze „Mimi“ fest, weil sie davon ausgeht, dass Katzen „Hunde“ im Sinne des Gesetzes seien. Der Betroffene hat keinen Hund und seine Katze „Mimi“ ist seit Jahren tot.

**Aber:** Doppelfehler müssen nicht zwingend zu einem insgesamt rechtswidrigen Ergebnis führen: Nämlich dann nicht, wenn die angewandte Norm auf den wirklich vorliegende Situation so hätte angewandt werden müssen, wie sie auf den unzutreffend erfassten Sachverhalt (fehlerhaft) angewandt wurde. Hier hat die Behörde dann aus doppelt falschen Gründen (zufällig) das rechtlich gewünschte Ergebnis erzielt. Dies ist aber eher selten

*(noch blöderes) Beispiel:* Die Behörde hält den Hund „Mimi“ für eine Katze und setzt für das Halten der Katze „Mimi“ Hundesteuer fest, weil sie davon ausgeht, dass Katzen „Hunde“ im Sinne des Gesetzes seien. Der Halter des Hundes „Mimi“ schuldet tatsächlich für das Halten dieses Hundes Hundesteuer in der von der Behörde festgesetzten Höhe.

## II. Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit (strikt) gebundener Verwaltungsentscheidungen

### Rechtmäßige Entscheidungen trifft die Verwaltung bei gebundener Verwaltung, wenn

- die Behörde ihren Entscheidungen ein Verständnis des geltenden Rechts zu Grunde legt, das das „einzig richtige“ Verständnis ist
  - Ob dies der Fall ist, wird ggf. in einem Gerichtsverfahren abschließend geklärt (siehe hierzu [§ 4 B II 5](#) und [§ 6 B I des Kurses](#))
- die Behörde im konkreten Einzelfall nach Maßgabe des Verwaltungsverfahrenrechts (hierzu [§ 8 A des Kurses](#)) den Sachverhalt zutreffend ermittelt hat – also von tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht, die sich auch tatsächlich so abgespielt haben.
  - Ob dies der Fall ist, wird in Deutschland ebenfalls gerichtlich vollständig in der Form kontrolliert, dass das Gericht nicht (nur) prüft, ob die Verwaltung alles getan hat, um den Lebenssachverhalt vollständig zu ermitteln: Das Gericht „erforscht den Sachverhalt“ vielmehr selbst „von Amts wegen“ ([§ 86 Abs. 1 VwGO](#))
- die Behörde konkreten Fall zutreffend davon ausgegangen worden ist, dass der ermittelte Sachverhalt den Rückschluss auf das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Norm rechtfertigt

### III. Gerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle bei (strikt) gebundenen Verwaltungsentscheidungen

[BVerfG, 1 BvL 6/14 u. a. v. 22.11.2016, Abs. 20](#) = BVerfGE 143, 216, 224 f.

[Hervorhebungen vom Verf.]

„Das Grundrecht des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantiert jedem den Rechtsweg, der geltend macht, durch die öffentliche Gewalt in eigenen Rechten verletzt zu sein. Damit wird [...] auch die Wirksamkeit des Rechtsschutzes gewährleistet. Die Bürgerinnen und Bürger haben einen Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle in allen von der Prozessordnung zur Verfügung gestellten Instanzen (vgl. BVerfGE 129, 1 <20> m.w.N.; stRspr). **Dazu gehört vor allem, dass das Gericht - bezogen auf das als verletzt behauptete Recht - eine hinreichende Prüfungsbefugnis über die *tatsächliche* und *rechtliche Seite* des Rechtsschutzbegehrens hat sowie über eine zureichende Entscheidungsmacht verfügt, um einer erfolgten oder drohenden Rechtsverletzung abzuhelpen** (vgl. BVerfGE 61, 82 <111>; auch BVerfGE 101, 106 <123>). Aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes folgt grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, die angefochtenen Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen (BVerfGE 129, 1 <20> m.w.N.; stRspr).“

### III. Gerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle bei (strikt) gebundenen Verwaltungsentscheidungen

#### Die (gerichtliche) Rechtmäßigkeitskontrolle getroffener Verwaltungsentscheidungen bei (strikt) gebundener Verwaltung

- ist damit auf die Kontrolle der „**Richtigkeit**“ des **Ergebnisses** begrenzt: Es wird (nur) geprüft, ob die von der Verwaltung getroffene Entscheidung im Ergebnis dem entspricht, was das Gericht auf Grund eigener Sachverhaltsermittlung und eigener Auslegung der einschlägigen Rechtsgrundlagen als zutreffend erachtet hätte
- interessiert sich damit **nicht für die Motive**, aus denen die Verwaltung eine bestimmte Entscheidung getroffen hat: Eine Entscheidung, die aus völlig falschen Gründen getroffen wird, ist dennoch rechtmäßig, wenn sie nach Auffassung des Gerichts im Ergebnis nicht anders hätte ausfallen können.
- dies kommt auch in der Regelung des [§ 46](#) VwVfG zum Ausdruck – **nächste Folie**



### III. Gerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle bei (strikt) gebundenen Verwaltungsentscheidungen

#### § 46 VwVfG

##### Folgen von Verfahrens- und Formfehlern

„Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat.“

- [§ 46](#) VwVfG bestätigt, dass sich die gerichtliche Kontrolle bei gebundener Verwaltung auf eine reine Ergebniskontrolle begrenzt (siehe hierzu auch *Pünder*, Jura 2015, 1307, 1313 f.)
- [§ 46](#) VwVfG zeigt aber auch, dass der Erlass einer Maßnahme durch eine **sachlich und instanziell unzuständige Behörde** (hierzu [§ 2 B II des Kurses](#)) auch dann zu einer Aufhebung der Maßnahme durch das Gericht führt, wenn die sachlich oder instanziell zuständige Behörde keine andere Entscheidung in der Sache hätte treffen können.

## B) Beurteilungsspielräume bei unbestimmten Rechtsbegriffen

**Grundsatz:** Sowohl die allgemeine Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe als auch die Frage, ob ein konkreter Lebenssachverhalt die Voraussetzungen des **unbestimmten Rechtsbegriffs** erfüllt (Subsumtion), unterliegt der Kontrolle der Gerichte (Art. 19 Abs. 4 GG – Ideal der einzig richtigen Entscheidung – hierzu **§ 4 B II 5 des Kurses**).

**Ausnahme:** Der Gesetzgeber kann der Verwaltung einen **Beurteilungsspielraum** (nur) bei der Frage einräumen, ob ein konkreter Lebenssachverhalt die Voraussetzungen eines unbestimmten Rechtsbegriffs erfüllt. Eine solche Einräumung behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse ist aber nur ausnahmsweise und bei Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes zulässig.

Lesenswert insoweit:

- [BVerfG \(K\), 1 BvR 3151/07 v. 10.12.2009, Abs. 52 ff.](#) = NVwZ 2010, 435 ff.
- [BVerfG \(K\), 1 BvR 1932/08 v. 8.12.2011, Abs. 17 ff.](#) = NVwZ 2012, 694 ff

**Achtung:** Begriffe „unbestimmter Rechtsbegriff“ und „Beurteilungsspielraum“ nicht verwechseln oder vermengen!

## **B) Beurteilungsspielräume bei unbestimmten Rechtsbegriffen**

- I. Begriff und Wesen unbestimmter Rechtsbegriffe**
- II. Begriff, Wesen und Voraussetzungen von Beurteilungsspielräumen bei unbestimmten Rechtsbegriffen**
- III. Beispiele für die Einräumung von Beurteilungsspielräumen**

# I. Begriff und Wesen unbestimmter Rechtsbegriffe

## Wiederholung und Ergänzung von § 4 B I 4 des Kurses

- Vorbehalt des Gesetzes steht Verwendung sog. „**unbestimmter Rechtsbegriffe**“ (Begriffe, deren Inhalt und genaue Definition nicht selbstverständlich feststehen, sondern verschiedenen Interpretationen zugänglich sind und der Auslegung bedürfen) nicht entgegen.
- **Unbestimmte Rechtsbegriffe** sind: Begriffe auf der **Tatbestandsseite einer Norm**, deren Inhalt und genaue Definition nicht selbstverständlich feststehen, sondern verschiedenen Interpretationen zugänglich sind und der Auslegung bedürfen.
- Unbestimmte Rechtsbegriffe sind nicht nur ein Phänomen der **Eingriffsverwaltung**, sondern auch bei der **Leistungsverwaltung**, sind also ein Phänomen, das nicht nur im Anwendungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes eine Rolle spielt
- Abgrenzung zwischen unbestimmten und bestimmten Rechtsbegriffen ist gradueller Natur: Wirklich bestimmte Rechtsbegriffe sind wegen der generellen Ungenauigkeit der Sprache eher selten.

# I. Begriff und Wesen unbestimmter Rechtsbegriffe

[BVerfG, 2 BvR 1048/11 v. 20.6.2012, Abs. 118](#) = [BVerfGE 131, 268, 306 f.](#)

„Das Bestimmtheitsgebot schließt die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe bis hin zu Generalklauseln nicht aus [...]. Der Gesetzgeber muss in der Lage bleiben, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden [...]. Dabei lässt sich der Grad der für eine Norm jeweils erforderlichen Bestimmtheit nicht abstrakt festlegen, sondern hängt von den Besonderheiten des jeweiligen Tatbestandes einschließlich der Umstände ab, die zur gesetzlichen Regelung geführt haben [...]. Gegen die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe bestehen keine Bedenken, wenn sich **mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden**, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für eine Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt [...]. **Die Rechtsprechung ist zudem gehalten, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen [...].**“

Ebenso: [BVerfG, 2 BvR 309/15 und 502/16 v. 24.7.2018, Abs. 77 ff.](#) = BVerfGE 149, 293, 323 ff.

# I. Begriff und Wesen unbestimmter Rechtsbegriffe

## Grundsätze

- Auch bei „unbestimmten Rechtsbegriffen“ gilt das **„Ideal der einzig richtigen, sich aus dem Gesetz ergebenden Entscheidung“** (hierzu § 4 B II 5 des **Kurses**); es ist insoweit (auch) Aufgabe der Rechtsprechung diese unbestimmten Rechtsbegriffe zu konkretisieren und damit deren Auslegung zu vereinheitlichen und handhabbar zu machen (hierzu § 3 B II des **Kurses**)

Siehe etwa zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Rechtsprechung die Beispiele bei § 4 B II 4 des **Kurses**.
- Auch wenn unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden, prüft das Gericht zudem, ob die Verwaltung ihrer Entscheidung einen **zutreffend ermittelten Sachverhalt** zu Grunde gelegt hat und ob dieser Sachverhalt rechtfertigt, vom Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Norm auszugehen.
- Mit der **Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sind damit nicht automatisch behördliche Entscheidungsspielräume und Letztentscheidungsbefugnisse und verbunden**

## II. Begriff, Wesen und Voraussetzungen von Beurteilungsspielräumen bei unbestimmten Rechtsbegriffen

**Aber:** Bei der Anwendung einiger (weniger) gesetzlicher Regelungen, die unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, werden der Behörde „**Beurteilungsspielräume**“ eingeräumt. Die Einräumung von Beurteilungsspielräumen

- bedeutet (ausschließlich) eine „**Zurücknahme**“ der **gerichtlichen Kontrolle** der „Richtigkeit“ der von der Verwaltung getroffenen Entscheidung (nur) dahingehend, dass das Gericht *nicht* prüft, ob der von der Verwaltung vollständig und zutreffend erfasste Sachverhalt den Schluss erlaubt, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der von der Verwaltung richtig verstandenen Norm vorliegen, sondern (nur) dies der (abschließenden) Beurteilung durch die Behörde überlässt, die das Gericht deshalb als zutreffend unterstellt
- ändert damit nichts daran, dass das Gericht prüft, ob die Behörde die angewendete Norm richtig verstanden und ob sie den Sachverhalt vollständig und zutreffend erfasst hat.
- bedeutet damit für die Verwaltung vor allem die **Einräumung von Bewertungsspielräumen** bei der Beurteilung, ob der zutreffend erfasste Sachverhalt den Tatbestandsvoraussetzungen der anzuwendenden Norm entspricht

## II. Begriff, Wesen und Voraussetzungen von Beurteilungsspielräumen bei unbestimmten Rechtsbegriffen

Folgen der Einräumung von Beurteilungsspielräumen für die gerichtliche Kontrolle wurden kurzzeitig (für Umweltrecht, aber verallgemeinerungsfähig) beschrieben:

### § 4a Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) i.d.F. des G. v. 21.3.2013 (BGBl. I 2013, 95) – aufgehoben durch G. v. 29.5.2017 (BGBl. I 2017, 1298)

(1) [...]

(2) Soweit der Verwaltungsbehörde bei der Anwendung umweltrechtlicher Vorschriften eine **Beurteilungsermächtigung** eingeräumt ist, ist eine behördliche Entscheidung im gerichtlichen Verfahren nur daraufhin zu überprüfen, ob

1. der Sachverhalt vollständig und zutreffend erfasst wurde,
2. die Verfahrensregeln und die rechtlichen Bewertungsgrundsätze eingehalten wurden,
3. das anzuwendende Recht verkannt wurde,
4. sachfremde Erwägungen vorliegen.

(3) und (4) [...].

Hierzu: [VG Aachen, 7 K 1970/09 v. 15.2.2013, Abs. 68 ff.](#); *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193, 197



## II. Begriff, Wesen und Voraussetzungen von Beurteilungsspielräumen bei unbestimmten Rechtsbegriffen

Aus der Gesetzesbegründung zur Aufhebung des § 4a Abs. 2 UmwRG durch das Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben v. 29.05.2017 (BGBl. I, 1298): [BT-Drs. 18/9526, S. 41 \(zu § 6\)](#)

„Im Übrigen soll der bisherige § 4a aufgehoben werden. Die Absätze 2 und 3 haben in der Praxis nicht zu einer Vereinfachung und Erleichterung umweltrechtlicher Rechtsbehelfsverfahren, sondern eher für Verunsicherung gesorgt. Absatz 2 dieser bisherigen Vorschrift enthält gegenüber den allgemeinen Bestimmungen der VwGO kein nennenswertes Beschleunigungspotential und ist daher entbehrlich. **Darüber hinaus kommt ihm lediglich eine klarstellende Funktion zu.**“

- Aufhebung des § 4a Abs. 2 UmwRG ändert nichts daran, dass die Regelung eine gelungene Umschreibung der Rechtsfolgen der Einräumung von Beurteilungsspielräumen im Allgemeinen war, an der man sich orientieren kann
- § 4a Abs. 2 UmwRG a. F. machte v. a. auch deutlich, dass **Beurteilungsspielräume gesetzlich eingeräumt werden müssen und die Ausnahme darstellen**. So auch die Rechtsprechung zu Art. 19 Abs. 4 GG (**nächste Folie**)

## II. Begriff, Wesen und Voraussetzungen von Beurteilungsspielräumen bei unbestimmten Rechtsbegriffen

[BVerfG, 1 BvL 6/14 u. a. v. 22.11.2016, Abs. 21](#) = BVerfGE 143, 216, 225 f.

„Der Rechtsweg, den Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG den Rechtsuchenden gewährleistet, bedarf der gesetzlichen Ausgestaltung. [...]. **Doch darf [der Gesetzgeber] die Notwendigkeit einer umfassenden Nachprüfung des Verwaltungshandelns in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und eine dem Rechtsschutzbegehren angemessene Entscheidungsart und Entscheidungswirkung nicht verfehlen.** Damit sind Begrenzungen des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz nicht ausgeschlossen. Die Ausgestaltung muss aber dem Schutzzweck des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG Genüge tun [...]. Will der Gesetzgeber gegenüber von ihm anerkannten subjektiven Rechten die gerichtliche Kontrolle zurücknehmen, hat er zu berücksichtigen, dass im gewaltenteiligen Staat des Grundgesetzes die letztverbindliche Normauslegung und auch die Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall grundsätzlich den Gerichten vorbehalten ist. **Die Freistellung der Rechtsanwendung von gerichtlicher Kontrolle bedarf stets eines gegenüber dem Grundsatz wirksamen Rechtsschutzes hinreichend gewichtigen Sachgrunds** (vgl. BVerfGE 129, 1 <23>).“

## II. Begriff, Wesen und Voraussetzungen von Beurteilungsspielräumen bei unbestimmten Rechtsbegriffen

### Die gesetzliche Einräumung von „Beurteilungsspielräumen“

- wird vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG als besonders zu rechtfertigende Ausnahme angesehen
- ist letztlich nur gerechtfertigt, wenn die gerichtliche Beurteilung, ob der zutreffend erfasste Sachverhalt den richtig verstandenen Tatbestand der Norm erfüllt, an die „**Funktionsgrenzen der Rechtsprechung**“ stößt, weil diese Beurteilung letztlich nicht „richtiger“, sondern nur „anders“ sein kann als die behördliche Beurteilung
- ist **nicht** schon dann gerechtfertigt, wenn die Beurteilung, ob der zutreffend erfasste Sachverhalt den richtig verstandenen Tatbestand der Norm erfüllt besonderen technischen oder ökonomischen Sachverstand erfordert oder besonders komplex ist
- bedarf keiner expliziten Regelung, sondern kann sich auch durch Auslegung der einschlägigen Regelungen ergeben, wobei auf Grundlage der nachfolgend darzustellenden **Fallgruppen** vorgegangen wird

Siehe hierzu (erneut) [BVerfG \(K\), 1 BvR 3151/07 v. 10.12.2009, Abs. 52 ff.](#) = NVwZ 2010, 435 ff.; [BVerfG \(K\), 1 BvR 1932/08 v. 8.12.2011, Abs. 17 ff.](#) = NVwZ 2012, 694 ff.

### **III. Beispiele für die Einräumung von Beurteilungsspielräumen**

- 1. Einstiegsfall: Beurteilungsspielräume der Weinprüfungskommission**
- 2. Beurteilungsspielräume bei (berufsbezogenen) Prüfungen**
- 3. Beurteilungsspielräume bei Risikoabschätzungen und Prognoseentscheidungen**
- 4. Beurteilungsspielräume in Zusammenhang mit Kunst, Medienfreiheit und Jugendschutzanforderungen**
- 5. Beurteilungsspielräume bei der Bewertung der „Eignung“ von Personen, Sachen und Dienstleistungen für den Behördenbedarf**

# 1. Einstiegsfall: Beurteilungsspielraum der Weinprüfungskommission

**Fall 1** (nach [BVerwG, 3 C 8.06 v. 16.5.2007](#) = BVerwGE 129, 27 ff.): Abgefüllter inländischer Wein darf als „Qualitätswein b.A.“ nur bezeichnet werden, wenn für ihn eine amtliche Prüfungsnummer zugeteilt worden ist. Das setzt unter anderem voraus, dass der Wein in Aussehen, Geruch und Geschmack frei von Fehlern ist. Hierzu wird eine Sinnenprüfung durch eine Kommission aus mehreren Sachverständigen durchgeführt. Dabei muss der Wein in den Merkmalen Geruch, Geschmack und Harmonie jeweils mindestens 1,5 Punkte und im Durchschnitt der Bewertungen für alle drei Merkmale - als sog. Qualitätszahl - 1,50 Punkte erzielen. Dies alles ist näher in [§ 19](#) und [§ 20](#) WeinG geregelt.

Winzer W wendet sich gegen die Ablehnung der Zuteilung einer Prüfnummer durch die Weinprüfungskommission: Diese sei zu Unrecht bei ihrer Prüfung zu dem Ergebnis gekommen sei, dass der zu verkostende Wein in Aussehen, Geruch und Geschmack nicht frei von Fehlern sei. Das Gericht möge dies doch selbst beurteilen oder einen Sachverständigen mit der Weinprüfung beauftragen.

# 1. Einstiegsfall: Beurteilungsspielraum der Weinprüfungskommission

[BVerwG, 3 C 8.06 v. 16.5.2007](#) = BVerwGE 129, 27 ff.: Ein sachlicher Grund für die Einräumung eines Beurteilungsspielraums liegt vor (**Folie 1 von 3**):

„28. Die Entscheidung, ob ein Wein die sensorischen Voraussetzungen für einen Qualitätswein b.A. erfüllt, erfordert hohe Sachkunde, die nur durch fachliche Schulung sowie langjährige Erfahrung gewonnen werden kann. Deshalb kann sie regelmäßig nicht ohne Hinzuziehung von Sachverständigen getroffen werden; das gilt für die Behörde wie für ein Gericht. Auch Sachverständige können ihre Beurteilung von subjektiv-wertenden Elementen nicht völlig freihalten. Das rechtfertigt es - legt es sogar nahe -, die Prüfung nicht einem einzelnen Sachverständigen, sondern einem mehrköpfigen Gremium anzuvertrauen, damit Subjektivismen weitgehend neutralisiert werden und die Entscheidung insgesamt versachlicht wird. Schließlich mögen subjektive Wertungen auch von der Funktion oder Rolle abhängig sein, die der einzelne Sachverständige im Weinmarkt einnimmt, indem er sich eher den Erzeugern, den Verbrauchern oder der staatlichen Aufsicht zugehörig fühlt. Mit Rücksicht hierauf empfiehlt sich, das Sachverständigenkollegium entsprechend pluralistisch zusammenzusetzen.“

# 1. Einstiegsfall: Beurteilungsspielraum der Weinprüfungskommission

[BVerwG, 3 C 8.06 v. 16.5.2007](#) = BVerwGE 129, 27 ff.: (Folie 2 von 3):

„36. [...] Die behördliche Entscheidung, ob ein Wein den sensorischen Anforderungen entspricht, wäre im gerichtlichen Verfahren in ihrem sachlich-fachlichen Kern [...] nicht überprüfbar. Zum einen gilt der Umstand, dass die Behörde die eigentliche Prüfungsentscheidung aus zwingenden sachlichen Gründen nicht selbst treffen kann, sondern einem Sachverständigen (oder einer Sachverständigenkommission) überlassen muss, in gleicher Weise für das Gericht: Auch das Gericht könnte, wenn der zuständige Richter nicht zufällig selbst Weinkenner ist, die eigentliche Prüfungsentscheidung nicht selbst treffen oder auch nur selbst nachvollziehen, sondern müsste sie einem (oder mehreren) Sachverständigen anvertrauen; der Grundsatz des Prozessrechts, dass die Beweisaufnahme dem Gericht selbst obliegt und dass ein Sachverständigengutachten dem Gericht lediglich die Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen vermittelt, ließe sich hier nicht einmal ansatzweise verwirklichen. Zum anderen ist **in Rechnung zu stellen, dass Wein sich verändert**. Die behördliche Prüfungsentscheidung lässt sich daher mit zunehmendem zeitlichem Abstand immer weniger nachvollziehen. Auch aus diesem Grunde könnte die behördliche Entscheidung in ihrem sachlich-fachlichen Kern im Prozess nur bedingt - und mit zunehmender Prozessdauer immer weniger - nachgeprüft werden.“

# 1. Einstiegsfall: Beurteilungsspielraum der Weinprüfungskommission

[BVerwG, 3 C 8.06 v. 16.5.2007](#) = BVerwGE 129, 27 ff.: (Folie 3 von 3):

„38. Die behördliche Entscheidung, dass ein Wein den Anforderungen an Aussehen, Geschmack und Geruch nicht entspricht, unterliegt mithin nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle. Das Gericht hat zu überprüfen, ob die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten worden sind, ob die Behörde bzw. ihre Prüfungskommission von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, ob sie ferner den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat, ob sie sich des weiteren bei der eigentlichen Beurteilung an allgemein gültige Wertungsmaßstäbe gehalten und schließlich das Willkürverbot nicht verletzt hat [...].“

Voller gerichtlicher Kontrolle unterliegt also z. B.

- das richtige Verständnis von [§ 19](#) und [§ 20](#) WeinG
- ob die Kommission den Wein tatsächlich verkostet und bewertet hat, für den eine Prüfnummer beantragt worden war
- ob unsachliche Kriterien (Befangenheit) angewandt worden, die Bewertungsbögen falsch ausgefüllt und die Punktzahlen falsch zusammengerechnet worden sind



## 2. Beurteilungsspielräume bei (berufsbezogenen) Prüfungen

**Fall 2** : Kann ein Gericht bei der Prüfung der Entscheidung, ob eine Examensklausur in der ersten oder zweiten juristischen (Staats-)Prüfung anhand der Verordnung über eine Noten- und Punkteskala für die erste und zweite juristische Prüfung von den Prüfern zutreffend mit 6 Punkten als eine Leistung bewertet wurde, „die trotz ihrer Mängel durchschnittlichen Anforderungen noch entspricht“, seine Auffassung von der „richtigen“ Bewertung der Klausur an die Stelle der Bewertung der vom juristischen Prüfungsamt bestellten Prüfer setzen?

# Verordnung über eine Noten- und Punkteskala für die erste und zweite juristische Prüfung

## § 1 Notenstufen und Punktzahlen

Die einzelnen Leistungen sind mit einer der folgenden Noten und Punktzahlen zu bewerten:

sehr gut	eine besonders hervorragende Leistung	= 16 bis 18 Punkte
gut	eine erheblich über den durchschnittlichen Anforderungen liegende Leistung	= 13 bis 15 Punkte
vollbefriedigend	eine über den durchschnittlichen Anforderungen liegende Leistung	= 10 bis 12 Punkte
befriedigend	eine Leistung, die in jeder Hinsicht durchschnittlichen Anforderungen entspricht	= 7 bis 9 Punkte
ausreichend	eine Leistung, die trotz ihrer Mängel durchschnittlichen Anforderungen noch entspricht	= 4 bis 6 Punkte
mangelhaft	eine an erheblichen Mängeln leidende, im ganzen nicht mehr brauchbare Leistung	= 1 bis 3 Punkte
ungenügend	eine völlig unbrauchbare Leistung	= 0 Punkte.

## 2. Beurteilungsspielräume bei (berufsbezogenen) Prüfungen

### Lesenswerte Entscheidungen zum Beurteilungsspielräumen und Gerichtskontrolle bei Prüfungsentscheidungen:

- BVerfG, 1 BvR 419/81 und 213/83 v. 17.4.1991 = [BVerfGE 84, 34, 50 ff.](#);
- [BVerwG, 6 B 36/11 v. 8.3.2012, Abs. 4 ff.](#) = NJW 2012, 2054 ff. (Bewertung mit „ungenügend“)
- [BVerwG, 6 B 71/17 v. 5.3.2018](#) = NJW 2018, 2142 f. (gute Darstellung der Rechtsprechungsgrundsätze – nächste Folien)

## 2. Beurteilungsspielräume bei (berufsbezogenen) Prüfungen

[BVerwG, 6 B 71/17 v. 5.3.2018](#) = NJW 2018, 2142 f. (Folie 1 von 3)

8. [...] Leistungsbewertungen [in berufsbezogenen Prüfungen] obliegen ausschließlich den dafür bestimmten Prüfern, die diese Aufgabe eigenständig und unabhängig wahrzunehmen haben. [...]. Die Prüfertätigkeit lässt sich aufgrund ihrer Komplexität weitgehend nicht durch allgemeingültige Regeln erfassen. Vielmehr nimmt der jeweilige Prüfer die Bewertung anhand von Maßstäben vor, die er in Bezug auf die konkrete Prüfungsaufgabe autonom erstellt. Sie beruhen auf einem Bezugssystem, das vor allem durch seine persönlichen Erfahrungen, Einschätzungen und Vorstellungen gebildet wird. **Diese Maßstäbe muss der Prüfer aus Gründen der Chancengleichheit auf die Bewertung aller Bearbeitungen derselben Prüfungsaufgabe anwenden.** Auf ihrer Grundlage trifft er eine Vielzahl fachlicher und prüfungsspezifischer Wertungen; diese Wertungen setzt er nach der Bedeutung, die er ihnen aufgabenbezogen beimisst, in ein Verhältnis zueinander. Aufgrund der Gewichtung der einzelnen Vorzüge und Nachteile der Prüfungsleistung und deren Vergleich mit anderen Bearbeitungen vergibt der Prüfer die Note, d.h. er ordnet die Prüfungsleistung in eine normativ vorgegebene Notenskala ein [...].“

## 2. Beurteilungsspielräume bei (berufsbezogenen) Prüfungen

[BVerwG, 6 B 71/17 v. 5.3.2018](#) = NJW 2018, 2142 f. (Folie 2 von 3)

„9. Die Eigenart dieses Bewertungsvorgangs und die dabei zu beachtenden Anforderungen des Gebots der Chancengleichheit machen es notwendig, den Prüfern einen Bewertungsspielraum zuzuerkennen, dessen Wahrnehmung nur einer zurückgenommenen verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung unterliegt. Der **Bewertungsspielraum erstreckt sich jedoch nicht auf fachliche Wertungen des Prüfers**, d.h. auf dessen Entscheidungen über die fachliche Richtigkeit konkreter Ausführungen des Prüfungsteilnehmers. Hierbei handelt es sich um Stellungnahmen zu Fachfragen, die einer fachwissenschaftlichen Erörterung zugänglich sind. Deren Bewertung hängt davon ab, ob die vom Prüfungsteilnehmer vertretene Auffassung nach dem Stand der Fachwissenschaft vertretbar ist. Dieser objektive Bewertungsmaßstab tritt für die Beantwortung von Fachfragen an die Stelle der autonomen Einschätzung des Prüfers. Der Prüfer muss den Maßstab beachten; er darf fachlich vertretbare Antworten nicht als falsch bewerten. Die Verwaltungsgerichte haben nachzuprüfen, ob der Prüfer diesen Maßstab beachtet, d.h. eine fachlich richtige oder doch vertretbare Bemerkung nicht als falsch bewertet hat.“

## 2. Beurteilungsspielräume bei (berufsbezogenen) Prüfungen

[BVerwG, 6 B 71/17 v. 5.3.2018](#) = NJW 2018, 2142 f. (Folie 3 von 3)

„10. Ein derartiger genereller Maßstab fehlt bei den Wertungen, die sich damit befassen, wie der Prüfungsteilnehmer die Anforderungen der konkreten Prüfungsaufgabe bewältigt hat. Sie beruhen auf dem autonomen Bezugssystem des jeweiligen Prüfers. Solche prüfungsspezifischen Wertungen sind die Bestimmung des Schwierigkeitsgrades der Aufgabe sowie die Bewertung der Überzeugungskraft der Argumente, des Aufbaus der Darstellung und der Folgerichtigkeit des Begründungsgangs. Prüfungsspezifisch sind auch die Gewichtungen der einzelnen fachlichen und prüfungsspezifischen Wertungen; d.h. die Bestimmung ihrer Bedeutung für die Notenvergabe. Hierfür muss sich der Prüfer darüber klar werden, welche durchschnittlichen Anforderungen er an eine Prüfungsleistung stellt. **In Bezug auf prüfungsspezifische Wertungen sind die Verwaltungsgerichte darauf beschränkt nachzuprüfen, ob der Prüfer die Prüfungsleistung vollständig und richtig zur Kenntnis genommen hat, sachwidrige Erwägungen in die Bewertung hat einfließen lassen, seine autonomen Bewertungsmaßstäbe einheitlich angewandt und allgemeingültige Bewertungsgrundsätze beachtet hat.** Schließlich müssen die prüfungsspezifischen Wertungen und Gewichtungen nachvollziehbar sein; sie dürfen insbesondere keine inhaltlichen Widersprüche enthalten [...].“

### 3. Beurteilungsspielräume bei Risikoabschätzungen und Prognoseentscheidungen

**Fall 3:** Nach [§ 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG](#) darf eine atomrechtliche Genehmigung „nur erteilt werden, wenn [...] die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage getroffen ist.“ In welchem Umfang hat das Gericht zu überprüfen, ob die Behörde von einem zutreffendem Maß der „erforderlichen Vorsorge“ ausgegangen ist?

Siehe hierzu:

- BVerwG, 7 C 65/82 v. 19.12.1985 = [BVerwGE 72, 300, 315 ff.](#)
- [BVerwG, 7 C 1/11 v. 22.3.2012, Abs. 20 ff.](#) = BVerwGE 142, 159 Abs. 20 ff. (nächste Folie):

### 3. Beurteilungsspielräume bei Risikoabschätzungen und Prognoseentscheidungen

[BVerwG, 7 C 1/11 v. 22.3.2012, Abs. 20 ff.](#) = BVerwGE 142, 159, Abs. 20 ff.:

„20. [...]. Die Exekutive ist für die Risikoermittlung und -bewertung, also auch für die Entscheidung über Art und Ausmaß von Risiken, die hingenommen oder nicht hingenommen werden, allein verantwortlich. Die Gerichte sind darauf beschränkt zu überprüfen, ob die der behördlichen Beurteilung zugrunde liegende Risikoermittlung und -bewertung auf einer ausreichenden Datenbasis beruht und dem Stand von Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt der Behördenentscheidung Rechnung trägt, die Behörde also im Hinblick auf die Ergebnisse des von ihr durchgeführten Genehmigungsverfahrens "diese Überzeugung von Rechts wegen haben durfte" [...]. **Der Funktionsvorbehalt zu Gunsten der Genehmigungsbehörde betrifft vor allem den Inhalt der Risikoabschätzung, der letztlich nur politisch verantwortet werden kann. Sind die Ermittlungen nach dem Stand von Wissenschaft und Technik ausreichend und hat sie die Behörde ihren Bewertungen zugrunde gelegt, so muss sich das Gericht bei der Prüfung, ob diese Bewertungen hinreichend vorsichtig sind, wegen des Funktionsvorbehalts auf eine Willkürkontrolle beschränken. [...]**“



### 3. Beurteilungsspielräume bei Risikoabschätzungen und Prognoseentscheidungen

**Problem fehlender wissenschaftlich gesicherten Vorgaben für bestimmte naturschutzfachliche Bewertungen**

[BVerwG, 7 C 40/11 v. 21.11.2013](#) = NVwZ 2014, 524 f.

„16. Vor dem Hintergrund, dass ökologische Fragestellungen noch in weitem Umfang keine eindeutigen, in den einschlägigen Fachkreisen allgemein anerkannten Antworten gefunden haben, kann dies nur als Ermächtigung verstanden werden, die artenschutzrechtliche Prüfung in Würdigung des jeweiligen naturschutzfachlichen Meinungsstandes eigenverantwortlich vorzunehmen. Damit hat der Gesetzgeber den Zulassungsbehörden, soweit anerkannte naturschutzfachliche Maßstäbe fehlen, eine sachlich gerechtfertigte Einschätzungsprärogative eingeräumt, der - mangels vollständig determinierender Handlungs- und Kontrollmaßstäbe - eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle korrespondiert [...].

17 [...]. Die Zulassungsbehörde hat bei der Prüfung der Verbotstatbestände eine vorausschauende Risikoermittlung und -bewertung zu leisten. **Dabei werden ihr - wie ausgeführt - Einschätzungen und Beurteilungen auch zu Fragen abverlangt, die in der Fachwissenschaft ungeklärt oder umstritten sind. Nur für diese spezifische Verwaltungsaufgabe ist die Beurteilungsermächtigung eingeräumt [...]**“

### 3. Beurteilungsspielräume bei Risikoabschätzungen und Prognoseentscheidungen

**Problem fehlender wissenschaftlich gesicherten Vorgaben für bestimmte naturschutzfachliche Bewertungen**

[BVerwG, 4 C 1/15 v. 7.4.2016, Abs. 24](#) = BVerwGE 154, 377, Abs. 24

„Die Funktionsgrenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit [...] wären überschritten, wollte man den Verwaltungsgerichten [...] abverlangen, sich zwischen vertretbaren wissenschaftlichen Positionen zu entscheiden [...]. **Es ist weder Aufgabe der Verwaltungsgerichte, wissenschaftliche Streitfragen zu entscheiden, noch eine solche Entscheidung durch die Erteilung von Forschungsaufträgen zu ermöglichen oder zu fördern. [...]**“

### 3. Beurteilungsspielräume bei Risikoabschätzungen und Prognoseentscheidungen

**Problem fehlender wissenschaftlich gesicherten Vorgaben für bestimmte naturschutzfachliche Bewertungen**

Neuere Entwicklung: [BVerfG, 1 BvR 2523/13 und 1 BvR 595/14 v. 23.10.2018](#) = BVerfGE 149, 407 ff.

#### **Leitsätze:**

- 1. Stößt die gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes naturschutzfachlicher Wissenschaft und Praxis, zwingt Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen, sondern erlaubt ihm, seiner Entscheidung insoweit die plausible Einschätzung der Behörde zu der fachlichen Frage zugrunde zu legen. Die Einschränkung der Kontrolle folgt hier nicht aus einer der Verwaltung eingeräumten Einschätzungsprärogative und bedarf nicht eigens gesetzlicher Ermächtigung.**
- 2. In grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber Verwaltung und Gerichten nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ übertragen, sondern muss jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen.**

### 3. Beurteilungsspielräume bei Risikoabschätzungen und Prognoseentscheidungen

#### Problem fehlender wissenschaftlich gesicherten Vorgaben für bestimmte naturschutzfachliche Bewertungen

Zu den Auswirkungen von [BVerfG, 1 BvR 2523/13 und 1 BvR 595/14 v. 23.10.2018](#)  
= BVerfGE 149, 407 ff. für die Lehre vom Beurteilungsspielräumen und den  
Regelungsbefugnissen des Gesetzgebers

- *Gassner*, DVBl. 2019, 1370 ff.
- *Reinhardt*, NVwZ 2019, 195 ff.
- *Sachs*, DVBl. 2020, 311 ff.

### 3. Beurteilungsspielräume bei Risikoabschätzungen und Prognoseentscheidungen

**Fall 4:** Der Deutsche Wetterdienst wendet sich gegen die Errichtung einer Windenergieanlage, weil sie i. S.d. [§ 35 Abs. 3 Nr. 8 BauGB](#) die Funktionsfähigkeit von Funkstellen und Radaranlagen störe?

[BVerwG, 4 C 2/16 v. 22.9.2016, Abs. 30 ff.](#) = BVerwGE 156, 148 Abs. 30 ff.:

Dass die Beantwortung einer Rechtsfrage naturwissenschaftlichen Sachverstand voraussetzt, führt jedoch für sich allein nicht zu einem Beurteilungsspielraum:

„36. Von einer [einen Beurteilungsspielraum rechtfertigenden] Situation wissenschaftlicher Unsicherheit ist das Obergericht [im Fall des [§ 35 Abs. 3 Nr. 8 BauGB](#)] nicht ausgegangen. Eine ungesicherte fachwissenschaftliche Erkenntnislage hat es weder hinsichtlich der windenergieanlagenbedingten technischen Beeinflussung der Wetterradaranlage noch hinsichtlich der maßgeblichen Abläufe bei der Erstellung der Warnprodukte des DWD angenommen. Mit Verfahrensrügen sind diese tatrichterlichen Feststellungen nicht angegriffen; der Senat hat sie deshalb seiner Entscheidung als bindend zugrunde zu legen [...]“

### 3. Beurteilungsspielräume bei Risikoabschätzungen und Prognoseentscheidungen

Anerkannt sind Beurteilungsspielräume auch im neuen „Wirtschaftsregulierungsrecht“ etwa bei **Marktdefinitionen und Marktanalysen** durch die Bundesnetzagentur, wobei dies teilweise auch mit unionsrechtlichen Vorgaben begründet wird: [BVerwG, 6 C 38/07 v. 29.10.2008, Abs. 16 ff.](#) = NVwZ 2009, 653 ff.; [BVerwG, 6 C 50/15 v. 17.8.2016, Abs. 22 ff.](#) = BVerwGE 156, 75, Abs. 22 ff.

Siehe aber auch zu Prognosespielräumen der (unabhängiger) Landesmedienanstalten bezüglich der Zusammenschlusskontrolle: [BVerwG, 6 C 42/16 v. 31.5.2017, Abs. 20 ff.](#) = NVwZ-RR 2017, 897, Abs. 20 ff.:

„Die Beklagte hat [...] zu beurteilen, wie sich die Auswahl eines bestimmten Bewerbers und seines Programms sowie die Zuteilung von Übertragungskapazitäten auf die Meinungsvielfalt im Versorgungsgebiet auswirken werden. Diese Beurteilung erstreckt sich auf komplexe Interessenverhältnisse und Zielkonflikte, denen Sachverhalte ökonomischer, gesellschaftlicher und kultureller Art zugrunde liegen. Dabei kommt es in entscheidendem Maße auf Wertungen, Prognosen und Abwägungen an. Die Entscheidung enthält auch gestaltende Elemente. **Sie kann in Anbetracht all dessen nicht allein durch die Kategorien von falsch und richtig erfasst werden**, so dass die Kompetenzzuweisung an den plural zusammengesetzten Medienrat der Beklagten sachgerecht erscheint.“

### 3. Beurteilungsspielräume bei Risikoabschätzungen und Prognoseentscheidungen

**Fall 5:** Nach [§ 35 Abs. 1 Satz 1 GewO](#) ist die „Ausübung eines Gewerbes [...] von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche **die Unzuverlässigkeit** des Gewerbetreibenden [...] dartun.“

Nach ständiger Rechtsprechung ist „unzuverlässig ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt“ ([BVerwG, 1 C 146.80 v. 2.2.1982](#) = BVerwGE 65, 1 f.). Voraussetzung für das Unzuverlässigkeitsverdikt ist nach ständiger Rechtsprechung das Vorliegen bestimmter Tatsachen, d.h. Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die als Prognosegrundlage dienen können.

Ist der Behörde bei der Entscheidung, ob ein Gewerbetreibender unzuverlässig ist, weil er in der Vergangenheit bestimmte Straftaten begangen hat, ein Beurteilungsspielraum eingeräumt?

### 3. Beurteilungsspielräume bei Risikoabschätzungen und Prognoseentscheidungen

Keine Beurteilungsspielräume werden (soweit ersichtlich) anerkannt bei **Prognosen über individuelles menschliches Verhalten**, so auch nicht bei der Beurteilung der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit (wie im **Fall 5**)

[BVerwG, 3 C 33/03 v. 15.7.2004, Abs. 19](#) = NVwZ 2005, 453, 454:

„[Bei § 35 GewO] ist anerkannt, dass die Annahme der Behörde, der Gewerbetreibende sei unzuverlässig, gerichtlich voll überprüfbar ist [...]. Im Berufsrecht ist die Frage der persönlichen Eignung – zu der auch das Erfordernis der Zuverlässigkeit rechnet – in erster Linie unter dem Aspekt der Gefahrenabwehr zu würdigen [...]. **Daher ist bei Gewerbeuntersagungen sowie bei Erteilung und Widerruf von personengebundenen Konzessionen – und damit auch hier – für eine Beurteilungsermächtigung kein Raum, selbst wenn die Beurteilung der Zuverlässigkeit auch ein prognostisches Element beinhaltet.**“

Prognosemaßstab ist bei der Zuverlässigkeit letztlich eine auf Alltagswissen beruhende Einschätzung, die zum Schutz der Gewerbetreibenden vollständig gerichtlich kontrolliert werden muss. Der Behörde steht insoweit auch kein „Erfahrungsvorsprung“ gegenüber den Gerichten zu.



## 4. Beurteilungsspielräume in Zusammenhang mit Kunst, Medienfreiheit und Jugendschutzanforderungen

**Fall 6:** Nach [§ 18 Abs. 1 JuSchG](#) sind Medien, die geeignet sind, die Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen oder ihre Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu gefährden, von der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien in eine Liste jugendgefährdender Medien aufzunehmen. Dazu zählen vor allem unsittliche, verrohend wirkende, zu Gewalttätigkeit, Verbrechen oder Rassenhass anreizende Medien. Ein Medium darf nach [§ 18 Abs. 3 JuSchG](#) nicht in die Liste aufgenommen werden, wenn es u. a. „der Kunst dient“. Rechtsfolge der Aufnahme in die Liste sind nach [§ 18 Abs. 3 JuSchG](#) bestimmte Verbreitungsverbote nach [§ 15 JuSchG](#).

Über die Aufnahme in die Liste entscheidet nach [§ 19 JuSchG](#) ein Kollegialorgan, die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien, die sich aus Vertretern der Kunst, Literatur, des Buchhandels, der Verlegerschaft, der Träger der freien und öffentlichen Jugendhilfe, der Lehrerschaft und der Religionsgemeinschaften zusammensetzt, die Körperschaft des öffentlichen Rechts sind. Kann die Entscheidung dieses Gremiums, ob ein Werk „jugendgefährdend“ ist, „Kunst“ ist oder der „Kunst dient“ gerichtlich kontrolliert werden?

## 4. Beurteilungsspielräume in Zusammenhang mit Kunst, Medienfreiheit und Jugendschutzanforderungen

Entscheidung nach ([§ 18 JuSchG](#)) war früher Standardbeispiel für die Einräumung von Beurteilungsspielräumen, u. a. mit dem Argument, dass Entscheidungen von „pluralistisch zusammengesetzten Gremien“ wie der Bundesprüfstelle in einem Gerichtsverfahren kaum nachvollzogen werden können.

- Heute besteht Einigkeit, dass die pluralistische Zusammensetzung eines Gremiums allein nicht rechtfertigt, diesem Gremien bei seinen Entscheidungen einen Beurteilungsspielraum einzuräumen – hinzutreten muss eine **besondere Komplexität der Entscheidungsfindung**  
[BVerwG, 6 C 17/14 v. 15.10.2015, Abs. 37](#) = BVerwGE 153, 129 Abs. 37 verneint eine solche Komplexität etwa für rundfunkaufsichtsrechtliche Entscheidung, ob ein Fernsehsender die Gebote der Trennung von Werbung und Programm einhält.
- Mittlerweile ist auch geklärt, dass allein die Schwierigkeiten der Bestimmung, was „Kunst“ und was „jugendgefährdend“ ist und was „der Kunst dient“, keinen Beurteilungsspielraum rechtfertigt. Diese Fragen seien einer Klärung durch Sachverständige (und damit einer gerichtlichen Überprüfung) zugänglich. „Pluralistisch zusammengesetzten Gremien“ komme insoweit keine besondere Expertise zu (**nächste Seite**)
- In den Bereichen Kunst, Medienfreiheit, Jugendschutz dürften daher heute i.d.R. kaum noch Beurteilungsspielräume anerkannt werden

## 4. Beurteilungsspielräume in Zusammenhang mit Kunst, Medienfreiheit und Jugendschutzanforderungen

Rechtsprechungsentwicklung zu Beurteilungsspielräumen im Bereich Kunst, Medienfreiheit und Jugendschutzanforderungen (hierzu *Kenkmann*, DÖV 2020, 565 ff.).

- BVerfG, 1 BvR 402/87 v. 27.11.1990 = [BVerfGE 83, 130, 146 ff.](#) („Josephine-Mutzenbacher“): Kein Beurteilungsspielraum der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien bei der Abgrenzung zwischen Pornographie und Kunst
- [VGH München, 7 BV 09.2512 v. 23.3.2011, Abs. 38 ff.](#) = NJW 2011, 2678, 2681 („I want a famous face“): Kein Beurteilungsspielraum der Kommission für Jugendschutz (KJM) – eine der Bundesprüfstelle ähnliche Kommission zur Aufsicht über das Privatversehen - hinsichtlich der Frage, ob Angebote geeignet sind, die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen zu beeinträchtigen
- [BVerwG, 6 C 10/15 v. 31.5.2017, Abs. 33 ff.](#) = NVwZ-RR 2017, 946 Abs. 33 ff.: Wertungen der KJM sind (nur) als sachverständige Aussagen zu verstehen, die vor Gericht in Zweifel gezogen werden können.
- [BVerwG, 6 C 18/18 v. 30.10.2019](#) = NJW 2020, 785 ff. („Bushido“): Endgültige Verabschiedung der Idee vom Beurteilungsspielraums für die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien

## 4. Beurteilungsspielräume in Zusammenhang mit Kunst, Medienfreiheit und Jugendschutzanforderungen

Im Medienrecht gibt es aber nach wie vor Beurteilungsspielräume bei **ökonomisch-sozialpolitischen Prognosen**:

[BVerwG, 6 C 16.09 v. 24.11.2010](#) = BVerwGE 138, 186 ff. (betreffend der Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Fernsehen)

„42. [...]. Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverwaltungsgericht dem Gesetz unter anderem dann eine Beurteilungsermächtigung für die Exekutive entnommen, wenn der von ihr zu treffenden Entscheidung **in hohem Maße wertende Elemente anhaften** und das Gesetz für sie deshalb ein besonderes Verwaltungsorgan für zuständig erklärt, das mit besonderer fachlicher Legitimation in einem besonderen Verfahren entscheidet, **zumal wenn es sich um ein Kollegialorgan handelt, das mögliche Auffassungsunterschiede bereits in sich zum Ausgleich bringt und die zu treffende Entscheidung damit zugleich versachlicht** [...]. Das ist hier der Fall. Die Beurteilung einer vorherrschenden Meinungsmacht nach § 26 RStV hängt [...], bei geringer gesetzlicher Determiniertheit von einer komplexen Bewertung ab, die die besonders sachverständigen (§ 35 Abs. 3 RStV) und an Weisungen nicht gebundenen (§ 35 Abs. 6 Satz 1 RStV) Mitglieder der KEK in einem dafür eigens vorgesehenen Verfahren durch Mehrheitsbeschluss (§ 37 Abs. 1 RStV) vorzunehmen haben.“

## 5. Beurteilungsspielräume bei der Bewertung der „Eignung“ von Personen, Sachen und Dienstleistungen für den Behördenbedarf

Die „Beschaffung“ von Personal und Gegenständen durch die Verwaltung ist rechtlich gebunden, z. B.

- [Art. 33 Abs. 2](#) GG: „ Jeder Deutsche hat nach seiner **Eignung**, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte“
- [§ 122 Abs. 1](#) GWB: „Öffentliche Aufträge werden an **fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen** vergeben, die nicht nach den §§ 123 oder 124 ausgeschlossen worden sind.“
- [§ 127 Abs. 1](#) GWB: „ Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.“

Die Rechtsprechung nimmt in diesen Fällen i.d.R. einen Beurteilungsspielraum dahingehend an, ob die Person oder die angebotene Leistung die Bedürfnisse erfüllt, für die sie eingestellt bzw. eingekauft werden sollen.

## 5. Beurteilungsspielräume bei der Bewertung der „Eignung“ von Personen, Sachen und Dienstleistungen für den Behördenbedarf

Ist eine Person i.S.d. „Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung“ der beste Bewerber für eine Einstellung / Beförderung im öffentlichen Dienst (Art. 33 Abs. 2 GG)?

[BVerfG, 2 BvR 1436/02 v. 24.9.2003, Abs. 35](#) = [BVerfGE 108, 282, 296](#):

„Die Beurteilung der Eignung eines Bewerbers für das von ihm angestrebte öffentliche Amt durch den Dienstherrn bezieht sich auf die künftige Amtstätigkeit des Betroffenen und enthält zugleich eine Prognose, die eine konkrete und einzelfallbezogene **Würdigung der gesamten Persönlichkeit des Bewerbers** verlangt. [...]. Sie umfasst auch eine vorausschauende Aussage darüber, ob der Betreffende die ihm in dem angestrebten Amt obliegenden beamtenrechtlichen Pflichten erfüllen wird. Bei diesem prognostischen Urteil steht dem Dienstherrn ein weiter Beurteilungsspielraum zu; die Nachprüfung durch die Fachgerichte beschränkt sich im Wesentlichen darauf, ob der Dienstherr von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, den beamten- und verfassungsrechtlichen Rahmen verkennt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat. [...].“

## 5. Beurteilungsspielräume bei der Bewertung der „Eignung“ von Personen, Sachen und Dienstleistungen für den Behördenbedarf

Ein Beurteilungsspielraum wird auch anerkannt

- bei der Entscheidung nach [§ 14 Abs. 3 SÜG](#), ob bei einer Person ein Sicherheitsrisiko vorliegt, das einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit dieser Person (z. B. beim BND) entgegen steht ([BVerwG, 2 A 9/14 v. 17.9.2015, Abs. 21 ff.](#) = BVerwGE 153, 36 Abs. 21 ff.)
- bei zahlreichen **vergaberechtlichen Bewertungsentscheidungen** (zusammenfassend *Brückner*, LKV 2015, 534 ff.; ferner *Gerlach*, VergabeR, 2020, 451 ff. [mit etwas anderem rechtlichen Ansatz])

## 5. Beurteilungsspielräume bei der Bewertung der „Eignung“ von Personen, Sachen und Dienstleistungen für den Behördenbedarf

[OLG Düsseldorf, Verg 6/19 v. 16.10.2019](#) = VergabeR 2020, 842 ff.

„107. Grundlage für den Zuschlag ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt (§ 127 Abs. 1 S. 2 GWB). Bei der Wertung der Angebote genießt der öffentliche Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum, der von den Nachprüfungsinstanzen nur dahin überprüfbar ist, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen wurde, keine sachwidrigen Erwägungen für die Entscheidung herangezogen wurden und nicht gegen allgemein gültige Bewertungsgrundsätze verstoßen wurde. Auch wenn dem öffentlichen Auftraggeber bei der Bewertung und Benotung ein Beurteilungsspielraum zusteht, sind seine diesbezüglichen Bewertungsentscheidungen insbesondere auch daraufhin überprüfbar, ob die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden [...]. Bei seiner Überprüfung berücksichtigt der Senat analog § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 Abs. 1 S. 3 GWB sämtliche in der Vergabedokumentation enthaltenen und der Entscheidung der Antragsgegnerin zugrundeliegenden Tatsachen, auch soweit diese wegen ihrer Geheimhaltungsbedürftigkeit der Antragstellerin nicht offenbart werden durften [...].“



## C) Ermessen und Ermessensgrenzen (§ 40 VwVfG, § 114 S. 1 VwGO)

[BVerwG, 6 C 2/18 v. 27.3.2019](#) = NVwZ 2019, 1126

„10. [...]. Für eine Ermessensentscheidung ist kennzeichnend, dass die Behörde zwischen mehreren rechtlich zulässigen, weil von der Bandbreite des Ermessensspielraums gedeckten Handlungsalternativen wählen kann. Die Verwaltungsgerichte prüfen diese Auswahlentscheidungen nur eingeschränkt nach Maßgabe des [§ 114 Satz 1 VwGO](#) nach. Insbesondere sind sie daran gehindert, ihre eigenen Auswählerwägungen an die Stelle derjenigen der Behörde zu setzen. [...].“

## C) Ermessen und Ermessensgrenzen (§ 40 VwVfG, § 114 S. 1 VwGO)

### § 40 VwVfG

#### Ermessen

Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

### § 114 VwGO

Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts **rechtswidrig ist**, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist. [...].

§ 40 VwVfG und § 114 Satz 1 VwGO normieren **allgemeine Rechtsgrundsätze** (hierzu **§ 3 A II 2 des Kurses**), die immer greifen, wenn der Verwaltung Ermessen eingeräumt ist

## C) Ermessen und Ermessensgrenzen (§ 40 VwVfG, § 114 S. 1 VwGO)

Gebundene Verwaltung	Ermessen
<b>Wenn der gesetzliche Tatbestand vorliegt...</b>	
<ul style="list-style-type: none"><li>• ... <b>muss</b> die Verwaltung die gesetzlich angeordnete Maßnahme treffen</li><li>• Der Behörde steht kein Entscheidungsspielraum zu</li><li>• Ausnahmen, etwa in Härtefällen, sind nur zulässig, wenn gesetzlich ausdrücklich vorgesehen</li><li>• Wenn die Behörde die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge nicht herbeiführt, ist dies rechtswidrig, egal aus welchen Gründen dies erfolgt</li><li>• Wenn die Behörde die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge herbeiführt, ist dies rechtmäßig, egal aus welchen Gründen dies erfolgt</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• ... <b>darf/kann</b> die Verwaltung bestimmte Maßnahmen treffen, muss es aber nicht</li><li>• kann die Verwaltung u. U. zwischen verschiedenen Maßnahmen auswählen</li><li>• Behördliche Entscheidung, ob und wie gehandelt wird, ist eine gerichtlich nicht zu überprüfende Frage der <b>Zweckmäßigkeit</b></li><li>• <a href="#">§ 40</a> VwVfG und <a href="#">§ 114 Satz 1</a> VwGO beschreiben die „Ermessensgrenzen, bei deren Überschreitung die Entscheidung „ermessensfehlerhaft“ (= rechtswidrig wird)</li></ul>

## **C) Ermessen und Ermessensgrenzen (§ 40 VwVfG, § 114 S. 1 VwGO)**

- I. Begriff, Wesen, Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Ermessensentscheidungen**
- II. Ermessensfehler wegen Nichterfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen der Ermessensermächtigung**
- III. Ermessensfehler wegen einem nicht dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Gebrauch des Ermessens (§ 40 Alt. 1 VwVfG, § 114 Satz 1 Alt. 2 VwGO)**
- IV. Ermessensfehler wegen Nichtbeachtung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens (§ 40 Alt. 2 VwVfG, § 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO)**
- V. Exkurs: „Scheinermessen“ auf der Tatbestandsseite**

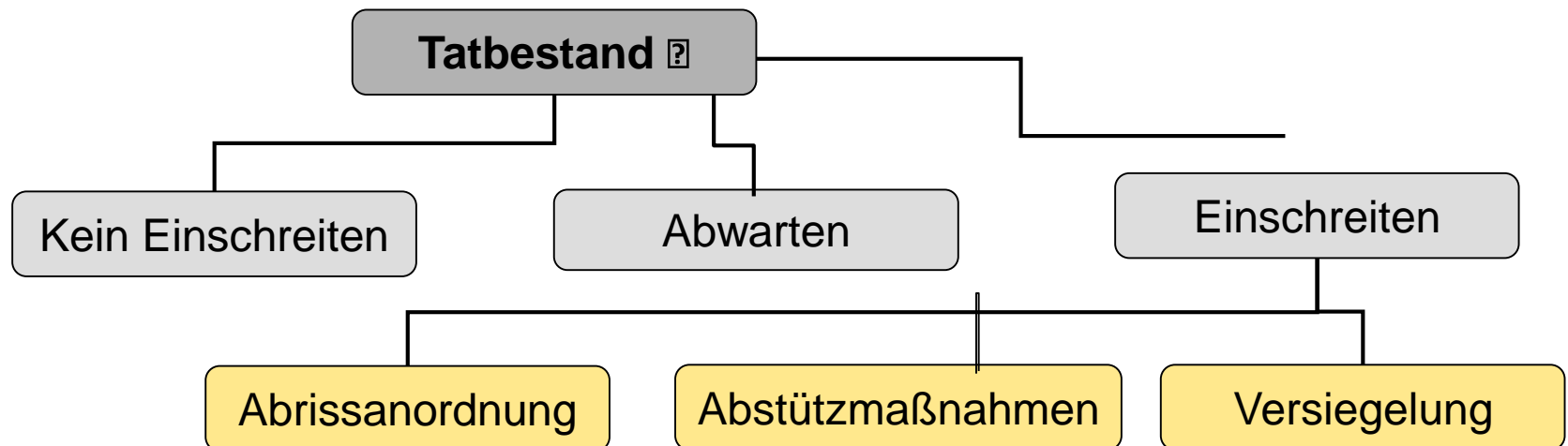
# I. Begriff, Wesen, Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Ermessensentscheidungen

Beispiel für eine gesetzliche Ermächtigung, die der Behörde Ermessen einräumt, und die sich hieraus ergebenden Handlungsoptionen

## Landesbauordnung Rheinland-Pfalz (LBauO)

### § 81 Beseitigungsanordnung und Benutzungsuntersagung

Verstoßen bauliche Anlagen [...] gegen baurechtliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften über die Errichtung, die Änderung, die Instandhaltung oder die Nutzungsänderung dieser Anlagen, **so kann** die Bauaufsichtsbehörde deren teilweise oder vollständige Beseitigung [...] anordnen oder die Benutzung der Anlagen untersagen [...].



# I. Begriff, Wesen, Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Ermessensentscheidungen

## Grundkonzept und Zweck von Ermessensermächtigungen (Folie 1 von 2)

- Grundkonzept des Ermessens baut auf der Idee „**konditional strukturierter**“ **Rechtssätze** (also der Trennung eines Rechtssatzes in Tatbestand und Rechtsfolge nach dem „Wenn-Dann-Prinzip“) auf
- Ermessensverwaltung ist als **Gegenstück zur „strikt gebundenen Verwaltung“** (hierzu **§ 6 A des Kurses**) zu verstehen
- Ermessensermächtigungen begründen für die Verwaltung einen Entscheidungsspielraum auf der **Rechtsfolgenseite** einer Norm, um **flexibel auf verschiedene Situationen reagieren zu können**
- Die Behörde soll unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben und der *ratio legis* einerseits und der konkreten Umstände des Einzelfalls andererseits eine den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls entsprechende Lösung finden

# I. Begriff, Wesen, Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Ermessensentscheidungen

## Grundkonzept und Zweck von Ermessensermächtigungen (Folie 2 von 2)

- Ermessensermächtigungen **teilen die Verantwortung für das Entscheidungsergebnis zwischen Verwaltung und Gesetzgeber** auf
- Durch die Einräumung von Ermessen gibt der Gesetzgeber zu verstehen, dass die Verwaltung eine **eigene** einzelfallbezogene Entscheidung auf Grundlage der **Abwägung aller relevanten Umstände** zu treffen hat
- Ermessensermächtigungen gewähren der Verwaltung daher weniger ein Recht als eine **Pflicht zur Ermessensentscheidung**
- Wenn eine Ermessensentscheidung zu treffen ist, ist die Verwaltung daher nicht berechtigt, *nicht* zu entscheiden. Die Behörde muss sich zumindest – unter Abwägung aller Umstände – explizit dafür entscheiden, nichts zu tun

# I. Begriff, Wesen, Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Ermessensentscheidungen

## Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Ermessensentscheidungen

Damit eine Ermessensentscheidung **rechtmäßig** ist, müssen (vgl. [§ 40 VwVfG](#), [§ 114 Satz 1 VwGO](#))

1. die gesetzlichen **Tatbestandsvoraussetzungen** der Ermessensnorm vorliegen (dies ist wie bei gebundener Verwaltung gerichtlich voll überprüfbar)
2. vom Ermessen in einer dem **Zweck der Ermächtigung** entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden sein (hierzu [§ 6 C II des Kurses](#))
3. die **gesetzlichen Grenzen** des Ermessens beachtet worden sein (hierzu [§ 6 C III des Kurses](#))



# I. Begriff, Wesen, Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Ermessensentscheidungen

- **Ermessensermächtigungen** werden in der Gesetzessprache meistens wie folgt ausgedrückt:
  - „Wenn [...], **kann** [etwas angeordnet/gewährt werden] “
  - „Wenn [...], **darf** [die Behörde etwas anordnen/gewähren]“
  - „Wenn [...], **ist die Behörde befugt** [etwas anzuordnen/zu gewähren] “
- Ob eine Ermessensermächtigung vorliegt, ist i. Ü. durch **Auslegung** zu ermitteln: Insbes. kann das Wort „kann“ auch als sog. „**Kompetenz-Kann**“ zu verstehen sein, das nicht zwingend Ermessen einräumt (**nächste Folien**)
- **Ermessensermächtigungen** liegen immer bei sog. „**gesetzesfreier**“ **Verwaltung** vor, also bei der gesetzlich nicht näher geregelten Leistungsverwaltung, bei der der Vorbehalt des Gesetzes nicht gilt (hierzu **§ 4 B II des Kurses**): Subventionsgewährung nur auf Grundlage von Haushaltsplänen, Bereitstellung von Infrastrukturen im Bereich der Daseinsvorsorge usw.
- Ermessensermächtigungen können durch sog. „**Sollvorschriften**“ (oder Formulierungen wie: „hat die Behörde in der Regel“), dahingehend eingeschränkt werden, dass für den Normalfall gebundene Verwaltung vorliegt, jedoch in atypischen Fällen Ausnahmen möglich sein sollen (**Beispiel: § 20 Abs. 2 BImSchG**)

# I. Begriff, Wesen, Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Ermessensentscheidungen

[BFH, VII R 46/10 v. 9.8.2011, Abs. 8](#) = NVwZ-RR 2012, 42 (Folie 1 von 2):

„8. Das FG hat eine solche Entscheidung über die Wiederbestellung eines früheren Steuerberaters als eine Ermessensentscheidung angesehen. Dem ist nicht zu folgen. Für die diesbezügliche Ansicht des FG spricht zwar vordergründig der Wortlaut des [§ 48 Abs. 1 Halbsatz 1 StBerG](#), wonach ehemalige Steuerberater wiederbestellt werden ‚können‘. Die Wendung, dass die Behörde eine bestimmte Entscheidung treffen ‚kann‘, bezeichnet allerdings im Allgemeinen, dass sie diese Entscheidung auch bei Vorliegen der im Übrigen in der Vorschrift aufgestellten rechtlich zwingenden Voraussetzungen nicht treffen muss, sondern dass sie einen Entscheidungsspielraum hat, den sie bei hinreichender Berücksichtigung des Zwecks, um dessen Willen ihr dieser Entscheidungsspielraum vom Gesetzgeber eingeräumt worden ist, und der äußersten Grenzen, die höherrangiges Recht einem solchen Entscheidungsspielraum setzt, nach ihrem vom Gericht nur unter den vorgenannten Gesichtspunkten überprüfbar Gutdünken (vgl. [§ 5](#) der Abgabenordnung) nutzen kann, die beantragte Entscheidung zu treffen oder abzulehnen. [...].“

# I. Begriff, Wesen, Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Ermessensentscheidungen

[BFH, VII R 46/10 v. 9.8.2011, Abs. 8](#) = NVwZ-RR 2012, 42 (Folie 2 von 2):

„8. [...]. Indes ist die Annahme, die Behörde habe einen solchen Entscheidungsspielraum, auch bei Verwendung des Begriffes "können" im Gesetzestext, nicht zwingend; dieser bezeichnet vielmehr mitunter auch lediglich eine Befugnis der Behörde, ohne sich dazu zu verhalten, ob die Behörde von dieser Befugnis bei Vorliegen der ggf. in der betreffenden Vorschrift aufgestellten rechtlichen Voraussetzungen Gebrauch machen muss oder dies nach ihrem Ermessen auch unterlassen kann.

9. [§ 48 Abs. 1 StBerG](#) ist dahin auszulegen, dass diese Vorschrift lediglich eine solche Befugnis zum Ausdruck bringt, ohne der Steuerberaterkammer bei der Ausübung dieser Befugnis einen Ermessensspielraum einzuräumen. Dieses Verständnis gebieten nicht nur Sinn und Zweck der Vorschrift, sondern insbesondere auch der Gesichtspunkt ihrer verfassungskonformen Auslegung.

10. [Es folgt eine ausführliche Begründung].“

# I. Begriff, Wesen, Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Ermessensentscheidungen

Möglich – und praktisch bedeutsam – ist die **Kombination der Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Tatbestandsseite und Ermessen auf der Rechtsfolgenseite.**

Beispiele für eine solche Kombination: „Polizeirechtliche Generalklauseln“, die sich in allen [Polizei- und Ordnungsbüroengesetzen](#) findet:

## Polizei- und Ordnungsbüroengesetz (POG) Rheinland Pfalz

### § 9 Allgemeine Befugnisse

(1) Die allgemeinen Ordnungsbüroen und die Polizei **können** die notwendigen Maßnahmen treffen, **um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung** abzuwehren, soweit nicht die §§ 9 a bis 42 ihre Befugnisse besonders regeln. [...].

(2) [...].

Auch hier gilt: Nur wenn die (rot gekennzeichneten) **Tatbestandsvoraussetzungen** vorliegen (was gerichtlich vollständig überprüfbar ist – siehe **§ 6 B I des Kurses**), **können** Maßnahmen auf Grundlage des § 9 POG getroffen werden

## II. Ermessensfehler wegen Nichtvorliegens von Tatbestandsvoraussetzungen der Ermessensermächtigung

**Fall 7:** Die Ordnungsbehörde der Stadt Speyer ordnet die Beseitigung von Plakaten unter Berufung auf [§ 9 POG RLP](#) an, weil die Plakate unzüchtig seien und gegen die „öffentliche Ordnung“ verstießen. Tatsächlich handelt es sich um Plakate zur Aufklärung über Geschlechtskrankheiten, so dass ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung nicht vorliegt, und damit auch die Tatbestandsvoraussetzungen des [§ 9 POG RLP](#) nicht gegeben sind (vgl. den [Boygroup-Fall](#)).

### Im Fall 7

- liegt ein Rechtsfehler vor, der sich nicht wesentlich von entsprechenden Fehlern bei gebundener Verwaltung unterscheidet
- liegen schon die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermessensermächtigung nicht vor, so dass man gar nicht mehr zum Prüfungspunkt „ordnungsgemäße Ermessensausübung“ kommt

## II. Ermessensfehler wegen Nichtvorliegens von Tatbestandsvoraussetzungen der Ermessensermächtigung

**Fall 8:** Die Bauaufsichtsbehörde erlässt eine Abrissverfügung gemäß [§ 81 LBauO RLP](#) in Bezug auf ein illegal als Bordell genutztes Wohngebäude in einer Wohngegend, um das „Übel mit der Wurzel“ auszureißen. Das Gericht erkennt zutreffend, dass die Voraussetzungen für eine solche Abrissverfügung deshalb nicht vorliegen, weil bei baurechtswidriger Nutzung eines Gebäudes allein eine Nutzungsuntersagung in Betracht komme, der Erlass einer Abrissverfügung dagegen vom Gesetz nicht als Entscheidungsoption „angeboten“ wird (was [§ 81 LBauO RLP](#) hätte klarer ausdrücken können).

Hier liegt eine sogenannte „**Ermessensüberschreitung**“ vor: Die Behörde wählt eine Rechtsfolge, die durch Gesetz abstrakt nicht (mehr) zugelassen ist.

- Auch hierbei handelt es sich um einen Rechtsfehler, der sich nicht wesentlich von entsprechenden Fehlern bei gebundener Verwaltung unterscheidet (z. B. wenn die Behörde Steuern in einer Höhe erhebt, die die gesetzlichen vorgesehene Steuerhöhe überschreitet).
- Auch hier liegen letztlich schon die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermessensermächtigung nicht mehr vor, so dass man gar nicht mehr zum Prüfungspunkt „ordnungsgemäße Ermessensausübung“ kommt

### III. Ermessensfehler wegen einem nicht dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Gebrauch des Ermessens (§ 40 Alt. 1 VwVfG, § 114 Satz 1 Alt. 2 VwGO)

[§ 40 Alt. 1 VwVfG](#), [§ 114 Satz 1 Alt. 2 VwGO](#) machen deutlich, dass es für die Rechtmäßigkeit einer Ermessensentscheidung nicht nur darauf ankommt, dass die getroffene Entscheidung im Ergebnis rechtmäßig ist, sondern auch darauf, aus welchen Gründen sie getroffen wurde (welches **Motiv** ihr zu Grunde liegt).

- Eine Ermessensentscheidung ist (anders als bei gebundener Verwaltung, hierzu [§ 6 A II des Kurses](#)) schon dann rechtswidrig, wenn falsche Motive (solche, die nicht dem Zweck der Ermächtigung entsprechen) die Behörde zu ihrer Entscheidung bestimmt haben, selbst wenn sie dieselbe Entscheidung aus den „richtigen“ Gründen hätte rechtmäßigerweise treffen können
- Welche Motive der Entscheidung zu Grunde liegen, ergeben sich entweder aus ihrer Begründung (vgl. [§ 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG](#)) oder ist ggf. durch „normale“ Beweiserhebung zu klären (siehe hierzu [§ 6 C III 2 des Kurses](#))
- Um zu klären, ob die der Ermessensentscheidung zu Grunde liegenden Motive „dem Zweck der Ermächtigung“ entsprechen, ist durch Auslegung der Ermessensermächtigung zu bestimmen, *warum* der Gesetzgeber der Behörde Ermessen einräumt, soweit nicht von vornherein klar ist, dass Zweck der Einräumung von Ermessen jedenfalls nicht die Gründe sind, die die Behörde zu ihrer Entscheidung tatsächlich bewogen haben

### **III. Ermessensfehler wegen einem nicht dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Gebrauch des Ermessens (§ 40 Alt. 1 VwVfG, § 114 Satz 1 Alt. 2 VwGO)**

- 1. Ermessensmissbrauch und Ermessens Fehlgebrauch**
- 2. Beweis des Ermessensmissbrauchs**
- 3. Problem der Motivbündel**
- 4. Ermessensunterschreitung**
- 5. Ermessensfehler wegen unvollständiger Aufklärung des Sachverhalts**



# 1. Ermessensmissbrauch und Ermessens Fehlgebrauch

**Fall 9:** Die Bauaufsichtsbehörde erlässt eine Abrissverfügung gemäß [§ 81 LBauO RLP](#) in Bezug auf ein illegal errichtetes Wochenendhaus, weil der Chef der Bauaufsichtsbehörde dem Eigentümer des Wochenendhauses, der einer anderen politischen Partei angehört, Schaden zufügen und ihn vor der nächsten Kommunalwahl als „Rechtsbrecher“ bloßstellen will.

**Fall 10:** Die Bauaufsichtsbehörde erlässt **keine** Abrissverfügung gemäß [§ 81 LBauO RLP](#) in Bezug auf ein illegal errichtetes Wochenendhaus, weil sein Eigentümer eine „hoch angesehene Persönlichkeit“ in der örtlichen Wirtschaft ist, mit der sich der Chef der Bauaufsichtsbehörde nicht anlegen will.

Im **Fall 9** und **Fall 10** liegt ein klarer Fall sog. „**Ermessensmissbrauchs**“ vor, weil hier eindeutig sachfremde (missbräuchliche) Erwägungen angestellt werden, für die [§ 81 LBauO RLP](#) der Behörde nicht die Möglichkeit einräumt, Ermessensentscheidungen zu treffen.

Dies gilt unabhängig davon, dass der (Nicht-)Erlass der Abrissverfügung in beiden Fällen hätte rechtmäßig sein können, wenn dies aus sachbezogenen Gründen erfolgt wäre

# 1. Ermessensmissbrauch und Ermessens Fehlgebrauch

**Fall 11:** Die Bauaufsichtsbehörde erlässt **keine** Abrissverfügung gemäß [§ 81 LBauO RLP](#) in Bezug auf ein illegal errichtetes Wochenendhaus, weil sein Eigentümer sehr schwer erkrankt ist und die Bauaufsichtsbehörde hierauf Rücksicht nehmen will.

Ist eine solche „bürgerfreundliche“ Behandlung von Schwarzbauten überhaupt zulässig?

Allgemein zur Frage der „bürgerfreundlichen“ Bekämpfung von Schwarzbauten: *Benkert*, ThürVBI 2014, 213 ff.

# 1. Ermessensmissbrauch und Ermessensfehlgebrauch

Zu Fall 11: [OVG Koblenz, 1 A 10555/07 v. 11.10.2007](#) (Folie 1 von 2)

„21. Schließlich führen auch die von der Klägerin angeführten persönlichen Umstände wie ihr hohes Alter und der Umstand, dass sie bereits seit über 23 Jahre in der Dachgeschosswohnung wohnt und sich bei deren Anmietung entschlossen gehabt habe, dort bis zu ihrem Lebensende zu wohnen, nicht zu einer Ermessensfehlerhaftigkeit der Duldungsverfügung. Denn aus dem Umstand, dass das öffentliche Baurecht grundstücksbezogen ist [...], ergibt sich, dass eine bauaufsichtliche Verfügung nicht deshalb ermessensfehlerhaft oder unverhältnismäßig ist, weil die Bauaufsichtsbehörde persönliche oder wirtschaftliche Verhältnisse des Betroffenen in die Ermessensentscheidung nicht eingestellt hat [...]. Die Berücksichtigung persönlicher oder wirtschaftlicher Verhältnisse im Rahmen des Ermessens beim Erlass einer bauaufsichtlichen Verfügung würde im Ergebnis zu einer Privilegierung desjenigen führen, der sich baurechtswidrig verhält [...]. Denn demjenigen, der sich vor der Aufnahme einer Nutzung gesetzestreu verhält und um Erteilung einer Genehmigung nachsucht, bleibt die Möglichkeit der Berücksichtigung derartiger persönlicher Umstände verschlossen, da das materielle Baurecht aufgrund seiner Grundstücksbezogenheit derartiges nicht zulässt. [...].“

# 1. Ermessensmissbrauch und Ermessens Fehlgebrauch

Zu Fall 11: [OVG Koblenz, 1 A 10555/07 v. 11.10.2007](#) (Folie 2 von 2)

„21. [...] Damit würde derjenige, der baurechtswidrig eine Nutzung aufnimmt, im Falle der Berücksichtigung persönlicher Verhältnisse beim Erlass einer bauaufsichtlichen Verfügung rechtliche besser gestellt als derjenige, der sich gesetzeskonform verhält und eine solche Nutzung unterlässt, wenn ihr baurechtliche Vorschriften entgegenstehen. **Eine Auslegung des Gesetzes, die dazu führt, dass letztlich der rechtstreue Bürger „der Dumme“ ist, muss aber vermieden werden.** Dies bedeutet freilich nicht, dass eventuell auftretende Härten für einen Betroffenen gänzlich unberücksichtigt bleiben müssen. Vielmehr kann die Klägerin die von ihr geltend gemachten persönlichen Umstände im Rahmen eines etwaigen folgenden Vollstreckungsverfahrens geltend machen und die Aussetzung der Vollziehung gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 LVwVG beantragen [...].“

# 1. Ermessensmissbrauch und Ermessensfehlgebrauch

**Fall 11** verdeutlicht bereits das Problem der **Bestimmung des Zwecks der Ermessensermächtigung** – Wozu wurde der Verwaltung Ermessen eingeräumt?

- Kann sich teilweise explizit aus Gesetz ergeben
- Sonst: Notwendigkeit der Bestimmung des Zwecks der Ermächtigung im Wege der Auslegung

**Beispiel:** Der Zweck von Stichprobenerhebungen für die Bundesstatistik wird verfehlt, wenn das Verfahren zur Auswahl der auskunftspflichtigen Unternehmen allein auf die Erzielung optimaler, möglichst genauer Ergebnisse und nicht darauf ausgerichtet wird, bezogen auf den jeweiligen Verwendungszweck hinreichend repräsentative Ergebnisse zu erzielen ([BVerwG, 8 C 6/16 v. 15.3.2017, Abs. 18 ff.](#) = BVerwGE 158, 217, Abs. 18 ff.).

**Fall 11 und das Beispiel zeigen auch:** Ermessensmissbrauch muss nicht zwingend echter „Missbrauch“ sein, sondern kann auch „bloß“ Folge einer fehlerhaften Bestimmung des Ermessenszwecks sein. Man spricht dann eher von „**Ermessensfehlgebrauch**“, ohne dass der Unterscheidung zwischen „Ermessensmissbrauch“ und „-fehgebrauch“ rechtliche Relevanz hätte.

## 2. Beweis des Ermessensmissbrauchs

**Problem:** Wie lässt sich beweisen, dass der Ermessensausübung ein Ermessensmissbrauch zu Grunde liegt, wenn die „wahren“ Motive verschleiert werden?

**Fall 12** (nach [BFH, VIII R 8/09 v. 28.9.2011](#) = BFHE 235, 298 ff.): Bei Rechtsanwalt R wird nach [§ 193 AO](#) eine steuerliche Außenprüfung angeordnet. Im Grundsatz hat die Auswahl der zur Außenprüfung herangezogenen Unternehmen nach dem Zufallsprinzip (Stichprobencharakter) zu erfolgen, so dass die Auswahlentscheidung keiner besonderen Begründung bedarf. R wehrt sich gegen die Anordnung mit folgender Begründung: Die Anordnung sei reine „Schikane“: Er vertrete einen Finanzbeamten X, der vom Finanzamtsvorsteher „gemobbt“ werde. Die Anordnung habe im engen zeitlichen Zusammenhang mit massiven Repressalien (Zwangsversetzung und ungerechtfertigter Verweis) gegen X gestanden. Sie habe zudem in einem zeitlichen Zusammenhang mit zwei vom Petitionsausschuss des Abgeordnetenhauses für berechtigt erachteten Petitionen gestanden, die zwei weitere von R vertretene Angehörige des Finanzamts wegen Mobbingvorwürfen gegen den (damaligen) Vorsteher jenes Finanzamts eingereicht hätten. Zeitlich parallel zu diesen Vorgängen hätten leitende Beamte der Landesregierung "Tiefenprüfungen" bei zwei Angehörigen des Petitionsausschusses veranlasst. Auch der Vorsitzende des Ausschusses sei offenbar geprüft worden und habe in einer Ausschusssitzung geäußert, dass es bereits statistisch kein Zufall sein könne, dass ausgerechnet die beiden mit den Petitionen befassten Abgeordneten, der Rechtsanwalt der drei Petenten und der Ausschussvorsitzende zeitgleich steuerlichen Überprüfungen unterzogen worden seien.

## 2. Beweis des Ermessensmissbrauchs

Zu **Fall 12**: [BFH, VIII R 8/09 v. 28.9.2011](#) = BFHE 235, 298 ff. (**Folie 1 von 2**)

„25. [...] Aus dem Gesetz [folgt], dass die Entscheidung, eine Außenprüfung vorzunehmen, sich nur von der für geboten erachteten Überprüfung der steuerlichen Verhältnisse leiten lassen darf. Daraus folgt, dass das Auswahlermessen des Finanzamts bei Anordnung einer Außenprüfung jedenfalls seine Grenze im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und im Willkür- und Schikaneverbot findet.

26. Im Streitfall ist die Behauptung des Klägers, das FA habe bei Erlass der Prüfungsanordnung gegen das Willkür- und Schikaneverbot verstoßen, nach seinen umfänglichen, konkretisierten Ausführungen zu tatsächlichen Besonderheiten nicht von der Hand zu weisen.

27. [...] Auch wenn eine Außenprüfung nach § 193 Abs. 1 AO grundsätzlich ohne weitere Begründung ermessensfehlerfrei angeordnet werden kann [...], kann die Anordnung nach dem zuvor Gesagten im Einzelfall gleichwohl ermessensfehlerhaft sein, wenn sich nämlich das FA maßgeblich von sachfremden Erwägungen leiten lässt und der Zweck der Prüfung der steuerlichen Verhältnisse in den Hintergrund tritt.“

## 2. Beweis des Ermessensmissbrauchs

Zu Fall 12: [BFH, VIII R 8/09 v. 28.9.2011](#) = BFHE 235, 298 ff. (Folie 2 von 2)

„28. Deshalb kommt es im Streitfall entscheidungserheblich auf die Frage an, ob das FA die Außenprüfung beim Kläger aus sachfremden Erwägungen angeordnet hat. Das FG hätte den Sachverhalt in diesem Punkt weiter aufklären müssen (§ 76 Abs. 1 FGO); es hätte die in der mündlichen Verhandlung unter Verweis auf den Schriftsatz vom 26. Juni 2007 gestellten Beweisanträge nicht insgesamt übergehen dürfen, weil zumindest die Durchführung des unter 2. des Schriftsatzes beantragten Beweiserhebung (Vernehmung des Vorstehers) zu entscheidungserheblichen Erkenntnissen führen könnte. [...]

32. Der Senat weist zudem darauf hin, dass es für die Entscheidung des Streitfalls von Bedeutung sein kann, nach welchen Kriterien das beklagte FA im Übrigen im fraglichen Zeitraum seinen Prüfungsplan erstellt hat und wie sich dies insbesondere in Bezug auf die Angehörigen der freien Berufe verhielt, ferner, wie der zeitliche Ablauf von Vorschlag zur Außenprüfung, Aufnahme in den Prüfungsplan und (beabsichtigtem) Prüfungsbeginn regelmäßig gestaltet war.“

Hieraus folgt: Die „wahren“ Gründe einer Entscheidung bzw. Motivlage aufzudecken ist ein generelles Problem des Beweisrechts, das sich in vielen Rechtsbereichen stellt.



### 3. Problem der Motivbündel

Stützt die Behörde ihre Ermessensentscheidung auf mehrere Gründe, von denen nur einige ermessensgerecht sind (**Fall des Motivbündels**), kommt es für die Frage, ob die Maßnahme insgesamt ermessensgerecht ist, auf Folgendes an:

- Die Ermessensentscheidung ist dann **insgesamt rechtmäßig**, wenn die Entscheidung nach dem Willen der Behörde jeweils bereits durch einen der herangezogenen Gründe getragen werden soll (die Entscheidung also "zur Sicherheit" auf mehrere Erwägungen gestützt wird).
- **Insgesamt ermessensfehlerhaft** ist die Entscheidung, wenn die Behörde deutlich macht, dass nur die einzelnen Gründe in ihrer Summe sie zu ihrer Entscheidung veranlasst haben

[BVerwG, 1 C 169.79 v. 19.5.1981, Abs. 21 f.](#) = BVerwGE 62, 215, 222;  
[BVerwG, 2 C 53.86 v. 26.11.1987, Abs. 25 f.](#) = NJW 1988, 783, 784; [OVG Lüneburg, 1 ME 31/15 v. 11.5.2015, Abs. 16](#) = NdsVBI 2015, 304, 305; [OVG Münster, 11 A 2057/17 v. 13.5.2019, Abs. 37 f.](#) = DVBl. 2019, 1217 Abs. 37 f.;  
[BFH, V R 62/14 v. 18.2.2016, Abs. 28 f.](#) = NVwZ-RR 2016, 513 Abs. 28 f.

## 4. Ermessensunterschreitung

**Fall 13:** Die Bauaufsichtsbehörde erlässt eine Abrissverfügung gemäß [§ 81 LBauO RLP](#) in Bezug auf ein illegal errichtetes Wochenendhaus, da sie der Auffassung ist, sie sei zur Vermeidung von Ungleichheiten und auf Grund ihrer Bindung an Gesetz und Recht verpflichtet, ausnahmslos alle illegal errichteten Wochenendhäuser abreißen zu lassen.

- Fall der sog. „**Ermessensunterschreitung**“: Die Behörde verkennt, dass ihr Ermessen eingeräumt wurde, und übt das ihr eingeräumte Ermessen nicht aus
- Ermessensunterschreitung kann niemals dem Zweck der Ermächtigung entsprechen, da Zweck einer Ermessensermächtigung immer die Begründung der Möglichkeit zur Entscheidung unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls ist
- Auf eine Ermessensunterschreitung deutet hin, wenn nicht begründet wird, weshalb die Ermessensentscheidung so und nicht anders ausgefallen ist oder bei Ermessensunterschreitung auch bei *schematischen* Erwägungen die auf ein „Da kann ja jeder kommen!“ oder ein „Das haben wir schon immer so gemacht!“ hinauslaufen (mit der hiermit verbundenen Weigerung, besondere Umstände des Falles zur Kenntnis zu nehmen).

## 4. Ermessensunterschreitung

Weitere Beispiele für „**Ermessensunterschreitungen**“:

- [VGH München, 11 CS 17.274 v. 30.5.2017, Abs. 21 ff.](#) = NJW 2017, 2965 Abs. 21 ff.: Unbegründete Gutachtenanordnung nach [§ 11 Abs. 2 Satz 1 FeV](#) als Indiz, dass die Notwendigkeit einer Ermessensentscheidung verkannt wurde
- [OVG Münster, 7 A 19/14 v. 24.2.2016, Abs. 29](#) = NVwZ-RR 2016, 529 ff.: Ermessensunterschreitung, wenn die Behörde eine Ermessensoption vollständig ausblendet (im konkreten Fall ging es um die Ermessensoption, von der Abrissanordnung für solche Bauten abzusehen, die vor dem Zweiten Weltkrieg illegal errichtet worden sind und jahrzehntelang geduldet worden war).

## 5. Ermessensfehler wegen unvollständiger Aufklärung des Sachverhalts

Wenn

- das Ermessen nach [§ 40 Alt. 1 VwVfG](#), [§ 114 Satz 1 Alt. 2 VwGO](#) „entsprechend dem Zweck der Ermächtigung“ auszuüben ist

und

- Zweck einer Ermessensermächtigung immer ist, dass die Behörde die Entscheidung unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls trifft,

muss die Behörde alle Umstände des Einzelfalls zutreffend erfassen, damit sie in voller Kenntnis der abwägungsrelevanten Gesichtspunkte ihre Abwägungsentscheidung treffen kann

Wenn der Behörde damit für die Ermessensentscheidung wesentliche Sachverhaltselemente unbekannt sind und nicht offensichtlich ist, dass die Behörde auch bei Kenntnis dieser Sachverhaltselemente nicht anders entschieden hätte, ist die Ermessensentscheidung rechtswidrig, weil die Behörde ihre Zweckmäßigkeitserwägungen letztlich unter Annahme einer Fehlvorstellung von den tatsächlichen Gegebenheiten getroffen hat, was nicht dem „Zweck der Ermächtigung“ entsprechen kann.

## 5. Ermessensfehler wegen unvollständiger Aufklärung des Sachverhalts

**Fall 14:** Nach früheren Ausländerrecht stand die Ausweisung eines Ausländers im Ermessen der Verwaltung, wenn er zu einer mindestens dreijährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war. Zweck der Ermessenseinräumung war es der Behörde zu ermöglichen, von der Ausweisung absehen zu können, wenn am Verbleib des Ausländers in der Bundesrepublik entweder ein Interesse der Bundesrepublik bestand oder wenn ein außergewöhnlicher Härtefall vorlag.

Ausländer A ist zu einer dreijährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden und soll deshalb ausgewiesen werden. Die Behörde spricht die Ausweisung aus in der Annahme, dass A alleinstehend sei und über kein Erwerbseinkommen verfüge. Tatsächlich ist A verheiratet und hat zwei kleine Kinder. Seine erwerbsunfähige Ehefrau und seine Kinder haben ein Daueraufenthaltsrecht in Deutschland und könnten daher nicht zusammen mit A ausgewiesen werden. A erzielt als Unternehmensberater ein hohes Einkommen mit dem er – als Alleinverdiener – seine Familie unterhält.

## 5. Ermessensfehler wegen unvollständiger Aufklärung des Sachverhalts

### Überlegungen zu Fall 14

- Auch in dieser Konstellation hätte die Ausweisung dem Zweck der Ermächtigung entsprechen können (etwa wenn ein Fall des heutigen [§ 54 Abs. 1 AufenthG](#) und kein Fall des heutigen [§ 55 AufenthG](#) vorliegt)
- Dennoch ist die Entscheidung hier allein deshalb rechtswidrig, weil die Behörde ihre Ermessen ohne Kenntnis aller – nach dem Zweck der Ermessensermächtigung zu beachtender – Umstände getroffen hat.
- In einem gerichtlichen Verfahren würde das Gericht nur dies feststellen können. Da die eigentliche Ermessensentscheidung nur von der zuständigen Behörde getroffen werden kann, kann das Gericht nicht etwa annehmen, die Entscheidung sei im Ergebnis rechtmäßig, weil die Behörde unter Berücksichtigung der genannten Umstände rechtmäßigerweise ebenfalls das Ausweisungsinteresse hätte über das Bleibeinteresse stellen können.
- Insoweit stellt sich die Situation **grundlegend anders dar als bei der gebundenen Verwaltung**, was sich auch daran zeigt, dass [§ 46 VwVfG](#) hier *nicht* greift (vgl. hierzu [§ 6 A III des Kurses](#))

## 5. Ermessensfehler wegen unvollständiger Aufklärung des Sachverhalts

[BVerwG, 6 C 2/18 v. 27.3.2019](#) = NVwZ 2019, 1126

„10. [...]. Für eine Ermessensentscheidung ist kennzeichnend, dass die Behörde zwischen mehreren rechtlich zulässigen, weil von der Bandbreite des Ermessensspielraums gedeckten Handlungsalternativen wählen kann. Die Verwaltungsgerichte prüfen diese Auswahlentscheidungen nur eingeschränkt nach Maßgabe des § 114 Satz 1 VwGO nach. Insbesondere sind sie daran gehindert, ihre eigenen Auswählerwägungen an die Stelle derjenigen der Behörde zu setzen. **Dies schließt es grundsätzlich aus, Ermessensentscheidungen anhand von tatsächlichen und rechtlichen Erkenntnissen nachzuprüfen, die die Behörde nicht in ihre Erwägungen einbeziehen konnte, weil sie zum Zeitpunkt der Ermessensausübung noch nicht vorlagen. [...]**“

## IV. Ermessensfehler wegen Nichtbeachtung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens (§ 40 Alt. 2 VwVfG, § 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO)

[§ 40 Alt. 2 VwVfG](#), [§ 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO](#) machen deutlich, dass der Gesetzgeber mit einer Ermessensermächtigung die Behörde nicht dazu ermächtigen will

- Entscheidungen zu treffen, die gesetzlichen Regelungen widersprechen, die gegenüber der Ermessensermächtigung spezieller sind.

***Beispiel:*** Bei Abrissverfügungen auf Grund des Bauordnungsrechts kann sich die Frage stellen, ob die Anordnung des vollständigen Abrisses eines unter Denkmalschutz stehenden Gebäudes mit denkmalschutzrechtlichen Vorgaben übereinstimmt.

- Entscheidungen zu treffen, die das Gesetz, das die Ermessensermächtigung enthält, nicht als zwingende Rechtsfolge des Tatbestands der Ermessensermächtigung hätte anordnen dürfen, weil dies **mit höherrangigem Recht unvereinbar** wäre.

***Beispiel:*** Bundesrechtliche Ermessensermächtigungen ermächtigen nicht zu Ermessensentscheidungen, die in Widerspruch zu Unionsrecht und dem Grundgesetz stehen. Landesrechtliche Ermessensermächtigungen ermächtigen nicht zu Ermessensentscheidungen, die in Widerspruch zu Unionsrecht, dem Grundgesetz, Bundesrecht und der Landesverfassung stehen.



## IV. Ermessensfehler wegen Nichtbeachtung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens (§ 40 Alt. 2 VwVfG, § 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO)

Bei der Frage, ob eine Ermessensentscheidung die gesetzlichen Grenzen des Ermessens i. S. d. [§ 40 Alt. 2 VwVfG](#), [§ 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO](#) einhält,

- kommt es nur auf das Entscheidungsergebnis an (die Entscheidungsmotive sind insoweit unerheblich)
- handelt es sich um eine Rechtsfrage (keine Frage der Zweckmäßigkeit), bei der es um die Vereinbarkeit der getroffenen Entscheidung mit speziellerem bzw. höherrangigem Recht geht, die vom Gericht vollständig (entsprechend dem „Ideal der einzig richtigen Entscheidung“) kontrolliert werden kann und muss
- geht es i.d.R. um die Frage, ob die getroffene Ermessensentscheidung mit den **Grundrechten des Grundgesetzes** vereinbar ist (**worauf sich die folgenden Ausführungen beschränken**) – zu prüfen ist hier, ob die getroffene Entscheidung, würde sie als Rechtssatz formuliert, gegen Grundrechte verstoßen würde
- spielt zunehmend auch die Vereinbarkeit der getroffenen Ermessensentscheidung mit **Unionsrecht** eine Rolle – dies ist aber **nicht Gegenstand des Kurses**, weil es hier in der Regel um sehr spezielle Fragen einzelner Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts (EU-Beihilferecht, Agrarmarktrecht, Recht der Strukturfonds, EU-Wirtschaftsregulierungsrecht, EU-Umweltrecht usw.) geht.

## IV. Ermessensfehler wegen Nichtbeachtung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens (§ 40 Alt. 2 VwVfG, § 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO)

Gesetzliche Grenzen des Ermessens i. S. d. [§ 40 Alt. 2 VwVfG](#), [§ 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO](#)

- schränken damit den von den Ermessensermächtigung gewährten Entscheidungsspielraum abhängig vom konkreten Fall ein
- können damit die Anzahl von rechtmäßigen Entscheidungsalternativen auf einige (wenige) Entscheidungen reduzieren (sog. „**Ermessensschrumpfung**“)
- können im Extremfall auch zu einer sog. „**Ermessensreduzierung auf Null**“ führen, wenn in der konkreten Situation alle Entscheidungen bis auf eine mit den gesetzlichen Grenzen des Ermessens unvereinbar wären.

Im Fall der **Ermessensreduzierung auf Null**

- kann sich im konkreten Einzelfall eine Pflicht zur ermessensgerechten Entscheidung über die Gewährung einer Begünstigung in einen Leistungsanspruch wandeln
- kann sich eine Pflicht zur ermessensgerechten Entscheidung über die Vornahme eines Grundrechtseingriffs in eine Pflicht zum Grundrechtseingriff wandeln

## **IV. Ermessensfehler wegen Nichtbeachtung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens (§ 40 Alt. 2 VwVfG, § 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO)**

- 1. Freiheitsrechte als gesetzliche Grenzen von Ermessensentscheidungen über Grundrechtseingriffe**
- 2. Insbesondere: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als (Ermessens-)Grenze bei Grundrechtseingriffen im Verwaltungsrecht**
- 3. Grundrechtliche Schutzpflichten und Leistungsansprüche als Ermessensgrenze**
- 4. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Ermessensgrenze: Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung**

# 1. Freiheitsrechte als gesetzliche Grenzen von Ermessensentscheidungen über Grundrechtseingriffe

**Fall 15** (nach [VG Leipzig, 1 L 398/14 v. 6.6.2014](#)): F meldet bei der zuständigen Behörde nach [§ 14](#) VersG eine „Nackt-Radel-Demonstration“ an, um gegen die Unsicherheit von Fahrradfahrern im Straßenverkehr zu demonstrieren. Hunderte von „Nacktradlern“ sollen nackt radelnd durch die Innenstadt ziehen, um so für ihr Anliegen aufmerksam zu machen. Die zuständige Behörde untersagt dies nach [§ 15 Abs. 1](#) VersG, weil das unbedeckte Präsentieren des menschlichen Körpers auf öffentlichen Straßen [...] nach wie vor regelmäßig gegen die allgemein anerkannten Regeln der ungeschriebenen Gemeinschaftsordnung und damit gegen die „öffentliche Ordnung“ verstoße. Denn eine solche Demonstration sei dadurch gekennzeichnet, dass die Demonstranten den Benutzern öffentlicher Straßen den Anblick ihrer nackten Körper aufdrängten, ohne dass die Passanten frei entscheiden könnten, ob sie mit deren Anblick konfrontiert werden wollen oder nicht. Gerade die unfreiwillige Konfrontation an Orten, an denen die Begegnung mit nackten Menschen nicht zu erwarten ist, berühre aber auch noch nach heute allgemein vorherrschender Vorstellung das Schamgefühl in besonderer Weise.

Unterstellt der Tatbestand des [§ 15 Abs. 1](#) VersG (insbesondere eine Störung der öffentlichen Ordnung) lag hier vor – war die Ermessensentscheidung, die Demonstration zu untersagen, rechtmäßig?

# 1. Freiheitsrechte als gesetzliche Grenzen von Ermessensentscheidungen über Grundrechtseingriffe

## Überlegungen zu Fall 15 (Folie 1 von 2):

- Die Tatbestandsvoraussetzungen des [§ 15 Abs. 1](#) VersG (insbes. eine Störung der öffentlichen Ordnung) lagen für eine Untersagung der „Nackt-Radel-Demonstration“ nach dem Sachverhalt vor.
- Selbst wenn „die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet“ ist, räumt [§ 15 Abs. 1](#) VersG jedoch Ermessen ein, ob sie die Versammlung verbietet
- Bei ihrer Ermessensentscheidung hat die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens zu beachten, die sich hier aus [Art. 8 Abs. 1](#) GG ergeben können: Insoweit müsste der Gesetzgeber, wollte er ein generelles Verbot von „Nackt-Radel-Demonstrationen“ anordnen, die überragende Bedeutung, die der Versammlungsfreiheit des Art. 8 Abs. 1 GG für den offenen demokratischen Willensbildungsprozess zukommt, und ihre Funktion als "Korrektiv" zur weitgehend repräsentativ ausgestalteten Demokratie beachten. Dies verbietet grundsätzlich jeden staatlichen Einfluss über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung (BVerfG, 1 BvR 233, 341/81 v. 14.5.1985 = [BVerfGE 69, 315, 342 ff.](#)) und lässt Einschränkungen der Versammlungsfreiheit nur zu, wenn dies zum Schutz gleichgewichtiger anderer Rechtsgüter als geboten erscheint

# 1. Freiheitsrechte als gesetzliche Grenzen von Ermessensentscheidungen über Grundrechtseingriffe

## Überlegungen zu Fall 15 (Folie 2 von 2):

- Dies verbietet, dass die Versammlungsfreiheit eingeschränkt wird, um bloße **Belästigungen** von Dritten fernzuhalten, die sich zwangsläufig aus der Massenhaftigkeit der Grundrechtsausübung ergeben und sich ohne Nachteile für den Versammlungszweck nicht vermeiden lassen.

Siehe etwa BVerfG, 1 BvR 233, 341/81 v. 14.5.1985 = [BVerfGE 69, 315, 353](#); [BVerfG \[K\], 1 BvR 1423/07 v. 6.6.2007, Abs. 23](#) = NJW 2007, 2167, 2168 f.

- Dass sich aus dem Nacktradeln ergebenden Störungen die Schwelle zur Belästigung überschreiten und daher den in der Untersagung liegenden Eingriff rechtfertigen können, hat das VG Leipzig ([VG Leipzig, 1 L 398/14 v. 6.6.2014, Abs. 16](#)) angenommen, was man sicher auch hätte anders sehen können.
- Im vorliegenden Zusammenhang entscheidend ist, dass [Art. 8 Abs. 1 GG](#) hier deutlich als „gesetzliche Grenze“ i. S. des [§ 40 Alt. 2 VwVfG](#), [§ 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO](#) angesehen wird.

# 1. Freiheitsrechte als gesetzliche Grenzen von Ermessensentscheidungen über Grundrechtseingriffe

Siehe zu einem mit Fall 15 vergleichbaren Fall auch den [Richterschelte-Fall](#)

## Richterschelte



© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der [jurmatiX GbR, Ottweiler](#)

In Verbindung bleiben mit Saarheim auf  Facebook

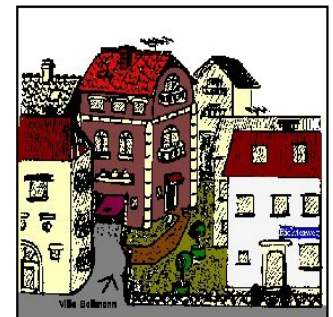
Großes Aufsehen erregte eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 5. September letzten Jahres: Richter am Verwaltungsgericht *Benno Ballmann* hatte als Einzelrichter der Klage des 13-jährigen türkischen Staatsangehörigen *Mehmet X* (*Name von der Redaktion geändert*) gegen die Anordnung seiner Abschiebung mit der Begründung stattgegeben, dass dieser zwar in 104 Fällen nachgewiesenermaßen Eigentums- und Körperverletzungsdelikte begangen habe, er jedoch nach § 19 StGB als schuldunfähig anzusehen und dies im Rahmen der Abwägungsentscheidung nach § 53 Abs. 1 AufenthG nicht berücksichtigt worden sei.

Am meisten empörte sich über dieses Urteil der Saarheimer Verleger [Dr. Lutz Lautstark](#): Da *Mehmet X* in Saarheim lebe, könne er seines Lebens nicht mehr sicher sein. Es könne nicht sein, dass sein Recht auf Sicherheit den zweifelhaften Interessen eines "verzogenen Ausländerbalgs" geopfert werde. Es sei daher wieder einmal an der Zeit, dass das deutsche Volk seinen "Lebensraum" vor "ungesteuerter Zuwanderung" krimineller ausländischer Elemente verteidige. Daher sei es notwendig, deren "formal deutsche Helfershelfer zweifelhaften deutschen Blutes" zu "demaskieren" und sie der redlichen deutschen Öffentlichkeit als das vorzustellen, was sie seien: Volksverräter!

Dr. *Lautstark* meldete daher am 2. Oktober beim Landrat des Saarpfalz-Kreises die Durchführung einer Demonstration gegen die "skandalöse Entscheidung des Unrechtsrichters Ballmann" an. Die für den 10. Oktober geplante Demonstration sollte vom Saarheimer Rathausplatz zum [Richterweg 10](#), dem Haus des Richters *Ballmann*, führen. Vor dem Haus sollte eine Abschlusskundgebung stattfinden, bei der vor allem Dr. *Lautstark* zu Wort kommen sollte. Dr. *Lautstark* rechnete, wie er in der Anmeldung angab, mit einer Beteiligung von etwa 5.000 Bürgern, die ihr Unverständnis mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Saarlandes, insbesondere der des Richters *Ballmann*, überzeugend zum Ausdruck bringen würden.

Noch am 2. Oktober telefonierte der Landrat des Saarpfalz-Kreises [Ludolf Landheimer](#) mit Dr. *Lautstark* und machte ihn darauf aufmerksam, dass der geplante Demonstrationzug nicht zu *Ballmanns* Haus führen und dort auch keine Kundgebung stattfinden dürfe, da "auch ein Verwaltungsrichter ein Recht auf ein Privatleben habe". Dr. *Lautstark* rechtfertigte die Wahl des Ortes mit dem Hinweis, dass man *Ballmann* nur dort "direkt und wirksam mit Kritik konfrontieren" könne, ohne dass sich dieser dem "feige entziehen" könne.

Mit Bescheid an Dr. *Lautstark* vom 6. Oktober verfügte *Landheimer* daher folgende "Auflage betreffend die Durchführung der Demonstration am 10.



# 1. Freiheitsrechte als gesetzliche Grenzen von Ermessensentscheidungen über Grundrechtseingriffe

**Weitere Fragen, die sich im vorliegenden Zusammenhang stellen können:**


- Wurde berücksichtigt, dass in bestimmte Grundrechte nur unter bestimmten Voraussetzungen eingegriffen werden darf (vgl. „qualifizierte Gesetzesvorbehalte“ für Grundrechtseingriffe, z.B. Art. 8 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 13 Abs. 2 bis 7 GG)? Erfüllt das zur Ermessensentscheidung ermächtigende Gesetz diese Voraussetzungen? Liegt ein solches Gesetz überhaupt vor?

**Insbesondere aber:**

- Beachtet die Ermessensentscheidung das bei allen Grundrechtseinschränkungen zu beachtende **Verhältnismäßigkeitsprinzip**, das als „gesetzliche Grenze i. S. d. [§ 40 Alt. 2 VwVfG](#), [§ 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO](#) anerkannt ist ([BVerfG \[K\], 2 BvR 1487/17 v. 24.7.2017, Abs. 41](#) = NVwZ 2017, 1526 Abs. 41; [BVerwG, 1 VR 3/17 v. 13.7.2017, Abs. 11](#) = NVwZ 2017, 1531 Abs. 11)



## 2. Insbesondere: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als (Ermessens-)Grenze bei Grundrechtseingriffen im Verwaltungsrecht

- Herleitung des **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten
- Grundsätzlich Bindung der gesamten Staatsgewalt, soweit sie in Grundrechte eingreift („Allgemeine Schranke der Grundrechtsbeschränkung“)
- Einfallstor für Berücksichtigung der besonderen Probleme des Einzelfalls
- Einzelfallgerechtigkeit  Rechtssicherheit

Siehe zum Folgenden

- *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193 ff.
- *Michaelis*, JA 2021, 573 ff.
- *Pieroth*, in: Kment (Hrsg.), Das Zusammenwirken von deutschem und europäischem Öffentlichem Recht – Festschrift für Hans D. Jarass, 2015, S. 587 ff.
- *U. Stelkens*, [Hinweis zur Prüfung und zum Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips](#)
- *Wahl*, in: Heckmann u.a. (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel – Festschrift für Thomas Würtenberger, 2013, S. 823 ff.

## 2. Insbesondere: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als (Ermessens-)Grenze bei Grundrechtseingriffen im Verwaltungsrecht

### Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Grundrechtseingriffs

Vorfrage: **Welches Ziel verfolgt der Grundrechtseingriff?**

- **Geeignetheit:** Ist der Grundrechtseingriff geeignet, dieses Ziel zu fördern?
- **Erforderlichkeit:** Existiert kein gleich geeignetes Mittel, mit dem bei geringerer Eingriffsintensität das Ziel in gleicher Weise gefördert werden könnte?
- **Verhältnismäßigkeit i.e.S.** (Zumutbarkeit bzw. Angemessenheit): Stimmt die Zweck-Mittel-Relation zwischen der von dem Eingriff für den Grundrechtsträger ausgehenden Belastung und dem damit erzielten und beabsichtigten Erfolg?

## 2. Insbesondere: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als (Ermessens-)Grenze bei Grundrechtseingriffen im Verwaltungsrecht

### Beispiele für unverhältnismäßige Maßnahmen:

#### *Ungeeignete Maßnahmen:*

- Gesetzliche Anordnung einer Schusswaffenprüfung für Falknerjagdschein ([BVerfG, 1 BvR 290/78 v. 22.10.1980, Abs. 33 ff. = BVerfGE 55, 159, 165](#))
- Anfordern von Beweismitteln und Unterlagen, die für Entscheidung nicht benötigt werden

#### *Nicht erforderliche Maßnahmen:*

- Vertriebsverbot für bestimmte Waren, wenn Kennzeichnung zum Verbraucherschutz ausreicht ([BVerfG, 1 BvR 249/79 v. 16.1.79, Abs. 38 ff. = BVerfGE 53, 135, 143 ff.](#))
- Verbot einer Versammlung, wenn die hiervon ausgehenden Gefahren auch durch gewisse Auflagen vermieden werden können

## 2. Insbesondere: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als (Ermessens-)Grenze bei Grundrechtseingriffen im Verwaltungsrecht

### *Unangemessene, außer Verhältnis stehende Maßnahmen*

- Anordnung eines höchstgefährlichen und schmerzhaften Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit eines Angeklagten im Strafprozess zum Nachweis der Schuldunfähigkeit in einem Bußgeldverfahren wegen fehlerhaften Ausfüllens von Formularen ([BVerfG, 1 BvR 790/58 v. 10.6.1063](#) = BVerfGE 16, 194 ff.)
- Anordnung breitflächiger Kontrollmaßnahmen zur Verhinderung kleinerer Missbräuche Einzelner
- Abrissverfügung, weil Bauwerk wegen eines Vermessungsfehlers nur wenige Zentimeter in den Bauwuch hineinragt ([OVG Lüneburg, 6A 69/82. v. 28.2.1983](#) = BRS 40 Nr. 226)
- Strafbewehrte Abstinenzweisung nach § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 StGB an einen mehrfach erfolglos therapierten Suchtabhängigen, der deshalb zur nachhaltigen Abstinenz erkennbar (auch mit Hilfe) nicht in der Lage ist ([BVerfG \[K\], 2 BvR 496/12 v. 30.3.2016, Abs. 31 ff.](#) = NJW 2016, 2170 ff.)

## 2. Insbesondere: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als (Ermessens-)Grenze bei Grundrechtseingriffen im Verwaltungsrecht

**Aber:** Bewusste Herbeiführung einer Situation, in der die Beseitigung eines „geringfügigen“ Rechtsverstößes zu hohen Aufwendungen beim „Rechtsverletzer“ führt, macht eine entsprechende Anordnung der Behörde nicht unverhältnismäßig:

[VGH Kassel, 4 B 1276/19 v. 15.11.2019, Abs. 9](#) = NVwZ-RR 2020, 428 ff.

„Soweit die Beigeladenen mit Schriftsatz vom 18. Juli 2019 darauf hinweisen, dass mit der Verschiebung des Gebäudes erhebliche Mehrkosten verbunden seien, die sich aus einer Neuvermessung, einem erneuten Bauantrag (inklusive der Erstellung eines neuen Lageplans) und den Architektenkosten ergäben, vermag dies kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen. Dieser Mehraufwand aufgrund einer notwendigen Umplanung vermag die Zulassung einer Abweichung von der Abstandsfläche nicht zu rechtfertigen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Bauherr von Beginn an einen Bauantrag für ein Vorhaben stellen muss, das den bauordnungsrechtlichen Abstandsvorschriften entspricht. **Würde man mit dieser Argumentation eine Befreiung rechtfertigen können, wäre jedem Bauherren anzuraten, zuerst einen Bauantrag für ein Vorhaben zu stellen, das die gesetzlichen Bestimmungen nicht einhält, um dann die erhöhten Kosten für eine rechtmäßige Planung als Rechtfertigung einer Abweichung von der nicht eingehaltenen Bestimmung anzuführen..“**

## 2. Insbesondere: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als (Ermessens-)Grenze bei Grundrechtseingriffen im Verwaltungsrecht

### Bindung der Exekutive an das Verhältnismäßigkeitsprinzip

- Ausgangspunkt ist die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, wonach Eingriffe in (Grund-)Rechte des Bürgers einer gesetzlichen Grundlage bedürfen (hierzu § 4 B I des Kurses)
- Problem: Generalklauseln mit Ermessensermächtigung
  - ↳ begründen keine generelle Ermächtigung der Exekutive, zu dem vorgesehenen Zweck jede beliebige Maßnahme zu treffen
  - ↳ Ermessensermächtigung wird durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip immanent darauf begrenzt, dass nur solche Maßnahmen ermessensgerecht sein können, die zur Erreichung des im Gesetz genannten Zwecks geeignet sowie erforderlich sind und in denen das Ausmaß des Grundrechtseingriffs noch in einem angemessenen, zumutbaren Verhältnis zum angestrebten Zweck steht
- Verhältnismäßigkeitsprinzip = Formel zur Auslegung verwaltungsrechtlicher Generalklauseln zum Schutz der Grundrechte des Bürgers

## 2. Insbesondere: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als (Ermessens-)Grenze bei Grundrechtseingriffen im Verwaltungsrecht

Dieser „klassische“ Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips kommt in seiner ausdrücklichen gesetzlichen Normierung in [§ 15 BPolG](#) und den [Landespolizei- und Ordnungsbehördengesetze der Länder](#) zum Ausdruck:

### Polizei- und Ordnungsbehördengesetz (POG) Rheinland Pfalz

#### **§ 2 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

- (1) Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen haben die allgemeinen Ordnungsbehörden und die Polizei diejenige zu treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt.
- (2) Eine Maßnahme darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.
- (3) Eine Maßnahme ist nur solange zulässig, bis ihr Zweck erreicht ist oder sich zeigt, dass er nicht erreicht werden kann.

## 2. Insbesondere: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als (Ermessens-)Grenze bei Grundrechtseingriffen im Verwaltungsrecht

### Bindung der Exekutive an das Verhältnismäßigkeitsprinzip

- Das Verhältnismäßigkeitsprinzip schränkt damit die Gesetz eröffneten Handlungsspielräume der Exekutive ein
- Bei gebundener Verwaltung besteht dagegen keine Möglichkeit der Verwaltung, sich unter Berufung auf das Verhältnismäßigkeitsprinzips der Bindung zu entledigen (Vorrang des [Art. 20 Abs. 3 GG](#)); eine Befugnis der Verwaltung, eine für sie verbindliche, jedoch als unverhältnismäßig erachtete Norm zu verwerfen besteht nicht (hierzu [§ 4 A V 2 des Kurses](#))

Problematisch daher die Argumentation von [BVerwG, 6 C 19/11 v. 21.3.2012, Abs. 26 f.](#) = NVwZ 2012, 1188 ff. – sie ist so nicht zutreffend, obwohl es auch in anderen Zusammenhängen entsprechende Überlegungen angestellt werden: siehe z. B. [OVG Bautzen, 3. B 891/06 v. 23. 3. 2009, S. 9 f.](#) = NJW 2009, 2551, 2552; [OVG Hamburg, 3 Bf 116/08 v. 7. 10. 2008, Abs. 56](#) = NordÖR 2009, 156, 157; [VGH Kassel, 5 A 1245/11 v. 26.10.2011, Abs. 37](#) = LKRZ 2012, 56, 58

Siehe zum Problem (wirklich nur zur Vertiefung): *Barczak*, VerwArch 105 (2014), 142 ff.; *Mehde*, DÖV 2014, 541 ff.; *Naumann*, DÖV 2011, 96 ff.



## 2. Insbesondere: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als (Ermessens-)Grenze bei Grundrechtseingriffen im Verwaltungsrecht

### Bindung der Exekutive an das Verhältnismäßigkeitsprinzip

[BVerfG, 2 BvB 1/13 v. 17.1.2017, Abs. 600](#) = [BVerfGE 144, 20, 231](#) (NPD-Verfahren II)

„Der Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Parteiverbotsverfahren steht aber entgegen, dass der Verfassungsgeber in Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG eine abschließende Regelung getroffen hat, die für eine gesonderte Verhältnismäßigkeitsprüfung keinen Raum lässt. **Der Rückgriff auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt nur in Betracht, soweit das handelnde Staatsorgan überhaupt über Handlungs- und Entscheidungsspielräume verfügt. Ist hingegen eine zu treffende Maßnahme rechtlich bindend vorgegeben und fehlt es sowohl hinsichtlich des „Ob“ als auch hinsichtlich des „Wie“ an alternativen Entscheidungsmöglichkeiten, ist die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgeschlossen [...].** Der Verfassungsgeber hat in Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG normiert, dass bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen zwingend die Verfassungswidrigkeit der Partei festzustellen ist. Entscheidungsspielräume, die die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ermöglichen würden, bestehen nicht [...].“

## 2. Insbesondere: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als (Ermessens-)Grenze bei Grundrechtseingriffen im Verwaltungsrecht

### Bindung der Exekutive an das Verhältnismäßigkeitsprinzip

[BVerfG \(K\), 2 BvR 1487/17 v. 24.7.2017, Abs. 41](#) = NVwZ 2017, 1526 Abs. 41

„Das Grundgesetz gewährleistet, dass Eingriffe in Grundrechte nur erfolgen dürfen, wenn der Eingriff in Anbetracht des durch die staatliche Gewalt verfolgten Ziels verhältnismäßig ist [...]. **Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, Regelungen zu treffen, die verhältnismäßige Entscheidungen der Verwaltung ermöglichen und deren Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte sicherstellen.** Die Verfassung überlässt jedoch die Frage, ob diejenigen Anforderungen an das behördliche Handeln, die die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme sichern sollen, auf der Tatbestandsseite oder auf der Rechtsfolgenseite einer Vorschrift vorgesehen werden, grundsätzlich dem Gesetzgeber. Räumt dieser der Behörde auf der Rechtsfolgenseite Ermessen ein, so muss diese ihr Ermessen stets in einer verhältnismäßigen, der Bedeutung betroffener Grundrechte gerecht werdenden Art und Weise ausüben. **Das Verhältnismäßigkeitsprinzip stellt dabei eine Grenze der Ermessensausübung dar, deren Überschreitung durch die Verwaltungsgerichte zu kontrollieren ist.** Eine Einschätzungsprärogative steht den Behörden insoweit nicht zu.“

## 2. Insbesondere: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als (Ermessens-)Grenze bei Grundrechtseingriffen im Verwaltungsrecht

### Bindung der Legislative an das Verhältnismäßigkeitsprinzip

- [BVerfG, 1 BvL 12/63 v. 7.4.1964, Abs. 36 f. = BVerfGE 17, 306, 313 f.:](#)  
Erhebung des verwaltungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips zu einem Grundsatz mit Verfassungsrang
- Verhältnismäßigkeitsprinzip ist damit auch eine Schranke für die Gesetzgebung  
Folge bei Missachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips: Nichtigkeit der Gesetzesbestimmung wegen Verstoßes gegen das Übermaßgebot
- Interpretation von Rechtsnormen, die zu Grundrechtseingriffen gegenüber dem Bürger ermächtigen und bei denen Auslegungsspielraum besteht, entsprechend den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Folge des Gebots der verfassungskonformen Auslegung, hierzu **§ 5 C III des Kurses**)

## 2. Insbesondere: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als (Ermessens-)Grenze bei Grundrechtseingriffen im Verwaltungsrecht

### Rückwirkungen der Bindung der Legislative an das Verhältnismäßigkeitsprinzip für die Exekutive

	Gebundene Verwaltung	Ermessen
Ermächtigungsgrundlage	<ul style="list-style-type: none"><li>• Beachtung des Übermaßgebotes durch Gesetzgeber?</li><li>• Wurde bei Bestehen mehrerer Auslegungsmöglichkeiten eine dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechende Interpretation gewählt?</li></ul>	
Umsetzung der Ermächtigungsgrundlage durch die Exekutive	<ul style="list-style-type: none"><li>• Keine Überprüfung der Entscheidung der Exekutive am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Entspricht die tatsächlich getroffene Maßnahme den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Ermessens i.S.d. <a href="#">§ 40 VwVfG</a>?</li></ul>

### 3. Grundrechtliche Schutzpflichten und Leistungsansprüche als Ermessensgrenze

Soweit sich aus den Grundrechten bestimmte Leistungs- und Schutzpflichten gegenüber den Staat ergeben, bilden diese ebenfalls als „gesetzliche Grenze“ i. S. des [§ 40 Alt. 2 VwVfG](#), [§ 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO](#) und können die Behörde z. B.

- zur Berücksichtigung des grundrechtlichen Leistungsanspruchs bei der Erteilung von solchen Genehmigungen verpflichtet, die „an sich“ im Ermessen der Behörde stehen
- zur Berücksichtigung des grundrechtlichen Schutzpflichten bei der Ermessensentscheidung darüber verpflichtet, ob gegenüber Dritten ordnungsrechtlich eingeschritten werden soll

In diesen Fällen wird sich dann auch oft die Frage einer **Ermessensreduzierung auf Null** stellen



### 3. Grundrechtliche Schutzpflichten und Leistungsansprüche als Ermessensgrenze

Siehe zum Beispiel zu aus **Art. 5 Abs. 3 GG** folgenden **Ermessensbindungen** bei Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis: [Straßenkunst-Fall](#)

#### Straßenkunst

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der [jurmatIX GbR, Ottweiler](#)

In Verbindung bleiben mit Saarheim auf [Facebook](#)

Das "Einkaufsparadies" der saarländischen Stadt Saarheim bildet die in der Innenstadt belegene Nassauer Straße, die den Rathausplatz und den [Erich-Schultheiß-Platz](#) miteinander verbindet. Bei der Nassauer Straße und dem Erich-Schultheiß-Platz handelt es sich um Gemeindestraßen, die ordnungsgemäß nur für den Fußgängerverkehr gewidmet wurden, was auch straßenverkehrsrechtlich durch das Aufstellen entsprechender Verkehrszeichen (Anlage 2 Nr. Zeichen 241.1 und 242.2 nach § 41 Abs. 2 StVO) gekennzeichnet ist. Insbesondere bei schönem Wetter gehen dort auch zahlreiche Straßenkünstler, Straßenmusikanten und Pflastermaler ihrer Berufung nach. Damit es insoweit nicht zu Unverträglichkeiten kommt, hat der Oberbürgermeister der Stadt Saarheim – [Oskar Obenauf](#) – immer darauf geachtet, dass insbesondere platzintensive künstlerische Veranstaltungen, wie etwa die Pflastermalerei, nur nach Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis durch die Stadt an dem Ort durchgeführt werden, der dem jeweiligen Künstler zugewiesen wurde. Dies hat sich bei den Künstlern auch mittlerweile herumgesprochen. Da die Stadt für die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen an Straßenkünstler keine Sondernutzungsgebühren erhebt, läuft das Verfahren auch recht reibungslos: Die Straßenkünstler finden sich im [Rathaus der Stadt Saarheim](#) ein, füllen das dort beim "[Amt für Straßenwesen](#)" bereitgestellte Formular für die "Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für Straßenkunst auf der Nassauer Straße/Erich-Schultheiß-Platz" aus und bekommen dann für die beantragte Woche einen "Standplatz" zugeteilt, wenn nicht bereits für diese Woche alle Standplätze besetzt sind. Sind (was kaum vorkommt) mehr Bewerber als Standplätze vorhanden, erfolgt die Vergabe grundsätzlich nach der Reihenfolge der Anträge, wobei diejenigen unberücksichtigt bleiben, die bereits mehr als dreimal eine Sondernutzungserlaubnis erhalten haben. Bei Straßenmusikanten entspricht es zudem ständiger Praxis, durch Nebenbestimmungen sicherzustellen, dass übermäßige Lärmbelastigungen der Anlieger vermieden werden.

Diese Regeln kennt auch der Saarheimer Künstler [Edgar Escher](#), der sein künstlerisches Schaffen zur Zeit auf die die Erstellung großflächiger (oftmals mehr als 10 qm umfassender) Kreidegemälde auf Saarheimer Straßengrund konzentriert. Denn er sieht sich - [nach dem andere Projekte weniger Erfolg hatten](#) - zur Zeit dazu gedrängt, sein künstlerische Kreativität mit Mitteln der Straßenmalerei auszuleben, da die Straßenmalerei am Besten versinnbildliche, dass die Kunst zu jeder Zeit mit Füßen getreten werde und die Höhen und Tiefen künstlerischen Schaffens ebenso vergänglich seien wie Kreidebilder im Regen ...

# 3. Grundrechtliche Schutzpflichten und Leistungsansprüche als Ermessensgrenze

Siehe zum Beispiel zu aus **Art. 2 Abs. 2 GG** folgenden **Ermessensbindungen** bei der Entscheidung über die Einweisung von Obdachlosen in eine Wohnung:  
[Obdachlos-Fall](#)

## Obdachlos

\* [Klaus Grupp](#) (Universität des Saarlandes) und [Ulrich Stelkens](#) (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der [jurmatX GbR Ottweiler](#)

[In Verbindung bleiben mit Saarheim auf](#)  [Facebook](#)

[Dr. Lutz Lautstark](#) ist Eigentümer eines Mehrfamilienhauses in der Lessingstraße 22 in Saarheim. Eine seiner Wohnungen ist an [Hanjo Pechstein](#) vermietet, der dort mit seiner Frau und sechs Kindern wohnt; seine Frau ist in anderen Umständen und erwartet im kommenden Januar ihr siebtes Kind.

Nachdem [Pechstein](#) seine Stelle als Porzellandesigner bei der [Philippy & Popp AG](#) verloren hatte, verschlechterten sich die finanziellen Verhältnisse der Familie rapide. Als bald wurde keine Miete mehr gezahlt. Da Gespräche über eine Ratenzahlung zwischen Dr. [Lautstark](#) und [Pechstein](#) erfolglos blieben, kündigte Dr. [Lautstark](#) das Mietverhältnis und erstritt ein rechtskräftiges Räumungsurteil gegen die Familie [Pechstein](#).



Ein Antrag [Pechsteins](#) auf Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO wurde zurückgewiesen. Kurz bevor es zu einer Räumungsvollstreckung kommen sollte, begab sich [Pechstein](#) zum Oberbürgermeister der Stadt Saarheim, [Oskar Obenauf](#), und schilderte ihm die Situation: Er würde mit seiner Familie obdachlos werden, wenn er aus dieser Wohnung ausziehen müsse. Nicht nur seinen Kindern wäre dies auf Grund des immer schlechter werdenden vorweihnachtlichen Wetters unzumutbar. Auch im Hinblick auf den erwarteten Nachwuchs wäre es eine unerträgliche Situation, die ernsthafte Auswirkungen auf die Gesundheit aller Beteiligten haben könnte. Alle anderen Möglichkeiten, sich und seiner Familie ein Obdach zu verschaffen, seien bisher ohne Erfolg geblieben. [Pechstein](#) legte [Obenauf](#) ein Bündel von Briefen mit Absagen potenzieller Vermieter vor und wies darauf hin, dass andere Wohnungen in Saarheim entweder nicht verfügbar oder finanziell für ihn nicht erschwinglich sind.

Oberbürgermeister [Obenauf](#) erläuterte [Pechstein](#), dass die Stadt derzeit selbst keine für die Familie geeigneten leer stehenden Wohnungen habe. Er könne aber in seiner Funktion als Ortspolizeibehörde die Familie wieder in ihre bisherige Wohnung einweisen. Schließlich habe der Vermieter die Obdachlosigkeit auch verursacht. Dr. [Lautstark](#) sei dafür bekannt, dass er sein Recht – um jeden Preis – immer durchgesetzt sehen wolle, egal wer dabei auf der Strecke bleibe.

Da der Tag immer näher rückte, an dem nach Angaben [Pechsteins](#) die Räumung der Wohnung durch den Gerichtsvollzieher erfolgen sollte, überlegte [Obenauf](#), einen Bescheid zu erlassen, in dem die Einweisung der Familie [Pechstein](#) in die Wohnung Lessingstraße 22 zu Lasten von Dr. [Lautstark](#) ausgesprochen wird. Dr. [Lautstark](#), der von [Obenauf](#) auf seine Überlegungen angesprochen wurde, wendete dagegen ein, er verstehe nicht, warum er hier als Verursacher der Obdachlosigkeit gelte. Immerhin habe er nur sein Recht wahrgenommen, das ihm als Eigentümer zustehe. Für die Inanspruchnahme seiner Wohnung für die Familie [Pechstein](#) sehe er zudem auch keinen Anlass; immerhin gebe es andere Möglichkeiten, der Familie ein Obdach zu geben. Um das Problem aus der Welt zu schaffen, könne man die Familie zum Beispiel auch in einem der zwei vorhandenen Büro-Container der Stadt unterbringen. Diese waren für die Zeit der Renovierung angeschafft worden, nachdem die [erste Etage des Rathauses teilweise ausgebrannt war](#). In der Folgezeit waren eben diese mit einer Toilette

### 3. Grundrechtliche Schutzpflichten und Leistungsansprüche als Ermessensgrenze

Zu betonen ist, dass auch (nur) **durch einfaches Recht eingeräumte Ansprüche** (subjektive Rechte) eine Ermessensgrenze darstellen können. In diesen Fällen ist jedoch oft das Hauptproblem, in welchen Umfang das einfache Recht solche subjektiven Rechte gewährt – ein Problem, das insbesondere im Bau- und Umweltrecht eine Rolle spielt

Für ein (sehr schwieriges) Beispiel: [Sonnendeck-Fall](#)



© Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der [jurmatiX GbR, Ottweiler](#)

[In Verbindung bleiben mit Saarheim auf](#)  [Facebook](#)

*Larissa Lebach* ist Eigentümerin eines im Ortsteil Quierbrück von Saarheim, am Fuße der Quierbrücker Höhe, gelegenen Grundstücks, auf dem ein eingeschossiges Gebäude steht und in dessen Rasenfläche ein Swimmingpool eingelassen ist. Das Grundstück befindet sich noch innerhalb der geschlossenen Ortschaft und liegt im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der jedoch keine Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung enthält. Die Landschaft in der dortigen Umgebung ist außerordentlich schön, friedlich und lieblich.

Um im Frühjahr und Sommer ihre Zeit damit verbringen zu können, sich mit Blick über Saarheim zu sonnen und ihren Teint dadurch von einem Winter-Schweinchenrosa nach und nach in ein dunkles Sommer-Karamell verwandeln zu können, träumt *Larissa Lebach* schon seit Langem davon, im obersten Stockwerk ihres Hauses nach Art eines Sonnendecks eine Dachterrasse zu bauen. Sie möchte auch einen direkten Zugang



## 4. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Ermessensgrenze: Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung

### Art. 3 GG

(1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

(2) und (3) [...].

- Zur Gleichheit „vor dem Gesetz“ gehört auch die Gleichheit vor der das Gesetz anwendenden Verwaltung
- Bei **gebundener Verwaltung** ist bereits eine schematische Gleichbehandlung durch die schlichte Anwendung des allgemeinen Gesetzes durch die Verwaltung gewährleistet (hierzu **§ 6 A I des Kurses**)
- Bei **Ermessensverwaltung** wird aus Art. 3 Abs. 1 GG eine **Pflicht zur kohärenten Entscheidung** hergeleitet: Wird an eine Behörde ein Anliegen herangetragen, wird sie auf einen Missstand aufmerksam, muss sie berücksichtigen, dass nicht nur die jeweilige Einzel-Entscheidung zu treffen ist, sondern in Zukunft vergleichbare Fälle auf sie zukommen werden, bei der die Behörde ihr Ermessen *nicht willkürlich* anders ausüben darf. Jede willkürlich abweichende Entscheidung wird als **Verletzung der sich aus Art. 3 Abs. 1 GG ergebenden Grenzen des Ermessens nach § 40 Alt. 2 VwVfG, § 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO** verstanden.

## 4. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Ermessensgrenze: Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung

Die aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Pflicht zur kohärenten Ermessensentscheidung (Folie 1 von 4)

- zwingt die Behörde bei ihrer Ermessensentscheidung nicht nur den konkret zu entscheidenden Fall in den Blick zu nehmen, sondern auch zu berücksichtigen, wie sie in vergleichbaren Fällen in der Vergangenheit entschieden hat
- führt damit im Ermessensbereich zu einer **Selbstbindung der Verwaltung durch eine ständige Verwaltungspraxis**, aus der sich ein Anspruch der Betroffenen ergibt, dass die Behörde in „seinem“ Fall ihr Ermessen nicht ohne sachlichen Grund anders ausübt als in vergleichbaren Fällen (ausführlich hierzu *Kluckert*, JuS 2019, 536 ff.)

Insoweit unterscheidet sich die Situation der Verwaltung grundsätzlich von der Situation der Gerichte, die wegen ihrer richterlichen Unabhängigkeit nicht an ihre Entscheidungspraxis gebunden sind (hierzu **§ 3 B II des Kurses**)

## 4. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Ermessensgrenze: Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung

Die aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Pflicht zur kohärenten Ermessensentscheidung (Folie 2 von 4)

- Begründet keine Pflicht, den einmal eingeschlagenen Weg ewig fortzuführen: Insbesondere kann die Änderung einer Verwaltungsvorschrift für die Zukunft auch eine Änderung der Ermessenspraxis rechtfertigen

Hierzu [OVG Münster, 8 A 2247/10 v. 23.8.2011, Abs. 42 ff.](#) = NJOZ 2012, 705, 706 ff.; [VG Darmstadt, 3 L 89/13.DA v. 19.2.2013, Abs. 12](#) = LKRZ 2013, 289, 291

- lässt ein Abweichen von der ständigen Verwaltungspraxis in atypischen Fällen zu (und kann dies sogar gebieten)

Hierzu [OVG Münster, 8 A 2247/10 v. 23.8.2011, Abs. 75 ff.](#) = NJOZ 2012, 705, 708 ff.: *Kluckert*, JuS 2019, 536, 538

## 4. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Ermessensgrenze: Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung

Die aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Pflicht zur kohärenten Ermessensentscheidung (Folie 3 von 4)

- gilt nur gegenüber der jeweils örtlich und sachlich zuständigen Behörde: Die Verwaltungspraxis anderer Behörden begründet keine gesetzliche Grenze der Ermessensausübung i. S. der [§ 40 Alt. 2 VwVfG](#), [§ 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO](#) für die sachlich und örtlich zuständige Behörde
- berechtigt und verpflichtet die Behörde auch **nicht** zur **Fortsetzung einer rechtswidrigen Verwaltungspraxis**: Der **Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes** geht der Pflicht zur kohärenten Ermessensentscheidung vor - **Keine Gleichheit im Unrecht** (hierzu ausführlich *Reimer*, RW 2017, 1 ff.)

## 4. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Ermessensgrenze: Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung

Die aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Pflicht zur kohärenten Ermessensentscheidung (**Folie 4 von 4**)

- rechtfertigt **keine behördliche Untätigkeit** bei Fehlen von Richtlinien zur Steuerung des behördlichen Ermessens – Pflicht zur Ermessensentscheidung bleibt bestehen ([OVG Lüneburg, 7 OB 7/14 v. 25.3.2014](#) = NVwZ-RR 2014, 670 ff.)
- Kann die Verwaltung aber gegebenenfalls zwingen ein kohärentes Entscheidungskonzept in Form **ermessenslenkender Verwaltungsvorschriften oder administrativer Konzepte** zu entwickeln (hierzu **§ 3 B I des Kurses**)

**Beispiel:** Die Gewährung einer Subvention bedarf nicht zwingend einer materiell gesetzlichen Grundlage; ausreichend ist ein Ansatz im Haushaltsplan. Nach ständiger Rechtsprechung muss der Subventions-Haushaltsplanansatz jedoch durch Verwaltungsvorschriften konkretisiert sein, bevor Subventionen vergeben werden, um eine willkürfreie Subventionsvergabe zu ermöglichen und ein sachgerechtes „Verteilungsprogramm“ aufzustellen (hierzu **§ 4 B II des Kurses**)

## 4. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Ermessensgrenze: Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung

### Auswirkungen des Gleichheitssatzes auf die Vergabe von Subventionen

Vergabe der Subventionen erfolgt bei fehlender gesetzlicher Grundlage grundsätzlich nach Ermessen (s. hierzu *Kluckert*, JuS 2019, 536 ff.), **aber**:

- Subventions-Haushaltsplanansatz muss durch Verwaltungsvorschriften konkretisiert sein, bevor Subventionen vergeben werden (Notwendigkeit eines sachgerechten „Verteilungsprogramms“)

[BVerwG, V C 176.62 v. 19.6.1963, Abs. 9](#) = DVBl. 1963, 859; [BVerwG, 3 C 6.95 v. 8.4.1997, Abs. 20](#) = BVerwGE 104, 220, 223

- Der Einzelne hat dann aus Art. 3 Abs. 1 GG i. V. mit der ständigen Verwaltungspraxis einen Anspruch auf Subventionsgewährung – ein Verstoß gegen die Verwaltungspraxis kann auch zur Rechtswidrigkeit der Zuwendung (wegen Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG) führen

[BVerwG, 8 C 18/11 v. 25.4.2012, Abs. 30 ff.](#) = NVwZ 2012, 1262 ff.; [OVG Berlin-Brandenburg, 6 B 8/13 v. 4.6.2014, Abs. 13 ff.](#) = NJOZ 2014, 1390, 1391; [OVG Magdeburg, 1 L 154/11 v. 21.2.2012, Abs. 7](#) = NVwZ-RR 2012, 497 f.; [VGH München, 4 B 13.727 v. 25.7.2013, Abs. 41](#) = DVBl 2013, 1402 Abs. 41; [VGH München, 22 B 19.840 v. 11.10.2019 Abs. 23, 26](#) = BayVBl. 2020, 346 f.

## 4. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Ermessensgrenze: Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung

[OVG Saarlouis, 2 A 480/17 v. 28.5.2018](#) = NVwZ-RR 2019, 219 ff.

„10. [...]. Bei den Vergaberichtlinien handelt es nicht um Rechtsnormen, sondern um Verwaltungsvorschriften, die dazu bestimmt sind, für die Verteilung der Fördermittel Maßstäbe zu setzen und insoweit das Ermessen für ihre Verteilung zu regeln [...]. In der Rechtsprechung des [BVerwG] ist anerkannt, dass Verwaltungsvorschriften über die ihnen zunächst nur innewohnende interne Bindung hinaus aufgrund des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) und des [...] Gebots des Vertrauensschutzes (Art. 20 und Art. 28 GG) eine anspruchsbegründende Außen-wirkung im Verhältnis der Verwaltung zum Bürger zu begründen vermögen. Der Gleichheitssatz gebietet dem Subventionsgeber, ein gleichheitsgerechtes Verteilungsprogramm zu erstellen. Darüber hinaus begründet der Gleichheitssatz zugunsten jedes Zuwendungsbewerbers einen Anspruch darauf, nach dem aufgestellten Verteilungsprogramm behandelt zu werden [...]. [Die Beklagte hat] mit dem „Fassadensanierungsprogramm [...]“ ein solches Verteilungsprogramm erstellt. Damit hat sie ihr Vergabeermessen im Sinne einer Erklärung über die beabsichtigte Verwaltungspraxis insoweit antizipiert und gebunden. Daraus folgt für den Kläger gemäß Art. 3 Abs. 1 GG das Recht, nach Maßgabe der Vergaberichtlinien behandelt zu werden [...]. Ausgehend davon kommt [...] ein Anspruch des Klägers auf die beantragte Förderung aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. den Richtlinien des Fassadensanierungsprogramms [...] in Betracht.“

# 4. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Ermessensgrenze: Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung

**Auswirkungen des Gleichheitssatzes auf die Vergabe von Nutzungsrechten an „öffentlichen Einrichtungen“** (etwa kommunale Stadthallen, Sportanlagen, Festplätze,...)

Eine Gemeinde, die ohne hierzu gesetzlich verpflichtet zu sein, ihre Stadthalle regelmäßig auch politischen Parteien zur Verfügung stellt, muss sie auch der NPD zur Verfügung stellen (s. [§ 5 PartG](#) [Parteilichkeit-Fall](#))

## Parteilichkeit

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der jurmatIX GbR, Ottweiler

In Verbindung bleiben mit Saarheim auf  Facebook

Der frühere Bundesverteidigungsminister *Dagobert Rumsweg* ist aus der die Regierungsmehrheit im Bund stellenden Christlich-Liberalen-Partei (CLP) ausgetreten und hat das "Bündnis Rechtschaffender, Aufrechter und Unabhängiger Nationalisten - BRAUN" gegründet. Diese dem äußerst rechten Spektrum zuzuordnende Partei erzielte bei den letzten Wahlen zum Berliner Abgeordnetenhaus mit ihrer Ankündigung eines harten "Law-and-Order"-Kurses erste überwältigende Erfolge. Nun beabsichtigt *Rumsweg* gemeinsam mit dem rechtskonservativen Verleger Dr. Lutz Lautstark auch bei den nächsten saarländischen Landtagswahlen mit dem BRAUN anzutreten. Daher wurde ein Landesverband Saar des BRAUN gegründet. Dieser beabsichtigt nun am 18./19. April dieses Jahres seinen Landesparteitag in Saarheim durchzuführen. Im März letzten Jahres wandte sich deshalb der mit der Ausrichtung des Parteitages betraute, in Saarheim ansässige Kreisverband Süd des BRAUN schriftlich an den Oberbürgermeister von Saarheim, Oskar Obenauf, und bat um Überlassung des von der Stadt Saarheim unterhaltenen und auch sonst für unterschiedliche Veranstaltungen zur Verfügung gestellten Saarheimer Saalbaus zu dem vorgesehenen Termin.

*Obenauf* befürchtet, dass es wegen der extremen politischen Auffassungen des BRAUN nicht nur zu Polarisierungen und Demonstrationen politisch Andersdenkender kommen werde, sondern auch zu Krawallen von Gegnern der Partei mit Personen- und Sachschäden, wie dies in anderen Städten bei Veranstaltungen des BRAUN schon geschehen sei. Diese Bedenken äußerte er auch in der Sitzung des Stadtrates von Saarheim vom 14. Mai letzten Jahres, der nach ausführlicher Diskussion einstimmig folgenden Beschluss fasste:

1. Der Stadtrat der Stadt Saarheim sieht in dem Bündnis Rechtschaffender, Aufrechter und Unabhängiger Nationalisten (BRAUN) eine Organisation, die verfassungsfeindliche rechtsextremistische Ziele verfolgt.
2. Der Oberbürgermeister und die Stadtverwaltung werden angewiesen, die Benutzung des Saarheimer Saalbaus für Parteitage weiterhin nur demokratischen Parteien zu gestatten, dem BRAUN jedoch zu verweigern.



## 4. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Ermessensgrenze: Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung

**Auswirkungen des Gleichheitssatzes auf die Vergabe von Nutzungsrechten an „öffentlichen Einrichtungen“** (etwa kommunale Stadthallen, Sportanlagen, Festplätze,...)

- Eine Gemeinde, die ihre Stadthalle bisher nicht für Parteitage, sondern nur für andere Veranstaltungen zur Verfügung gestellt hat, ist aus Art. 3 Abs. 1 GG und [§ 5 PartG](#) nicht dazu verpflichtet, einer Partei für ihren Parteitag zur Verfügung zu stellen ([BVerfG \[K\], 2 BvQ 28/19 v. 3.4.2019](#) = KommJuR 2019, 212 f.)
- Eine ermessensgerechte Vergabe von Sportanlagen an konkurrierende Sportvereine verlangt gleichheitsgerechte transparente Vergabekriterien: [OVG Berlin-Brandenburg, 6 N 67/13 v. 12.9.2014](#) = NVwZ-RR 2014, 948 ff. [OVG Berlin-Brandenburg, 6 N 68/13 v. 12.9.2014](#) = NVwZ-RR 2014, 950 f.

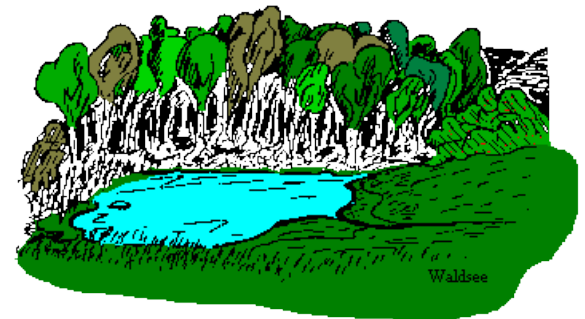
## 4. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Ermessensgrenze: Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung

### Auswirkungen des Gleichheitssatzes auf das Entschließungsermessen bei der Eingriffsverwaltung

**Fall 16:** Im Umfeld eines Waldsees wurden auf verschiedenen Grundstücken verschiedenen Personen kleine Lauben und Baracken, Grillplätze und als Bienenhäuser, Jagd- und Anglerhütten getarnte Wochenendhäuser errichtet, was eindeutig baurechtswidrig ist. Die zuständige Bauaufsichtsbehörde fragt sich, ob sie aus Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet ist, nach [§ 81 LBauO RLP](#) den Abriss aller illegal errichteter Wochenendhäuser anzuordnen, oder ob sie nach welchen Kriterien schrittweise vorgehen oder auch einige Eigentümer „verschonen“ kann.

Siehe hierzu [BVerwG, 7 B 106.91 v. 19.2.1992](#) = NVwZ-RR 1992, 360; [BVerwG, 4 B 34.14. v. 24.7.2014, Abs. 4](#) = BauR 2014, 1923; zusammenfassend *Benkert*, ThürVBI 2015, 134 ff

Siehe hierzu auch den [Manche-sind-gleicher-Fall](#)



## 4. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Ermessensgrenze: Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung

### Auswirkungen des Gleichheitssatzes auf das Entschließungsermessen bei der Eingriffsverwaltung

Im **Fall 16** verbietet Art. 3 Abs. 1 GG ein völlig willkürliches Herausgreifen einzelner Fälle, zwingt aber auch nicht zu einer flächendeckenden Vorgehensweise.

Welche Fälle herausgegriffen werden, muss aber nach sachgerechten (am besten vorab festgelegten) Kriterien erfolgen. Dies läuft auf eine behördliche Konzeptpflicht hinausläuft (hierzu **§ 3 B I 2 des Kurses**).

Gleichbehandlung nur innerhalb eines überschaubaren „Gebiets“ notwendig ([OVG Lüneburg, 1 ME 81/10 v. 19.5.2010, Abs. 9 f.](#) = ZfBR 2010, 585, 586)

## 4. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Ermessensgrenze: Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung

### Auswirkungen des Gleichheitssatzes auf das Entschließungsermessen bei der Eingriffsverwaltung

Sachgerechte Kriterien im **Fall 16** wären nach der Rechtsprechung etwa

- Anlassbezogenes Vorgehen in Ermangelung persönlicher und sachlicher Mittel
- Herausgreifen eines geeigneten Falles als Musterfall
- Herausgreifen von Fällen, bei denen Verschlechterung droht
- Vorläufige Duldung von „Altfällen“ bei konsequenter Vorgehensweise gegen „Neufälle“ ([OVG Koblenz, 8 A 10559/10.OVG v. 23.6.2010, Abs. 32 ff.](#) = NVwZ-RR 2010, 757 ff.)
- Vorläufige Duldung von „Altfällen“ um abzuwarten, ob die Gemeinde ihren Bebauungsplan ändert und die illegale Nutzung legalisiert, sofern die „Zurückstellung“ der Altfälle nicht zu lange dauert ([OVG Greifswald, 3 M 99/19 v. 5.4.2019, Abs. 9 ff.](#) = NordÖR 2019, 288, 289)
- sachlich begründbare Stichtagsregelungen

## 4. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Ermessensgrenze: Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung

### Auswirkungen des Gleichheitssatzes auf das Entschließungsermessen bei der Eingriffsverwaltung

Mittlerweile wird die „Schwarzbaubeseitigungskonzeptpflicht“ auf alle Fälle von Verbotsmaßnahmen bei einer Vielzahl von Verstößen durch eine Vielzahl von Personen erweitert:

- So jeweils für Untersagung von glückspielrechtlich rechtswidriger Werbung [BVerwG, 8 C 36/12 v. 9.7.2014, Abs. 23 ff.](#) = NVwZ 2014, 1583 ff.; [VGH Mannheim, 6 S 1426/14 v. 8.9.2015, Abs. 38 ff.](#) = GewArch 2016, 247 Abs. 38 ff.; [OVG Münster, 4 B 1437/15 v. 9.6.2016, Abs. 27 ff.](#) = NWVBI 2016, 461 ff.
- Zu den Grenze der „Konzeptpflichten“ in diesen Fällen: [BVerwG, 8 C 18/16 v. 26.10.2017, Abs. 20 ff.](#) = NVwZ 2018, 895 Abs. 20 ff.

## 5. Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 3 GG) als Ermessensgrenze

**Fall 17:** Der deutsche Staatsangehörige S. wohnt in Kaiserslautern. Auf der Rückreise von einem Ausflug nach Trier wird er im Zug von der Bundespolizei nach [§ 22 Abs. 1a](#) BPolG befragt und um seinen Ausweis gebeten. S hält dies für rechtswidrig: Er sei die einzige Person im Zug gewesen, die kontrolliert worden sei. Die Polizisten seien zielstrebig direkt auf ihn zugegangen, hätten ihn gefragt, ob er deutsch spricht. Dass er „herausgepickt“ worden sei, könne nur daran liegen, dass er als Person mit nigerianischem Migrationshintergrund eine sehr dunkle Hautfarbe habe. Damit sei er von den Polizisten entgegen Art. 3 Abs. 3 GG diskriminiert worden.

### Bundespolizeigesetz (BPolG)

**§ 22 Befragung und Auskunftspflicht.** (1) [...].

(1a) Zur Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise in das Bundesgebiet kann die Bundespolizei in Zügen und auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes (§ 3), soweit auf Grund von Lageerkennnissen oder grenzpolizeilicher Erfahrung anzunehmen ist, daß diese zur unerlaubten Einreise genutzt werden, sowie in einer dem Luftverkehr dienenden Anlage oder Einrichtung eines Verkehrsflughafens (§ 4) mit grenzüberschreitendem Verkehr jede Person kurzzeitig anhalten, befragen und verlangen, daß mitgeführte Ausweispapiere oder Grenzübertrittspapiere zur Prüfung ausgehändigt werden, sowie mitgeführte Sachen in Augenschein nehmen. [...].

## 5. Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 3 GG) als Ermessensgrenze

### Zulässigkeit eines „Racial Profilings“ trotz Art. 3 Abs. 3 GG?

- [OVG Koblenz, 7 A 11108/14.OVG v. 21.4.2016, Abs. 103 ff.](#) = NJW 2016, 2820 ff.: § 22 Abs. 1a BPolG ist zwar verfassungskonform, darf aber nicht so angewandt werden, dass Hautfarbe der Betroffenen mitentscheidendes Merkmal für das „Ob“ einer Kontrolle ist (hierzu *Liebschner* NJW 2016, 2779 ff.).
- [OVG Münster, 5 A 294/16 v. 7.8.2018, Abs. 47 ff.](#) = NVwZ 2018, 1497 Abs. 35 ff.: Es liegt kein „racial Profiling“ vor, wenn der Betroffene sich auffällig verhält (hier: Bei Sichtung der Polizeibeamten zieht sich der Betroffene die Kapuze über den Kopf und versucht auszuweichen)
- [„Racial Profiling“ in der Sylvesternacht 2016/17?](#)
- Näher *Boysen*, Jura 2020, 1192 ff.; *Liebschner*, NJW 2016, 2779 ff.

# V. Exkurs: „Scheinermessungen“ auf der Tatbestandsseite

## Aufenthaltsgesetz (AufenthG)

**§ 53 Ausweisung.** (1) Ein Ausländer, dessen Aufenthalt die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland gefährdet, **wird ausgewiesen**, *wenn die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmende Abwägung der Interessen an der Ausreise mit den Interessen an einem weiteren Verbleib des Ausländers im Bundesgebiet ergibt, dass das öffentliche Interesse an der Ausreise überwiegt.*

(2) Bei der Abwägung nach Absatz 1 sind nach den Umständen des Einzelfalles insbesondere die Dauer seines Aufenthalts, seine persönlichen, wirtschaftlichen und sonstigen Bindungen im Bundesgebiet und im Herkunftsstaat oder in einem anderen zur Aufnahme bereiten Staat, die Folgen der Ausweisung für Familienangehörige und Lebenspartner sowie die Tatsache, ob sich der Ausländer rechtstreu verhalten hat, zu berücksichtigen.

(3) und (4) [...].

**§ 54 Ausweisungsinteresse** [Beispiele für schwerwiegende Ausweisungsinteressen]

**§ 55 Bleibeinteresse** [Beispiele für schwerwiegende Bleibeinteressen]



## V. Exkurs: „Scheinermessungen“ auf der Tatbestandsseite

Aus der Regierungsbegründung zu [§ 53 AufenthG \(BT-Drs. 18/4097, S. 49 f.\)](#)

„Anders als bei einer Ermessensentscheidung kann es keine gerichtliche Verpflichtung der ausweisenden Behörde zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts geben, sondern die gerichtliche Entscheidung ersetzt oder bestätigt das behördliche Ergebnis. Auch dadurch soll eine Beschleunigung des Verfahrens und schnellere Rechtssicherheit erreicht werden.“

- [§ 53 Abs. 1 und 2 AufenthG](#) gelten als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine „Letztentscheidungskompetenz“ der Behörde: Gericht soll seine Abwägung – auch aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung – vollumfänglich an die Stelle der Abwägung der Behörde setzen können (vgl. *Brühl*, JuS 2016, 23, 24)
- „Abwägungsfehler“ der Behörde (z.B. auch zweckwidrige Entscheidungen“) sind damit für die Rechtmäßigkeit der Ausweisung unerheblich, wenn die Ausweisung im Ergebnis (nach Auffassung des Gerichts) von § 53 Abs. 1 AufenthG gedeckt ist

[BVerwG, 1 C 3/16 v. 22.2.2017, Abs. 19 ff.](#) = BVerwGE 157, 325 Abs. 19 ff.; [BVerwG, 1 C 16/17 v. 12.7.2018, Abs. 26](#) = BVerwGE 162, 382 Abs. 26

## V. Exkurs: „Scheinermessungen“ auf der Tatbestandsseite

Indem [§ 53 Abs. 1](#) AufenthG das Verhältnismäßigkeitsprinzip in den Tatbestand intergiert,

- erlaubt es die Möglichkeit eines Absehens von der Ausweisung in Härtefällen (wie dies unionsrechtlich gefordert ist),
- ohne die Entscheidung über das „Ob“ der Ausweisung als Ermessensentscheidung auszugestalten,
- um so zu ermöglichen, dass das Gericht – wie auch sonst bei gebundener Verwaltung – vollumfänglich prüfen kann, ob die von der Behörde getroffene Entscheidung die „einzig richtige Entscheidung“ ist, weil sie auf einer (vom Gericht ggf. nachträglich vervollständigten) vollständigen Erfassung des Lebenssachverhalts beruht (vgl. hierzu noch einmal **Fall 14** – hierzu **§ 6 C III 5 des Kurses**)
- [§ 53 Abs. 1](#) AufenthG ist damit ein Beleg dafür, dass sich der Gesetzgeber bewusst „gebundene Verwaltung“, „Ermessenslehre“, „unbestimmte Rechtsbegriffe“ als „Rechtsetzungs-Werkzeugkasten“ bedient.

## V. „Scheinermessungen“ auf der Tatbestandsseite

Ähnliche Konstruktion ist auch bei [§ 35 Abs. 1 Satz 1 GewO](#) (hierzu bereits Fall 5 bei [§ 6 B III 3 des Kurses](#)) gewählt worden:

### § 35 GewO

#### Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit

(1) Die Ausübung eines Gewerbes **ist** von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, **sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist**. [...].

(2) bis (9) [...]

„Erforderlichkeitsmerkmal“ gilt allgemein als

- „echte Tatbestandvoraussetzung“ der Gewerbeuntersagung
- Bezugnahme auf den rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (s. hierzu diesen [Hinweis zum Verhältnismäßigkeitsprinzip](#))

## V. „Scheinermaßen“ auf der Tatbestandsseite

- „Erforderlichkeitsmerkmal“ impliziert, dass [§ 35 Abs. 1 Satz 1 GewO](#) die Gewerbeaufsicht nicht nur zu einer vollständigen Gewerbeuntersagung, sondern – bei Fehlen der Erforderlichkeit einer vollständigen Gewerbeuntersagung – implizit auch zur Anordnung milderer Mittel ermächtigt
- Die Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als **Tatbestandsmerkmal** einer gebundenen belastenden Entscheidung im Bereich der Gefahrenabwehr führt auch hier dazu, dass für die Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung allein maßgeblich ist, ob die Gewerbeuntersagung **objektiv verhältnismäßig** ist. Dies kann auch auf Grund von Umständen der Fall sein, die erst im Gerichtsverfahren bekannt wurden und von denen die Behörde nichts wusste (was bei einer Ermessensentscheidung zu ihrer Rechtswidrigkeit wegen eines Ermessensausfalls geführt hätte)

## D) Planungs- und Regulierungsermessen

Weitere Erscheinungsform behördlicher Beurteilungsspielräume ist das sog. **Planungsermessen**, das vor allem in der raumbezogenen Planung (z.B. Bebauungspläne) und auch im Bereich der Netzwirtschaftsregulierung (**Regulierungsermessen**) vorkommt.

Hier wird der Verwaltung ein Abwägungs- und Gestaltungsspielraum zur Bewältigung bestimmter rechtlich vorgegebener Ziele zugewiesen (so dass letztlich die Verwaltung über das „Ob“ und das „Wie“ der Zielerreichung entscheidet).

Keine strikte Trennung von Tatbestand und Rechtsfolge in diesen Fällen.

## **D) Planungs- und Regulierungsermessen**

- I. Konditionale und finale Rechtsetzung**
- II. Planungsermessen: Lehre vom Abwägungsgebot**
- III. Regulierungsermessen**

# I. Konditionale und finale Rechtsetzung

## Der Vorbehalt des Gesetzes

- steht Verwendung von „**unbestimmten Rechtsbegriffen**“ auf der Tatbestandsseite nicht entgegen, ihre Anwendung wird jedoch vollumfänglich gerichtlich kontrolliert (Ideal der einzig richtigen, sich aus dem Gesetz ergebenden Entscheidung) – hierzu **§ 4 B I 4** und **§ 6 B I des Kurses**)
- steht Ermessensermächtigungen auf der Rechtsfolgenseite nicht entgegen, soweit die Grundsätze [§ 40 Alt. 2 VwVfG](#), [§ 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO](#) beachtet werden – hierzu **§ 6 C des Kurses**
- fordert jedoch i.d.R. sog. **konditionale Rechtsetzung** nach dem „Wenn-dann“-Schema (klare Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge); hier ergibt sich das „Ob“ und „Wie“ der behördlichen Maßnahme letztlich aus dem Gesetz

**Konditionale Rechtsetzung** und eine strikte Trennung von Tatbestand und Rechtsfolge ist aber nicht immer möglich, sondern es können der Verwaltung nur bestimmte Ziele vorgegeben werden und die rechtlichen Instrumente in die Hand gegeben werden, wie sie diese Ziele erreichen kann: sog. **finale Rechtsetzung**.

# I. Konditionale und finale Rechtsetzung

## Finale Rechtsetzung:

- kennt keine strikte Trennung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge
- weist der Verwaltung einen Abwägungs- und Gestaltungsspielraum zur Bewältigung bestimmter rechtlich vorgegebener Ziele zu und die rechtlichen Instrumente zu, die sie einsetzen soll und darf, um diese Ziele zu erreichen.
- weist damit letztlich die Entscheidung über das „Ob“ und das „Wie“ der Zielerreichung der Verwaltung zu.

**Standardbeispiel und Grundmodell für finale Rechtsetzung** sind die [Regelungen zur Bauleitplanung nach dem BauGB](#) sind „**Standardbeispiel**“ **finaler Rechtsetzung** (im Bereich der räumlichen Gesamtplanung) hierzu **§ 1 i VI des Kurses**) – siehe **nächste Folien**



# I. Konditionale und finale Rechtsetzung

Regelungen zur Bauleitplanung nach dem BauGB sind „**Standardbeispiel**“ **finaler Rechtsetzung** (im Bereich der räumlichen Gesamtplanung)

## BauGB

### § 1 Aufgabe, Begriff und Grundsätze der Bauleitplanung

(1) Aufgabe der Bauleitplanung ist es, die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde nach Maßgabe dieses Gesetzbuchs vorzubereiten und zu leiten.

(2) Bauleitpläne sind der Flächennutzungsplan (vorbereitender Bauleitplan) und der Bebauungsplan (verbindlicher Bauleitplan).

(3) **Die Gemeinden haben die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist.** Auf die Aufstellung von Bauleitplänen und städtebaulichen Satzungen besteht kein Anspruch; ein Anspruch kann auch nicht durch Vertrag begründet werden..

(4) Die Bauleitpläne sind den Zielen der Raumordnung anzupassen.

(5) bis (8) [...].

# I. Konditionale und finale Rechtsetzung

Regelungen zur Bauleitplanung nach dem BauGB sind „**Standardbeispiel**“ **finaler Rechtsetzung** (im Bereich der räumlichen Gesamtplanung)

## **BauGB**

### **§ 1 Aufgabe, Begriff und Grundsätze der Bauleitplanung**

(1) bis (4) [...].

(5) Die Bauleitpläne sollen eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung, die die sozialen, wirtschaftlichen und umweltschützenden Anforderungen auch in Verantwortung gegenüber künftigen Generationen miteinander in Einklang bringt, und eine dem Wohl der Allgemeinheit dienende sozialgerechte Bodennutzung unter Berücksichtigung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung gewährleisten. Sie sollen dazu beitragen, eine menschenwürdige Umwelt zu sichern, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen und zu entwickeln sowie den Klimaschutz und die Klimaanpassung, insbesondere auch in der Stadtentwicklung, zu fördern, sowie die städtebauliche Gestalt und das Orts- und Landschaftsbild baukulturell zu erhalten und zu entwickeln. Hierzu soll die städtebauliche Entwicklung vorrangig durch Maßnahmen der Innenentwicklung erfolgen.

(6) bis (8) [...].

# I. Konditionale und finale Rechtsetzung

Regelungen zur Bauleitplanung nach dem BauGB sind „**Standardbeispiel**“ **finaler Rechtsetzung** (im Bereich der räumlichen Gesamtplanung)

## **BauGB**

### **§ 1 Aufgabe, Begriff und Grundsätze der Bauleitplanung**

(1) bis (5) [...].

(6) Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. die allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse und die Sicherheit der Wohn- und Arbeitsbevölkerung,
2. die Wohnbedürfnisse der Bevölkerung, die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen, die Eigentumsbildung weiter Kreise der Bevölkerung und die Anforderungen Kosten sparenden Bauens sowie die Bevölkerungsentwicklung,
3. die sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Bevölkerung, insbesondere die Bedürfnisse der Familien, der jungen, alten und behinderten Menschen, unterschiedliche Auswirkungen auf Frauen und Männer sowie die Belange des Bildungswesens und von Sport, Freizeit und Erholung,

4. bis 13. [...].

(7) und 8 [...].

# I. Konditionale und finale Rechtsetzung

Regelungen zur Bauleitplanung nach dem BauGB sind „**Standardbeispiel**“ **finaler Rechtsetzung** (im Bereich der räumlichen Gesamtplanung)

## **BauGB**

### **§ 1 Aufgabe, Begriff und Grundsätze der Bauleitplanung**

(1) bis (6) [...].

**(7) Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen.**

(8) Die Vorschriften dieses Gesetzbuchs über die Aufstellung von Bauleitplänen gelten auch für ihre Änderung, Ergänzung und Aufhebung.

# I. Konditionale und finale Rechtsetzung

Regelungen zur Bauleitplanung nach dem BauGB sind „Standardbeispiel“ finaler **Rechtsetzung** (im Bereich der räumlichen Gesamtplanung)

## **BauGB**

### **§ 2 Aufstellung der Bauleitpläne**

- (1) **Die Bauleitpläne sind von der Gemeinde in eigener Verantwortung aufzustellen.** Der Beschluss, einen Bauleitplan aufzustellen, ist ortsüblich bekannt zu machen.
- (2) Die Bauleitpläne benachbarter Gemeinden sind aufeinander abzustimmen. Dabei können sich Gemeinden auch auf die ihnen durch Ziele der Raumordnung zugewiesenen Funktionen sowie auf Auswirkungen auf ihre zentralen Versorgungsbereiche berufen.
- (3) **Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die Belange, die für die Abwägung von Bedeutung sind (Abwägungsmaterial), zu ermitteln und zu bewerten.**
- (4) [...]

## II. Planungsermessen: Lehre vom Abwägungsgebot

### Lehre vom Abwägungsgebot und die Abwägungsfehlerlehre

- sind für die **Bauleitplanung** entwickelt worden (grundlegend: [BVerwG, IV C 105.66 v. 12.12.1969](#) = BVerwGE 34, 301, 304 ff.; [BVerwG, IV C 50.72 v. 5.7.1974](#) = BVerwGE 45, 309, 314 ff. [Flachglas])
- gelten auch für andere Fälle der raumbezogenen Gesamtplanung (Flächennutzungsplanung / Raumordnungsplanung)
- gelten auch für die raumbezogene Vorhabenplanung (Fachplanung), z.B. Fernstraßenplanung ([§ 17 FStrG](#))
- sind **allgemeine Rechtsgrundsätze** des raumbezogenen Planungsrechts

## II. Planungsermessen: Lehre vom Abwägungsgebot

Ausführlich und lesenswert hierzu

- *Berkemann*, Das "Abwägungsmodell" des BVerwG (BVerwGE 34, 301 [1969]) - Entstehungsgeschichte und Legendenbildungen, DVBl 2013, 1280 ff.
- *Berkemann*, Zur Abwägungsdogmatik: Stand und Bewertung, ZUR 2016, 323 ff.;

Ergänzend hierzu

- *Beckmann*, Abwägung als Verfahren - Abwägung als materielles Recht, BauR 2016, 1417 ff.
- *Lege*, Abkehr von der "sog. Abwägungsfehlerlehre"?, DÖV 2015, 361 ff.

## II. Planungsermessen: Lehre vom Abwägungsgebot

### Abwägungsschritte im raumbezogenen Planungsrecht

1. Ermittlung der für die Abwägung erheblichen Belange („Zusammenstellung des Abwägungsmaterials)
2. Gewichtung der Belange
3. Entscheidung darüber, welche Belange im gegenüberstellenden Vergleich mit anderen den Vorrang erhalten bzw. zurücktreten müssen



## II. Planungsermessen: Lehre vom Abwägungsgebot

### Abwägungsfehler im raumbezogenen Planungsrecht:

- **Abwägungsausfall:** Es hat überhaupt keine Abwägung stattgefunden
- **Abwägungsdefizit:** In die Abwägung sind relevante Belange überhaupt nicht einbezogen worden
- **Abwägungsfehleinschätzung:** Die Bedeutung einzelner Belange wurde verkannt bzw. nicht richtig gewichtet
- **Abwägungsdisproportionalität:** Der Ausgleich zwischen den Belangen wurde in einer Weise vorgenommen, der zur objektiven Gewichtung der Belange außer Verhältnis steht

Rechtsfolgen der Abwägungsfehler werden (mittlerweile) eingeschränkt durch sog. Planerhaltungsvorschriften (vgl. z.B. [§ 214 BauGB](#))

## II. Planungsermessen: Lehre vom Abwägungsgebot

BVerfG (K), 1 BvR 682/12 v. 2.7.2018, Abs. 29. = NVwZ 2018, 1561 Abs. 29

„Alleine der Umstand, dass Planungsentscheidungen nur einer eingeschränkten Nachprüfung durch die Fachgerichte wie auch durch das Bundesverfassungsgericht unterliegen, führt nicht dazu, dass Rechtsschutz dabei regelmäßig ineffektiv wäre [...]. **Die eingeschränkte Nachprüfbarkeit berücksichtigt die Gewaltenteilung und zudem die Besonderheiten der Fachplanung, die nicht als ein Vorgang der Subsumtion eines bestimmten Lebenssachverhalts unter die Tatbestandsmerkmale einer generell-abstrakten Norm verstanden werden kann.** Eine Planungsentscheidung stellt auch keine generell-abstrakte Vorgabe für eine Vielzahl von Fällen dar. Es handelt sich vielmehr um einen komplexen Prozess der Gewinnung, Auswahl und Verarbeitung von Informationen, der Zielsetzung und der Auswahl einzusetzender Mittel. Planung hat mithin finalen und keinen konditionalen Charakter [...]. Dies findet im eingeschränkten gerichtlichen Prüfprogramm seinen Niederschlag, führt aber nicht zu einer unangemessenen Rechtsschutzverkürzung.“

## II. Planungsermessen: Lehre vom Abwägungsgebot

(Schwieriges) Fallbeispiel zur Abwägung und Abwägungsfehlerlehre im raumbezogenen Planungsrecht: [Investory-Fall](#)



© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der [jurmatIX GbR, Ottweiler](#)

[In Verbindung bleiben mit Saarheim auf](#)  [Facebook](#)

Am nördlichen Rande Saarheims und damit an der Grenze zur Nachbarstadt [Neunkirchen](#) liegt das Gebiet "Obere Sulz", dessen südliche Hälfte seit 1984 durch den Bebauungsplan "Obere Sulz" als ein Gewerbegebiet ausgewiesen ist. Für die nicht bebaute Nordhälfte des Gebiets besteht noch kein Bebauungsplan. Der Flächennutzungsplan der Stadt Saarheim sieht hier eine Wohnbebauung sowie eine teilweise gewerbliche Nutzung vor.

Der Vorsitzende der Mehrheitsfraktion des Saarheimer Stadtrats, *Christian Dietrich Unverricht*, steht nun seit einiger Zeit mit der *Schwartz-Bau GmbH* in Verhandlungen, einem Bauunternehmen, das daran interessiert wäre, in Saarheim eine "Saar-Mall", ein Einkaufszentrum mit 10.000 qm Verkaufsfläche, zu errichten. Als möglicher Standort für ein solches Einkaufszentrum käme allein die noch unbeplante Nordhälfte des Gebiets "Obere Sulz" in Betracht. *Unverricht* stellte der *Schwartz-Bau GmbH* daher in Aussicht, das Vorhaben im Stadtrat wegen der durch das Unternehmen in Aussicht gestellten 150 neuen Arbeitsplätze baurechtlich "möglich zu machen".

## II. Planungsermessen: Lehre vom Abwägungsgebot

Weiteres (schwieriges) Fallbeispiel zur Abwägung und Abwägungsfehlerlehre im raumbezogenen Planungsrecht: [Seniorenresidenz-Fall](#)

### Seniorenresidenz



© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der [jurmatiX GbR, Ottweiler](#)

In Verbindung bleiben mit Saarheim auf  Facebook

Das Stadtviertel "Hohenzollernpark" im Ortsteil "Alt-Saarheim" der Stadt Saarheim ist ganz überwiegend mit Villen im Gründerzeitstil bebaut. Es überwiegt die Wohnnutzung, jedoch befindet sich dort auch eine renommierte Privatklinik ("Louisenklinik"). Die Villen stehen durchgehend in großen parkähnlichen Gärten und haben zumeist nicht mehr als zwei Vollgeschosse. Sie werden fast ausschließlich von alleinstehenden älteren Damen bewohnt, die zum "ganz alten Saarheimer Adel" (und zu den regelmäßigen Kunden der Privatklinik) gehören. Eine dieser älteren Damen, *Erna von Trottwitz*, die in dem Anwesen Prinz-Wilhelm-Straße 6 wohnte, ist jedoch im Alter von 96 Jahren verstorben: Vor dem Fernseher



### III. Regulierungsermessen als Planungsermessen?

Gilt das Abwägungsgebot auch für die neuartigen „Marktgestaltungsaufgaben“ der Bundesnetzagentur?

#### **TKG**

#### **§ 10 Marktdefinition**

(1) Die Bundesnetzagentur legt im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums unter Berücksichtigung der Ziele und Grundsätze des § 2 und der Grundsätze des allgemeinen Wettbewerbsrechts die sachlich und räumlich relevanten Telekommunikationsmärkte fest, die für eine Regulierung nach diesem Abschnitt in Betracht kommen können..

(2) und (3) [...]

### III. Regulierungsermessen als Planungsermessen?

Gilt das Abwägungsgebot auch für die neuartigen „Marktgestaltungsaufgaben“ der Bundesnetzagentur?

#### EnWG

#### § 29 Verfahren zur Festlegung und Genehmigung

(1) Die Regulierungsbehörde trifft Entscheidungen in den in diesem Gesetz benannten Fällen und über die Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss oder den Netzzugang nach den in § 17 Abs. 3, § 21a Abs. 6 und § 24 genannten Rechtsverordnungen durch Festlegung gegenüber einem Netzbetreiber, einer Gruppe von oder allen Netzbetreibern oder den sonstigen in der jeweiligen Vorschrift Verpflichteten oder durch Genehmigung gegenüber dem Antragsteller.

(2) Die Regulierungsbehörde ist befugt, die nach Absatz 1 von ihr festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden nachträglich zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen. Die §§ 48 und 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes bleiben unberührt.

(3) [...].

### III. Regulierungsermessen als Planungsermessen?

Gilt das Abwägungsgebot auch für die neuartigen „Marktgestaltungsaufgaben“ der Bundesnetzagentur?

- Aus der Rechtsprechung zum **Telekommunikationsrecht**:

[BVerwG, 6 C 46.06 v. 28.11.2007, Abs. 28 ff.](#) = BVerwGE 130, 39, Abs. 28 ff.;

[BVerwG, 6 C 36/10 v. 14.12.2011, Abs. 25](#) = NVwZ-RR 2012, 192, Abs. 25;

[BVerwG, 6 C 10/12 v. 12.6.2013, Abs. 19](#) = NVwZ 2013, 1352, Abs. 19;

[BVerwG, 6 C 24/12 v. 11.12.2013, Abs. 43 ff.](#) = NVwZ 2014, 942, Abs. 43 ff.;

[BVerwG, 6 C 4/17 v. 30.5.2018, Abs. 20 ff.](#) = BVerwGE 162, 202 Abs. 20 ff.;

[BVerwG, 6 C 8/17 v. 21.9.2018, Abs. 40 ff.](#) = BVerwGE 163, 181 Abs. 40 ff.;

ferner [BVerfG \(K\), 1 BvR 1932/08 v. 8.12.2011, Abs. 17 ff.](#) = NVwZ 2012, 694, Abs. 17 ff.

- Aus der Rechtsprechung zum **Energiewirtschaftsrecht**:

[BGH, EnVR 12/12 v. 21.1.2014, Abs. 10, 24 ff.](#);

[BGH, EnVR 59/12 v. 22.7.2014, Abs. 12 ff., 22 ff.](#);

[BGH, EnVR 42/13 v. 27.1.2015, Abs. 22 ff.](#) (hierzu *Gärditz*, DVBI 2016, 399 ff.)

[BGH, EnVR 7/20 v. 26.1.2021, Abs. 25 ff.](#)

### III. Regulierungsermessen als Planungsermessen?

Gilt das Abwägungsgebot auch für die neuartigen „Marktgestaltungsaufgaben“ der Bundesnetzagentur?

- Aus der Literatur für eine derartige Gleichsetzung oder zumindest für die Anerkennung einer Ähnlichkeit beider Ermessensformen: *Attendorn*, DVBI 2008, 1408, 1415 ff.; *Franzius*, DVBI 2009, 409, 413; *Mayen* NVwZ 2008, 835 ff.; *Proelß* AöR 136 (2011), 401, 424 ff.; *Wieland*, DÖV 2011, 705, 706 ff.
- Kritisch gegenüber einer solchen Gleichsetzung: v. *Danwitz*, DÖV 2004, 977, 981 ff.; *Gärditz*, NVwZ 2009, 1005 ff.; *Gärditz*, Die Verwaltung 46 (2013), 257, 268 ff.; *Gärditz*, DVBI 2016, 399 ff.; *Hwang*, AöR 136 (2011), 553, 564 ff.; [Kersten, VVDStRL 69 \(2010\), 288, 325 ff.](#); *Wimmer*, JZ 2010, 433, 438 ff.; *Winkler*, DVBI 2013, 156 ff.

**Hinweis: Die Aufsätze müssen jetzt nicht alle gelesen werden!!!**