



§ 10 Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

I. Tatbestandsseite inklusive unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum

1. Überblick

- Vereinbarkeit mit der Ermächtigungsgrundlage bzw. Erfüllung der Tatbestandsmerkmale der Anspruchsgrundlage
- Grundsatz: Volle Überprüfung aller Tatbestandsmerkmale, auch von unbestimmten Rechtsbegriffen
- Ausnahme: Beurteilungsspielraum (2)



Art. 15 Abs. 1 Bayerisches Versammlungsgesetz

„(1) Die zuständige Behörde kann eine Versammlung beschränken oder verbieten, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist oder ein Fall des Art. 12 Abs. 1 vorliegt.“



§ 4 Abs. 1 Nr. 1 Gaststättengesetz

„(1) Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere dem Trunke ergeben ist oder befürchten lässt, dass er Unerfahrene, Leichtsinne oder Willensschwache ausbeuten wird oder dem Alkoholmissbrauch, verbotenem Glücksspiel, der Hehlerei oder der Unsittlichkeit Vorschub leisten wird oder die Vorschriften des Gesundheits- oder Lebensmittelrechts, des arbeits- oder Jugendschutzes nicht einhalten wird.“



2. Beurteilungsspielraum und Ermessen

- Konflikt zwischen Gesetzesbindung der Verwaltung einerseits, der durch die Gewaltenteilung nahegelegten Eigenständigkeit der Verwaltung andererseits (Notwendigkeit situativen Reagierens, Unmöglichkeit einer durchgehenden gesetzlichen Programmierung)
- Keine 100%ige Gesetzesbindung, sondern „gesetzesdirigierte Verwaltung“
- Systematisierung in den beiden Rechtsfiguren des Ermessens und des unbestimmten Rechtsbegriffs mit Beurteilungsspielraum

 *Voßkuhle, JuS 2006, 117.*



Entscheidungsspielraum der Verwaltung
auf Tatbestandsseite



Unbestimmter Rechtsbegriff
mit Beurteilungsspielraum

Beispiel:

„Wenn ein öffentliches Interesse hieran besteht, so muss einem
Antrag auf Anerkennung als Privatschule entsprochen werden“.



Entscheidungsspielraum der Verwaltung auf der Rechtsfolgenseite



Ermessen

Beispiel:

„Wenn ein Gastwirt bisher nicht kriminell in Erscheinung getreten ist, so kann ihm die Gaststättenerlaubnis erteilt werden“.



- Koppelungsvorschriften als Zwitter
- Sonderbereich planerisches Ermessen
(wo keine konditionale Programmierung)



3. Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum

- ▲ *Der Student der Rechtswissenschaften Felix Bossi nahm im Frühjahr 2018 erstmals an der mündlichen Prüfung im Rahmen des Ersten juristischen Staatsexamens teil. Während sich Bossi und seine Mitprüflinge im öffentlich-rechtlichen Teil der Prüfung um die zutreffende Erfassung der Fragen und ihre akzeptable Beantwortung bemühten, blätterte der für den strafrechtlichen Teil zuständige Prüfer, Professor Dr. Müller, in seiner Angler-Zeitschrift, die er nach Abschluss seines eigenen Prüfungsteils aus seiner Aktentasche geholt hatte. Die Prüfung des Kandidat Bossi wurde insgesamt für nicht bestanden erklärt. Eine mit „ausreichend“ bewertete mündliche Prüfung hätte ebenso ein anderes Ergebnis bewirkt wie eine „ausreichende“ Bewertung der Hausarbeit im Strafrecht.*



Hier wurde es als „unvertretbar“ angesehen, dass Bossi aus einem Verstoß gegen das Parteiengesetz auf die Erfüllung des Straftatbestands der Untreue geschlossen hatte. Er hatte sich dabei auf einen aktuellen Kommentar aus dem Juristischen Seminar sowie auf die Entscheidung der Staatsanwaltschaft Bonn im Ermittlungsverfahren gegen den ehemaligen Bundeskanzler Kohl berufen. Gegen die Entscheidung, die Staatsexamensprüfung für nicht bestanden zu erklären, legte Bossi Widerspruch ein.



Unbestimmter Rechtsbegriff

- Nur auf der Tatbestandsseite der Norm:
Wissensentscheidung (kognitives Ermessen)



- Gerichtliche Kontrolle
 - In der Regel vollumfänglich, da nur eine richtige Entscheidung
 - Ausnahme: Beurteilungsspielraum (= Tatbestandsermessen)



Ermessen

- Nur auf der Rechtsfolgenseite der Norm: Willensentscheidung (volitives Ermessen)



- Gerichtliche Kontrolle:
 - Da mehrere vertretbare Entscheidungen (Zweckmäßighkeitsüberlegungen) darf VG sein Ermessen nicht an die Stelle des Verwaltungsermessens setzen (§ 114 VwGO)
 - Ausnahme: Ermessensreduzierung auf Null



a) Begriff und Bedeutung unbestimmter Rechtsbegriffe

- Nur eine richtige Wertung (ein Gastwirt ist entweder zuverlässig oder nicht), aber die einzig richtige Entscheidung lässt sich nicht eindeutig feststellen.
Daher: Der Gesetzgeber verwendet Tatbestandsmerkmale, deren Vorliegen nicht eindeutig bestimmbar ist.
- Zunahme, da sich viele Lebenssachverhalte einer exakten Erfassung in konkret anwendbaren Tatbeständen entziehen
- + Bedürfnis des Gesetzgebers, Tatbestandsmerkmale bewusst offen zu lassen, um situatives Reagieren zu ermöglichen.



b) Verwaltungsbindung und Kontrolle

- Unterscheide Handlungs- und Kontrollperspektive
- Kann es bei unbestimmten Rechtsbegriffen einen Beurteilungsspielraum geben?
 - Seine Existenz ist nicht von vornherein ein verfassungsrechtliches Problem, sofern beachtet sind der Vorbehalt des Gesetzes und das Ausmaß der Grundrechtsbetroffenheit. Wichtig ist ferner Art. 19 Abs. 4 GG: Ausnahmen nur nach gesetzlicher Festlegung möglich
 - Dann, wenn hohe Komplexität und besondere Dynamik und keine Möglichkeit des Nachvollzugs (Funktionsgrenzen der Rechtsprechung)



- Bildung von Fallgruppen
 - Prüfungsentscheidungen
(Abitur, medizinische, juristische und andere Staatsexamina)
 - 📖 *Kottula/Birkemeyer*, NWVBl. 2002, 120;
 - 📖 *Beaucamp/Seifert*, NVwZ 2008, 261.
- ▲ In der früheren Rechtsprechung war anerkannt, dass im Prüfungsrecht Beurteilungsspielräume bestehen, das Prüfungssituationen nicht wiederholbar und nachträgliche richterliche Kontrolle vor der Schwierigkeit besteht, die Prüfungsleistungen der Konkurrenten nicht mehr nachholen zu können. Insbesondere galt die Regel, dass es keinen Grundsatz gebe, das Richtige als richtig und Falsches als falsch bewerten zu müssen.



- ▲ Zwei Grundsatzentscheidungen des BVerfG aus dem Jahr 1991 (BVerfGE 84, 34 und BVerfGE 84, 59; ferner BVerwGE 99, 74; BVerwGE 104, 203):
 - Heranziehung nicht nur des Art. 19 Abs. 4 GG, sondern auch der materiell einschlägigen Grundrechte (Art. 12 Abs. 1 GG)
 - Unterscheidung zwischen Bewertungen und fachwissenschaftlichen Richtigkeitskontrollen. Insbesondere dürfte eine vertretbare Lösung nicht als falsch gewertet werden.
 - Große Bedeutung des Verfahrens



- Beamtenrechtliche Beurteilungen (innerhalb der unbestimmten Rechtsbegriffe „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung“); Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zuletzt bestätigt durch BVerfG, DVBl. 2002, 1203.
- Urteile fachlicher oder pluralistischer Gremien (sog. Kollegialverwaltung)
- ▲ Beispiele: Bundesprüfstelle für die Prüfung jugendgefährdender Schriften gemäß dem GjSM (BVerwGE 91, 211 [215]); beachte aber die verfassungsrechtlichen Grenzen seit BVerfGE 83, 130 (Josephine Mutzenbacher); G 10-Kommissin hinsichtlich strategische Telefonüberwachung (BVerwG, DVBl. 2008, 850); Weinprüfungskommission (NJW 2007, 2790). Hierbei ist auf die Zusammensetzung und das Verfahren zu achten.



- Spielräume der Regulierungsbehörden bei Marktdefinition und -analyse (z.B. nach dem TKG; bestätigt durch BVerfG, NVwZ 2012, 694); im Energierecht: Burgi, RdE 2020, 105 ff.



- Besteht ein Beurteilungsspielraum, so beschränkt sich die verwaltungsgerichtliche Kontrolle auf
 - Einhaltung der Verfahrensvorschriften (formelle Rechtmäßigkeit)
 - Zutreffender Sachverhalt
 - Beachtung allgemein anerkannter Bewertungsmaßstäbe
 - Keine sachfremden Erwägungen



II. Rechtsfolgende inklusive Ermessen

1. Überblick

- Gebundene Entscheidungen
- Ermessensentscheidungen



a) Begriff

- Definition: Der Verwaltung ist bei der Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestands die Wahl zwischen verschiedenen Rechtsfolgen belassen
- Differenzierung zwischen Entschließungs- und Auswahlermessen
- Ermessen heißt: Rechtmäßigkeits- und auch Zweckmäßigkeitsüberlegungen



b) Erscheinungen und Problematik

- Indizien: Formulierungen wie „kann“ und „darf“;
Unterscheide zwischen Kann- und Sollvorschriften.

Unnötig: Die neuere Kategorie des „intendierten Ermessens“
(BVerwGE 105, 55; vertiefend  Schoch, Jura 2010, 358).



- Unterscheide zwischen individueller und genereller Ermessensausübung
(→ durch Verwaltungsvorschriften; vgl. § 19 III).
Durchgehend Konflikt zwischen Herstellung der Einzelfallgerechtigkeit und dem Erfordernis des Beibehaltens einer einheitlichen Linie
(Art. 3 Abs. 1 GG).



c) Ermessensbindungen und Kontrolle

- Kein „freies Ermessen“
- Vielmehr Ermessen innerhalb rechtlich geordneter Bahnen:
§ 40 VwVfG
 - Zweck der Ermächtigung
 - Gesetzliche Grenzen des Ermessens
 - ➔ Ermessensfehlerhaft, wenn jenseits dieser Grenzen
- Innerhalb der Begründetheitsprüfung:
Anordnung nach der Prüfung des Tatbestands



- Systematisierung der Ermessensfehler:
 - Ermessensüberschreitung
(Wahl einer Rechtsfolge, die in der Rechtsnorm überhaupt nicht vorgesehen ist [Gebühr von 60 Euro bei einer Gebührenordnung bis höchstens 50 Euro])
 - Ermessensnichtgebrauch
(die Behörde erkennt nicht, dass es sich um eine Ermessensnorm handelt bzw. sie macht aus anderen Gründen von einem bestehenden Ermessenspielraum nicht Gebrauch)



- Ermessensfehlgebrauch (= Ermessensmissbrauch); die Behörde beachtet gesetzliche Zielvorstellungen nicht und bezieht nicht sämtliche für die Ermessensausübung maßgeblichen Gesichtspunkte mit ihrem Gewicht in die Erwägungen ein (z.B.: persönliche, parteipolitische, je nach Rechtsgebiet fiskalische Überlegungen)
- Verstoß gegen Grundrechte und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (wichtig ist vor allem Art. 3 Abs. 1 GG, wobei es keine „Gleichheit im Unrecht“ gibt)
 - ➔ Im Begründetheitsschema entweder erstmalige oder zweite Station, an der Grundrechte geprüft werden.



- Gerichtliche Kontrolle:
§ 114 VwGO Ermessensfehler?
 - Sonderfall: Ermessensreduzierung auf Null
(wenn sämtliche andere Alternativen
ermessensfehlerhaft wären)
 - Subjektives Recht auf ermessensfehlerfreie
Ermessensausübung?
- ➔ Zu ermitteln nach der Schutznormtheorie und bei
Vorliegen von deren Voraussetzungen anzuerkennen



- Verschiedene Situationen im Verwaltungsprozess:
 - Anfechtung eines Ermessensverwaltungsakts:
Aufhebung des Verwaltungsakts wegen Rechtswidrigkeit,
wenn Rechtsverletzung des Klägers.
 - Bei Verpflichtungsklage:
 - Ermessensreduzierung auf Null?
➔ Falls ja, Verurteilung zur Verpflichtung
 - Ergibt die Prüfung, dass die Verwaltung
ermessensfehlerhaft die Leistung abgelehnt hat, dass
jedoch keine Reduzierung auf Null vorliegt:
➔ Bescheidungsurteil nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO



- ▲ *Eine Beamtin hat mir Rücksicht auf die Versorgung ihrer beiden Kinder (14 und 16 Jahre) eine Verlängerung ihres bereits 12 Jahre währenden Urlaubs ohne Dienstbezüge um weitere 3 Jahre erhalten. Im Gesetz ist die Beurlaubung aus familienpolitischen Gründen nur für 12 Jahre vorgesehen. Als ein halbes Jahr später ein personeller Engpass durch Ausfall einer Kollegin eintritt, erwägt der Dienstherr, die Urlaubsgewährung für die noch verbleibende Zeit wieder aufzuheben. Kann er dies?*



- ▲ *Stadtoberreichtsrätin Dr. Kraftvoll ist trotz längerer Fahrpraxis in eine Geschwindigkeitskontrolle geraten, wobei ihre Fahrgeschwindigkeit 10 km/h über dem zulässigen Maß lag. Der von der zuständigen Behörde erlassene Bußgeldbescheid wurde aufgehoben. Die Straßenverkehrsbehörde schickte der Kraftvoll eine Vorladung zum Verkehrsunterricht (Verwaltungsakt?), da sie sich durch mangelnde Bereitschaft, die vorgesehene Sanktion für ihr verkehrswidriges Verhalten zu akzeptieren, uneinsichtig gezeigt habe und daher Belehrung verdiene. Die Uneinsichtigkeit habe darin gelegen, dass sie Einspruch gegen den Bußgeldbescheid erhoben hat. Frau Dr. Kraftvoll hält die Vorladung für ermessensfehlerhaft.*



- ▲ *Der PKW des Manni ist bereits einige Male durch Radarmessungen bei Geschwindigkeitsüberschreitungen aufgefallen. Das zuständige Straßenverkehrsamt verpflichtete den Manni als Halter zur Führung eines Fahrtenbuches, weil nie festgestellt werden konnte, wer zum fraglichen Zeitpunkt Fahrer des Fahrzeugs gewesen ist. Die Behörde teilt zur Begründung mit, dass dies die gesetzlich vorgeschriebene „Folge“ sei, wenn die Feststellung eines Fahrzeugführers nach einer Zuwiderhandlung gegen Verkehrsvorschriften nicht möglich sei.*



- ▲ *Justus möchte in der Fußgängerzone mehrere Stunden täglich Pflastermalereien anbringen, die er als Kunstwerke versteht. Nach den straßenrechtlichen Vorschriften unterfällt dies nicht mehr zum zulassungsfreien Gemeingebrauch, sondern erfüllt den Tatbestand einer Sondernutzung, da die Nutzung der Fußgängerzone „zum Verkehr“ beeinträchtigt wird.*