

Einführung in das Verwaltungsrecht

§ 6 Unbestimmter Rechtsbegriff, Ermessen und verwandte Erscheinungen

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere
deutsches und europäisches Verwaltungsrecht



§ 6 Unbestimmter Rechtsbegriff, Ermessen und verwandte Erscheinungen

A) Begriffserklärungen

B) Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum

- I. Beurteilungsspielraum bei Prüfungs- und Bewertungsentscheidungen?
- II. Beurteilungsspielraum bei Prognoseentscheidungen?
- III. Beurteilungsspielraum bei Entscheidungen unabhängiger, pluralistisch zusammengesetzter Gremien?

C) Gebundene Verwaltung und Ermessen (§ 40 VwVfG, § 114 S. 1 VwGO)

- I. Voraussetzungen für Ermessensentscheidungen
- II. Bindungen bei Ermessensentscheidungen
- III. Exkurs: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip
- IV. „Scheinermessen“ auf der Tatbestandsseite

D) Planungs- und Regulierungsermessen

- I. Konditionale und Finale Rechtsetzung
- II. Planungsermessen: Lehre vom Abwägungsgebot
- III. Regulierungsermessen als Planungsermessen?

§ 6 Unbestimmter Rechtsbegriff, Ermessen und verwandte Erscheinungen

Einführungsliteratur zu § 6:

- *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193 ff.

A) Begriffserklärungen

Regelmäßige Zusammensetzung von Rechtssätzen:

Tatbestandsmerkmale  Rechtsfolgenanordnung

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

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.

A) Begriffserklärungen

Unbestimmte Rechtsbegriffe: Begriffe auf **Tatbestandsebene**, deren Inhalt und genaue Definition nicht selbstverständlich feststehen, sondern verschiedenen Interpretationen zugänglich sind und der Auslegung bedürfen.

Landesbauordnung Rheinland-Pfalz (LBauO)

§ 5 Gestaltung

- (1) Bauliche Anlagen sind so zu gestalten, dass sie nach Form, Maßstab, Verhältnis der Baumassen und Bauteile zueinander, Werkstoff und Farbe nicht verunstaltet wirken.
- (2) Bauliche Anlagen sind mit ihrer Umgebung so in Einklang zu bringen, dass sie benachbarte bauliche Anlagen sowie das Straßen-, Orts- oder Landschaftsbild nicht verunstalten und deren beabsichtigte Gestaltung nicht stören. Auf Kultur- und Naturdenkmäler und auf andere erhaltenswerte Eigenarten der Umgebung ist besondere Rücksicht zu nehmen.

A) Begriffserklärungen

Ermessen

Landesbauordnung Rheinland-Pfalz (LBauO)

§ 81 Beseitigungsanordnung und Benutzungsuntersagung

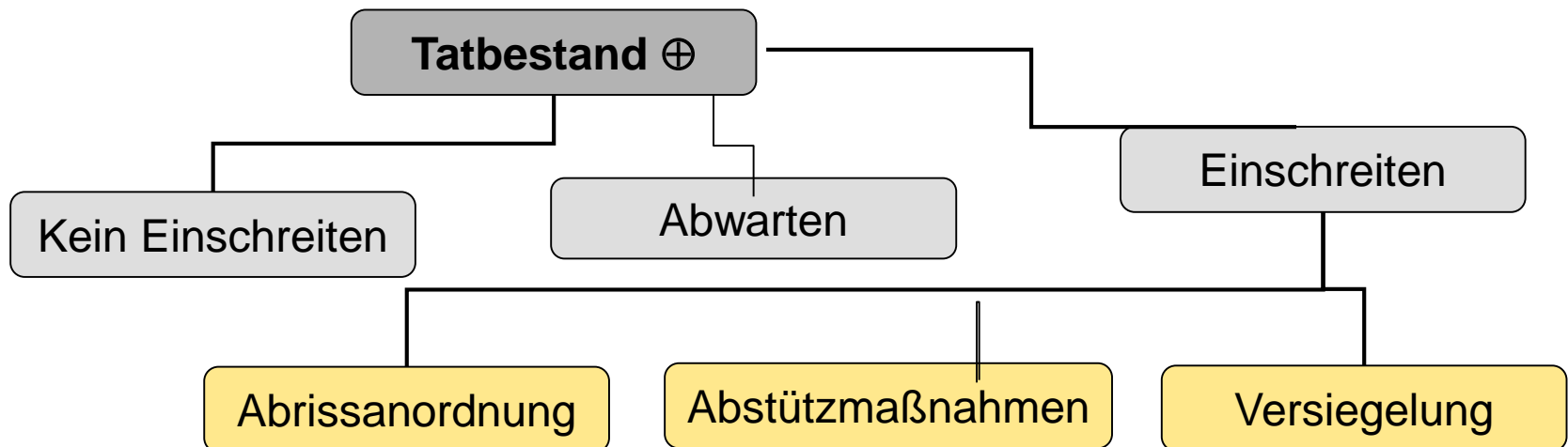
Verstoßen bauliche Anlagen oder andere Anlagen und Einrichtungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 gegen baurechtliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften über die Errichtung, die Änderung, die Instandhaltung oder die Nutzungsänderung dieser Anlagen, **so kann** die Bauaufsichtsbehörde deren teilweise oder vollständige Beseitigung auf Kosten der nach § 54 verantwortlichen Personen anordnen oder die Benutzung der Anlagen untersagen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. [...].

A) Begriffserklärungen

Landesbauordnung Rheinland-Pfalz (LBauO)

§ 81 Beseitigungsanordnung und Benutzungsuntersagung

Verstoßen bauliche Anlagen oder andere Anlagen und Einrichtungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 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 auf Kosten der nach § 54 verantwortlichen Personen anordnen oder die Benutzung der Anlagen untersagen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. [...].



A) Begriffserklärungen

Ermessen:

- Entscheidungsspielraum / Auswahlmöglichkeiten der Verwaltung auf **Rechtsfolgenseite**
- Gegensatz: **Gebundene Verwaltung** (Gesetz knüpft an Tatbestand *eine* Rechtsfolge, so dass bei Vorliegen der Voraussetzungen eine bestimmte Entscheidung *zwingend* zu treffen ist)
- Ermessensausübung entsprechend [§ 40 VwVfG](#) und [§ 114 S. 1 VwGO](#)
 - Berücksichtigung des Zwecks der Ermächtigung
 - Beachtung der gesetzlichen Grenzen
- Gerichtliche Überprüfung: nur Ermessensfehler (vgl. [§ 114 S. 1 VwGO](#))

A) Begriffserklärungen

Erkennen	Gebundene Verwaltung
Tatbestand ⊕	
<ul style="list-style-type: none">• Verwaltung darf bestimmte Maßnahmen treffen, muss es aber nicht• Ggf. Auswahl zwischen verschiedenen Maßnahmen, sofern gesetzlich zugelassen• Auswahlentscheidung = gerichtlich nicht zu überprüfende Frage der Zweckmäßigkeit, soweit gesetzliche Ermessensbindung eingehalten	<ul style="list-style-type: none">• Verwaltung muss die gesetzlich angeordnete Maßnahme treffen• Ggf. Problematisierung, ob die die Behörde verpflichtende Regelung verfassungswidrig ist, weil sie auch in „Härtefällen“ keine Ausnahme vorsieht

A) Begriffserklärungen

Kombinationen von Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff:

Typisches Erscheinungsbild von „Auffangvorschriften“

Beispiel: Polizeirechtliche Generalklausel, z.B.

Polizei- und Ordnungsbehördengesetz (POG) Rheinland-Pfalz

§ 9 Allgemeine Befugnisse

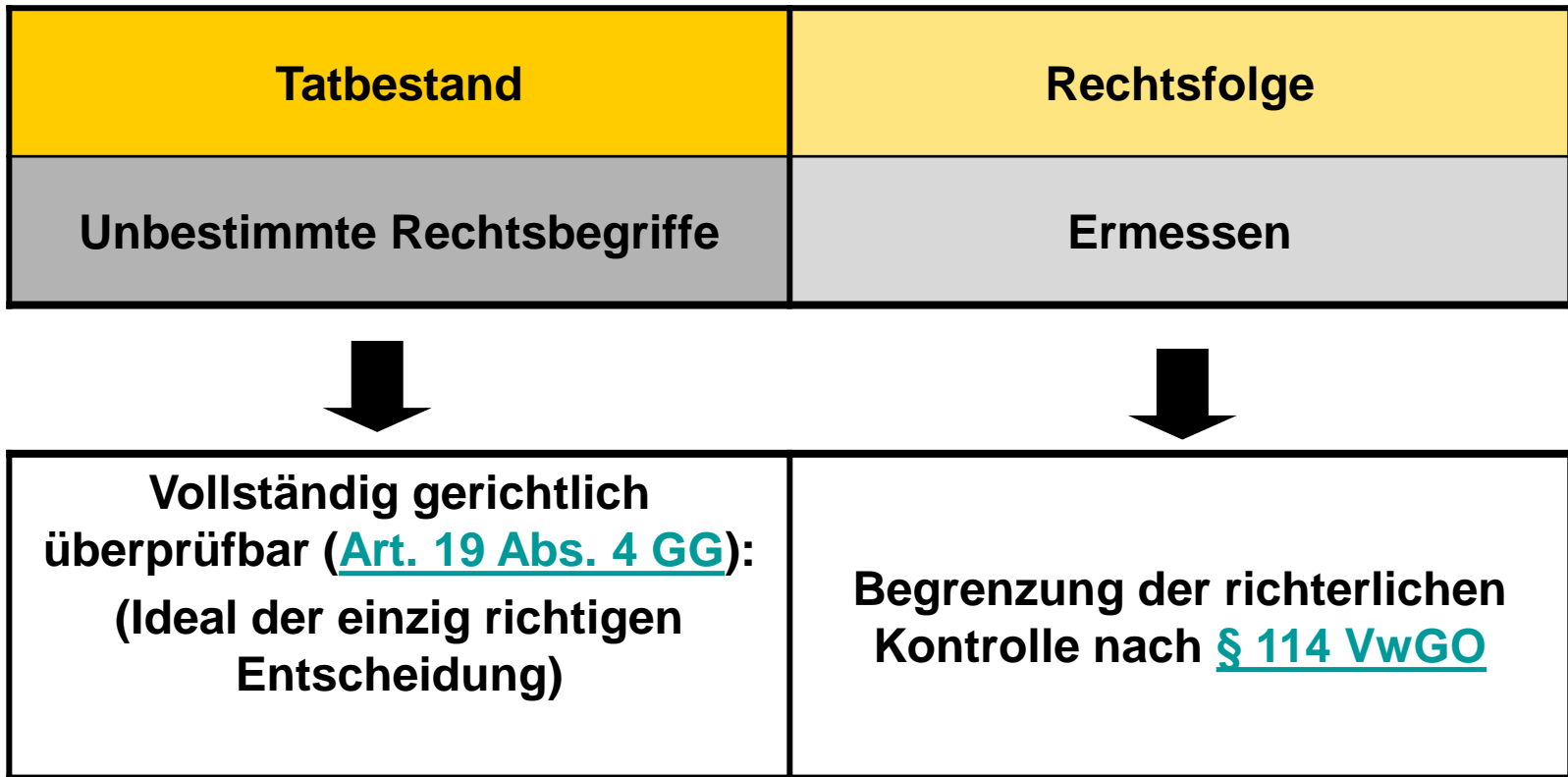
Die allgemeinen Ordnungsbehörden und die Polizei können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren, soweit nicht die §§ 9a bis 42 ihre Befugnisse besonders regeln.

A) Begriffserklärungen

Behördliche Entscheidungsspielräume auf der Tatbestandsseite	Behördliche Entscheidungsspielräume auf der Rechtsfolgenseite
<p>Grundsatz: Richtige Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist vollständig gerichtlich überprüfbar (Art. 19 Abs. 4 GG – Ideal der einzig richtigen Entscheidung).</p> <p>Aber: In seltenen Fällen Einräumung von Beurteilungsspielräumen durch den Gesetzgeber, deren Ausfüllung durch die Verwaltung von den Gerichten nicht umfassend kontrolliert wird.</p>	<p>Grundsatz : Strikt gebundene Verwaltung als (konstruktive) Regel.</p> <p>Aber: Sehr oft räumt der Gesetzgeber der Verwaltung bei Vorliegen gesetzlicher Tatbestandsvoraussetzungen die Befugnis ein, nach Ermessen zu handeln.</p> <p>Dann sind die Vorgaben des § 40 VwVfG für die Ermessensausübung zu beachten und die gerichtliche Kontrolle ist nach § 114 VwGO auf die Beachtung dieser Vorgaben begrenzt.</p>

A) Begriffserklärungen

Gemeinsames Problem: Reichweite richterlicher Kontrolldichte



A) Begriffserklärungen

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.

B) Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum

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*).

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

Lesenswert insoweit:

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

B) Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum

Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG)

§ 4a Maßgaben zur Anwendung der Verwaltungsgerichtsordnung

(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; *Wienhues*, NordÖR 2013, 185, 188

B) Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum

I. Beurteilungsspielraum bei Prüfungs- und Bewertungsentscheidungen?

Beurteilungsspielraum bei Prüfungsentscheidungen

Kann ein Gericht bei der Prüfung der Entscheidung, ob eine Examensklausur i.S.d. Juristenausbildungsordnung (z.B. [§ 8 JAPO RhPf](#)) richtig bewertet wurde, seine Entscheidung an die Stelle der Entscheidung des Prüfers setzen?

↳ [BVerfGE 84, 34, 50 ff.](#); [BVerwG, 6 B 36/11 v. 8.3.2012, Abs. 4 ff.](#) = NJW 2012, 2054 ff. (Bewertung mit „ungenügend“)

Beurteilungsspielraum einer Weinprüfungskommission

Kann die Beurteilung der zuständigen Behörde, ob ein Wein in Aussehen, Geruch und Geschmack frei von Fehlern ist, durch ein Gericht uneingeschränkt überprüft werden?

↳ [BVerwG, v. 16.5.2007 – 3 C 8.06](#) = BVerwGE 129, 27 ff.

B) Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum

II. Beurteilungsspielraum bei Prognoseentscheidungen?

Beispiel: Vorsorgebegriff i.S.d. [§ 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG](#)

↪ [BVerwGE 72, 300, 315](#)

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

Beispiel: Naturschutzfachliche und wasserschuttfachliche Einschätzungsprärogativen (bei fehlenden wissenschaftlich gesicherten Vorgaben für ökologische Bewertungen)

↪ [BVerwG, 7 C 40/11 v. 21.11.2013, Abs. 16](#) = NVwZ 2014, 524, Abs. 16; zusammenfassend: *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, 241 ff.

Problem: Kontrolldichte von Prognosespielräumen im neuen „Wirtschaftsregulierungsrecht“

↪ [BVerwG, 6 C 38/07 v. 29.10.2008, Abs. 16 ff.](#) = NVwZ 2009, 653 ff.

B) Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum

II. Beurteilungsspielraum bei Prognoseentscheidungen?

Exkurs: „Schwarze Löcher“(CERN-Versuchsreihen) – *Fall passt nur eingeschränkt in vorliegenden Zusammenhang*

↳ [BVerfG, 2 BvR 2502/08 v. 18.2.2010, Abs. 18 ff.](#) = NVwZ 2010, 702 ff.; [OVG Münster, 16 A 591/11 v. 16.10.2012, Abs. 21 ff.](#) = NWVBI 2013, 142 ff. (hierzu auch *Jaeckel*, DVBI 2011, 13 ff.)

B) Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum

III. Beurteilungsspielraum bei Entscheidungen unabhängiger, pluralistisch zusammen gesetzter Gremien?

Standardbeispiel: Kompetenzen der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien ([§ 18 JuSchG](#)), aber :

- ↳ [BVerfGE 83, 130, 146 ff.](#) (Josephine-Mutzenbacher-Entscheidung): Kein Beurteilungsspielraum bei der Abgrenzung zwischen Pornographie und Kunst
- ↳ [VGH München, 7 BV 09.2512 v. 23.3.2011, S. 16 ff.](#) = NJW 2011, 2678, 2681 („I want a famous face“): Kein Beurteilungsspielraum der KJM hinsichtlich der Frage, ob Angebote geeignet sind, die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen zu beeinträchtigen

Grundsatz: Pluralistische Zusammensetzung eines Gremiums reicht für sich allein nicht für Annahme eines Beurteilungsspielraums aus – hinzutreten muss eine besondere Komplexität der Entscheidungsfindung: [BVerwG, 6 C 17/14 v. 15.10.2015, Abs. 37](#) = NVwZ-RR 2016, 142 Abs. 37

B) Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum

III. Beurteilungsspielraum bei Entscheidungen unabhängiger, pluralistisch zusammen gesetzter Gremien?

Neues Beispiel: [BVerwG, 6 C 16.09 v. 24.11.2010](#) = BVerwGE 138, 186:

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.

B) Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum

IV. Beurteilungsspielräume bei „Eigenbedarfsentscheidungen“

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 verkannt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat. [...].“

B) Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum

IV. Beurteilungsspielräume bei „Eigenbedarfsentscheidungen“

- Anerkennung eines Beurteilungsspielraums bei Sicherheitsüberprüfung nach dem [Sicherheitsüberprüfungsgesetz \(SÜG\)](#):
 - ↳ [BVerwG, 2 A 9/14 v. 17.9.2015, Abs. 14 ff.](#) = NVwZ 2016, 327, 328 f.
- Umfassende Anerkennung von Beurteilungsspielräumen bei **vergaberechtlichen Bewertungsentscheidungen**
 - ↳ Zusammenfassend *Brückner*, LKV 2015, 534 ff.

C) Ermessen

Ermessen	Gebundene Verwaltung
Tatbestand \oplus	
<ul style="list-style-type: none">• Verwaltung darf bestimmte Maßnahmen treffen, muss es aber nicht• Ggf. Auswahl zwischen verschiedenen Maßnahmen, sofern gesetzlich zugelassen• Auswahlentscheidung = gerichtlich nicht zu überprüfende Frage der Zweckmäßigkeit, soweit gesetzliche Ermessensbindung eingehalten	<ul style="list-style-type: none">• Verwaltung muss die gesetzlich angeordnete Maßnahme treffen• Ggf. Problematisierung, ob die die Behörde verpflichtende Regelung verfassungswidrig ist, weil sie auch in „Härtefällen“ keine Ausnahme vorsieht

I. Voraussetzungen für Ermessensentscheidungen

Einräumung des Ermessens durch Gesetz expressis verbis

↪ Indiz:	Ermessen	„kann“, „darf“, „ist befugt“
	Gebundene Verwaltung	„muss“, „ist zu erteilen“, „darf nicht“

↪ Aber: Keine pauschalen Wertungen; insb. Abgrenzung zum „Kompetenz-Kann“, s. z.B. [BFH, VII R 46/10 v. 9.8.2011, Abs. 8](#) = NVwZ-RR 2012, 425

„Nur“ Ermessensentscheidungen möglich, wenn

↪ keine gesetzliche Regelung

und

↪ keine Geltung des Vorbehalts des Gesetzes (insb. im Subventionsbereich)

Zwischen Ermessen und gebundener Verwaltung: „Soll-Vorschriften“

↪ Indiz: „soll“, „hat in der Regel“

↪ Normalfall gebundene Verwaltung, aber Ausnahmen in atypischen Fällen

II. Bindungen bei Ermessensentscheidungen

§ 40 VwVfG

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.

Unterscheidung zwischen norminternen und normexternen Bindungen	
1. Alt.	<i>Ausübung des Ermessens entsprechend dem Zweck der Ermächtigung</i>
	Bezieht sich auf die Ermächtigung zur Ermessensentscheidung
2. Alt.	<i>Ausübung des Ermessens innerhalb der gesetzlichen Grenzen</i>
	Bezieht sich auf Grenzen des Ermessens, die sich aus anderen Gesetzen ergeben (inkl. Grundrechte, Europäisches Unionsrecht)

1. Ausübung des Ermessens entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ([§ 40 Alt. 1 VwVfG](#))

Ermessensmissbrauch:

Sachfremde (missbräuchliche) Erwägungen, zu deren Erreichung Ermessen nicht eingeräumt wurde:

Fall 1: Abrissverfügung gemäß [§ 81 LBauO RhPf](#) gegenüber illegal errichtetem Wochenendhaus, weil der Eigentümer einer konkurrierenden Partei zugehört – ist (natürlich) nicht zulässig.

Umgekehrt:

- ✚ [OVG Koblenz, v. 11.10.2007 – 1 A 10555/07](#) = NJOZ 2008, 393 ff.: Eine Abrissverfügung ist nicht deshalb rechtswidrig, weil sie nicht das hohe Alter des Betroffenen berücksichtigt; denn derartige persönliche Umstände muss (darf?) die Behörde nicht einstellen, da das öffentliche Baurecht grundstücks- und nicht personenbezogen sei.
- ✚ Ist eine „bürgerfreundliche“ Behandlung von Schwarzbauten überhaupt zulässig? Hierzu lesenswert *Benkert*, ThürVBI 2014, 213 ff.

1. Ausübung des Ermessens entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ([§ 40 Alt. 1 VwVfG](#))

Ermessensmissbrauch:

Sachfremde (missbräuchliche) Erwägungen, zu deren Erreichung Ermessen nicht eingeräumt wurde:

Fall 2: Anordnung einer steuerlichen Außenprüfung bei einem Rechtsanwalt nach [§ 193 AO](#), der annimmt, diese Anordnung erfolge nur als „Schikane“, weil er einen Finanzbeamten vertrete, der sich vom Finanzamtvorsteher „gemobbt“ fühle.

↳ Insbesondere zu Beweisproblemen: [BFH, VIII R 8/09 v. 28.9.2011, Abs. 25 ff.](#) = NJW 2012, 1166, Abs. 25 ff.

1. Ausübung des Ermessens entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ([§ 40 Alt. 1 VwVfG](#))

Ermessensmissbrauch:

Sachfremde (missbräuchliche) Erwägungen, zu deren Erreichung Ermessen nicht eingeräumt wurde:

Fall 3: Abriss eines Hauses von Gemeinde gewünscht, da sie auf dem Grundstück einen Parkplatz errichten möchte; gleichzeitig ist Abriss dieses Hauses notwendig, da es nicht mehr standsicher ist.

Problem des Motivbündels:

- [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

1. Ausübung des Ermessens entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ([§ 40 Alt. 1 VwVfG](#))

Ermessensunterschreitung:

Behörde erkennt, dass ihr Ermessen eingeräumt wurde, und übt das ihr eingeräumte Ermessen nicht aus:

Fall 4: Abrissverfügung gemäß [§ 81 LBauO RhPf](#) gegenüber illegal errichteten Wochenendhauses, da Landrat meint, er sei aufgrund seiner Bindung an Gesetz und Recht verpflichtet, ausnahmslos alle illegal errichteten Wochenendhäuser abreißen zu lassen.

Ermessensunterschreitung auch bei *kritikloser* Übernahme von Standardargumenten: „Da kann ja jeder kommen.../Das haben wir schon immer so gemacht ...“

Vgl. auch: [OVG Münster, 7 A 19/14 v. 24.2.2016](#) = NWVBI 2016, 248 ff.: Ermessensunterschreitung, wenn Behörde eine Ermessensoption „Stichtagsregelung“ bei Abrissanordnung jahrzehntelang geduldeter illegaler Bauten erkennt (hier bei einem vor dem 2. Weltkrieg errichteten Schwarzbau).

1. Ausübung des Ermessens entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ([§ 40 Alt. 1 VwVfG](#))

Ermessensüberschreitung

In Verkenennung der Grenzen des ein Ermessen einräumenden Tatbestandes und der Ermessensgrenzen wählt die Behörde eine Rechtsfolge, die durch Gesetz abstrakt nicht (mehr) zugelassen ist.

Fall 5: Abrissverfügung gemäß [§ 81 LBauO RhPf](#) gegenüber illegal als Bordell genutzten Gebäudes in einer Wohngegend, um das „Übel mit der Wurzel auszureißen“.

Eigentlich: Kein Ermessensfehler, sondern die Voraussetzungen der Ermessensausübung (Tatbestandsvoraussetzungen) liegen bereits nicht vor.

2. **Ausübung des Ermessens innerhalb der gesetzlichen Grenzen** (§ 40 Alt. 2 VwVfG)

Gesetzliche Grenzen ergeben sich

- ↳ aus Ermächtigung selbst („norminterne Grenzen“): Tatbestand der Ermächtigung nicht erfüllt → keine Ermessensprüfung
- ↳ aus anderen Vorschriften als der Ermächtigung („normexterne Grenzen“)
 - Grenzen systematisch vorgehenden einfachen Rechts
 - Grenzen höherrangigen einfachen Rechts
 - Europäisches Unionsrecht
 - Freiheitsgrundrechte des Betroffenen oder Dritter (und in diesem Zusammenhang das Verhältnismäßigkeitsprinzip)
 - Grundrechtliche Schutzpflichten (gegenüber dem Betroffenen oder Dritten)
 - Gleichheitsgrundrechte (hier kann der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung als gesetzliche Grenze des Ermessens eine Rolle spielen, nämlich als eine sich aus [Art. 3 Abs. 1 GG](#) ergebende Grenze)

2. Ausübung des Ermessens innerhalb der gesetzlichen Grenzen (§ 40 Alt. 2 VwVfG)

Bindung an Freiheitsrechte

Würde Entscheidung (als Rechtssatz formuliert) gegen Grundrechte verstoßen?

Abwehrsituation

- 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?
- Wurde berücksichtigt, dass bei Grundrechtseinschränkungen das **Verhältnismäßigkeitsprinzip** zu beachten ist?

2. Ausübung des Ermessens innerhalb der gesetzlichen Grenzen ([§ 40 Alt. 2 VwVfG](#))

Bindung an Freiheitsrechte

Würde Entscheidung (als Rechtssatz formuliert) gegen Grundrechte verstoßen?

Abwehrsituation – Beispiel:

- **Art. 8 Abs. 1 GG** als Ermessensgrenze für Versammlungsverbote nach [§ 15 Abs. 1](#) VersG: [Richterschelte-Fall](#)

2. Ausübung des Ermessens innerhalb der gesetzlichen Grenzen ([§ 40 Alt. 2 VwVfG](#))

Bindung an Freiheitsrechte

Würde Entscheidung (als Rechtssatz formuliert) gegen Grundrechte verstoßen?

Anspruchssituation

- Herleitung von Ansprüchen aus Grundrechten (Problem der grundrechtlichen Schutzpflichten)
- Beispiele:
 - Anspruch auf Wohnungseinweisung wegen staatlicher Schutzpflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit: [Obdachlos-Fall](#)
 - Anspruch auf Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis aus Art. 5 Abs. 3 GG: [Straßenkunst-Fall](#)

2. Ausübung des Ermessens innerhalb der gesetzlichen Grenzen (§ 40 Alt. 2 VwVfG)

Bindung an Gleichheitsrechte

Art. 3 Abs. 1 GG: Gleichmäßige Ermessensentscheidungen ohne Ansehung der Person – Maßgeblich: Verwaltungspraxis

Beispiel 1: Vergabe von Subventionen für den Weinbau aufgrund eines entsprechenden Haushaltsansatzes unter bestimmten Voraussetzungen, die die Behörde in Verwaltungsvorschriften niedergelegt hat.

Deutlich: 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 = NVwZ-RR 2012, 497 f.; VGH München, 4 B 13.727 v. 25.7.2013, Abs. 41 = DVBl 2013, 1402 Abs. 41

s.a. BVerwG, 1 C 21/10 v. 15.11.2011, Abs. 10 ff. = NVwZ-RR 2012, 292 ff. (zur Bedeutung einer Anordnung nach § 23 Abs. 2 AufenthG)

2. Ausübung des Ermessens innerhalb der gesetzlichen Grenzen (§ 40 Alt. 2 VwVfG)

Bindung an Gleichheitsrechte

Art. 3 Abs. 1 GG: Gleichmäßige Ermessensentscheidungen ohne Ansehung der Person
– Maßgeblich: Verwaltungspraxis

Beispiel 2: Ohne gesetzlich verpflichtet zu sein, stellt Gemeinde ihren Saalbau regelmäßig auch politischen Parteien zur Verfügung. Muss die Gemeinde auch die NPD zulassen?

OVG Saarlouis, 3 B 33/09 v. 18.2.2009 = NVwZ-RR 2009, 533, 534 f.

Beispiel 3: Ohne gesetzlich verpflichtet zu sein, stellt Gemeinde einen Platz regelmäßig auch für Zirkusgastspiele zur Verfügung. Kann sie auf Grund eines entsprechenden Beschlusses des Gemeinderates ein solches Gastspiel davon abhängig machen, dass keine dressierten Wildtiere auftreten?

VG Darmstadt, 3 L 89/13.DA v. 19.2.2013 = LKRZ 2013, 289 ff.

Beispiel 4: Wie ist eine ermessensgerechte Vergabe von Sportanlagen an Sportorganisationen durchzuführen?

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.

Beispiel 5: Ein illegales Wochenendhausgebiet umfasst zahlreiche Häuser. Gegen Haus A wird vorgegangen, nicht aber gegen andere Häuser.

[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

Zulässig ist:

- 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](#) = NVwZ-RR 2010, 757 ff.
- Sachlich begründbare Stichtagsregelungen
- Nur Gleichbehandlung innerhalb eines überschaubaren „Gebiets“: [OVG Lüneburg, 1 ME 81/10 v. 19.5.2010, Abs. 9 f.](#) = ZfBR 2010, 585, 586
- Sehr weitgehend: VGH Kassel, 4 B 2166/08 v. 28.1.2009, Abs. 7 = LKRZ 2009, 260 ff.

Letztlich Anwendungsfall **behördlicher Konzeptpflichten** (siehe § 3 B VI), zusammenfassend *Benkert*, ThürVBI 2015, 134 ff.

2. Ausübung des Ermessens innerhalb der gesetzlichen Grenzen (§ 40 Alt. 2 VwVfG)

Bindung an Gleichheitsrechte

Art. 3 Abs. 1 GG: Gleichmäßige Ermessensentscheidungen ohne Ansehung der Person – Maßgeblich: Verwaltungspraxis

- Verallgemeinerung der „Schwarzbaubeseitigungskonzeptpflicht“ auf alle Fälle von Verbotsmaßnahmen bei einer Vielzahl von Verstößen durch eine Vielzahl von Personen: 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. (jeweils für Untersagung von glückspielrechtlich rechtswidriger Werbung).

2. Ausübung des Ermessens innerhalb der gesetzlichen Grenzen (§ 40 Alt. 2 VwVfG)

Bindung an Gleichheitsrechte

Art. 3 Abs. 1 GG: Gleichmäßige Ermessensentscheidungen ohne Ansehung der Person – Maßgeblich: Verwaltungspraxis

- Art. 3 Abs. 1 GG verlangt nicht, den einmal eingeschlagenen Weg ewig fortzuführen: Insbesondere kann die Änderung einer Verwaltungsvorschrift für die Zukunft auch eine Änderung der Ermessenspraxis rechtfertigen

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

- Art. 3 Abs. 1 GG gestattet (und gebietet u.U.) ein Abweichen von der Verwaltungspraxis in atypischen Fällen

OVG Münster, 8 A 2247/10 v. 23.8.2011, Abs. 75 ff. = NJOZ 2012, 705, 708 ff.

- Problem: Kann sich Bürger auf Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der Verwaltungspraxis berufen (Antizipierte Verwaltungspraxis)?

2. Ausübung des Ermessens innerhalb der gesetzlichen Grenzen (§ 40 Alt. 2 VwVfG)

Bindung an Gleichheitsrechte

Art. 3 Abs. 1 GG: Gleichmäßige Ermessensentscheidungen ohne Ansehung der Person – Maßgeblich: Verwaltungspraxis

- Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigt keine behördliche Untätigkeit bei Fehlen von Richtlinien zur Steuerung des behördlichen Ermessens, soweit ein gesetzlicher Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung besteht

OVG Lüneburg, 7 OB 7/14 v. 25.3.2014 = NVwZ-RR 2014, 670 ff.

- Aber: Bei Gewährung von Subventionen nur auf Grund eines Haushaltsplanansatzes muss eine Konkretisierung durch Verwaltungsvorschriften vorliegen, bevor Subventionen vergeben werden (Notwendigkeit eines sachgerechten „Verteilungsprogramms“)

BVerwG, V C 176.62 v. 19.6.1963 = DVBl 1963, 859; BVerwG, 3 C 6.95 v. 8.4.1997 = BVerwGE 104, 220, 223; U. Stelkens, VVDStRL 71 [2012], S. 369, 380 f.

2. Ausübung des Ermessens innerhalb der gesetzlichen Grenzen (§ 40 Alt. 2 VwVfG)

Bindung an Europäisches Unionsrecht

- Grundfreiheiten
- Beihilfeverbot
(→ Rückforderung europarechtswidrig gewährter Subventionen)


3. Ermessensschrumpfung / Ermessensreduzierung

Einschränkung der Ermessensausübung durch Ermessensgrenzen derartig, dass nur noch eine Entscheidung oder eine kleine Auswahl an Entscheidungen als rechtmäßig anzusehen ist

„Ermessensreduzierung auf Null“: Kein Zweckmäßigkeitsspielraum bei der Entscheidung im Bereich einer Ermessensnorm, wenn im konkreten Fall alle Entscheidungen bis auf eine ermessensfehlerhaft wären

- In Einzelfällen Anspruch auf eine bestimmte behördliche Entscheidung
- Beurteilung nach Lage des Einzelfalls
- Abhängig von dem betroffenen Rechtsgebiet, der Intensität der Störung / Gefahr, den betroffenen Rechtsgütern

III. Exkurs: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Übermaßverbot) 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 hierzu den [Hinweis zur Prüfung und zum Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips](#) bei www.saarheim.de
- Siehe hierzu auch: *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193 ff.; *Pieroth*, in: Kment (Hrsg.), Das Zusammenwirken von deutschem und europäischem Öffentlichem Recht – Festschrift für Hans D. Jarass, 2015, S. 587 ff.; *Wahl*, in: Heckmann u.a. (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel – Festschrift für Thomas Würtenberger, 2013, S. 823 ff.

III. Exkurs: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Übermaßverbot) im Verwaltungsrecht

Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips:

- Welches Ziel darf zulässigerweise mit der Maßnahme gefördert werden?
- **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)
 - ⇒ Zweck-Mittel-Relation zwischen der von dem Eingriff für den Grundrechtsträger ausgehenden Belastung und dem damit erzielten und beabsichtigten Erfolg

III. Exkurs: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Übermaßverbot) im Verwaltungsrecht

Beispiele für unverhältnismäßige Maßnahmen:

Ungeeignete Maßnahmen:

- Gesetzliche Anordnung einer Schusswaffenprüfung für Falknerjagdschein ([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 ([BVerfGE 53, 135, 143 ff.](#))
- Verbot einer Versammlung, wenn die hiervon ausgehenden Gefahren auch durch gewisse Auflagen vermieden werden können

Unangemessene, außer Verhältnis stehende Maßnahmen

- Anordnung breitflächiger Kontrollmaßnahmen zur Verhinderung kleinerer Missbräuche Einzelner
- Abrissverfügung, weil Bauwerk nur wenige Zentimeter in den Bauwich hineinragt ([OVG Lüneburg, 6A 69/82. v. 28.2.1983](#) = BRS 40 Nr. 226)

III. Exkurs: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Übermaßverbot) im Verwaltungsrecht

1. Bindung der Exekutive an das Verhältnismäßigkeitsprinzip

- Konsequenz der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, wonach Eingriffe in (Grund-)Rechte des Bürgers einer gesetzlichen Grundlage bedürfen
- Problem: Generalklauseln
 - ➞ keine generelle Ermächtigung der Exekutive, zu dem vorgesehenen Zweck jede beliebige Maßnahme zu treffen
 - ➞ Immanente Begrenzung, nur solche Maßnahmen zu treffen, 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 (z.B. [§ 2 POG](#))

5. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeine Grenze von Grundrechtseingriffen

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.

Ebenso

- § 15 BPolG
- Landespolizei- und Ordnungsbehördengesetze der anderen Länder

III. Exkurs: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Übermaßverbot) im Verwaltungsrecht

1. Bindung der Exekutive an das Verhältnismäßigkeitsprinzip

- Einschränkung der durch Gesetz eröffneten Handlungsspielräume der Exekutive
- Verhältnismäßigkeit = gesetzliche Grenze des Ermessens i.S.d. [§ 40 VwVfG](#), [§ 114 S. 1 VwGO](#)
- Bei gebundener Verwaltung keine Möglichkeit der Verwaltung, sich unter Berufung auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip der Bindung zu entledigen (Vorrang des [Art. 20 Abs. 3 GG](#))
- Keine Befugnis der Verwaltung, eine für sie verbindliche, jedoch als unverhältnismäßig erachtete Norm zu verwerfen

Problematisch daher die von *Barczak*, VerwArch 105 (2014), 142, 158 ff.; *Mehde*, DÖV 2014, 541 ff. und *Naumann*, DÖV 2011, 96 ff. geschilderten Fälle; ebenso problematisch: [BVerwG, 6 C 19/11 v. 21.3.2012, Abs. 26 f.](#) = NVwZ 2012, 1188 ff.

III. Exkurs: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Übermaßverbot) im Verwaltungsrecht

2. Bindung der Legislative an das Verhältnismäßigkeitsprinzip für die Exekutive

- [BVerfGE 17, 306, 313 f.](#): Erhebung des verwaltungsrechtlichen Auslegungsgebotes zu einem Grundsatz mit Verfassungsrang
- Verhältnismäßigkeitsprinzip = auch 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)

III. Exkurs: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Übermaßverbot) im Verwaltungsrecht

3. Rückwirkungen der Bindung der Legislative an das Verhältnismäßigkeitsprinzip für die Exekutive

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

IV. „Scheinermaßen“ auf der Tatbestandsseite

Gewerbeordnung

§ 35 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) [...]

Tatbestandsmerkmal „Erforderlichkeit der Untersagung“

Integration der Verhältnismäßigkeitsprüfung in Tatbestand ändert nichts daran, dass Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO eine **gebundene Entscheidung** ist (keine Ermessensentscheidung), so dass Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht als gesetzlich Grenze des Ermessens i.S.d. § 40 Alt. 2 VwVfG zu prüfen ist.

IV. „Scheinermessungen“ auf der Tatbestandsseite

Regelrechtsfolgen des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO

„An sich“ gebundene Entscheidung, kein Ermessensspielraum

Grundsätzliche Wirkungen der Untersagung:

- unbegrenzt (für das gesamte Bundesgebiet)
- unbefristet (bis zur Aufhebung begrenzt auf das untersagte Gewerbe)

Aber: Bezugnahme auf Verhältnismäßigkeitsprinzip durch Tatbestandsmerkmal „zur Erreichung des Schutzes der Allgemeinheit erforderlich“:

- Abmahnung, Erteilung von Auflagen oder Gewerbeuntersagung?
- **Teilweise Gewerbeuntersagung** (Untersagung bestimmter Formen der Gewerbeausübung) oder **vollständige Gewerbeuntersagung** (als ultima ratio lediglich bei punktuell den Gewerbebetrieb betreffende Straftaten, wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit, Steuerrückständen, fehlender Sachkunde)?

IV. „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 (besonders) schwerwiegendes Ausweisungsinteresse]

§ 55 Bleibeinteresse [Beispiele für (besonders) schwerwiegendes Bleibeinteresse]

IV. „Scheinermaßen“ auf der Tatbestandsseite

Ausweisungsmodell des § 53 Abs. 1 und 2 AufenthG

- 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)

„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.“ ([BT-Drs. 18/4097, S. 49 f.](#))

- „Abwägungsfehler“ der Behörde (z.B. auch zweckwidrige Entscheidungen“) sind damit für die Rechtmäßigkeit unerheblich, wenn die Ausweisung im Ergebnis (nach Auffassung des Gerichts) von § 53 Abs. 1 AufenthG gedeckt ist

D) Planungs- und Regulierungsermessen

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

D) Planungs- und 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)
- ↪ steht Ermessensermächtigungen auf der Rechtsfolgenseite nicht entgegen, soweit die Grundsätze des [§ 40 VwVfG](#) beachtet werden
- ↪ fordert i.d.R. sog. **konditionale Rechtsetzung** nach dem „Wenn-dann“-Schema (klare Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge); „Ob“ und „Wie“ der Maßnahme ergibt sich letztlich aus dem Gesetz

D) Planungs- und Regulierungsermessen

I. Konditionale und finale Rechtsetzung

In anderen Verwaltungsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU:

- Keine strikte Trennung zwischen Gesetzesvorrang und Vorbehalt des Gesetzes
- Rechtsnormen folgen eher dem Modell „**finaler Rechtsetzung**“: Der Verwaltung wird 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)
 - für Frankreich: *Marsch*, in: J.-P. Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa II, 2009, S. 73
 - für England: *Kleve/Schirmer*, in: J.-P. Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa I, 2007, S. 62 und 74 ff.
- Impliziert auch: Keine strikte Trennung von Tatbestand und Rechtsfolge (unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensermächtigungen)

§ 1 BauGB

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. [...].
- (4) Die Bauleitpläne sind den Zielen der Raumordnung anzupassen.
- (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 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.
- (6) bis (8) [...].

§ 1 BauGB

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 12. [...].

(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.

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](#))

Es handelt sich um **allgemeine Rechtsgrundsätze** des raumbezogenen Planungsrechts (vgl. *Hoppe*, in: *Hoppe/Bönker/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 1 ff.; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 208 ff., 536 ff. – ausführlich und lesenswert hierzu *Berkemann*, DVBl 2013, 1280 ff. und ZUR 2016, 323 ff.; ergänzend hierzu wiederum *Lege*, 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

- es hat überhaupt keine Abwägung stattgefunden (**Abwägungsausfall**)
- in die Abwägung sind relevante Belange überhaupt nicht einbezogen worden (**Abwägungsdefizit**)
- die Bedeutung einzelner Belange wurde verkannt bzw. nicht richtig gewichtet (**Abwägungsfehleinschätzung**)

oder

- der Ausgleich zwischen den Belangen wurde in einer Weise vorgenommen, der zur objektiven Gewichtung der Belange außer Verhältnis steht (**Abwägungsdisproportionalität**)

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

Fallbeispiele: [Investory-Fall](#); [Seniorenresidenz-Fall](#)

III. Regulierungsermessen als Planungsermessen?

Gilt das Abwägungsgebot auch für die neuartigen „Marktgestaltungs-
aufgaben“ 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.; ferner [BVerfG, 1 BvR 1932/08 v. 8.12.2011, Abs. 17 ff.](#) = NVwZ 2012, 694, Abs. 17 ff. (mit krit. Bspr. *Sachs/Jasper*, NVwZ 2012, 649 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 jetzt *Gärditz*, DVBl 2016, 399 ff.)

III. Regulierungsermessen als Planungsermessen?

Gilt das Abwägungsgebot auch für die neuartigen „Marktgestaltungs-
aufgaben“ der Bundesnetzagentur?

- Aus der Literatur für eine derartige Gleichsetzung oder zumindest für die Anerkennung einer Ähnlichkeit beider Ermessensformen:

z.B. *Attendorn*, DVBI 2008, 1408, 1415 ff.; *Franzius*, DVBI 2009, 409, 413;
Mayen NVwZ 2008, 835 ff.; *Proell* 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!!!