

## **Teil I: Die Grundlagen des Verwaltungsaktes**

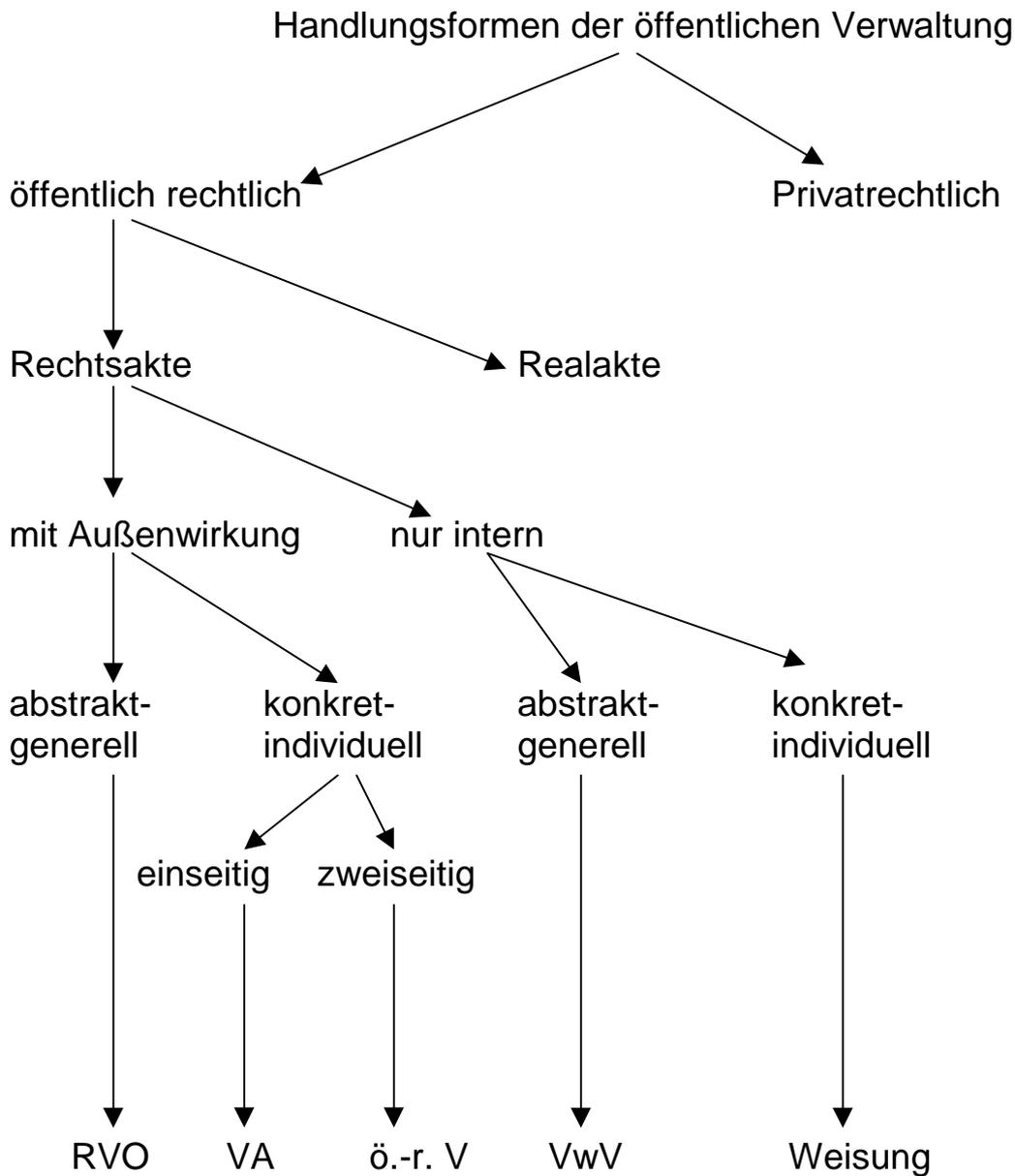
- A. Handlungsformen der öffentlichen Verwaltung, insbesondere der Verwaltungsakt
  - 1. Übersicht über Formen des Verwaltungshandelns
  - 2. Bedeutung der Unterscheidungen
  - 3. Der Verwaltungsakt
    - a. Begriff und Abgrenzungsmerkmale des Verwaltungsakts
    - b. Def. (vgl. § 35):
    - c. Abgrenzung der Merkmale:
    - d. Erläuterungen/Exkurse zu einzelnen Merkmalen
    - e. Arten von Verwaltungsakten
- B. Struktur und Aufbau der Rechtssätze, Rechtsanwendung
  - 1. Rechtsanwendung
  - 2. Aufbau der Rechtssätze
  - 3. Feststellung des Sachverhalts
  - 4. Grundmuster der Rechtsanwendung
- C. Gesetzesbindung, gebundene und freie Verwaltung
  - 1. Die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht
  - 2. Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt
- D. Ermessensverwaltung
  - 1. Begriff
  - 2. Ermessensermächtigungen
  - 3. Sonderfälle
- E. Fehlerhafte Ermessensentscheidungen
  - 1. Grundregel § 40 LwVfG
  - 2. Ermessensüberschreitung
  - 3. Ermessensmissbrauch
  - 4. Ermessensreduzierung auf Null
  - 5. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
- F. Unbestimmte Rechtsbegriffe
- G. Unterscheidung von allgemeinem und besonderem Verwaltungsrecht

## Teil I: Die Grundlagen des Verwaltungsaktes

A. Handlungsformen der öffentlichen Verwaltung, insbesondere der Verwaltungsakt

1. Übersicht über Formen des Verwaltungshandelns

[Arbeitsblatt zum Thema Verwaltungsakt]



## Fälle zum Verwaltungsakt: Fall 1: "Der Wassernotstand"

In der Stadt S ist Phenol ins Trinkwasser gelangt. Die Stadtverwaltung ergreift eine Reihe von Maßnahmen. Welchen Rechtscharakter haben diese Maßnahmen?

Die Stadtverwaltung

Maßnahme	Rechtsnatur
a) mietet von der Molkerei Milchfahrzeuge zum Heranschaffen von Trinkwasser	privatrechtlicher Mietvertrag
b) beschlagnahmt Privat-Kfz zum Wassertransport	Verwaltungsakt
c) einigt sich mit den Eigentümern über die Höhe der Entschädigung der Beschlagnahme, nachdem diese streitig war	öff.-rechtl. Vergleichsvertrag
d) erlässt eine Anordnung, mit der das Waschen von Kfz und das Rasensprengen verboten wird	PoIVO (RVO)
e) ermahnt die Bevölkerung durch Zeitungsaufrufe zum sparsamen Wassergebrauch und gibt die Namen von Wasserverschwendern bekannt	schlicht-hoheitlicher Realakt
f) ordnet an, dass die städtischen Verkehrsbetriebe einen Fahrer für die Wasserversorgung des Krankenhauses abzustellen hat	Weisung
g) erlässt Bestimmungen, die die Pflichten der Bediensteten der Stadtwerke in künftigen vergleichbaren Fällen regeln	Verwaltungsvorschriften

Die unterschiedlichen Handlungsformen der Verwaltung lassen sich nach verschiedenen Kriterien deutlich voneinander unterscheiden:

- nach der Rechtsform (öffentlich-rechtlich und privatrechtlich)
- nach dem Adressatenkreis (die Allgemeinheit, der Einzelne)
- nach der Außenwirkung (mit oder ohne, d.h. nur verwaltungsintern)
- nach der Beteiligung des Betroffenen (einseitig/einvernehmlich)

## 2. Bedeutung der Unterscheidungen

- für Rechtsschutz/Klagevoraussetzungen

Klagearten bei Klagen auf/gegen Verwaltungsakt; anders bei Klagen "gegen" Rechtsverordnungen; Realakte; Feststellungen

Vorverfahren (Widerspruchsverfahren) grundsätzlich nur bei Anfechtungs-/Verpflichtungsklagen, also bei Verwaltungsakten

- für die Folgen der Rechtswidrigkeit

Wirksamkeit/Nichtigkeit von Verwaltungsakt, Rechtsverordnung, Verwaltungsrechtlicher (öffentlich-rechtlicher) Vertrag

### 3. Der Verwaltungsakt

#### a. Begriff und Funktionen

- Der VA ist die typische und bedeutende Form des hoheitlichen Verwaltungshandelns.

Die Sonderstellung der öffentl. Verwaltung beruht auf der Befugnis, Verwaltungsakte zu Erlassen, also **einseitig Anordnungen zu treffen und den Bürger hierdurch zu verpflichten**.

- Dabei kommen dem Verwaltungsakt besondere Funktionen zu:

**materiell-rechtlich:** (Individualisierungs- und Klarstellungsfunktion) Der Verwaltungsakt setzt allgemeingültige (abstrakt-generelle) Regelungen in Gesetzen gegenüber dem Einzelnen in konkrete Einzelfallregelungen (konkret-individuell) um (z.B. dass jemand Deutscher iSd Art. 116 GG ist).

**Verfahrensrechtlich:** (Verfahrensfunktion) Das sog. Verwaltungsverfahren (vgl. § 9 LVwVfG) ist auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet (oder eines ö.-r. Vertrags). Es soll die Beachtung der Grundrechte der Betroffenen und des Rechtsstaatsprinzips gewährleisten.

Außerdem hängen die Zulässigkeit, Möglichkeit und Notwendigkeit eines Widerspruchsverfahrens vom Vorliegen eines Verwaltungsaktes ab, § 68 VwGO.

**Prozessrechtlich:** (Prozessrechtsfunktion) Die Frage nach der zulässigen Klageart richtet sich nach dem Gegenstand der Klage: gegen belastende Verwaltungsakte die Anfechtungsklage, auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes die Verpflichtungsklage.

s. auch § 80 I VwGO (aufschiebende Wirkung bei belastenden VAen).

**Vollstreckungsrechtlich:** (Titelfunktion) Verwaltungsbehörden können selbst die Zwangsvollstreckung betreiben. Voraussetzung ist ein Vollstreckungstitel, d.h. grundsätzlich ein (vollstreckungsfähiger) VA.

#### b. Rechtliche Grundlagen und Ausgestaltung:

Der Verwaltungsakt ist gewohnheitsrechtlich entstanden und erst 1977 in den Bereichen AVR, Sozial-VR, Finanz-VR gesetzlich umfassend geregelt (§§ 35 ff. LVwVfG, §§ 31 ff. SGB 10, §§ 118 ff. AO).

c. **Def.** (vgl. § 35): Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder sonstige

- **Maßnahme**, die
- eine **Behörde**
- auf dem Gebiet des **öffentlichen Rechts**
- zur **Regelung**
- eines **Einzelfalles** trifft
- und die mit unmittelbarer **Rechtswirkung nach außen** ausgestattet ist.

d. Abgrenzung der Merkmale:

Maßnahme:	zweckgerichtetes Verhalten, das nicht Vertrag ist
Behörde:	Zurechnung an einen Hoheitsträger im Sinne des § 1 Abs. 2 LVwVfG
Regelung:	Umgestaltung der Rechtslage durch Ge-, Verbote, Erlaubnisse oder verbindliche Feststellung der Eigenschaft einer Person oder Sache nicht: Realakte, Vorbereitungshandlungen, Auskunft
Einzelfall:	im Gegensatz zum Rechtssatz, also zur abstrakt-generellen Regelung, (vgl. aber § 35 S. 2 LVwVfG) konkreter Sachverhalt individueller Adressat (bestimmte/r Person/enkreis)
öffentl. Recht:	also kein privatrechtliches Handeln (s. Abgrenzungstheorien)
Außenwirkung:	also kein nur verwaltungsinternes Handeln beachte in diesem Zusammenhang: mehrstufige Vagge(nur intern) Sonderrechtsverhältnis (Beamte, Schüler, Soldaten): extern: Grundverhältnis intern: Betriebsverhältnis

e. Erläuterungen/Exkurse zu einzelnen Merkmalen

1) Das Merkmal "**Behörde**":

(§ 1 Abs. 2 LVwVfG): Jede Stelle, die öffentliche Aufgaben wahrnimmt.

**Nimmt jede öffentliche Stelle auch solche öffentlichen Aufgaben wahr?**

## Exkurs zum Thema: Begriff und Arten der "öffentlichen Verwaltung"

(1) (Durchbrechungen der) Gewaltenteilung:

	Vollziehende Gewalt	Gesetzgebende Gewalt	Rechtsprechende Gewalt
Verwalten	<b>Verwaltungstätigkeit</b>	parl. Verwaltung	Gerichtsverwaltung
Gesetze geben	RVO, Satzungen	<i>Beschluss von Gesetzen</i>	Urteile mit Gesetzeskraft
Recht sprechen	Widerspruchs- u. Disziplinarverfahren	Untersuchungsausschüsse	<i>Entscheidung über Klagen</i>

(2) Daraus leiten sich folgende Begriffe der öffentlichen Verwaltung ab:

**Öffentliche Verwaltung im organisatorischen Sinne:** alle von den Verwaltungsbehörden der vollziehenden Gewalt ausgeübten Tätigkeiten, unabhängig davon, ob sie verwaltender oder anderer (z.B. quasi-rechtsprechender bzw. gesetzgebender) Art sind.

**Öffentliche Verwaltung im materiellen Sinne:** alle staatliche Verwaltungstätigkeit, unabhängig davon, welche staatliche Gewalt sie wahrnimmt.

**Öffentliche Verwaltung im formellen Sinne:** alle von den Verwaltungsbehörden der vollziehenden Gewalt ausgeübten Tätigkeiten, die auch inhaltlich nur verwaltender Art sind.

beachte: Behörde iSd § 1 Abs. 2 LVwVfG ist die Verwaltung im formellen Sinne!

(3) Die Träger öffentlicher Gewalt, auf die die Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben übertragen sind und Behörden in diesem Sinne haben, sind

- **Bund** und unmittelbare
- **Länder (vgl. Bundesstaatsprinzip in Art. 20 I GG)** Staatsverwaltung
- **Kommunen (Gemeinden und Kreise, vgl. Art. 28 I, II GG.)**
- **Sonstige**, nämlich (vgl. z.B. Art. 87 II, III GG) mittelbare Staatsverwaltung
  - **Körperschaften**
  - **Anstalten** (Ableitung von einem unmittelb. Hoheitsträger)
  - **Stiftungen** des öffentlichen Rechts
  - **Beliehene**

(4) Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung:

**Unmittelbare Staatsverwaltung** liegt vor, wenn der Staat (also Bund oder Länder) die öffentliche Verwaltungstätigkeit selbst ausübt;

**mittelbare Staatsverwaltung** ist dagegen die von (Kommunen), Körperschaften, Anstalten, Stiftungen des ö. R. bzw. von Beliehenen ausgeübte Verwaltungstätigkeit.

(5) Die "sonstigen" (mittelbaren) Träger öffentlicher Verwaltung

Die sonstigen Träger öffentlicher Verwaltung sind vor allem die Körperschaft, die Anstalt und die Stiftung des öffentlichen Rechts.

Zur Definition und zur Abgrenzung:

	<b>Körperschaft (ö. R.)</b>	<b>Anstalt (d. ö. R.)</b>	<b>Stiftung (d.ö.R.)</b>
Gründer	von einem Hoheitsträger		
Gründungsakt	durch Hoheitsakt (Gesetz, Verwaltungsakt)		
Rechtsform	als rechtsfähige jur. Person des ö. R. begründete		
Rechtliches Verhältnis zum Gründer	und damit rechtlich selbständige Organisation,		
Organisationsgegenstand	die aus Mitgliedern besteht (nat. u./o. jurist. Personen),	die aus Personal und Sachen besteht,	die aus finanziellen Mitteln (Stiftungsvermögen) besteht,
Organisationszweck	der Erfüllung öffentlicher Selbstverwaltungsaufgaben der Mitglieder dient	der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient	der Erfüllung öffentlicher Aufgaben aus den Erträgen des Stiftungsvermögens dient
Rechtsaufsicht	und der Kontrolle des Staates bzw. Gründers unterliegt.		
beachte:	Die Körperschaft hat <b>Mitglieder</b>	Die Anstalt hat <b>Benutzer</b> ; fehlt es an der Rechtsfähigkeit, so handelt es sich um eine öff. Einrichtung (z.B. Friedhof)	
Beispiele:	Gemeinden, Zweckverbände, Innungen, Berufskammern	Rundfunkanstalten, Sparkassen, Bundesbank, BA f Arbeit	Stiftung Preussischer Kulturbesitz; Stiftung Hilfswerk für behinderte Kinder
vgl. zu den Merkmalen	z.B. GKZ	z.B. SparkassenG	

Zu den mittelbaren Trägern öff. Verwaltung gehören schließlich auch

**Beliehene (= beliehene Unternehmer):** Private natürliche oder juristische Personen, die mit der hoheitlichen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im eigenen Namen betraut sind.

Bsp.: Bezirksschornsteinfegermeister, TÜV-Sachverständige, Privatschulen, Fleischbeschauer, Jagdaufseher

## 2) Das Merkmal "auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts"

Dieses Merkmal grenzt Verwaltungsakte von privatrechtlichen Handlungsformen ab.

### Abgrenzungstheorien

- Die **Subordinationstheorie** (Subjektionstheorie) - stellt auf das Verhältnis der beteiligten Rechtssubjekte ab

Ö. R. liegt vor, wenn auf den zu qualifizierenden Sachverhalt eine gesetzliche Norm Anwendung findet, die zwischen den Beteiligten notwendigerweise ein Über-/Unterordnungsverhältnis begründet, weil z.B. einseitig bindende Regelungen getroffen werden können.

PR liegt vor, wenn die Beteiligten im Verhältnis zueinander gleichgeordnet sind (und z.B. vertragliche Regelungen treffen; aber: Eltern-Kind, Direktionsrecht des Arbeitgebers).

- Die **Interessentheorie** stellt auf die Art der begünstigten Interessen ab

Ö. R. liegt vor, wenn die auf einen Sachverhalt anzuwendende Rechtsnorm überwiegend dem Interesse der Allgemeinheit (öffentl. Interesse/Gemeinwohl) dient.

PR liegt vor, wenn der Rechtssatz nur die privaten Interessen Einzelner fördern will.

- Die **Sonderrechtstheorie** stellt auf die Zuordnung einer besonderen Rechtsnorm (an einen Hoheitsträger) ab: (Allgemeines Recht gilt für jedermann, öff. Recht richtet sich als Sonderrecht nur an die Träger öff. Gewalt)

Ö. R. liegt vor, wenn auf den zu qualifizierenden Sachverhalt ein Rechtssatz Anwendung findet, der mindestens einen der Beteiligten gerade in seiner Eigenschaft als Träger öff. Gewalt berechtigt oder verpflichtet (eine Ermächtigung zum Erlass eines Verwaltungsaktes; Maßnahmen zur Gefahrenabwehr [= Polizeirecht]).

PR liegt vor, wenn der Rechtssatz allgemein/jedermann berechtigt oder verpflichtet, also keinesfalls auf die Eigenschaft als Hoheitsträger abstellt.

- Die Hilfstheorie des **Sachzusammenhangs**:

Lässt sich der Sachverhalt nicht mit Hilfe der Theorien 1. - 3. eindeutig qualifizieren (insbesondere, weil im Öffentlichen Recht und im Privatrecht gleichartige Rechte/Ansprüche vorhanden sind), so leistet die Sachzusammenhangstheorie Hilfe

(Bsp.: Dienstfahrten, Hausrecht in Behördengebäuden, Qualifizierung von Verträgen und von Nebenakten wie Haftung, Rückzahlungsansprüchen, Kündigung).

Öffentliches Recht liegt vor, wenn der zu qualifizierende Sachverhalt in einem äußeren und inneren Zusammenhang mit der Erfüllung einer Aufgabe steht, die nach öffentlichem Recht erledigt wird.

Im umgekehrten Fall liegt Privatrecht vor.

- Die **Zweistufentheorie**:

Das Rechtsverhältnis besteht aus zwei getrennten Stufen (Verfahrensabschnitten). Die erste Stufe (Frage des "ob") gehört stets dem öffentlichen Recht an, die zweite Stufe (Frage des "wie") ist entweder öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet.

Bsp: Zulassung zu öffentlich-rechtlichen Einrichtungen, Gewährung von Subventionen, gemeindliches Vorkaufsrecht.

### Fälle zur Abgrenzung ... Fall 1: "Anspruch auf ein Sportplatzgrundstück?"

Das Bundesland L hat ein Sportförderungsgesetz erlassen. § 9 lautet: "Zum Bau von Sportanlagen können den Sportvereinen Grundstücke aus dem Vermögen der Gemeinden übertragen werden. Der Erwerb ist für den Sportverein unentgeltlich. Der Gemeinde wird die Hälfte des Grundstückswertes aus Landesmitteln erstattet."

Der TSV S stellt bei der Gemeinde S einen Antrag auf Übereignung eines Grundstücks, das im Eigentum der Gemeinde steht und das im Bebauungsplan als Sportanlage ausgewiesen ist. Der Gemeinderat beschließt antragsgemäß. Daraufhin teilt der Bürgermeister dies dem Verein schriftlich mit. Das Schreiben schließt folgendermaßen:

"Das Grundstück steht Ihnen nunmehr zur Verfügung. Teilen Sie bitte mit, wann die Auflassung erfolgen soll."

Die Gemeinde verlangt anschließend vom Land die Erstattung des halben Grundstückswertes. Als das Land den geltend gemachten Grundstückswert nicht anerkennt, verweigert die Gemeinde dem TSV S die Auflassung.

Hat der TSV S einen Anspruch gegen die Gemeinde auf das Grundstück?

### Lösung:

Besteht ein Anspruch auf das Sportplatzgrundstück?

Ein Anspruch könnte sich aus Vertrag ergeben. Voraussetzung dafür wäre aber die notarielle Beurkundung des Vertrags nach § 311b BGB, sonst kommt kein wirksamer Vertrag zustande. Auch wenn es sich um eine Schenkung handelte, wäre zur Anspruchsbegründung ein notarieller Schenkungsvertrag erforderlich (§ 518 BGB).

Ein Anspruch könnte aber unabhängig davon entstanden sein, wenn es sich bei dem Schreiben der Gemeinde um einen VA handelte, welcher das Versprechen enthält, die Handlungen vorzunehmen, die notwendig sind, um das Eigentum des Vereins am Grundstück zu begründen (sog. Zusage, § 38 LVwVfG). Prüfung: Liegt ein VA vor?

Maßnahme +

einer Behörde +

auf dem Gebiet des ö. R.? fraglich (s.o.)

1. nach der Subordinationstheorie : keine eindeutige Zuordnung des Schreibens bzw. des Rechtsverhältnisses nach dem "Gesetz" zu einem Über-/Unterordnungsverhältnis. Die Befugnis zur Ausübung von Zwang oder zum Erlass von Befehlen ist nicht ersichtlich.

2. nach der Interessentheorie soll sowohl den allgemeinen Interessen an der Sportförderung als auch dem individuellen Interesse des Vereins Rechnung getragen werden, ein Überwiegen des einen oder anderen Interesses ist nach dem Gesetz nicht erkennbar.

3. nach der Sonderrechtstheorie kann die Rechtsbeziehung jedoch eindeutig dem ö.R. zugeordnet werden. Denn nach dem Gesetz ist zwingend eine Gemeinde (und das Land) an dem Rechtsverhältnis beteiligt, denn aus dem Eigentum der Gemeinde und aus dem Haushalt des Landes soll die Grundstücksübertragung ja erfolgen.

Prüfung: Zusicherung...

### Fälle zur Abgrenzung ... - 2. Fall: "Hausrecht des Landrats"

Der als Clown verkleidete Ludwig beschließt am Rosenmontag, seine Freundin Elise, Sekretärin des Landrats, im Landratsamt aufzusuchen. Er betritt gegen 9 Uhr das Amtsgebäude und tollt durch die Gänge. Als ihm der Landrat begegnet, haut er ihm mit dem Schaumgummiknüppel auf den Rücken. Der Landrat meint daraufhin: "Verschwinden Sie! Falls Sie nicht sofort das Haus verlassen, laß ich Sie zwangsweise hinaus befördern."

Handelt der Landrat öffentlich- oder privatrechtlich?

Lösung:

Die Ausübung des Hausrechts ist bei Behörden sowohl privatrechtlich (§§ 859 f, 903, 1004 BGB) als auch (gewohnheitsrechtlich bzw. in analoger Anwendung der genannten Vorschriften) auch öffentlich-rechtlich möglich. Da insoweit auch privatrechtlich ausnahmsweise die Ausübung von Zwang und die Erteilung von einseitigen Anordnungen möglich ist (Abwehr von verbotener Eigenmacht), helfen die 3 Theorien nicht weiter.

Sachzusammenhangstheorie: Gesucht wird ein (Hilfs-) Sachverhalt, der mit der Maßnahme in innerem und äußerem Zusammenhang steht und der sich eindeutig als ö.-r. oder als pr. einordnen läßt.

Danach ist hier der Zweck des Aufenthalts des Störers maßgeblich. Dieser hat nur seine Freundin besuchen wollen, daher geht es um einen rein privat(rechtlich)en Aufenthalt. Somit ist auch das Hausrecht privatrechtlich ausgeübt worden.

### Abwandlung:

Ludwig - als Clown verkleidet - will keine Freundin besuchen, sondern ein Kfz zulassen. Der Landrat erbost sich über die Verkleidung und verweist ihn (w.o.) des Hauses.

Wie oben: Hier geht es dem Ludwig um die Zulassung eines Kfz, mithin verfolgt sein Aufenthalt einen ö.-r zu qualifizierenden Zweck. Dann ist auch der Rauswurf öffentlich-rechtlicher Natur?

### 3) Das Merkmal "**zur Regelung**"

Die behördliche Maßnahme muss nach der Absicht der Behörde (für einen ganz konkreten Sachverhalt) **einseitig verbindlich** eine bestimmte Rechtsfolge erzeugen. Dies kann geschehen durch

- **rechtsgestaltende Regelungen:** die bestehende Rechtslage wird durch die Regelung verändert bzw. umgestaltet (gestaltender VA): Rechte werden eingeräumt (Erlaubnis erteilt, Leistungen/Zahlungen bewilligt) oder durch Gebote oder Verbote entzogen.
- **feststellende Regelungen:** der VA verändert die bestehende Rechtslage nicht, sondern er stellt fest, ob oder dass eine Person oder Sache eine bestimmte gesetzlich vorgesehene Eigenschaft hat, z.B. die Eigenschaft einer Person als Vertriebener (§ 15 BVFG) oder als Schwerbehinderter (§ 2 SGB IX); die Eigenschaft eines Grundstücks als öffentliche Straße (§§ 2 und 5 StrG).

### **Abgrenzungen:**

zum rein tatsächlichen (schlicht hoheitlichen) Verwaltungshandeln: keine Regelungen sind Auskünfte, Mitteilungen, Belehrungen, Warnungen, Berichte; aber auch praktische Verrichtungen wie Bau einer Brücke oder Verlegung einer Wasserversorgungsleitung

### Fälle zum Verwaltungsakt: Fall 3: "Anschluss an die Wasserversorgung"

K erwarb von der Stadt durch notariellen Kaufvertrag ein Baugrundstück und errichtete dort ein Wohnhaus, das an die städtische Wasserversorgung angeschlossen wurde. K erhielt daraufhin von der Stadt folgendes Schreiben:

"Stadt S.

Den ...

Rechnung

Für den Anschluss Ihres Gebäudes ... an die städtische Wasserversorgung berechnen wir Ihnen € 500,--. Außerdem steht der Stadt für die Straßenslängsleitung ein Baukostenzuschuss von € 28,50/ lfd. Meter, insgesamt also € 513,-- zu, so dass sich der Gesamtbetrag auf € 1013,-- beläuft. Bitte zahlen Sie diesen Betrag ....

gez. (Unterschrift)/Dienstsiegel"

K meint, dass er den Baukostenzuschuss bereits mit dem Kaufpreis abgegolten hat. Er fragt um Rat, ob er etwas unternehmen muss oder ob er die weiteren Schritte der Gemeinde gelassen abwarten kann. (vgl. dazu BVerwGE 41, 305; vgl. auch VG München, Urteil vom 18.01.2001, - M 11 K 00.1897 -).

#### Lösung:

K müsste dringend etwas unternehmen, wenn das Schreiben ein VA wäre. Denn sonst könnte der VA Titel für die Verwaltungsvollstreckung sein. K müsste also zunächst Widerspruch einlegen, § 68 VwGO (Folge: aufschiebende Wirkung, vgl. § 80 I VwGO).

Voraussetzungen nach § 35 S. 1 LVwVfG:

Maßnahme	= einseitige Handlung
einer Behörde	= Gemeinde
auf dem Gebiet des ö. R.	= Erschließung eines Grundstücks, vgl. §§ 127, 129 BauGB

Regelung?

Regelung liegt vor, wenn die Maßnahme im Hinblick auf die betroffene Person unmittelbare Rechtswirkungen hat, sei es durch eine Veränderung der Rechtslage (gestaltende Verwaltungsakte) oder durch Festlegung der Eigenschaft einer Person oder Sache (feststellende Verwaltungsakte).

Hier könnte die Regelung in der Anordnung einer Zahlungspflicht bestehen. Das wäre ein gestaltender Verwaltungsakt, weil die Zahlungspflicht erst durch die Regelung begründet, die Rechtslage also umgestaltet würde.

Der Regelungswille der Behörde müsste aber zweifelsfrei erkennbar sein. Dies ist nicht der Fall. Formulierungen wie *Rechnung* statt *Bescheid*, *Baukostenzuschuss* statt *Erschließungsbeitrag* sprechen eher für eine noch nicht

verbindliche Zahlungsaufforderung. Auch fehlt als weiteres Indiz die Rechtsmittelbelehrung (§ 58 VwGO).

Ergebnis: Es fehlt objektiv und unmissverständlich an einer Regelung, welche die Kostenerstattungspflicht verbindlich hätte begründen können.

Mangels Regelung kann es sich nicht um einen VA handeln. K braucht keinen Widerspruch einlegen, sondern kann zunächst abwarten und Tee trinken.

### Fälle zum Verwaltungsakt: Fall 4: "Das verdorbene Fleisch"

Bei Delikatessenhändler D führt die zuständige Behörde Stichprobenuntersuchungen durch. Kurze Zeit später erhält er von der Behörde folgendes Schreiben:

"Sehr geehrter Herr D,

anlässlich von Stichprobenuntersuchungen wurde festgestellt, dass Sie in Folien eingeschweissten Aufschnitt vertreiben. Die Laboruntersuchungen haben ergeben, dass der Aufschnitt bereits mindestens viermal eingefroren war und infolgedessen zum Genuss für den Menschen untauglich ist.

Wir weisen Sie darauf hin, dass diese Waren nicht verkauft werden dürfen (§ 11 FleischhygieneG) und fordern Sie dazu auf, die Bestände ordnungsgemäß zu beseitigen. Wir sind zu einer - kostenpflichtigen - Beschlagnahme berechtigt.

gez. (Unterschrift)/Dienstsiegel"

D ist wenig beeindruckt und will das Schreiben in den Papierkorb werfen. Sein Freund rät ihm jedoch, Widerspruch einzulegen. Ist das ein guter Rat?

(§ 11 des FleischhygieneG lautet: *Ergibt die Untersuchung, dass das Fleisch zum Genuss für Menschen untauglich ist, ist das Fleisch zu beschlagnahmen. Es darf als Lebensmittel nicht in den Verkehr gebracht werden.*)

### Lösung:

D könnte nur, sollte aber jedenfalls Widerspruch einlegen, wenn es sich bei dem Schreiben um einen Verwaltungsakt handelt (§ 68 VwGO).

Ein Verwaltungsakt liegt vor, wenn das Schreiben die Merkmale von § 35 S. 1 LVwVfG erfüllt.

Maßnahme	= einseitige Verfügung
einer Behörde	= s. SV
auf dem Gebiet des ö. R.	= Lebensmittelüberwachung ist Gefahrenabwehr und damit ö. R. (nach allen drei Theorien)

zur Regelung?

Ob eine Regelung vorliegt, muss aufgrund des konkreten Erklärungsinhalts der Verfügung oder des Schreibens ermittelt werden. Eine Regelung ist gegeben, wenn das Schreiben entweder:

- die Rechtsstellung des D verändert; hier ist das Fleisch auch ohne Tätigkeit der Behörde verdorben und darf daher nach dem Gesetz ohnehin nicht verkauft werden. Eine Rechtsgestaltung ist also nicht eingetreten; oder:
- die Eigenschaft einer Person oder Sache festlegt. Das ist hier der Fall. Das Gesetz knüpft an die Eigenschaft des verdorbenen Fleisches ("zum Genuss untauglich") die Rechtsfolge, dass es als Lebensmittel nicht in den Verkehr gebracht werden darf. Es wird also durch das Schreiben geregelt, dass das Fleisch die Eigenschaften im Sinne des § 11 FleischhygieneG hat. - Somit liegt eine Regelung vor.

eines Einzelfalles = es geht um die bestimmte Ware des D

mit unmittelbarer Außenwirkung, s.u. die Anordnung gilt nicht nur behördenintern, sondern D steht außerhalb

Somit sind alle Merkmale des Verwaltungsakts gegeben und D sollte tunlichst Widerspruch erheben (Grund?).

#### 4) Das Merkmal "**mit unmittelbarer Außenwirkung**"

Eine Regelung hat Außenwirkung, wenn sie nicht nur intern im Bereich der Behörde Geltung hat. Damit dient dieses Merkmal der Abgrenzung zwischen Verwaltungsakten einerseits und rein innerdienstlichen Regelungen (Weisungen) andererseits.

Auch Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften unterscheiden sich einzig in dem Merkmal der Außenwirkung.

*beachte:* Beim sog. **zweistufigen Verwaltungsakt** (der Erlass des Verwaltungsakts bedarf der Zustimmung/Mitwirkung einer anderen Behörde - vgl. z.B. § 36 BauGB, §§ 25 iVm 29a LLG) fehlt der Mitwirkungshandlung gegenüber dem Adressaten des VA's die Außenwirkung.

Bei Personen, die in sog. **Sonderstatusverhältnissen** stehen (Beamte, Soldaten, Schüler, Strafgefangene) haben Regelungen im Bereich des Betriebsverhältnisses (z.B. innere Organisation einer Verwaltungsbehörde) keine Außenwirkung, es sei denn, sie greifen in Grundrechte der Betroffenen ein.

#### Fälle zum Verwaltungsakt: Fall 5: "Der Widerruf der Sondernutzung"

Nachdem sich der Kioskbesitzer K alljährlich mit dem *Straßenbauamt* über die Höhe der von ihm für seinen im öffentlichen Straßenraum befindlichen

Kiosk zu entrichtenden Sondernutzungsgebühren herumstreitet und diese jeweils nur zum Teil bezahlen will, ordnet die höhere Straßenbaubehörde (Regierungspräsidium) an, die Sondernutzungserlaubnis zu widerrufen, falls K wieder die Gebühren nur zum Teil bezahle.

K meint, die Straßenbauverwaltung dürfe nicht zur Selbsthilfe greifen und will gegen die Anordnung des Regierungspräsidiums Widerspruch einlegen. Ist dieser Widerspruch zulässig?

Lösung:

Der Widerspruch wäre zulässig, wenn es sich bei der Verfügung des Regierungspräsidiums um einen Verwaltungsakt iSd § 35 S. 1 LVwVfG handelte.

Maßnahme	= einseitige Verfügung
einer Behörde	= Regierungspräsidium
auf dem Gebiet des ö. R.	= Benutzung von öffentlichen Sachen, vgl. §§ 13 und 16 StrG
zur Regelung	= (bedingt aufgeschobene) Anordnung, die Sondernutzungserlaubnis zu widerrufen
eines Einzelfalles	= die konkrete Straße und der individuelle K

mit unmittelbarer Außenwirkung?

Die Anordnung richtet sich an das Straßenbauamt und ist damit aus der Sicht des K nur ein interner Vorgang. Sie betrifft die innerdienstliche Aufgabenerfüllung. Solange die Erlaubnis nicht gegenüber K widerrufen wird, wird er selbst nicht betroffen und wirkt sich die (innerdienstliche) Regelung also nicht extern aus.

Umgekehrt kann man sagen, dass K durch die Anordnung nicht unmittelbar, sondern allenfalls mittelbar betroffen wird.

Ergebnis: es handelt sich nicht um einen Verwaltungsakt, ein Widerspruch ist nicht nötig oder möglich.

beachte: Problem der Abgrenzung von Innen-/Außenwirkung bei Maßnahmen der **Fach-/Rechtsaufsicht**:

Außenwirkung besteht im Verhältnis zwischen selbständigen, rechtsfähigen Verwaltungsträgern (z.B. Land + Gemeinde), soweit es um eigene Angelegenheiten des beaufsichtigten Verwaltungsträgers geht (bei weisungsfreien bzw. Selbstverwaltungsaufgaben = Rechtsaufsicht).

Dagegen sind Maßnahmen der Fachaufsicht ohne Außenwirkung. Bei Gemeinden etwa betrifft dies die Pflichtaufgaben nach Weisung (= weisunggebundene Fachaufsicht).

Schaubild: Staatliche Aufsicht:

Rechtsaufsicht	Fachaufsicht	Dienstaufsicht
z.B. Gemeindliche Selbstverwaltung	Pflichtaufgaben, übertragener Aufgabenkreis	dienstliche Aufsicht über Personal
nur Rechtmäßigkeitskontrolle, § 119 GO, § 51 LKO	Recht- und Zweckmäßigkeitskontrolle, auch Weisung, § 3 II LVG	Dienstliche Kontrolle, auch Weisung, § 3 I LVG, § 44 IV GO
mit Außenwirkung	ohne Außenwirkung	

## 5) Das Merkmal "**Einzelfall**"

Dieses Merkmal dient der **Abgrenzung** des Verwaltungsaktes zu den abstrakt-generellen Regelungen (**Rechtssätze** = Gesetze im formellen und/oder materiellen Sinne, also Parlamentsgesetze, Verordnungen und Satzungen) einerseits und - dogmatisch nicht ganz sauber zu begründen - zu den **Allgemeinverfügungen** (Personenbezogene Allgemeinverfügungen, dingliche Verwaltungsakte und Benutzungsregelungen im Sinne des § 35 S. 2 LVwVfG). Für die Abgrenzung muss auf den Inhalt der Regelung abgestellt werden. Danach sind

- Verwaltungsakte solche Maßnahmen, die ihrem Inhalt nach nur einen Einzelfall regeln,
- Rechtsnormen solche Maßnahmen, die ihrem Inhalt nach allgemeine Regelungen enthalten,
- **Allgemeinverfügungen** solche Maßnahmen, die Verwaltungsakt sein sollen, auch wenn sie keine individuellen Regelungen enthalten.

Die Unterscheidung stellt ab

- auf den geregelten Sachverhalt

Konkret	die Regelung betrifft einen Sachverhalt, der nach Ort, Zeit und sonstigen Umständen bestimmt ist	die Rechtsfolge ist kategorisch
abstrakt	der geregelte Fall ist nur gedacht	die Rechtsfolge ist hypothetisch

- auf den Adressaten der Regelung

individuell	die Regelung richtet sich an eine oder mehrere namentliche bekannte Person(en)
generell	der Adressat der Regelung ist unbestimmt, d.h. namentlich nicht bekannt oder identifizierbar

Außerdem unterscheidet das Merkmal "Einzelfall" den Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 LVwVfG von den drei Arten von **Allgemeinverfügungen** nach S. 2 der Vorschrift.

Aus der Kombination der Merkmale ergeben sich folgende Qualifizierungen:

	abstrakt	konkret
generell	Rechtsnorm	AllgemeinVfG
individuell	dingl. Verwaltungsakt	Verwaltungsakt

§ 35 S. 2 LVwVfG rechnet die Allgemeinverfügung und den dinglichen Verwaltungsakt ebenfalls den Verwaltungsakten zu, obwohl sie nicht wirklich konkret und individuell sind.

- Allgemeinverfügung

Der Adressatenkreis ist unbestimmt, es wird aber ein konkreter Sachverhalt geregelt und die übrigen Merkmale des Verwaltungsakts liegen vor.

Bsp.: Auflösung einer Demonstration

- dinglicher Verwaltungsakt

Der (individuelle) Adressat tritt in Beziehung zu einer Sache, deren öffentlich-rechtliche Eigenschaft der Verwaltungsakt regelt

Widmung eines Grundstücks zur öffentlichen Straße

- Benutzungsregelung

Der Verwaltungsakt regelt die Benutzung einer Sache durch die Allgemeinheit.

Verkehrsschilder mit Gebots- oder Verbotscharakter, öffentlich-rechtliche Benutzungsordnung für eine Gemeindehalle

## f. Arten von Verwaltungsakten

### 1) Verwaltungsakte können unterschieden werden nach

Arten:

- |  |   |
|--|---|
| 1. der Rechtswirkung für den Betroffenen bzw. den Adressaten | a) begünstigende Verwaltungsakte<br>b) belastende Verwaltungsakte<br>c) VAe mit Doppelwirkung<br>d) VAe mit Drittwirkung                                |
| 2. nach dem Regelungsgehalt des Verwaltungsaktes             | a) gestaltende Verwaltungsakte<br>- befehlende/verbotende VAe<br>- gestattende VAe<br>- privatrechtsgestaltende VAe<br>b) feststellende Verwaltungsakte |
| 3. nach der Beteiligung des Adressaten                       | a) einseitige Verwaltungsakte<br>b) mitwirkungsbedürftige VAe<br>- antragsbedürftige VAe<br>- zustimmungsbedürftige VAe                                 |
| 4. nach der Beteiligung von Behörden                         | a) einstufige Verwaltungsakte<br>B) mehrstufige Verwaltungsakte   |
| 5. nach der Geltungsdauer des Verwaltungsaktes               | a) einmalige Verwaltungsakte<br>VAe mit Dauerwirkung  |

beachte: mehrere Merkmale können zusammenfallen.

### 2) Im einzelnen:

#### (1) nach der Rechtswirkung für den Betroffenen bzw. den Adressaten

- **begünstigende Verwaltungsakte**

(Def: vgl. § 48 I 2 LVwVfG)

Bsp.: BAFöG, Aufforstungsgenehmigung, Baugenehmigung, Bewilligung von Subventionen

- **belastende Verwaltungsakte**

Def: Nachteile durch Einschränkung, Aufhebung von Rechten, Verbote  
(was gilt bei Ablehnung eines Antrags?)

Bsp.: Verbot einer Versammlung, Nutzungsuntersagung, Ablehnung einer Baugenehmigung

- **Verwaltungsakte mit Doppelwirkung**

Def.: Verwaltungsakte mit begünstigendem und belastendem Inhalt

Bsp.: Genehmigung mit Auflagen; Genehmigung unter teilweiser Ablehnung des Antrags

- **Verwaltungsakte mit Drittwirkung**

Def.: Verwaltungsakt begünstigt den einen und belastet den anderen

Bsp.: Erteilung einer Baugenehmigung belastet möglicherweise dem Nachbarn (der Dritte ist widerspruchsbefugt [§ 42 II VwGO analog]).

(2) nach dem Inhalt der Regelung:

- **gestaltende** Verwaltungsakte

Sie gestalten die Rechtsstellung des Betroffenen um durch die **Begründung** (Genehmigung, Ernennung), **Änderung** (Beförderung, nachträgliche Befristung einer Erlaubnis) oder **Beseitigung** (Entlassung eines Beamten, Enteignung von Grundeigentum) **von Rechten** (oder Pflichten).

Zu den gestaltenden Verwaltungsakten gehören die

**befehlenden/verbietenden** (sie verpflichten zu einem Tun, Dulden, Unterlassen), die

**gestattenden** (Erlaubnis, Genehmigung, Bewilligung, Befreiung, Ausnahme) sowie die privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte

Bsp.: Gemeindliches Vorkaufsrecht (§§ 24 f. BauGB), Bodenverkehrsgenehmigung (§ 22 BauGB), Überleitungsanzeige (§ 93 SGB XII, vgl. auch § 50 SGB I), Kündigungsgestattung von SbM (§ 85 SGB IX).

- **feststellende** Verwaltungsakte

Sie konkretisieren die Eigenschaft einer Person oder Sache

Bsp.: Feststellung des Besoldungsdienstalters, der Vertriebeneneigenschaft, Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer

(3) nach der Beteiligung des Adressaten

- **einseitige** Verwaltungsakte

- **mitwirkungsbedürftige** Verwaltungsakte

(antragsbedürftige bzw. zustimmungsbedürftige Verwaltungsakte)

z.B. Ernennung zum Beamten, Wohngeldbewilligung

(4) nach der Beteiligung von Behörden

- **einstufige** Verwaltungsakte

- **mehrstufige** Verwaltungsakte

Einvernehmen, Zustimmung einer anderen Behörde

(5) nach der Geltungsdauer des Verwaltungsaktes

- **einmalige** Verwaltungsakte

Diese Verwaltungsakte verbrauchen ihren Geltungsanspruch mit ihrem Vollzug,

Bsp.: die Abbruchsanordnung mit dem Abbruch, die Bewilligung einer einmaligen Beihilfe mit deren Auszahlung usw.

- VAe mit **Dauerwirkung**

Die Regelung ist auf einen gewissen Zeitraum hin angelegt; die Berechtigung oder Verpflichtung ist von der Fortdauer der Geltung des Verwaltungsaktes abhängig

Bsp.: Sondernutzungs-, Fahrerlaubnis, Nutzungsgenehmigung

## B. Struktur und Aufbau der Rechtssätze; Rechtsanwendung und Subsumtion

### 1. Rechtsanwendung:

a. Wer wendet das Recht/die Gesetze an? Es sind dies die

**Verwaltungsbehörden** i.R.d. Gesetzesvollzugs sowie bei der Recht- und Zweckmäßigkeitkontrolle

**Gerichte** i.R.d. Rechtmäßigkeitkontrolle und bei der Streitentscheidung.

b. Def.: **Rechtsanwendung** ist der Vorgang zur Ermittlung einer konkreten Rechtsfolge (= Maßnahme, Verfügung, Entscheidung usw.), den der einschlägige Rechtssatz für einen konkreten Lebensvorgang (Sachverhalt) vorsieht.

### 2. Aufbau der gesetzlichen Normen:

a. gesetzliche Normen sind konditional aufgebaut, sie folgen stets einem Wenn-Dann-Schema. Bsp.:

Wenn	Dann
wer einen Menschen tötet	wird mit Freiheitsentzug bestraft
wer die öffentliche Sicherheit stört,	dem kann die Störungsbeseitigung auferlegt werden
<b>Voraussetzungssatz</b>	<b>Rechtsfolgesatz</b>
oder umgekehrt	

dann	wenn
die Baugenehmigung wird er teilt	wenn das Bauvorhaben öff.-rechtl. Anforderungen entspricht
<b>Rechtsfolgesatz</b>	<b>Voraussetzungssatz = Tatbestand</b>

b. **Voraussetzungssatz** ist der im Gesetz abstrakt und generell formulierte *Tatbestand*, der eine Vielzahl von konkreten Lebenssachverhalten erfasst; an den konkreten Lebenssachverhalt, der davon erfasst wird, soll nach dem Willen des Gesetzgebers die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge anknüpfen.

Bsp.:

<b>Tatbestand:</b>	wer einen Menschen tötet
<b>konkreter Lebenssachverhalt</b>	a. Anton hat am 15.09. gegen 14.00 mit seinem Auto den Bernd überfahren. Bernd ist an den Verletzungen gestorben. b. Als Bernd den Anton erblickte, erschrak er so, dass er einen Herzanfall erlitt und unverzüglich verstarb.

Voraussetzungssatz oder gesetzlicher Tatbestand meint also den abstrakt formulierten gesetzlichen "Sachverhalt".

Der (konkrete) Lebenssachverhalt ist der Vorgang im Einzelfall. Er wird mit dem Tatbestand abgeglichen.

c. **Subsumtion** ist das Verfahren, mit welchem geprüft wird, ob ein Lebenssachverhalt von dem Tatbestand des Gesetzes erfasst/umfasst wird, also ob er die Merkmale des gesetzlichen Tatbestands (= Voraussetzungssatzes) erfüllt. Wenn dies der Fall ist, "der Sachverhalt also unter den Tatbestand fällt", soll die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge Anwendung finden.

### 3. Feststellung des Sachverhalts

Voraussetzung für die Rechtsanwendung ist eine zutreffende Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts. Im Verwaltungsverfahren gilt der **Amtsermittlungsgundsatz** (Untersuchungsgrundsatz, vgl. § 24 LVwVfG); die Behörde kann sich jeglicher rechtmäßiger **Erkenntnisquellen** bedienen (vgl. § 26 LVwVfG). Sie kann auch häufig auf die Ausgestaltung des Sachverhalts einwirken, auf den Gesetze angewandt werden sollen

(z.B. Planänderungen in Baugenehmigungsverfahren)

#### 4. Grundmuster der Rechtsanwendung - vgl. Arbeitsblatt

##### 1. Alternative:

**Anknüpfungspunkt ist ein konkreter Lebenssachverhalt. Es soll die anzuwendende Rechtsfolge ermittelt werden.**

(1) Ermittlung des Sachverhalts	(Untersuchungs- bzw. Amtsermittlungsgrundsatz)
(2) Prüfung der Rechtsfragen	<p>(a) Welche Rechtsnorm(en) könnte(n) einschlägig sein?</p> <p>(b) Welchen Inhalt hat der gesetzliche Tatbestand? (u.U. sind unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen!)</p> <p>(c) Subsumtion: fällt der festgestellte Sachverhalt unter den gesetzlichen Tatbestand? ggfs.:</p> <p>(d) Ermittlung der gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolge (u.U. sind wiederum unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen)</p> <p>Bei mehreren Rechtsfolgen: Auswahl der zweckmäßigsten Rechtsfolge (bei pflichtgemäßer Ausübung des Ermessens)</p>
(3) Entscheidung	<p>(a) wenn der konkrete Sachverhalt die Merkmale des gesetzlichen Tatbestands erfüllt: Anordnung der entsprechenden Maßnahme Erteilung der Genehmigung usf.</p> <p>(b) andernfalls: die Anordnung kann nicht getroffen werden die Genehmigung kann nicht erteilt (muss versagt) werden.</p>

##### 2. Alternative:

**Anknüpfungspunkt der Rechtsanwendung ist eine bestimmte Rechtsfolge: Es soll geprüft werden, ob die Voraussetzungen dafür vorliegen**

(1) Bestimmung der relevanten Rechtsfolge	
(2) Prüfung der Rechtsfragen	Welche Tatbestandsvoraussetzungen müssen erfüllt sein, damit die vorgesehene Rechtsfolge zur Anwendung kommen kann? (u.U. Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe)
(3) Ermittlung des konkreten Sachverhalts	
(4) Subsumtion	
(5) bei mehreren möglichen Rechtsfolgen	Prüfung der Zweckmäßigkeit (s.o.)
(6) Entscheidung (s.o.)	

## C. Gesetzesbindung, gebundene und freie Verwaltung

Ziel ist es, Ihnen die wesentlichen verfassungsrechtlichen Grundlagen für den Umgang mit Verwaltungsakten zu vermitteln.

### 1. Die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht

Nach Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz ist die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden. Damit wird deutlich gemacht, dass der Gesetzgeber die **Aufgaben** der Verwaltung **bestimmt** und die vollziehende Gewalt mit ihrer Erledigung **beauftragt** (Grundsatz der Gewaltenteilung).

Der Gesetzgeber kann also vorgeben, welche Aufgaben die vollziehende Gewalt erfüllen soll und welche Ziele damit erreicht werden sollen. Er bestimmt damit auch, in welchem Umfange die vollziehende Gewalt beim Gesetzesvollzug an die gesetzlichen Vorgaben gebunden ist, ob die vollziehende Gewalt beim Gesetzesvollzug eher frei - nach eigenem **Ermessen** - entscheiden können oder eher strikt **gebunden** sein soll.

- **Gebundene Verwaltung** liegt vor, wenn der Gesetzgeber die Aufgabenerledigung durch die vollziehende Gewalt durch detaillierte Vorgaben der Aufgaben und der Art und Weise ihrer Erledigung strikt bindet.
- **Ermessensverwaltung** liegt vor, wenn der Gesetzgeber zwar die Voraussetzungen regelt, unter denen die vollziehende Gewalt überhaupt im Rahmen des Gesetzesvollzugs tätig werden soll, es aber grds. ihrem Ermessen überlässt, ob sie davon Gebrauch macht und ggfs. wie.

### 2. Gesetzmäßigkeit = Gesetzesvorrang + Gesetzesvorbehalt

Das Maß der Gebundenheit der öffentlichen Verwaltung bestimmt sich letztlich nach dem Verfassungsgrundsatz der **Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung** (Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz, s.o.). Danach muss alles Verwaltungshandeln stets mit den Gesetzen in Einklang stehen.

Die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht enthält zwei Grundsätze, den **Vorrang des Gesetzes** und den **Vorbehalt des Gesetzes**.

#### a. Der **Gesetzesvorrang**:

Die öffentliche Verwaltung darf keine Maßnahmen treffen, die gegen eine gesetzliche Regelung verstoßen würde; Verwaltungshandeln muss immer in Einklang mit allen gesetzlichen Regelungen stehen.

Darunter fallen

- das Verfassungsrecht (Grundgesetz, Verfassungsgrundsätze und Verfassungsgewohnheitsrecht)
- die Gesetze im formellen Sinne (Parlamentsgesetze) und
- die Gesetze im materiellen Sinne (Verordnungen, Satzungen).

Fälle zum Thema: Gebundenheit und Freiheit der öffentlichen Verwaltung:  
Fall 1: "Der Besoldungsvertrag"

Die Gemeinde G will die Stelle des Stadtkämmerers neu besetzen. Es bewirbt sich der Ministerialdirigent M, der für den Posten deshalb besonders geeignet ist, weil er Haushaltsexperte im Finanzministerium ist. - Allerdings kann die Gemeinde aufgrund des Stellenplanes dem M keine Besoldung gewähren, die seiner bisherigen Besoldung entsprechen würde. Die Gemeinde vereinbart mit M deshalb vertraglich, dass diesem die Differenz zwischen seiner künftigen und seiner bisherigen Besoldung als Zulage gewährt werden soll. Die Gemeinde ist dabei der Auffassung, dass sie einen solchen Vertrag im Rahmen der Vertragsfreiheit durchaus eingehen kann.

Stimmt die Auffassung der Gemeinde?

Lösung:

Da der Grundsatz der Vertragsfreiheit nur im Bereich des Privatrechts Anwendung finden kann, müsste es sich um einen privatrechtlichen Vertrag handeln.

Abgrenzung zwischen PR und ö.R: Die Theorien sind hier überflüssig, weil es eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zu dieser Frage gibt. Es geht nämlich um ein Beamtenverhältnis, und dieses ist - nach Art. 33 Abs. 4 Grundgesetz - öffentlich-rechtlich. Es würde sich demnach um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag (verwaltungsrechtlicher Vertrag) handeln.

Zulässigkeit des Vertrages? Nach § 54 S. 1 LVwVfG nur, soweit ... (= Gesetzesvorrang).

Hier greift die "entgegenstehende Vorschrift" des § 3 Abs. 2 BesG Bad.-Württ. (früher: 2 Abs. 2 BBesG).

Somit stimmt die Auffassung der Gemeinde nicht.

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsmaßnahme stellt also immer darauf ab, ob sie mit den (relevanten) Gesetzen übereinstimmt.

## b. Der **Gesetzesvorbehalt**:

Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung bedürfen der Ermächtigung durch ein Gesetz im formellen Sinne (Parlamentsgesetz) oder aufgrund eines Gesetzes im formellen Sinne.

### **Exkurs:** Begriff des Gesetzes im formellen und im materiellen Sinne

Gesetz im <b>materiellen</b> Sinne	jede abstrakt-generelle Regelung mit Außenwirkung	abgestellt wird auf den Inhalt der Regelung [nicht auf ihr Zustandekommen], also unabhängig davon, ob sie vom GGeber oder der Exekutive erlassen wird
Gesetz im <b>formellen</b> Sinne	jedes Gesetz im mat. S., das vom Parlament (Gesetzgeber) in dem verfassungsmäßig vorgesehenen Verfahren erlassen wird	abgestellt wird auf die originäre Gesetzgebungskompetenz  Abgrenzung zur RVO, Satzung = Gesetze im mat. S., die auf Grund einer formell-gesetzlichen Ermächtigung durch die Exekutive erlassen werden (vgl. Art. 80 GG, 61 LV).

1) Der **Gesetzesvorbehalt** wird nicht nur aus Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz abgeleitet, sondern auch aus

- den Grundrechten (sie enthalten ausdrückliche Vorbehaltsregelungen)
- dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz; Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns)
- dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz; die wesentlichen Fragen des Gemeinwesens müssen von dem demokratisch dazu legitimierten Gesetzgeber geregelt werden)
- aus Art. 58 LV.

2) Geltungsbereich

Der Gesetzesvorbehalt gilt unstreitig für alle Verwaltungsmaßnahmen, die in die Freiheit oder in das Eigentum der Bürger belastend eingreifen (**belastende VAe**, vgl. Legaldefinition in § 49).

### Fälle zum Thema: Gebundenheit und Freiheit der öffentlichen Verwaltung: Fall 2: "Schulstrafen"

Das Bundesland L will ein neues Schulgesetz erlassen. Dabei wird auch die Frage nach der Zulässigkeit von Schulstrafen diskutiert. Die A-Fraktion

meint, dies könne man wie bisher einer Regelung durch den Schulminister durch Verwaltungsvorschriften überlassen. Die B-Fraktion steht auf dem Standpunkt, dass zumindest eine aufgrund gesetzlicher Ermächtigung ergangene Rechtsverordnung notwendig sei. Die C-Fraktion schließlich meint, aus rechtsstaatlichen Gründen müssten die Schulstrafen im Gesetz selbst geregelt sein.

Welcher Fraktion ist zuzustimmen?

Lösung:

Wenn die Schulstrafen grundrechtsrelevante Positionen der Schüler berühren, bedürfen sie einer gesetzlichen Ermächtigung (Gesetzesvorbehalt). Welche Grundrechte können tangiert sein?

Strafarbeiten	Art. 2 Abs. 1
Arrest	Art. 2 Abs. 1
Verweis von der Schule	Art. 12 Abs. 1 (Wahl der Ausbildungsstätte)

Damit scheidet schon der Vorschlag der A-Fraktion aus.

Reicht eine VO *aufgrund* einer schulgesetzlichen Ermächtigung aus?

Eingriffe in Rechte aus Art. 12 Abs. 1 bedürfen einer Ermächtigung "durch oder aufgrund eines Gesetzes" (beachte dazu Art. 80 Grundgesetz bzw. 61 LV); und bei Eingriffen in Rechte aus Art. 2 Abs. 1 verhält es sich genauso.

Somit sind beide übrige Vorschläge verfassungsrechtlich möglich.

3) Der Gesetzesvorbehalt gilt auch bei **begünstigenden** Maßnahmen der Verwaltung, soweit sie Art. 3 GG berührt (Gewährleistung des Gleichheitsgrundsatzes)

4) Der Vorbehalt des Gesetzes kann auch bei **Leistungen** des Staates, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

Nach der "**Wesentlichkeitstheorie**" des BVerfG gilt der Gesetzesvorbehalt aber auch im Bereich von begünstigenden Verwaltungsakten (vgl. BVerfGE 53, 30, 56: Schneller Brüter; E 64, 261, 268: Rundfunkorganisation).

Damit sind alle Grundentscheidungen des Gemeinwesens gemeint, ebenso solche Maßnahmen, die für die Verwirklichung der Grundrechte notwendig sind, z.B. weil mehrere Verfassungsgrundsätze miteinander kollidieren;

(Leistungsgrundsatz in Art. 33 Abs. 2 ./.. Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz oder ./.. Gleichheitsgrundsatz - z.B. "Quotenregelung").

z.B. Soziales Leistungsrecht (BSHG, BAFöG, BVG etc.)

5) Anerkannt ist schließlich der **institutionelle Gesetzesvorbehalt**. Danach bedürfen Aufbau und Ausbau der Verwaltungsstrukturen und der Ver-

waltungsorganisation, soweit die Bürger davon betroffen sind, ebenfalls der gesetzlichen Regelung durch ein Parlamentsgesetz

vgl. Art. 70 Abs. 1 LV, (zum Subdiaritätsgrundsatz vgl. z.B. § 10 Abs. 2 S. 1 GO; vgl. zur gesetzlichen Regelung der Landesverwaltung das LVG.

## D. Ermessensverwaltung

### 1. Begriff des Ermessens

Im Rahmen der gebundenen Verwaltung lässt der Gesetzgeber der öffentlichen Verwaltung keinerlei Spielräume. Hier gilt:

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für die vom Gesetzgeber vorgesehene Maßnahme vor (gesetzlicher Tatbestand), so muss die Behörde die vorgesehene Maßnahme (Rechtsfolge) auch treffen.

Bsp.: § 58 Abs. 1 LBO: Erteilung einer Baugenehmigung:

Tatbestandsvoraussetzung	Übereinstimmung des Bauvorhabens mit ö-r Vorschriften
Rechtsfolge	Erteilung der Baugenehmigung

Umgekehrt: liegen die Tatbestandsvoraussetzungen nicht vor, darf die Behörde die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge nicht treffen.

Im Rahmen des Gesetzesvorranges kann der Gesetzgeber der öffentlichen Verwaltung aber, statt sie strikt zu binden, auch (Ermessens-)Spielräume einräumen. Gründe dafür können sein:

- Größere Sachnähe der Verwaltung
- Vermeidung eines schematischen Gesetzesvollzugs
- Praxisgerechtigkeit
- Einzelfallgerechtigkeit

Der Gesetzgeber verzichtet hier auf eine starre Verknüpfung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge; er beschränkt sich darauf, die Gesetzesziele und evt. einen Handlungsrahmen festzulegen, die von der öffentlichen Verwaltung zu beachten sind. Im Rahmen der **Ermessensverwaltung** gilt:

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen nicht vor	so kann die Rechtsfolge (Ermessensentscheidung) auch nicht getroffen werden
Liegen die Tatbestandsvoraussetzung aber vor	so ist das Ermessen eröffnet.

	Die Behörde muss entscheiden,
<b>Entschließungsermessen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ob sie die mögliche Rechtsfolge verfügen will (oder ob nicht)</li> </ul>
<b>Auswahlermessen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ggfs. welche von mehreren vorgesehenen oder möglichen Rechtsfolgen sie auswählt</li> </ul>

Der Spielraum auf der Rechtsfolgeseite besteht also nur dann, wenn die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, *das Ermessen also überhaupt eröffnet ist*. Die Behörde kann dadurch die nach der gesetzlichen Zielsetzung gerechteste, zweckmäßigste, beste Einzelfallregelung treffen.

Dabei muss die Behörde sowohl die **Grenzen des Ermessens** einhalten, als auch den mit der Ermessensermächtigung beabsichtigten **Gesetzeszweck** verwirklichen (§ 40 LVwVfG).

## 2. Erkennbarkeit von Ermessensspielräumen

Gesetzliche Begriffe bzw. Formulierungen machen in der Regel sichtbar, ob der Behörde Ermessen eingeräumt ist, z.B. durch

- das Wort Ermessen, vgl. § 3 PolG
- "kann", "ist befugt", "darf" (vgl. §§ 61, 63, 64, 65 LBO)
- abschließende Aufzählung von Versagungsgründen ("ist zu versagen, wenn ..." (Umkehrschluss?), vgl. § 57 GewO, ("darf nur versagt werden, wenn ..."), vgl. § 25 II LLG)
- völliges Offenlassen der Rechtsfolge ("trifft die erforderlichen Anordnungen"), vgl. § 75 I S. 2 WG 2013
- durch sog. Sollvorschriften für atypische Fälle, vgl. § 9 StAG, § 90 Abs. 3 SGB VIII; § 55 II WHG: („Soll heißt Muss im Regelfall und Kann im Ausnahmefall“)

beachte: gelegentlich müssen Ermessensspielräume erst durch Auslegung ermittelt werden. Bspw. eröffnen § 35 II BauGB wegen Art. 14 bzw. 12 GG *keine* Ermessensspielräume.

## 3. Ermessensspielräume in Sonderfällen

### a. Störerauswahl

Neben dem dargestellten, typischen Rechtsfolgeermessen ist im Rahmen des Polizeirechts die Ermessensentscheidung bei der sog. Störerauswahl von großer Bedeutung:

Sind mehrere Personen für einen Gefahrenzustand verantwortlich (z.B. der Eigentümer eines durch einen Ölunfall betroffenen Grundstücks als Zustandsstörer, § 7 PolG, der Fahrer des Tanklastzugs als Verhaltensstörer, § 6 PolG), kann die Polizeibehörde entweder gegen den einen oder gegen den anderen oder auch gegen beide vorgehen, um diese zur Beseitigung der Gefahr oder Störung zu veranlassen. Die **Auswahl des Störers** ist eine Ermessensentscheidung (vgl. dazu später im Kapitel Adressaten des Verwaltungsakts).

#### b. Verfahrensermessen

Außerdem hat die Behörde auch vielfach „formelle“ Ermessensentscheidungen zu treffen. Ihr ist nämlich durch § 10 S. 2 LVwVfG aufgegeben, das Verwaltungsverfahren *einfach und zweckmäßig* durchzuführen. Das beinhaltet es oft, dass über die **Ausgestaltung des Verfahrens** (vgl. z.B. §§ 22 S. 1, 23 Abs. 2 S. 2, 24 Abs. 1 S. 2 usw. LVwVfG) bzw. über die Gewährleistung von Verfahrensrechten (vgl. z.B. §§ 28 Abs. 2, 29 Abs. 2, 39 Abs. 2 LVwVfG usw.) nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden ist.

### E. Fehlerhafte Ermessensentscheidungen

#### 1. Die Grundregel in § 40 LVwVfG

Im Rahmen der Ermessensverwaltung hat die Behörde auf der Rechtsfolge-seite Ermessen pflichtgemäß auszuüben. § 40 LVwVfG regelt, wann und unter welchen Voraussetzungen eine Ermessensentscheidung pflichtgemäß und damit fehlerfrei ist. Eine Ermessensentscheidung, die diese Anforderungen nicht erfüllt, ist fehlerhaft, also rechtswidrig, denn sie verstößt gegen die gesetzliche Vorschrift in § 40 LVwVfG (Gesetzesvorrang; vgl. zum Ermessen schon Teil I Ziff. 4 sowie Arbeitsblatt 4).

Unter Beachtung des Grundsatzes der Gewaltenteilung prüfen die Verwaltungsgerichte nach § 114 VwGO dann auch nur, ob

- die Grenzen der gesetzlichen Ermessensermächtigung überschritten sind (Ermessensüberschreitung) bzw.
- von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist (Ermessensmissbrauch).

Beide Fälle stellen einen Rechtsverstoß dar und führen wegen des Gesetzesvorrangs zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts.

## 2. Ermessensüberschreitung

- a. Ob eine Ermessensüberschreitung vorliegt, bestimmt sich nach dem gesetzlich bestimmten Handlungsrahmen. Es muss also die vorgesehene Maßnahme mit der gesetzlich zugelassenen Rechtsfolge verglichen werden:

die Maßnahme hält sich innerhalb der gesetzlichen Rechtsfolge	• Ermessensspielraum eingehalten
die Maßnahme entspricht nicht der gesetzlichen Rechtsfolge	• Ermessensspielraum überschritten

## b. Bestimmung des gesetzlichen Handlungsrahmens

Die Bestimmung des gesetzlichen Handlungsrahmens kann sich zunächst aus einer enumerativen (= abschließenden) Aufzählung der Rechtsfolgen in der Ermächtigungsgrundlage ergeben.

### Fälle zum Thema: Ermessensfehler: "Die ansteckende Krankheit"

Eine gesetzliche Vorschrift lautet:

"Wenn sich eine ansteckende Krankheit ausbreitet, kann die zuständige Gesundheitsbehörde die Meldepflicht einführen, Untersuchungen anordnen oder Gesundheitszeugnisse ausgeben."

#### 1. Alternative:

5 Schüler einer Klasse erkranken zur selben Zeit an einer Blinddarmentzündung. Die Behörde ordnet daraufhin Untersuchungen aller Schüler an.

#### Lösung:

Rechtmäßigkeit der Anordnung?

- |   |                                    |
|---|------------------------------------|
| 1. Ermächtigungsgrundlage<br>(bei belastendem Verwaltungsakt) | die genannte Vorschrift            |
| 2. Tatbestand (Voraussetzungssatz)                            |                                    |
| a. Voraussetzungen:   | ansteckende Krankheit              |
| b. Subsumtion   | nein, nur Blinddarmentzündung      |
| 3. Rechtsfolge  | Ermessen nicht eröffnet, keine AnO |

Ergebnis: die Anordnung ist rechtswidrig.

## 2. Alternative:

Nachdem in einer Schule mehrere Fälle von Hepatitis aufgetreten sind, lässt die Behörde die Schule unter Berufung auf die v. g. Vorschrift schließen.

Rechtmäßigkeit der Anordnung?

- |                                    |  |
|------------------------------------|--|
| 1. Ermächtigungsgrundlage          | die genannte Vorschrift  |
| 2. Tatbestand (Voraussetzungssatz) |  |
| a. Voraussetzungen:                | ansteckende Krankheit  |
| b. Subsumtion                      | ja, Hepatitis ist eine ansteckende Kr.   |
| 3. Rechtsfolge, nämlich?           | Ermessen eröffnet, also besteht Auswahlermessen zwischen mehreren Rechtsfolgen |
| - Meldepflicht                     | hier:  |
| - Untersuchungen                   | Schließung der Schule  |
| - Gesundheitszeugnissen            | ist keine vorgesehene Rechtsfolge,   |
| - (Auswahlermessen) und            |  |
| - nichts tun                       | also liegt eine Ermessensüberschreitung vor                                    |
| (Entschließungsermessen)           |  |

Ergebnis: Die Anordnung ist rechtswidrig.

Weitere Grenzen des Ermessens ergeben sich aus

- dem Gesetz (vor allem dem GG: insbesondere also aus den Grundrechten)
- ermessensbindenden Verwaltungsvorschriften
- Selbstbindung der Verwaltung (vgl. Art. 3 GG)
- dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

## 3. Ermessensmissbrauch

a. Die Behörde hält sich zwar innerhalb der gesetzlichen Grenzen des Ermessens, sie orientiert sich dabei aber nicht an dem gesetzlich vorgegebenen Zweck oder Ziel, sondern an sachfremden Kriterien: Sie missbraucht die Ermessensermächtigung zu sachfremden Zwecken.

Pflichtgemäß ist die Ermessensentscheidung aber nur, wenn sich die Behörde ausschließlich von

- sachlichen (= Zweck der Vorschrift)
- vernünftigen
- dem Gemeinwohl
- und (bei subjektiven öffentlichen Rechten) dem individuellen Interesse dienenden

Erwägungen leiten lässt.

Der Zweck der Ermächtigung ergibt sich

- aus der Ermächtigung (Ermessensnorm oder dem Gesetz, oft aus "Zwecken und Zielen des Gesetzes", vgl. z.B. § 1 LLG, §§ 1, 2 LNatSchG)
- aus den Grundrechten (z.B. kann Zweck der Ermächtigung die Gewährleistung des Gleichheitsgrundsatzes oder von Eigentum oder der Berufsfreiheit sein) und sonstigem Verfassungsrecht (insbesondere: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)
- aus einer Selbstbindung der Verwaltung (direkt aus Art. 3 GG, insbesondere, wenn es um staatliche Leistungen/Subventionen aufgrund von Verwaltungsvorschriften geht wie MEKA usw.)
- aus europarechtlichen Richtlinien und aus Völkerrecht

### Fälle zum Thema: Ermessensfehler: "Die ansteckende Krankheit"

#### 3. Alternative:

Nachdem mehrere Schüler an einer Hepatitis erkrankt sind, wenden sich Eltern an die Behörde und fordern Maßnahmen. Die Behörde unternimmt jedoch nichts und begründet dies damit, dass sie die finanziellen Lasten für etwaige Maßnahmen nicht tragen wolle.

Rechtmäßigkeit der Anordnung?

- |                           |  |
|---------------------------|--|
| 1. Ermächtigungsgrundlage | Die genannte Vorschrift  |
| 2. Tatbestand             |  |
| a. Voraussetzungen:       | ansteckende Krankheit  |
| b. Subsumtion             | ja, Hepatitis ist eine ansteckende Kr.                                     |
| 3. Rechtsfolge, nämlich?  | Ermessen eröffnet, also besteht die Auswahl zwischen mehreren Rechtsfolgen |

### Ermessensüberschreitung?

- Meldepflicht
- Untersuchungen
- Gesundheitszeugnissen
- (Auswahlermessen) und
- nichts tun (Entschließungsermessen)

hier:

nichts zu tun, liegt somit innerhalb des Rahmens der vorgesehenen Rechtsfolgen, somit liegt keine Ermessensüberschreitung vor

### Ermessensmißbrauch?

Zweck der Ermessensermächtigung ist es, die von ansteckenden Krankheiten ausgehenden Gefahren für die Volksgesundheit und für den Einzelnen abzuwehren (Gefahrenabwehr).

Hier wurden aber einzig finanzielle Erwägungen angestellt, diese sind somit sachfremd.

Die Ermessensentscheidung, nichts zu veranlassen, ist mit dieser Begründung also rechtswidrig.

b. Gerade in den Fällen des Ermessensmissbrauchs sieht die Ermessensentscheidung nach außen hin nicht fehlerhaft aus; der Mangel ergibt sich eigentlich nur aus den erkennbaren Motiven. Deshalb ist hier die (schriftliche) Begründung des Verwaltungsaktes besonders wichtig (vgl. § 39 I LVwVfG).

### Fälle zum Thema: Ermessensfehler: "Die ansteckende Krankheit"

#### 4. Alternative:

An einer Schule zeigen sich erste Anzeichen einer sich ausbreitenden Epidemie. Die Behörde unterläßt jedoch jegliche Anordnung. Sie begründet dies wie folgt: Es seien erst verhältnismäßig wenige Schüler erkrankt. Durch Anordnungen würde nur die Bevölkerung beunruhigt. Man wolle erst einmal die weitere Entwicklung abwarten.

#### Rechtmäßigkeit der Entscheidung?

- |                             |  |
|-----------------------------|--|
| 1. Ermächtigungsgrundlage   | Die genannte Vorschrift  |
| 2. Tatbestand               |  |
| a. Voraussetzungen:         | ansteckende Krankheit  |
| b. Subsumtion               | ja, beginnende Epidemie  |
| 3. Rechtsfolge,<br>nämlich? | Ermessen eröffnet, also besteht die Auswahl zwischen mehreren Rechtsfolgen |

Ermessensüberschreitung?	nein; die Entscheidung, nichts zu tun, wird von den zulässigen Rechtsfolgen mit umfaßt
Ermessensmißbrauch?	Zweck der Ermächtigung ist die Gefahrenabwehr (s.o.).

Hier halten sich die Erwägungen auch im Rahmen der Gefahrenabwehr. Die Behörde hat abgewogen aufgrund ihrer Erkenntnis, dass die Gefahr noch relativ gering ist und deshalb wohl noch nicht zwingend ein Einschreiten erfordert und dem Nachteil, dass sofortige Aktivitäten eher zur Beunruhigung der Bevölkerung und damit zu einer anderen Gefahr führen könnten.

Ergebnis: Die Entscheidung war rechtmäßig.

### Fälle zum Thema: Ermessensfehler: "Der Blumenkiosk"

B möchte auf der Bahnhofstraße in S-Stadt einen offenen Verkaufsstand für Blumen errichten. Er beantragt bei der Stadtverwaltung die hierfür erforderliche Sondernutzungserlaubnis. Diese wird abgelehnt. Später erfährt B, dass die Erlaubnis deshalb abgelehnt worden ist, weil ein Stadtrat, der mit dem Bürgermeister auch persönlich gut befreundet ist und selbst ein Blumengeschäft in der Bahnhofstraße betreibt, keine Konkurrenz will. - Rechtmäßigkeit der Versagung?

#### Lösung:

Gibt es eine Rechtsnorm, als deren Rechtsfolge die Erteilung oder Versagung der Sondernutzungserlaubnis geregelt ist (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)? Weil es hier um die Benutzung einer öffentlichen Straße geht, müsste dies im LStrG geregelt sein.

Einschlägig könnte § 16 LStrG sein. Danach bedarf eine Sondernutzung der Straße einer vorherigen Erlaubnis (Erlaubnisvorbehalt).

Tatbestandsvoraussetzung	Benutzung der Straße über den Gemeingebrauch hinaus
Rechtsfolge	Ermessen (warum?); Erlaubnis aber nur auf Zeit oder widerruflich

Auf der Tatbestandsseite muss zuerst geklärt werden, ob eine Sondernutzung vorliegt. Das ist der Fall, wenn die angestrebte Benutzung über den sog. Gemeingebrauch hinausgeht. Nach § 13 LStrG ist Gemeingebrauch "die Benutzung, die jedermann innerhalb der Widmung der Straße gestattet ist". Das sind die Fortbewegung und die Kommunikation, nicht die Nutzung für einen Verkaufsstand. Also handelt es sich um eine Sondernutzung.

Weitere TB-Voraussetzungen? Das LStrG nennt keine weiteren Voraussetzungen. Aus dem engen Zusammenhang mit Gemeingebrauch ist aber zu

schließen, dass die Sondernutzung nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs führen darf. Das ist hier nicht ersichtlich.

Somit war das Ermessen eröffnet.

Rechtsfolge: Erlaubnis kann erteilt werden, arg. aus § 16 LStrG.

Ermessensüberschreitung? Liegt die Entscheidung innerhalb der vorgesehenen Rechtsfolgen?

Da Ermessen eingeräumt ist, ist die Erteilung oder die Versagung der Erlaubnis möglich (Entschließungsermessen). Also liegt keine Überschreitung vor.

Ermessensmissbrauch? Wurde von der Ermessensermächtigung zweckgemäß Gebrauch gemacht?

Zweck der Ermächtigung ist die Regelung der Benutzung der Straße und die Gewährleistung des Gemeingebrauchs. Hier hat der BM aber auf private Interessen am Konkurrenzschutz abgestellt. Das ist vom Zweck der Ermächtigung nicht gedeckt. Somit ist die Versagung ermessensmissbräuchlich.

beachte:

Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn die maßgebende Motivation nicht vom Gesetzeszweck abgedeckt ist. Die Entscheidung ist dann willkürlich. Willkürlich ist die Entscheidung u.a. immer, wenn sie dazu dient,

- dem Beamten einen persönlichen Vorteil zu verschaffen
- dem Betroffenen zu schaden
- einem Dritten einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen

Fälle zum Thema: Ermessensfehler: "Der Blumenkiosk" - Abwandlung:

Der Ablehnungsbescheid wird folgendermaßen begründet: B schulde noch von früher in beträchtlichem Umfang Gewerbesteuer. Es bestehe die Gefahr, dass er auch diesmal keine Steuern zahlen werde. - B ist der Meinung, die Versagung der Erlaubnis dürfe nur aus dem polizeilichen Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr erfolgen und sei daher rechtswidrig.

Wie ist in diesen Fällen zu entscheiden?

Lösung:

Tatbestand/Voraussetzungssatz: wie oben

Rechtsfolge:

Ermessensüberschreitung: keine (s.o.)

Ermessensmissbrauch: Zweck der Ermächtigung: wie oben, also nicht Streuerrecht oder andere polizeirechtliche Zwecke.

## Fälle zum Thema: Ermessensfehler: "Der Versetzungswunsch"

B ist Lehrer und als solcher natürlich Beamter. Er beantragt seine Versetzung von A-Dorf nach B-Stadt, weil er dort ein Haus geerbt hat. Das Oberschulamt lehnt die Versetzung ab mit der Begründung, B sei erst ein Jahr zuvor nach A-Dorf versetzt worden. Eine erneute Versetzung zum jetzigen Zeitpunkt würde den dienstlichen und schulischen Belangen widersprechen. B ist entrüstet, weil er seit seiner Anstellung vor 6 Jahren an der Schule in A-Dorf tätig ist. - Was kann B unternehmen? Könnte dies der Sache nach Aussicht auf Erfolg haben?

### Exkurs: Widerspruchsverfahren

Erforderlichkeit/Statthaftigkeit: grds. immer vor Erhebung der Anfechtungsklage (sowie der Verpflichtungsklage, s. § 68 I 1 und 3 VwGO).

Bei Beamten ist überdies - wegen der besonders engen Rechtsbeziehung zwischen ihm und seinem Dienstherrn - immer vor Erhebung der Klage ein Widerspruchsverfahren durchzuführen (§ 54 Abs. 3 BeamtStG), unabhängig von der Art der Klage.

Sinn und Zweck: Eigenkontrolle der Verwaltung und besonders enge Bindung zwischen Beamten und Dienstherrn

### Lösung:

B könnte (und müsste) Widerspruch einlegen.

B muss also Widerspruch erheben, weil er Beamter ist, § 54 Abs. 3 BeamtStG); abgesehen davon ist die erstrebte Versetzung ein Verwaltungsakt (warum?), er müsste also Verpflichtungsklage erheben.

Der Widerspruch hätte Aussicht auf Erfolg, wenn der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den WF in seinen Rechten verletzt (analog § 113 VwGO).

Der Widerspruch ist rechtswidrig, wenn der Verwaltungsakt in formeller und/oder in materieller Hinsicht fehlerhaft ist.

Er ist in materieller Hinsicht rechtswidrig, wenn B einen Anspruch auf Versetzung hätte oder wenn die Versagung der Versetzung ermessensfehlerhaft wäre und B Anspruch auf pflichtgemäße Ausübung des Ermessens hätte.

Anspruchsgrundlage:

Gesucht wird eine Norm, aus der sich ein Anspruch des Beamten auf seine Versetzung ergibt. Da es um das Beamtenverhältnis geht und B Landesbeamter ist, müsste sich die Vorschrift aus dem LBG ergeben.

Dort regelt § 24 LBG n.F. die Versetzung. Danach steht die Versetzung auf Antrag des Beamten im Ermessen des Dienstherrn.

Somit scheidet ein Anspruch auf Versetzung gerade aus.

Könnte B wenigstens verlangen, dass der Dienstherr bei der Ermessensentscheidung seine persönlichen Belange besonders berücksichtigt?

Aus der bloßen Ermessensermächtigung folgt noch kein subjektives Recht des Beamten, das eventuell verletzt worden sein könnte. Allerdings besteht ein Anspruch auf pflichtgemäße Ausübung des Ermessens, wenn der Gesetzgeber mit der Ermessensnorm zumindest auch die individuellen Interessen des Betroffenen begünstigen will (Ermessensanspruch).

Gesucht wird eine beamtenrechtliche Norm, aus der sich ergibt, dass der Dienstherr sein Ermessen zumindest auch und gerade im Interesse des Beamten auszuüben hat.

Ein solcher Anspruch wird aus § 45 BeamtStG (früher § 98 LBG) abgeleitet. Danach ist der Dienstherr gegenüber dem Beamten (und seiner Familie) zur Fürsorge verpflichtet. Das schließt auch die dienstlichen und individuellen Belange des Beamten mit ein.

Grundlage für den Ermessensanspruch des B ist also § 45 BeamtStG iVm § 24 LBG.

Tatbestandsvoraussetzung: Antrag des Beamten auf Versetzung

Rechtsfolge: Ermessen

Ermessensüberschreitung? Die Rechtsfolge beinhaltet sowohl die Stattgabe als auch die Ablehnung der Versetzung.

Ermessensmissbrauch? Zweck der Ermächtigung ist es, sowohl den dienstlichen Interessen des Dienstherrn (arg. aus § 24 Abs. 1 LBG) als auch den persönlichen Interessen des Beamten (arg. aus § 45 BeamtStG) Rechnung tragen zu können.

In diesem Sinne ist das Motiv der Kontinuität der Dienstausübung sachgerecht. Aber: Der B ist seit 6 Jahren an der Schule. Der Dienstherr ist von einem falschen Sachverhalt ausgegangen. Somit ist die Entscheidung ermessensmissbräuchlich.

Ergebnis: der Widerspruch wäre erfolgreich. Der B könnte einen Anspruch auf pflichtgemäße Ausübung des Ermessens durchsetzen. Ob er damit die Versetzung erreicht, steht damit aber noch nicht fest.

## Fälle zum Thema: Ermessensfehler: "Der Versetzungswunsch"

### Abwandlung:

Die Versetzung wird mit der Begründung abgelehnt, gegen die Versetzung sprächen zwar keine schulischen oder dienstlichen Gründen. Dennoch entspreche die Ablehnung dem Gesetz.

### Ermessensprüfung:

Ermessensüberschreitung scheidet aus (wie oben)

Ermessensmissbrauch?

### Weitere Fällen von Ermessensfehlern: Die Ermessensunterschreitung

Die Ermessensentscheidung ist u.a. auch dann fehlerhaft, wenn die Behörde von der Ermessensermächtigung gar keinen Gebrauch macht (Ermessensunterschreitung). Das ist der Fall, wenn

- sich die Behörde zu Unrecht gebunden fühlt
- die Behörde zwar ihr Ermessen erkennt, aber zu Unrecht die Voraussetzungen dafür nicht als gegeben ansieht.

Hier hat die Behörde ersichtlich kein Ermessen ausgeübt. Damit ist die Entscheidung ermessensmissbräuchlich und damit rechtswidrig. Ansonsten gilt das gleiche wie zuvor.

### **Zusammenfassung:** Die fünf typischen Fallgruppen von Ermessensfehlern

- Ermessensüberschreitung: Verstoß gegen verbindliche Ermessensschränken
  - aus der Ermessensermächtigung
  - aus Gesetz (z.B. Grundrechten)
  - aus (ermessensbindenden) Verwaltungsvorschriften
  - aus Selbstbindung der Verwaltung (bestimmte VwPraxis)
  - aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

- Ermessensmissbrauch: Verstoß gegen Ermessenszweck (sachfremde Erwägungen)
  - aus der Ermächtigung selbst
  - aus Grundrechten oder Verfassungsrecht
  - aus europarechtlichen Richtlinien
  - aus Völkerrecht
- unschlüssige Ermessensbegründung
  - Begründung fehlt, ist nur ein Vorwand, lässt Wesentliches außer Betracht oder ist in sich widersprüchlich
- Ermessensunterschreitung (Ermessensspielraum wird nicht ausgeschöpft)
- falsche Tatsachengrundlage (Behörde geht von einem unzutreffenden Sachverhalt)

#### 4. Ermessensreduzierung auf Null

Im Einzelfall kann das Ermessen soweit reduziert sein, dass nur noch eine einzige Maßnahme als zulässige Rechtsfolge übrigbleibt, etwa weil ein hohes Rechtsgut bedroht ist oder weil der Grundrechtsschutz dies gebietet.

z.B. ist die das Ermessen, einen Ausländer wegen einer nicht besonders schweren Straftat auszuweisen, dann auf Null reduziert, wenn er mit einer Deutschen verheiratet ist (vgl. Art. 6 GG) und keine Wiederholungsgefahr besteht und die Ausweisung deshalb nur der Abschreckung anderer Ausländer vor der Begehung von Straftaten dienen soll.

#### 5. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 I GG) folgt, dass Verwaltungshandeln immer "verhältnismäßig" sein muss. Dies gilt für gebundenes Handeln und erst recht für Ermessensverwaltung.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beinhaltet:

- **Geeignetheit:** Das mit dem Verwaltungsakt verfolgte Ziel muss durch die verfügte Maßnahme überhaupt erreicht werden können.
- **Erforderlichkeit/Notwendigkeit (Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs):** Wenn zur Erreichung des Ziel mehrere Mittel zur Verfügung stehen, darf nur das zur Anwendung kommen, welches den Einzelnen oder die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt.
- **Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne):** Die Maßnahme darf nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen. Die Angemessenheit betrifft die Zweck-Mittel-Relation ("nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen").
- **Zumutbarkeit (subjektive Verhältnismäßigkeit):** Die Maßnahme muss dem Betroffenen nach seinen individuellen Verhältnissen auch subjektiv zuzumuten sein.

### Fälle zur Verhältnismäßigkeit: Die Fahrtenbuchauflage

(nach Krüger, AVR Referendarsausbildung 2007-2009)

Die zuständige Straßenverkehrsbehörde stellte eines Nachts fest, dass der Pkw des Halters E auf einem Bürgersteig geparkt war und zwar so, dass zwischen dem Fahrzeug und einer Hauswand nur noch ein Abstand von 40 cm frei war. E bestritt, dass er den Pkw zum maßgeblichen Zeitpunkt überhaupt benutzt hatte, verweigerte jedoch die Auskunft über die Person des Fahrers. Deshalb musste das gegen E eingeleitete Bußgeldverfahren eingestellt werden. - Die Straßenverkehrsbehörde verpflichtete E daraufhin mit schriftlichem Bescheid, 18 Monate lang ein Fahrtenbuch zu führen. War diese Verfügung rechtmäßig?

Lösung:

Formelle Rechtmäßigkeit? keine Bedenken

Materielle Rechtmäßigkeit?

Ermächtigungsgrundlage: § 31a S. 1 StVZO. Danach kann die Behörde einem Fahrzeughalter die Führung eines Fahrtenbuchs auferlegen, wenn die Feststellung des Fahrzeugführers nach einer Zuwiderhandlung gegen die Verkehrsvorschriften nicht möglich war.

Verstoß gegen Verkehrsvorschriften: hier nach §§ 12 und 1 StVO (behinderndes Parken auf Gehwegen). Daher lagen auch die Voraussetzungen des § 31a StVZO vor.

Rechtsfolge: Fahrtenbuchauflage nach pflichtgemäßem Ermessen ("kann").

Ermessensfehler? Eine wichtige Grenze des Ermessens stellt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dar. Eine unverhältnismäßige Rechtsfolge führt zur Ermessensüberschreitung und macht den Verwaltungsakt rechtswidrig.

Lag hier ein Ermessensfehler vor?

Geeignetheit: kann bejaht werden

Erforderlichkeit: Eine kürzere Fahrtenbuchauflage wäre ebenso möglich gewesen und hätte ein milderes Mittel dargestellt. § 31a StVZO schreibt keine Dauer für die Auflage vor.

Angemessenheit? Die angeordnete Dauer der Auflage stand auch in keinem Verhältnis zum Verstoß, der erheblichen Belastung des E steht kein entsprechender Vorteil für die Allgemeinheit gegenüber, weil der Verstoß schon wegen der Nachtzeit als nicht besonders schwerwiegend anzusehen ist.

Damit war die Fahrtenbuchauflage rechtswidrig.

## F. Unbestimmte Rechtsbegriffe

Gesetze bedienen sich der Sprache. Die gesetzlichen Formulierungen bedienen sich der Worte und Begriffe. Deshalb kann man bei den von den Gesetzen gebrauchten Worten oder Begriffen auch von **Rechtsbegriffen** sprechen.

### 1. Rechtsbegriffe

sind Wörter, deren sich der Gesetzgeber zur Formulierung der Gesetzestexte bedient, und zwar sowohl im gesetzlichen Tatbestand, als auch auf der Rechtsfolgeseite

z.B. die Begriffe Eigentum, Uniform, Pflanze, Sache, Landschaftsbild

oder die ermessensbegründenden Begriffe wie kann, ist befugt, darf, oder auf der Rechtsfolgeseite Begriffe wie notwendige Maßnahmen, erforderliche Anordnungen, Genehmigung

### 2. Bestimmte, unbestimmte Rechtsbegriffe

Lassen sich Sinn und Bedeutung eines Rechtsbegriffs vom Wort her eindeutig verstehen und einer einzigen inhaltlichen Bestimmung zuordnen, ist der Rechtsbegriff bestimmt:

z.B. Pflanze, Uniform, Sonntag, Windstärke 7 oder die Legaldefinitionen wie in § 2 LBO.

Da die Gesetze abstrakte und generelle Regelungen enthalten, müssen sie vielfach auch abstrakt formuliert werden. Vielfach will der Gesetzgeber durch allgemeine Formulierungen Entwicklungen ermöglichen und starre Gesetze verhindern, *z.B.*

Regeln der Technik	§ 3 III LBO
Verunstaltung	§ 35 III 1 Nr. 5 BauGB
Zuverlässigkeit	§§ 4 I Nr. 2, 5 WaffG, § 57 GewO (800), § 4 I Nr. 1 GastG (810)
öffentliche Sicherheit und Ordnung	§ 1 PolG, § 4 I Nr. 2 GastG
erforderliche Sachkunde	§ 4 I Nr. 3, VII WaffG (820)

Dennoch kann auch hier der verwendete Begriff objektiv - im Rahmen des Gesetzeszusammenhangs - immer nur eine Bedeutung haben (auch wenn er im WaffG anderes beinhaltet als im GastG). Der Begriff ist insoweit unbestimmt und muss durch **Auslegung** ermittelt werden. Dabei besteht kein Ermessen, sondern es kann nur eine zu ermittelnde Inhaltsbestimmung die richtige sein.

Die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen unterliegt uneingeschränkt der gerichtlichen Kontrolle (Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz). Andernfalls hätten Gesetze ganz unterschiedliche Regelungsinhalte, je nachdem, wer sie gerade anwendet.

### 3. Sonderfall: Beurteilungsspielräume

Grundsätzlich kann der Gesetzgeber der Exekutive gewisse Spielräume bei der Entscheidung einräumen, ob die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale einer Rechtsnorm im konkreten Fall erfüllt sind oder nicht. Dies darf nicht verwechselt werden mit Ermessensnormen, die der Exekutive auf der Rechtsfolgeseite mehrere Handlungsmöglichkeiten eröffnen können (s. dazu nachfolgend Kap. 5).

Enthält eine Norm einen Beurteilungsspielraum, so wird hierdurch naturgemäß die gerichtliche Kontrolle der exekutiven Rechtsanwendung eingeschränkt. Deshalb darf ein solcher Beurteilungsspielraum nur ganz ausnahmsweise ermöglicht werden.

Anerkannt werden Beurteilungsspielräume nur

- bei Prognoseentscheidungen, wenn dafür besonderer Sachverstand (bei der Behörde) notwendig ist
- bei Prüfungs- und prüfungsähnlichen Entscheidungen, wenn es also um "Akte wertender Erkenntnis" (Beurteilung einer Prüfungsleistung, auch im Vergleich zu den Leistungen anderer Prüflinge) oder um nicht nachholbare Erkenntnisakte (mündliche Prüfung) geht
- bei dienstlichen Beurteilungen von Beamten und Richtern

In diesen Fällen ist die gerichtliche Kontrolle darauf beschränkt, ob

- Verfahrensvorschriften
- allgemein gültige Bewertungsmaßstäbe
- der Grundsatz der Chancengleichheit (Art. 3 GG) eingehalten worden sind
- und der zutreffende Sachverhalt zugrunde gelegt worden ist.

Die eigentliche Bewertungs- oder Beurteilungsentscheidung ist der richterlichen Kontrolle entzogen.

## G. Unterscheidung von Allgemeinem und besonderem Verwaltungsrecht

Diese Begriffe beschreiben einen Teil von Rechtsgebieten der Gesamtrechtsordnung.

### Darstellung der Gesamtrechtsordnung/Schaubild

Gesamtrechtsordnung					
Über- und Zwischenstaatliches Recht	Innerstaatliches Recht				
öffentliches Recht = Sonderrecht					Privatrecht = Allgemeines Recht
Völkerrecht VertragsR Gewohn-	StaatsR	VerwaltungsR	Strafrecht	Gerichtsverfassungsrecht	Bürgerliches Recht, sonstiges, z.B.
	Grundrechte	<b>Allgemeines VerwaltungsR</b>	StGB	Prozessrecht	
		<b>besonderes Verwaltungsrecht: (u.a.)</b>			
	Verfassungsrecht	<b>OrdnungsR</b> Polizeirecht, StVG, GewO, LLG, KommunalR			
		<b>SozialR</b> , u.a. Arbeitslosen-, Renten-, KrankenversicherungsR			
		<b>SubventionsR</b>			

Innerhalb der Teilrechtsordnung des öffentlichen Rechts beinhaltet das **allgemeine Verwaltungsrecht** die rechtlichen Struktur- und Querschnittsfragen, die für alle Verwaltungszweige bedeutsam sind, also das Einmaleins des Verwaltungsrechts, nämlich

- Organisation der Verwaltung
- allgemeine Lehren über Rechtsbindung und Gestaltungsfreiheit der Verwaltung

- Verwaltungsverfahren und Grundzüge des Verwaltungsprozeßrechts
- Handlungsformen der öffentlichen Verwaltung
- typische Fehler der Verwaltung und die Fehlerfolgen
- allgemeine Regeln über öffentlich-rechtl. Rechtsverhältnisse, insbesondere Schuldverhältnisse, öffentlich-rechtl. Vertrag
- Recht der öffentlichen Sachen

**besonderes Verwaltungsrecht:** die speziellen Gebiete des

- Organisations- und Personalrechts
- Kommunalrechts
- Kommun. Wirtschaftsrechts einschl. Kommunalabgaben
- Haushaltsrechts
- Rechts der berufsständischen Kammern
- Beamtenrechts, Recht der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes
- sowie die verschiedenen Sachmaterien
- **Ordnungs- und Überwachungsrecht:** (Polizei- und Ordnungsrecht, Ausländerrecht, Gewerbeaufsichtsrecht, Versammlungsrecht, öffentliches Vereinsrecht, Bauplanungs- und Ordnungsrecht, Gesundheitsaufsicht, Wehrrecht, Zivilschutz)
- **Sozialrecht** (Sozialversicherungsrecht, Sozialhilferecht, Ausbildungsförderung, Arbeitsförderung, Wohngeld, Kindergeld, Schwerbehindertenrecht)
- **fördernde Verwaltung** (Subventionsrecht, Wirtschaftssubventionen, Kulturförderung, gesellschaftliche Aktivitäten)
- **Daseinsvorsorge** (Schaffung und Unterhaltung von Versorgungseinrichtungen (Wasser, Abwasser, Strom, Gas), Unterhaltung von Verkehrswegen (Straßen, Schienen, Wasserstraßen), von Bildungseinrichtungen (Schulen, Hochschulen, Kindergärten) usw.