

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 74

Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden

Zum Verhältnis zwischen Verwaltung
und Verwaltungsgerichtsbarkeit

Von

Joachim Schmidt-Salzer



Duncker & Humblot · Berlin

JOACHIM SCHMIDT-SALZER

Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 74

Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden

Zum Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

Von

Dr. Joachim Schmidt-Salzer



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1968 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1968 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Der dogmatische Standort des Problems und die Lösungsversuche der Rechtsprechung

I. Das Problem	7
II. Der dogmatische Standort des Problems	10
1. Gerichtsunterworfenheit der Verwaltung als Ergänzung ihrer Gesetzesunterworfenheit	10
2. Wesen, gesetzestechnische und verfassungsrechtliche Bedeutung der unbestimmten Rechtsbegriffe	12
3. Praktische Probleme der Differenzierung zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensermächtigungen	20
III. Der sog. Beurteilungsspielraum im Spiegel der Rechtsprechung	26
VI. Rechtsvergleichender Ausblick	38

Zweiter Teil

Geltungsgrundlagen und Anwendungsbereich des Beurteilungsspielraums

I. Materiell-rechtliche Grundlagen des Beurteilungsspielraums	42
1. Faktische Schwankungsbreite der Entscheidungen und Prinzip der einen und nur einen „richtigen“ Entscheidung	42
2. Die Bedeutung des Art. 19 Abs. IV GG für die Frage des sog. Beurteilungsspielraums	48
3. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe als generelle Zuzbilligung eines Beurteilungsspielraums an die Verwaltungsbehörden	51
4. Spezielle materiell-rechtliche Beurteilungsermächtigungen als Grundlage des Beurteilungsspielraums	53
5. Sachnähe und Fachkenntnis der Verwaltungsbehörde sowie die Notwendigkeit prognostischer Beurteilungen als Grundlage eines Beurteilungsspielraums	60

6. Das Fehlen allgemeiner Wertmaßstäbe sowie die Notwendigkeit fachwissenschaftlicher Kenntnisse als Grundlagen des Beurteilungsspielraums	65
7. Notwendigkeit einer „wertenden Erkenntnis“ als Grundlage des Beurteilungsspielraums	69
8. Die Notwendigkeit eines „persönlichkeitsbedingten Werturteils“ als Grundlage des Beurteilungsspielraums	70
9. Der Gedanke des verwaltungspolitischen Spielraums als Grundlage des Beurteilungsspielraums	73
10. Das Problem des Beurteilungsspielraums als Frage des richterlichen Takts	74
II. Prozeßrechtliche Grundlagen des Beurteilungsspielraums	76
III. Anwendungsbereich des Beurteilungsspielraums	80

Dritter Teil

Rechtsdogmatische Ergebnisse und rechtstheoretische Würdigung

I. Rechtsdogmatische Ergebnisse	90
II. Rechtstheoretische Würdigung	94
III. Gesamtergebnis	101
Literaturverzeichnis	102

Abkürzungsverzeichnis

Es werden die üblichen Abkürzungen verwendet. Hinsichtlich der ausländischen Zitate bedeutet

AGVE	Argauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
öJBl	(österreichische) Juristische Blätter
öVerfGH...E	Sammlung der Erkenntnisse des (österreichischen) Verfassungsgerichtshofes
öVerwGH...E	Erkenntnisse und Beschlüsse des (österreichischen) Verwaltungsgerichtshofes
Recueil	Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat
schwBG...E	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Erster Teil

Der dogmatische Standort des Problems und die Lösungsversuche der Rechtsprechung

I. Das Problem

Eines der in der verwaltungsrechtlichen Literatur der Nachkriegszeit meistdiskutierten Probleme betrifft die Frage, in welchem Umfang die Verwaltungsgerichte das Handeln der Verwaltungsbehörden nachprüfen können. In den Grundtendenzen stehen sich hier zwei Meinungen gegenüber:

Die sog. Gesetzesanwendungstheorie¹ geht davon aus, daß das Verwaltungshandeln an Gesetz und Recht gebunden ist (Art. 20 Abs. III GG) und daß die durch Art. 19 Abs. IV GG gewährte Rechtsschutzgarantie einen umfassenden gerichtlichen Rechtsschutz und damit die grundsätzliche volle Nachprüfung des Verwaltungshandelns auf seine Rechtmäßigkeit impliziere².

Eine zweite Meinung, die man als Theorie von der eigenständigen Funktion der Verwaltung bezeichnen könnte, geht demgegenüber davon aus, daß die dem deutschen Verfassungsrecht zugrunde liegende Gewaltenteilung in Wirklichkeit eine Gewaltentrennung³ und damit ein System dreier selbständiger und gleichrangiger staatlicher Funktionen sei, die sich jeweils durch einen eigenen, unabhängigen Verfassungsauftrag legitimieren: die Verwaltung bedürfe zur Erfüllung der ihr vom Gesetzgeber übertragenen Aufgaben einer Handlungsfreiheit; die extensive Auslegung des Art. 19 Abs. IV GG im Sinn eines lückenlosen Rechtsschutzsystems und im Sinn einer vollen gerichtlichen Nachprüfung sei eine positivistische, das Ganze der verfassungsrechtlichen Ordnung verfehlende Verfassungsinterpretation⁴.

¹ *Ehmke*, Ermessen, S. 49.

² Siehe insb. *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 76 f., 85 f.; *Jesch* AöfFR 82 (1957), 163 ff., insb. S. 234 ff.

³ *Peters*, Gewaltentrennung, S. 6.

⁴ *Ehmke*, Ermessen, S. 49 ff.; siehe weiterhin *Peters* in mehreren Schriften (Zitate mit Textwiedergaben bei *Reuss*, Gedächtnisschrift Hans Peters [1967], S. 748—752); *Rumpf*, VVdStL 14 (1956), 136, 168 f.; *Zeidler*, Der Staat 1 (1962),

Einer der Brennpunkte, an denen diese Frage von unmittelbarer praktischer Bedeutung wird, betrifft den Problembereich des „Entscheidungsspielraums“⁵ der Verwaltung bei der Gesetzesanwendung, d. h. die Frage, ob die Rechtsordnung in bestimmten Fällen die subjektive Entscheidung bzw. das subjektive Erkenntnisbemühen der Verwaltungsbehörde als ausreichend erachtet und ihr insoweit einen Spielraum des eigenverantwortlichen, der gerichtlichen Kontrolle nicht unterworfenen Handelns einräumt. Es handelt sich dabei einerseits um die Ermessensermächtigungen, andererseits um die unter dem Stichwort „Beurteilungsspielraum“ behandelten Fälle der sog. unbestimmten Rechtsbegriffe.

Hinsichtlich der ersten Frage bestehen für die Praxis keine grundsätzlichen Probleme mehr⁶: Genau genommen stehen zwar Ermessensermächtigungen im Widerspruch zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung⁷. Es wird aber von der Rechtsprechung anerkannt, daß es mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar ist, wenn der Gesetzgeber der Verwaltung ein Ermessen einräumt⁸, so daß Ermessensermächtigungen legitimer Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung sind⁹.

Eine Ermessensermächtigung ist im allgemeinen gegeben, wenn es sich um eine „Kann“-Bestimmung handelt, d. h. wenn der Verwaltungsbehörde für den Fall des Vorliegens der tatbestandlich umrissenen Voraussetzungen die Freiheit eingeräumt wird, sich zwischen zumindest zwei denkbaren Möglichkeiten zu entscheiden. Im praktischen Ergebnis¹⁰ geht man davon aus, daß im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens mehrere Entscheidungen rechtens sein können¹¹ und damit potentiell rechtmäßig sind. Wenn es aber Aufgabe der Verwaltung ist, zu bestimm-

S. 321 ff., insb. S. 325, 328, 339. Zum Scheincharakter dieser Fragestellungen siehe *Imboden*, *Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung* (Berlin 1959), S. 7—10 sowie S. 23—25.

⁵ „Entscheidungsspielraum“ verstanden als Oberbegriff zu „Ermessensspielraum“ und „Beurteilungsspielraum“ im Sinn der herrschenden Meinung.

⁶ Zur theoretischen Problemstellung siehe *Scheuner* VA 33 (1928) 68 ff.; *Rupp*, *Grundfragen*, S. 212 ff.; *Stern*, *Ermessen*, S. 14 ff.; *Bettermann*, *Der Staat* 1 (1962) 79, 81—86; *Reuss* DöV 67/217 ff. Insoweit kann nicht verkannt werden, daß die von *Scheuner* entwickelte prozeßrechtliche Deutung der Ermessensermächtigungen dem Strukturmodell des Gesetzmäßigkeitsprinzips eher entspricht, als die von der h. M. vertretene Anerkennung einer (relativen) Bindungsfreiheit.

⁷ *Bettermann*, *Der Staat* 1 (1962) 79, 81 f.

⁸ *BVerfG* (12. 11. 58) E 8/274, 326 — *BVerwG* (24. 9. 59) E 8/272, 274.

⁹ *BVerwG* (18. 8. 60) E 11/95, 97.

¹⁰ Rechtsdogmatisch allerdings sehr zweifelhaft und umstritten: siehe die Zitate in Fußn. 6).

¹¹ *OVG Rheinland-Pfalz* (4. 3. 66) GewA 66/274.

men, welche der mehreren potentiell rechtmäßigen Entscheidungen für den betreffenden Einzelfall verbindlich sein soll, dann hat ihr der Gesetzgeber insoweit ein Recht zur eigenverantwortlichen Entscheidung und damit einen letztverbindlichen Entscheidungsraum¹² eingeräumt. Würde sich das die Ermessensentscheidung überprüfende Gericht für eine andere der potentiell rechtmäßigen Entscheidungen aussprechen, würde jenes Recht der Verwaltung zur eigenverantwortlichen Entscheidung mißachtet¹³. Infolgedessen darf das Gericht im Rahmen des Ermessensspielraums nicht sein Ermessen an die Stelle des Verwaltungsermessens setzen¹⁴.

Dementsprechend ist die gerichtliche Kontrolle auf die Prüfung beschränkt, ob

- die verwaltungsbehördliche Entscheidung eine zutreffende Tatsachengrundlage hat¹⁵,
- der Ermessensspielraum „zusammengeschrumpft“ ist, so daß nur noch eine Entscheidung möglich ist und das dem Ermessen eigene arbiträre Moment nicht zur Auswirkung kommt¹⁶ (sog. Ermessensreduzierung),
- das Ermessen überhaupt ausgeübt wurde¹⁷ (sog. Ermessensunterschreitung),
- von der Ermessensermächtigung in einer dem Zweck des Gesetzes entsprechenden Art und Weise Gebrauch gemacht wurde (sog. Ermessensüberschreitung), d. h. ob unabhängig vom Einzelfall abstrakte Handlungsfehler ersichtlich werden,
- die gesetzlichen Grenzen des Ermessens innegehalten sind (sog. Ermessensmißbrauch), d. h. ob aus den Umständen des Einzelfalles konkrete Handlungsfehler ersichtlich werden.

Hinsichtlich des sog. Beurteilungsspielraums dagegen ist auch in der Rechtsprechung noch ungeklärt, welches die wirkliche Geltungsgrundlage ist. Dies findet seinen Ausdruck darin, daß das *Bundesverwaltungsgericht*¹⁸ noch in neuester Zeit Entscheidungen der Berufungsgerichte

¹² Stern, Ermessen, S. 19 und 21.

¹³ OVG Berlin (6. 7. 64) E 8/64, 65.

¹⁴ BVerwG (11. 10. 56) E 4/89, 92; OVG Rheinland-Pfalz (4. 3. 66) GewA 66/274. — OVG Berlin (2. 8. 67) JZ 67/751, 752.

¹⁵ BVerwG (25. 1. 67) E 26/65, 77; BVerwG (14. 10. 65) DöV 66/137, 138.

¹⁶ BVerwG (18. 8. 60) E 11/95, 97; BVerwG (12. 7. 63) E 16/214, 218 f. — BVerwG (8. 12. 67) NJW 68/612 — OVG Münster (13. 1. 55) AS 9/218, 220 — OVG Lüneburg (23. 6. 67) DVBl 67/779, 780 — OVG Berlin (2. 8. 67) JZ 67/751, 752.

¹⁷ OLG Celle (10. 10. 66) MDR 67/501.

¹⁸ BVerwG (28. 1. 66) E 23/194, 200 — BVerwG (7. 7. 66) ZBR 67/370, 371 — BVerwG (25. 1. 67) E 26/65, 78.