



Zusatzmaterial zu

Ermessen der Verwaltung (VerwR, Rn. 188-193, 198-202)

Eine zentrale Perspektive des Verwaltungsrechts ist die aus dem Prinzip der Gewaltenteilung gem. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG erwachsene Eigenständigkeit der Verwaltung.¹

Ausdruck dieser Eigenständigkeit ist insbesondere das Ermessen. Dabei wird die Gesetzesbindung der Verwaltung durch Einräumung eines Handlungsspielraums gelockert.² Dies wird mit Blick auf die Falllösung relevant, wenn eine Überprüfung von Ermessensfehlern gem. § 114 S. 1 VwGO im Rahmen einer Rechtmäßigkeitsprüfung des Verwaltungshandelns stattfindet.

Begriffsbestimmung

Der Begriff des Ermessens ist als letztverantwortlicher Entscheidungsspielraum zu verstehen,³ der gem. § 40 VwVfG dadurch begrenzt ist, dass die Verwaltung an den Zweck der Ermächtigung und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens gebunden ist (**pflichtgemäßes Ermessen**).⁴

Die Ausübung des Ermessens bezieht sich entgegen der ursprünglichen Bedeutung des Begriffs lediglich auf die Rechtsfolgenseite, nicht aber auf die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen. So kann die Verwaltung bei Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes zwischen verschiedenen Verhaltensweisen wählen.⁵ Ihr steht also nur ein **Rechtsfolgenermessen** zu.⁶

Entschließungs- und Auswahlermessen

Das Ermessen kann sich einerseits darauf beziehen, ob die Verwaltung überhaupt handelt (**Entschließungsermessen**).⁷ Andererseits kann der Behörde auch ein **Auswahlermessen** zustehen. Dann kann die Behörde entscheiden, wie sie handelt, d. h. welche der zulässigen Maßnahmen sie im konkreten Fall ergreift und wen sie damit adressiert.⁸ Als typisches Beispiel ist die polizeiliche Generalklausel (§ 8 Abs. 1 PolG NRW) zu nennen, bei der die Auswahl der Handlungsmöglichkeiten auf die „notwendigen Maßnahmen“ begrenzt wird.⁹

¹ Siehe dazu *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 185.

² *Maurer/Waldhoff*, VerwR AT, 21. Aufl., 2024, § 7, Rn. 6.

³ Siehe dazu ausführlich *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), VerwR AT, 16. Aufl., 2022, § 11, Rn. 71 f.

⁴ *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 188, 190.

⁵ *Maurer/Waldhoff*, VerwR AT, 21. Aufl., 2024, § 7, Rn. 7.

⁶ *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 189 f.

⁷ *Guckelberger*, VerwR AT, 11. Aufl., 2023, § 14, Rn. 39; *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 191.

⁸ *Guckelberger*, VerwR AT, 11. Aufl., 2023, § 14, Rn. 39; *Maurer/Waldhoff*, VerwR AT, 21. Aufl., 2024, § 7, Rn. 7; *Siegel*, VerwR AT, 15. Aufl., 2024, § 8, Rn. 206.

⁹ Siehe dazu ausführlich *Wißmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 193.



Erkennbarkeit der Ermessensermächtigung

Das Vorliegen und der Umfang des Ermessens ergeben sich aus den einzelnen vom Gesetzgeber determinierten Rechtsvorschriften. Oftmals weist schon der Wortlaut der Norm durch Signalworte wie „darf“, „kann“ oder „ist befugt“ auf das Ermessen hin.¹⁰ Kein Handlungsspielraum besteht dagegen bei Formulierungen wie „darf nicht“, „ist zu“ oder „muss“.¹¹

Allerdings ist der Wortlaut stets nur ein Indiz. Manchmal ist der Behörde auch ohne ausdrückliche Ermächtigung ein Entscheidungsspielraum aufgrund des Gesamtzusammenhangs einzuräumen: so etwa bei § 48 StVO.¹² Im umgekehrten Fall kann ausnahmsweise trotz eines Signalwortes kein Ermessen vorliegen (**Ermessensreduzierung auf Null**).¹³ Beispielsweise wird die straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis zwar nach Ermessen erteilt, mit Blick auf Art. 21 Abs. 1 GG und Art. 38 Abs. 1 GG muss sie jedoch für Wahlplakate politischer Parteien während des Wahlkampfes im Regelfall erteilt werden.¹⁴

Ein Sonderfall ist die Soll-Vorschrift, bei der die Entscheidung der Verwaltung nur in atypischen Fällen vom gesetzlich vorgesehenen Regelfall abweichen darf.¹⁵

Überdies hat die Rechtsprechung die Rechtsfigur des **intendierten Ermessens** entwickelt. Hierbei soll bei manchen grundsätzlich offenen Kann-Normen eine bestimmte Entscheidung aufgrund der Gesamtumstände den Regelfall darstellen, von dem nur in Ausnahmefällen abgewichen werden dürfe.¹⁶ In den Fällen des intendierten Ermessens sei in den gesetzlich angenommenen Regelfällen das Ergebnis der Abwägung vorgegeben und eine entsprechende Begründung der Entscheidung i. S. d. § 39 Abs. 1 S. 3 VwVfG entbehrlich.¹⁷

Abgrenzung zum Beurteilungsspielraum und Ausblick auf Sonderformen des Ermessens

Das Ermessen ist strikt von dem sog. Beurteilungsspielraum abzugrenzen. Im Gegensatz zum Ermessen ist der Beurteilungsspielraum nicht auf der Rechtsfolgenseite, sondern im Rahmen der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Tatbestandsseite vorzufinden.¹⁸

Überdies haben sich gewisse Sonderformen des Ermessens entwickelt: die planerische Gestaltungsfreiheit bzw. das **Planungsermessen** (z. B. beim Erlass eines Bebauungsplans nach § 1 BauGB) und das durch europarechtliche Vorgaben geprägte **Regulierungsermessen**.¹⁹

Autor: Damian Peter, Kommunalwissenschaftliches Institut (KWI) der Universität Münster

¹⁰ Maurer/Waldhoff, VerwR AT, 21. Aufl., 2024, § 7, Rn. 9.

¹¹ Dazu Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), VerwR AT, 16. Aufl., 2022, § 11, Rn. 73; Maurer/Waldhoff, VerwR AT, 21. Aufl., 2024, § 7, Rn. 10.

¹² Dazu näher Maurer/Waldhoff, VerwR AT, 21. Aufl., 2024, § 7, Rn. 9.

¹³ Ausführlich zum Hintergrund der Ermessensreduzierung auf Null sowie entsprechenden Beispielen Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), VerwR AT, 16. Aufl., 2022, § 11, Rn. 85 f.

¹⁴ BVerwGE 47, 280 (283) (1974).

¹⁵ BVerwGE 64, 318 (323) (1982); 88, 1 (8) (1991); 90, 88 (93) (1993); Wißmann, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 192.

¹⁶ BVerwGE 72, 1 (6) (1985); 158, 258 (270) (2017); in der Literatur wird die Rechtsfigur des intendierten Ermessens jedoch überwiegend abgelehnt, siehe dazu Guckelberger, VerwR AT, 11. Aufl., 2023, § 14, Rn. 40; Maurer/Waldhoff, VerwR AT, 21. Aufl., 2024, § 7, Rn. 12; Siegel, VerwR AT, 15. Aufl., 2024, § 8, Rn. 220.

¹⁷ BVerwGE 158, 258 (270) (2017).

¹⁸ Zu den Einzelheiten Maurer/Waldhoff, VerwR AT, 21. Aufl., 2024, § 7, Rn. 26 ff.

¹⁹ Siehe dazu ausführlich Wißmann, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 201 f.