

Ermessensfehlerlehre

Zur Prüfung auf Ermessensfehler hat sich eine nicht gänzlich konsentrierte Ermessensfehlerdogmatik herausgebildet:

- **Ermessensnichtgebrauch, Ermessensausfall, Ermessensunterschreitung:** Wenn die Rechtsgrundlage der Verwaltung Ermessen eröffnet, ist die Verwaltung auch verpflichtet, Ermessen ausüben (dies wird von § 40 VwVfG und anderen Normen, die pflichtgemäßes Ermessen statuieren, vorausgesetzt).¹ Falls die Verwaltung fälschlich von einer gebundenen Entscheidung ausgeht, sie fälschlich ihr Ermessen für auf eine bestimmte Entscheidung reduziert hält („Ermessensreduktion auf Null“) oder sie es aus anderen Gründen bei ihrer Entscheidung unterlässt, Ermessen auszuüben, liegt Ermessensausfall / -nichtgebrauch / -unterschreitung vor.
Unklar ist die Abgrenzung zum Ermessensdefizit (s.u.) bei einer nicht qualitativ, sondern quantitativ verstandenen Ermessensunterschreitung, also einem teilweisen Ermessensausfall / -nichtgebrauch. Man kann die beiden Ermessensfehlerkategorien dann dadurch voneinander abgrenzen, dass man von einem Ermessensdefizit nur dann ausgeht, wenn/soweit die fehlende Ermessensausübung auf mangelhafter Tatsachenermittlung beruht, und fehlende Ermessensausübung im Übrigen als teilweisen Ermessensausfall ansieht. Die wohl h.M. definiert Ermessensausfall / -nichtgebrauch jedoch als gänzlich fehlende Ermessensausübung und verzichtet häufig auf den insofern missverständlichen Begriff der Ermessensunterschreitung.
- **Ermessensüberschreitung** (Exzess im Handlungsrahmen; Überschreitung der äußeren Ermessensgrenzen; in § 40 VwVfG und § 114 Satz 1 VwGO als gesetzliche Grenzen des Ermessens genannt): Liegt vor, wenn sich die Maßnahme der Verwaltung nicht mehr im Rahmen der nach der Rechtsgrundlage möglichen Rechtsfolge(n) bewegt, also nicht mehr von ihr gedeckt ist, sowie nach h.M. auch, wenn die gewählte Rechtsfolge gegen andere Gesetze (bspw. Grundrechte oder Verfassungsprinzipien) verstößt (eine M.M. behandelt die folgenden Ermessensfehler dagegen als Unterfälle des Ermessens Fehlgebrauchs i.w.S.):
 - **Ermessensuntermaß** (eine konsentrierte Bezeichnung für diese Ermessensfehlerkategorie gibt es nicht): Liegt vor bei Untätigkeit der Verwaltung trotz Überschreitung der Schädlichkeitsgrenze für ein Schutzgut (bspw. Leben oder Gesundheit) („Ermessensreduzierung auf Null“, richtiger wäre von einer Reduktion des Entschließungs- und/oder Auswahlermessens auf „Eins“ zu sprechen).
 - **Ermessensübermaß** (eine konsentrierte Bezeichnung für diese Ermessensfehlerkategorie gibt es nicht): Ist gegeben bei einem gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 20 III GG, teilweise einfachgesetzlich normiert) verstoßenden Verwaltungshandeln.
 - **Ermessensschwankung** (eine konsentrierte Bezeichnung für diese Ermessensfehlerkategorie gibt es nicht): Ist gegeben bei ungleicher Anwendung rechtmäßiger Maßstäbe (der Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 GG führt zu einer Selbstbindung der Verwaltung an ihre geübte Ermessensausübung; eine Ausnahme besteht jedoch dann, wenn die bisherige Verwaltungspraxis rechtswidrig war, denn es besteht kein Anspruch auf Gleichheit im Unrecht).
- **Ermessens Fehlgebrauch (i.w.S.)** (Exzess im Motivationsrahmen; Überschreitung der inneren Ermessensgrenzen; in § 40 VwVfG und § 114 Satz 1 VwGO als Zweck der Ermessensermächtigung genannt):
 - **Ermessensdefizit:** Liegt vor bei Nichtberücksichtigung von für die Entscheidung wesentlichen Aspekten, etwa weil der zugrundeliegende Sachverhalt nicht vollständig oder falsch ermittelt wurde (teilweise wird diese Fehlerkategorie auch allein auf Ermessensmängel infolge vorgenannter mangelhafter Tatsachenermittlung beschränkt).
 - **Ermessens Fehlgebrauch (i.e.S.):** Ist gegeben bei Berücksichtigung sachfremder, also nicht der oder den Zielsetzungen der Rechtsgrundlage entsprechender Aspekte.

Teils als Ermessensdefizit, teils als Ermessens Fehlgebrauch i.e.S., nach wohl h.M. aber jedenfalls als Ermessens Fehlgebrauch i.w.S. angesehen wird die falsche Gewichtung von Aspekten. Die wohl h.M. fasst unter den Ermessens Fehlgebrauch i.w.S. auch die **Ermessenswillkür**, also die Anwendung eines schlechthin rechtswidrigen Maßstabs, obwohl dies als Verstoß gegen das Willkürverbot aus Art. 3 GG konsequenterweise unter Ermessensüberschreitung zu fassen wäre. Häufig synonym für Ermessens Fehlgebrauch i.w.S. oder i.e.S. verwendet wird der Begriff **Ermessensmissbrauch**, der allerdings subjektiv konnotiert ist. Die Verwendung von subjektive Vorwerfbarkeit implizierenden Bezeichnungen bringt aus verwaltungsrechtlicher Sicht keinen Mehrwert, kann aber vom Anwalt, Gericht oder sonstigen Verwender dazu genutzt werden, um auf besonderes Fehlverhalten hinzuweisen. Die Rspr. benutzt den Begriff jedoch zumeist wie den der Willkür rein objektiv. Um Missverständnissen vorzubeugen sollte in diesen Fällen der neutralere Begriff des Ermessens Fehlgebrauchs verwandt werden.

Für die Praxis sind die Definitionen und Bezeichnungen der Unterkategorien nicht so wichtig; wichtig ist vor allem, dass man Ermessensfehler nachvollziehbar einer Hauptkategorie zuordnet; allerdings sollte man mit den gebräuchlichen Ermessensfehlerbezeichnungen insoweit vertraut sein, dass man sie ebenfalls nachvollziehbar einer Hauptkategorie zuordnen kann.

¹ BVerwGE 111, 54 (58), Beschl. v. 11.2.2000, Az. 1 DB 20.99 = NVwZ-RR 2000, 449 (450) m.w.N.

Inhaltlich tragende Ermessenserwägungen, formale Ermessensbegründung und Ermessensfehlerhaftigkeit im Verwaltungsgerichtsverfahren:

- Auf einen Ermessensnichtgebrauch kann bei einem ErmessensVA nicht zwingend bereits geschlossen werden, wenn er (außer in Fällen des § 39 II VwVfG) nicht mit einer Begründung (§ 39 I VwVfG) versehen ist, oder er zwar mit einer Begründung versehen ist, die aber keine einer Ermessensausübung zugrundeliegenden Gesichtspunkte erkennen lässt (§ 39 I 3 VwVfG). Denn es reicht aus, wenn sich etwa aus den Behördenakten ergibt, dass Ermessen ausgeübt wurde. Für die Tatsachenfrage der Ermessensausübung ist die Behörde materiell beweisbelastet,² d.h. eine Unaufklärbarkeit dieser Tatsachenfrage geht zu ihren Lasten.
Ein Entfallen der Begründungspflicht nimmt die Rspr. auch bei intendiertem Ermessen an, wenn kein vom Regelfall abweichender (atypischer) Sachverhalt gegeben ist, der eine Abweichung vom intendierten Ermessensergebnis eröffnet hätte, und die Behörde entsprechend der Intention entschieden hat.³ Dies gilt erst recht bei gebundenem Ermessen („soll“-Normen).
- Nach § 114 Satz 2 VwGO ist es der Verwaltungsbehörde möglich, ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich eines ErmessensVAs auch noch im Verwaltungsgerichtsverfahren zu ergänzen („Nachschieben von Gründen“; die Regelung des § 45 II, I Nr. 2 VwVfG, wonach es der Verwaltung möglich ist, eine Begründung noch nach Erlass des VAs bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines Verwaltungsgerichtsverfahrens nachzuholen, bezieht sich lediglich auf das formellrechtliche Begründungserfordernis nach § 39 VwVfG). Die Beschränkung auf eine Ergänzung bedeutet, dass eine gänzlich fehlende Ermessensausübung nicht nachgeholt und fehlerhafte Ermessenserwägungen nicht ausgewechselt werden können, wenn der betroffene VA dadurch in seinem Wesen verändert würde.⁴
- Wenn eine Ermessensentscheidung auf eine Begründung gestützt ist, die mehrere Gründe/Argumentationsstränge enthält, welche jeder für sich genommen die Ermessensentscheidung alleine tragen könnten, und die Entscheidung nach dem Ermessen der Behörde auch nicht nur von allen Gründen/Begründungssträngen gemeinsam getragen werden sollte, so ist die Entscheidung ermessensfehlerfrei, wenn zumindest einer dieser Gründe/Argumentationsstränge ermessensfehlerfrei ist.⁵

Ermessensausübung und Ermessensprüfung im Widerspruchsverfahren:

Wenn die Widerspruchsbehörde einen Ausgangsbescheid überprüft, kann sie bei ErmessensVAen grds. wie die Ausgangsbehörde neben Rechtmäßigkeits- auch Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen (§ 68 I 1 VwGO; § 68 II, I 1 VwGO), mithin im Rahmen des Devolutiveffekts eigenes Ermessen ausüben;⁶ sie ist also nicht – wie die Verwaltungsgerichte aufgrund des Gewaltenteilungsprinzips – auf eine Überprüfung des ausgangsbehördlichen Ermessens auf Ermessensfehler beschränkt. (Wie die Gerichte auf bloße Rechtmäßigkeitskontrolle und damit hinsichtlich eines ErmessensVAs auf Ermessensfehlerprüfung beschränkt ist eine Widerspruchsbehörde nur bei Ermessensentscheidungen in Selbstverwaltungsangelegenheiten, wenn der Gesetzgeber vom Regelfall gem. § 73 I Nr. 3 VwGO abweichend eine andere Behörde als die Selbstverwaltungsbehörde zur Widerspruchsbehörde bestimmt hat.)

- Die Widerspruchsbehörde kann erstmals Ermessen ausüben, wodurch ein Ermessensnichtgebrauch der Ausgangsbehörde nicht (mehr) zur Ermessensfehlerhaftigkeit des VAs führt.
- Wenn sowohl Ausgangs- als auch Widerspruchsbehörde Ermessen ausgeübt haben, sind Gegenstand einer gerichtlichen Ermessensfehlerprüfung allein die Ermessenserwägungen der Widerspruchsbehörde.⁷ Diese kann allerdings (auch) auf Ermessenserwägungen der Ausgangsbehörde Bezug genommen und sich diese zu eigen gemacht haben. Die Unterscheidung zwischen den Ermessenserwägungen von Ausgangs- und Widerspruchsbehörde kommt zum Tragen, wenn die Widerspruchsbehörde andere Ermessenserwägungen als die Ausgangsbehörde angestellt hat.
Sind die Ermessenserwägungen der Widerspruchsbehörde fehlerhaft, so ist der VA insgesamt (Widerspruchsbescheid und Ausgangsbescheid) fehlerhaft, auch wenn die Ermessenserwägungen der Ausgangsbehörde fehlerfrei waren.⁸
- Falls die Widerspruchsbehörde kein Ermessen ausübt, so ist der VA insgesamt (Widerspruchsbescheid und Ausgangsbescheid) wegen Ermessensnichtgebrauchs rechtswidrig, selbst wenn die Ausgangsbehörde fehlerfreie Ermessenserwägungen angestellt hatte.⁹

2 BVerwG DVBl. 1983, 997 (1000), Urt. v. 29.4.1983, Az. 1 C 5.83.

3 BVerwGE 105, 55 (57), Urt. v. 16.6.1997, Az. 3 C 22.96 = NJW 1998, 2233 (2234); BVerwGE 72, 1 (6), Urt. v. 5.7.1985, Az. 8 C 22.83 = NJW 1986, 738 (739 f.).

4 BVerwG NJW 1999, 2912 (2912), Beschl. v. 14.1.1999, Az. 6 B 133.98; BVerwGE 107, 164 (169), Urt. v. 17.7.1998, Az. 5 C 14.97 = NVwZ-RR 1999, 124 (125); BVerwGE 106, 351 (363 und 365), Urt. v. 5.5.1998, Az. 1 C 17.97 = NVwZ 1999, 425 (428); BVerwGE 105, 55 (59) = NJW 1998, 2233 (2234); BVerwGE 147, 47 (77), Urt. v. 20.6.2013, Az. 8 C 10.12 = NVwZ-RR 2014, 181 (189).

5 BVerwGE 62, 215 (222), Urt. v. 19.5.1981, Az. 1 C 169.79 = DÖV 1982, 37 (39) m.w.N.; ferner BVerwG NJW 1988, 783 (784), Urt. v. 26.11.1987, Az. 2 C 53.86; BVerwG NJW 2001, 1878 (1880), Urt. v. 21.9.2000, Az. 2 C 5.99.

6 Unabhängig von der Funktion als Widerspruchsbehörde kann der Behörde ein Selbsteintrittsrecht als höhere Behörde des Instanzenzugs zukommen.

7 BVerwG NJW 1982, 1413 (1413), Urt. v. 13.11.1981, Az. 1 C 69.78 m.w.N.

8 BVerwGE 19, 327 (330), Urt. v. 21.10.1964, Az. V C 14.63 = DÖV 1965, 139 (140).

9 LSG BW, Urt. v. 10.7.2007, Az. L 10 U 2777/07 ER-B und 2778/07 W-A = openJur 2012, 66484.