

Amberg, 08.01.2020

## **Wenn die Schule "muss", "soll" oder "kann"**

### **1. Sachinformation**

#### 1.1 Einteilung der Rechtsordnung

#### 1.2 Anwendung von Vorschriften des strengen und des billigen Rechts

### **2. Hinweise für die Praxis**

#### 2.1 Muss-Vorschrift

#### 2.2 Soll-Vorschrift

#### 2.3 Kann-Vorschrift

#### 2.4 Ermessensfehler

##### 2.4.1 Äußere oder objektive Ermessensfehler

###### 2.4.1.1 Ermessensüberschreitung

###### 2.4.1.2 Ermessensreduzierung auf Null

###### 2.4.1.3 Ermessensunterschreitung und Ermessensnichtgebrauch

##### 2.4.2 Innere oder subjektive Ermessensfehler (Ermessenfehlgebrauch)

#### 2.5 Präzedenzfall

#### 2.6 Begründung von Ermessenentscheidungen

#### 2.7 Rechtsschutz

### **3. Fundstellen**

### **4. Verweisungen**

## **1. Sachinformation**

### **1.1 Einteilung der Rechtsordnung**

Man unterscheidet:

- Muss-Vorschriften
- Soll-Vorschriften
- Kann-Vorschriften

Zunächst ist festzustellen, dass Mussvorschriften dem strengen Recht (ius strictum) und Soll- und Kann-Vorschriften dem billigen Recht (ius aequum) angehören.

### **1.2 Anwendung von Vorschriften des strengen und des billigen Rechts**

Diese Einteilung der Rechtsordnung sagt, dass das strenge Recht sich mit einer eindeutigen Regelung über die Billigkeit des Einzelfalles hinwegsetzt und denen, die solches Recht anwenden, keinen Ermessensspielraum belässt, während das billige Recht es diesen mehr oder weniger ermöglicht, die besonderen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Während Rechtssätze des strengen Rechts "starr" sind, ist billiges Recht

anpassungsfähig, und seine Rechtssätze sind schmiegsam (vgl. hierzu gfs. auch "Verwaltungsvorschriften, Ermessen und verwaltungsgerichtliches Verfahren" in SchR 9-10/2012 Rechts-ABC).

### **Muss-Vorschriften:**

Ausdruck „muss“ bezeichnet stets eine von der betreffenden Rechtsnorm vorgeschriebene Rechtsfolge. Die Verwaltung ist daran gebunden; man spricht deshalb von einer gebundenen Verwaltung. Gleiches gilt für Wendungen wie „ist zu...“, „hat zu...“ oder „darf nicht...“. Auch eine Formulierung als imperativer Präsens ist möglich, z. B. „Nach bestandener Prüfung wird ein Abschlusszeugnis ausgestellt.“

### **Kann-Vorschriften:**

Die Formulierung "kann" bedeutet, dass der Verwaltung für ihr Tätigwerden ein Ermessensspielraum eingeräumt wird. Ist ein Tatbestand erfüllt, so hat die Verwaltung verschiedene Handlungsoptionen, von denen sie unter Berücksichtigung der Besonderheiten des konkreten Lebenssachverhalts und daraus sich ergebender Zweckmäßigkeitserwägungen „nach pflichtgemäßem“ Ermessen Gebrauch machen kann. Solche Kann-Vorschriften finden sich auch bei Formulierungen wie „darf“, „ist befugt“, „hat das Recht“ o. ä..

Von Entschließungsermessen spricht man, wenn sich das Ermessen darauf bezieht, ob eine zulässige Maßnahme überhaupt getroffen wird (z. B. „Der Vorsitzende der Prüfungskommission hat das Recht, auf eine mündliche Prüfung zu verzichten“). Das Ermessen im Hinblick auf welche von mehreren zulässigen Maßnahmen man im Falle eines Tätigwerdens zurückgreift, bezeichnet man als Auswahlermessen.

### **Soll-Vorschriften:**

Rechtliche Regelungen mit der Formulierung „soll“ stehen zwischen der gebundenen und der Ermessensverwaltung. Wenn der Verwaltung vorgegeben wird, dass sie unter bestimmten Voraussetzungen in einer vorgeschriebenen Art und Weise tätig werden „soll“, ist sie in der Regel in der vorgeschriebenen Art und Weise zum Handeln verpflichtet. Sie darf aber in Ausnahmefällen, bei atypischen Umständen des konkreten Einzelfalles von der Maßnahme absehen (z. B. „von der Versetzung eines Beamten in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit soll abgesehen werden, wenn ihm ein anderes Amt derselben oder einer anderen Laufbahn übertragen werden kann.“)

Ein zulässiges Abweichen von der Sollvorgabe der Rechtsnorm bedingt zugleich die Verpflichtung, fundiert darlegen und begründen zu können, dass im konkreten Einzelfall atypische Umstände ein Absehen von der Regelmaßnahme rechtfertigen.

## **2. Hinweise für die Praxis**

Zur weiteren Erläuterung soll als Beispiel [§ 25 BaySchO](#) ("Finanzielle Abwicklungen sonstiger Schulveranstaltungen") vorangestellt werden: "*...Die Schule hat den Erziehungsberechtigten...auf Wunsch des Elternbeirats...über die Verwendung ihrer Kostenbeiträge zu berichten...*"

### **2.1 Muss Vorschrift**

Zur Erläuterung der Muss-Vorschrift ist der 1. Halbsatz von Satz 1 herauszugreifen. Demnach muss, wenn der Elternbeirat diesen Wunsch zum Ausdruck gebracht, den Erziehungsberechtigten über die Verwendung ihres Kostenbeitrags zu der Veranstaltung berichtet werden.

### **2.2 Soll-Vorschrift**

Zur Behandlung der Soll-Vorschrift greifen wir auf [Art. 52 Abs. 3 BayEUG](#) zurück:

*"...Daneben sollen Bemerkungen oder Bewertungen... über Anlagen, Mitarbeit und Verhalten der Schülerin oder des Schülers in das Zeugnis aufgenommen werden..."*

Wie schon angedeutet, zählen Sollvorschriften zu den Ermessensvorschriften. Dieses Ermessen ist aber bei einer Sollvorschrift auf ein Minimum reduziert (gebundenes Ermessen). Der Gesetzgeber will mit einer Sollvorschrift erreichen, dass in allen typischen (Normal-) Fällen eine bestimmte Rechtsfolge gesetzt wird. Zu erkennen sind Sollvorschriften am Wortlaut "soll", oder "in der Regel". Ein Abweichen von der Rechtsfolge, die eine Sollvorschrift für Tatbestände typischer Fälle setzt, ist die Ausnahme und muss als solche begründbar sein.

Übertragen auf den oben zitierten Text des Art. 52 BayEUG bedeutet dies, dass grundsätzlich Bemerkungen oder Bewertungen in das Zeugnis aufzunehmen sind und diese grundsätzlich Aussagen zu Anlagen, Mitarbeit und Verhalten der Schülerin oder des Schülers treffen. Ist eine Schülerin/ein Schüler jedoch wenige Tage vor dem Ausstellungstermin eines Zeugnisses in die Schule eingetreten, können Bemerkungen hierzu gfs. entfallen und gfs. (zweckmäßiger Weise) der Entfall (durch eine entsprechende Bemerkung) begründet werden.

### **2.3. Kann-Vorschrift**

Eine Kann-Vorschrift findet sich z. B. in § 4 Abs. 2 BaySchO : so kann die Schulleiterin/der Schulleiter Mitglieder der Lehrerkonferenz von der Teilnahme an einzelnen Sitzungen ganz oder teilweise befreien, insbesondere wenn diese zur Unterrichtserteilung an mehreren Schulen eingesetzt werden oder mit weniger als der Hälfte der Unterrichtspflichtzeit tätig sind.

Hier gewährt der Ordnungsgeber den Schulorganen einen Ermessensspielraum. Dieses freie Ermessen wird meist eingeräumt durch ein ausdrückliches Verwenden des Wortes "Ermessen" oder durch "kann", "darf", "ist berechtigt", "ist befugt" bzw. durch Ausdrücke wie "das Notwendige tun" oder "das Erforderliche veranlassen". Die Schule (Schulleiterin/Schulleiter) muss hierbei nur die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einhalten, womit auch zum Ausdruck kommt, dass der Begriff "freies Ermessen" nicht dahin verstanden werden darf, dass die Verwaltungsorgane, soweit ihnen ein Ermessen eingeräumt ist, nach Willkür oder auch nur nach Belieben handeln dürften.

In solchen Fällen eingeräumten Ermessens sind - im Gegensatz zu Mussvorschriften - gegensätzliche Verhaltensweisen der Verwaltung rechtmäßig. Die Schule kann hier ihre Entscheidung für die eine oder andere Lösung nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit treffen, d. h. nach sachlichen Gesichtspunkten unter billiger und gerechter Abwägung der schulischen (Ordnungs-)Interessen und der Einzelinteressen.

Die Schule muss hierbei nur die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einhalten, womit auch zum Ausdruck kommt, dass der Begriff "freies Ermessen" nicht dahin verstanden werden darf, dass die Verwaltungsorgane, soweit ihnen Ermessen eingeräumt ist, nach Willkür oder auch nur nach Belieben entscheiden bzw. handeln dürfen.

Ermessensentscheidungen ohne Gründe oder aus sachfremden oder rein subjektiven Erwägungen sind ermessensfehlerhaft.

### **2.4 Ermessensfehler**

Bei der Anwendung von Kann-Vorschriften ist eine Reihe von Fehlern denkbar.

## 2.4.1 Zunächst äußere oder objektive Ermessensfehler

### 2.4.1.1 Ermessensüberschreitung

Sie liegen dann vor, wenn das Verwaltungsorgan - ohne dass es auf die Motivation der Ermessenswahrung ankäme - den zugewiesenen Kompetenzbereich verlassen oder den objektiven Rahmen des Ermessens überschritten hat. Es fehlt dann an der Rechtsgrundlage für die getroffene Ermessensentscheidung, was unmittelbar aus dieser erkannt werden kann, ohne die Gründe der Motive zu kennen.

Hierfür einige Beispiele:

Innerhalb eines ihr gegebenen Ermessensspielraums kann sich eine Behörde durch andauernden, gleichmäßigen Ermessensgebrauch selbst binden (sogenannte Selbstbindung der Verwaltung). Wenn nun die Behörde in einem gleichgelagerten Fall ohne begründeten Anlass von ihrer früheren rechtmäßigen Praxis abweicht, so liegt eine **Ermessensüberschreitung** vor. Da dies der Einzelentscheidung nicht angesehen werden kann, ist das Gericht insoweit auf entsprechende Hinweise des klagenden Betroffenen angewiesen.

Ermessensüberschreitung liegt auch dann vor, wenn gegen bloße Verwaltungsvorschriften (z. B. interne Dienstweisungen) verstoßen wird, soweit dadurch bestimmte Verwaltungsübungen festgeschrieben sind.

### 2.4.1.2 Ermessen auf Null

Ein nicht so seltener Fall ist die sogenannte Reduzierung des Ermessens auf Null. Kann z. B. dem Betroffenen bei Vorliegen einer Reihe von Voraussetzungen eine Vergünstigung gewährt werden und sind diese alle erfüllt, so kann die rechtlich gegebene Ermessensfreiheit im Einzelfall derart geschrumpft sein, dass nur noch eine einzige Entscheidung ermessensfehlerfrei ist, nämlich die Gewährung der Vergünstigung.

### 2.4.1.3 Ermessensunterschreitung und der Ermessensnichtgebrauch

Unterfälle der objektiven Ermessensfehler sind die **Ermessensunterschreitung** und der **Ermessensnichtgebrauch**. Hiervon spricht man, wenn eine Behörde die Grenzen ihres Ermessens für enger hält, als sie tatsächlich sind, bzw. wenn sie - im irrigen Glauben, aufgrund zwingenden Rechts entscheiden zu müssen - in Wirklichkeit eingeräumtes Ermessen nicht walten lässt.

## 2.4.2 Innere oder subjektive Ermessensfehler (Ermessens Fehlgebrauch)

liegen vor, wenn die Verwaltung ihrer Entscheidung eine rechtswidrige Motivation zugrunde gelegt, also unzulässige Erwägungen angestellt hat, ohne dass es auf das Ergebnis ankäme. Hier wird also - im Gegensatz zu den objektiven Ermessensfehlern - die Motivation als solche von der Rechtsordnung missbilligt. Solche rechts- und gesetzwidrigen Motive können sein: grobe Unsachlichkeit, Willkür, Schikane, Antipathie, Leichtfertigkeit, Selbstsucht, aber auch Berücksichtigung rein fiskalischer Interessen oder das Vorschieben sachgemäßer Erwägungen, um die wahren maßgeblichen, jedoch sachfremden Überlegungen zu verdecken. Naturgemäß ist der Nachweis solchen **Ermessensmissbrauchs** sehr schwierig, da dies selten aktenkundig oder durch Äußerungen zuständiger Bediensteter offenbar wird.

## 2.5 Präzedenzfall

Falsch ist es, aus Angst vor einem Präzedenzfall keine Entscheidung zu treffen oder nur aus Furcht vor einer künftigen Selbstbindung einen möglicherweise berechtigten Antrag zurückzuweisen. Selbst wenn man fehlerhaft einem Antrag stattgeben sollte, erwächst für

die Schule daraus kein Nachteil für die Zukunft, denn auf einen Fehler kann sich niemand berufen, da der Gleichheitsgrundsatz auch umfasst, dass es keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht gibt ("Gleiches ist gleich zu behandeln, Ungleiches ist ungleich zu behandeln, es gibt keine Gleichheit im Unrecht") (vgl. hierzu: "Wir wollen doch keinen Präzedenzfall schaffen?", SchVw BY 5/2012)

## 2.6 Begründung von Ermessensentscheidungen

Damit jedoch Fehler in der Phase des Zustandekommens der Entscheidung überhaupt erkennbar werden, muss man auf die Beweggründe, Absichten und Motive des Entscheidungsverfassers zurückgreifen können. Dies ist nur möglich, wenn man der schriftlichen Begründung eines Ermessensbescheides entnehmen kann, von welchen Gesichtspunkten die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist.

In der Sollvorschrift des [§ 39](#) Abs. 1 des Bayer. Verwaltungsverfahrensgesetzes ist eine derartige Begründung den Verwaltungsbehörden aufgegeben.

Wie muss diese für den Regelfall vorgesehene Begründung aussehen?

Handelt es sich um eine belastende Entscheidung, so genügt es jedenfalls nicht, den bloßen Gesetzestext der Kann-Vorschrift zu wiederholen und dann den Schluss zu ziehen: also war zu entscheiden, wie geschehen'. Hieraus kann das Gericht weder ersehen, dass überhaupt Ermessen gewaltet hat, geschweige denn, dass dies fehlerfrei geschah. Vielmehr müssen für die als zweckmäßig und billig erachtete Entscheidung die Gründe, die dafür und dagegen sprechen, dargestellt und gegeneinander abgewogen werden, mit dem Ergebnis, dass die Gründe dafür überwiegen. Dies ist um so mehr erforderlich, wenn im Verlauf eines der Entscheidung vorangehenden Verwaltungsverfahrens der Betroffene sich unter Benennung seiner Argumente geäußert hat. Für diesen wird eine belastende Entscheidung erst dann einsichtig, wenn sich die Behörde auch mit seinen Überlegungen auseinandergesetzt hat.

Ein schriftlicher oder elektronischer sowie ein schriftlich oder elektronisch bestätigter Verwaltungsakt ist mit einer Begründung zu versehen. In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Die Begründung von Ermessensentscheidungen soll auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist.

Einer Begründung bedarf es nicht,

- soweit die Behörde einem Antrag entspricht oder einer Erklärung folgt und der Verwaltungsakt nicht in die Rechte eines anderen eingreift,
- soweit demjenigen, die Auffassung der Behörde über die Sach- und Rechtslage bereits bekannt oder auch ohne Begründung für ihn ohne weiteres erkennbar ist,
- wenn die Behörde gleichartige Verwaltungsakte in größerer Zahl oder Verwaltungsakte mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlässt und
- die Begründung nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist,
- wenn sich dies aus einer Rechtsvorschrift ergibt,
- wenn eine Allgemeinverfügung öffentlich bekanntgegeben wird.

## 2.7 Rechtsschutz

In vielen Fällen werden (auch schulische) Entscheidungen aufgrund von Muss-, Soll- und Kann-Vorschriften Verwaltungsakte sein. Abschließend soll kurz untersucht werden, ob sich im Hinblick auf den Rechtsschutz der Betroffenen Unterschiede ergeben, wenn die Rechtsgrundlagen einer der drei genannten Kategorien angehören.

Sofern ein Widerspruchsverfahren durchzuführen ist, wird in diesem Verwaltungs-Vorverfahren sowohl die Rechtmäßigkeit als auch die Zweckmäßigkeit des

angefochtenen Verwaltungsakts von der Widerspruchsbehörde nachgeprüft (§ 68 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung). Das bedeutet im Hinblick auf Ermessensentscheidungen, dass, solange der Fall sich noch auf der Verwaltungsebene bewegt und nicht schon bei Gericht anhängig ist, die (meist nächsthöhere) Widerspruchsbehörde eine andere Ermessensentscheidung treffen kann, als die Ausgangsbehörde.

Auch kann die Widerspruchsbehörde bei Sollvorschriften zur Frage, ob ein atypischer Ausnahmetatbestand vorliegt oder nicht, die Ausgangsbehörde berichtigen. Ferner ist die Widerspruchsbehörde in der Lage, in einem den Rechtsbehelf zurückweisenden Widerspruchsbescheid die Ermessensausübung nachzuholen oder besser darzustellen, als dies ihrer Meinung nach in der Begründung des angefochtenen Verwaltungsakts geschehen ist.

Die gerichtliche Überprüfung eines angefochtenen Verwaltungsakts (in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat) erstreckt sich auf die Rechtmäßigkeit. Wenn ein Verwaltungsakt rechtswidrig ist und dadurch der Kläger in seinen Rechten verletzt wird, hebt ihn das Verwaltungsgericht samt einem etwaigen Widerspruchsbescheid auf.

Basiert der Verwaltungsakt auf einer Vorschrift des strengen Rechts, so hat hier der Richter ebenso wenig Spielraum wie die Verwaltungsbehörde.

Handelt es sich um billiges Recht, so hat auch der Richter grundsätzlich den gleichen Spielraum wie die Behörde; d. h., deren rechtliche Subsumtion unterliegt seiner vollen Nachprüfung. Diese ist nur eingeschränkt bei der Überprüfung von Kann-Vorschriften. Da hier auch gegensätzliche Entscheidungen rechtmäßig sind, und der Betroffene keinen Rechtsanspruch auf die eine oder andere Entscheidung hat, sondern nur auf fehlerfreie Ermessensanwendung, prüft das Gericht nur, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung eines Verwaltungsakts deswegen rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer den Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist (§ 114 Verwaltungsgerichtsordnung).

Darüber hinaus kann das Gericht nicht in eine Prüfung der Zweckmäßigkeit eintreten und den Verwaltungsakt etwa nur deshalb aufheben, weil es selbst eine andere Entscheidung für zweckmäßiger hielte.

### 3. Fundstellen

- § 39 Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz (BayVwVerfG)
- § 68 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)
- § 114 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)
- Bayerische Schulordnung (BaySchO)
- Bayerisches Erziehungs- und Unterrichtsgesetz (BayEUG)

Udo Behn, BLLV-Rechtsabteilung BV-Opf.

