

Schriftenreihe der Hochschule Speyer

Band 14

FRANZ MAYER

Das Opportunitätsprinzip
in der Verwaltung



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

FRANZ MAYER

Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung

Schriftenreihe der Hochschule Speyer

Band 14

Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung

Von

Dr. Franz Mayer

**Ordentlicher Professor des öffentlichen Rechts
an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften
Speyer**



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1963 Duncker & Humblot, Berlin
Gedruckt 1963 bei Hans Winter Buchdruckerei, Berlin 61
Printed in Germany

Vorwort

Die nunmehr als Band 14 der Schriftenreihe der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer erscheinende Studie über „Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung“ gibt in etwas erweiterter Form die Antrittsvorlesung wieder, die ich am 15. Mai dieses Jahres an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften gehalten habe. Sie ist im Rahmen des großen, fast unerschöpflichen Themas „Freiheit und Bindung der Verwaltung“ der Sache nach die Fortsetzung meines Beitrags „Das verfassungsrechtliche Gebot der gesetzlichen Ermächtigung“ in der Festschrift für Hermann Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 187 bis 196. In diesem Festschriftbeitrag komme ich in Auseinandersetzung mit den Lehrmeinungen, die für eine restriktive Interpretation des Art. 20 Abs. 3 GG eintreten, zu dem Ergebnis, daß das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als unmittelbare Folge des Gewaltenteilungsprinzips für das gesamte Verwaltungsgeschehen Geltung beansprucht. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist demnach nicht nur auf die sogenannte Eingriffsverwaltung beschränkt, sondern gilt grundsätzlich für jede hoheitliche, rechtsverbindliche Entscheidung der Verwaltung mit Außenwirkung. Demgegenüber wird vielfach eingewendet, ein so verstandener Primat des Gesetzes nehme der Verwaltung die Dynamik, nehme ihr die für ihr Handeln naturnotwendige Freiheit und ersticke sie gewissermaßen im Recht. Diesem Einwand begegnete ich schon damals mit dem Hinweis, daß selbst eine umfassende gesetzliche Bindung der Verwaltung noch keinesfalls die Infragestellung der Gestaltungsmöglichkeiten und der Ermessensfreiheit der Verwaltung oder gar des Opportunitätsprinzips der Verwaltung zu bedeuten habe. Der weiteren Ausgestaltung und Rechtfertigung dieser These soll nun die nachstehende Abhandlung über „Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung“ dienen.

Speyer, den 11. Dezember 1962

Der Verfasser

Inhalt

| | |
|---|----|
| I. Begriff | 9 |
| II. Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip | 10 |
| III. Die Geltung des Opportunitätsprinzips im Bereich der Verwaltung .. | 11 |
| IV. Opportunitätsprinzip und Ermessen | 13 |
| V. Die frei gestaltende Verwaltung | 17 |
| VI. Grenzen des Opportunitätsprinzips | 18 |
| 1. Die rechtlichen Bindungen der Verwaltung | 18 |
| 2. Opportunitätsprinzip und Normvollzug | 23 |
| 3. Opportunitätsprinzip und Verwaltungsaufgabe | 25 |
| 4. Opportunitätsprinzip und Verwaltungsverfahren | 29 |
| 5. Opportunitätsprinzip und subjektiv-öffentliches Recht | 30 |
| VII. Opportunitätsprinzip und Rechtsstaatsprinzip | 37 |

Zu den immer aktuellen Grundthemen des öffentlichen Rechts gehört die Frage nach Freiheit und Bindung der Verwaltung. Mit dieser Frage befassen sich vor allem seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes und der neuen Verwaltungsgerichtsgesetze die Erörterungen um Inhalt und Umfang des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie die Auseinandersetzungen um die Abgrenzung von Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff. Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung hat nunmehr¹ einen weiteren Aspekt dieses Grundthemas Freiheit und Bindung der Verwaltung zur Diskussion gestellt, das Opportunitätsprinzip der Verwaltung, das bislang im Schatten der Ermessensprobleme der Verwaltung liegend, eigentlich mehr nur Erwähnung, aber nicht die seiner Bedeutung für die Verwaltung zukommende Darstellung erfahren hat.

I. Begriff

Opportunität bedeutet dem schlichten Wortsinn nach Zweckmäßigkeit. Es ist das italienische *opportunità*, das herkömmlicherweise mit Zweckmäßigkeit übersetzt wird und das seine Wurzel in den lateinischen Begriffen *opportunus* = gelegen, geeignet, günstig, passend und *opportunitas* = günstige Lage, gelegene Zeit, günstige Gelegenheit, zweckmäßige Anlage, Vorteil hat. Als Fremdwort *opportunus* hat der Begriff auch Eingang in unsere Sprache gefunden und in der Ausformung *Opportunist* eine bereits recht einseitige, uns schon anrühlich erscheinende Sinnggebung erlangt. Diese einseitige Bedeutung kommt dem Begriff *Opportunität*, wie er im Bereich der Verwaltung verwendet wird, nicht zu, wenngleich im sich emanzipierenden Rechtsweestaat der eine oder andere in Verkennung der Bedeutung des Opportunitätsprinzips für die Handlungsfähigkeit der Verwaltung vielleicht dazu neigen mag, die *Opportunität* gegenüber der *Legalität* als nachrangig zu empfinden.

Unter Opportunitätsprinzip verstehen wir im Bereich der Verwaltung einen Grundsatz des Verwaltungshandelns, der besagt, daß die Verwaltungsbehörden in einem bestimmten, an Hand der Rechtsordnung im einzelnen feststellbaren Bereich der Verwaltung eine mehr oder weniger große Freiheit des Eingreifens, des Handelns und Ge-

¹ Entscheidung des BVerwG v. 18. 8. 1960, BVerwGE Bd. 11, S. 95 = DVBl. 1961, S. 125 mit Anmerkung von Bachof = VerwRspr. Bd. 13, S. 180 = BayVBl. 1961, S. 53 = BBauBl. 1961, S. 25 = ZMR 1961, S. 181 = NJW 1961, S. 793.

staltens nach ihren Zweckmäßigkeitüberlegungen besitzen. Zweckmäßigkeit und Freiheit sind die beiden Grundelemente des Terminus Opportunitätsprinzip oder wie es K. E. v. Turegg² sehr einfach dahin umschrieben hat, „wenn das Gesetz nicht ausnahmsweise die Verwaltungsbehörden zum Eingreifen zwingt, hängt das Eingreifen von dem eigenen Willen der Verwaltung ab“. Der Grundsatz der Opportunität hat demnach im Bereich der Verwaltung die Bedeutung, daß die Verwaltungsbehörden nach Lage des konkreten Falles, selbstverständlich unter sinnvoller Wahrung ihrer Ordnungsfunktion, zu prüfen haben, ob ein Einschreiten, ein Handeln der Verwaltung im Einzelfalle überhaupt geboten und gegebenenfalls, welche Maßnahme zu treffen ist³. Die Freiheit des Handelns der Verwaltung im Sinne dieser Opportunität bezieht sich dabei sowohl auf das „Ob“ wie auch auf das „Wie“ des Handelns⁴. Da beide Erwägungen, die Frage nach dem „Ob“ und die Frage nach dem „Wie“ des Verwaltungshandelns unabdingbar zum Verwaltungsvorgang gehören und sich die Freiheit der Verwaltung auf alle Positionen des Handlungsablaufs erstrecken kann, hat man sich das Opportunitätsprinzip als den ganzen Bereich des freien Handelns der Verwaltung umfassend vorzustellen.

II. Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip

Dieser Freiheit der Wahl beim verwaltungsbehördlichen Handeln wird herkömmlicherweise gegenübergestellt der Zwang für die Verwaltungsbehörde zum Handeln. Dem Opportunitätsprinzip entspricht als Kontrastbegriff das Legalitätsprinzip. Beides sind Prinzipien, die nicht etwa nur schlicht antinomisch sind, nicht nur kontrastieren, sondern auch rückbezüglich sind, ja wie wir noch sehen werden, in gewisser Weise einander sogar bedingen und im Bereich der Verwaltung die verschiedensten Verbindungen eingehen. Der Zwang zum hoheitlichen Handeln der Verwaltungsbehörde, wie er sich im Legalitätsprinzip manifestiert, ist mehr als nur die Bindung an Gesetz und Recht, wie sie in den Befugnisnormen der Verwaltungsgesetze zum Ausdruck kommt. Insoweit sind nämlich Opportunitätsprinzip und Rechtsbindung gar keine Gegensätze. Die Verwaltung wird nämlich nicht erst durch die eine Ermächtigung zum Handeln, eine Befugnis enthaltende Norm (Befugnisnorm) an das Gesetz gebunden, die Freiheit der Verwaltung auch nicht etwa durch die Erweiterung der Befugnikataloge der Verwaltungsgesetze beschnitten, sondern einzig und allein durch die verfas-

² Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Berlin 1956, S. 181.

³ Vgl. das Urteil des OVG Lüneburg v. 30. 6. 1960, DVBl. 1960, S. 648.

⁴ Vgl. dazu Urteil des BGH v. 11. 6. 1952, BGHLM § 839 (Fg) BGB Nr. 3 = DÖV 1952, S. 734 = DVBl. 1952, S. 703.

sungsrechtlichen und gesetzlichen Gebote, die solche Befugnisse überhaupt erst bedingen. Von einem rechtlichen Zwang im Sinne des Legalitätsprinzips kann man nur sprechen, wenn bei Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts ein bestimmtes Handeln der Verwaltung die zwangsläufige Folge ist. Den typischen Fall einer solchen Legalität finden wir etwa in § 163 StPO, wo der Verdacht strafbarer Handlungen ipso iure eine staatsanwaltschaftliche oder polizeiliche Tätigkeit zur Folge hat oder im Steuerrecht, wo bei Erfüllung des Steuertatbestandes die Besteuerung, der Steuerbescheid grundsätzlich die legale, die gesetzliche Folge ist. Die Legalität in diesem Sinne wird also gekennzeichnet durch die Automatik der Entscheidung. Das Verwaltungshandeln beschränkt sich hier mehr auf kognitive Funktionen, die für die Verwaltung an sich nicht typisch sind. Die neuere Verwaltungsgesetzgebung zeigt allerdings eine Tendenz zum Legalitätsprinzip, zur mehr oder weniger ausgeprägten Automatik der Verwaltungsentscheidung, eine Entwicklung, die vordergründig als Übermächtigwerden der gesetzgebenden Gewalt erscheint, in ihrem Wesen aber einen Strukturwandel, ja einen Strukturverfall des Gesetzes darstellt. Der nicht nur in der Verwaltungspraxis viel gerügte Perfektionismus neuerer Gesetze, die Zunahme der Maßnahmegesetze, sowie die Aufnahme von Regelungen in das Gesetz, die man bisher in Ministerialentschlüssen unterzubringen pflegte, kennzeichnen diese Situation.

III. Die Geltung des Opportunitätsprinzips im Bereich der Verwaltung

Im Zuge der verfassungsadäquaten Umgestaltung des überkommenen Verwaltungsrechts kommt der Frage nach der Herrschaft von Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Bereich der Verwaltung wachsende Bedeutung zu. Und gerade für diese Frage gibt es immer noch keine eingehende wissenschaftliche Untersuchung. *Tezner*⁵ hat diese bei seiner Behandlung des freien Verwaltungsermessens bereits in den frühen zwanziger Jahren unseres Jahrhunderts gefordert. Die spärliche Literatur zum Opportunitätsprinzip der Verwaltung muß um so mehr wundernehmen, als die hier anstehenden Fragen in engem Zusammenhang mit den Ermessensproblemen der Verwaltung stehen, die bis in unsere Tage eine recht ausgiebige wissenschaftliche Erörterung gefunden haben. Die herrschende Lehre anerkennt die Geltung eines Opportunitätsprinzips der Verwaltung zumindest für den Bereich des Polizeirechts, wenngleich gerade in letzter Zeit vielfach bereits von einer nur beschränkten, limitierten Opportunität beim polizei-

⁵ Friedrich Tezner, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, Leipzig und Wien 1924, S. 40.