

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

---

Band 121

# Justitiabilität des Rechtsetzungsermessens

Zugleich ein Beitrag zur Theorie  
des Ermessens

Von

Christian Weitzel



Duncker & Humblot · Berlin

**CHRISTIAN WEITZEL**

**Justitiabilität des Rechtsetzungsermessens**

# **Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft**

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren  
Dr. Hans-Uwe Erichsen Dr. Helmut Kollhosser Dr. Jürgen Welp

**Band 121**

# Justitiabilität des Rechtsetzungsermessens

Zugleich ein Beitrag zur Theorie  
des Ermessens

Von

Christian Weitzel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Weitzel, Christian:**

Justitiabilität des Rechtsetzungsermessens : zugleich ein Beitrag  
zur Theorie des Ermessens / von Christian Weitzel. – Berlin :  
Duncker und Humblot, 1998  
(Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft ; Bd. 121)  
Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1997  
ISBN 3-428-09605-3

D 6

Alle Rechte vorbehalten  
© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0935-5383  
ISBN 3-428-09605-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☹

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die verwaltungsgerichtliche Praxis begegnet immer häufiger dem Problem, neben Verwaltungsakten auch Verordnungen und Satzungen auf Ermessensfehler zu überprüfen. Dabei fehlt es sowohl an gesetzgeberischer Maßgabe wie an theoretischer Fundierung. Über Jahrzehnte wurden unzählige Aspekte von Ermessensvorschriften nur für Einzelakte untersucht.

Nichts ist praktischer als eine gute Theorie. Getreu dieser Erkenntnis von Otto Mayer versucht die Arbeit, einen Maßstab für die Überprüfung von Rechtsverordnungen und Satzungen zu entwickeln. Zunächst erfordert dies einen dogmatisch trennscharfen Ermessensbegriff, der sowohl für Einzelakte als auch Rechtsetzungsakte tauglich ist. Sodann sind die unterschiedlichen Ermessensfehler darzustellen, die beim Erlaß von Satzungen und Rechtsverordnungen unterlaufen können. Schließlich bedarf es der näheren Untersuchung, inwiefern die Kontrolldichte bei der verwaltungsgerichtlichen Rechtmäßigkeitsprüfung eingeschränkt ist.

Die vorliegende Arbeit hat die Juristische Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Wintersemester 1997 als Inauguraldissertation zur Erlangung der Doktorwürde angenommen. Das Manuskript habe ich im Januar 1997 abgeschlossen, auf diesem Stand beruht die Literaturlauswertung.

Meinen verehrten Lehrern, Prof. Dr. Dirk Ehlers und Prof. Dr. Walter Krebs, bin ich zu aufrichtigem Dank verpflichtet. Prof. Dr. Ehlers gab den Anstoß zu dieser Untersuchung. Die wertvollen Hinweise und Besprechungen im Rahmen einer ausgezeichneten Betreuung haben die Promotionszeit für mich zum schönsten Studienabschnitt gemacht. Prof. Dr. Krebs hat mich durch die Beschäftigung an seinem Institut für Öffentliches Recht und Politik intensiv gefördert und gefördert. Unsere Gespräche über Recht und Logik haben wichtige Anregungen für diese Arbeit geliefert. Einige interessante Hinweise verdanke ich Herrn Rechtsanwalt und Notar Dr. Manfred Rack. Schließlich bin ich Herrn Prof. Dr. Bernd Holznagel, LL.M., zu Dank verpflichtet, der die Mühe des Zweitgutachtens auf sich genommen hat.

Mainz, im Mai 1998

*Christian Weitzel*



## Inhaltsübersicht

<b>A. Einleitung</b> .....	23
I. Theoretischer Ansatz .....	24
II. Eingrenzung der Arten normativen Ermessens.....	27
<b>B. Begriffsklärung und Klassifizierung von Ermessen</b> .....	30
I. Ermessen als Element der Normstruktur .....	31
II. Struktur der Ermessensausübung.....	52
III. Ermessensarten im einzelnen .....	99
<b>C. Ermessensfehler</b> .....	126
I. Zu untersuchende Ermessensfehler .....	127
II. Bedeutung der Rechtsnatur eines Ermessensaktes für die Fehlersystematik .....	132
III. Für alle Ermessensarten mögliche Fehler .....	133
IV. Besonderheiten normativen Ermessens .....	141
<b>D. Kontrolle von Ermessensfehlern durch das Gericht</b> .....	146
I. Eröffnung gerichtlicher Ermessenskontrolle .....	146
II. Gegenstand der Ermessenskontrolle .....	149
III. Reichweite der Ermessenskontrolle .....	155
IV. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermessenskontrolle.....	227
V. Folgen der Ermessenskontrolle.....	228
<b>E. Ergebnis</b> .....	232
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	234
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	253



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	23
I. Theoretischer Ansatz .....	24
II. Eingrenzung der Arten normativen Ermessens.....	27
1. Beschränkung auf administratives Ermessen.....	27
2. Beschränkung auf Normen des Außenrechts.....	29
<b>B. Begriffsklärung und Klassifizierung von Ermessen</b> .....	30
I. Ermessen als Element der Normstruktur .....	31
1. Gemeinsamkeiten der Normstruktur.....	31
2. Gesetzliche Vorgaben .....	33
– Auslegung von § 40 VwVfG, § 114 VwGO.....	33
aa) Wortsinn von § 40 VwVfG.....	33
bb) Historische Auslegung.....	34
(1) Dogmatische Entwicklung.....	34
(2) Genese .....	36
cc) Systematik und Teleologie.....	36
3. Ermessen im Kontext von unbestimmtem Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum.....	39
a) Unbestimmter Rechtsbegriff als Gegenstück zum Ermessen.....	40
aa) Unmöglichkeit einer normstrukturellen Unterscheidung.....	41
bb) Schwierigkeiten der Unterscheidung von Wertung und Erkenntnis.....	42
b) Abgrenzung zum Beurteilungsspielraum bei unbestimmten Rechtsbegriffen .....	44
4. Folgerungen für die Definition von Ermessen.....	50
II. Struktur der Ermessensausübung.....	52
1. Bisherige Erklärungsansätze.....	52
2. Ermessen als Zweckwahl der Verwaltung oder Orientierung an gesetzlichen Zwecken.....	53
a) Begriff des Zwecks als Maßstab des Ermessens.....	54
b) Zulässigkeit subjektiver Zweckvorstellungen.....	57
c) Folgerungen für die Ausübung von Ermessen.....	60
3. Prognostische Elemente der Ermessensentscheidung.....	61

4. Verortung der Gestaltungsfreiheit zur Ermittlung der Rechtsfolge .....	66
5. Folgerungen für den Ermessensbegriff .....	71
a) Beurteilungsspielraum und Ermessen .....	72
aa) Struktur der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe .....	73
(1) Konkretisierung des Tatbestandes: Ermittlung oder Festsetzung von Prämissen? .....	74
(2) Festsetzung der Prämissen: Auslegung, Subsumtion oder Ergänzung des Tatbestandes? .....	78
(3) Festsetzung der Prämissen: abstrakt oder konkret? .....	81
(4) Zweckmäßigkeitserwägungen bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe .....	83
bb) Besonderheiten bei unbestimmten Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielraum .....	84
(1) Systematik der Beurteilungsspielräume .....	85
(a) Nicht reproduzierbare oder näher begründbare Feststellungen eines Verwaltungsträgers .....	85
(b) Feststellungen aufgrund besonderen Sachverständes eines Verwaltungsträgers .....	86
(c) Feststellungen eines Verwaltungsträgers aufgrund von Prognosen oder politischer Wertung .....	87
(d) Neuere Entwicklungen .....	90
(2) Folgerungen .....	92
b) Kontrollüberlegung: Eignung der Erkenntnisse auch für Koppelungsvorschriften .....	95
c) Unterschiede zwischen Entschließungs- und Auswahlermessen .....	96
d) Verhältnis von Ermessen und „frei gestaltender Verwaltung“ .....	97
III. Ermessensarten im einzelnen .....	99
1. Planungsermessen .....	99
a) Die Fehlinterpretation der Luhmannschen Konzeption .....	100
b) Der Wert der Unterscheidung zwischen konditionalen und finalen Normen für den Ermessensbegriff .....	101
c) Andere Kriterien für eine Unterscheidung vom Einzelaktermessen .....	103
d) Abhängigkeit des Befundes von der Rechtsform planerischer Entscheidungen .....	108
2. Verordnungsermessen .....	109
a) Dogmatische Einordnung .....	109
aa) Delegierte Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers .....	110
(1) Verfassungsunmittelbare Verordnungen .....	111
(2) Mitwirkungsbedürftige Verordnungen .....	112

(3) Gesetzesändernde Verordnungen.....	113
bb) Abwägungsspielraum wie bei Planungsentscheidungen.....	113
cc) Eigenständiges Institut.....	114
dd) Einordnung unter den Begriff des Ermessens.....	116
b) Nähere Charakterisierung des Verordnungsermessens.....	116
3. Satzungsermessen.....	118
a) Dogmatische Zuordnung.....	119
aa) Abgrenzung zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.....	119
bb) Satzungsermessen als Planungsermessen.....	121
cc) Satzungsermessen als eigene Kategorie.....	121
dd) Prüfung für die unterschiedlichen Satzungsfunktionen.....	122
4. Entschließungsermessen des Normgebers.....	124
<b>C. Ermessensfehler.....</b>	<b>126</b>
I. Zu untersuchende Ermessensfehler.....	127
1. Einschränkung auf justitiable Ermessensfehler.....	127
2. Einschränkung auf Fehler bei der Ermessensbetätigung.....	129
a) Ausgrenzung bestimmter Verfahrens- und Formfehler.....	129
b) Einordnung der Ermessensüberschreitung.....	131
II. Bedeutung der Rechtsnatur eines Ermessensaktes für die Fehlersystematik.....	132
III. Für alle Ermessensarten mögliche Fehler.....	133
1. Fehlende Ermessensausübung.....	134
2. Fehlerhafte Ermessensausübung.....	136
a) Überschreitung der gesetzlich vorgegebenen Grenzen.....	136
– Sonderfall des intendierten Ermessens.....	137
b) Sonstige Abwägungsfehler.....	138
aa) Abwägungsdefizit.....	138
bb) Abwägungsdisproportionalität.....	139
IV. Besonderheiten normativen Ermessens.....	141
1. Fehler normativen Ermessens jeglicher Art.....	141
a) Mangelnde Bestimmtheit.....	141
b) Übertriebene Konkretisierung.....	141
c) Ermessensfehler bei mitwirkungsbedürftigem Normerlaß.....	142
2. Besonderheiten beim Satzungsermessen.....	143
3. Besonderheiten beim Planungsermessen.....	143
<b>D. Kontrolle von Ermessensfehlern durch das Gericht.....</b>	<b>146</b>
I. Eröffnung gerichtlicher Ermessenskontrolle.....	146
1. Anforderungen der einzelnen Rechtswege.....	146

2. Anforderungen durch das Rechtsschutzbedürfnis .....	147
3. Auswirkungen der Verfahrensart auf den Kontrollumfang .....	149
II. Gegenstand der Ermessenskontrolle .....	149
1. Vorfrage: Methode der gerichtlichen Ermessenskontrolle .....	150
2. Verfahren des Normerlasses .....	152
3. Vorgang der Ermessensbetätigung .....	153
4. Ergebnis der Ermessensbetätigung .....	154
III. Reichweite der Ermessenskontrolle .....	155
1. Maßstab gerichtlicher Kontrolle .....	155
a) Herleitung der Kontrollmaßstäbe .....	155
b) Kontrollmaßstäbe im einzelnen .....	159
aa) Europarechtliche Maßstäbe für die Ermessenskontrolle .....	159
bb) Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Ermessenskontrolle .....	159
(1) Bestimmtheitsgebot .....	160
(2) Übermaßverbot .....	162
(a) Kontrolle der Geeignetheit .....	163
(b) Kontrolle der Erforderlichkeit .....	164
(aa) Prüfung beim Entschließungsermessen .....	164
(bb) Prüfung beim Auswahlermessen .....	166
(c) Kontrolle der Verhältnismäßigkeit .....	168
(3) Gleichheitssatz .....	170
(4) Abwägungsgebot .....	172
cc) Einfachgesetzliche Maßstäbe für die Ermessenskontrolle .....	172
(1) Maßstäbe aus anderen Normen .....	172
(2) Normimmanente Maßstäbe .....	175
dd) Untergesetzliche Maßstäbe für die Ermessenskontrolle .....	179
ee) Außerrechtliche Maßstäbe für die Ermessenskontrolle .....	180
ff) Verwaltungseigene Maßstäbe für die Ermessenskontrolle .....	181
2. Umfang der Kontrolldichte .....	183
a) Grundprobleme .....	184
aa) Ausgrenzung von Bereichen autonomer Wertung .....	184
(1) Freistellung kommunaler Erwägungen durch Art. 28 II 1 GG .....	185
(2) Freistellung sonstiger politischer Erwägungen .....	186
bb) Reichweite der Verfahrenskontrolle .....	189
(1) Verstärkung im Grundrechtsbereich .....	190
(2) Verringerung durch vorgerichtliche Kompensation .....	191
(3) Beschränkung auf Klägervorbringen .....	192

(4) Abwägungsdefizit und Mitwirkungspflicht .....	193
cc) Abhängigkeit der Kontrolldichte von der Grundrechtsrelevanz .....	193
dd) Kontrolle prognostischer Teile der Ermessensentscheidung.....	195
ee) Kontrolle der räumlichen und zeitlichen Ausdehnung.....	201
ff) Verhältnis zwischen Kontrolldichte und Regelungsdichte .....	203
gg) Gewichtung von Interessen der Verwaltung und der Einzelnen .....	204
hh) Erweiterung des Kontrollrahmens durch Erfordernis der Rechtssicherheit .....	205
ii) Überprüfung einer Abweichung des Inhalts einer Norm vom Ergebnis der Abwägung.....	206
kk) Berücksichtigung von Folgen der Normsetzung.....	207
ll) Einschränkung der Kontrolldichte bei Beteiligung Dritter am Normerlaß .....	207
mm) Ermessensreduzierung auf Null .....	209
(1) Wegfall der Ermächtigungsvoraussetzungen .....	211
(2) Ermessensreduzierung durch konkurrierende Normsetzungs- kompetenz.....	212
b) Besonderheiten beim Planungsermessen .....	213
c) Besonderheiten beim Verordnungsermessen .....	215
aa) Kontrolle zahlenförmiger Verordnungen .....	216
bb) Kontrolldichte bei Maßnahmeverordnungen .....	218
cc) Abhängigkeit der Kontrolldichte vom Adressaten der Verord- nungsermächtigung.....	219
dd) Verordnungen zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe ..	219
d) Besonderheiten beim Satzungermessen .....	220
aa) Kontrolle der kollektiven Ermessensbetätigung .....	222
(1) Prüfung auf Ermessensmißbrauch .....	222
(2) Auswirkungen des Mehrheitsprinzips auf die Kontrolldichte ..	224
bb) Kontrolle von Abgaben- und Gebührensatzungen .....	226
e) Ermessen bei der Formwahl .....	227
IV. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermessenskontrolle.....	227
V. Folgen der Ermessenskontrolle.....	228
1. Inhalt der gerichtlichen Entscheidung .....	228
2. Umfang der Nichtigkeit .....	229
3. Beweislast für Ermessensfehler .....	230
<b>E. Ergebnis</b> .....	232
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	234
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	253

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) vom 27. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2378, 2396, ber. 1994 I S. 2439, BGBl. III 930–9)
AbfG	Abfallgesetz – AbfG vom 27. August 1986 (BGBl. I S. 1410, ber. BGBl. 1986 I S. 1501, BGBl. III 2129–15)
AFWoG	Gesetz über den Abbau der Fehlsubventionierung im Wohnungswesen (AFWoG) vom 22. Dezember 1982 (BGBl. I S. 1523)
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung vom 16. März 1976 (BGBl. I S. 613)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift, zitiert nach Band und Seite)
Art.	Artikel
AtomG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) i.d.F. der Bekanntmachung vom 15. Juli 1985 (BGBl. I S. 1565, BGBl. III 751–1)
AufenthG/EWG	Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Aufenthalts-gesetz/EWG – AufenthG/EWG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 31. Januar 1980 (BGBl. I S. 116, BGBl. III 26–2)
AuslG	Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet (Ausländergesetz – AuslG) vom 9. Juli 1990 (BGBl. I S. 1354, BGBl. III 26–6)
AWG	Außenwirtschaftsgesetz vom 28. April 1961 (BGBl. I S. 481, BGBl. III 7400–1)
BÄO	Bundesärzteordnung i.d.F.B. vom 16. April 1987 (BGBl. I S. 1218)
BauGB	Baugesetzbuch (BauGB) i.d.F. der Bekanntmachung vom 8. Dezember 1986 (BGBl. I S. 2253, BGBl. III 213–1)
BauGBMaßnG	Maßnahmengesetz zum Baugesetzbuch (BauGB-MaßnahmenG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 28. April 1993 (BGBl. I S. 622, BGBl. III 213–215)

BauNVO	Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung – BauNVO) i.d.F.B. vom 23. Januar 1990 (BGBl. I S. 132, BGBl. III 213–1–2)
BauR	Baurecht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
BayBS	Bereinigte Sammlung des bayerischen Landrechts
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BBankG	Gesetz über die deutsche Bundesbank i.d.F. der Bekanntmachung vom 22. Oktober 1992 (BGBl. I S. 1782, BGBl. III 7620–1)
BBauBG	Bundesbaugesetzbuch i.d.F. der Bekanntmachung vom 18. August 1976 (BGBl. I S. 2256)
BBG	Bundesbeamtengesetz (BBG) i.d.F.B. vom 27. Februar 1985 (BGBl. I S. 479, BGBl. III 2030–2)
Bd.	Band
ber.	bereinigt(es)
BGBl. I	Bundesgesetzblatt Teil I (Nummer und Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
BGG	Gesetz über den Bundesgrenzschutz (Bundesgrenzschutzgesetz – BGG) vom 19. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2978, BGBl. III 13–7–2)
1. BImSchV	Erste Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über Kleinf Feuerungsanlagen – 1. BImSchV) in der Fassung der Verordnung vom 15. Juli 1988 (BGBl. I S. 1059)
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 12. März 1978 (BGBl. I S. 889, BGBl. III 291–1)
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache (Nummer und Jahrgang)
BRKG	Gesetz über die Reisekostenvergütung für die Bundesbeamten, Richter im Bundesdienst und Soldaten (Bundesreisekostengesetz – BRKG) i.d.F.B. vom 13. November 1973 (BGBl. I S. 1621, BGBl. III 2032–2)
BRS	Baurechtssammlung (Zeitschrift, zitiert nach Nr. und Seite)
BSeuchenG	Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (Bundes-Seuchengesetz) i.d.F.B. vom 18. Dezember 1979 (BGBl. I S. 2262, ber. BGBl. 1980 I S. 151, BGBl. III 2126–1)
BSHG	Bundessozialhilfegesetz (BSHG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 23. März 1994 (BGBl. I S. 646, ber. S. 2975, BGBl. III 2170–1)
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache (Wahlperiode und Nummer)

BV	Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946 (BayBS I S. 3)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG) i.d.F.B. vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473, BGBl. III 1104–1)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
Der Staat	Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte (zitiert nach Band und Seite)
ders.	derselbe
Die Verwaltung	Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft (zitiert nach Band und Seite)
dies.	dieselben
Diss.	juristische Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
DSchG	Gesetz zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler im Lande Nordrhein-Westfalen (Denkmalschutzgesetz – DSchG) vom 11. März 1980 (GV NW S. 226/SGV NW 224)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
EGKS	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951 (BGBl. 1952 II S. 447)
EstG	Einkommenssteuergesetz vom 7.9.1990 (BGBl. I S. 1898)
ESVGH	Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes (zitiert nach Band und Seite)
FlurbG	Flurbereinigungsgesetz (FlurbG) i.d.F.B. vom 16. März 1976 (BGBl. I S. 546, BGBl. III 7815–1)
Fn.	Fußnote
FStrG	Bundesfernstraßengesetz (FStrG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 19. April 1994 (BGBl. I S. 854, BGBl. III 911–1)
GaststättenG	Gaststättengesetz vom 5. Mai 1970 (BGBl. I S. 465, ber. BGBl. 1970 I S. 1298, BGBl. III 7130–1)
GBl.	Gesetzblatt für Baden-Württemberg

GenTG	Gesetz zur Regelung der Gentechnik (Gentechnikgesetz – GenTG) i.d.F.B. vom 16. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2066, BGBl. III 2121–60–1)
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
GewO	Gewerbeordnung i.d.F. der Bekanntmachung vom 1. Januar 1978 (BGBl. I S. 425, BGBl. III 7100–1)
GGO II	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, Besonderer Teil i.d.F.B. vom 15. Oktober 1976 (GMBl. S. 550)
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften i.d.F.B. vom 12. Juli 1985 (BGBl. I S. 1502, BGBl. III 2161–1)
GMBl.	Gemeinsames Ministerialblatt
GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GO NW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NW) i.d.F. der Bekanntmachung vom 14. Juli 1994 (GV NW S. 666, SGV NW 2023)
GS SH	Sammlung des schleswig-holsteinischen Landesrechts
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz (GüKG) i.d.F.B. vom 3. November 1993 (BGBl. I S. 1839, ber. S. 1992, BGBl. III 9241–1)
GV NW	Gesetz- und Ordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
GVBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt
GVBl. Bay	Gesetz- und Ordnungsblatt des Freistaates Bayern
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i.d.F. der Bekanntmachung vom 20.2.1990 (BGBl. I, S. 235, BGBl. III 703–1)
HdlStaG	Gesetz über die Statistik im Handel und Gastgewerbe (Handelsstatistikgesetz – HdlStaG) vom 10. November 1978 (BGBl. I S. 1733)
HessStGH	Staatsgerichtshof des Landes Hessen
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.d.B.	in der Fassung der Bekanntmachung
i.E.	im Ergebnis
II. WoBauG	Zweites Wohnbaugesetz (Wohnungsbau- und Familienheimgesetz – II. WoBauG) i.d.F.B. vom 19. August 1994 (BGBl. I S. 2137, BGBl. III 2330–2)
InvZulG 1969	Investitionszulagengesetz vom 18. August 1969 – InvZulG 1969 – (BGBl. I S. 1211)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
JURA	JURA (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)

JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
KAG NW	Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (KAG) vom 21. Oktober 1969 (GV NW S. 712/SGV NW 610)
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz – KHG – vom 29. Juni 1972 (BGBl. I S. 1009)
KrW-/AbfG	Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz – KrW-/AbfG) vom 27. September 1994 (BGBl. I S. 2705, BGBl. III 2129–27–1)
KStZ	Kommunale Steuerzeitung (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
KWG (1939)	Gesetz über das Kreditwesen in der Fassung vom 25. September 1939 (BGBl. I S. 1955)
Lfg.	Lieferung
LMBG	Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz) vom 17. August 1974, (BGBl. I S. 1945, 1946, BGBl. III 2125-40)
LS	Leitsatz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz vom 1. August 1922 (RGBl. I S. 681) i.d.F. der Bekanntmachung vom 14. Januar 1981 (BGBl. I S. 61, BGBl. III. 96-1)
LV BW	Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 11. November 1953 (GBl. BW S. 173)
LV NW	Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 18. Juni 1950 (GV NW S. 217, SGV NW 100)
LVwG SH	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz – LVwG –) i.d.F. vom 2. Juni 1992 (GS SH II, Gl. Nr. 20-1)
LWG NW	Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landeswassergesetz – LWG –) i.d.F.B. vom 9. Juni 1989 (GV NW S. 384/SGV NW 77)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NÄG	Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen vom 5. Juni 1938 (RGBl. I S. 9, BGBl. III 401–1)
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)

NwVBl.	Nordrhein-westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
OBG NW	Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden – Ordnungsbehördengesetz (OBG) – i.d.F. der Bekanntmachung vom 13. Mai 1980 (GV NW S. 528, SGV NW 2060)
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg, Amtliche Sammlung (zitiert nach Band und Seite)
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) i.d.F.B. vom 19. Februar 1987 (BGBl. I S. 662, BGBl. III 454–1)
PBefG	Personenbeförderungsgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 8. August 1990 (BGBl. I S. 1690, BGBl. III 9240–1)
PolG BW	Polizeigesetz (PolG) [des Landes Baden-Württemberg] i.d.F.B. vom 13. Januar 1992 (GBl. S. 1, ber. S. 569)
PolG NW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (PolG NW) i.d.F. der Bekanntmachung vom 24. Februar 1990 (GV NW S. 70, SGV NW 205)
Preuß. OVGE	Entscheidungen des (1877–1918: Königlichen) Preußischen Oberverwaltungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
PStG	Personenstandsgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 8. August 1957 (BGBl. I S. 1926, BGBl. III 211–1)
Recht und Staat	Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der Gesamten Geisteswissenschaft (Periodikum, zitiert nach Band und Seite)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
SG	Soldatengesetz i.d.F.B. vom 19. August 1975 (BGBl. I S. 2273)
SGB AT	Sozialgesetzbuch (SGB) – Allgemeiner Teil vom 11. Dezember 1975 (BGBl. I S. 3015, BGBl. III 86–7–1)
SGV NW	Sammlung des bereinigten Gesetz- und Verordnungsblattes für das Land Nordrhein-Westfalen)
SH	Schleswig-Holstein
Sp.	Spalte
SparkG NW	Gesetz über die Sparkassen sowie über die Girozentrale und Sparkassen und Giroverbände (Sparkassengesetz – SpKG –) i.d.F.B. vom 25. Januar 1995 (GV NW S. 92, SGV NW 764)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung

Straßenverzeich- nis-Verordnung	Verordnung über die Straßenverzeichnisse für Landesstraßen, Kreisstraßen und Gemeindestraßen nach dem Straßen- und Wegegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (Straßenverzeichnis-Verordnung) vom 2. August 1983 (GV NW S. 320, SGV NW 91)
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung – StVO – vom 16.11.1970 (BGBl. I S. 1565, ber. BGBl. 1971 I, S. 38, BGBl. III 9233–1)
UPR	Umwelt- und Planungsrecht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) vom 12. Februar 1990 (BGBl. I S. 205, BGBl. III 2129–20)
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (Zeitschrift, zitiert nach Jahrgang und Seite)
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
Verh.	Verhandlungen
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift, zitiert nach Band und Seite)
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (zitiert nach Band, Nummer und Seite)
VfGHG Bay	Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof vom 10. Mai 1990 (GVBl. Bay S. 122, ber. S. 231)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VR	Verwaltungsrundschau (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (zitiert nach Band und Seite)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) i.d.F. der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686, BGBl. III 340–1)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25. Mai 1976 (BGBl. I S. 1253, BGBl. III 201–6)
WDO	Wehrdisziplinarordnung i.d.F. der Bekanntmachung vom 4. September 1972 (BGBl. I S. 1665)
WiGBL.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WoBindG	Gesetz zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen (Wohnungsbindungsgesetz – WoBindG) i.d.F.B. vom 22. Juli 1982 (BGBl. I S. 972, BGBl. III 2330–14 [Artikel III])
WPflG	Wehrpflichtgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1995 (BGBl. I S. 1756, BGBl. III 50–1)
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)

„Daher kommt Untersuchungen, die sich auf die verwaltungsrechtliche Ausgestaltung und praktische Handhabung spezieller Ermessensbereiche erstrecken, besondere Bedeutung zu.“

Busch <sup>1</sup>

## A. Einleitung

Die Befunde, der Ermessensbegriff sei ein „trojanisches Pferd des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts“<sup>2</sup> oder „daß die verwaltungsrechtliche Ermessenslehre trotz aller Versuche, sie dogmatisch zu klären, nach wie vor zu den umstrittensten und verworrensten Kapiteln unseres Verwaltungsrechts gehört“<sup>3</sup>, sind heute noch zutreffend. Gelegentlich führt diese Einsicht aus Resignation zu der These, das Verhältnis zwischen gerichtlicher Kontrolle und Verwaltungsermessen entziehe sich einer dogmatischen Klarstellung.<sup>4</sup>

Selbst wer diesen Pessimismus nicht teilt, muß eines anerkennen: „den Entwicklungsrückstand, den die Dogmatik der normativen Handlungsformen gegenüber denjenigen des Verwaltungsakts nach wie vor aufweist“<sup>5</sup>. Besonders das Verhältnis des legislativen Ermessens zum exekutiven sowie des Verordnungsermessens zu Gesetzgebungs- und Einzelaktermessen ist ein „unbeackertes“ Feld.<sup>6</sup> Deutlich wird dies angesichts der wenigen Veröffentlichungen<sup>7</sup> und Urteile<sup>8</sup> zu diesem Bereich. Zur grundsätzlichen Frage etwa, ob die zum

---

<sup>1</sup> Knack-Busch, § 40 Anm. 4.2.2.2.

<sup>2</sup> Huber, S. 65 ff.

<sup>3</sup> Menger, S. 662, m.w.N. zu gleichlautenden Äußerungen aus früherer Zeit.

<sup>4</sup> Eyer mann/Fröhler/Kormann, § 114 Rn. 1; dem zustimmend Knack-Busch, § 40 Anm. 4.2.

<sup>5</sup> Schmidt-Aßmann *Satzungsrecht*, S. N 9.

<sup>6</sup> Bettermann, S. 50.

<sup>7</sup> Grundlegend zum gesetzgeberischen Ermessen Hamann, Schulze-Eickenbusch, Stürer, zum Satzungsermessen von Hill, Schoch; zum Verordnungsermessen von von Danwitz, Zuleeg; und allgemein zum Rechtsetzungsermessen Badura, Herdegen, Ossenbühl *Fehlerlehre, Richter* und Westbomke (jeweils passim).

<sup>8</sup> Einschlägige Rechtsprechung findet sich meist nur zum Planungsrecht, z.B. *BVerwG* E 34, 301 ff.; E 71, 163 ff.; oder zu Sondergebieten wie Taubenfütterungsverordnungen, z.B. *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1992, 19; „Kampfhunde“-Verord-

Einzelaktermessen entwickelten Maßstäbe auf den Normerlaß zu übertragen seien, hat das Bundesverwaltungsgericht bislang jede Stellungnahme vermieden.<sup>9</sup> Das Preußische Oberverwaltungsgericht hatte früher (Polizei-) Verordnungen regelmäßig auf die Einhaltung spezialgesetzlicher Ermessensgrenzen hin kontrolliert,<sup>10</sup> ohne jedoch allgemeine Maßstäbe für die Verordnungs-kontrolle zu entwickeln.

Dieser Befund skizziert den Anlaß zur vorliegenden Untersuchung. Angesichts der wenigen und oft gegensätzlichen Auffassungen

- ist zu klären, ob überhaupt von einem „Ermessen“ des administrativen Normgebers gesprochen werden kann,
- bedarf es der Entwicklung einer dogmatischen Grundlage für die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Normsetzungsermessen,<sup>11</sup>
- ist eine eigene Position zu finden zwischen den gegensätzlichen Auffassungen, die Kontrolle des Normsetzungsermessens durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit gehe zu weit<sup>12</sup> bzw. die Rechtsprechung habe einen „schonenden Gesamtausgleich“ gefunden<sup>13</sup>.

## I. Theoretischer Ansatz

Die Justitiabilität von Ermessen ist zunächst eine Frage des Prozeßrechts. Für die Kontrolle von Verwaltungsakten hat sie in § 114 VwGO eine Regelung gefunden. Gleichwohl sind die Struktur des Ermessens und die für die gerichtliche Kontrolle entscheidende Frage seiner rechtmäßigen Ausübung Probleme

---

nungen, z.B. *VGH Mannheim* NVwZ 1992, 1105; *BayVerfGH* NVwZ-RR 1995, 262; und Kapazitätsverordnungen, z.B. *BVerwG* E 70, 318; *BVerwG*, NVwZ 1987, S. 682.

<sup>9</sup> Deutlich wird dies in der Entscheidung *BVerwG*, NVwZ-RR 1988, S. 41. Die zugrundeliegende Beschwerde hielt es für revisionsrechtlich bedeutsam, „ob die Grundsätze über die Ermessensausübung beim Erlaß von Verwaltungsakten übertragbar auf den Erlaß von Satzungen sind“. Die Entscheidung konnte sich indes auf Ausführungen zum Fehler des Ermessensmißbrauchs beschränken.

<sup>10</sup> Vgl. z.B. *PrOVG* E 87, 301 [311].

<sup>11</sup> „Typologie in Form einer Checkliste zu entwickeln, wäre Aufgabe von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft“, *Schuppert*, S. 1200.

<sup>12</sup> *Püttner Handlungsspielräume*, S. 135 ff., beklagt eine „Umwandlung des kommunalpolitischen Ermessensspielraumes in justitiables Handeln nach vorgegebenen, notfalls vom Gericht erfundenen unbestimmten Rechtsbegriffen“. Ähnlich kritisch für die Rechtsetzung der Kommunen *Janning*, S. 402 ff.; *Neumann*, S. 15 ff.; *Papier*, S. 253 ff.; *Schmitt*, S. 112 ff.

<sup>13</sup> *Schoch*, S. 810.

des materiellen Rechts. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut von § 114 VwGO („ob ... rechtswidrig ist“).

Die Untersuchung hat deshalb von einer Betrachtung des materiellen Recht ausgehen. Gleichwohl wird sich zeigen, daß dem Begriff des Ermessens eine Freiheit von gerichtlicher Kontrolle immanent ist. Aus diesem Grund läßt sich der Gegenstand der Untersuchung weder dem materiellen noch dem prozesualen Recht eindeutig zuordnen.

Sind die materiell-rechtlichen Grenzen der Ermessensausübung geklärt, ist die gerichtliche Überprüfung ihrer Einhaltung allein eine Frage des Prozeßrechts. Die rechtliche Bindung der Verwaltung ist nämlich nicht identisch mit deren gerichtlicher Kontrolle.<sup>14</sup> Das zeigt schon die durch § 68 VwGO der Verwaltung vorbehaltene Zweckmäßigkeitkontrolle von Verwaltungsakten.<sup>15</sup>

Für die Untersuchung der materiell-rechtlichen Ermessensaspekte stehen – je nach Ausgangspunkt der Betrachtung – zwei verschiedene Ansätze zur Verfügung.

Ursprünglich diente die Schaffung des Ermessensbegriffs zur Absicherung der Verwaltung vor übermäßiger Beschränkung durch Gesetzgebung und Rechtsprechung.<sup>16</sup> Der Ausbau der Verwaltungsgerichte hatte zu einer Ausweitung der gerichtlichen Kontrolle geführt. Angesichts dieser Tatsache sollte der Ermessensbegriff jene Bereiche kennzeichnen, in denen Verwaltungshandeln keiner gerichtlichen Kontrolle unterworfen ist.

Vor diesem Hintergrund läßt sich der Ermessensbegriff allein darauf untersuchen, ob und in welchem Fall eine Justitiabilität von Verwaltungsentscheidungen unterbleiben soll. Ein Akt der Rechtsetzung wäre also nur dann justitiabel, wenn der Gesetzgeber dies für die jeweilige Entscheidung vorgesehen hätte. Dieser Ansatz entspricht einer in der Rechtsprechung nach dem Zweiten Weltkrieg zunächst verbreiteten Praxis,<sup>17</sup> die heute nur noch vereinzelt anzu-

---

<sup>14</sup> So die praktisch einhellige Auffassung, vgl. etwa *Ehmke*, S. 48; *Hüberle*, S. 656; *Kopp VwVfG*, Rn. 10 m.w.N.; *Pieroth/Kemm*, S. 780; *Schmidt-Aßmann Satzungsrecht*, S. N 17. Für *Alexy*, S. 706, trifft diese These nur bei entsprechender „terminologischer Verwendung“ zu. Anders lediglich *Hofmann*, S. 742; *Papier HdBStR*, Rn. 61, 65, 70; *Papier Kontrolldichte*, S. 625. Hierzu näher unten S. 156.

<sup>15</sup> Ebenso *Pieroth/Kemm*, S. 780; *Bull*, Rn. 479. Anders nur *Papier Kontrolldichte*, S. 625. Ihm zufolge verlangt Art. 19 IV GG, daß der Kontrollmaßstab der Gerichte nicht hinter dem Handlungsmaßstab der Verwaltung zurückbleibt.

<sup>16</sup> *Bonde*, S. 1; *Hofer-Zeni*, S. 10 ff.; *Rupp Ermessensspielraum*, S. 1273. Zu den Einzelheiten siehe unten S. 156.

<sup>17</sup> *Bonde*, S. 10, 22.