The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	Das doppelte Ermessensantlitz : Eine rechtstheoretische Vermessung des administrativen Entsceidungsfreiraurms
Author(s)	Matthias, Jestaedt
Citation	Osaka University Law Review. 2016, 63, p. 190-209
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/54615
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

OSAKA UNIVERSITY LAW REVIEW No. 63 (February 2016) 190-209

Das doppelte Ermessensantlitz
Eine rechtstheoretische Vermessung des administrativen Entscheidungsfreiraums

Matthias JESTAEDT*

I. Reine Verwaltungsrechtslehre

Gemeinhin wird die Reine Rechtslehre als Rechtstheorie von Rechtstheoretikern verhandelt oder aber als Grundlagen-Konzeption von Verfassungsrechtlern. Weitaus seltener wird sie hingegen aus Sicht und für das Verwaltungsrecht thematisiert. Das entspricht ja auch *Hans Kelsens* Prägungen und Neigungen. Und doch lässt sich just am (deutschsprachigen) Diskurs um sogenannte administrative Entscheidungsfreiräume belegen, dass und wie die Reine Rechtslehre auch für das Verwaltungsrecht und in der Verwaltungsrechtswissenschaft fruchtbar gemacht werden kann. Dass dabei Name und Werk *Hans Kelsens* in den Hintergrund und jene von *Adolf Julius Merkl* in den Vordergrund treten, dürfte kaum verwundern.

Im Sinne einer Arbeitsdefinition verstehe ich im Folgenden unter administrativen Entscheidungsfreiräumen die Rechtsmacht der Verwaltung, bei der Rechtsanwendung nach selbst- und insoweit nicht nach fremdgesetzten Maßstäben zu handeln. Ich spreche im Folgenden insoweit von selbstprogrammiertem und fremdprogrammiertem Verwaltungshandeln.[1)]

---

* Prof. Dr., Universität Freiburg, Deutschland

1) Näher dazu *Matthias Jestaedt* Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: *Dirk Ehlers/Hermann Pünder* (Hrsg) Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl 2015, § 11 Rn 20 f, 27 ff. – Um Missverständnisse zu vermeiden, sei darauf hingewiesen, dass, wenn im Folgenden Rechtsanwendung als aus Fremd- und Selbstprogrammierung bestehend beschrieben wird, dies eine vereinfachende Ausdrucksweise ist: Der Rechtsanwender ist zwar durch das ihn ermächtigende Recht heteronom determiniert, also fremdprogrammiert; ob er der Fremdprogrammierung in seinem rechtserheblichen Handeln indes vollauf gerecht wird (die Fremdprogrammierung also zutreffend erfasst und die heteronomen Steuerungsimpulse in seinem Handeln umsetzt), ist damit noch nicht gesagt. Selbst im Falle des Verfehlens der heteronomen Vorgaben kann das Verhalten des Rechtsanwenders rechtlich Bestand haben – das ist eine Frage des sog Fehlerkalküls.

II. Die überkommene Doppeldogmatik von Ermessen und Beurteilungsspielraum

Den Ausgang unserer Überlegungen will ich beim heutigen Ist-Zustand der Dogmatik nehmen. Die herkömmliche deutsche Dogmatik kennt zwei Haupterscheinungsformen administrativer Entscheidungsfreiräume: das Ermessen und den (unbestimmten Rechtsbegriff mit) Beurteilungsspielraum. Während ersteres auf der Rechtsfolgenseite einer Ermächtigungsnorm auftritt, ist letzterer auf der Tatbestandsseite zu verorten.[2] In Österreich taucht nach meiner Wahrnehmung der Begriff des Beurteilungsspielraums weitaus seltener auf;[3] dort wird dann zumeist schlicht vom unbestimmten Rechtsbegriff gesprochen[4] (diese Differenz scheint mir für unsere Überlegungen indes ein zu vernachlässigender Aspekt zu sein). Damit können wir im Ausgangspunkt festhalten: Sowohl in Deutschland als auch in Österreich wird der administrative Entscheidungsfreiraum unter jeweils zwei Stichworten, also gleichsam dichotom behandelt.

Für die nach wie vor in Deutschland ganz herrschende Verwaltungsrechtsdogmatik sind vier Thesen bzw Annahmen kennzeichnend; Entsprechendes gilt – wiederum: nach meinem Eindruck – mutatis mutandis für die vorherrschende Sicht in Österreich:

(1) Gebundene Verwaltung und Ermessensverwaltung sind qualitativ unterschiedliche Modalitäten des Verwaltungshandelns; letztere ist – wie es heißt – durch eine „Lockerung und Abschwächung der Gesetzesbindung“ gekennzeichnet.[5] In der österreichischen Literatur liest man gleichsinnig von der „Abschwächung des Legalitätsprinzips“.[6]

---

2) Pars pro toto *Hartmut Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl 2011, § 7 Rn 7 und 26.

3) Ein wichtiges Gegenbeispiel indes: *Heinz Peter Rill* Ermessensprüfung/Beurteilungsspielraum /Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, in: *Georg Ress* (Gesamtredaktion) Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverfahrensrecht und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1990, 115 ff.

4) Beispielhaft: *Bernd Raschauer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl 2013, Rn 595 ff; *Arno Kahl/Karl Weber* Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl 2015, Überschrift vor Rn 162 ff („Gebundenheit der Verwaltung – Ermessen und unbestimmte Gesetzesbegriffe“) sowie Rn 170; *Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Karl Stöger* Bundesverfassungsrecht, 11. Aufl 2015, Rn 575 ff und 579.

5) *Fritz Ossenbühl* Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: *Hans-Uwe Erichsen* (Hrsg) Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl 2002, § 10 Rn 2; ähnlich *Maurer* Verwaltungsrecht (FN 2) § 7 Rn 6.

6) *Ludwig K. Adamovich/Bernd-Christian Funk* Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl 1987, 123; *Kahl/Weber* Verwaltungsrecht (FN 4) Rn 162 (Überschrift).

(2) Kehrseite der Ermessenseinräumung ist, wird die gerichtliche Kontrolle als Rechtlichkeits- oder auch Rechtmäßigkeitskontrolle begriffen, die Reduktion (verwaltungs)gerichtlicher Kontrolldichte: Maßstabsfreiheit und Kontrollfreiheit korrespondieren also einander.[7)]
(3) Der Beurteilungsspielraum ist aus dem sogenannten unbestimmten Rechtsbegriff zu entwickeln; jener stellt einen – seltenen – Unterfall von diesem dar.[8)] Der Beurteilungsspielraum lässt sich nur ausnahmsweise vor der verfassungsgesetzlichen Rechtsschutzgarantie rechtfertigen.[9)]
(4) Beurteilungsspielraum und Ermessen unterscheiden sich kategorial.[10)]

Allerdings gerät die herrschende Dogmatik von Ermessen und Beurteilungsspielraum, unterzieht man sie nur einer unvoreingenommen-kritischen Analyse, schnell in Erklärungsnöte. Denn nahezu sämtliche der für die herrschende Dogmatik von Ermessen und Beurteilungsspielraum konstitutiven Annahmen begegnen gravierenden Einwänden; im Autogrammstil sei ein halbes Dutzend derartiger Einwände skizziert:
(1) Das Konzept der „gebundenen Verwaltung“ fußt auf der – vornehm ausgedrückt – rechtstheoretisch stark bestrittenen Vorstellung, dass es im Rahmen der Rechtsanwendung die „one right answer“[11)] gibt. Darauf wird zurückzukommen sein.
(2) Das Konzept der „gelockerten Gesetzesbindung“ – entsprechend: der „Abschwächung des Legalitätsprinzips“ – verstellt den Blick darauf, dass im Falle eines Falles die „Lockerung“ der Gesetzesbindung durch das Gesetz

---

7) Exemplarisch *Maurer* Verwaltungsrecht (FN 2) § 7 Rn 6 (Hervorhebungen im Original): „Die Lockerung der Gesetzesbindung lockert auch die verwaltungsgerichtliche Kontrolle, da ja die Verwaltungsgerichte *nur* die *Recht*mäßigkeit des Verwaltungshandelns überprüfen dürfen.“
8) Repräsentativ für die herrschende Meinung die Darstellung bei *Maurer* Verwaltungsrecht (FN 2) § 7 Rn 26 ff, bes 31 ff.
9) Näher *Maurer* Verwaltungsrecht (FN 2) § 7 Rn 34; offener aber etwa bei *Peter Michael Huber* in: *Hermann von Mangoldt /Friedrich Klein /Christian Starck* (Hrsg) Kommentar zum Grundgesetz, Bd 1, 6. Aufl 2010, Art. 19 Abs. 4 Rn 512–514, bes 514.
10) Jüngst mit eingehender Begründung *Ralf Poscher* Geteilte Missverständnisse. Theorien der Rechtsanwendung und des Beurteilungsspielraums der Verwaltung – zugleich eine Kritik der normativen Ermächtigungslehre, in: FS Rainer Wahl, 2011, 527 (537 ff).
11) Dazu *Ronald Dworkin* Bürgerrechte ernstgenommen [orig: Taking Rights Seriously, 1977], 1990, 143 ff, bes 152ff; scharfsinnige Analyse: *Claudia Bittner* Recht als interpretative Praxis, 1988, 193 ff, 215 ff.

selbst verfügt ist. Es geht also stets um eine gesetzesverfügte „Gesetzesbindungslockerung". Dass das eine sinnvolle Kategorienbildung markiert, dürfte nicht leicht zu begründen sein. Mit gleichem Recht ließen sich grundrechtliche Gesetzesvorbehalte als Lockerungen der Verfassungsbindung begreifen.

(3) Die These von der Identität von Maßstabs- und Kontrollfreiheit – es ließe sich insoweit von der Kehrseiten-Theorie sprechen – deutet (regelmäßig gewiss nicht bewusst) die Rolle der Rechtsprechung in *Montesquieuscher* Tradition als „en quelque façon nulle".[12] Die Gerichtsbarkeit „misst" nur „nach", ob die Verwaltung die gegebenen Maßstäbe korrekt zur Anwendung gebracht hat.

(4) Die These von der strikten, da kategorial begründeten Alternativität von Ermessen und Beurteilungsspielraum übersieht, dass es nicht selten nur eine Frage der – austauschbaren – Regelungstechnik ist, ob der administrative Entscheidungsfreiraum im Tatbestand (dann Beurteilungsspielraum) oder aber in der Rechtsfolge (dann Ermessen) eingeräumt ist. Auf diese Kontroverse will ich – da für unsere weiteren Überlegungen nicht relevant – im Folgenden nicht näher eingehen.[13]

(5) Die herrschende deutsche Auffassung bleibt eine Antwort schuldig auf die Frage, warum sie den Beurteilungsspielraum an den unbestimmten Rechtsbegriff koppelt, für das Ermessen aber nicht auf den unbestimmten Rechtsbegriff zurückgreift.[14] Die vorherrschende österreichische Sicht, die Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriff kontrastiert, hat hier meines Erachtens eher noch größere Erklärungsprobleme, kommt doch keine ermessenseinräumende Regelung ohne die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen aus.[15]

(6) Die Rede vom unbestimmten Rechtsbegriff insinuiert, dass die Verwendung bestimmter Rechtsbegriffe die Regel darstelle und dass es einen kategorialen, nicht nur graduellen Unterschied zwischen unbestimmten und bestimmten Rechtsbegriffen gebe. Die Insinuation wird in aller Regel nicht durch eine –

---

12) *Montesquieu* De l'esprit des lois (1748), 1834, Bd. 1, 11. Buch, 6. Kap (300).

13) Eingehend *Jestaedt* Maßstäbe (FN 1), § 11 Rn 14 ff mwN.

14) Vgl *Jestaedt* Maßstäbe (FN 1), § 11 Rn 20.

15) Und sogar umgekehrt lässt sich – im Vorgriff auf die Erkenntnisse namentlich *Kelsens* und *Merkls* (dazu nachfolgend IV) – sagen, dass in der Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs notwendigerweise die Einräumung von Ermessen (im rechtstheoretischen Sinne) mitgedacht ist.

wenigstens im Ansatz – belastbare Analyse und Reflexion gestützt.[16)]

Sieht man genauer zu, so wurzeln die Schwächen der herrschenden Konzeption administrativer Entscheidungsfreiräume nicht zuletzt in einem unterkomplexen Verständnis des Prozesses der (Rechtsetzung und) Rechtsanwendung – in einem Verständnis davon, wie sich die Gewinnung von Recht vollzieht.

III. Administrative Entscheidungsfreiräume im Lichte eines dynamischen Verständnisses von Rechtsordnung

Damit aber ist *die* Spezialistin für Anatomie und Konzeptionierung der Rechtsgewinnung auf den Plan gerufen: die Reine Rechtslehre. Der Komplexität, Arbeitsteilung und Dynamik modernen Rechts trägt nämlich das Rechtsgewinnungsparadigma der Reinen Rechtslehre wie kein zweiter rechtstheoretischer approach Rechnung: Die Reine Rechtslehre lehrt uns, die Rechtsordnung als arbeitsteiligen, gestuften Rechtskonkretisierungs- und -individualisierungszusammenhang zu begreifen.

In gedrängter Kürze lässt sich der Rechtsindividualisierungs- und -konkretisierungsprozess dahin beschreiben, dass über formal und funktional, hierarchisch und legitimatorisch unterschiedliche Stufen abstrakt-genereller Rechtssätze letztlich für den und im Einzelfall konkret-individuelle Rechtssätze hervorgebracht werden. Das Gesetz markiert in diesem Rechtsgewinnungskontinuum zwar einen in mehrfacher Hinsicht herausragenden Ausschnitt; dieser darf aber weder für das Ganze genommen werden, zumal er auch gegenüber den sonstigen Rechts(erzeugungs)quellen keine rechtsgewinnungstheoretische Allein- oder auch nur Sonderstellung beanspruchen kann, noch darf er im Sinne eines aliud aus dem Kontinuum herausgelöst werden.

Im Prozess der Rechtskonkretisierung und -individualisierung relativiert sich die zumeist substanziell verstandene Alternative von Rechtsetzung und Rechtsanwendung (Rechtsvollziehung) zu einem bloß perspektivischen Gegensatz:[17)] In Anbetracht des Umstandes, dass sich der Rechtserzeugungszusammenhang aus zahllosen Einzelstufen der Rechtserzeugung zusammensetzt und die Rechtserzeugung sich

---

16) Dazu *Friedrich Schoch* Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, Jura 2004, 612 (613).

17) Näher ausgearbeitet: *Matthias Jestaedt* Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, 1999, 307–320 mwN.

auf sämtlichen Stufen in *strukturell* gleicher Weise vollzieht – es wird *neues* Recht in Bindung und im Rahmen von bestehendem, in diesem Sinne: *altem* Recht gewonnen –, wird grundsätzlich auf jeder Stufe sowohl Recht gesetzt als auch Recht angewendet. Im Verhältnis zu den bedingenden Normen – bildlich gesprochen: im Stufenbau „nach oben" gerichtet – wird Recht angewendet; im Verhältnis zu allen weiteren Stufen – also im Blick „nach unten" – wird hingegen Recht erzeugt. Hierin zeigt sich das „doppelte Rechtsantlitz" im Sinne von *Adolf Julius Merkl*:[18] Was nach der einen Seite Rechtsanwendung ist, stellt sich nach der anderen Seite als Rechtserzeugung dar. *Fremd*programmierung durch das anzuwendende Recht geht folglich stets mit *Selbst*programmierung im Blick auf das zu erzeugende Recht einher. Nichts anderes meint *Hans Julius Wolff*, wenn er formuliert: „Jede abstrakte oder konkrete Rechtserzeugung steht zwischen den Polen völliger Freiheit und strenger Gebundenheit, ohne diese äußersten Möglichkeiten je zu verwirklichen."[19]

Noch einmal: Dies gilt für das Gesetz in *rechtsgewinnungsstrukturell* gleicher Weise wie für die Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidung. Was ersteres von letzteren unterscheidet, ist – abgesehen von den besonderen verfassungsrechtlichen (und damit konkreten positivrechtlichen) Funktionen und institutionellen Rahmungen sowie dem damit zusammenhängenden argumentationspraktischen Erwartungshorizont[20] – insbesondere die Dichte und der Umfang, in denen die

---

18) Grundlegend: *Adolf Julius Merkl* Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes (1918), in: *ders* Gesammelte Schriften, Bd. I/1, 1993, 227 ff.

19) *Hans Julius Wolff* in: *ders/Otto Bachof* Verwaltungsrecht I, 9. Aufl 1974, § 31 vor I a (186 – ohne die Hervorhebungen im Original); so wortidentisch bereits *ders* Verwaltungsrecht I, 1. Aufl 1956, § 31 vor Ia (114).

20) Mit *Poscher* Missverständnisse (FN 10) 534, mag man davon sprechen, dass „die Rechtsetzung in Form der dogmatischen Rechtsfortbildung [dh die Rechtsanwendung in Fällen rechtlicher Unbestimmtheit] … unter ganz eigenen methodischen und argumentativen Voraussetzungen, eigenen Konsistenzanforderungen und eigenen Pfadabhängigkeiten" operiert. Der typologischen Entgegensetzung von „rechtsdogmatischer" und „rechtspolitischer" Rechts – produktion – erstere ist Sache der Judikative und der Administrative, letztere Sache der Legislative – kann heuristischer, nämlich eine erste Groborientierung leistender Wert gewiss nicht abgesprochen werden. Doch taugt die Dichotomie nicht zur parzellenscharfen Abgrenzung, wie sich insbesondere an der Verwaltung zeigen lässt, die sich weder restlos der einen noch restlos der anderen Form der Rechtsproduktion zuordnen lässt. Darüber hinaus erklärt die Entgegensetzung bestenfalls eine positivrechtlich fundierte Unterscheidung, sie ersetzt deren Existenznachweis jedoch nicht. Schließlich würde die Tragweite dieser Dichotomie überstrapaziert, nähme man sie zur Grundlage einer Auffassung, die die rechtsstrukturellen Gleichartigkeiten auf den unterschiedlichen Stufen der Rechtserzeugung

anzuwendenden Rechtssätze den Rechtserzeugungsprozess determinieren. Jede Rechtsanwendung besteht daher grundsätzlich stets sowohl aus Fremd- als auch aus Selbstprogrammierung; individuell unterschiedlich ist lediglich das konkrete Mischungsverhältnis beider.[21)]

Für die Gesetzesbindung der Verwaltung kann daraus folgendes vorläufige Resümee gezogen werden: Das Gesetz (wie jede sonstige das Verwaltungshandeln bestimmende Vorgabe aus der Verfassung, aus dem Unionsrecht usf) dirigiert zwar die Verwaltung, es determiniert diese aber keineswegs vollumfänglich. Gesetzesanwendung ist eben nicht nur Wiederholung dessen, was das Gesetz bereits festgesetzt hat, sondern bedarf in der einen oder anderen Hinsicht des (rechts)produktiven, in der hier verwendeten Nomenklatur: des selbstprogrammierenden Zutuns des Gesetzesanwenders – und das regelmäßig nicht nur im Rahmen der sogenannten Subsumtion. Jeder Gesetzesanwendungsakt bekräftigt daher nicht nur die Gesetzesbindung der Verwaltung, sondern erfordert zugleich einen – nach Art und Umfang freilich individuell bemessenen – Akt administrativen Eigenrechts. Dem nach wie vor hochgehaltenen „Prinzip der einzigen richtigen (rechtmäßigen) Entscheidung“[22)] ist damit freilich der Boden entzogen.[23)] Die Gesetzesbindung der Verwaltung einer- und deren Eigenständigkeit andererseits verhalten sich zueinander wie zwei Seiten derselben Medaille (oder eben wie die beiden Gesichter des Janus): Sie weisen in entgegengesetzte Richtungen, und doch ist die eine nicht ohne die andere zu haben.

(„Rechtsproduktion“) leugnete oder doch marginalisierte. Das zeigt sich auch an *Poschers* eigenen Ausführungen; wenn er – in hier geteilter Sicht – davon spricht, dass „grundsätzlich … jeder Rechtsanwender in Fällen der Unbestimmtheit des Rechts zu einer dogmatischen Rechtsetzung aufgerufen“ ist (*Poscher* aaO 536), so gilt dies in aller Regel auch für den Gesetzgeber, wenn er ein grundrechtseinschränkendes Gesetz beschließen will: auch hier ist in einer Rechtserzeugungskonstellation (die als Anwendung der Verfassung beschrieben werden kann) ein Fall der Unbestimmtheit des (Grund-)Rechts gegeben.

21) In der Sache wie hier etwa *Adolf Julius Merkl* Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, 142 ff, bes 142 u 143; *Adamovich/Funk* Verwaltungsrecht (FN 6), 118 f; *Ulrike Lembke*, Einheit aus Erkenntnis? Die Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, 2009, 171 ff u bes 302 ff mwN.

22) *Ossenbühl* Maßstäbe (FN 5), § 10 Rn 27 mwN; entsprechend etwa *Schoch* Rechtsbegriff (FN 16) 614.

23) Dazu sehr abgewogen *Wolfgang Hoffmann-Riem* Eigenständigkeit der Verwaltung, in: *ders/ Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle* (Hrsg) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd I, 2. Aufl 2012, § 10 Rn 63 f mwN.

IV. Ermessen im Sinne der Reinen Rechtslehre

Just hier setzt denn auch die Ermessenslehre der Reinen Rechtslehre an, wie *Hans Kelsen* und namentlich *Adolf Julius Merkl* sie buchstabieren.[24] *Kelsen* hat sich von den „Hauptproblemen" aus dem Jahre 1911 bis zur Zweitauflage der „Reinen Rechtslehre" im Jahre 1960 zum Ermessen stets gleichsinnig geäußert.[25] Ich wähle die kurze und prägnante Fassung der „Allgemeine[n] Staatslehre" aus dem Jahre 1925. Dort formuliert *Kelsen* wie folgt:

> „Es läßt sich leicht zeigen, daß jede Rechtsanwendung, d. h. jede Konkretisierung genereller Norm, jeder Übergang von einer höheren zu einer niedrigeren Stufe der Rechtserzeugung, nur Ausfüllung eines Rahmens, nur Tätigkeit innerhalb der von der Norm höherer Stufe gesetzten Schranken ist. Niemals kann die Determination der niederen durch die höhere Stufe eine vollständige sein, stets müssen in der niederen Stufe inhaltliche Momente hinzukommen, die in der oberen Stufe noch fehlen, sonst wäre ja ein weiterer Fortschritt des Rechtserzeugungsprozesses gar nicht möglich, eine weitere Stufe überflüssig. So wie zwischen abstraktem Begriff und konkreter Vorstellung notwendig eine inhaltliche Differenz bestehen muß. Diese notwendige Differenz zwischen höherer und niederer Stufe der Rechtskonkretisation ist das sog. ‚freie Ermessen'."[26]

Und als ob er unseren kaum unterdrückten Einwand bereits hätte vernehmen können, setzt er verschärfend hinzu:

---

24) Dazu monographisch *Thomas Elsner* Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre, 2011, 85 ff, bes 113 ff sowie 118 ff.

25) Vgl nur *Hans Kelsen* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911), in: *Matthias Jestaedt* (Hrsg) Hans Kelsen Werke, Bd 2, 21 (653–659); *ders* Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl 1960, 238, 250, 257, 286, 299.

26) *Hans Kelsen* Allgemeine Staatslehre, 1925, 243; vgl richtungweisend bereits *dens* Hauptprobleme (FN 25), 655 f (Hervorhebungen im Original): „Da jeder Akt eines Staatsorganes, soferne er ein Staatsakt ist, d. h. dem Staate zugerechnet werden soll, irgendwie, wenn auch durch einen noch so inhaltarmen Blankettrechtssatz determiniert sein muß, weil sonst ja eine Zurechnung zum Staate gar nicht möglich ist, da weiter jeder Staatsakt der Exekutive in einem gewissen, wenn auch noch so geringen Maße im freien Ermessen stehen muß, da zwischen der abstrakten Rechtsnorm und der konkreten Organhandlung notwendig eine gewisse Differenz besteht, so *können sämtliche Staatsakte sich in bezug auf das freie Ermessen niemals prinzipiell sondern nur graduell, nicht qualitativ, sondern nur quantitativ von einander unterscheiden*."

„Es ist sinnlos, die Rechtsakte in solche zu scheiden, die gebunden, und solche, die frei sind, weil alle Rechtsakte beides sind; und diese ganze Unterscheidung bedeutet nur den Versuch, gewisse Akte ihres Rechtscharakters zu entkleiden, indem man sie für wesentlich frei erklärt.“[27)]

Während *Kelsen* mit wenigen Absätzen auskommt, widmet *Adolf Julius Merkl* dem „Verwaltungsermessen“ in dem wohl genialsten Lehrbuch des Allgemeinen Verwaltungsrechts, das je in deutscher Sprache erschienen ist, einen eigenen Paragraphen mit immerhin 18 Druckseiten.[28)] Im Folgenden seien die für unsere Erkenntniszwecke zentralen Passagen im Wortlaut wiedergegeben:

„Unter *Ermessen* überhaupt versteht die Rechtswissenschaft die Erscheinung rechtlicher Ungebundenheit des Staatsorgans, ein Organhandeln, das entweder gar nicht oder anders als die sonstige Organtätigkeit vom objektiven Rechte bestimmt und mithin der Selbstbestimmung des Organs anheimgestellt ist.“[29)]

Das fasst *Merkl* in der Formel zusammen:

„Ermessen bedeutet Mangel der verbindlichen Bestimmung durch einen *fremden* Willen, rechtliche Fähigkeit, den *eigenen* Willen sprechen zu lassen.“[30)]

Das entspricht, nebenbei bemerkt, exakt dem, was hier mit heteronomer oder Fremdprogrammierung einer- und autonomer oder Selbstprogrammierung andererseits zum Ausdruck gebracht werden soll. – Die weiteren Überlegungen führen *Merkl* zu der Erkenntnis,

„daß sich, wie immer im einzelnen die Grenzen verlaufen, im Organhandeln außer einer Sphäre der rechtlichen Bindung auch eine Sphäre der rechtlichen Freiheit, d. i. eben des Ermessens, findet.“[31)]

Damit ist die Zielrichtung des Weiteren vorgezeichnet:

„Alle Versuche, die Verwaltung von anderen Staatsfunktionen in bezug auf die Ermessensfrage grundsätzlich zu unterscheiden, insbesondere zwischen dem

---

27) *Kelsen* Staatslehre (FN 26) 244.
28) *Merkl* Verwaltungsrecht (FN 21) 140–157.
29) *Merkl* Verwaltungsrecht (FN 21) 140 – Hervorhebung im Original.
30) *Merkl* Verwaltungsrecht (FN 21) 152 – Hervorhebungen im Original.
31) *Merkl* Verwaltungsrecht (FN 21) 141.

Verwaltungsermessen und dem richterlichen Ermessen einen Wesensunterschied zu entdecken, sind jedoch notwendig verfehlt.“[32)]

„Daß das Ermessen *keine Eigentümlichkeit der Verwaltung*, sondern auch in anderen Bereichen der Staatstätigkeit anzutreffen sei, dazu bedarf es nicht erst jenes gewissermaßen *empirischen* Nachweises an der Hand der gebräuchlichen Ermessensformeln im modernen Justizrecht […] Die Beweisführung mit Hilfe der Ermessensformeln übersieht völlig, daß das Ermessen nicht durch seine mehr oder minder bewußte und beabsichtigte positivrechtliche Setzung, sondern durch die Technik der stufenförmigen Rechtserzeugung bedingt ist. Der Unterschied zwischen der logischen Struktur gewisser, durch den Rechtserzeugungsprozeß unmittelbar verknüpfter Rechtssatzformen […] besteht darin, daß die eine relativ abstrakter, die andere relativ konkreter ist.“[33)]

In allgemeinster rechtstheoretischster Form fasst *Merkl* das Bisherige in Anlehnung an *Kelsen* wie folgt zusammen:

„Ein relativ abstrakter Akt, der als Erzeugungsregel eines relativ konkreten Aktes dient, kann diesen nicht zur Gänze determinieren, sondern kann nur die eine Komponente des Konkretisierungsprozesses abgeben und muß einer anderen Komponente Raum geben: dem Ermessen des zum Konkretisierungsakt zuständigen Organs. Stellt das präformierte objektive Recht, das in den Rechtserzeugungs- oder Rechtsanwendungsprozeß eingeht, die *heteronome* Determinante des Rechtserzeugungs- oder Rechtsanwendungsorgans dar, so stellt das *freie Ermessen* die komplementäre *autonome Determinante* dar: Akte der Rechtskonkretisierung sind somit dank ihrer objektiv-heteronomen Determinante Akte der rechtlichen Bindung, dank ihrer subjektiv-autonomen Determinante Akte des freien Ermessens, und so unterscheiden sie sich ‚in bezug auf das freie Ermessen niemals prinzipiell, sondern nur graduell, nicht qualitativ, sondern nur quantitativ voneinander‘ (*Kelsen*[34)]).“[35)]

Die funktionellrechtliche Konsequenz dessen:

---

32) *Merkl* Verwaltungsrecht (FN 21) 142 – ohne die Hervorhebungen im Original

33) *Merkl* Verwaltungsrecht (FN 21) 142 – Hervorhebungen im Original.

34) *Kelsen* Hauptprobleme (FN 25), 656 (*Merkl* zitiert *Kelsen* ohne die Übernahme der Hervorhebungen im Original).

35) *Merkl* Verwaltungsrecht (FN 21) 142 – Hervorhebungen im Original.

„Ist somit das Ermessen *nicht* eine *beliebig gewillkürte Einrichtung des positiven Rechtes*, als die es gerne gedeutet wird, aber auch *nicht* eine *unwillkürliche Schwäche der Gesetzestechnik*, namentlich der *Gesetzessprache*, die, wie man mitunter vermeint, aus Mangel an Ausdrucksmitteln ein Ermessen offen lassen müsse, sondern eine im *Wesen* der *Vollziehung* als der *Konkretisierung* einer *abstrakten Norm rechtstheoretisch begründete Notwendigkeit*, dann ist der Vorbehalt des Ermessens für die *Verwaltung*, aber auch nur ein *Vorrang* des *administrativen* Ermessens vor dem Ermessen in anderen Funktionsbereichen ausgeschlossen.“[36)]

In Sinne *Kelsens* und *Merkls* lässt sich Ermessen als Selbstprogrammierungsbefugnis, als Maßstabsfreistellung bei der Rechtsanwendung begreifen, die bei *jedem* Rechtsanwendungsakt, gleichviel, ob legislativer, exekutiver oder judikativer Natur, (wenn auch in unterschiedlichem Umfange) anzutreffen ist.

V. Statt kognitiver Dissonanz …

Wir haben die Reinen Rechtslehrer bemüht, um die offensichtlich bestehenden Defizite der heute herrschenden Verwaltungsrechtslehre in puncto Rechtsgewinnungsverständnis offenzulegen und jene für unser Verständnis des administrativen Entscheidungsfreiraums zu vermeiden. Doch wohin hat uns deren Räsonnement geführt? Wir haben, wie es scheinen mag, in einem Punkte Klarheit gewonnen, in dem wir gar keine Unklarheit hatten, und zwar eine Klarheit, die eher verstörend wirkt. Denn nun sehen wir uns mit dem Dilemma einer kognitiven Dissonanz konfrontiert: Während Ermessen im Sinne der heutigen Lehre als eine eigens zu belegende, gegebenenfalls sogar vor dem Legalitätsprinzip rechtfertigungsbedürftige Ausnahme gilt, sagen uns *Kelsen* und *Merkl*, dass Ermessen die *jedem* Rechtsanwendungsakt innewohnende rechtstrukturelle Regel sei. Ja, mehr noch: Sie sagen uns, dass die für die heutige Dogmatik basale Unterscheidung von gebundener und Ermessensverwaltung – in *Kelsens* Worten – „sinnlos“[37)] sei. Muss dem Ermessen, wie wir ihm heute in Lehrbüchern und in gerichtlichen Erkenntnissen begegnen, gar aus rechtstheoretischen Gründen die Berechtigung abgesprochen werden?

Merkl scheint auf so etwas Ähnliches hinauszuwollen. Anders als *Kelsen*, der

---

36) *Merkl* Verwaltungsrecht (FN 21) 144 – Hervorhebungen im Original.

37) *Kelsen* Staatslehre (FN 26) 244.

Ermessen, soweit ich das habe nachvollziehen können, nicht ein einziges Mal auch als Thema reduzierter verwaltungsgerichtlicher Kontrolle traktiert,[38] behandelt *Merkl* den Zusammenhang von Ermessen und Freistellung von gerichtlicher Kontrolle sehr wohl. Er tut dies in seinem „Allgemeine[n] Verwaltungsrecht" allerdings nicht im bereits weidlich zitierten Paragraphen zum „Verwaltungsermessen";[39] dort fällt kein einziges Wort zu mit dem Ermessen einhergehenden oder dieses gar konstituierenden gerichtlichen Kontrollfreistellungen. Erst im Schlussabschnitt seines „Allgemeine[n] Verwaltungsrecht[s]", der der „Verwaltungskontrolle" gewidmet ist,[40] verwendet *Merkl* bei großzügiger Zählweise 2,5 Seiten, bei strengerer Interpretation hingegen nur eine ¾-Seite[41] auf die Thematik gerichtliche Kontrolle von Ermessensentscheidungen. Die Essenz seiner Aussagen lässt sich in zwei Zitaten zusammenfassen:

> Nämlich erstens: „Wenn ein Gesetz die ‚Akte des freien Ermessens' von der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung ausnimmt und mit dieser negativen Formel stillschweigend die sogenannten Akte der Rechtsanwendung der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung unterwirft, so ist mit nichten eine klare Grenze zwischen dem der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegenden und dem von ihr ausgenommenen Verwaltungsbereiche gezogen. Der vermeintliche absolute Gegensatz zwischen Akten des freien Ermessens und Akten der Rechtsanwendung ist nämlich, wie die Lehre vom Verwaltungsermessen gezeigt hat, höchstens relativer, jeder Akt der Rechtsanwendung ist, wenn auch in noch so geringem Grade, Ermessensakt, jeder Akt des Ermessens doch auch Akt der Rechtsanwendung, wenn er überhaupt Verwaltungsakt, Vollzugsakt, Staatsakt sein soll. Die erwähnte Gesetzesformel ist an der falschen Theorie orientiert, welche feste, eindeutige Grenzen zwischen Akten des Ermessens und der Rechtsanwendung feststellen

---

38) Das gilt jedenfalls für die einschlägigen Monographien, nämlich die „Hauptprobleme" (1911), die „Allgemeine Staatslehre" (1925), die beiden Auflagen der „Reine Rechtslehre" (1934 und 1960), die „General Theory of Law and State" (1945) sowie für die „Allgemeine Theorie der Normen" (1979). Vgl auch die Darstellung bei *Elsner* Ermessen (FN 24) 159 f.

39) *Merkl* Verwaltungsrecht (FN 21) 140–157 (§ 10).

40) *Merkl* Verwaltungsrecht (FN 21) 363–391 (Sechster Abschnitt „Die Verwaltungskontrolle", § 24 „Die Wege der Verwaltungskontrolle", 363–369, sowie § 25 „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit", 369–391).

41) Gemeint ist: *Merkl* Verwaltungsrecht (FN 21) 385 (zweiter Absatz)–388 (erster Absatz) bzw 387 (dritter Absatz)–388 (erster Absatz).

zu können vermeint."[42)]

Und zweitens: „Eine an der richtigen Theorie orientierte Gesetzgebung darf, wenn sie die Kontrollkompetenz auf die Rechtskontrolle beschränken will, die Kompetenzbestimmung nicht in der vorerwähnten Weise auf Typen von Verwaltungsakten abstellen."[43)]

Will uns *Merkl* damit, wie es den Anschein hat, wirklich sagen, dass die gesetzgeberische Lösung – da auf der „falschen Theorie" fußend – ins Leere läuft? Oder aber wird gar anders herum ein Schuh daraus: nämlich dass, was *Kelsen* und *Merkl* uns sagen, zwar in der (Rechts-)Theorie richtig sein mag, aber nicht für die (Rechts-)Praxis taugt? Deutung 1 – der Gesetzgeber greift daneben – ist (nicht nur aus Sicht eines rechtspositivistischen Ansatzes) starker Tobak, Deutung 2 – die Reine Rechtslehre liegt falsch – nachgerade unvorstellbar. Das Ganze klingt stark nach der Wahl zwischen Pest und Cholera.

Doch bevor die Hypochondrie ganz von uns Besitz ergreift und wir nur mehr die *Wahl* zwischen zwei Krankheiten sehen, blicken wir noch einmal auf *Kelsens* und *Merkls* Aussagen zur Ermessensdeutung: Dort nämlich findet sich ein erster Ansatzpunkt, der helfen kann, der vorgenannten, absurd anmutenden Alternative zu entgehen. Auf der Grundlage der Ausführungen beider lassen sich nämlich *rechtsstrukturell notwendige* von *rechtsinhaltlich gewillkürten* Selbstprogrammierungsbefugnissen unterscheiden.[44)] Erstere werden der Verwaltung – oder allgemeiner: dem zur Rechtsanwendung Berufenen – bereits und vollständig dadurch eingeräumt, dass ein – abstrakt-generelles – Gesetz, da und soweit es sich nicht selbst vollzieht, zur Anwendung der vollziehenden Gewalt anvertraut wird: Folge und Ausdruck eines arbeitsteiligen Rechtserzeugungsprozesses. Gewillkürte administrative Entscheidungsfreiräume beruhen demgegenüber auf einer gesonderten rechts*inhaltlichen* Entscheidung des Gesetzgebers, der Verwaltung über die mit der Arbeitsteilung notwendigerweise verbundenen Freiräume hinausgehende Selbstprogrammierungsbefugnisse einzuräumen. Rechtsstrukturell notwendige Selbstprogrammierungsbefugnisse entsprechen, so könnte man formulieren, einem *rechtstheoretischen* Ermessensbegriff,[45)] rechtsinhaltlich gewillkürte demgegenüber einem *positivrechtlichen*

---

42) *Merkl* Verwaltungsrecht (FN 21) 387 – ohne die Hervorhebung im Original.

43) *Merkl* Verwaltungsrecht (FN 21) 388.

44) Näher *Jestaedt* Maßstäbe (FN 1), § 11 Rn 31 ff, bes 32.

45) Wie hier *Adamovich/Funk* Verwaltungsrecht (FN 6) 119, 120; in der Sache auch *Rill* Ermessensprüfung (FN 3) 122 ff, bes 123.

Ermessensbegriff.[46)]

Sosehr damit eine erste Entschärfung des Dilemmas erreicht ist, so sehr bleibt doch noch unklar, wie beide – der rechtstheoretische und der positivrechtliche Ermessensbegriff – in einem gemeinsamen Konzept des Verwaltungsermessens ihren Platz finden können.

VI. … das doppelte Ermessensantlitz

Hier hilft erst eine zweite Überlegung weiter: Geht es eigentlich um die Vermessung desselben Phänomens, welches beide Seiten anstreben? Oder genauer gefragt: Lassen sich die beiden Ermessensbegriffe – denn darum handelt es sich ja: um *zwei* Begriffe von Ermessen – nicht dadurch sinnvoll aufeinander beziehen und miteinander in Einklang bringen, dass sie *nicht* als Konzeptionalisierungen des identischen Phänomens, sondern als Ausdruck zweier, wenn auch miteinander verwandter Phänomene gedeutet werden? Um das zu erläutern, werde ich im Kommenden, soweit die Sprache auf den bis hierher als rechtstheoretisch qualifizierten Ermessensbegriff kommt, von *Ermessen 1* und, soweit es um den bislang so genannten positivrechtlichen Ermessensbegriff geht, von *Ermessen 2* reden.[47)] Sehen wir näher zu, geht es bei Ermessen 1 und bei Ermessen 2 nämlich um Unterschiedliches:

Ermessen 1 thematisiert die unvollständige Determination durch den Gesetzgeber (genauer: durch höherrangiges Recht). Es geht also um die Freistellung von prospektiver gesetzlicher (oder sonst höherrangiger) Programmierung. Anders gewendet: Ermessen 1 kennzeichnet die heteronom – nämlich gesetzlich (oder durch sonst für den betreffenden Rechtsanwender

---

46) Das ist natürlich insoweit ungenau, als die Unterscheidung in rechtsstrukturell notwendige und rechtsinhaltlich gewillkürte Selbstprogrammierungsbefugnisse ihrerseits eine aus Sicht der Rechtstheorie formulierte ist; die Gegenüberstellung von rechtstheoretischem und positivrechtlichem Ermessensbegriff erfolgt hier denn auch vom positiven Recht her, welches nur letzteren *normtextlich* thematisiert.

47) Das ist freilich nur cum grano salis zutreffend: Denn die Unterscheidung von notwendigen und gewillkürten Selbstprogrammierungsbefugnissen einerseits und die Disjunktion von Selbst- und Letztprogrammierungsbefugnissen sind keineswegs deckungsgleich. Das beide verbindende Element ist, dass de lege lata die jeweils zweiten Glieder in den Begriffspaaren (dh gewillkürte Selbstprogrammierung sowie Letztprogrammierung) einer besonderen, über die mit der Arbeitsteilung notwendigerweise verbundenen Freiräume hinausgehenden Entscheidung des Gesetzgebers zur Freistellung – sei es von gesetzgeberischer Determination (gewillkürte Selbstprogrammierungsbefugnis), sei es darüber hinaus auch noch von gerichtlicher Kontrolle (Letztprogrammierungsbefugnis) – bedürfen.

bindendes Recht) – verfügte Reduzierung der Fremdprogrammierung zugunsten der Eigen- oder Selbstprogrammierung des Rechtsanwenders. Daher bietet es sich an, das Ermessen 1 als *Selbst*programmierungsbefugnis des Rechtsanwenders zu charakterisieren.

Bei *Ermessen 2* geht es hingegen um etwas Abweichendes. Hier wird die unvollständige Kontrolle des Rechtsanwenders (beispielsweise der Verwaltung) durch die Gerichte, also die (regelmäßig nur partielle) Freistellung von retrospektiver *gerichtlicher* Kontrolle thematisiert.[48] In der mit Ermessen 2 bezeichneten Konstellation wird regelmäßig nicht die Kontrolle der Fremdprogrammierungsbefolgung zurückgenommen, sondern werden die Befugnisse des Gerichts, die Selbstprogrammierungsanteile der Verwaltung zu überprüfen und gegebenenfalls durch eigene zu ersetzen, beschnitten. Allgemein formuliert: Die Rechtserkenntnis- und Rechtserzeugungsleistungen des Rechtsanwenders (in unserem Fall: der Verwaltung) sind, soweit Ermessen 2 reicht, von der gerichtlichen Revision ausgenommen. Dementsprechend kann das Ermessen 2 als *Letzt*programmierungsbefugnis des Ermessensbegünstigten (hier also: der Verwaltung) bezeichnet werden.[49] Das aber bedeutet: Es dreht sich beim Ermessen 2 nicht in erster Linie – und legt man das geltende positive Recht in Österreich und Deutschland zugrunde: ganz grundsätzlich nicht – darum, dass die gerichtliche Kontrolle der Befolgung der gesetzlichen Fremdprogrammierung seitens der Verwaltung zurückgenommen oder gar ausgeschlossen würde;[50] vielmehr bedeutet Letztprogrammierungsbefugnis, dass das an sich zur „Kontrolle" berufene Gericht nicht die Selbstprogrammierungsleistung der Verwaltung prüfen sowie gegebenenfalls verwerfen und ersetzen darf. – Das Aufregende, nachgerade Aufreizende besteht beim Ermessen 2 freilich gar nicht darin, dass Selbst- und Letztprogrammierung in eins fallen und insoweit die Verwaltung keiner

---

48) In diesem Sinne etwa auch *Christoph Grabenwarter/Michael Holoubek* Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl 2014, Rn 778.

49) *Letzt*programmierung ist hier als *inter*funktioneller, nicht als *intra*funktioneller Begriff gemeint, dh als Begriff, der als Bezugspunkt die Funktionen nimmt (Legislative, Gubernative, Administrative, Judikative) und nicht die einzelnen Organe der Administrative, Judikative usf; Letztprogrammierungsbefugnis im auch *intra*funktionellen Sinne kommt nur jenem Organ zu, dessen Entscheidungen keiner Kontrolle mehr – im Instanzenzug oder auch außerhalb desselben – unterliegen.

50) Das ist jedoch beispielsweise der Fall im Verhältnis von Berufungs- und Revisionsinstanz: während erstere volle Tatsachen- und Rechtsinstanz ist, hat letztere für Tatsachenfragen (die ja ebenfalls Rechtsanwendungsfragen sind!) keine Kognitionsbefugnis.

gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Sondern umgekehrt darin, dass im Falle, dass der Verwaltung von Gesetzes wegen *kein* Ermessen 2 eingeräumt ist (und das ist ja sowohl die statistische als auch die normative Regel), den Gerichten grundsätzlich (genauer: mindestens) dieselbe Selbstprogrammierungsmacht zukommt wie der Verwaltung.[51)] Das aber heißt: dass die Gerichte im Regelfall, dass der Verwaltung kein Ermessen 2 eingeräumt ist, von Rechts wegen die Wahl[52)] darüber haben, ob sie die Selbstprogrammierungsleistung der Verwaltung übernehmen oder aber durch eine eigene ersetzen.[53)]

Mit Ermessen 1 und Ermessen 2 stehen also *Selbst*programmierungs- und *Letzt*programmierungsbefugnis einander gegenüber. Während Ermessen 1 im Rechtskonkretisierungszusammenhang aus Sicht der Verwaltung nach „vorne", zum „Davor", nämlich zum Gesetzgeber weist, richtet Ermessen 2 den Blick nach „hinten", zum „Danach", zur Rechtsprechung.[54)] Und während Ermessen 1 seinem konkreten Ob nach der Verwaltung unkonditioniert und damit gleichbleibend bei

---

51) Die umfassende Kognitionsbefugnis des Gerichts ist nicht zu verwechseln mit der Befugnis, den Verwaltungsakt dem Adressaten gegenüber zu erlassen. Selbst bei fehlender Letztprogrammierungsbefugnis der Verwaltung – vulgo: bei „gebundener Verwaltung" – ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit de lege lata grundsätzlich darauf beschränkt, den ihrer Auffassung nach rechtswidrigen Verwaltungsakt aufzuheben und die Behörde gegebenenfalls zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten.

52) Dabei sei nicht verschwiegen, dass es sich selbstredend nicht um eine ungebundene Wahl handelt; die zentralen Bindungseffekte zulasten der Rechtsprechung dürften daraus resultieren, dass sich die Gerichte nur bestimmter Argumente bedienen dürfen, die sich als „im Rahmen des methodisch Zulässigen sich bewegend" oder aber als „dogmatische" ausweisen lassen. Das ändert freilich nichts daran, dass hier keine vollständige heteronome Programmierung vorliegt und dass die Wahl Ausdruck autonomer Programmierung ist.

53) Vgl dazu auch *Kahl/Weber* Verwaltungsrecht (FN 4) Rn 121 (Hervorhebungen hier anders als im Original): „Die Fiktion von der ausschließlich heteronomen Bindungswirkung unbestimmter Gesetzesbegriffe ist aus historischen Gründen erklärbar. Es handelte sich dabei *um eine Zweckkonstruktion der Lehre zur Erweiterung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle* im Interesse einer Verbesserung des individuellen Rechtsschutzes."

54) Klarsichtige Unterscheidung der „Eigenständigkeit der Verwaltung gegenüber dem Gesetzgeber" und „Eigenständigkeit der Verwaltung gegenüber Kontrollinstanzen, insbesondere den Gerichten" bei *Hoffmann-Riem* Eigenständigkeit (FN 23) § 10 Rn 56 ff einer- und 70 ff andererseits unter Hinweis namentlich auf *Hans-Joachim Koch* Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, 1979, Rn 49 ff; *dens* Die normtheoretische Basis der Abwägung, in: *Robert Alexy/Hans-Joachim Koch/Lothar Kuhlen/ Helmut Rüßmann*, Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, 235 ff; vgl des Weiteren *Elsner* Ermessen (FN 24) 175 ff, bes 177 f.

jedem Rechtsanwendungsakt zukommt, ist Ermessen 2 prozedural konditioniert durch die Anrufung der Gerichte in concreto, hängt also in seinem effektiven Bestand davon ab, ob gerichtlicher Rechtsschutz gegen das Verwaltungshandeln in Anspruch genommen wird; denn nur wenn dies der Fall ist, wird die gerichtliche Letztprogrammierungsbefugnis aktiviert und können Selbst- und Letztprogrammierungsbefugnis überhaupt in casu auseinanderfallen. Ermessen 2 schließt (so wenigstens vom positiven Recht meines Wissens ausnahmslos vorgesehen) Ermessen 1 ein; Umgekehrtes gilt hingegen nicht, dh die Einräumung von Selbstprogrammierungsbefugnis ohne eine entsprechende Ausstattung der Verwaltung mit Letztprogrammierungsmacht ist demgegenüber gang und gäbe – nämlich just jene administrative Tätigkeit, die – aus rechtstheoretischer Sicht irreführender Weise – als „gebundene Verwaltung“ bezeichnet wird. Ermessen 1 und Ermessen 2 lassen sich danach wie folgt gegenüberstellen:

Verwaltungsermessen 1	*Verwaltungsermessen 2*
– administrative *Selbst*programmierungsbefugnis	– administrative *Letzt*programmierungsbefugnis
– Freistellung von prospektiver (Fremd-) Programmierung	– Freistellung von retrospektiver Kontrolle/Korrektur
– im Verhältnis zum Gesetzgeber	– im Verhältnis zur Rechtsprechung
– Handlungsnorm-Perspektive	– Kontrollnorm-Perspektive
– rechtsstrukturell notwendig oder positivrechtlich gewillkürt	– positivrechtlich gewillkürt
– ist unabhängig von Ermessen 2	– setzt Ermessen 1 voraus

Die zunächst festgestellte kognitive Dissonanz löst sich also auf, erkennt man, dass mit Ermessen nicht ein *perplex regimen*, sondern ein *duplex regimen* angesprochen ist, dass der administrative Entscheidungsfreiraum hier in seiner Doppelsinnigkeit und Doppelgesichtigkeit erscheint – Ermessen als *Selbst*programmierungsbefugnis einerseits und als *Letzt*programmierungsbefugnis andererseits. Die Erkenntnis dieses doppelten Ermessensantlitzes ermöglicht eine klarere und genauere Erfassung, Vermessung und Inbezugsetzung legislativer, administrativer und judikativer Rechtsanwendung und leistet damit einen Beitrag zu einem anspruchsvolle(re)n Verständnis von Rechtsgewinnung in modernen arbeitsteiligen Rechtsordnungen.

VII. Konsequenzen für die Lehre vom administrativen Entscheidungsfreiraum

Konsequenzen aus den angestellten Überlegungen sind namentlich in zweierlei Richtungen zu erkennen: Da sind zum einen die sozusagen thematisch unmittelbaren Schlussfolgerungen für die Lehre vom administrativen Entscheidungsfreiraum. Und zum anderen können gleichsam thematisch mittelbare Konsequenzen für das Verständnis des gerichtlichen Rechtsschutzes ausgemacht werden.

Zunächst zu den Folgen für die Lehre vom administrativen Entscheidungsfreiraum, die sich in wenigstens Vierfachem niederschlagen:

(1) Zwischen dem Ermessen als administrativer *Selbst*programmierungsmacht (Ermessen 1) und dem Ermessen als administrativer *Letzt*programmierungsmacht (Ermessen 2) ist klar zu unterscheiden: Erstere bestimmt das Verhältnis der Verwaltung zum Gesetzgeber, letztere jenes zur Gerichtsbarkeit.

(2) Das Ermessen 2 umfasst stets das Ermessen 1 (bzw setzt dessen Vorliegen voraus). Umgekehrtes gilt indes nicht. Sowohl für das Vorliegen des Ermessens 1 als auch des Ermessens 2 ist in concreto ein positivrechtlicher Nachweis zu führen – hinsichtlich der Selbstprogrammierungsbefugnis wegen dessen rechtsstruktureller (Bestands-)Notwendigkeit nur in puncto Umfang, hinsichtlich der Letztprogrammierungsbefugnis hingegen umfassend, dh sowohl in puncto Bestand als auch in puncto Umfang.

(3) Der Beurteilungsspielraum und das Ermessen im herkömmlichen Verständnis erweisen sich als zwei strukturverwandte Spielarten der administrativen Letztentscheidungsermächtigung. Sie unterscheiden sich vor allem anhand ihres verschiedenen normstrukturellen Sitzes im Tatbestand bzw in der Rechtsfolge der Ermächtigungsnorm. Dieser Unterschied rechtfertigt aber nicht ein unterschiedliches dogmatisches Regime.[55] Die liebgewonnene *kategoriale* Dichotomie ist daher aufzugeben. Damit wird zudem – ein nicht zu unterschätzender Vorteil (der allein freilich als Begründung nicht hinreichte) – Anschluss gewonnen an den unionsrechtlichen Diskurs über das Ermessen/discretionary power/pouvoir discrétionnaire, der diese feinziselierten Unterscheidungen sowieso nicht kennt.[56]

---

55) Was selbstredend nicht bedeutet, dass nicht typenspezifischen Besonderheiten in dogmatischen Binnendifferenzierungen Rechnung getragen werden könnte und gegebenenfalls auch sollte.

56) Dazu *Jürgen Schwarze* Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl 2005, 314 ff; *Thomas von Danwitz* Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, 183 ff, 327 ff je mwN.

(4) Selbst- und Letztprogrammierungsmacht, Ermessen 1 und Ermessen 2, sind nicht auf die Verwaltung beschränkte Rechtsphänomene. Ermessen in diesem doppelten Sinne taucht auf jeder Rechtsanwendungsstufe auf, also etwa auch auf jener des Gesetzgebers, der die Verfassung anwendet. Vermeintliche Besonderheiten administrativer Rechtserzeugung sind auch auf diesem Hintergrund kritisch zu betrachten und eigens zu begründen.[57)]

VII. Konsequenzen für die Konzeptionierung gerichtlicher Verwaltungskontrolle

Und für die Konzeptionierung gerichtlicher Verwaltungskontrolle können drei richtungweisende Erkenntnisse festgehalten werden, die hier nur mehr genannt, aber in ihren Weiterungen nicht mehr beleuchtet werden sollen:

(1) Der Begriff der gerichtlichen *Kontrolle* insinuiert, dass das Gericht lediglich einen Abgleich des Verwaltungshandelns an einem vorgegebenen – gesetzlichen – Maßstab vornimmt, sprich: lediglich die Fremdprogrammierungskonformität, also die Rechtmäßigkeit im Sinne der Gesetzmäßigkeit überprüft (*Kontrolle sensu stricto*).[58)] Das ist jedoch, wie gesehen, dann und insoweit zu kurz gegriffen, wenn und als der Verwaltung – wie regelmäßig – *nicht* Ermessen 2, also Letztkonkretisierungsbefugnis, zukommt. Dann nämlich prüft das Gericht und ersetzt auch gegebenenfalls den Selbstprogrammierungsanteil der Verwaltung (Ermessen 1) durch einen gerichtseigenen. In dieser Konstellation lässt sich allenfalls *sensu largo* noch von „Kontrolle“ (nämlich einer echten „contre-rôle“) sprechen.

(2) Das zum Ermessen 1, zur Selbstprogrammierungsbefugnis, Gesagte gilt – wie *Kelsen* und *Merkl* ja völlig zu Recht hervorheben[59)] – für alle Gewalten, damit auch für die Rechtsprechung selbst. Das aber hat zur Konsequenz, dass auch die gerichtliche Kontrolltätigkeit – gleichviel, ob Kontrolle sensu stricto oder aber sensu largo verstanden wird – ihrerseits niemals 100 % fremdprogrammierte

---

57) Hinweise dazu bei *Jestaedt* Maßstäbe (FN 1), § 11 Rn 18 sowie 19 f.

58) Repräsentativ: *Huber* in: *von Mangoldt/Klein/Starck* GG (FN 9) Art. 19 Abs. 4 Rn 513: „Gerichtliche Kontrolle ist somit vor allem ‚streng gesetzesakzessorische Kontrolle‘ [*Hans-Jürgen Papier* Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl 2001, § 154 Rn 61]. Sie kann nicht weiter reichen, als die materiell-rechtlichen Bindungen der Exekutive.“

59) Vgl bspw *Kelsen* Hauptprobleme (FN 25), 654–656 einer- und *Merkl* Verwaltungsrecht (FN 21) 142 andererseits.

Rechtsanwendungstätigkeit ist, sondern sich ebenfalls aus Fremd- und Selbstprogrammierungsanteilen zusammensetzt.

(3) Gehört die über die bloße Rechtmäßigkeit, also die Prüfung der Fremdprogrammierungskonformität, hinausgehende *Kontrolle sensu largo* ebenfalls zur Aufgabe der Gerichte, so ist zu klären, ob sich die verfassungsgesetzliche Rechtsschutzgarantie[60] darauf erstreckt[61] – was eine äußerst spannende und folgenträchtige Frage des positiven Rechts und nicht der Rechtstheorie ist.[62]

60) Für das deutsche Recht ist, soweit es sich um staatliches Handeln in den Handlungsformen des Öffentlichen Rechts handelt, Art 19 IV 1 GG gemeint: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen."

61) Gegebenenfalls sind bei einem extensiven Rechtsschutzgarantie-Verständnis auch ein rechtstheoretischer und ein positivrechtlicher Begriff von *Rechtmäßigkeit* zu unterscheiden: rechtmäßig wäre das Verwaltungshandeln unter rechtstheoretischen Auspizien schon bei Fremdprogrammierungskonformität, unter positivrechtlichen Auspizien träte als weitere Voraussetzung hinzu, dass das Verwaltungshandeln auch sub specie der Selbstprogrammierung den Rechtsanwendungsvorstellungen des Gerichts entspräche.

62) Dazu die Hinweise bei *Jestaedt* Maßstäbe (FN 1), § 11 Rn 38 mwN.