



Title	Diskussionsbericht zum Vortrag von Matthias Justaedt
Author(s)	Hwang, Shu-Perng
Citation	Osaka University Law Review. 2016, 63, p. 210-215
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/54611
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

Diskussionsbericht zum Vortrag von Matthias Jestaedt

*Shu-Perng HWANG**

Einleitung

Wie der Vortrag von Matthias Jestaedt zutreffend dargelegt hat, wird im deutschen Verwaltungsrecht die klassische Differenzierung von Ermessen und Beurteilungsspielraum trotz zahlreicher Kritik bisher noch weitgehend angenommen. Schon in diesem Sinne verdient die Reine Rechtslehre große Beachtung, denn sie ist in der Lage, die Probleme der herrschenden Doppeldogmatik zu beleuchten und bewältigen. Dies bedeutet aber zugleich, dass – (auch) im Bereich des Verwaltungsrechts – die Reine Rechtslehre sich prinzipiell von der herrschenden Meinung distanziert. Mein folgender Kommentar konzentriert sich daher auf drei Punkte: Zuerst möchte ich zeigen, welche übliche Missverständnisse für die Reine Rechtslehre es gibt im Rahmen des Verwaltungsrechts. Sodann möchte ich darauf hinweisen, wie die Reine Rechtslehre das Verwaltungsermessen auffasst. Schließlich versuche ich zu argumentieren, welchen Beitrag die Reine Rechtslehre zur Überwindung der herkömmlichen Gegenüberstellung von unbestimmtem Rechtsbegriff, Ermessen und Beurteilungsspielraum leisten könnte.

I. Allgemeine Missverständnisse der Reinen Rechtslehre im Rahmen des Verwaltungsrechts

Die Reine Rechtslehre ist vertraut und viel diskutiert. Doch sie erregt immer wieder Missverständnisse. Diese stellen sich im Verwaltungsrecht vor allem durch zwei Hauptargumente dar: Zum einen wird angenommen, die Reine Rechtslehre verstehe das Gesetz als Rahmen und gehe gerade mit diesem Rahmenverständnis von einer formalistischen Vorstellung des Stufenbaus der Rechtsordnung und insofern von der Inhaltslosigkeit des Gesetzes aus.¹⁾ Zum anderen wird weiterhin behauptet, wegen dieser Inhaltslosigkeit des Gesetzes sei nach der Reinen

* Prof. Dr., LL.M. (Columbia) Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica Taipei, Taiwan

1) Zur Kritik aus rechtstheoretischer Perspektive vgl. z. B. *K. Larenz*, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl., 1935, S. 49 f.

Rechtslehre die Verwaltungsentscheidung nicht selten als gesetzlich ungebundene oder nur wenig dirigierte Rechtsetzung zu qualifizieren.²⁾ Die beiden genannten Missverständnisse beruhen auf der (bis heute herrschenden) Grundannahme, zwischen den Normen höherer und niederer Stufe bestehe ein inhaltlich-logischer Ableitungszusammenhang. Nach diesem Verständnis muss das Gesetz seine inhaltlichen Vorgaben möglichst vollständig aufstellen, um das Verwaltungshandeln richtig zu binden.³⁾ Wenn also das Gesetz nur inhaltsknappe Direktiven enthält, so wird seine Bindungskraft zwangsläufig geschwächt.⁴⁾ Doch gerade diese Vorstellung will die Reine Rechtslehre mit einem ganz anderen methodologischen Ansatz überwinden.

-
- 2) Dieser Eindruck hängt mehr oder weniger mit der berühmten These der Reinen Rechtslehre zusammen, zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung bestehe kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer Unterschied (vgl. dazu *H. Kelsen*, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?: Die Justiz VI, 1930/31, S. 576 ff., 586). Allerdings darf dies keineswegs dahin missverstanden werden, als ob aus der Sicht Kelsens die Differenzierung zwischen der gesetzgeberischen Rechtsetzung auf der einen Seite und der behördlichen Rechtsanwendung auf der anderen Seite nicht mehr notwendig wäre. Vgl. in diesem Zusammenhang *S.-P. Hwang*, Rechtsanwendung in der pluralistischen Demokratie. Hans Kelsens Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung seiner Demokratietheorie, Der Staat 46 (2007), S. 442 ff., 449 ff. Auch Kelsen selbst hebt den eigenartigen schöpferischen Charakter der Gesetzgebung hervor. Vgl. dazu *H. Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 5 (1929), S. 2 ff., 53: „Das Gesetzgebungsorgan fühlt sich in Wirklichkeit begreiflicherweise nur als freier Schöpfer des Rechts, und nicht als ein durch die Verfassung gebundenes Organ der Rechtsanwendung, obgleich es letzteres der Idee nach ist.“
 - 3) Zu dieser klassischen Vorstellung, die nach wie vor von einer materiell-inhaltlichen Gesetzesbindung ausgeht, vgl. nur *D. Jesch*, Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, 1961, S. 94 ff.; *H. H. Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl. 1991, S. 113 ff.
 - 4) Gerade auf dieser Erkenntnisgrundlage nehmen die Vertreter der sog. „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ an, das Gesetz sei nicht mehr als geeignetes und effektives Steuerungsmittel zur Kontrolle der Verwaltungsentscheidung anzusehen. Daher sei die Verwaltung einerseits von der starren Gesetzesbindung zu befreien und andererseits durch neuere Steuerungsmittel – nämlich mit Hilfe außerrechtlicher Vorgaben – zu „rationalisieren“. Vgl. dazu nur *A. Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Abmann/A. Voßkuhle (Hrsg.)*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1. Dass die „Reformdiskussionen“ in den letzten Jahrzehnten erhebliche Auswirkungen auf das deutsche Verwaltungsrecht ausgeübt haben, steht außer Zweifel. Vgl. *I. Appel/M. Eifert*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, in: VVDStRL 67 (2008), S. 226 ff., 286 ff.

II. Wesen und Funktion des Verwaltungsermessens aus Sicht der Reinen Rechtslehre

In Abkehr vom herkömmlichen Verständnis sieht die Reine Rechtslehre im Verhältnis zwischen den Normen höherer und niederer Stufe ein Ermächtigungszusammenhang, wobei der gesetzliche Rahmen als Ermächtigungs- und zugleich als Verpflichtungsquelle der Verwaltungsentscheidung fungiert. Dementsprechend gilt das Verwaltungsermessen als Willensakt, welcher einerseits zur Gesetzeskonkretisierung ermächtigt ist und andererseits doch gleichzeitig an das ermächtigende Gesetz gebunden ist.⁵⁾ Dies hat Herr Jestaedt in seinem Vortrag deutlich gezeigt. Nach Ansicht der Reinen Rechtslehre also besteht zwischen Gesetzesermächtigung und Gesetzesbindung kein absoluter Gegensatz. Denn: Die Freiheit der Verwaltung dient gerade zur Gesetzesverwirklichung und bleibt daher gebunden. Wie Hans Kelsen selbst erläutert: „Nie also ist das Ermessen vollkommen frei, ohne jede den im freien Ermessen stehenden Akt bestimmende Norm, da es sonst nicht möglich ist, diesen Akt als Rechtsakt, den ihn setzenden Menschen als Staatsorgan zu begreifen; und niemals ist das Ermessen vollkommen gebunden, weil sonst der im Ermessen stehende Akt überhaupt unmöglich wäre.“

5) Wie Kelsen argumentiert: „Die generelle Rechtsnorm ist stets nur ein Rahmen, innerhalb dessen die individuelle Rechtsnorm zu erzeugen ist. Aber dieser Rahmen kann enger oder weiter sein. Er ist am weitesten, wenn die positive generelle Rechtsnorm nur die Ermächtigung zur Erzeugung der individuellen Rechtsnorm enthält, ohne deren Inhalt vorauszubestimmen.“(H. Kelsen, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl. (1960), Nachdruck 2000, S. 250). Ähnlicherweise sagt er: „Aber auch die von dem Gesetzgeber gesetzten generellen Normen bestimmen immer nicht nur das Verfahren der Organe, die diese Normen anzuwenden haben, sondern auch den Inhalt dieser Normen, sodass auch eine positive Rechtsordnung, zumindest von den Gesetzen aus gesehen, kein bloßer Erzeugungszusammenhang ist. Doch ist eine Rechtsordnung denkbar, die diesen Charakter hat: Die Rechtsordnung des Idealstaates Platons ermächtigt die Richter, ohne an generelle, vorbestimmte Normen gebunden zu sein, individuelle Fälle nach ihrem Ermessen zu entscheiden.“(H. Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 208). Beide Aussagen machen in erster Linie deutlich, dass der Rahmen – sei er eng, sei er weit – jedenfalls ein Bindungsschema für die richterliche Rechtsanwendung bildet. Darüber hinaus weisen sie darauf hin, dass, wenn der (weiteste) Rahmen bloß Ermächtigungsnormen enthält, die Bindung des Rechtsanwenders an den Rahmen des Rechts erst und gerade durch die Ermächtigung zu verwirklichen ist. Mit anderen Worten: Im Fall des weitesten Rahmens ist die Ermächtigung selbst als Bindungsquelle anzusehen. Vgl. dazu näher S.-P. Hwang, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen. Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und im Telekommunikationsrecht, 2013, S. 41 ff.

[...] 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.⁶⁾ Bereits diese Aussage macht deutlich, dass die Reine Rechtslehre im Grunde genommen doch für eine umfassende Verrechtlichung der Verwaltung plädiert, wobei allerdings die hier gemeinte „Verrechtlichung“ nicht wiederum mit dem Postulat einer inhaltlich vom Gesetz vordeterminierten Verwaltung verwechselt werden darf. Die Idee einer Verrechtlichung der Verwaltung im Sinne der Reinen Rechtslehre weist vielmehr darauf hin, dass die gesetzliche Einräumung von Verwaltungsermessen weder die Verselbständigung der Verwaltung vom Gesetz noch die Rücknahme gerichtlicher Kontrolldichte bedeutet.⁷⁾ Maßgeblich ist nach wie vor der gesetzliche (Ermächtigungs-) Rahmen, der nicht nur das Verwaltungsermessen an zweckbestimmte Aufgaben bindet, sondern auch Kontrollmaßstab für das Gericht bereitstellt.⁸⁾

III. Der Beitrag der Reinen Rechtslehre zur Überwindung der Gegenüberstellung von unbestimmtem Rechtsbegriff, Ermessen und Beurteilungsspielraum

Dem Vorhergehenden ist zu entnehmen, dass – wie auch Herr Jestaedt schon dargelegt hat – aus Sicht der Reinen Rechtslehre die Gegenüberstellung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen schon deshalb fragwürdig ist, weil die

6) H. Kelsen, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates (1923/24), in: H. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck [Hrsg.], Die Wiener rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Bd. 2, 1968, S. 1625 ff., 1645 f.

7) Dies zeigt sich bei der Demokratietheorie Hans Kelsens besonders deutlich. Vgl. H. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (1929), 2. Aufl. 1963, S. 75: „Hat man erkannt, dass die Idee der Legalität, trotzdem sie zu einer Einschränkung der Demokratie führt, dennoch zu deren Verwirklichung aufrechterhalten werden muss, dann hat man für die Demokratie all jene Kontrollinstitutionen zu fordern, die die Gesetzmäßigkeit der Vollziehung garantieren [...]. Hier ist vor allem an die Verwaltungsgerichtsbarkeit gedacht, deren Zuständigkeit in demselben Maße ausgedehnt und verstärkt werden muss, als die Verwaltungsakte von demokratischen und daher parteipolitischen Einflüssen zugänglichen Instanzen gesetzt werden.“ (Hervorhebung im Original)

8) Vgl. dazu ausführlich S.-P. Hwang, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen. Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und im Telekommunikationsrecht, 2013, S. 102 ff., 120 ff.

dieser zugrunde liegende Annahme, dass das Ermessen zur Freiheit, der unbestimmte Rechtsbegriff hingegen zur Bindung tendiere, unhaltbar ist. Auch und gerade nach einem Rahmenverständnis besteht zwischen unbestimmtem Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum kein Regel-Ausnahme-Verhältnis, indem daran festgehalten wird, dass der Beurteilungsspielraum als Normalfall der gesetzlichen Rahmenordnung nicht zur Rücknahme gerichtlicher Kontrolldichte führen darf.⁹⁾ Auch in dieser Hinsicht ist es klar, dass die Reine Rechtslehre weder für die sog. „normative Ermächtigungslehre“¹⁰⁾ noch für die seit einiger Zeit entwickelte dogmatische Figur des „Regulierungsermessens“¹¹⁾ spricht: Erstere stellt die herkömmliche Gegenüberstellung von unbestimmtem Rechtsbegriff, Ermessen und Beurteilungsspielraum niemals prinzipiell in Frage, indem sie stets

- 9) Vgl. dazu ausführlich *S.-P. Hwang*, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen. Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und im Telekommunikationsrecht, 2013, S. 109 ff.
- 10) Zur normativen Ermächtigungslehre, die seit einiger Zeit weitgehende Zustimmung gefunden hat, vgl. statt vieler *R. Wahl*, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte – Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, S. 409 ff., 411; *E. Schmidt-Aßmann/T. Groß*, Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte nach der Privatgrundschul-Entscheidung des BVerfG, NVwZ 1993, S. 617 ff., 620 ff.; *H. Hill*, Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität der Verwaltungshandlens, DÖV 1987, S. 885 ff., 886; *U. Ramsauer*, Rechtsschutz durch nachvollziehende Kontrolle. Bemerkungen zu Methodik und Technik verwaltungsgerichtlicher Entscheidungsfindung, in: FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 699 ff., 706 ff.; *M. Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandlens, in: *H.-U. Erichsen / D. Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010, S. 355-358. Nach der normativen Ermächtigungslehre spricht der materiell-inhaltlich unvollkommene unbestimmte Rechtsbegriff nicht schon mit seiner semantischen Unbestimmtheit, sondern erst durch seine mit den handhabbaren Auslegungsmethoden erkennbare Letztentscheidungsermächtigung an die Verwaltung für einen behördlichen Beurteilungsspielraum. Bereits in diesem Zusammenhang aber zeigt sich, dass auch dieser normativen Ermächtigungslehre die klassische Voraussetzung materiell-inhaltlicher Gesetzesbindung zugrunde liegt.
- 11) Zum Begriff *J. Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D zum 66. DJT, 2006, D 9 ff., 152 ff., 156; *M. Ludwigs*, Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, JZ 2009, S. 290 ff., 291 ff.; *K. F. Gärditz*, „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2009, S. 1005 ff.; *F. Schorkopf*, Regulierung nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. Zielvorstellungen guter Ordnung im neueren Verwaltungsrecht, JZ 2008, S. 20 ff., 24; *C. Franzius*, Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht? Zum behördlichen Gestaltungsauftrag für die Zugangs- und Entgeltregulierung nach §§ 21, 30 TKG, DVBl. 2009, S. 409 ff., 410 ff.; *J. Wieland*, Regulierungsermessen im Spannungsverhältnis zwischen deutschem und Unionsrecht, DÖV

an dem klassischen inhaltlich-logischen Verständnis des Stufenbaus des Rechts festhält.¹²⁾ Letztere geht trotz oder gerade wegen dem Versuch einer Überwindung der klassischen Doppeldogmatik vorschnell von der Inhalts- und daher Bindungslosigkeit des Gesetzes aus und drängt insofern die gerichtliche Kontrollfunktion in den Hintergrund.¹³⁾ Beide Ansätze widersprechen der Kernthese der Reinen Rechtslehre, die zwar auf die inhaltlich vollkommene, keineswegs aber auf die am Maßstab des gesetzlichen Ermächtigungsgehaltes bzw. -zwecks vorgenommene Gesetzesbindung verzichtet.

Resümee

Die vorstehende Analyse weist deutlich darauf hin, dass die Reine Rechtslehre als Versuch einer vollständigen Verrechtlichung der Verwaltung zu verstehen ist. Gerade in diesem Sinne begründet sie weder rechtsfreie noch gerichtlich kontrollfreie Räume der Verwaltung, sondern rückt im Gegenteil Gesetzesbindung und Gerichtskontrolle der Verwaltung in den Vordergrund, indem sie in Abkehr vom logisch-deduktiven Verständnis des Stufenbaus des Rechts den gesetzlichen Rahmen als Ermächtigungs- und zugleich als Bindungsquelle auffasst.

2011, S. 705 ff., 706 ff.; A. Proelss, Das Regulierungsermessen – eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, AÖR 136 (2011), S. 402 ff., 411 ff. Nach dem Bundesverwaltungsgericht (vgl. BVerwG 130, 39 (48); 131, 41 (62)) stützt sich das Regulierungsermessen auf die „besondere fachliche Legitimation“ der Regulierungsbehörde. Unter Heranziehung der behördlichen Kompetenz zum Regulierungsermessen wird die herkömmliche Dichotomie nicht nur von Tatbestand und Rechtsfolge, sondern auch von Beurteilungsspielraum und Ermessen überwiegend zugunsten der Letztentscheidungsbefugnis der Regulierungsverwaltung aufgehoben.

- 12) Vgl. dazu ausführlich S.-P. Hwang, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen. Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und im Telekommunikationsrecht, 2013, S. 93 f., 146 ff.
- 13) Vgl. dazu näher S.-P. Hwang, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen. Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und im Telekommunikationsrecht, 2013, S. 174 ff.