

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 706

Das freie Ermessen

**Von den vorkonstitutionellen
Wurzeln zur positivistischen Auflösung
der Ermessenslehre**

Von

Ulla Held-Daab



Duncker & Humblot · Berlin

***Ulla Held-Daab* · Das freie Ermessen**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 706

Das freie Ermessen

**Von den vorkonstitutionellen Wurzeln
zur positivistischen Auflösung der Ermessenslehre**

Von

Ulla Held-Daab



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Held-Daab, Ulla:

Das freie Ermessen : von den vorkonstitutionellen Wurzeln zur
positivistischen Auflösung der Ermessenslehre / von Ulla Held-
Daab. – Berlin : Duncker und Humblot, 1996

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 706)

Zugl.: Berlin, Humboldt-Univ., Diss., 1995

ISBN 3-428-08643-0

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin


Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-08643-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 1995 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen.

Herrn Professor Dr. Bernhard Schlink danke ich herzlich für die Betreuung der Arbeit und für die Förderung während des Studiums und der Zeit am Lehrstuhl in Bonn. Für Kritik und wertvolle Hinweise danke ich Herrn Professor Dr. Michael Stolleis. Mein Dank gilt weiter Herrn Professor Dr. Hasso Hofmann für seine Anregungen im Zweitgutachten und Herrn Professor Dr. Bodo Pieroth für seine Hinweise zur Rechtsstaatslehre Otto Bähres. Herrn Professor Dr. Walter Pauly, Herrn Dr. habil. Stefan Koriath und Ralf Poscher danke ich für anregende Gespräche über Problemstellung und Lösungsansätze.

Meinem Mann danke ich herzlich für geduldiges Zuhören, kritische Rückfragen und dafür, daß er mir in schwierigen Zeiten immer wieder Mut gemacht hat. Danken möchte ich außerdem allen, die bei den Korrekturen geholfen haben, besonders Anke und Martin Daab und Lieselotte Möchel.

Mein Dank gilt schließlich der Studienstiftung des deutschen Volkes für die großzügige Förderung im Studium und während der Promotionszeit.

Aachen, im Februar 1996

Ulla Held-Daab

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
A. Die vor- und frühkonstitutionellen Wurzeln	20
I. Der Ermessensbegriff in der Reichspublizistik und der Territorialstaatsrechts- lehre	21
1. Bedeutungsmerkmale des Ermessensbegriffs im allgemeinen und im juristi- schen Sprachgebrauch	21
2. Das Ermessen des Landesherrn in der Ausübung seiner Hoheitsgewalt	23
a) Voraussetzungen	23
aa) Abgrenzung zu ständischen Mitwirkungsrechten	24
bb) Abgrenzung zur Entscheidungszuständigkeit der Gerichte	25
aaa) Die Zuständigkeit der Reichsgerichte	25
bbb) Die Zuständigkeit der Territorialgerichte	30
(1) Die Zuständigkeit der Justizkollegien	30
(2) Die Kammerjustiz	34
cc) Materiellrechtliche Bezüge des Ermessensbegriffs	36
aaa) Ermessen als Gegensatz zur Rechtsbindung	37
bbb) Ermessen als Charakteristikum polizeilichen Handelns	39
b) Leitlinien und Grenzen der Ermessensausübung	41
aa) Klugheitsregeln und Kriterien der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit als Leitlinien der Ermessensausübung	42
bb) Positives Recht und Mißbrauch der Hoheitsgewalt als Grenzen des landesherrlichen Ermessens	43
aaa) Positivrechtliche Grenzen	43
bbb) Der Mißbrauch der Landeshoheit	44
3. Das richterliche Ermessen	47

II. Die Begriffsverschiebung zu Beginn des 19. Jahrhunderts	53
1. Ermessen als Kompetenz zur justizfreien politischen Entscheidung	53
a) Die Reduzierung des Privatrechtsbegriffs und die Argumentation mit der landesherrlichen Souveränität	54
b) Das Gewaltenteilungsargument	57
2. Ermessen als Gegensatz zur positivrechtlichen Bindung der Hoheitsgewalt ..	61
III. Die Kontinuität des Ermessensbegriffs im Frühkonstitutionalismus und unter der Paulskirchenverfassung	65
IV. Zusammenfassung	68
 B. Die Entfaltung der spätkonstitutionellen Ermessenslehre	 70
I. Die Ansatzpunkte: Rechtsstaatslehren und Verwaltungsgerichtsgesetze	70
1. Rechtsstaatlich begründete Ansätze zu einer Revision der Ermessenslehre ..	71
a) Lorenz v. Stein oder Das verfassungsmäßige Verwaltungsrecht	71
b) Otto Bähr oder Die Auslegungslehre im Dienst der Verwaltung	74
c) Friedrich Franz Mayer oder Ermessensgrenzen à la Française	79
d) Rudolf v. Gneist oder Die willkürfreie Maßbestimmung	84
e) Die gemeinsamen Perspektiven	88
aa) Das Rechtsstaatsargument als Surrogat verfassungsrechtlicher For-	
derungen	88
bb) Die Neubestimmung des Verhältnisses von Rechtsbindung und Er-	
messen	92
aaa) Das positive Recht als Ermessensgrenze	93
bbb) Die Reduzierung der Rechtsanwendungsfehler auf die Wort-	
lautverfehlung	94
cc) Die Renaissance der Mißbrauchslehre	96
2. Das freie Ermessen als Grund für die Unzuständigkeit der Verwaltungsge-	
richte	99
a) Der Ausschluß verwaltungsgerichtlicher Ermessenskontrolle	102
b) Die Sonderstellung der Tatsachenkontrolle	110

II. Die Entwicklung zur herrschenden Ermessenslehre	113
1. Die konventionelle Verkürzung der Fragestellung	114
a) Die Identifikation von Rechts- und Gesetzesbindung	114
b) Die Konzentration auf das Verwaltungsermessen und die Rechtsschutzperspektive	116
c) Das Gesetz „nur“ als Schranke des Verwaltungsermessens	117
aa) Die Identifikation von Gesetzesbindung und Gesetzesvorrang	118
bb) Die Verkürzung des Vorrangproblems durch die Kontinuität der Gewaltenteilungsargumentation	121
aaa) Das Gewaltenteilungsargument in der konservativen Lehre ..	122
bbb) Die Relativierung des Gewaltenteilungsarguments in der positivistischen Staatsrechtslehre	125
ccc) Der Dualismus von richterlichem und freiem Ermessen in der Lehre vom Verwaltungsakt	132
2. Schauplätze und Fortschritte der Diskussion	139
a) Vom Ermessenstatbestand zum unbestimmten Rechtsbegriff	140
aa) Unbestimmte Begriffe als Ermessenseinräumung	141
aaa) Das Argument der gesetzlichen Lücke	141
bbb) Das Argument impliziter gesetzlicher Delegation	146
ccc) Das „technische“ Ermessen sachverständiger Tatsachenfeststellung und -würdigung	149
ddd) Zusammenfassung	156
bb) Die Lehre vom unbestimmten Rechtsbegriff	157
aaa) Unbestimmte Begriffe als Tatbestandsvoraussetzung bei der Regelung subjektiver Rechte	157
bbb) Die Konkretisierung unbestimmter Begriffe als Auslegungsproblem	160
ccc) An den Grenzen der Auslegung	165
ddd) Zusammenfassung	167
cc) Kompromisse und Kasuistik – Die Überbrückung des Auslegungsspielraums	167
aaa) Das Bruchigwerden des Dogmas vom eindeutigen Auslegungsergebnis	168

bbb)	Walter Jellineks Drei-Sphären-Modell der Anwendung unbestimmter Tatbestandsmerkmale	170
ccc)	Die Ausweichstrategien	172
	(1) Die Verweislehren	172
	(2) Die Begrenzung des Ermessens auf die Ermächtigung zur Zweckkonkretisierung oder Wertung	178
ddd)	Zusammenfassung	181
dd)	Zwischenergebnis: Die Tendenz zur Reduzierung des Ermessens auf die Rechtsfolgenwahl	183
b)	Einschränkungen des Rechtsfolgenermessens	186
aa)	Die Emanzipation des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus der Ermessensfehlerlehre	186
aaa)	Der Ausgangskonsens: Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit als reine Ermessensfragen	186
bbb)	Die Ungeeignetheit als Indiz der Ermessensüberschreitung durch Willkür – Die „Motivkontrolle“ des Preußischen Oberverwaltungsgerichts	189
ccc)	Eignung und Erforderlichkeit als Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Polizeiverfügung	193
	(1) Die Stagnation der Rechtsprechung	193
	(2) Die Lehre vom Übermaßverbot oder vom Grundsatz der verhältnismäßigen Abwehr	194
ddd)	Zusammenfassung	199
bb)	Entwicklung und Funktion der spätkonstitutionellen Ermessensfehlerlehre	201
aaa)	Konkretisierungen und Rechtfertigungsversuche	202
	(1) Die Ermessensüberschreitung als bösgläubige Dienstpflichtverletzung	203
	(2) Die Ermessensüberschreitung als Verstoß gegen rechtliche Zweckbindungen	207
	(a) Das Vorbild des <i>excès de pouvoir</i>	207
	(b) Die Zweckbindung als „innere“ Ermessensgrenze ..	208
	(c) Die Zweckbindung als Grenze zur Zuständigkeits- oder Befugnisüberschreitung	210
	(3) Die Ermessensüberschreitung als Fehler im Entscheidungsverfahren	212
bbb)	Die Kompensationsfunktion der Ermessensfehlerlehre	220
ccc)	Zusammenfassung	222

3. Die Bilanz der herrschenden spätkonstitutionellen Ermessenslehre	223
a) Die Dualismen	223
aa) Die Kontinuität der Gegenüberstellung von gebundenem richterlichen und freiem Verwaltungsermessen	224
aaa) Der Dualismus gebundener und freier Staatstätigkeit	224
bbb) Die Zuordnung zu den Staatsfunktionen	225
bb) Ermessen als Gegenstand rechtlicher Beschränkung oder als Restbereich legalen Entscheidungsspielraums	228
cc) Die Doppelbödigkeit der Fehlerlehre	230
b) Methodische Grundlagen und staats-theoretischer Hintergrund	232
aa) Die Entfaltung positivrechtlicher Bindungen auf dem Boden des dualistischen Rechtsanwendungsmodells	232
bb) Die Lehre von den zwei Seiten des Staates	234
III. Der positivistische Gegenentwurf	236
1. Das einheitliche Rechtsanwendungsmodell: Ermessen als notwendiger Konkretisierungsspielraum im Stufenbau der Rechtsordnung	237
2. Die Auflösung der Dualismen	241
a) Die Relativierung der Gegenüberstellung gebundener und freier Akte ...	241
b) Die Überwindung des Dualismus von gebundenem richterlichen und freiem Verwaltungsermessen	242
c) Die einheitliche Fehlerlehre	244
3. Die Identität von Staat und Rechtsordnung	246
4. Zusammenfassung	250
IV. Die versäumte Auseinandersetzung	250
C. Zusammenfassung und Ausblick	259
Literaturverzeichnis	264

Einleitung

Die heute im Verwaltungsrecht noch herrschende Ermessenslehre¹ verdankt ihre zentralen Begriffe und Aussagen der spätkonstitutionellen Verwaltungsrechtsdogmatik. Damals wurde die Gegenüberstellung von Rechtsanwendung und Ermessensausübung als Gegensatz von rechtlich gebundener Entscheidung und rechtlich nur beschränkter Verfügung konkretisiert.² Die spätkonstitutionelle Lehre hat die vagen Tatbestandsmerkmale³ zu unbestimmten Rechtsbegriffen ernannt, die vollständige gerichtliche Überprüfbarkeit ihrer Auslegung und Anwendung begründet und damit das Ermessen auf die Freiheit der Rechtsfolgenwahl reduziert.⁴ Schließlich geht auch die Lehre von den Ermessensfehlern als eigenständiger Fehlerkategorie auf die spätkonstitutionelle Verwaltungsrechtsprechung und -rechtslehre zurück.⁵

Die Ermessenslehre nach 1945 hat an die spätkonstitutionellen Lehren angeknüpft⁶ und ihre Substanz, trotz immer wiederkehrender Angriffe und Erneuerungsversuche, bis heute bewahrt. Geringfügige Korrekturen und Modifikationen der herrschenden Lehre reagieren hauptsächlich auf die Kritik an der Lehre vom unbestimmten Rechtsbegriff und dessen Ausgrenzung aus dem Ermessensbereich.⁷

¹ Vgl. Achterberg, 1. Aufl., S. 268 ff., 274 ff.; ders., 2. Aufl., S. 84 ff.; Bull, 4. Aufl., Rn. 435 ff., 470 ff.; Erichsen in: Erichsen/Martens, 9. Aufl., S. 180 ff.; Forsthoff, 1. Bd., 10. Aufl., S. 81 ff.; Götz, 3. Aufl., S. 77 ff.; Huber, S. 96 ff., 102 ff.; Keppeler, S. 7; Maurer, 9. Aufl., § 7, S. 111 ff.; Mayer/Kopp, 5. Aufl., S. 183; Schmalz/Hofmann, 1. Teil, 5. Aufl., S. 130 ff.; Vogel, in: Drews/Wacke/Vogel/Martens, 1. Bd., 9. Aufl., S. 457 ff.; Wolff/Bachof, 1. Bd., 9. Aufl., § 31, S. 185 ff.

² Dazu s.u. B. II. 1. c) bb) ccc).

³ Der aus der Sprachwissenschaft entlehnte Begriff der Vagheit wird hier und im folgenden zur Bezeichnung der „Unbestimmtheit“ von Begriffen gebraucht, deren Definition so unpräzise ist, daß die dadurch beschriebene Begriffsbedeutung (Intension) den Anwendungsbereich des Begriffs (Extension) nicht für alle Fälle eindeutig abgrenzt (vgl. Stegmüller, 2. Bd., 1. Halbbd., S. 20; Schaff, S. 65 ff., 75 f.; Koch, Rechtsbegriffe, S. 33 m.w.N.).

⁴ Dazu s.u. B. II.

⁵ Dazu s.u. B. II. 2. b) bb).

⁶ Stolleis, Geschichte, 2. Bd., S. 415; vgl. Reuß, DVBl. 1953, 585 ff., 649 ff.; Bachof, SJZ 1948, Sp. 742 ff.; ders., JZ 1955, 97 ff.; Bettermann, GS W. Jellinek, S. 361 ff., 365 ff.; Bühler, GS W. Jellinek, S. 269 ff., 275 ff.; Engisch, 7. Aufl., S. 106 ff., 117; Forsthoff, 1. Bd., 1. Aufl., S. 64 ff.; H. Loening, DVBl. 1952, 196 ff., 235 ff.; Rupp, Grundfragen, 1. Aufl., S. 177 ff.; Ule, GS W. Jellinek, S. 309 ff., w.N. S. 311, Fn. 15 ff.; dazu s.u. B. IV. bei Fn. 38.

⁷ Vgl. z. B. Bullinger, S. 146 ff., 156 f.; Brohm, DVBl. 1986, 321 ff., 329 ff.; ders., DÖV 1987, 269 ff.; Franßen, FS Zeidler, 1. Bd., S. 443 f.; Gerhardt, NJW 1989, 2233 f.; Obermayer, 3. Aufl., S. 85 ff.; Sellner, NVwZ 1986, 618; Sendler, NJW 1986, 1086; ders., FS Ule, S. 342 ff.

Sie bleiben aber im konstruktiven Rahmen der überkommenen Dogmatik. So hat sich in der Nachkriegsdiskussion der Grundsatz vollständiger Nachprüfbarkeit der Auslegung „unbestimmter“ Tatbestandsmerkmale gegen die wiederentdeckte Lehre vom Vertretbarkeitsspielraum⁸ behauptet. Beurteilungsspielräume bei der Tatbestandskonkretisierung⁹ konzediert die herrschende Rechtsprechung und Lehre nur in Ausnahmefällen besonderer, nicht wiederholbarer Entscheidungssituationen,¹⁰ bei Prognoseentscheidungen¹¹ oder bei einer Entscheidungszuständigkeit repräsentativ besetzter Gremien.¹² Ebensovienig wie in der Behandlung einiger technischer Verwaltungsvorschriften als „antizipierter Sachverständigengutachten“¹³ liegt darin eine Abkehr von der prinzipiellen Unterscheidung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen. Deutlicher noch ist die Kontinuität bei der Behandlung des Rechtsfolgenermessens. Zwar sieht die heutige Lehre die Ermessensfehler als Rechtsfehler bei Gelegenheit der Ermessensausübung.¹⁴ Das hindert sie aber nicht, Rechtsschranken wie die Grundrechtsgarantien und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erst im Nachhinein an ein angeblich schon durch die Tatbestandserfüllung eröffnetes Ermessen heranzutragen und den traditionellen Kanon der Ermessensfehler als besondere Fehlerkategorie beizubehalten¹⁵, oder sogar weiter aufgefächerte, neue Typologien von Ermessensfehlern zu entwerfen.¹⁶

Allerdings darf die Kontinuität der herrschenden Ermessenslehre nicht über die latente Unzufriedenheit mit ihren Begründungen und Ergebnissen hinwegtäuschen.¹⁷ Die Unzufriedenheit zeigt sich in der Literatur in immer neuen Versuchen,

⁸ Ule, GS W. Jellinek, S. 309 ff. Ule greift mit dieser Lehre W. Jellineks Drei-Sphären-Modell zur Anwendung vager Tatbestandsmerkmale auf, dessen differenzierende Lösung sich seinerzeit aber gegen die Lehre vom unbestimmten Rechtsbegriff nicht durchsetzen konnte (dazu s.u. Fn. 32 a.E.).

⁹ Zuerst Bachof, JZ 1955, S. 97 ff.; Jesch, AöR 82 (1957), S. 163 f.

¹⁰ Der Beurteilungsspielraum bezieht sich aber nur auf die Entscheidungselemente, die durch die Sondersituation geprägt sind. So fallen nach BVerfG JZ 1991, 1077 ff. und 1081 ff. nur prüfungsspezifische Wertungen in den Beurteilungsspielraum des Prüfers; fachlich vertretbare und folgerichtig begründete Stellungnahmen des Prüflings dürfen nicht als falsch beurteilt werden, auch wenn der Prüfer eine andere Auffassung für richtig hält (vgl. dazu Pietzcker, JZ 1991, 1084 f.; BVerwG, DVBl. 1993, 848).

¹¹ Z.B. BVerwGE 61, 176, 185 f.; 62, 86, 107 f.; 62, 330, 338 ff.; 72, 195, 200 f.

¹² BVerwGE 39, 197, 203 ff.; zur Rechtsprechung zum Beurteilungsspielraum vgl. außerdem den Überblick und die weiteren Nachweise bei Maurer, 9. Aufl., § 7, Rn. 31 ff. und 37 ff.

¹³ BVerwGE 55, 250, 256; dazu Franßen, FS Zeidler, 1. Bd., S. 452.

¹⁴ Vgl. nur Erichsen in: Erichsen/Martens, 9. Aufl., S. 187 f., Rn. 16 f.; Maurer, 9. Aufl., § 7, Rn. 18; Alexy, JZ 1986, 705.

¹⁵ Erichsen, ebd.; Maurer, ebd.; Götz, 3. Aufl., S. 81; Achterberg (1982), S. 275 f.

¹⁶ Keppeler, S. 18 ff.; Alexy, JZ 1986, 707 ff.; zu weiteren Typologien ebd., S. 701 ff. m.w.N.

¹⁷ Mengers Urteil, die Ermessenslehre sei eines der „verworrensten Kapitel der Verwaltungsrechtswissenschaft“ (Menger in: Nipperdey/Scheuner, 3. Bd., 2. Halbbd., S. 753) scheint immer noch Gültigkeit zu haben (vgl. Rupp, FS Zeidler, 1. Bd., S. 455, 466 f.; Alexy,

die Unterscheidung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessen aufzubrechen, um entweder der Exekutive einen Bereich gerichtlich nicht kontrollierbarer Letztentscheidungsbefugnis zu sichern oder die Ermessensausübung als Befugnis zur Tatbestandsergänzung weiter rechtlich zu strukturieren. In die erste Richtung gehen die Versuche der funktionellrechtlichen Ansätze, aus der grundgesetzlichen Gewaltenteilung das Postulat eines originären gerichtsfreien Handlungsspielraums der Exekutive herzuleiten,¹⁸ und die normative Ermächtigungslehre oder Lehre von den normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften, die aus der Auslegung und dem Kontext unbestimmter Normen eine Verwaltungsbefugnis zur authentischen Interpretation von Ermächtigungstatbeständen begründen will.¹⁹ In die zweite Richtung geht die Arbeit Kochs, die den Anspruch einer sprach- und normtheoretisch begründeten Präzisierung administrativer Vollzugsspielräume erhebt. Sie will den Konkretisierungsspielraum bei der Anwendung vager Tatbestandsmerkmale, ebenso wie die Ausübung des Rechtsfolgenermessens, als Tatbestandsergänzung unter dem Gleichheitsgebot rechtlich strukturieren.²⁰ Keine dieser Richtungen hat sich bisher durchgesetzt. Die überwiegende Lehrmeinung sperrt sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes nach wie vor, der Exekutive eine Befugnis zur letztverbindlichen Konkretisierung vager Tatbestandsmerkmale zuzuerkennen.²¹ Die Rechtsprechung hütet sich, mit der hergebrachten Dogmatik die Grundlage ihres prinzipiell umfassenden Kontrollanspruchs aufzugeben. So steht zu ver-

JZ 1986, 701: Die aufwendige, fast hundertjährige Diskussion habe kaum zu Übereinstimmungen geführt; die Ermessensfehlerlehre sei immer noch „in Dunkel gehüllt“.).

¹⁸ Breuer, NVwZ 1988, 104 ff.; Brohm, DVBl. 1986, 321 ff., 329 ff.; ders., DÖV 1987, 269 ff.; Franßen, FS Zeidler, 1. Bd., S. 442 f., 451; Krebs, S. 72 f.; Ossenbühl, FS Menger, S. 736 f., 746 f.; im Ergebnis auch Kopp, in: Götz/Klein/Starck (Hrsg.), S. 156 ff., 160. Sellner, NVwZ 1986, 618 f., und Salzwedel, NVwZ 1987, 276, gehen ebenfalls von funktionellrechtlichen Überlegungen aus, wollen damit aber auch eine Befugnis der Verwaltung zur authentischen Interpretation von Ermächtigungsnormen begründen und nähern sich damit der normativen Ermächtigungslehre (s.u. bei Fn. 19); zum früheren Meinungsstand vgl. Kloepfer, VerwArch. 76 (1985), 371 f.; kritisch zur funktionellrechtlichen Ansatz W. Schmidt, NVwZ 1984, 548, 550; Beckmann, UPR 1987, 324 ff.

¹⁹ Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 19 IV GG, Rn. 180 ff., bes. Rn. 185; Hill, NVwZ 1989, 401 ff., 407; Kind, DÖV 1988, 679 ff., 682 ff.; im Ergebnis auch Herdegen, AöR 114 (1989), 632 f., 635 ff., und Papier, DÖV 1986, 626 f.; zurückhaltend Wahl, NVwZ 1991, 409 ff. (die Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte müsse durch das Verwaltungsverfahren verdient werden). Gerhardt, NJW 1989, 2234 ff., 2237, stützt die Annahme verbindlicher Konkretisierungsbefugnis der Verwaltung auch auf funktionellrechtliche Argumente; w.N. zur normativen Ermächtigungslehre bei Hill, NVwZ 1989, 681, Fn. 15 u. 21; Gerhardt, NJW 1989, 2233 f.; Wahl, NVwZ 1991, 410 f.

²⁰ Koch, Rechtsbegriffe, S. 75 ff., 126 ff.; zum Rechtsfolgenermessen zuvor schon ähnlich Schmidt-Eichstaedt, AöR 98 (1973), S. 179 ff., 185.

²¹ Kritisch zur Tendenz, die verwaltungsgerichtliche Kontrolle zu beschränken, Maurer, 9. Aufl., § 7, Rn. 55 ff.; Gern, DVBl. 1987, 1194; Beckmann, Rechtsschutz, S. 100 f. und UPR 1987, 324 f. m.w.N.; Redeker, NVwZ 1992, 308.; gegen Vorschläge, Art. 19 IV GG einzuschränken, auch Sendler NJW 1986, 1085; Bachof, FS Dürig, S. 339 ff.