

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 Bährens. 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 Territorialstaatsrechtslehre | 21 |
| 1. Bedeutungsmerkmale des Ermessensbegriffs im allgemeinen und im juristischen 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 Forderungen | 88 |
| bb) Die Neubestimmung des Verhältnisses von Rechtsbindung und Ermessen | 92 |
| aaa) Das positive Recht als Ermessensgrenze | 93 |
| bbb) Die Reduzierung der Rechtsanwendungsfehler auf die Wortlautverfehlung | 94 |
| cc) Die Renaissance der Mißbrauchslehre | 96 |
| 2. Das freie Ermessen als Grund für die Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte | 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 Brüchigwerden 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 excès de pouvoir | 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; Sandler, 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 konzidiert 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.; BVerfG, 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 Rechtsfolgnermessens, 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 Rechtsfolgnermessen 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.