

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 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 Obergerichts	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