

Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung: Ermessen, Beurteilungsspielräume sowie Planungsentscheidungen und ihre gerichtliche Kontrolle

Von Prof. Dr. Martin Eifert, Gießen

I. Einleitung

Der Frage der Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung entspricht die bekanntere Frage nach der Kontrolldichte der Gerichte gegenüber Verwaltungsentscheidungen. Sie wählt nur nicht die Gerichtsperspektive, sondern fragt mit Blick auf die Verwaltung danach, in welchem Maße und unter welchen Voraussetzungen diese das letzte Wort bei der Rechtskonkretisierung behält.

Bei der Diskussion um die (verwaltungs-)gerichtliche Kontrolldichte überlagern und verflechten sich normtheoretische, verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Argumente.¹ Die Lehrdarstellungen stellen eine Übersichtlichkeit meist dadurch her, dass Ermessen, Beurteilungsspielräume und Planungsermessen getrennt voneinander behandelt, eventuelle Beurteilungsspielräume der Verwaltung an bestimmte, anerkannte Fallgruppen gebunden und für alle drei Bereiche jeweils eigene Kataloge gerichtlicher Fehlerprüfung aufgestellt werden.²

Dies führt zu einem beträchtlichen Lernaufwand, der aber sicherlich hinzunehmen wäre, wenn die Frage damit eindeutig beantwortet werden könnte. Allerdings kann die uneinheitliche Terminologie³ leicht verwirren und werden die Fallgruppen anerkannter Beurteilungsspielräume nicht nur ganz unterschiedlich zugeschnitten,⁴ sondern können als vergangenheitsorientierte Systematisierungen auch für neue Konstellationen nur begrenzte Anleitung geben.⁵ Deshalb bedarf

es ergänzend eines Verständnisses für die Grundzusammenhänge.

Nachfolgend sollen entsprechend die einheitlichen Grundlinien hervorgehoben werden, die Verfassung und Gesetzgeber für die Beantwortung der Frage nach Letztentscheidungsbefugnissen der Verwaltung gezogen haben.

II. Die verfassungsrechtlichen Orientierungspunkte für die Einräumung administrativer Letztentscheidungskompetenzen

1. Art. 19 Abs. 4 GG als institutionelle Garantie und Verweis auf das Primat des Gesetzgebers

Die Frage nach der Zulässigkeit administrativer Letztentscheidungskompetenzen wird regelmäßig an Art. 19 Abs. 4 GG angebunden. Art. 19 Abs. 4 GG bestimmt, dass jedem, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offen steht. Damit wird eine formelle, in ihrem konkreten Schutzbereich normgeprägte Rechtsweggarantie formuliert. Art. 19 Abs. 4 GG regelt aber nicht Anforderungen an die Zuweisung subjektiver Rechte in der Rechtsordnung, sondern Folgen einer vorausgesetzten Zuweisung durch die Rechtsordnung.

Er bestimmt zwar, dass eine gerichtliche Rechtskontrolle vorgenommen wird, also eine Kontrolle durch Gerichte an Hand der Maßstäbe des (Individual-)Rechts, nicht aber, welchen Inhalt diese Rechte haben. Art. 19 Abs. 4 GG hindert den Gesetzgeber also grundsätzlich nicht, die Rechte inhaltlich so auszugestalten, dass nur eine ermessensfehlerfreie Entscheidung, eine Entscheidung im Rahmen eines Beurteilungsspielraums oder eine ohne Abwägungsfehler erfolgende Planung gewährt wird.⁶ Diese Möglichkeit des Gesetzgebers, Letztentscheidungskompetenzen der Verwaltung einzurichten, bildet den Kern der sogenannten „normativen Ermächtigungslehre“.

Umstritten ist allerdings, ob Art. 19 Abs. 4 GG auch Grenzen für die gesetzgeberische Einräumung exekutivischer Letztentscheidungen zieht.⁷

Vereinzelte wird Art. 19 Abs. 4 GG als Garantie einer vollen Gerichtskontrolle gegenüber der Schmälerung aller subjektiven Rechte verstanden, die überdies von Verfassungen wegen weit einzuräumen seien.⁸ Begrenzungen der Gerichtskontrolle sollen dann entsprechend nur so weit zulässig sein, wie sie zum Schutz anderer Verfassungsgüter, insbesondere der Funktionsfähigkeit wichtiger staatlicher Einrichtungen,

¹ In der Lehrbuchliteratur des allgemeinen Verwaltungsrechts zusammenfassend jüngst *Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 10 Rn. 12 ff.; zu den normtheoretischen Fragen in den Methodenlehrbüchern umfassend *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 85 ff., 236 ff. und aus den Monographien *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 113 ff. Anschaulich mit historisierender Perspektive auch *Ramsauer*, in: Heckmann (Hrsg.), Modernisierung von Justiz und Verwaltung. Gedenkschrift für Ferdinand O. Kopp, 2007, S. 71 ff. (74 ff.).

² Sehr übersichtliche Darstellung jetzt bei *Vofßkuhle*, JuS 2008, 117; prägnante Kritik der Annahmen der überkommenen Positionen bei *Jestaedt* (Fn. 1), § 10 Rn. 10 ff.

³ Siehe nur *Stober*, in: Wolff/Bachof/ders./Kluth (Hrsg.), Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 31 Rn. 23.

⁴ Vgl. nur aus der Ausbildungsliteratur *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 7 Rn. 37 ff.; *Koch/Rubel/Heselhaus*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2003, § 8 Rn. 103 ff.; *Jestaedt* (Fn. 1), § 10 Rn. 47 ff.; *Stober* (Fn. 3), § 31 Rn. 23 ff.

⁵ Siehe entsprechend die gegenwärtige Diskussion um die Kontrolldichte im Bereich des Regulierungsverwaltungsrechts (statt vieler einerseits v. *Danwitz*, DVBl. 2003, 1405 und andererseits *Trute*, in: Eberle/Ibler/Lorenz [Hrsg.], Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart.

Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, 2002, S. 169 ff.).

⁶ Vgl. auch *Jestaedt* (Fn. 1), § 10 Rn. 38.

⁷ Dafür etwa *Koch/Rubel/Heselhaus* (Fn. 4), § 8 Rn. 100, 112; *Maurer* (Fn. 4), § 7 Rn. 56; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 19 Abs. 4 Rn. 127 f.; dagegen etwa *Jestaedt* (Fn. 1), § 10 Rn. 38.

⁸ Siehe v.a. *Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 167 ff.

geboden sind. Nach der verbreiteten weniger restriktiven Literaturmeinung soll Art. 19 Abs. 4 GG zumindest eine Regel⁹ beinhalten, nach der eine umso größere Rechtfertigungslast besteht, je stärker der Gesetzgeber die Gerichtskontrolle einschränkt. Der formellen Rechtsweggarantie wird hier auch eine materielle Grundsatzentscheidung¹⁰ zugunsten einer grundsätzlich vollen gerichtlichen Kontrolle entnommen. Diesen Ansatz teilt auch das Bundesverwaltungsgericht.¹¹

Dagegen lässt sich einwenden, dass Art. 19 Abs. 4 GG für eine solche Wertung keinen konkreten Anhaltspunkt bietet. Jedenfalls ist die oftmals vorgenommene Verengung der verfassungsrechtlichen Problematisierung auf die Beurteilungsspielräume nicht tragfähig, da unter dem Gesichtspunkt der Reichweite gerichtlichen Rechtsschutzes kein Unterschied zwischen seiner Begrenzung durch ein Ermessen oder administrative Beurteilungsspielräume besteht.¹² Belässt man es bei einem formellen Gehalt des Art. 19 Abs. 4 GG, enthält er keine Grundregel in dem Sinne, dass jede Abweichung rechtfertigungsbedürftig wäre. Beschränkungen der Kontrolldichte sind aus dieser Perspektive durch Auslegung der einschlägigen Rechtsnormen zu ermitteln, bei der Art. 19 Abs. 4 GG keine begrenzende Rolle spielt. Eine Grundregel besteht dann nur insofern, als jedes Tatbestandsmerkmal notwendig einen Rechtsbegriff darstellt und die institutionelle Grundentscheidung für eine Rechtskontrolle durch die Gerichte dazu führt, dass die Letztentscheidungskompetenz über seine Auslegung im Rahmen dieser Rechtskontrolle automatisch den Gerichten zufällt, wenn nicht der Gesetzgeber eine abweichende Ausgestaltung vorgenommen hat. Die Grundregel ist hinsichtlich der Verteilung von Letztentscheidungskompetenzen also keinerlei Vorrangentscheidung, sondern bloß eine rechtstechnische Voreinstellung.¹³

⁹ *Schulze-Fielitz* (Fn. 7), Art. 19 Abs. 4 Rn. 116, bezeichnet dies als „Argumentationslastregel“, verknüpft sie aber mit gestuften Anforderungen. Als „Argumentationslastregel“, etwa im Sinne von *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 196 f., wird ein Verfahren des Abgleichs eines Sachverhaltes mit der Rechtsordnung (etwa eine Verhältnismäßigkeitsprüfung) verstanden, bei dem die misslingende Argumentation hier dann zu Lasten des Staates geht. Die von Art. 19 Abs. 4 GG getroffene Voreinstellung führt durchaus zu einer Argumentationslastregel, da die normative Zuweisung der Letztentscheidung zur Verwaltung begründet werden muss, beinhaltet aber keine näheren Anforderungen.

¹⁰ *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, 49. Lieferung 2007, Art. 19 Abs. 4 Rn. 181 ff.

¹¹ BVerwGE 94, 107 (109); 106, 263 (266 f.).

¹² Eine solche einseitige Problematisierung etwa bei *Maurer* (Fn. 4), § 7 Rn. 34 ff., 56 ff.; *Schulze-Fielitz* (Fn. 7), Art. 19 Abs. 4, fordert zwar überzeugend die Gleichbehandlung beider Kategorien (Rn. 120, 125, 128), setzt diese in der Sache aber dann doch nicht völlig konsequent um (Rn. 118, 123, 127).

¹³ Deutlich *Gerhardt*, in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 15. Ergänzungslieferung 2007, Vorb. § 113 Rn. 19: Grundsatz findet

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts lassen sich wohl in beide Richtungen lesen. Grundsätzlich betont auch das Bundesverfassungsgericht immer wieder vor allem hinsichtlich der subjektiven Rechte, dass der Gesetzgeber „in den Regelungen des einfachen Rechts darüber [befindet], unter welchen Voraussetzungen dem Bürger ein Recht zustehen und welchen Inhalt es haben soll“. ¹⁴ Gerade der Inhalt wird aber nicht nur durch die Ausgestaltung als subjektives Recht, sondern auch durch die Einräumung von Ermessen oder Beurteilungsspielräumen ausgestaltet. Das Gericht hat allerdings für Beurteilungsspielräume der Verwaltung teilweise ausdrücklich (auch) Art. 19 Abs. 4 GG als Prüfungsmaßstab benannt, was dem Gedanken der Grundsatzentscheidung entspricht. Zugleich nimmt es die Ausfüllung des Maßstabs allerdings vollständig durch den Rückgriff auf das materielle Recht, insbesondere die Grundrechte, vor, so dass hier letztlich ohne rechtsstaatlichen Verlust auch nur das materielle Recht als Grenze herangezogen werden kann. ¹⁵ Dies entspräche auch der Linie ¹⁶ von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen normative Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume ohne gegenüber Art. 19 Abs. 4 GG (!) erforderliche Rechtfertigung anerkannt werden.

2. Der Bestimmtheitsgrundsatz und die Grundrechte als differenzierte Vorgaben

Unabhängig von der Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG muss in jedem Fall beachtet werden, dass es verfassungsrechtliche Grenzen für die gesetzgeberische Einrichtung von Ermessen wie Beurteilungsspielräumen aus anderen Vorgaben gibt. Die generelle Frage nach einer hinreichenden Erkennbarkeit der Grenzen der gesetzlichen Ermächtigungen bemisst sich nach dem Grundsatz der Bestimmtheit, und die Grundrechte beschränken die Möglichkeit exekutivischer Letztentscheidung. ¹⁷ So wie die Grundrechte als subjektive Rechte die Ausgestaltung der einfachgesetzlichen subjektiven Rechte im

Anwendung, „wenn das Gesetz nichts anderes anordnet“; eine Möglichkeit, die normative Ermächtigungslehre anzuerkennen und dennoch Begrenzungen in Art. 19 Abs. 4 GG zu verorten, besteht allerdings darin, Art. 19 Abs. 4 GG als zwingende gerichtliche Überprüfung der rechtlichen Maßstäbe zu verstehen, aber den Gesetzgeber als normativ ermächtigt anzusehen, auf abschließende rechtliche (!) Maßstäbe zu verzichten (*Pache* [Fn. 1], S. 503). Es ist allerdings nicht einsichtig, warum der Gesetzgeber zwar nach allgemeiner Ansicht entscheiden darf, ob ein Recht ein subjektives Recht wird und damit überhaupt Art. 19 Abs. 4 GG ausgelöst wird, nicht aber die hinsichtlich Rechtsinhalt und Rechtsschutz weniger gravierende Frage nach der Kontrolldichte (siehe nur *Ramsauer* [Fn. 1], S. 71 ff. [82 f.]).

¹⁴ Vgl. nur aus jüngerer Zeit BVerfGE 116, 135 (143); 113, 273 (310 f.) jeweils m.w.N.

¹⁵ Siehe beispielhaft BVerfGE 84, 34 (53 f.); 88, 40 (45), mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die entscheidende materielle Rechtslage auf S. 56 und 59; von vornherein nur auf das Grundrecht abstellend hingegen BVerfGE 83, 130 (148).

¹⁶ Vgl. nur BVerfGE 49, 89 (133 ff.); 61, 82 (111).

¹⁷ Deutlich BVerfGE 78, 214 (226 f.).

Sinne der „Schutznormtheorie“ mitprägen, wirken die Anforderungen ihres Schutzes auch auf die einfachgesetzliche Ausprägung der gerichtlichen Kontrolldichte ein. Bestimmtheitsgrundsatz wie Grundrechte lassen aber kaum generelle umfassende Aussagen zu.¹⁸

III. Exekutivische Letztentscheidungskompetenz als Frage der Auslegung einfachen Rechts

Die Frage nach einer administrativen Letztentscheidungskompetenz muss also immer zunächst beim einfachen Recht und seiner Auslegung beginnen. Es bestimmt in erster Linie die Zuweisung und Reichweite einer Letztentscheidungskompetenz der Verwaltung. Damit wird auch der Selbstständigkeit des Gesetzesrechts Rechnung getragen, das grundsätzlich den zunächst heranzuziehenden Rechtsmaßstab bildet und dann im Rahmen seiner Anwendung mit den vorrangigen verfassungsrechtlichen Vorgaben abzugleichen ist.¹⁹

Im Rahmen der Auslegung finden dann auch die bekannten Fallgruppen ihren Ort und werden durch die Offenlegung der erforderlichen Anknüpfung an das positive Recht zugleich verständlicher, methodisch diszipliniert und entwicklungs offen.

1. Die einfachen Fallgruppen: Ermessen und Planungsermessen

Am offenkundigsten erfolgt die gesetzliche Einräumung von administrativen Letztentscheidungskompetenzen beim Ermessen. Die Ermessensnormen knüpfen an einen gesetzlichen Tatbestand die Möglichkeit für die Verwaltung, eine Rechtsfolge zu ergreifen („Entschließungsermessen“) oder zwischen verschiedenen Rechtsfolgen zu wählen („Auswahlermessen“). Diese Auswahlmöglichkeit wird regelmäßig über ein „kann“ ausgedrückt. Ein Beispiel bietet § 15 Abs. 1 Versammlungsgesetz: „Die zuständige Behörde kann die Versammlung [...] verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn [...] die öffentliche Sicherheit oder Ordnung [...] unmittelbar gefährdet ist“. Dass hier der Verwaltung Letztentscheidungs befugnisse eingeräumt werden sollen, deutet schon die Eröffnung von Alternativen an. Indem die Regelung des § 40 VwVfG das Ermessen an allgemeine Grenzen bindet, bestätigt sie zugleich den rechtlichen Gestaltungsauftrag innerhalb dieser Grenzen. Eindeutig wird die Zuweisung aber durch § 114 VwGO, der ausdrücklich das gerichtliche Kontrollprogramm auf die Frage begrenzt, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder sein Gebrauch dem gesetzlichen Zweck nicht entspricht.

Die Einrichtung dieser Letztentscheidungskompetenzen ist verfassungsrechtlich meist unproblematisch. Dem Bestimmtheitsanfordernis wird regelmäßig schon durch die Bindung der Ermessensausübung an einen gesetzlich vorgegebenen Tatbestand entsprochen und die Grundrechte können meist im Rahmen der jeweils konkret gewählten Rechtsfolge

hinreichend berücksichtigt werden.²⁰ In extremen Fällen fordert gerade ihre Berücksichtigung eine bestimmte Rechtsfolge, so dass der Gestaltungsspielraum für diesen Einzelfall unter ihrem Einfluss verschwindet. Entsprechend nennt man diese Konstellation Ermessensreduktion auf Null. Ein Beispiel für eine situationsgebundene Ermessensreduktion wäre die aus Art. 2 Abs. 2 GG abzuleitende Pflicht zum Verbot einer Versammlung, bei der eine unmittelbare Gefährdung von Leib und Leben aller Teilnehmer aufträte und durch Auflagen nicht beseitigt werden könnte. Ein Beispiel für die seltene generelle Ermessensreduktion bei einer Rechtsnorm wäre § 35 Abs. 2 BauGB, bei dem die weite Tatbestandsfassung und das Eigentumsgrundrecht für das im Wortlaut angelegte Ermessen keinen Raum mehr lassen.²¹

Ebenso eindeutig wie beim Ermessen ist die Zuweisung der Letztentscheidung auch beim Planungsermessen. Wenn die Verwaltung die betroffenen Belange gegeneinander abwägen und in einen gerechten Ausgleich bringen soll, wird ihr notwendig ein gewisser Gestaltungsspielraum übertragen. Dies kann bereits aus dem Abwägungsauftrag selbst entnommen werden. Das Bundesverwaltungsgericht stützt ihn seit den Anfängen der planerischen Abwägungsdogmatik auch auf die Natur der Abwägungsentscheidung.²²

2. Die schwierige Fallgruppe: Beurteilungsspielräume

Nicht nur die gesetzliche Eröffnung verschiedener Rechtsfolgen kann aber der Verwaltung Handlungsalternativen eröffnen. Auch aus verschiedenen möglichen Interpretationen von Tatbestandsmerkmalen ergeben sich Gestaltungsspielräume. Ob eine Beeinträchtigung durch Lärm i.S.d. § 3 Abs. 2 BImSchG „erheblich“ ist oder nicht, ist mit großen Wertungsspielräumen verbunden, deren Ausfüllung letztlich über die Erteilung oder Versagung einer Genehmigung oder über Auflagen entscheiden kann.

Hier ist es weit weniger offensichtlich, ob der Gesetzgeber der Verwaltung Letztentscheidungskompetenzen einräumen wollte. Dies liegt zunächst daran, dass eine ausdrückliche allgemeine Regelung über die Kontrolldichte entspre-

¹⁸ Kritisch mit Blick darauf *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1997, 281 (282 f.).

¹⁹ Besonders klar hierzu *Wahl*, NVwZ 1984, 401.

²⁰ Die Frage, ob die Einräumung von Ermessen verfassungswidrig wäre, weil sie in jedem Fall gegen die Grundrechte verstieße, bildet deshalb die Ausnahme. Ein Beispiel dafür ist allerdings die Diskussion, inwiefern die Berufsfreiheit es erfordert, sie beschränkende Genehmigungen wie etwa die Immissionsschutzrechtliche Genehmigung als gebundene Entscheidung auszugestalten (siehe dazu nur *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck [Hrsg.], Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 12 Abs. 1 Rn. 157 f.).

²¹ Nach § 35 Abs. 2 BauGB „können“ (sonstige) Vorhaben im Außenbereich im Einzelfall zugelassen werden, wenn die Erschließung gesichert ist und „öffentliche Belange nicht beeinträchtigt“ werden. Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen aber vor, gehen Literatur und Rechtsprechung vor dem Hintergrund von Art. 14 Abs. 1 GG entgegen dem Wortlaut von einem Rechtsanspruch auf Zulassung aus (siehe nur BVerwGE 18, 247 [250]; *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, Kommentar, 10. Aufl. 2007, § 35 Rn. 43).

²² BVerwGE 34, 301 (308 ff.); 45, 309 (314 f.).

chend dem auf das Ermessen bezogenen § 114 S. 1 VwGO ebenso wenig erlassen wurde²³ wie eine zumindest auf die Verwaltung bezogene allgemeine Regelung entsprechend § 40 VwVfG. Damit ist die Ermittlung einer behördlichen Letztentscheidungsbefugnis auf die Auslegung der konkreten einzelnen Befugnisnormen in ihrem spezifischen Kontext begrenzt.

Und hier ist zunächst die Feststellung von Interpretationsspielräumen noch ohne Aussagegehalt. Während nämlich das „kann“ des Ermessens ausdrücklich Alternativen ausweist, sind Wertungsspielräume, wie die kritische Auseinandersetzung mit den juristischen Auslegungsmethoden in den letzten Jahrzehnten klar herausgearbeitet hat,²⁴ fast jedem Rechtsbegriff eigen. Sind aber diese Spielräume für den Gesetzgeber unvermeidbar, kann aus ihnen allein grundsätzlich keine Zuweisung von Letztentscheidungsbefugnissen an die Verwaltung abgeleitet werden. Deshalb ist die Kategorie des unbestimmten Rechtsbegriffs für sich auch unergiebig für die Frage nach administrativen Letztentscheidungskompetenzen.²⁵

Es muss also im Wege der Auslegung stattdessen ermittelt werden, ob der Gesetzgeber auch der Verwaltung die Letztentscheidung übertragen und die gerichtliche Kontrolle entsprechend begrenzen wollte. Dies bildet das zentrale Problem. In den meisten Fällen liegt kein Anhaltspunkt für eine solche Übertragung vor, so dass dann von einer gerichtlichen Kontrolle entsprechend der Grundeinstellung des Art. 19 Abs. 4 GG ausgegangen werden kann. Nachfolgend soll es allerdings vor allem um die Ausnahmefälle gehen.

a) Möglichkeiten und Grenzen der Ermittlung von Beurteilungsspielräumen durch Auslegung konkreter Ermächtigungen

aa) Regelmäßige Unergiebigkeit von Wortlaut und Gesetzgebungsmaterialien bei unbestimmten Rechtsbegriffen

Der Wortlaut und die Materialien zur Entstehungsgeschichte der Normen erweisen sich regelmäßig als unergiebig.²⁶ Nur

in ganz seltenen Fällen wie § 71 Abs. 5 S. 1 GWB oder § 10 Abs. 2 S. 2 TKG liegt eine ausdrückliche Beschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte vor.²⁷ Und die Gesetzesbegründungen beziehen sich regelmäßig nur auf das Handlungsprogramm der Verwaltung, ohne die daran anschließende Frage einer gerichtlichen Kontrolle zu thematisieren.

bb) Systematische Interpretation bei spezifischen Rechtskonkretisierungsverfahren: Wertentscheidungen durch unabhängige Sachverständigengremien, interessenplurale Gremien

Vergleichsweise eng an den einfachgesetzlichen Normenbestand angebunden sind noch die Fallgruppen der unabhängigen Sachverständigengremien und der interessenpluralen Gremien. Hier bietet zwar die Befugnisnorm für die Entscheidung selbst meist keinen Anhaltspunkt für die Frage der Letztentscheidungskompetenz. Aber eine systematische Auslegung kann an deren Einbettung in das Organisations- und Verfahrensrecht ansetzen. Die regelmäßig in hohem Maße unbestimmten Rechtsbegriffe der materiellen Entscheidungsnormen sind hier in eine besondere gesetzgeberische Ausgestaltung der Entscheidungsbedingungen eingebunden. Mit der Freistellung von Sachverständigen gegenüber Weisungen²⁸ oder der Ausgestaltung eines aufwendigen Verfahrens der Informationssammlung und Interessenabklärung verdeutlicht der Gesetzgeber, dass er die Konkretisierung des Rechtsbegriffs in einem spezifischen Rahmen der Entscheidungsfindung vornehmen lassen möchte. Dieser Rahmen kann im Gerichtsverfahren mit seinen eigenen Verfahrensanforderungen nicht abgebildet werden, so dass aus seiner Ausgestaltung auf die Zuweisung eines Beurteilungsspielraums geschlossen werden kann. Überlegungen über die funktional sinnvolle Verteilung des Letztentscheidungsrechts können dieses Ergebnis dann zusätzlich abstützen, sie müssen es aber letztlich nicht tragen. Derartige Verfahrensausgestaltungen können anschaulich im Bereich der Entscheidung unabhängiger Sachverständigengremien an §§ 4 f., 10 Abs. 7 GenTG²⁹ und für interessenplurale Gremien an § 19 JuSchG³⁰ studiert werden.

Solche spezifischen gesetzlichen Ausgestaltungen der Entscheidungsbedingungen finden sich nicht nur hinsichtlich Einzelentscheidungen, sondern auch hinsichtlich genereller Vorgaben der Verwaltung zur Rechtskonkretisierung in Verwaltungsvorschriften. Dem Beurteilungsspielraum im Einzelfall entspricht hier die Anerkennung der unmittelbaren Au-

²³ Diskutiert wurde eine entsprechende Regelung allerdings lange und intensiv. Vorgeschlagen war ein § 114a VwGO, der regeln sollte, dass der Verwaltung ein Beurteilungsspielraum zustehen solle, wenn die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs Abwägungen, Prognosen oder Wertungen verlange. Die Ablehnung stützt sich auf viele Argumente. Zentral dürfte aber sein, dass eine solche Regelung wegen der unausweichlichen Wertungsoffenheit von Rechtsbegriffen nicht bereichsspezifisch und gezielt gesetzgeberisch aktiviert werden kann, sondern im Ausgangspunkt großflächig wirkt und damit den grundrechtlich gebotenen Differenzierungsanforderungen nicht Rechnung trägt.

²⁴ Siehe ausführlich zum Stand *Pache* (Fn. 1), S. 74 ff., 457 ff.; knapp zusammenfassend *Ramsauer* (Fn. 1), S. 71 ff. (74 ff.).

²⁵ Siehe auch aus der Ausbildungsliteratur *Jestadt* (Fn. 1), § 10 Rn. 24 f.

²⁶ Siehe zu Beispielen, bei denen aus dem Wortlaut eine Beurteilungsermächtigung abgelesen wird *Sendler*, DVBl. 1994, 1089 (1091 ff.) und die regelmäßig abweichende Auslegung bei *Ibler* (Fn. 8), S. 442 ff.

²⁷ Auch hier aber eine allerdings einem grundsätzlich abweichenden Verständnis geschuldete restriktive Interpretation bei *Ibler* (Fn. 8), S. 447 f.

²⁸ Z.B. § 4 Abs. 3 S. 1 GenTG; § 6 Abs. 5 S. 2 FilmfördG; § 19 Abs. 6 JuSchG; § 35 Abs. 6 S. 1 RStV.

²⁹ Hierzu BVerwG, NVwZ 1999, 1232 (1233 f.); siehe auch § 25 Abs. 6 AMG und dazu *di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 294 ff.

³⁰ Siehe ferner §§ 6 ff. FilmfördG; § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 RStV, zum Beurteilungsspielraum der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) bei der Konkretisierung des Begriffs „vorherrschende Meinungsmacht“ nach § 26 RStV VG München, Urt. v. 8.11.2007, M 17 K 06.2675, abgerufen bei juris.

Benwirksamkeit dieser Verwaltungsvorschriften, die dann normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften genannt werden. Das typische Beispiel hierfür sind die Verwaltungsvorschriften, die in dem Verfahren nach §§ 48, 51 BImSchG erlassen werden,³¹ also insbesondere die Technische Anleitung Luft (TA Luft).³² Da es sich hier also nur um die generalisierte Ausübung eines Beurteilungsspielraums handelt, gelten hier auch die gleichen Regeln wie bei jenem.

b) Verfassungsrechtliche Einwirkungen und funktionale Bezugspunkte

Soweit derartige Ausgestaltungen auf der Ebene des einfachen Rechts nicht vorliegen, ist die Auslegung auf teleologische Überlegungen zur Konkretisierungskompetenz angewiesen.

Die grundsätzlich hohe Offenheit dieses Auslegungstopos trifft dabei auf äußerst spärliche und oft uneindeutige Anhaltspunkte in den auszulegenden Gesetzen, da diese genau wie ihre Begründungen vor allem den materiellen Gemeinwohlzweck ausweisen. Deshalb fällt es schwer, hier zwingende Argumentationen aufzubauen.³³ Die von Rechtsprechung und Literatur vorgenommene Bildung von Fallgruppen entlastet die Auslegungsarbeit, indem sie nicht von der einzelnen Norm ausgeht, sondern allgemeinere funktionale Überlegungen zur angemessenen Kontrolldichte aufbereitet und dann anerkennt oder verwirft.³⁴ Für die einzelnen Normen wird die Auslegung dann letztlich durch die Zuordnung zu Fallgruppen ersetzt. Wenn der Anschluss an die normative Ermächtigungslehre gewahrt werden soll, müssen allerdings vor allem die normativen Bezüge der Fallgruppen herausgestellt werden. Aus ihnen müssen dann auch die Kriterienkataloge abgeleitet werden, anhand derer die Fallgruppen norma-

tiv zu überprüfen und neue Konstellationen zu entscheiden sind.³⁵ Soweit es dabei um klare Verfassungsgebote geht, tragen sie vollständig, da dann eine verfassungskonforme Auslegung erfolgen muss. Soweit es aber, wie regelmäßig, nur um Verfassungsvorgaben geht, die bereits an sich unscharf sind oder weite gesetzgeberische Einschätzungsprärogativen beinhalten, handelt es sich bei Lichte betrachtet nur um verfassungsrechtliche Orientierungspunkte für eine mögliche und den verfassungsrechtlichen Wertungen vielleicht besonders gut entsprechende Entscheidung des Gesetzgebers.

Die zentralen verfassungsrechtlichen Bezugspunkte bilden die Funktionenordnung des Grundgesetzes und vor allem die Grundrechte. Die Funktionenordnung betrachtet die drei Gewalten als Ausdruck einer arbeitsteiligen Herrschaftsausübung, in der die Gewalten je verschiedene Funktionen erfüllen und eine Zuordnung von Grenzfällen nach dem Gesichtspunkt der Funktionsgerechtigkeit erfolgt.³⁶

Die Grundrechte verlangen einen effektiven Schutz ihrer Freiheitsverbürgungen gegenüber der Staatsgewalt und verlangen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deshalb grundsätzlich eine umso höhere gerichtliche Kontrolldichte, umso intensiver das Grundrecht betroffen ist.³⁷ Beide Bezugspunkte liegen also zunächst auf unterschiedlichen Ebenen. Sie verbinden sich aber dort, wo die maßgebliche Funktion im effektiven Grundrechtsschutz besteht und vermögen in dieser Verbindung auch differenzierte Lösungen anzuleiten. Das soll an typischen Fallgruppen verdeutlicht werden.

aa) Prüfungsentscheidungen und beamtenrechtliche Beurteilungen in der Spannung von Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG

Eine der anerkannten Fallgruppen administrativer Letztentscheidungen bilden Prüfungsentscheidungen (von Schulprüfungen bis hin zur Habilitation) und beamtenrechtliche Beurteilungen. Hier wird oft auf die Höchstpersönlichkeit der Entscheidungen oder die Funktionsgrenzen der Gerichte verwiesen, also mit Blick auf die Funktionenordnung argumentiert. Schon unter diesem Gesichtspunkt wären die Entscheidungen aber differenziert zu betrachten. Eine Prüfungsentscheidung beinhaltet u.a. Elemente der persönlichen Präsentation und der Richtigkeit, Fehlerhaftigkeit oder Vertretbarkeit sachlicher Aussagen. Erstere sind schwer zu reproduzieren und bedürften mindestens einer vollständigen Videoaufzeichnung der Prüfung, während letztere die Beurteilung einzelner Aussagen betrifft, die in einem Gerichtsverfahren ggf. unter Heranziehung von Sachverständigen ohne größere Schwierigkeiten zu bewältigen wären. Die Differenzierung wird noch deutlicher, wenn man den Blick auf die Grund-

³¹ Soweit sie die „umweltverträgliche Beseitigung von Abfällen nach dem Stand der Technik“ ausfüllen, gilt dies auch etwa für die auf § 12 Abs. 2 KrW-/AbfG gestützten TA Abfall und TA Siedlungsabfall, *Kunig*, in: ders./Paetow/Versteyl (Hrsg.), *KrW-/AbfG*, Kommentar, 2. Aufl. 2003, § 12 Rn. 32; nicht als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift, sondern nur als „antizipiertes Sachverständigengutachten“ hat das OVG Berlin, Urt. v. 25.11.1999, 5 B 11.98, abgerufen bei juris, die Arzneimittelprüfrichtlinien nach § 26 AMG eingestuft.

³² Hier wird in der Ermächtigungsgrundlage sogar auch ausdrücklich auf das Verfahren Bezug genommen, so dass die Argumentation hier auf der Grenze von Wortlaut und Systematik verläuft. Anspruchsvoller Überblick über die Rechtslage und Dogmatik der Verwaltungsvorschriften und Einbindung der Frage normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften bei *Wahl*, in: Schmidt-Aßmann/Sellner/Hirsch/Kemper/Lehmann-Grube (Hrsg.), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003, S. 571 ff.

³³ Siehe bereits *Bachof*, *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht*, 1963, S. 231 f.; aus der neueren Literatur nur *Ramsauer* (Fn. 1), S. 71 ff. (82).

³⁴ Siehe zum Bündel der Topoi *Bumke*, *Relative Rechtswidrigkeit*, 2004, S. 157 ff.

³⁵ Siehe vor allem den Kriterienkatalog bei *Gerhardt* (Fn. 13), § 114 Rn. 58 ff.

³⁶ Dies heben als roten Faden der Fallgruppen hervor *Richter/Schuppert/Bumke*, *Casebook Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 2000, S. 48 mit der veranschaulichenden Kontrollfrage: „Welche Konsequenzen hätte es, wenn der Richter die Entscheidung der Verwaltung in vollem Umfang nachprüfen würde?“

³⁷ BVerfGE 84, 34 (53 ff.).

rechte wendet. Beide Entscheidungstypen betreffen die in Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit mit hoher Intensität. Dies legt eine intensive Gerichtskontrolle nahe. Zugleich verlangt Art. 3 Abs. 1 GG eine Gleichbehandlung der Betroffenen. Diese Gleichbehandlung setzt die Möglichkeit voraus, die Prüfungsleistung oder beamtenrechtliche Beurteilung in Bezug zu den anderen entsprechenden Entscheidungen zu setzen. Dies kann nicht durch den Richter in einem Gerichtsverfahren geschehen, in dem nur der Einzelfall entschieden wird, sondern nur durch Prüfer und Personalverantwortliche mit ihrer kontinuierlichen Entscheidungspraxis. Kontrollintensität und Gleichbehandlungsanspruch werden von der Rechtsprechung dann so zum Ausgleich gebracht, dass die fachliche Vertretbarkeit einer Aussage voll gerichtlich nachprüfbar ist, für die persönliche Präsentation und die Einordnung in die Bewertungsskala aber ein Beurteilungsspielraum der Prüfer besteht.³⁸

bb) Risikoentscheidungen und dynamischer Grundrechtsschutz

Eine Kombination aus funktionalen und grundrechtlichen Überlegungen liegt auch der Fallgruppe staatlicher Risikoentscheidungen im Umwelt- und Technikrecht zu Grunde. Funktional wird darauf verwiesen, dass die Risikoentscheidung eine komplexe Entscheidung unter partieller Ungewissheit darstellt, die deshalb in einem besonders hohen Maß auf speziellen Sachverstand und zugleich eine hohe Flexibilität zur Verarbeitung neuer Erkenntnisse angewiesen ist. Die Fachverwaltungen verfügen hier über einen großen Sachverstand und die Fähigkeit, auch neues Wissen zu erzeugen, und sind in dieser Hinsicht den Gerichten, die allenfalls einzelne Sachverständige heranziehen können, überlegen. Die Rechtskonkretisierung durch die Verwaltung kann zugleich fortlaufend neue Erkenntnisse verarbeiten und damit den Schutz insbesondere der Gesundheit der Bürger fortlaufend daran anpassen.³⁹ Diese Flexibilität verbessert insofern den Grundrechtsschutz und wurde unter dem Stichwort des „dynamischen Grundrechtsschutzes“ zunächst als Rechtfertigung für weitgehende Delegationen des Gesetzgebers auf die Verwaltung verwendet,⁴⁰ trägt aber ebenso die entsprechende Zuweisung der Letztentscheidungskompetenz gegenüber den Gerichten.

Das Problem dieses Begründungsstranges besteht in der Bestimmung seiner Grenzen. Da die Fachverwaltungen den Gerichten immer an spezifischem Sachverstand überlegen sind,⁴¹ kommt der Dynamik und Komplexität des Sachbereichs dabei eine entscheidende Funktion zu. Nur wenn es an einem verfügbaren Wissensbestand fehlt und einzelne Sachverständige ggfs. im Gerichtsverfahren die Lage nicht ebenso gut beurteilen können wie die Verwaltungen, ist das Argument der notwendigen und offenen Wissenserzeugung im besonderen Herstellungszusammenhang zwingend. Deshalb

³⁸ BVerfGE 84, 34 (54 ff.); 84, 59 (79 f.); BVerwGE 104, 203 (206 ff.).

³⁹ Zu Risikoverfahren *Wahl*, NVwZ 1991, 409; *di Fabio* (Fn. 29), S. 85 ff., 265 ff., 462 ff.

⁴⁰ BVerfGE 49, 89 (134 ff., 137).

⁴¹ Siehe nur *Ramsauer* (Fn. 1), S. 71 (90).

reichen erforderliche Prognosen für sich nicht zur Begründung von Beurteilungsspielräumen aus. Ob ein Gastwirt „unzuverlässig“ ist, kann im Gerichtsverfahren ebenso gut geklärt werden wie im hier ohnehin nicht besonders ausgestalteten Verwaltungsverfahren. Entsprechend wurde die Fallgruppe bislang vor allem im besonders dynamischen und zugleich komplexen Bereich des Umwelt- und Technikrechts anerkannt, aber selbst dort vom Bundesverwaltungsgericht nur selten akzeptiert.

IV. Das Kontrollprogramm bei der Überprüfung administrativer Letztentscheidungskompetenzen

Wenn den positiven Rechtsnormen also im Wege der Auslegung unter Einbeziehung des Verfassungsrechts ein Bereich der Letztentscheidung durch die Verwaltung entnommen werden kann, muss anschließend gefragt werden, welche Kontrollaufgabe den Gerichten gegenüber den Entscheidungen zukommt.

Das Kontrollprogramm gestaltet sich dabei für die verschiedenen Gruppen der administrativen Letztentscheidung in der Grundstruktur einheitlich: Die gesetzliche Ermächtigung und die Verfahrensvorgaben sind uneingeschränkt zu prüfen, da sie der Entscheidung vorgelagert sind – wenngleich hinsichtlich der formellen Fragen die Regelungen der §§ 45 f. VwGO eventuelle Fehlerfolgen für das Endergebnis der Prüfung stark relativieren. Der Inhalt der Entscheidung kann nur in einer Abwägung durch die Verwaltung bestehen, die auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorstrukturierungen sowie verfassungsrechtlicher Vorgaben zu prüfen ist. Im Einzelnen ergeben sich also für die Falllösung die folgenden Schritte:

1. Gibt es eine gültige Ermächtigungsgrundlage?

Hier muss gedanklich vollständig, in den Ausführungen aber nur bei eventuellen Problempunkten eine Prüfung der Ermächtigungsgrundlage an den höherrangigen Vorgaben erfolgen (also etwa eine Verletzung des Vorbehalts des Gesetzes oder des Bestimmtheitsgebotes). Die Prüfung weist grundsätzlich keine Besonderheiten auf.

2. Ist die Entscheidung formell rechtswidrig?

Hier bestehen grundsätzlich keine Gestaltungsspielräume der Verwaltung, so dass die Prüfung auch hier grundsätzlich für alle Verwaltungsentscheidungen gleich erfolgt. Soweit der Gesetzgeber Verfahren und Organisation ausgestaltet hat, will er hierdurch den Prozess der Entscheidungsfindung strukturieren. Denn die Herstellungszusammenhänge einer Entscheidung prägen immer das Ergebnis mit. Bei Letztentscheidungsrechten der Verwaltung kommt ihnen sogar eine besondere Bedeutung zu, da sie hier den zentralen Ansatz zur Steuerung bilden und auch eine Kompensation für die geringere Dichte der inhaltlichen Vorgaben bilden.⁴² Dies ist ein wichtiges Element der sogenannten Prozeduralisierung des Rechts.⁴³

⁴² Siehe schon *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (158 f.).

⁴³ Gut verständlich *Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 15 ff.

3. Ist die Entscheidung materiell rechtmäßig?

Erst hier kommen die Letztentscheidungsrechte der Verwaltung zum Tragen. Während bei den sogenannten gebundenen Entscheidungen die Tatbestandsmerkmale abgeprüft werden und die Entscheidung der Behörde an der eigenen (gerichtlichen) Rechtsauslegung und Subsumtion gemessen wird, muss das Kontrollprogramm verändert werden, um die eingeräumten Letztentscheidungsbefugnisse zu respektieren. Dies betrifft bei Ermessens- und Planungsentscheidungen nur die sogenannte Rechtsfolgenrechte, bei Beurteilungsspielräumen aber auch die Subsumtion unter die entsprechenden Tatbestandsmerkmale.

Es werden hier nur noch „Fehler“ der Verwaltung bei ihrer Entscheidung, nicht aber der Inhalt der Entscheidung selbst kontrolliert. Die „Fehlerlehren“ weisen die jeweils beachtlichen Fehler aus und haben sich grundsätzlich eigenständig für Ermessen, Beurteilungsspielräume und planerische Abwägungen entwickelt. Ihre Grundstruktur ist aber gleich,⁴⁴ da die Aufgabe der Verwaltung grundsätzlich gleich ist: Immer muss sie zwischen verschiedenen Interessen abwägen.⁴⁵ Das Kontrollprogramm entspricht den folgenden Punkten.

a) Hat die Verwaltung ihre Kompetenz zur Letztentscheidung überhaupt wahrgenommen?

Weil eine Kompetenzzuweisung immer auch ein Aufgabenelement hat, muss die Verwaltung bei eingeräumten Letztentscheidungskompetenzen diese auch bewusst wahrnehmen. Entscheidet sie ohne dieses Bewusstsein, ist die Entscheidung rechtswidrig. Dies wird bei Ermessensentscheidungen „Ermessensausfall“ und bei planerischen Abwägungsentscheidungen „Abwägungsausfall“ genannt. Bei Beurteilungsspielräumen wird dies meist nicht thematisiert, doch ist nicht einsichtig, warum es dort nicht gleichermaßen gelten sollte.

b) Wurde die Entscheidung auf einer zutreffenden Entscheidungsgrundlage getroffen?

Die Letztentscheidung der Verwaltung soll grundsätzlich spezifische Kompetenzen der Verwaltung zum Tragen bringen, nicht aber Abstriche bei der beispielhaft in § 24 VwVfG aufgegebenen Sachverhaltsermittlung erlauben. Schon weil Verfahren und Organisation als Herstellungszusammenhang nicht zur Disposition stehen, kann dies auch grundsätzlich bei der Sachverhaltsermittlung nicht der Fall sein, weil die Steuerungskraft dieser Vorgaben ins Leere liefe, wenn ein unzutreffender Sachverhalt verarbeitet würde. Dies gehört in der Ermessensfehlerlehre zur Kategorie des „Ermessensdefizits“ als Unterfall des „Ermessensfehlgebrauchs“,⁴⁶ bei Beurtei-

lungsspielräumen wird die „Zugrundelegung des zutreffenden Sachverhalts“ verlangt und bei entsprechenden Fehlern in planerischen Entscheidungen spricht man von „Abwägungsdefizit“. Unter welchen Voraussetzungen eine fehlerhafte Sachverhaltsermittlung zur materiellen Rechtswidrigkeit der Entscheidung führt, ist freilich problematisch und umstritten.⁴⁷

c) Wurden die gesetzlichen Vorgaben für die Ausübung des Letztentscheidungsrechts beachtet?

Der Gesetzgeber hat der Verwaltung keinen Gestaltungsspielraum nach Belieben übertragen, sondern die Abwägung regelmäßig vorstrukturiert. Die Verwaltungsentscheidung muss beim Ermessen im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen bleiben (sonst „Ermessensüberschreitung“) und vor allem den vorgegebenen und durch Auslegung zu ermittelnden Zweck verfolgen (§ 40 VwVfG), aus dem sich zugleich ergibt, dass nur damit verbundene Interessen berücksichtigt werden können. Bei Abweichungen hiervon liegt rechtswidriger „Ermessensfehlgebrauch“ vor. Bei den planerischen Abwägungen sind zwingende materiell-rechtliche Vorgaben (z.B. § 1 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 BauGB) zu beachten⁴⁸ und die gesetzgeberisch vorgegebenen Belange einzustellen. Abweichungen führen zu einer rechtswidrigen „Abwägungsfehleinschätzung“. Bei den Beurteilungsermächtigungen sind grundsätzlich ebenfalls ihr Zweck und der Kreis der zu berücksichtigenden Belange einzuhalten. Verstöße werden hier oft als Überschreitung der Grenzen des Beurteilungsspielraums bezeichnet.

Negativ entspricht der Verpflichtung auf die gesetzlichen Vorstrukturierungen das Verbot, andere, angesichts der Vorgaben „sachfremde“ Erwägungen einzubeziehen.

d) Wurden bei der Entscheidung höherrangige Vorgaben, insbesondere die Verhältnismäßigkeit und das Gleichbehandlungsgebot beachtet?

Das selbstverständliche Gebot der Einhaltung höherrangiger Vorgaben folgt aus der Gesetzesbindung der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) und wird teilweise auch außerhalb der voranstehenden Fehler bei der inhaltlichen Rechtskonkretisierung geprüft.⁴⁹

die Bezeichnung der einzelnen Ermessensfehler ohnehin variiert und diese unterschiedlich weit abgespannt werden. So wird die zutreffende und umfassende Sachverhaltsermittlung von *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/ders.* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 6. Aufl. 2001, § 40 Rn. 99, als gesetzliche Grenze des Ermessens eingestuft. Dem entspräche dann die Annahme einer „Ermessensüberschreitung“.

⁴⁷ Vgl. etwa *P. Stelkens/Kallerhoff*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 46), § 24 Rn. 58; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 46), § 24 Rn. 37.

⁴⁸ Zur problematischen und überholten Kategorie des „Planungsleitsatzes“ *Steinberg/Berg/Wickel*, *Fachplanung*, 3. Aufl. 2000, § 3 Rn. 8 ff.

⁴⁹ Als Verfassungsgebote folgen diese Anforderungen nicht notwendig (auch) aus den einfach-gesetzlichen Ermächtigungen zur Letztentscheidung. Der Prüfungspunkt wird deshalb vor allem für Ermessensentscheidungen oft auch als eigen-

⁴⁴ Grundlegend und ausführlich *Gerhardt* (Fn. 13), § 114 Rn. 4 ff.

⁴⁵ Siehe *Gerhardt* (Fn. 13), § 114 Rn. 5; *Pache* (Fn. 1), S. 481.

⁴⁶ So in Anlehnung an das Planungsrecht *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 10. Aufl. 2008, § 40 Rn. 53, 62. Eine andere Zuordnung ist durchaus möglich, weil sich die fehlerhafte Sachverhaltsermittlung nicht ganz zwanglos in die herkömmlichen Ermessensfehler einordnen lässt,

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung wird beim Ermessensgebrauch entsprechend der bekannten Stufenfolge „Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit“ geprüft, wobei regelmäßig der verfolgte Zweck in Relation zu den Belastungen für den oder die Adressaten der Maßnahme zu setzen ist.

Planerische Abwägungsentscheidungen dienen hingegen meist dem Ausgleich einer großen Zahl betroffener Belange, die jeweils gegeneinander „Ins-Verhältnis-zu-setzen“ und gerecht abzuwägen sind. Diese Mehrpoligkeit kann über die einfache Zweck-Mittel-Relation der genannten Stufenprüfung nur schlecht abgebildet werden. Hier geht es darum, ob alle Belange mit dem angemessenen Gewicht berücksichtigt werden. Die Fehlgewichtung einzelner Belange, bei der diese notwendig unverhältnismäßig bevorteilt oder benachteiligt werden, wird dann als „Abwägungsdisproportionalität“ bezeichnet. Die Beurteilungsspielräume müssen je nach ihrem Zweck und dem Kreis zu berücksichtigender Interessen nach der einen oder anderen Weise geprüft werden.

V. Fazit

Die Letztentscheidungskompetenzen der Verwaltung bilden einen Bereich, der im Verfassungsrecht unter dem Gesichtspunkt des Art. 19 Abs. 4 GG wie im Verwaltungsrecht als allgemeines Problem oder spezifische fachgesetzliche Frage thematisiert werden kann. Da er ferner leicht in andere Fragestellungen zu integrieren ist, wird er häufig geprüft. Verdeutlicht man sich die einheitlichen Grundlinien, ergibt sich ein tragfähiges Gerüst für die vielen Einzelfragen der verschiedenen Formen und Ausprägungen. Diese können dann leichter gelernt und verbleibende Lücken durch verständige Herleitungen vertretbar gefüllt werden.

ständiger Punkt nach den Ermessensfehlern vorgesehen. Nimmt man jedoch an, dass die Abwägung die Grundstruktur der behördlichen Letztentscheidung darstellt und das Abwägungsgebot eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist, verschwimmt hier die Grenze zur einfachgesetzlichen Ausprägung. Deshalb ist es jedenfalls vertretbar, den Punkt in diesem Rahmen zu behandeln.
