

# Entscheidungsspielräume in Verwaltung und Rechtsprechung

Franz Bauer

## I. Einleitung

Behördliche Ermessensspielräume werden üblicherweise im Spannungsfeld zwischen Judikative und Exekutive gesehen, nämlich als Bereiche, die der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen sind und daher der Verwaltung eine Letztentscheidungskompetenz einräumen.<sup>1</sup> Dies entspricht einer vertikalen Perspektive, welche die Verwaltungsgerichtsbarkeit als eine Art Kontrollorgan der Verwaltung im Auftrag des Gesetzgebers begreift.<sup>2</sup> Demgegenüber gerät die Parallele zwischen Exekutive und Judikative im Hinblick auf deren jeweilige Entscheidungsfreiräume, die sich gerade in einem Spannungsfeld zur Legislative befinden, zumeist in den Hintergrund. Dabei drängt sich diese horizontale Perspektive im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG, der die beiden Gewalten hinsichtlich ihrer Bindung an Gesetz und Recht strukturell gleichstellt, geradezu auf: Der Gesetzgeber bestimmt die abstrakten Maßstäbe, Verwaltung und Gerichte fällen darauf basierende Einzelfallentscheidungen.<sup>3</sup>

Angesichts dieser Aufgabenverteilung muss es zunächst problematisch erscheinen, wenn Exekutive und Judikative nicht nur vorgegebene Entscheidungsprogramme anwenden, sondern ihnen die unterschiedlichsten Spielräume bleiben, um selbst die entscheidenden Maßstäbe zu setzen, gerade auch wenn diese durch Verwendung von Generalklauseln oder Ermessensnormen bereitwillig vom Gesetzgeber geschaffen werden.<sup>4</sup> Sowohl die Regulierungstätigkeit der Bundesnetzagentur als auch die Rechtsfortbildung des BGH im Bereich der Störerhaftung von Internetanbietern, die in dieser Ausgabe ausführlich behandelt werden,<sup>5</sup> können als Beispiele einer bewussten Wahrnehmung administrativer bzw. gerichtlicher Entscheidungsspielräume verstanden werden.

Die hier betonte Parallelität von Verwaltung und Rechtsprechung soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass beide im Hinblick auf die Gewaltenteilung jeweils unterschiedliche Funktionen erfüllen. Erstere wird rechtsanwendend tätig, um ihre jeweiligen Sachaufgaben zu verwirk-

lichen, Letztere dagegen „um des Rechts selbst willen“;<sup>6</sup> Erstere übt ihre Gewalt unmittelbar aus eigener Initiative aus, letztere nur auf Anrufung eines Klägers hin.<sup>7</sup> Hier soll aber nicht die Funktion, sondern die Art und Weise der Rechtsanwendung im Vordergrund stehen. Im Folgenden ist zunächst zu klären, was hier mit dem Begriff der Entscheidungsspielräume gemeint ist und welche Formen solcher Spielräume in Exekutive<sup>8</sup> und Judikative bestehen (II.), bevor diese in einer Gegenüberstellung auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede untersucht werden (III., IV.).

## II. Begriff und Arten von Entscheidungsspielräumen

### 1. Zum Begriff des Spielraums

Der Begriff des Spielraums könnte bereits so verstanden werden, dass im Bereich dieser Spielräume die Entscheidung stets indeterminiert ist, die verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten also gleich richtig sind.<sup>9</sup> Dies soll jedoch durch die Verwendung dieses Begriffs nicht vorweggenommen werden, vielmehr soll er in einem weiten *prima facie*-Sinn verstanden werden: Ein Entscheidungsspielraum besteht demnach überall dort, wo nicht nur eine Lösung von vorneherein in Frage kommt, weil sie sich direkt und unzweideutig aus dem Gesetz ergibt.<sup>10</sup> Danach ist etwa jede Zubilligung von Ermessen zunächst als Eröffnung eines Entscheidungsspielraums der Verwaltung zu verstehen, auch wenn die Entscheidung im konkreten Fall durch eine Ermessensreduzierung auf null determiniert sein kann.<sup>11</sup>

### 2. Spielräume der Exekutive

Auf Seiten der Verwaltung wird traditionell unterschieden zwischen der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und der Ermessensausübung. Erstere eröffnen einen Spielraum bei der Beurteilung des Tatbestands, z. B. der Zuverlässigkeit einer Person i. R. d. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG ist, letztere bei der Wahl der Rechtsfolge wie z. B. im Falle der polizeirechtlichen Generalklausel des Art. 11 Abs. 1

1 Vgl. nur Röhll/Röhll, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, § 29 III.

2 Vgl. etwa Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 4 f.

3 Classen, JZ 2003, 693 (694); Rupp, NJW 1969, 1273 (1276).

4 Vgl. Hillgruber, JZ 1996, 118 (124): „Die Gesetzgebungskompetenz ist weder verzichtbar noch delegationsfähig; Kompetenzausübung ist Pflicht.“

5 Muffler, rescriptum 2014, 85; Engert, rescriptum 2014, 122.

6 Hesse, Grundsätze des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 551.

7 Ebd., Rn. 530.

8 Der Begriff der Exekutive ist hier als gleichbedeutend mit der Verwaltung zu verstehen und soll nicht etwa die schöpferische Gestaltungs- und Steuerungstätigkeit der Regierung miteinbeziehen, vgl. zu dieser Di Fabio, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdB Staatsrecht II, 3. Aufl. 2004, § 27 Rn. 22; Hesse (Fn. 6), Rn. 531.

9 In diesem Sinne verwendet Alexy, VVDStRL 61, 7 (14 f.) den Begriff des Spielraums, nämlich im Hinblick auf die Entscheidungsmöglichkeiten, welche das Verfassungsrecht dem einfachen Gesetzgeber freistellt; ferner Klatt/Schmidt, Spielräume im Öffentlichen Recht, 2010, S. 5.

10 Wobei mit „Eindeutigkeit“ lediglich allgemeine Einigkeit hinsichtlich des richtigen Verständnisses gemeint ist, vgl. Hart, The Concept of Law, 3. Aufl. 2012, S. 126; kritisch daher Säcker, in: Münchener Kommentar, BGB, 6. Aufl. 2012, Einl. Rn. 115.

11 Hierzu Schoch, Jura 2004, 462 (468).

BayPAG.<sup>12</sup> Diese Unterscheidung ist seit längerem erheblicher Kritik ausgesetzt, wonach die formale Anknüpfung an Tatbestand oder Rechtsfolge im Ergebnis keine wesentlichen inhaltlichen Differenzen aufweise.<sup>13</sup> Darauf wird unter IV.2 zurückzukommen sein. Da es bei dieser Frage aber vor allen Dingen um die „Kompetenzabgrenzung von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit“<sup>14</sup>, also oben beschriebene vertikale Perspektive geht, muss sie im Rahmen der hier allein interessierenden horizontalen Perspektive nicht entschieden werden. Der Einfachheit wegen wird die gewohnte formale Kategorisierung daher im Folgenden beibehalten.

Daneben ist noch die Kategorie des Planungsermessens zu nennen, bei der die Unterscheidung von Tatbestand und Rechtsfolge aufgehoben ist. Vielmehr tritt an die Stelle der typischen Konditionalstruktur einer Norm („wenn x, dann y“) eine Finalstruktur, wonach der Verwaltung nur bestimmte zu verwirklichende Zwecke für ihre Entscheidung vorgegeben sind.<sup>15</sup>

Hinsichtlich des Ermessens ist schließlich zwischen klassischem Verwaltungs- und Normsetzungsermessen zu differenzieren. Während ersteres der Verwaltung einen Spielraum bei der Wahl der konkreten Rechtsfolge im Einzelfall vermittelt, betrifft das Normsetzungsermessen einen Spielraum bei der Ausgestaltung einer abstrakten Norm, also einer Verordnung oder Satzung.<sup>16</sup>

### 3. Spielräume der Judikative

Auf Seiten der Rechtsprechung unterscheidet man in der Regel zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung. Im Bereich der Auslegung wächst der Interpretationsspielraum mit zunehmender Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe.<sup>17</sup> Am einen Ende des Spektrums stehen hier technische Begriffe wie Orts- oder Zeitangaben, die nach allgemeinem Sprachgebrauch eindeutig sind,<sup>18</sup> am anderen Ende Generalklauseln wie etwa die Orientierung an den „guten Sitten“ (§§ 138 Abs. 1, 826 BGB, 228 StGB), welche in höchstem Maße konkretisierungsbedürftig sind. Bei der Rechtsfortbildung un-

terscheidet man zwischen dem Bereich der Lückenfüllung (*praeter legem*) und dem Bereich der Normverwerfung bzw. -korrektur (*contra legem*).<sup>19</sup>

Die Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung erfolgt traditionell anhand der Wortlautgrenze:<sup>20</sup> Ist eine vom Gericht entwickelte Lösung noch vom Wortlaut der Norm umfasst, d. h., ist sie eine der von einem mehrdeutigen Wortlaut zugelassenen Interpretationsmöglichkeiten, so handelt es sich um Auslegung, anderenfalls um Rechtsfortbildung.

### III. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln

Vergleicht man die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch Verwaltung und Rechtsprechung, so handelt es sich jeweils um dasselbe hermeneutische Problem, nämlich um die Frage nach dem richtigen Verständnis von Begriffen.<sup>21</sup> Dieses stellt sich unabhängig davon, ob es sich bei dem jeweiligen Norminterpretieren um ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde handelt. Die dabei entstehenden interpretativen Spielräume innerhalb des Wortlauts unterscheiden sich nicht im Hinblick auf den jeweiligen Rechtsanwender. Sie nehmen aber – wie unter II.3. gesehen – mit wachsender Unbestimmtheit der Sprache zu. Der Begriff der Generalklausel bezeichnet daher nichts anderes als einen besonders unbestimmten und daher ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriff.<sup>22</sup>

Diese interpretativen Spielräume können aus verschiedener Sichtweise beurteilt werden, je nachdem ob man eher den kompetenziellen oder den methodisch-systematischen Aspekt betont.<sup>23</sup> Aus kompetenzieller Sicht handelt es sich um eine Entscheidungsdelegation des Gesetzgebers, der diese durch die Wahl der Gesetzessprache steuert. Den Gerichten bzw. – im Falle eines gerichtlich nicht voll überprüf- baren Beurteilungsspielraums<sup>24</sup> – der Verwaltung bleibt eine Letztentscheidungsbefugnis hinsichtlich des richtigen Verständnisses der Begriffe. Legitimitätsprobleme ergeben sich folglich im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes und die Wesentlichkeitstheorie, wenn durch die Verwendung von

12 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 14. Aufl. 2013, § 40 Rn. 17.

13 Rupp, NJW 1969, 1273 (1275); Lohmann, Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip, 1972, S. 82 ff.; Herdegen, JZ 1991, 747 (749): nur „didaktische Berechtigung“; Kopp/Ramsauer (Fn. 12), § 40 Rn. 99 f.

14 Maurer (Fn. 2), § 7 Rn. 56.

15 Voßkuhle, JuS 2008, 117 (119). Ob daneben eine zusätzliche Kategorie des Regulierungsermessens erforderlich ist oder ob dieses nicht bereits hinreichend von der Kategorie des Planungsermessens erfasst ist, ist umstritten, spielt hier jedoch keine Rolle, vgl. hierzu Kopp/Ramsauer (Fn. 12), § 40 Rn. 29.

16 Maurer (Fn. 2), § 13 Rn. 15 m.w.N.; allgemein Herdegen, AöR 114 (1989), 607 ff.

17 Allgemein Hart (Fn. 10), S. 124 ff.

18 Vgl. Maurer (Fn. 2), § 7 Rn. 31; ähnlich Bydliniski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 41 ff.

19 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 187 f.; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 7. Aufl. 2013, Rn. 826 ff.

20 Vogel, Juristische Methodik, 1998, S. 133, 138; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 19 ff. Auch die Wortlautgrenze sieht sich erheblicher Kritik ausgesetzt, auf die an dieser Stelle jedoch nicht eingegangen werden kann: Vgl. etwa Säcker (Fn. 10), Einl Rn. 119.

21 Zur Rechtswissenschaft als hermeneutischer Wissenschaft vgl. Larenz/Canaris (Fn. 19), S. 25 ff.

22 Auch Rütters/Fischer/Birk (Fn. 16), Rn. 185, 836 unterscheiden daher nicht zwischen den beiden Begriffen.

23 Vgl. ansatzweise zu dieser Unterscheidung Classen, JZ 2003, 693 (697); Schoch, Jura 2004, 612 (614) spricht von „Erkenntnis- und Kompetenzproblem“.

24 Vgl. hierzu Schoch, Jura 2004, 612 (615 ff.); Voßkuhle, JuS 2008, 117 (118 f.).

Generalklauseln die wesentlichen Entscheidungen nicht mehr vom Gesetzgeber, sondern von den rechtsanwendenden Gewalten getroffen werden.<sup>25</sup>

Aus methodischer Sicht verliert die Legitimitätsfrage insofern ihre Schärfe, als die Schaffung von Interpretationsspielräumen nicht als plumpe Delegation verstanden wird, welche die Entscheidung vollkommen in das freie Belieben des Rechtsanwenders stellt. Stattdessen führt die Hinzuziehung systematischer, historischer und vor allem teleologischer Aspekte zu unterschiedlicher Plausibilität und somit Richtigkeit verschiedener Auslegungsvarianten. Nach dieser Sicht handelt es sich bei der Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln eher um ein Erkenntnis- als ein Entscheidungsproblem.<sup>26</sup>

#### IV. Rechtsfortbildung und Ermessen

Schwieriger scheint eine Identifizierung der beiden anderen Kategorien von Entscheidungsspielräumen, nämlich des Ermessens auf Seiten der Exekutive und der Rechtsfortbildung auf Seiten der Judikative. Gemeinsam ist ihnen zunächst die Abgrenzung zu den gerade behandelten Interpretationsspielräumen. Während es dort um das richtige Verständnis von Begriffen geht, handelt es sich hier um eine Regelbildung, die weder auf der Vagheit des Normtexts beruht noch durch diesen begrenzt wird.<sup>27</sup>

Andererseits zeigen sich schon auf den ersten Blick eine Reihe von Unterschieden, denen im Folgenden nähere Aufmerksamkeit geschenkt werden soll.

##### 1. Unterscheidung nach dem Abstraktheitsgrad der Regelung

So beschränkt sich die Ermessensausübung zunächst auf eine reine Einzelfallentscheidung im konkreten Fall, der möglichst sachgerecht geregelt werden soll,<sup>28</sup> während Rechtsfortbildung regelmäßig in der Formulierung abstrakter Regeln zum Ausdruck kommt. So stellte der BGH die Rechtsfähigkeit der GbR allgemein fest und nicht etwa nur für die konkrete Gesellschaft in dem ihm vorliegenden Fall.<sup>29</sup> Insofern könnte man eher in der – rein einzelfallbezogenen – Strafzumessung oder auch der Festsetzung von Mitverschuldensbeiträgen nach § 254 BGB richterliche Äquivalente zur administrativen Ermessensausübung sehen. Dieser Unterschied tritt jedoch zurück, wenn man bedenkt, dass sich auch die Ermessensausübung an Art. 3 Abs. 1 GG messen lassen muss und insbesondere durch Verwaltungsvorschriften verallgemeinert werden kann.<sup>30</sup> Er verkehrt sich schließlich ins Gegenteil hinsichtlich des Normsetzungsermessens, welches schließlich von vorneherein auf die Schaffung abstrakter Regeln gerichtet ist und gar keine Anknüpfung an eine konkrete Fallentscheidung besitzt.

25 Zu dieser Problematik BVerfG, NJW 1989, 666 (667).

26 Maurer (Fn. 2), § 7 Rn. 29; Schoch, Jura 2004, 612 (614).

27 Ähnlich Müller/Christensen, Juristische Methodik I, 11. Aufl. 2013, S. 139.

28 Maurer (Fn. 2), § 7 Rn. 13.

29 BGHZ 146, 341.

30 Hierzu Maurer (Fn. 2), § 7 Rn. 14; Schoch, Jura 2004, 462 (464 f.); kritisch Rupp, NJW 1969, 1273 (1276).

##### 2. Unterscheidung nach der normstrukturellen Anknüpfung

Eher formalistisch mutet das Argument an, die Ermessensausübung sei im Gegensatz zur Rechtsfortbildung auf die Rechtsfolgenseite beschränkt. Dies lässt sich besonders daran verdeutlichen, dass sich eine Norm sowohl unter Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs als auch als Ermessensnorm formulieren lässt, jeweils bei identischem Inhalt.<sup>31</sup> Ferner kann eine Ermessensausübung stets als Schaffung zusätzlicher Tatbestandsmerkmale durch die Verwaltung verstanden werden.<sup>32</sup> Im Hinblick auf die Rechtsfortbildung ist die Differenzierung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge noch weniger hilfreich: Ob man die analoge Anwendung des § 1004 BGB auf Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>33</sup> nun als Erweiterung des Tatbestands des § 1004 BGB oder als Schaffung einer zusätzlichen Rechtsfolge zum Tatbestand der Persönlichkeitsrechtsverletzung sieht, spielt letztlich keinerlei Rolle.

##### 3. Unterscheidung nach dem gesetzgeberischen Bewusstsein

Ein wesentlicher Unterschied ist jedoch darin zu sehen, dass sich ein Ermessenspielraum stets aus einer konkreten Einräumung des Gesetzgebers im Rahmen der jeweiligen Norm ergibt, etwa durch Verwendung einer „kann“- oder „darf“-Rechtsfolge.<sup>34</sup> Rechtsfortbildung dagegen reagiert auf eine Lückenhaftigkeit oder Unzweckmäßigkeit des Gesetzes, die im gesetzgeberischen Regelungsplan gerade nicht angelegt war. Ermessen kommt nur dort zum Einsatz, wo der Gesetzgeber etwas offen lässt, Rechtsfortbildung dagegen dort, wo eigentlich bereits eine Regelung besteht. Insofern lässt sich sagen, dass ersteres nur mit dem Vorbehalt des Gesetzes in Konflikt geraten kann, letzteres aber auch mit dem Vorrang des Gesetzes.<sup>35</sup>

Doch auch dieser Unterschied trifft nicht uneingeschränkt zu, da die Lückenhaftigkeit des Gesetzes wie bei der Ermessensausübung beabsichtigt sein kann. In den Materialien findet sich dann etwa die Bemerkung, ein gewisses Problem bleibe der Rechtsprechung zur Klärung überlassen.<sup>36</sup> Im Bereich des Arbeitskampfrechts verzichtet der Gesetzgeber komplett auf eine gesetzliche Normierung.<sup>37</sup> Hinsichtlich dieser *bewussten* Lücken lässt sich daher wie bei Ermessensnormen von einer bewussten legislativen Delegation sprechen.<sup>38</sup>

Daneben drängt sich an dieser Stelle die Frage auf, ob

31 Herdegen, JZ 1991, 747 (749); Bamberger, VerwArch 93 (2002), 217 (232).

32 Röhl/Röhl (Fn. 1), § 29 III 1; Herdegen, JZ 1991, 747, 749, jeweils m.w.N.

33 Hierzu Ebbing, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 1004 Rn. 171.

34 Schoch, Jura 2004, 462 (462 f.); Voßkuhle, JuS 2008, 117.

35 Vgl. Hillgruber, JZ 1996, 118 (119 f.).

36 Vgl. etwa BT-Drs 14/6040, S. 93 re. Sp.; ebd., S. 112 li. Sp.; näher Canaris (Fn. 20), S. 134 f. mit weiteren Beispielen.

37 Rütters/Fischer/Birk (Fn. 19), Rn. 835, 857.

38 Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2013, S. 195 f. spricht von „Lücken intra legem“ oder „Delegationslücken“.

auch die Verwaltung Rechtsfortbildung betreiben darf, wenn sie ihrerseits auf eine *unbewusste* Planwidrigkeit des Gesetzes stößt. Dies ist insbesondere dann zu bejahen, wenn man aus methodischer Perspektive davon ausgeht, dass sich die richtige Form der Lückenergänzung aus dem Gesetz bzw. der Gesamtrechtsordnung entwickeln lässt (dazu sogleich). Es wäre widersinnig, von der Verwaltung zu verlangen, sie müsse eine als falsch erkannte rechtliche Lösung anwenden, bzw. von den Gerichten, sie müssten eine als richtig erkannte rechtsfortbildende Lösung der Verwaltung für rechtswidrig erklären, obwohl sie selbst diese Lösung als richtig ansehen.<sup>39</sup> Es liegt daher im Ergebnis nahe, sowohl bei der Exekutive als auch bei der Judikative zwischen bewusster Entscheidungsdelegation und unbeabsichtigter Lückenfüllung zu unterscheiden.

#### 4. Unterscheidung nach dem Determinierungsgrad der Entscheidung

Ferner könnte eine Differenzierung aufgrund der verbreiteten Wahrnehmung vorgenommen werden, wonach Verwaltungsbeamte bei der Ermessensausübung – im Rahmen der Ermessensgrenzen<sup>40</sup> – tatsächlich freie Wahl hätten, während der Rechtsfortbildung ein irgendwie geordnetes, wenn nicht gar zwingendes Verfahren zugrunde liege, die Rechtsordnung als Ganze also nur eine richtige Rechtsfortbildung zulasse.<sup>41</sup> Bei näherem Hinsehen spiegelt dies aber vielmehr nur den Unterschied zwischen kompetenzieller und methodischer Sichtweise wider, wie er unter III. bereits ausgeführt wurde. Aus kompetenzieller Sicht bleibt sowohl der Behörde bei der Ermessensausübung als auch dem Gericht bei der Rechtsfortbildung eine Letztentscheidungskompetenz, der Gesetzgeber kann gegen die Entscheidung im konkreten Fall nicht mehr vorgehen. Aus methodischer Sicht sind dagegen weder Rechtsfortbildung noch Ermessensausübung frei, sondern werden vielmehr durch teleologische Erwägungen, die sich aus dem Gesetzeszweck bzw. der Gesamtrechtsordnung ergeben, geleitet und strukturiert.<sup>42</sup> Insofern wird auch Ermessensausübung zu einer Frage der Rechtsfindung, zum Erkenntnis- im Gegensatz zum Entscheidungsproblem. Folglich kann es aus dieser methodischen Perspektive auch keine Unterscheidung zwischen Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit geben.<sup>43</sup>

#### V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass ein Vergleich von Entscheidungsspielräumen von Exekutive und Judikative in der Tat weiträumige Gemeinsamkeiten offenlegt. Dabei kann differenziert werden zwischen Spielräumen, die sich (1) aus der Unbestimmtheit oder Vagheit der ver-

wendeten Gesetzessprache ergeben (oben III.), und solchen, die auf (2) bewusster Entscheidungsdelegation oder (3) unbeabsichtigter Lückenhaftigkeit beruhen (oben IV.). Spielräume aus diesen drei Gründen treten bei beiden Gewalten auf. Dabei sind sowohl bei der Interpretation unbestimmter Begriffe als auch bei der Rechtsfortbildung aufgrund unbewusster Lücken keine wesentlichen Unterschiede zwischen Verwaltung und Gerichten feststellbar. Etwas anderes gilt ansatzweise für die bewusste Entscheidungsdelegation. Hier tendiert die gerichtliche Rechtsfortbildung im Gegensatz zur klassischen Ermessensausübung zur Schaffung abstrakter Regeln, während das Normsetzungsermessen wiederum gar keinen Einzelfallbezug aufweist. Ansonsten zeigt sich jedoch auch hier ein bemerkenswerter Gleichlauf.

Festzuhalten bleibt ferner, dass Entscheidungsspielräume jeweils aus einer kompetenziellen und einer methodischen Perspektive mit je unterschiedlichen Ergebnissen betrachtet werden können. Das Verhältnis dieser beiden Sichtweisen und ihre jeweilige Berechtigung müssen an dieser Stelle jedoch offenbleiben.

39 I. E. ebenso *Classen*, JZ 2003, 693 (701).

40 Hierzu *Schoch*, Jura 2004, 462 (465 ff.).

41 *Rupp*, NJW 1969, 1273, wonach es kein richterliches Ermessen gibt. Zum richterlichen Selbstverständnis *Dworkin*, *Law's Empire*, 1986, S. 10 f., 37 ff.; zur *one right answer thesis* ebd., S. 225 ff.

42 Zur Rechtsfortbildung *Larenz/Canaris* (Fn. 19), S. 187 ff; zum Ermessen *Lohmann* (Fn. 13), S. 66 ff.

43 So ausdrücklich *Soell*, *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*, S. 119 f.