



Münchener Beiträge zur Politikwissenschaft

herausgegeben vom
Geschwister-Scholl-Institut
für Politikwissenschaft

2018

Grischa Niklas Eder

**Flexible Normen – Flexible
Verwaltung.**

Bachelorarbeit bei
Prof. Dr. Christoph Knill
2018

Gliederung

A. Einleitung	1
B. Reflexion des Forschungsstands.....	2
I. Ausgangslage	2
II. Normenwachstum als Herausforderung für die Qualität	3
III. Umgehung des Vollzugsdilemmas	4
C. Gleichförmige Normenentwicklung?.....	6
I. Gewählte Methode	6
II. Ergebnisse	9
D. Implementation und Verwaltungspraxis.....	9
I. Die Bedeutung von Implementation.....	9
II. Die Qualität der Implementation.....	10
III. Ermessen in der Verwaltungspraxis	11
1. Implementationskosten.....	12
a) Entscheidung treffen	12
aa) Letztprogrammierungspflicht	13
bb) Selbstbindung und Ermessensreduzierung	14
cc) Rechtsprechung	14
dd) Normkontext	15
b) Entscheidung umsetzen.....	16
aa) Begründung	16
bb) Entschluss der Untätigkeit	17
c) Zwischenergebnis.....	17
2. Implementationsqualität	18
a) Formale Umsetzung	18
b) Praktische Anwendung	18
3. Zwischenergebnis.....	20
E. Fazit: Auswirkung zunehmenden Ermessens auf Normanwendung.....	21

I. Implementationskosten	21
II. Implementationsqualität.....	21
III. Forschungsperspektiven	22
F. Zusammenfassung in Thesen	24

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BImschG	Bundesimmissionsschutzgesetz
ebd.	ebendiese, -r
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
f.,ff.	folgende
GastG	Gaststättengesetz
GG	Grundgesetz
Hrsg.	Herausgeber
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NNK	Nationaler Normenkontrollrat
Rn.	Randnummer
S.	Seite
s.	siehe
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte, -r
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
vorauss.	voraussichtlich
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
z. B.	zum Beispiel

Literaturverzeichnis

Adam/Hurka/Knill/Steinebach, Policy accumulation and the democratic responsiveness trap, vorauss. 2019, Cambridge.

Adam/Knill/Fernandez-i-Marín, Rule growth and government effectiveness: why it takes the capacity to learn and coordinate to constrain rule growth, *Policy Sciences*, 2017, S. 241-268.

Bogumil/Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl. 2009, Wiesbaden.

Böhret/Konzendorf, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung, 2001, Baden-Baden.

Börzel, Tanja, Why there is no southern problem. On environmental leaders and laggards in the European Union, *Journal of European Public Policy*, 2000, S. 141-162.

Dörrenbächer, Nora, Frontline uses of European Union (EU) law: a parallel legal order? How structural discretion conditions uses of EU law in Dutch and German migration offices, *Journal of Public Policy*, 2017, S. 1-25.

Duina, Francesco, Explaining Legal Implementation in the European Union, *International Journal of the Sociology of Law*, 1997, S. 155-179.

Ehlers/Pünder (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, Berlin.

Grimm, Dieter (Hrsg.): Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, Baden-Baden.

Haverland, Markus, National Adaptation to European Integration: The Importance of Institutional Veto Points, *Journal of Public Policy*, 2000, S. 83-103.

Held-Daab, Ulla, Das freie Ermessen. Von den vorkonstitutionellen Wurzeln zur positivistischen Auflösung der Ermessenslehre, 1996, Berlin.

Hille/Knill, It's the Bureaucracy, Stupid! The implementation of the Acquis Communautaire in EU Candidate Countries 1999-2003, 2006, *European Union Politics*, S. 531-552.

Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2013, Band III, München.

Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Band II, München.

Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Band I, München.

Huber/Shipan, Deliberate Discretion? The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy, 2002, Cambridge.

Jann, Werner, Praktische Fragen und theoretische Antworten: 50 Jahre Policy-Analyse und Verwaltungsforschung, Politische Vierteljahrsschrift, 2009, S. 476-505.

Knill/Tosun, Einführung in die Policy-Analyse, 2015, Opladen & Toronto.

König/Luetgert, Troubles with Transposition? Explaining Trends in Member-State Notification and the Delayed Transposition of EU Directives, British Journal of Political Science, 2009, S. 163-194.

Kopp/Ramsauer (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 18. Aufl. 2017, München.

Lipsky, Michael, Street-Level Bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Services, 1980, New York.

Lipsky, Michael, Street-level bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Services, 2010, New York.

Majone, Giandomenico, From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance, Journal of Public Policy, 1997, S. 139-167.

Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, München.

Möltgen-Sicking/Winter, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft, 2018, Wiesbaden.

Peters/Pierre (Hrsg.): Handbook of Public Administration, 2003, Thousand Oaks.

Pressman/Wildavsky, Implementation, 1973, Berkeley.

Schneider/Grohs/Knill, Wer hat, dem wird gegeben? Die Implementation des Konjunkturprogramms auf kommunaler Ebene, Der moderne Staat, 2011, S. 423-444.

Schuppert, Gunnar, Governance und Rechtsetzung, 2011, Baden-Baden.

Sprungk, Carina, Legislative Transposition of Directives: Exploring the Other Role of National Parliaments in the European Union, *Journal of Common Market Studies*, 2013, S. 298-315.

Steunenberg/Rhinard, Turning Swift Policymaking into Deadlock and Delay: National Policy Coordination and the Transposition of EU Directives, *European Union Politics*, 2006, S. 293-319.

Treib, Oliver, Die Umsetzung von EU-Richtlinien im Zeichen der Parteipolitik: Eine akteurszentrierte Antwort auf die Misfit-These, *Politische Vierteljahrsschrift*, 2003, S. 506-528.

Treib, Oliver, Implementing and complying with EU governance outputs, *Living Reviews in European Governance*, 2008.

Tummers/Bekkers/Vink/Musheno, Coping During Public Service Delivery: A Conceptualization and Systematic Review of the Literature, 2015, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2015, S. 1099-1126.

Van Witteloostuijn/De Jong, Changing national rules: Theory and evidence from the netherlands (1960-2004), *Public Administration*, 2008, S. 499-522.

Vedung, Evert, Autonomy and street-level bureaucrats' coping strategies, *Nordic Journal of Studies in Educational Policy*, 2015, 28643.

Veit, Sylvia, Bessere Gesetze durch Folgenabschätzung? Deutschland und Schweden im Vergleich, 2010, Wiesbaden.

Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1972, Tübingen.

Abstract

It is commonly understood that policy accumulation is occurring. This challenges legislators and those having to implement the policy. However, it can be observed that an increasing number of policies is discretionary. This paper observes that the medium of German federal laws underwent an increase of discretion of 1,56 compared to the old version of the same law. Means of discretionary policy is giving administrators a scope of autonomy concerning the outcome of a policy. What sets discretionary policy apart is the fact that it entails more costs in implementing it. Discretion implies that a margin of appreciation is granted. In the right context this increases the quality of implementation. Hence it is shown that not only the amount of policy matters for assessing the costs and quality of implementation but also the quality (discretionary or not) of the policy.

A. Einleitung

„Denn Herrschaft ist im Alltag primär: Verwaltung.“¹

Ob Verwaltung aber auch immer Herrschaft bedeutet, lässt sich bezweifeln, wenn man sich die Verwaltungspraxis vor Augen führt. Ein großer Teil der Verwaltungswissenschaft befasst sich entsprechend auch mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen Verwalten funktioniert vulgo der Staat seine Herrschaft ausüben kann. Der moderne Staat nutzt die Produktion und Durchsetzung von Normen als Legitimation und Mittel seiner Herrschaft.² Für die Beurteilung der Leistung einer Regierung ist es ganz erheblich, inwiefern mit erlassenen Gesetzen die angestrebten Ziele erreicht werden.³ Vor dem Hintergrund der Relevanz von Normen und ihrer Wirkung, wird in dieser Arbeit der Frage nachgegangen, inwiefern die Art der Normen die Anwendung von Gesetzen beeinflusst. Um dies beurteilen zu können, soll zunächst die bestehende Forschung auf dem Gebiet präsentiert werden. Sodann wird dargestellt, wie sich die Art der Normen im Laufe der Zeit gewandelt hat. Unter dem

¹ Weber, Max, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1972, S. 126.

² Majone, Giandomenico, From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance, Journal of Public Policy, 1997, S. 139-167.

³ Knill/Tosun, Einführung in die Policy-Analyse, 2015, S. 119.

Eindruck, wie Verwaltung in der Praxis von statthen geht, lässt sich daran anschließend beurteilen, ob und wie eine Veränderung der Normen die Anwendung selbiger berührt.

B. Reflexion des Forschungsstands

I. Ausgangslage

Die Anwendung einer Norm bedingt zweierlei: Die Norm selbst und einen Akteur, der sie anwendet. Die *Policy* Forschung stellt dabei zwei Tendenzen fest, die sich auf die Anwendung von Normen auswirken. Zum einen steigt die Anzahl der Normen deutlich an.⁴ Dies lässt sich etwa anhand der Anzahl der Sätze einer *Policy* feststellen.⁵ Jüngere Forschungsergebnisse bestätigen dies, auch wenn sie sich auf eine inhaltliche Dimension beziehen und fragen, ob durch ein bisher nicht normiertes *Policy* Instrument ein neues *Policy* Ziel erreicht werden soll.⁶ Währenddessen ist die Zahl der Akteure, die Normen anwendet (Beschäftigte im öffentlich-rechtlichen Dienst) stark zurück gegangen und stagniert zuletzt.⁷ Dabei ist das Personal von erheblicher Bedeutung für hoheitliches Handeln.⁸ Die Menschen sind die eigentlichen Handlungsträger der Verwaltung und damit ihre wichtigste Ressource, auch wenn in der Verwaltungswissenschaft zwischen dem entpersonalisierten Amt und der Person, die es ausübt (Amtswalter), unterschieden wird.⁹ Die Problematik des Personalrückgangs bei gleichzeitigem Normenwachstum liegt darin, dass die Verwaltung alle rechtsverbindlichen Normen befolgen muss (s. Art. 20 Abs. 3 GG). Wenn dem Einzelnen ein subjektiv-öffentliches Recht auf Befolgung der Norm zusteht, verschafft ihm dies sogar die Möglichkeit, den rechtmäßigen Gesetzesvollzug im Einzelfall justiziell durchzusetzen. Die Verwaltung sieht sich also einer immer größer werdenden Anzahl von Normen gegenüber, die

⁴ M.w.N. Adam/Knill/Fernandez-i-Marín, Rule growth and government effectiveness: why it takes the capacity to learn and coordinate to constrain rule growth, *Policy Sciences*, 2017, S. 241-268.

⁵ Van Witteloostuijn/De Jong, Changing national rules: Theory and evidence from the netherlands (1960-2004), *Public Administration*, 2008, S. 499-522.

⁶ Adam/Knill/Fernandez-i-Marín, Rule growth and government effectiveness: why it takes the capacity to learn and coordinate to constrain rule growth, *Policy Sciences*, 2017, S. 241 (249ff.).

⁷ Bogumil/ Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl. 2009, S. 114; Möltgen-Sicking/ Winter, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft, 2018, S. 113ff.

⁸ Dass personale Ausstattung einer der Faktoren für das Gelingen einer *Policy* ist, zeigen: Schneider/Grohs/Knill, Wer hat, dem wird gegeben? Die Implementation des Konjunkturprogramms auf kommunaler Ebene, Der moderne Staat, 2011, S. 423-444.

⁹ Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.): *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2. Aufl. 2013, Band III, §43 Rn. 1f.

sie mit ihrem verbleibenden Personal bewältigen muss. Passend erscheint, dies als Vollzugsdilemma zu bezeichnen.

II. Normenwachstum als Herausforderung für die Qualität

Die Herausforderung der *Policy* Akkumulation basiert darauf, dass aufgrund der steigenden Anzahl von Normen mehr Implementation im Verhältnis zu den administrativen Kapazitäten zu leisten ist. Der Fokus liegt auf dem (personalen) Vollzugsaufwand, ergo den Kosten, die sich daraus ergeben, dass die Verwaltung eine Norm vollzieht (z.B. Bescheide erlässt, Anträge prüft, Kontrollen durchführt). Implementationskosten sind in diesem Zusammenhang das Produkt aus der Zeit, die für die verschiedenen Vollzugsvorgänge von einem Verwaltungsbediensteten aufgewendet wird und der Häufigkeit der Vorgänge.¹⁰ Steigt die Zahl der Normen, so steigt die Zahl der zu erledigenden Vorgänge. Die Verwaltung kann grundlegend auf zweierlei Art auf diese Vermehrung der Arbeit reagieren:

Die erste ist gleichsam eine Nicht-Reaktion, nämlich gleichmütiges Abarbeiten der anfallenden Aufgaben (aufschiebende Implementation). Um die Menge der Arbeit zu begrenzen, kann die Verwaltung ebenso wie der einzelne Beamte versuchen, die Zahl der Aufgaben oberflächlich zu kaschieren, indem etwa Zugangshindernisse wie verkürzte Geschäftszeiten eingeführt werden, die zur kurzfristigen Entlastung führen.¹¹ Die Auswirkung auf die Qualität der Implementation jeder einzelnen *Policy* ist in diesem Fall derart, dass durch eine Zunahme von *Outputs* das Verhalten der implementierenden Akteure nur sehr begrenzt gesteuert wird, weil die *Policy* nur eine von vielen ist. Je mehr *Policies* es zu implementieren gilt, desto weniger steuert jede einzelne das Verhalten. Gewünschte Priorisierungen des Normgebers oder der exekutiven Leitung zeigen sich in dieser Arbeitsweise nicht, was sich in einer längeren Zeitspanne, die eine *Policy* von der Verabschiedung bis zur Verhaltensänderung und dadurch wiederum zum *Impact* benötigt, wieder findet. Diese Reaktion betrifft also gleichsam die Zeit wie auch die Effektivität der

¹⁰ Zur Berechnung siehe Statistisches Bundesamt, Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung, Stand 2017, S. 28ff [abgerufen am 13.6. 2018 unter https://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/Content/DE/Publikationen/2017-11-27-leitfaden-erfüllungsaufwand-2018.pdf?__blob=publicationFile&v=4].

¹¹ Lipsky, Michael, Street-Level Bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Services, 1980; Tummers/Bekkers/Vink/Musheno, Coping During Public Service Delivery: A Conceptualization and Systematic Review of the Literature, 2015, Journal of Public Administration Research and Theory, 2015, S. 1099-1126.

Implementation. Daher kann hier durchaus von Vollzugsdefiziten gesprochen werden, in dem Sinn, dass die entscheidenden Faktoren der Implementation beeinträchtigt werden.

Eine weitere Möglichkeit der Verwaltung mit der Situation umzugehen besteht darin, dass sie ihre Anstrengungen darauf lenkt, die Fälle zu bearbeiten, die den meisten Erfolg versprechen (selektive Implementation).¹² Dabei werden entweder die Anstrengungen auf solche Fälle gelenkt, bei denen die Intervention der Behörde am wahrscheinlichsten dazu führt, das gesetzlich normierte Ziel zu erreichen – beispielsweise fokussiert die Agentur für Arbeit ihre Bemühungen auf die Arbeitssuchenden, bei denen eine Job-Vermittlung am aussichtsreichsten ist.¹³ Alternativ erledigt die Behörde zunächst die am einfachsten zu bewältigenden Fälle in der Überlegung, dass sich so in Summe mehr Fälle erledigen lassen. Denkbar ist dies beispielsweise bei der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten, wo die Behörde eine relativ große Anzahl kleiner Vergehen ahndet, deren Verfolgung sich einfacher darstellt als diejenige großer, komplexer Verdachtsmomente. Es ist jedoch vorstellbar, dass etwa im Bereich des Umweltrechts die großen Vergehen eines einzelnen Kraftwerkbetreibers ungleich größere Auswirkungen auf die Umwelt haben als eher marginale Verstöße kleiner Handwerksbetriebe. Bezuglich des Implementationserfolgs wird die Qualität der Implementation dergestalt beeinflusst, dass durch den Normgeber nicht vorgegeben ist, auf welche Fälle sich die Behörde bei ihrer Auswahl zu konzentrieren hat – möglicherweise wählt die Verwaltung den Weg des geringsten Widerstands, indem sie sich auf die einfachen Fälle konzentriert, erreicht so aber im Effekt nicht den *Impact*, der dem Normgeber vorschwebt.

III. Umgehung des Vollzugsdilemmas

Die Sorge um Vollzugsdefizite¹⁴ und die Steuerungsfähigkeit des Rechts ist nicht neu und wird sowohl in der Rechtswissenschaft als auch der politikwissenschaftlichen *Policy* Forschung geäußert.¹⁵

¹² *Vedung, Evert*, Autonomy and street-level bureaucrats' coping strategies, *Nordic Journal of Studies in Educational Policy*, 2015, 28643.

¹³ Beispiel bei *Adam/Hurka/Knill/Steinebach*, Policy accumulation and the democratic responsiveness trap, vorauss. 2019, 4.4.

¹⁴ Das Bundesverfassungsgericht sieht sogar die Möglichkeit, dass ein Gesetz verfassungswidrig wird, wenn ein „strukturelles Vollzugsdefizit“ besteht; siehe nur *Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen* Band 110, S. 94-141 (Rn. 131ff.).

¹⁵ *Grimm*, in: *Grimm* (Hrsg.): *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 291ff; *Adam/Hurka/Knill/Steinebach*, Policy accumulation and the democratic responsiveness trap, vorauss. 2019, 4.1.

Die Verwaltungsrechtswissenschaft sieht den Weg zur Erhaltung der Steuerungsfähigkeit des Rechts zum einen in einem veränderten Verwaltungsrecht, wie es sich etwa in der Figur „hoheitlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung“ niederschlägt. Neue Rechtsformen ermöglichen beispielsweise beauftragten Privatakteuren Recht zu setzen und dessen Einhaltung eigenständig zu überwachen.¹⁶ Die Reduzierung der Anzahl der Gesetze als Form der Deregulierung, wird als offensichtliche Lösung des Problems gestiegener Normenanzahl angeführt,¹⁷ hat sich jedoch wie die Empirie zeigt, nicht durchgesetzt. Veränderungen, die die öffentliche Verwaltung auch organisatorisch entlasten sollen, sind die verstärkte Kooperation der Verwaltung mit Dritten bis hin zur Privatisierung der Implementation von Recht und die Digitalisierung von Verwaltungsaufgaben und -abläufen.¹⁸ Die Qualität von Gesetzen lässt sich anhand der Folgen beurteilen; so soll eine allgemein bessere Gesetzgebung entstehen, die den Vollzug von Gesetzen mitberücksichtigt. Das sog. *Regulatory Impact Assessment* (Gesetzesfolgenabschätzung), das seit den 1990er Jahren seinen Siegeszug angetreten hat¹⁹ wird von der Idee getragen, dass sich im Voraus bereits anhand des Standard-Kosten-Modells abschätzen lässt, welche Kosten durch eine Regelung für Bürger und Unternehmen entstehen (Bürokratiekosten).²⁰ In Deutschland wurde auf Bundesebene 2006 der Nationale Normenkontrollrat eingerichtet, der sich eben dieser Thematik widmet. Darüber hinaus befasst er sich mit der Frage, wie sich der Aufwand für die Erfüllung einer neuen Regelung auch für die Verwaltung darstellt (§ 1 Abs. 3 Gesetz zur Einrichtung eines Nationalen Normenkontrollrates). Das ist nur konsequent, denn schließlich muss die Verwaltung Gesetze implementieren. Es bedeutet aber auch gleichzeitig, dass sich die Kosten für die Verwaltung von Regelung zu Regelung unterscheiden – andernfalls wäre eine Beurteilung der Kosten mit dem Ziel Alternativen aufzuzeigen hinfällig. Und in der Tat prognostiziert der NNK den zeitlichen Aufwand, der sich daraus ergibt, dass ein Angestellter des öffentlichen Dienstes aufgrund einer Regelung eine Tätigkeit mit der zu erwartenden Häufigkeit vornimmt.²¹ Dabei

¹⁶ Guter Überblick bei *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle: Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Band I, §19.

¹⁷ *Adam/Hurka/Knill/Steinebach*, Policy accumulation and the democratic responsiveness trap, vorauss. 2019, 2.2.

¹⁸ Vgl. *Möltgen-Sicking/ Winter*, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft, 2018, S. 139ff.

¹⁹ *Veit, Sylvia*, Bessere Gesetze durch Folgenabschätzung? Deutschland und Schweden im Vergleich, 2010, S. 21.

²⁰ *Schuppert, Gunnar*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 90ff.

²¹ Statistisches Bundesamt, Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung, Stand 2017, S. 28ff [abgerufen am 13.6. 2018 unter

fällt jedoch auf, dass wie in der *Policy* Forschung nicht danach unterschieden wird, welches legislatorische Instrument zum Einsatz kommt.²² Dies verwundert angesichts dessen, dass dem modernen Staat eine Vielzahl von Instrumenten zur Verfügung steht, um seine regulatorischen Ziele zu erreichen.²³ Diese Komplexität spiegelt sich nicht in der Forschung zum Normenwachstum und den daraus abgeleiteten Folgen wider. Die vorliegende Arbeit leistet ihren Beitrag dazu, die Wechselwirkungen aufzuzeigen, die zwischen den erkannten Problemen und angeführten Lösungen aus den Perspektiven der Verwaltungsrechtswissenschaft und *Policy* Forschung vorgebracht werden.

C. Gleichförmige Normenentwicklung?

Normen lassen sich anhand einer Vielzahl von Kriterien unterteilen. Diese Arbeit geht der Rolle von Ermessensnormen nach. Ermessen als Ausdruck des kontinuierlichen Ringens um die Beschränktheit der Staatsgewalt ist elementarer Bestandteil des Verwaltungshandelns und erscheint daher besonders geeignet, als rechtliches Instrument ausgesucht zu werden.²⁴ Die Rolle von Ermessen wurde in der Literatur etwa unter dem Gesichtspunkt behandelt, unter welchen Bedingungen sich die Legislative entscheidet, der Verwaltung Ermessen einzuräumen²⁵ und wie sich Ermessen auf den Einfluss von EU-Recht auswirkt.²⁶

I. Gewählte Methode

Um eine Veränderung der Häufigkeit von Ermessensnormen zu beurteilen, wurden formelle Bundesgesetze untersucht. Diese werden vom Parlamentsgesetzgeber erlassen und betreffen in ihrer Reichweite das gesamte Bundesgebiet. Untersucht wurde eine Auswahl von Gesetzen anhand der Gesetzesammlung *Sartorius*²⁷, unter der Annahme, dass dort die für die Breite der Normenwender relevanten Normen gesammelt sind. Die Gesetze beziehen sich auf

²² https://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/Content/DE/Publikationen/2017-11-27-leitfaden-erfüllungsaufwand-2018.pdf?__blob=publicationFile&v=4].

²³ Böhret/Konzendorf, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung, 2001.

²⁴ Vgl. Eifert, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Band I, §19.

²⁵ Held-Daab, Ulla, Das freie Ermessen. Von den vorkonstitutionellen Wurzeln zur positivistischen Auflösung der Ermessenslehre, 1996, S. 20f., 259f.

²⁶ Huber/Shipan, Deliberate Discretion? The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy, 2002.

²⁷ Dörrenbächer, Nora, Frontline uses of European Union (EU) law: a parallel legal order? How structural discretion conditions uses of EU law in Dutch and German migration offices, Journal of Public Policy, 2017, S. 1-25.

²⁷ Sartorius Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, 118. Aufl. 2018, Inhaltsverzeichnis.

verschiedenste Regelungsgebiete und haben unterschiedlichen Umfang. Dabei wurde die älteste verfügbare Gesamtausgabe einer Norm mit der aktuell gültigen Version der gleichen Norm verglichen. Die Zeiträume sind dabei teils lang (*Konsulargesetz* 1974-2018), teils recht kurz (*Tiergesundheitsgesetz* 2015-2018) und decken somit diverse Mehrheitsverhältnisse im Bundestag ab. So lässt sich zwar keine uniforme Entwicklung beobachten, die Resultate sind aber gleichwohl weniger anfällig für kurzfristige Veränderungen und bilden einen allgemeinen Trend ab.

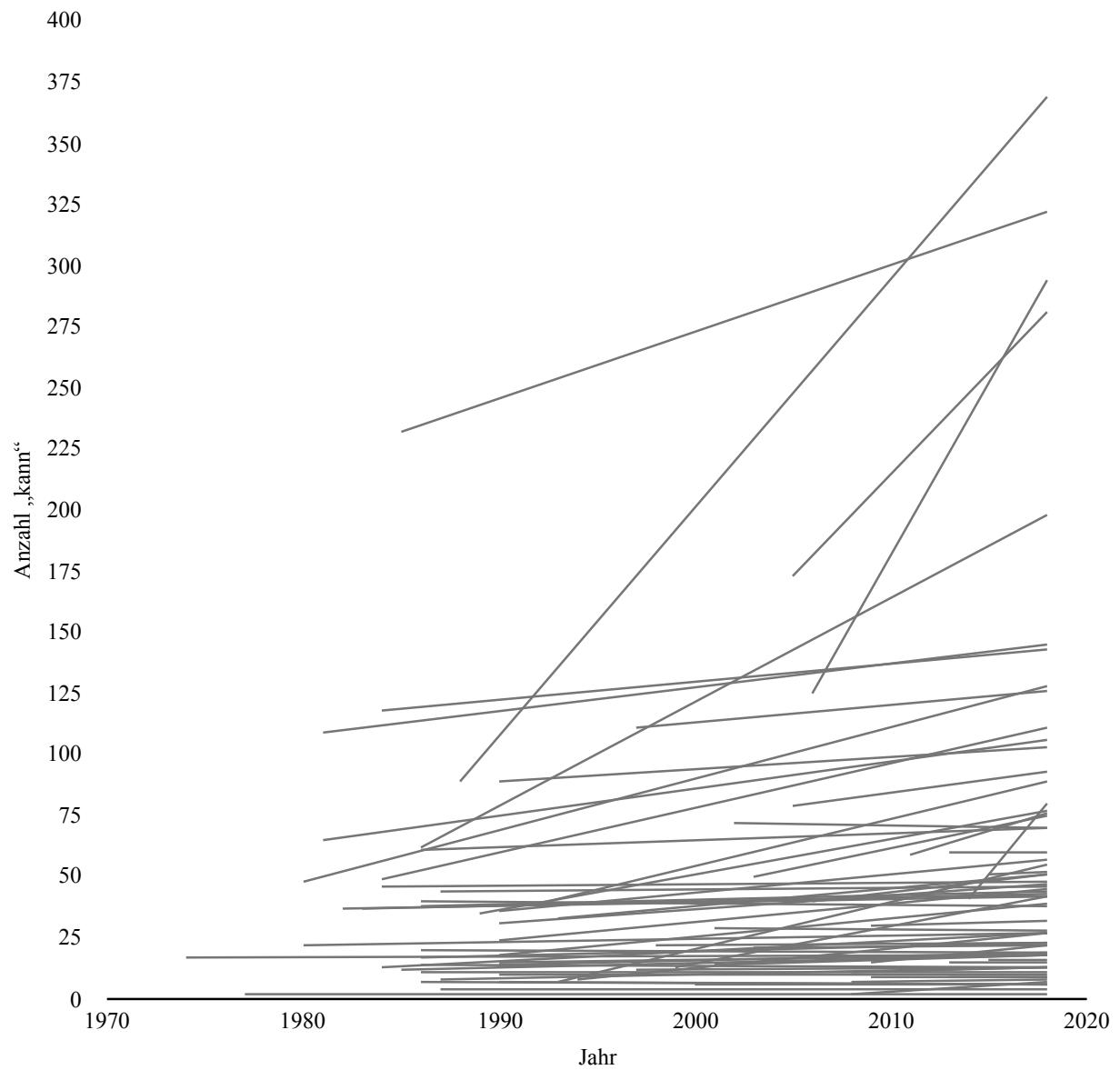
Ermessen ist in Normen unterschiedlich angelegt. Dazu müssen die Formulierung, der Zweck der Norm und das Verhältnis zu anderen Normen in Betracht gezogen werden. Indiziert wird Ermessen durch die Wörter „kann“, „darf“, „ist befugt“.²⁸ Diese Aufzählung ist nicht abschließend und manchmal ergibt sich das Ermessen einer Behörde erst im Kontext verschiedener Normen. Für eine umfassende Untersuchung ist es erforderlich, Ermessen einheitlich zu kodieren, um so einen Vergleich zu ermöglichen. Diese Arbeit zählt die Anzahl des Wortes „kann“ in Bundesgesetzen, um eine Veränderung der Häufigkeit zu ermöglichen. Dabei wird „kann“ nur in der kleingeschriebenen Version – also nicht am Satzanfang – berücksichtigt, denn ein „Kann“ am Satzanfang indiziert den Tatbestand und nicht die Rechtsfolge („Kann der Betroffene nicht ausfindig gemacht werden, so wird...“) – bezieht sich also nicht auf das Ermessen der Verwaltung. „kann“ könnte nicht nur Ermessen bedeuten, sondern beispielsweise den Tatbestand, die Wahlmöglichkeit eines Normadressaten („kann der Antragsteller verlangen, dass...“) sowie die Delegation von Rechtsetzung („kann die Landesregierung durch Rechtsverordnung...“). Häufig, wenn auch nicht immer, zeigt „kann“ aber gerade Ermessen für die Verwaltung an, so dass es gerechtfertigt erscheint, die Zählung des Wortes als Indikator für die Häufigkeit von Ermessensnormen zu verwenden. Die stichprobenartige detaillierte Untersuchung des BImschG [Anhang 2] bestätigt die Güte der Methode, Ermessensnormen anhand des Wortes „kann“ zu zählen. Ein artikelweiser Vergleich des Gesetzes auf alle Ermessensnormen führt zu einer Veränderung um 2,25. Die Zählung des Wortes „kann“ ergibt ein Verhältnis von 2,66. Die Zählung von „kann“ bei der Untersuchung von 70 Bundesgesetzen geschieht unter der Annahme, dass sich die Sprache des Normgebers nicht gewandelt hat, in dem Sinne, dass „kann“ häufiger oder weniger häufig als Indikator für Ermessen dient. Hierzu lassen sich keine Anzeichen finden. Ein Ansatzpunkt für weitergehende Forschung wäre, das Verhältnis von Ermessensnormen zu gebundenen

²⁸ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, S. 148f.

Entscheidungen zu untersuchen, um die Normentwicklung noch detaillierter zu beurteilen und die Entwicklung von Ermessensnormen besser einschätzen zu können. Auch von Interesse wäre eine Untersuchung der Normen, auf die sich in der Praxis der Großteil des Verwaltungshandelns stützt.

In [Anhang 1] sind die Ergebnisse der Untersuchung nachvollziehbar aufgelistet. [Schaubild 1] bereitet diese grafisch auf. Dabei stellen die Linien jeweils die Verbindung zwischen der Anzahl von „kann“ in dem Gesetz in der alten und aktuellen Version dar.

[Schaubild 1]



II. Ergebnisse

Der Mittelwert der Veränderungen beträgt 1,56. Dabei war die stärkste Veränderung hin zu mehr Ermessen bei dem *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung* von 7 (alte Version) zu 55 (aktuelle Version) „kann“ zu zählen. Dies stellt ein Verhältnis von 7,85 dar. Auch beobachtbar ist eine Veränderung hin zu weniger „kann“, am deutlichsten bei dem *Abwasserabgabengesetz* und dem *Gesetz zum Schutz gegen Fluglärm*. Hier stellt die Häufigkeit von 6 (neue Version) „kann“ zu 7 (alte Version) ein Verhältnis von 0,85 dar. Teils zeigt das Verhältnis von 1, dass gar keine Veränderung in der Häufigkeit statt gefunden hat. 51 der untersuchten 70 Gesetze zeigen jedoch eine Veränderung hin zu mehr „kann“ – diese deutlich überwiegende Tendenz der Entwicklung bestätigt auch der Median der Veränderungen von 1,17. Bei sieben ist eine Verringerung von „kann“ festzustellen, bei 12 ist keine Veränderung zu beobachten. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass immer mehr „kann“ in Gesetzen anzutreffen ist und daher die Anzahl der *Policies*, die der Verwaltung Ermessen einräumt, signifikant steigt.

D. Implementation und Verwaltungspraxis

I. Die Bedeutung von Implementation

Die Auswirkung der gestiegenen Anzahl an Ermessen auf Implementation erfordert zunächst eine Definition von Implementation. Implementation beschreibt, was zwischen der Regelung (*Output*) und dem angestrebten Ziel einer *Policy (Impact)* durch das Verhalten der politisch-administrativen Handlungsträger (*Outcome*) geschieht.²⁹ Dabei hat die Implementationsforschung schon länger herausgearbeitet, dass es zum Teil erhebliche Abweichungen zwischen dem normierten Verhalten und dem faktischen *Outcome* einer Regelung gibt.³⁰ Dies hat sich insbesondere auch auf Ebene der Europäischen Union gezeigt, wo die Transposition von Sekundärrecht (vor allem Richtlinien) in nationales Recht der Mitgliedstaaten erhebliche Probleme bereitet.³¹ Will der Normgeber eine bestimmte normative Steuerung erreichen, so muss er sich die Frage stellen, wie sich der Implementationsprozess

²⁹ Knill/Tosun, Einführung in die Policy-Analyse, 2015, S. 118, 128.

³⁰ Vgl. Jann, Werner, Praktische Fragen und theoretische Antworten: 50 Jahre Policy-Analyse und Verwaltungsforschung, Politische Vierteljahrsschrift, 2009, S. 476-505; der Klassiker der Implementationsforschung ist hierbei Pressman/Wildavsky, Implementation, 1973.

³¹ Treib, Oliver, Implementing and complying with EU governance outputs, Living Reviews in European Governance, 2008.

auf das *Outcome* und damit den *Impact* der *Policy* auswirkt. So stellt die Implementation für die *Policy* Forschung ein wichtiges Feld dar, um herauszuarbeiten, ob eine *Policy* die intendierte Auswirkung hat.³² Für den Gesetzgeber bietet die Implementationsforschung Anhaltspunkte, wie eine *Policy* ausgestaltet werden sollte, um *Outcomes* zu erreichen, die wiederum den *Impact* einer Norm beeinflussen.

II. Die Qualität der Implementation

Das Kontinuum zwischen Implementationserfolg und -misserfolg bestimmt die Qualität der Implementation. Dabei lassen sich in der Literatur zwei Dimensionen der Implementation unterscheiden: Die formale Umsetzung einer Norm und die praktische Anwendung.³³ Gute formale Umsetzung bedeutet die fristgerechte und vollständige Transposition einer Vorgabe (z.B. Richtlinie der EU) in nationales Recht (z.B. Bundesgesetz); in der Literatur besteht weitgehende Uneinigkeit darüber, welcher Faktor hier Implementationsdefizite erklären kann. Angeführt wird u.a. die Rolle nationaler Parlamente,³⁴ institutionelle Anpassungskosten,³⁵ Vetospieler,³⁶ die Kapazität der Verwaltung,³⁷ *Misfit* zwischen Vorgabe und Status quo³⁸ sowie die Rolle nationaler Parteipolitik.³⁹ Diese Varianz zeigt schon die teils sehr unterschiedlichen Herangehensweisen an den Implementationsprozess. So kann dieser als *top-down* Prozess verstanden werden, in dem erfolgreiche Implementation als das tatsächliche Eintreten der *Policy Outcomes* verstanden wird⁴⁰ oder als *bottom-up* Prozess, der als erfolgreich gilt, wenn eine Problemlösung vor dem Hintergrund divergierender Interessen und

³² Adam/Hurka/Knill/Steinebach, Policy accumulation and the democratic responsiveness trap, vorauss. 2019, 4.1.

³³ Knill/Tosun, Einführung in die Policy-Analyse, 2015, S. 127.

³⁴ König/Luetgert, Troubles with Transposition? Explaining Trends in Member-State Notification and the Delayed Transposition of EU Directives, British Journal of Political Science, 2009, S. 163-194; Sprungk, Carina, Legislative Transposition of Directives: Exploring the Other Role of National Parliaments in the European Union, Journal of Common Market Studies, 2013, S. 298-315; Steunenberg/Rhinard, Turning Swift Policymaking into Deadlock and Delay: National Policy Coordination and the Transposition of EU Directives, European Union Politics, 2006, S. 293-319.

³⁵ Duina, Francesco, Explaining Legal Implementation in the European Union, International Journal of the Sociology of Law, 1997, S. 155-179.

³⁶ Haverland, Markus, National Adaptation to European Integration: The Importance of Institutional Veto Points, Journal of Public Policy, 2000, S. 83-103.

³⁷ Hille/Knill, It's the Bureaucracy, Stupid! The implementation of the Acquis Communautaire in EU Candidate Countries 1999-2003, 2006, European Union Politics, S. 531-552.

³⁸ Börzel, Tanja, Why there is no southern problem. On environmental leaders and laggards in the European Union, Journal of European Public Policy, 2000, S. 141-162.

³⁹ Treib, Oliver, Die Umsetzung von EU-Richtlinien im Zeichen der Parteipolitik: Eine akteurszentrierte Antwort auf die Misfit-Theorie, Politische Vierteljahresschrift, 2003, S. 506-528.

⁴⁰ Knill/Tosun, Einführung in die Policy-Analyse, 2015, S. 123.

Akteure gelingt.⁴¹ Dies geht über *Policy Outcomes* hinaus und bezieht den *Impact* einer *Policy* mit ein. Dementsprechend werden unterschiedliche Anforderungen an die formale Umsetzung einer Norm gestellt, auf die spezifische Faktoren Einfluss nehmen können. Wenn Implementationserfolg nicht einheitlich definiert ist, kann auch nicht konsensfähig ausgemacht werden, was für den Implementationsmisserfolg verantwortlich ist. Dies greift die zweite Dimension der Implementation auf: Praktische Anwendung. Implementationserfolg bedeutet hier das Einhalten formal-rechtlicher Vorschriften und darüber hinaus ein dem gewünschten *Impact* entsprechendes Umsetzen der *Policy*, der durch diesen intendierten *Outcome* erreicht werden soll.⁴² Diese Definition ist für das Bewerten der Auswirkungen von Norminstrument auf die Anwendung entscheidend. Das befürchtete Implementationsdefizit bei Normenwachstum liegt also gerade darin, was Implementation ausmacht: dem gesteuerten Verhalten. Bei Nicht-Reaktion der Verwaltung – der ersten Art der Reaktion – verhält sich die Verwaltung kaum zu der *Policy*, sondern versucht sie möglichst zu ignorieren. Bei selektiver Implementation – der zweiten Art der Reaktion – ist das Verhalten nur beschränkt gesteuert. Der *Impact* ist, sofern vorhanden, nicht zwingend der gewünschte.

III. Ermessen in der Verwaltungspraxis

Die Auswirkung von Ermessen sowohl auf die Diagnose (steigende Implementationskosten) als auch die Folgerung (Implementationsdefizite) des Normenwachstums soll anhand des Gangs einer typischen Gesetzesanwendung am Beispiel des Gaststättenrechts dargestellt werden.⁴³ Ausgangslage ist das Gaststättengesetz. § 2 normiert, dass für den Betrieb eines Gaststättengewerbes eine Erlaubnis der zuständigen Behörde erforderlich ist. § 4 normiert Gründe, bei deren Vorliegen eine Erlaubnis zu versagen ist. Ist beispielweise nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2a die Barrierefreiheit der Gasträume nicht gegeben, so versagt die Behörde die erforderliche Erlaubnis. Anders stellt sich der Fall nach § 4 Abs. 1 S. 2 dar – ist die barrierefreie Gestaltung der Gasträume nicht möglich oder unzumutbar, so *kann* die Behörde die Erlaubnis erteilen. Um den Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zu beurteilen geht die Behörde also wie folgt vor: Zunächst ermittelt sie den Sachverhalt, mithin das Vorliegen tatsächlicher Geschehnisse und Umstände. Im Beispiel die gegebenen Räumlichkeiten einer

⁴¹ Winter, in: Peters/Pierre: Handbook of Public Administration, 2003, S. 212-222.

⁴² Knill/Tosun, Einführung in die Policy-Analyse, 2015, S. 127f.

⁴³ Nach Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, S. 145f.

Gaststätte. Dies geschieht im Hinblick auf den gesetzlichen Tatbestand, hier also ob die Barrierefreiheit gegeben ist und wenn nicht, ob eine barrierefreie Gestaltung möglich und zumutbar ist. Dies ist objektiv festzustellen und gerichtlich überprüfbar. Ist der gesetzlich normierte Tatbestand erfüllt, mithin der Gastraum barrierefrei, so erteilt die Behörde die Erlaubnis. Ist der Gastraum nicht barrierefrei und der Umbau möglich und zumutbar so versagt sie die Erlaubnis. Ist der Gastraum nicht barrierefrei und der Umbau nicht möglich oder unzumutbar so *kann* sie die Erlaubnis erteilen. Dies beinhaltet die Möglichkeit sie zu erteilen oder sie nicht zu erteilen. Die Wahlmöglichkeit auf der Rechtsfolgenseite macht die Ermessensentscheidung aus.⁴⁴

1. Implementationskosten

Wie oben ausgeführt sind Implementationskosten in dem hier untersuchten Zusammenhang der zeitliche Aufwand, den die Vollziehung eines Gesetzes mit sich bringt, multipliziert mit der Häufigkeit der anfallenden Vorgänge. Implementation beinhaltet dabei notwendigerweise eine Entscheidung der Handlungsträger, wie sie sich verhalten werden, bevor diese Entscheidung in ein tatsächliches Verhalten umgesetzt wird.⁴⁵ Die Sachverhaltsermittlung geht der Entscheidungsfindung immer voraus und unterscheidet sich nicht nach Art des rechtlichen Instruments.

a) Entscheidung treffen

Ermessen wirkt sich dergestalt auf das Treffen einer Entscheidung aus, dass eine Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Rechtsfolgen besteht. Dies unterscheidet es fundamental von einer Norm, die als gebundene Entscheidung ausgestaltet ist („wenn ..., so *ist* die Erlaubnis zu erteilen“). So gesehen trifft die Behörde hier gar keine Entscheidung, denn der Gesetzgeber entscheidet sich und hält dies im Gesetz fest.

⁴⁴ Ebd. S. 147f.

⁴⁵ Voßkuhle in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Band I, §1 Rn. 15 und Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Band I, §10 Rn. 30 betonen die Wichtigkeit der Herstellung, Rechtfertigung und Darstellung der Entscheidung der Verwaltung. Voßkuhle sieht die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft als rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft.

aa) Letztprogrammierungspflicht⁴⁶

Ermessen, wie es hier verstanden wird, besitzt neben der Wahlmöglichkeit ein weiteres Charakteristikum. Die Wahl der Behörde ist gerichtlich nur darauf überprüfbar, ob sie sich im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen bewegt; welche Wahl die bessere ist, entscheidet allein die Behörde. Könnte ein Gericht die Wahl der Behörde uneingeschränkt überprüfen und in seinem Urteil sein Ermessen an die Stelle des Behördenermessens setzen, so würde die Entscheidung im Einzelfall nicht in letzter Verantwortung der Verwaltung zukommen. Der Gewaltenteilungsgrundsatz erfordert von der Justiz die Respektierung einer dahingehenden Entscheidung des Gesetzgebers. Diese Verantwortungsübertragung der Entscheidungsfindung vom Gesetzgeber auf die Verwaltung bürdet dieser notwendigerweise die Pflicht auf, eine eigene Entscheidung zu treffen.⁴⁷ Das spiegelt sich darin wider, dass die Verwaltung rechtswidrig handelt, wenn ihr Ermessen eingeräumt ist und sie nicht im Bewusstsein der Pflicht handelt, eine originäre Entscheidung zu treffen (sog. Ermessensunterschreitung).⁴⁸ In der Anwendung einer Norm kann sich die Verwaltung also nicht auf das Subsumieren eines Sachverhalts unter den Tatbestand einer Norm beschränken, sondern muss darüber hinaus gehend gestaltend agieren. Sie muss Überlegungen über die Zweckmäßigkeit einer Maßnahme anstellen, Handlungsalternativen bewerten und den Erfolg des Vorgangs reflektieren. Abhängig von der Norm, aufgrund derer sie tätig wird, ist das Ermessen mehr oder weniger beschränkt. So kann es sich nur auf die Art des Mittels beziehen, das Ob des Tätigwerdens also gar nicht zur Debatte stellen (Auswahlermessen) oder aber der Verwaltung sogar die Entscheidung überantworten, ob sie überhaupt tätig wird (Entschließungsermessen) und wenn ja, wie.⁴⁹ Die Wahlmöglichkeit und damit -pflicht, die eine Ermessensnorm für die Verwaltung bedeutet, bewirkt einen Mehraufwand gegenüber gebundenen Entscheidungen, bei denen der Gesetzgeber die erforderlichen Überlegungen bereits vorweggenommen hat.

⁴⁶ In Anlehnung an „Letztprogrammierungsbefugnis“ nach *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, §11 Rn. 55.

⁴⁷ Ebd. §11 Rn. 55

⁴⁸ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, S. 153.

⁴⁹ Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, §11 Rn. 57.

bb) Selbstbindung und Ermessensreduzierung

Ermessen vermittelt der Verwaltung gleichwohl keine gänzliche Freiheit oder gar Beliebigkeit.⁵⁰ Die Bindung an Gesetz und Recht (s. Art. 20 Abs. 3 GG) besteht selbstverständlich weiterhin. Dies kann dazu führen, dass nur eine der Wahlmöglichkeiten in Einklang mit höherrangigem (Verfassungs- und EU-)Recht zu bringen ist. Um rechtmäßig zu handeln, muss die Verwaltung diese Wahl treffen. Diese Konstellation wird insbesondere relevant im Zusammenhang mit Grundrechten eines Betroffenen, wenn etwa die Versagung einer Gewerbeerlaubnis nicht mit der Berufsfreiheit zu vereinbaren wäre. Da in diesem Fall keine echte Wahl besteht, wird hier von einer Ermessensreduzierung auf Null gesprochen.⁵¹ Ähnlich stellt sich die Situation dar, wenn die Verwaltung eine Entscheidung zu treffen hat und zuvor schon in einem im Wesentlichen gleich gelagerten Fall entschieden hat. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG verlangt, dass der zweite Fall grundsätzlich wie der erste entschieden wird.⁵² Auch hier ist das Ermessen der Verwaltung also (zumindest in nachfolgenden Fällen) derart eingeschränkt, dass nur eine Entscheidung rechtmäßig ist. Der Aufwand für die Verwaltung stellt sich in diesen Fällen so dar, dass sie zunächst ermitteln muss, ob ihre Wahlmöglichkeit durch höherrangiges Recht (unmittelbar oder über den Gleichheitssatz) eingeschränkt ist. Das Treffen einer Entscheidung im Vergleich zwischen Ermessen und gebundener Entscheidung ist gleich aufwändig, wenn Klarheit besteht, welche Entscheidung rechtmäßig getroffen werden muss. Diese Klarheit zu erlangen ist aufgrund der potenziell vielfachen Möglichkeiten einer Ermessensnorm jedoch komplexer und damit aufwändiger, weil jede Alternative für sich zu prüfen ist, während bei gebundenen Entscheidungen nur die normierte zu überprüfen ist. Praktisch kann bei diesen davon ausgegangen werden, dass die normierte gebundene Entscheidung rechtmäßig ist, wenn das Gesetz nicht für nichtig erklärt wurde.

cc) Rechtsprechung

In dem Entscheidungsprozess, den die Verwaltung bei der Anwendung einer Norm durchläuft, wirkt sich die Judikatur ähnlich auf den Entscheidungsaufwand aus. Zum einen erleichtert er gewissermaßen die Entscheidung, weil bereits vorgezeichnet ist, welche Handlungsmöglichkeiten nicht in Frage kommen, da sie bereits in gleich gelagerten Fällen für

⁵⁰ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, S. 152.

⁵¹ Jestaedt, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, §11 Rn. 64.

⁵² Ebd. §11 Rn. 65.

rechtswidrig erklärt wurden – oder umgekehrt, in welchen Fällen bestehendes Ermessen zwingend in einer bestimmten Art und Weise ausgeübt werden muss. Hier macht erneut die grundsätzliche Wahlmöglichkeit einer Ermessensentscheidung den Mehraufwand gegenüber einer gebundenen Entscheidung aus. Auch bei der Anwendung gebundener Entscheidung muss die Verwaltung die Rechtsprechung evaluieren und bewerten. Da nur eine Rechtsfolge im Gesetz vorgesehen ist, ist aber nur diese eine an der Rechtsprechung zu messen. Im Fall des Ermessens vervielfacht sich dieser Aufwand anhand der Rechtsfolgen, die die Verwaltung einzuleiten erwägt.

dd) Normkontext

Praktisch bedeutsam für die Ermessensausübung ist, dass der Verwaltung als Behörde das Ermessen eingeräumt ist, während der Amtswalter und nachgeordnete Behörden häufig keine umfassenden Entscheidungen treffen. Höhere Behörden erlassen in hohem Umfang interne sog. Ermessensrichtlinien (etwa in Gestalt von Verwaltungsvorschriften), die generell die Ermessensausübung regeln. Dadurch soll die einheitliche und gleichmäßige Handhabung des Ermessens sichergestellt werden. Dies hat seinen Grund nicht zuletzt im Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).⁵³ Bei der Entscheidungsfindung ist der Aufwand dadurch geringer, da das eingeräumte Ermessen weiter durch die interne Regelung eingeschränkt wird, die Zahl gangbarer Alternativen sich also verringert. Atypische Fälle können und dürfen jedoch nicht durch eine interne Regelung für den typischen Fall eingehakt werden, so dass die entscheidende Stelle stets hinterfragen muss, ob im vorliegenden Fall ein atypischer Sachverhalt gegeben ist, der den Entscheidungsspielraum wieder vergrößert.⁵⁴

Der Aufwand in Massenverwaltungsfällen (z.B. Gebührenforderung) lässt sich durch eine generelle Ermessensausübung in Form interner Regeln erheblich vermindern.⁵⁵ In diesen Fällen stellt sich der Entscheidungsaufwand dar wie bei einer gebundenen Entscheidung. Atypische Fälle und Rechtsgebiete wie etwa das Versammlungs- und Sicherheitsrecht sind solcher Regeln jedoch nicht zugänglich (§ 15 Abs. 1 Versammlungsgesetz verbietet beispielsweise eine generelle Ermessensausübung), so dass interne Ermessensrichtlinien den erhöhten Aufwand der Ermessensausübung zwar generell mindern, aber nicht in jedem Fall

⁵³ *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, §11 Rn. 58f.

⁵⁴ Ebd. §11 Rn. 59.

⁵⁵ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, S. 151.

beseitigen. Jedenfalls fällt er nicht unter das Niveau des Aufwands, der bei einer gebundenen Entscheidung erforderlich ist.

Dass immer mehr Normen erlassen werden (s.o.), könnte zu der Überlegung führen, dass dadurch das Treffen einer Ermessensentscheidung immer einfacher wird, weil im Zusammenspiel der Normen kaum mehr Handlungsalternativen verbleiben, die auch in Einklang mit anderen Gesetzen zu bringen sind. Jedoch bringt die Zunahme von Normen mit sich, dass zunächst mehr Arbeit darauf verwendet werden muss diejenigen Normen zu ermitteln, welche in Bezug zu einer Ermessensentscheidung stehen. Sodann stellt sich die Situation dar, wie bei der Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten aufgrund höherrangiger Normen und Rechtsprechung. Führt die Prüfung der Rechtslage zu der Erkenntnis, dass das Ermessen nur in einer Art und Weise rechtmäßig ausgeübt werden kann, so führt bereits der Prozess, der diese Erkenntnis hervorbringt, zu einem erheblichen Mehraufwand verglichen mit einer gebundenen Entscheidung, bei der von vornherein nur eine Rechtsfolge möglich ist. Die Prüfung dieser sowie die Prüfung der ermessensreduzierten Entscheidung auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht stellt sich vom Aufwand her ähnlich dar.

b) Entscheidung umsetzen

aa) Begründung

Weiterhin wirkt sich das Vorliegen von Ermessen auf die Umsetzung der Entscheidung aus. Wird die Verwaltung klassisch in Form von Verwaltungsakten tätig (Erlaubnis, Untersagung etc.), so folgt aus Gründen des Rechtsschutzes sowie der Verfahrensfairness, dass sie ihre Entscheidung begründen muss.⁵⁶ § 39 Abs. 1 S. 2 VwVfG legt fest, dass die tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen sind, auf welche die Entscheidung gestützt wird. Im Falle einer gebundenen Entscheidung genügt regelmäßig der Verweis auf die Norm, auf die sich die Entscheidung stützt.⁵⁷ Die Begründung von Ermessensentscheidung geht darüber hinaus und erfordert eine Darlegung der Gesichtspunkte, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist. Die Behörde muss also darlegen, wie sie zu der Entscheidung gelangt ist und muss dabei auf den Einzelfall eingehen (siehe § 39 Abs. 1 S. 3 VwVfG).⁵⁸

⁵⁶ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 18. Aufl. 2017, §39 Rn. 4ff.

⁵⁷ Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, §14 Rn. 71.

⁵⁸ Ebd. §14 Rn. 71.

Ermessensnormen bedeuten bei der Umsetzung der Entscheidung somit einen erhöhten Begründungsaufwand gegenüber gebundenen Entscheidungen.

bb) Entschluss der Untätigkeit

Räumt eine Norm der Verwaltung Entschließungsermessen ein – etwa im Polizeirecht die Befugnis, eine Person zu kontrollieren – so besteht hier die Möglichkeit, dass sich die Behörde dazu entschließt, nicht zu handeln. Es liegt auf der Hand, dass es für die Polizei mehr Aufwand bedeutet, eine Person zu kontrollieren, als sie nicht zu kontrollieren. Nun bedeutet nicht jedes Entschließungsermessen, dass die Behörde im Anschluss an ihre Entscheidung untätig bleibt. Entscheidet sich die Behörde im Beispiel der Gaststättenerlaubnis dazu, die Erlaubnis nicht zu erteilen, so geht das Verwaltungsverfahren seinen Gang, wie bei Erteilen der Erlaubnis; die Ablehnung muss schriftlich und begründet erfolgen, mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen werden und dem Betroffenen bekannt gegeben werden. Allein der Inhalt – eine Entscheidung gegen das Erteilen der Erlaubnis – unterscheidet sich. Es gibt jedoch im Polizeirecht, Versammlungsrecht, Umweltrecht etc. eine Vielzahl an Normen, die es in das Ermessen der Behörde stellen, überhaupt tätig zu werden. Trifft die Behörde die Entscheidung, eine Person nicht zu kontrollieren, die Versammlung nicht aufzulösen, eine Umweltkontrolle nicht durchzuführen, so folgen aus der Entscheidung keine weiteren Vorgänge, die Ermessensentscheidung ist zugleich die Umsetzung. Es lässt sich in den Fällen, in denen die Einleitung des Vorgangs im Ermessen der Behörde steht, von Handlungsermessen sprechen.⁵⁹ Diese Unterfälle von Entschließungsermessen reduzieren bei der Aufstellung der Implementationskosten den Verwaltungsaufwand in Bezug auf die Umsetzung der Entscheidung. Eine Entscheidung an sich muss auch in diesen Fällen erst getroffen werden. Ansonsten nähme die Verwaltung die ihr übertragene Verantwortung nicht wahr und verhielte sich hierdurch rechtswidrig (Ermessensnichtgebrauch).

c) Zwischenergebnis

Insgesamt lässt sich konstatieren, dass Ermessensentscheidungen den Aufwand wesentlich erhöhen, den die Entscheidungsfindung mit sich bringt. Zwar ist die Entscheidung in manchen Fällen durch rechtliche Vorgaben deutlich vorgezeichnet, doch gilt dies bei weitem

⁵⁹ Von Einleitungsermessen spricht Schneider, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Band II, §28 Rn. 15.

nicht für alle Situation, in denen Ermessen besteht. Zudem ist es mit Aufwand verbunden, überhaupt zu dieser Einsicht zu gelangen – dieser besteht nicht bei gebundenen Entscheidungen. Bei der Umsetzung einer Entscheidung bedeutet Ermessen zwar einen erhöhten Begründungsaufwand, kann jedoch im Fall des sog. Handlungsermessens deutlich reduziert sein. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Entscheidungsfindung bei Ermessensnormen mehr Arbeit bedeutet, die Umsetzung dagegen eher differenzierend zu sehen ist. Auch mag es Fälle geben, in denen eine gebundene Entscheidung aufgrund diverser Faktoren schwieriger zu treffen ist als eine Ermessensentscheidung. Bezogen auf den gleichen Sachverhalt und Kontext bedeuten Ermessensnormen jedoch strukturell Mehraufwand gegenüber gebundenen Entscheidungen.

Die Berechnung der Implementationskosten anhand des Aufwands multipliziert mit der Anzahl der Vorgänge erfordert eine Differenzierung des Aufwands nach Entscheidungsfindung und -umsetzung. Die rechtliche Instrumentenwahl (Ermessen und möglicherweise andere) hat erhebliche Auswirkungen auf die Arbeit, die der Vollzug einer Norm mit sich bringt. So ist zwar Normenwachstum ein Indikator für gestiegenen Aufwand – welche Art von Normen bildet aber die entscheidende Folgefrage.

2. Implementationsqualität

a) Formale Umsetzung

Formale Umsetzung im strikten Verständnis als Transposition einer Vorgabe in nationales Recht bezieht sich nur auf *Policy Outputs*, also die Auswahl des *Policy Instruments*. Demensprechend hat das rechtliche Instrument, wie Ermessen, keine Auswirkung auf die formale Umsetzung, denn es kommt zeitlich erst nach der Instrumentenwahl. Es wurde jedoch schon dargelegt, dass es für *Policy* Akteure unter Umständen einfacher ist, eine Ermessensentscheidung im Gesetz zu erlassen, als eine gebundene Entscheidung zu erlassen.⁶⁰

b) Praktische Anwendung

Praktische Anwendung soll hier möglichst weit verstanden werden, um umfassend die Auswirkungen von Ermessen auf die Implementationsqualität bewerten zu können. Implementationserfolg bedeutet daher das formale Eintreten angestrebter *Policy Outcomes*

⁶⁰ Huber/Shipan, Deliberate Discretion? The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy, 2002, S. 215ff.

(*top-down* Ansatz), das sich an dem erwünschten *Impact* einer *Policy* orientiert und Problemlösung vor Ort ermöglicht (*bottom-up* Ansatz). Die Bewertung von Implementationsergebnissen richtet sich dabei grundlegend danach, ob der Verwaltung durch rechtliche Instrumente Entscheidungsspielraum überlassen wird – wie oben gezeigt, macht dies gerade Ermessen aus.⁶¹ Diese Entscheidung findet sich in der rechtlichen Programmierung wieder. Rechtliche Programme kann man etwa in regulative (hoheitliche und hoheitlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung⁶²), finanzielle, leistende und informationelle unterteilen,⁶³ – also die Auswahl, ob eine *Policy* Verbote enthält, Verhalten finanziell unterstützt, Infrastruktur schafft oder aufklärt. Dabei ist in den 1990ern das Bild des „Kooperativen Staates“ aufgekommen, der möglichst auf die Verwendung von Zwang verzichtet.⁶⁴ Durch Verhandlung mit Normadressaten soll ein Weg gefunden werden, die Ziele des Staates möglichst effektiv zu erreichen.⁶⁵ Hierin kann eine Verlagerung des Schwerpunkts weg von einem bestimmten Verhalten der Verwaltung hin zu einer möglichst effektiven Zielerreichung gesehen werden – insofern verschiebt sich der Fokus auf den *bottom-up* Ansatz. Das Verhandeln setzt aber wiederum einen Spielraum der Verwaltung voraus, innerhalb dessen sie entscheiden kann. Ein Entscheidungsspielraum der Verwaltung ist aber fundamental inkompatibel mit einer durch die *Policy* vorgezeichneten Verhaltensweise. Anders gesagt: Entscheidungsspielraum (Ermessen) strebt gerade kein genau vorgezeichnetes Verhalten der Verwaltung an, weswegen der *top-down* Ansatz verfehlt ist, um den Implementationserfolg anhand dessen zu beurteilen, ob die gewünschte Verhaltensänderung der Verwaltung eintritt. Die Implementationsqualität praktischer Anwendung von Ermessen beschränkt sich damit zwangsläufig darauf, ob Ermessen zu einem Verhalten führt, das geeignet ist, die Ziele einer *Policy* (*Impact*) zu erreichen. Das hängt davon ab, ob der Verwaltung durch die Norm ein Entscheidungsspielraum eröffnet wird, durch den die Ziele der *Policy* erreicht werden können und ob sich die Verwaltung dementsprechend entscheidet. Ein Entscheidungsspielraum, der sich nur auf die Auswahl zwischen zwei gleichermaßen unpassenden Handlungsmöglichkeiten beschränkt, kann in

⁶¹ Bogumil/Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl. 2009, S. 174 unterscheiden insoweit zwischen Konditionalprogrammen und Zweckprogrammen.

⁶² Eifert, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, Band I, §19 Rn. 55.

⁶³ Nach Bogumil/Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl. 2009, S. 176.

⁶⁴ Bogumil/Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl. 2009, S. 176.

⁶⁵ Ebd. S. 177.

keinem Fall so genutzt werden, dass er das Ziel der *Policy* erreicht. Es lässt sich aber annehmen, dass es theoretisch immer eine Wahl gibt, die *besser* als die andere geeignet ist, das Ziel zu erreichen.

Es lassen sich eine Reihe von Faktoren ausmachen, die die Entscheidung der Verwaltung beeinflussen. So erschweren widersprüchliche oder nicht hinreichend klare Zielvorgaben von *Policies*, eine Entscheidung zu treffen, die im Sinne des Ziels ist.⁶⁶ Zielvorgaben werden jedoch, soweit vorhanden auch anhand anderer Normen, einbezogen, um eine Entscheidung zu treffen – es kann also eine ausgleichende Koordinierung verschiedener angestrebter Ziele stattfinden.⁶⁷ Neben Zielvorgaben wird die Ermessensausübung in der Praxis teilweise stark von ermessensleitenden Richtlinien höherer Behörden beeinflusst (s.o.). Dies verlagert freilich nur die Frage, wie sich die Verwaltung entscheidet, auf eine höhere Ebene. Dabei lassen sich in der Literatur verschiedene Ansätze ausmachen. So wird zum einen die Rolle von institutionellen Strukturen betont.⁶⁸ Andere betonen die individuellen Handlungsmuster der Amtswalter, sog. *street-level bureaucrats*, die sich in Effizienzbestreben oder institutionellen oder individuellen Vorlieben äußern können.⁶⁹

Der Einfluss von Ermessen auf die Implementationsqualität lässt sich nicht pauschal beurteilen. Es kommt darauf an, wie die Ermessensentscheidung ausgestaltet ist und das Ermessen ausgeübt wird. Bei richtiger Einbettung in den normativen und faktischen Kontext bietet Ermessen die Möglichkeit, dass die Verwaltung einzelfallgerecht eine Entscheidung trifft, die auch andere normative Ziele möglichst schonend verfolgt.

3. Zwischenergebnis

Wie dargestellt wurde, wirken sich Ermessensnormen sowohl auf die Implementationskosten als auch auf die Implementationsqualität aus. Implementationskosten steigen durch die Verwendung von der Verwaltung Ermessen einräumende Normen. Die Implementationsqualität hängt davon ab, wie das Ermessen ausgeübt wird. Wie sich die Situation in der Praxis darstellt, soll im folgenden Teil untersucht werden.

⁶⁶ Vgl. *Knill/Tosun*, Einführung in die Policy-Analyse, 2015, S. 129.

⁶⁷ *Dörrenbächer, Nora*, Frontline uses of European Union (EU) law: a parallel legal order? How structural discretion conditions uses of EU law in Dutch and German migration offices, *Journal of Public Policy*, 2017, S. 1-25 zeigt, dass in Situationen in denen die Verwaltung Ermessen besitzt sie EU-Recht stärker einbezieht.

⁶⁸ *O'Toole*, in: *Peters/Pierre*: *Handbook of Public Administration*, 2003, S. 234-244.

⁶⁹ *Lipsky, Michael*, *Street-level bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Services*, 2010.

E. Fazit: Auswirkung zunehmenden Ermessens auf Normanwendung

Die steigende Flexibilität der Gesetze hinsichtlich der Rechtsfolgenseite (mehr Ermessen) erfordert eine Flexibilität der Verwaltung in der Entscheidungsfindung. Wie sich das auf die Implementation auswirkt, stellt das folgende Fazit dar.

I. Implementationskosten

Ermessen bedeutet ein Mehr an Vollzugsaufwand gegenüber gebundenen Entscheidungen. Dass die Zahl der Ermessensnormen im Mittel um das 1,56 -fache gestiegen sind, bedeutet einen erheblich gestiegenen Vollzugsaufwand für die Verwaltung. Dieser ergibt sich nicht nur aus dem allgemeinen Normenwachstum, wie es bisher untersucht wurde, sondern zusätzlich daraus, dass die Zahl der Normen gestiegen ist, die viel Aufwand mit sich bringen. Damit stellt sich die Problematik der Implementationsdefizite aufgrund *Policy* Akkumulation in erhöhtem Maße.

II. Implementationsqualität

Es lässt sich bestätigen, dass die Implementationsqualität in verschärftem Maße durch den gestiegenen Vollzugsaufwand herausgefordert wird. Fraglich ist, ob Ermessen dabei eher die Reaktion der aufschiebenden Implementation oder der selektiven Implementation begünstigt. Diese Unterscheidung erscheint dabei für Situationen, in denen die Behörde einen Entscheidungsspielraum besitzt, nicht ganz passend, da Ermessen eine Selektion der ein oder anderen Wahlmöglichkeit ist.

Stellt man auf die zugrunde liegende Frage ab, ob die Behörde nach der Ratio vorgeht, sich möglichst selbst zu entlasten oder aber das Gesetz möglichst mit Erfolg zu implementieren, entsteht ein differenziertes Bild. In einem Kontext, der der Behörde Handlungsermessen einräumt, ihr also zur Wahl stellt, den eigenen Aufwand erheblich zu reduzieren, ist es denkbar, dass beide Ziele zugleich verfolgt werden. So kann die Behörde nur in Fällen agieren, die größtmöglichen Erfolg für die Erreichung des Ziels der *Policy* versprechen. Damit minimiert sie ihren Aufwand und maximiert zugleich den *Impact*. Muss die Behörde in jedem Fall eine Entscheidung treffen, die mit Aufwand verbunden ist (Entschließungs- oder Auswahlermessen), so beurteilt sich der Erfolg der Implementation danach, ob der Behörde den erforderlichen Freiraum eingeräumt wurde, um sich auf solche Fälle zu fokussieren, die den größtmöglichen *Impact* versprechen. Im Interesse eines größtmöglichen *Impacts* sollte der Normgeber der Verwaltung hier klare Zielvorgaben machen und den Geltungsbereich des

Gesetzes auf das notwendige Minimum beschränken. Die Verwaltung muss ihr Ermessen anhand der Zielvorgaben ausüben. Ein unglücklich formuliertes Gesetz würde die Verfolgung aller Umweltvergehen zum Ziel erklären. Hier ist die Verwaltung gezwungen, ihr Ermessen anhand des Gesetzes so auszuüben, dass sie alle Fälle gleichzeitig verfolgen müsste. Dies kann bei dem Verhältnis von Aufgaben und Aufwand zu Personal nicht erfolgversprechend sein, die Verwaltung kann sich aber nicht rechtmäßig auf bestimmte (besonders schwere) Fälle konzentrieren. Dies begünstigt eine selektive Implementation anhand der einfach zu verfolgenden Fälle, ist aber nicht im Sinne eines möglichst großen *Impacts*. Realistischer wäre eine Norm, die die Verfolgung besonders schwerer Umweltvergehen zum Ziel ausgibt. Dies ermöglicht (und erzwingt rechtlich) die selektive Implementation der Norm durch die Behörden im Geiste eines möglichst großen *Impacts*.

Die Implementationsqualität aufgrund gestiegener Implementationskosten durch einen Zuwachs an Ermessen lässt sich daher nicht an sich beurteilen. Die Herausforderung ist zweifelsohne eine größere. Maßgeblich ist, wie der Gesetzgeber das Ermessen ausgestaltet. Für Zeiten der *Policy* Akkumulation am besten geeignet scheinen *Policies*, die der Verwaltung Handlungsermessen anhand sparsamer Zielvorgaben einräumen. So lässt sich das Verhalten der Verwaltung gut steuern und eine Erreichung des *Policy* Ziels ist erwartbar. Weniger ist hier Mehr.

III. Forschungsperspektiven

Die Untersuchung wirft einige Fragen auf. Wie die Verwaltung mit einem Mehr an Vollzugsaufwand umgeht, ist noch nicht befriedigend beantwortet worden. Auch der Einfluss anderer rechtlicher Instrumente (z.B. Planungsverwaltung) oder Programme (Information) auf die Implementationskosten und Qualität ist noch zu untersuchen. Bezuglich Ermessen stellt sich die Frage, wie sich dies in anderen Ländern auf Implementation auswirkt – die Ausdifferenzierung des deutschen Verwaltungsrechts diesbezüglich ist im europäischen Vergleich besonders fein. Vielversprechend erscheint insbesondere, der Frage nachzugehen, wie die Verwaltung als Institution, aber auch der einzelne Amtswalter (*street-level bureaucrat*) mit dem Ermessen umgeht, das ihm übertragen wird. Also wie die Verwaltung Entscheidungen trifft, wenn sie unter großem Aufgabendruck steht und diesen mit verhältnismäßig wenigen Ressourcen bewältigen muss. In diesem Rahmen sollte auch über den Einfluss von supranationalen Vorgaben (EU-Recht, Völkerrecht) nachgedacht werden. Vor dem Hintergrund, dass die rechtliche Instrumentenwahl Auswirkungen auf den

Vollzugsaufwand hat, sollte über eine Modifizierung der Gesetzesfolgenabschätzung nachgedacht werden. Der Einfluss weiterer Faktoren auf den Aufwand, den eine Handlung der Verwaltung mit sich bringt, ist noch nicht erschöpfend behandelt worden. So lässt sich beispielweise argumentieren, dass es für die Verwaltung grundsätzlich einfacher ist, sich so zu verhalten, wie es der Bürger verlangt. Den Bürger begünstigendes Verhalten stoße auf weniger Widerstand als belastendes Verhalten. In der jüngeren politikwissenschaftlichen Literatur wird des Weiteren ausgeführt, dass Normenwachstum die öffentliche Debatte weg von Sachthemen hin zu ideologischen Fragen verlagere, weil sich die Komplexität der Regelungen nicht mehr adäquat im öffentlichen Diskurs abbilden lasse.⁷⁰ Zugleich erschwere die zunehmend komplexe Verbindung von *Policies* eine faktenbasierte Beurteilung, wie sich die Auswirkungen einer einzelnen *Policy* darstellen.⁷¹ Beides scheint einer Untersuchung bezüglich der Auswirkungen rechtlicher Instrumentenwahl zugänglich.

⁷⁰ Adam/Hurka/Knill/Steinebach, Policy accumulation and the democratic responsiveness trap, vorauss. 2019, 3.2.

⁷¹ Ebd. S. 124.

F. Zusammenfassung in Thesen

- 1) Rechtswissenschaft und Politikwissenschaft sehen Herausforderungen in der Implementation von Gesetzen/*Policies*. Ein interdisziplinärer Austausch erscheint notwendig und vielversprechend. (B III)
- 2) Normenwachstum fordert die Qualität der Implementation heraus und lässt Defizite in dem gesteuerten Verhalten (*Outcome*) durch den Umgang der Behörden mit zunehmenden Aufgaben (*Output*) erwarten. (B II)
- 3) Ermessen wirkt sich auf die Implementationskosten aus, da es den Aufwand erhöht, den die Entscheidungsfindung der Behörde mit sich bringt. Die Umsetzung einer Ermessenentscheidung wirkt sich nicht zwangsläufig in einer Richtung auf den Aufwand aus. Es kommt neben der Anzahl an Normen auf die Qualität der Normen an. (D III 1)
- 4) Die Auswirkung von Ermessen auf die Implementationsqualität hängt von der Einbettung der Ermessensentscheidung und der Ausübung des Ermessens ab. Ermessen kann die Implementationsqualität positiv beeinflussen. (D III 2)
- 5) Anhand der Zählung des Wortes „kann“ lässt sich eine Erhöhung der Ermessensnormen in Bundesgesetzen um das 1,56-fache feststellen. (C II)
- 6) Implementationskosten steigen durch eine Vermehrung der Normen und auch durch die veränderte Qualität – mehr Ermessen – deutlich an. (E I)
- 7) Die Implementationsqualität ist durch gestiegene Implementationskosten herausgefordert. Die Verwendung von Ermessen bietet bei richtiger Ausgestaltung die Möglichkeit, auch in Zeiten des Normenwachstums *Policy* Ziele wirksam zu erreichen. Implementationsdefizite sind vermeidbar. (E II)

Anhang

[Tabelle 1]

Untersuchung Bundesgesetze nach „kann“

Gesetz	alte Version gültig bis	Anzahl „kann“	gültige Version am 23.6. in	Anzahl „kann“	Verhältnis neu zu alt
AbwAG	1990	7	2018	6	0,857142857142857
AMG	1986	62	2018	198	3,19354838709677
ArbSchG	1997	12	2018	13	1,08333333333333
AsylG	1992	39	2018	89	2,28205128205128
ATDG	2008	2	2018	7	3,5
AtomG	1989	35	2018	77	2,2
AufenthaltG	2005	173	2018	281	1,6242774566474
BaföG	1986	38	2018	44	1,15789473684211
BauGB	1985	232	2018	322	1,38793103448276
BauSparKG	1990	18	2018	39	2,16666666666667
BDG	2002	72	2018	70	0,972222222222222
BeamtVG	1982	37	2018	42	1,13513513513514
BGebG	2015	16	2018	16	1
BImschG	1980	48	2018	128	2,66666666666667
BJagdG	1983	37	2018	43	1,16216216216216
BKleinG	1987	8	2018	13	1,625
BNatSchG	2011	59	2018	76	1,28813559322034
BPolG	1997	111	2018	126	1,13513513513514
BRKG	2009	9	2018	9	1
BtMG	1990	31	2018	47	1,51612903225806
BVerfSchG	1994	8	2018	27	3,375
BWaldG	1998	22	2018	23	1,04545454545455
EBKrG	1990	10	2018	10	1
EEG	2014	41	2018	80	1,95121951219512
EnWG	2006	125	2018	294	2,352
FlugLärmG	1986	7	2018	6	0,857142857142857
FStrG	1986	40	2018	38	0,95
FVG	1984	13	2018	27	2,07692307692308
GastG	1986	20	2018	19	0,95
GenTG	1993	33	2018	51	1,54545454545455
GewO	1984	118	2018	143	1,21186440677966
GüKG	2001	14	2018	18	1,28571428571429
HeimG	1990	14	2018	19	1,35714285714286
HWG	1987	4	2018	4	1
HwO	1981	109	2018	145	1,3302752293578
IFG	2013	9	2018	9	1
IfSG	2003	50	2018	75	1,5
JuSchG	2003	21	2018	22	1,04761904761905
KonsG	1974	17	2018	18	1,05882352941176
KredWG	1988	89	2018	369	4,14606741573034
KrWaffKontrG	1986	17	2018	23	1,35294117647059
LadSchlG	1986	14	2018	13	0,928571428571429
LFGB	2006	40	2018	51	1,275
LuftVG	1984	49	2018	111	2,26530612244898
OrdenG	1986	11	2018	11	1
PAuswG	2011	22	2018	22	1
PflSchG	2013	60	2018	60	1
PostG	2001	29	2018	28	0,96551724137931
ProdSG	2015	42	2018	42	1
PStG	2009	30	2018	32	1,06666666666667

SGB I	1980	22	2018	27	1,22727272727273
SGB X	1981	65	2018	106	1,63076923076923
SprenG	1990	36	2018	57	1,58333333333333
TierGesG	2015	51	2018	52	1,01960784313725
TierSchG	1990	24	2018	45	1,875
TMG	2008	7	2018	8	1,14285714285714
TPG	1999	13	2018	42	3,23076923076923
UIG	2013	15	2018	15	1
UVPG	1993	7	2018	55	7,85714285714286
UZwG	1977	2	2018	2	1
VereinsG	1990	15	2018	18	1,2
VersG	1985	12	2018	18	1,5
VwVfg	1990	89	2018	103	1,15730337078652
VwVZG	2008	11	2018	13	1,18181818181818
WaffG	2005	79	2018	93	1,17721518987342
WaStrG	1987	44	2018	46	1,04545454545455
WehrPflG	1984	46	2018	48	1,04347826086957
WoGG	2009	15	2018	22	1,4666666666666667
ZDG	1986	61	2018	70	1,14754098360656
ZSKG	2000	6	2018	6	1
Anzahl Gesetz:				Median der Veränderungen:	Mittelwert der Veränderungen:
70				1,179516685 8458	1,56191950299833

[Tabelle 2]*Detaillierte Untersuchung des BImschG auf Ermessensnormen*

§	Version von 1974	aktuelle Version
8	1	
8a		4
9	1	2
10	2	4
12	5	9
15		2
17	1	3
18	1	1
20	4	5
21	1	1
23a		1
23b		1
24	1	1
25	1	2
25a		1
26	2	2
28	1	1
29	2	2
29a		4
31	2	4
37f		1
40		2
47		3
52		2
53	1	1
58a		1
62	1	1
Summe	27	61
Verhältnis neu zu alt:	2,25925925925926	

Eigenständigkeitserklärung

Hiermit erkläre ich, dass ich die Arbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Quellen und Hilfsmittel angefertigt habe.

Grischa Niklas Eder, 9. Juli 2018