

Mattias Wendel

Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem

Zur Verbundstruktur administrativer
Entscheidungsspielräume
am Beispiel des Migrations- und Regulierungsrechts

Mohr Siebeck

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXIII
---------------------------------	-------

Einführung

§ 1 Diskretionäres Verwaltungshandeln als föderative Herausforderung	3
---	---

Teil 1 Grundlagen

§ 2 Administrative Entscheidungsspielräume in vergleichender Perspektive	11
I. Administrative Entscheidungsspielräume in Deutschland . . .	11
1. Historische Ursprünge im deutschsprachigen Raum	12
a) Spätkonstitutionelle Ermessenslehren	13
b) Rechtspositivistische Ermessenslehre	16
2. Spielraumdogmatik zwischen Differenzierung und Vereinheitlichung	17
a) Differenzierungspfade	18
aa) Ursprung und Entwicklung der Trennungsthese . . .	18
bb) Feindifferenzierung und Typisierung	21
b) Vereinheitlichungspfade	23
aa) Ursprung und Entwicklung der Einheitsthese	23
bb) Facetten der Einheitlichkeit	26
3. Normative Ermächtigungslehre	29
a) Grundaussagen und Verbreitung	29
b) Normative Ermächtigungslehre und Einheitsthese	31
c) Normativität – Funktionalität – Ermächtigungsgrenzen	32
II. Rechtsvergleichende Kontrastierung	34
1. Verwaltungsermessen im Rechtsvergleich: eine Annäherung	34
2. Ermessensbegriff	37

a) Vergleich mit Frankreich	38
b) Vergleich mit UK und USA	39
3. Kontrolldichte	41
a) Vergleich mit Frankreich	41
b) Vergleich mit UK und USA	44
c) Annäherungsfaktor Verhältnismäßigkeit	44
III. Administrative Entscheidungsspielräume im Unionsrecht	45
1. Ebenenimmanente Spielraumkonzeption (EU-Eigenverwaltung)	46
2. Ebenenübergreifende Spielraumkonzeption (Mitgliedstaatlicher Vollzug)	51
a) Nationales Verfahrensrecht unter Effektivitäts- und Äquivalenzvorbehalt	51
b) Föderative Differenzierungen und Abstufungen	53
3. Tendenzen in jüngerer Zeit	54
a) Gestiegene Bedeutung legislativer Verteilungsentscheidungen	54
b) Zunahme der Kontrolldichte	55
IV. Administrative Entscheidungsspielräume und Völkerrecht	57
1. Spielraumkonzepte im Völkerrecht	57
a) Billigkeit (Equity)	58
b) Unbestimmte Rechtsbegriffe	59
c) Die Doktrin der margin of appreciation	60
2. Bereichsspezifische Elemente völkerrechtlichen Verwaltungsermessens	62
a) Verwaltungsrechtsprechung der UN	63
b) Verwaltungsrechtsprechung der ILO	64
c) Verwaltungsrechtsprechung der Weltbank	64
d) Zwischenbefund	65
3. Menschenrechtliche Rechtsschutzgarantien	66
V. Fazit: Einheit im Grunde, Vielfalt in der Form	67
1. Konzeptionelle Einheitlichkeit	67
2. Formenvielfalt	67
3. Perspektivenvielfalt	68
§ 3 Föderativer Rahmen diskretionären Verwaltungshandelns	70
I. Spielräume als föderative Optionenräume	70
1. Ordnungsbezogene Grundprämissen und Spezifizierung des Verbundbegriffs	71
2. Pluralisierung und Unitarisierung durch Spielräume	75
a) Pluralisierung: Spielräume als Vielfaltsversprechen	75

b) Unitarisierung: Spielräume als Einheitsschutz	77
3. Spielräume und letzte Worte	78
4. Spielräume als Trennkriterium konkurrierender Grundrechtsregime?	81
II. Verwaltungsvollzugsrechtliche Rahmenbedingungen	84
1. Verwaltungsvollzug als Verbundaufgabe	84
a) Vom isolierten Einzelvollzug (...)	85
b) (...) zur vertikalen und horizontalen Vollzugsverflechtung	86
2. Diagonaler Zugriff und nationale Verfahrensautonomie	89
III. Legitimationsstrukturelle Rahmenbedingungen	91
1. Maßstabsvielfalt	92
2. Eigenständigkeit der Verwaltung innerhalb der Legitimationsordnung(en)	93
a) In der Bundesrepublik Deutschland	93
b) Im Europäischen Verwaltungsverbund	96
c) Im internationalen Verwaltungsrecht	99
IV. Fazit	101
§ 4 Migrations- und TK-Recht als spielraumgeprägtes Mehrebenenrecht	104
I. Diskretionäre und föderative Strukturen des Migrationsrechts	104
1. Begriff und spielraumrelevante Strukturmerkmale	105
2. Völkerrechtliche Vorgaben für das Migrationsrecht	112
a) Menschenrechtliche Kerngarantien und Einzelfallerfordernisse	113
b) Flüchtlingsrecht – GFK	117
3. EU-Migrationsrecht	119
a) Unionsbürgerschaftliche Freizügigkeit	120
b) Einwanderungsrechtlicher Rechtsrahmen	123
c) Gemeinsames Europäisches Asylsystem	126
aa) Grundstrukturen und Grundbegriffe	126
bb) Das Dubliner Selbsteintrittsermessen im Kontext der Flüchtlingskrise	129
cc) Reformperspektiven	133
d) Grenz- und visumrechtlicher Rechtsrahmen	136
4. Deutsches Migrationsrecht	138
a) Aufenthaltsrecht	139
aa) Aufenthaltsbegründung: Sukzessiver Rückzug des Verwaltungsermessens	139
bb) Aufenthaltsbeendigung: Erweiterung behördlicher Entscheidungsspielräume?	142

b) Asylrecht	144
aa) Unionsrechtliche Prägung, Grundbegriffe, Eigenheiten	145
bb) Aufenthaltsanspruch und Dublin-Überstellungen . .	146
II. Diskretionäre und föderative Strukturen	
des TK-Regulierungsrechts	148
1. Begriff und spielraumrelevante Strukturmerkmale	148
2. Völkerrecht: ITU und GATS	154
a) Standardisierung und Verwaltungskooperation im Rahmen der ITU	155
b) Regulierungs- und Unabhängigkeitsgebote nach WTO – GATS	158
3. Unionsrecht: Der Gemeinsame Rechtsrahmen im Überblick	161
a) Entwicklungslinien bis zum geltenden gemeinsamen Rechtsrahmen	161
b) Regulatorischer Gestaltungsauftrag als zentraler Spielraumfaktor	164
c) Entkopplung durch Unabhängigkeit – Verkopplung durch Verbundstrukturen	166
d) Spielraumgeprägte Regelungsbereiche	169
aa) Marktdefinition und Marktanalyse	169
bb) Abhilfemaßnahmen, insbesondere Zugangs- und Entgeltregulierung	170
e) Ausblick: Europäischer Kodex für elektronische Kommunikation	172
4. Deutsches TKG: Spielraumgeprägte Regelungsbereiche im Überblick	173
a) Entwicklungslinien und Grundsatz der Marktregulierung	173
b) Marktdefinition und Marktanalyse	174
c) Abhilfemaßnahmen und Entscheidungsspielräume	175
aa) Zugangsregulierung und Regulierungsermessen . . .	175
bb) Entgeltregulierung	176
cc) Ausdifferenzierung der regulierungsrechtlichen Spielräume	179
III. Fazit: Diskretionäre und föderative Prägung des Migrations- und TK-Rechts	180

Teil 2

Zur Verbundstruktur administrativer Entscheidungsspielräume

§ 5 Spielraumbegründung im Mehrebenensystem	185
I. Problemaufriss: Normative Ermächtigung(en) und Mehrebenensystem	186
1. Pluralisierung der Spielraumfunktionen und öffentlichen Interessen	187
2. Pluralisierung der normativen Ermächtigungen	190
II. Ebenenübergreifende Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit	193
1. Spielraummetamorphosen im Recht der Ausweisung	194
2. Generalklauselmodell als Ausgangspunkt	194
3. Legislatives Stufenmodell der Ist-, Regel- und Ermessensausweisung	196
4. Mehrebenenspezifische Überformung des Ermessensmodells	199
a) Menschenrechtliches Einzelfallerfordernis als Wertungshintergrund	200
b) Ermessen als Instrument ebenenübergreifender Einzelfallgerechtigkeit	203
c) Erschließung eines ebenenübergreifenden Flexibilitätsreservoirs	205
d) Aufweichung der Normverknüpfung und hohe Kontrolldichte	208
e) Vergerichtlichung	210
5. Modell tatbestandlicher Abwägung	212
a) Grundkonzeption: Ergebnisoffene Abwägung auf Tatbestandsseite	213
b) Weitgehende Austauschbarkeit mit Ermessensmodell	216
c) Ausweisungsentscheidung als ebenenübergreifender Abwägungs- und Konkordanzraum	219
6. Zwischenfazit und Abgleich zum Visumrecht	221
III. Verwirklichung eines ebenenübergreifenden behördlichen Gestaltungsauftrags	223
1. Behördlicher Gestaltungsauftrag im TK-Recht	223
2. Ebenenübergreifende Einforderung administrativer Marktdefinition und -analyse	225
a) Rechtlicher Rahmen	225
b) Ebenenübergreifende Beschränkung gesetzlicher Vorstrukturierung	226
aa) Förderative Dimension des unionalen Regulierungsansatzes	227

bb) Gewaltenzuordnung und nationale Verfahrensautonomie	228
cc) Normative Ermächtigungslehre und Mehrstufigkeit	229
c) Mehrebenenspezifisches Erfordernis reduzierter Kontrolldichte	230
aa) Ausgangspunkt: Spielraumtest durch BVerwG	230
bb) Klassische Spielraumrechtsprechung und dynamische Wissensproduktion	231
cc) Ebenenübergreifende, perspektivenplurale Entscheidungsfindung	234
3. Ebenenübergreifende Einforderung administrativer Marktintervention	237
a) Rechtlicher Rahmen	238
b) Ebenenübergreifende Beschränkung gesetzlicher Vorstrukturierung	239
aa) Zugangsregulierung: Aus Soll werde Kann	239
bb) Entgeltregulierung: Gesetzliche Ermessenserweiterung	241
c) Mehrebenenspezifisches Erfordernis reduzierter Kontrolldichte	243
aa) Das Regulierungsermessen	244
bb) Rechtsdogmatische Abschichtungen	246
cc) Systematische Parallelen zum Visumrecht	248
dd) Abermals: Absicherung föderativer Perspektivenpluralität	251
IV. Fazit	252
1. Normative Ermächtigungslehre und Mehrebenensystem	252
2. Überstaatliche Flexibilitätserfordernisse v. legislative Steuerungsansprüche	253
3. Ebenenübergreifende Erfordernisse verminderter Kontrolldichte	255
a) Föderative Perspektivenpluralität der Entscheidungsfindung	256
b) Föderative Wissensproduktion	257
c) Grenzen föderativer Spielraumbegründung	257
4. Diskretionäre Verarbeitung pluralisierter öffentlicher Interessen	259
5. Austauschbarkeit von Tatbestands- und Rechtsfolgenmodell	261

§ 6 Spielraumausfüllung zwischen föderativer Ent- und Verkopplung	262
I. Problemaufriss: Föderative Spannungslagen bei der Spielraumausfüllung	263
II. Entkopplung durch administrative Unabhängigkeit	265
1. Behördliche Unabhängigkeit im Regulierungs- und Migrationsrecht	266
2. Entscheidungsspielräume und Unabhängigkeit: Eine Verhältnisbestimmung	268
a) Schnittmengen	268
b) Unterschiede	268
c) Komplementarität, keine Konditionalität	270
d) Legislative Grundentscheidung	270
3. Dimensionen der Entkopplung durch administrative Unabhängigkeit	272
a) Funktionelle Unabhängigkeit	272
b) Politische Unabhängigkeit	274
aa) Bedingte Weisungsfreiheit	274
bb) Nationales Demokratieprinzip und föderative Öffnungsklausel	275
cc) Unionales Demokratieprinzip und föderativer Schutzzweck	278
c) Prozedurale, personelle und ressourcenbezogene Unabhängigkeit	280
III. Verkopplung durch kooperative Rechtskonkretisierung	281
1. Modi kooperativer Spielraumausfüllung am Beispiel des Regulierungsverbundes	281
a) Vertikale Verkopplung als föderative Grundform	282
aa) Vertikale Konkretisierungsstufen	282
(1) Vertikale Vorstrukturierung mittleren Abstraktionsgrades	282
(2) Vertikale Konkretisierungsbeiträge einzelfallbezogener Art	285
bb) Einwirkungsintensität	286
(1) Qualifizierte Berücksichtigungspflichten und Vermutungsregeln	286
(2) Vertikale Ingerenzrechte	288
b) Horizontale bzw. transnationale Verkopplung	290
c) Emergenz eines Regulierungsverbundes: Spielraumausfüllung als Verbundakt	292
aa) Verfahrensrechtliche Verschmelzung	292
bb) Legitimatorische Dimension der Verbundstruktur	294

2. Kopplungsformen am Beispiel des Migrationsrechts	296
a) Vertikale Konkretisierungsstufen im Bundesstaat: die Wirtschaftsmigration	296
b) Horizontale Kopplungen	299
aa) Transnationalität und Spielraumausfüllung am Beispiel des Visumrechts	301
(1) Das Schengen-Visum als transnationale Verwaltungsentscheidung	301
(2) Schengen-Zusammenarbeit vor Ort	303
(3) Spielraumausfüllung und Schengen- Zusammenarbeit	304
bb) Transnationalität und Spielraumausfüllung am Beispiel des Dublin-Systems	306
(1) Transnationalitätsmodus	307
(2) Auswirkungen auf die Spielraumausfüllung	308
IV. Fazit	309
1. Verkopplung: Spielraumausfüllung als Verbundaufgabe	310
a) Vertikale Konkretisierungsstufen und Einwirkungsmodi	310
b) Horizontale Konkretisierungsbeiträge und Einwirkungsmodi	311
c) Verbunddimension	312
2. Entkopplung als negatives Steuerungsinstrument	313
a) Entkopplung und Unabhängigkeit	313
b) Abschirmungsfunktion	314
3. Ent- und Verkopplung als Legitimationsfallen?	315
 §7 Spielraumbegrenzung: Pluralität der Grenzen und Grenzen der Pluralität	 316
I. Problemaufriss	317
1. Methodische Zugriffe und Blickwinkel auf Spielraumgrenzen	318
2. Spielraumgrenzen an der Kreuzung der Grundrechtsordnungen	320
3. Förderative Grenzziehungen und Einhegung von Externalitäten	322
II. Pluralität der Grenzen: Schichtung grund- und mensenrechtlicher Spielraumgrenzen	323
1. Ebenenübergreifende Spielraumbegrenzung am Beispiel des Dublin-Systems	324
a) Selbsteintrittsermessen	324
b) Transnationale Wirkung der Ermessensausübung	326
c) Ermessenszwecke und föderativ-vielfaltswahrende Zielrichtung	328

2. Pluralität der Schutzgarantien im migrationsrechtlichen „Drei-Ebenen-System“	330
a) Völkerrechtliche Refoulementverbote	331
aa) Flüchtlingsrechtliches Non-Refoulement nach GFK	331
bb) UN-Anti-Folterkonvention	332
cc) Menschenrechtliches Refoulementverbot nach Art. 3 EMRK	332
b) Unionsrechtliche Überstellungsverbote	336
c) Der Zurückweisungsgrundsatz im deutschen Asylrecht	337
d) Zwischenbefund	339
3. Schichtung menschenrechtlicher Überstellungsverbote	339
a) Übereinstimmung: Systemische Mängel als grundsätzlich hinreichende Bedingung	339
b) Förderativer Ansatz: systemische Mängel als notwendige Bedingung	340
c) Einzelfallbasierter Ansatz unabhängig von systemischen Mängeln	345
d) Zwischenergebnis: Dublin-Lotterie	347
4. Grund- und menschenrechtlich gebotene Ermessensreduktion auf Null?	347
a) EMRK-Perspektive: Selbsteintrittsermessen als menschenrechtliches Einfallstor	348
b) Unionsrechtliche Perspektive: Keine Ermessensreduktion	349
5. Alternativen und Annäherungen	352
III. Grenzen der Pluralität: Förderative Spielraumgrenzen	353
1. Das Loyalitätsprinzip als föderative Spielraumgrenze	353
a) Das Beispiel Dublin: Grenzen transnational wirkender Ermessensausübung	354
b) Loyalitätsspezifische Grenzen ermessensbedingter Externalitäten	357
aa) Flüchtlingskrise 2015: Die These vom Rechtsbruch	357
bb) Transnationale Rücksichtnahme und Abstimmung	359
(1) Externalitäten am Beispiel der Flüchtlingskrise	359
(2) Normative Grenzen	362
c) Transnationales venire contra factum proprium	364
2. Förderative Kohärenzsicherung durch Prozeduralisierung	366
a) Kohärenz im europäischen Regulierungsverbund	367
b) Prozeduralisierung des Kohärenzschutzes	367
IV. Fazit	368
1. Förderative Spielraumgrenzen	368
2. Spielraumbegrenzung als Schichtungsproblem	369
3. Kooperative Konkretisierungsverantwortung der Legislative	370

§ 8 Spielraumkontrolle und Kontrolldichte	373
I. Problemaufriss: Gerichtliche Spielraumkontrolle als föderatives Problem	374
1. Vielfalt der Kontrollmaßstäbe	375
2. Föderative Stufung und Modifikation der Fehlerlehren?	375
3. Spielraumtests und Kontrollverhältnisse im Mehrebenensystem	376
II. Akzessorietät der Kontrolldichte zum materiellen Recht	377
1. Die Bestimmung der Kontrolldichte als Kompetenzfrage	377
2. Mehrpoligkeit der Kompetenzfrage im Mehrebenensystem	379
III. Rechtsschutzgarantien als Determinanten der Kontrolldichte?	382
1. Vorüberlegung: Effektiver Rechtsschutz und Kontrolldichte	382
2. Völkerrechtlich: Art. 6 Abs. 1 und Art. 13 EMRK	384
a) Begrenzter Zugriff auf Spielraumkontrollen	385
aa) Art. 13 EMRK: Konventionsrechtliche Akzessorietät	385
bb) Art. 6 Abs. 1 EMRK – Verfahrensgegenständliche Begrenzung	387
b) Grundsatz: Kontrolle der Spielraumgrenzen als Mindestgarantie	390
c) Jüngere Rechtsprechung: Wie umfassend ist „umfassend“?	393
aa) Erstreckung auf Zweckmäßigkeit?	393
bb) Menarini: Verbot der „reinen“ Rechtmäßigkeitskontrolle	395
d) Zwischenbefund	398
3. Unionsrechtliche Rechtsschutzgarantien	400
a) Schutzgehalte in entwicklungsgeschichtlicher Perspektive	400
aa) Effektiver Rechtsschutz als Gebot loyaler Zusammenarbeit	401
bb) Effektiver Rechtsschutz als individualrechtliche Gewährleistung	402
cc) Parallelität von individualrechtlicher und loyalitätsradizierter Dimension	406
b) Kontrolldichtevorgaben für nationale Verwaltungsgerichte	407
aa) Keine strengeren Vorgaben als für die Kontrolle der Eigenverwaltung	407
bb) Konkrete Vorgaben für Kontrollmaßstäbe?	408
c) Zwischenbefund	409
4. Innerstaatlich: Art. 19 Abs. 4 GG	410
a) Grundentscheidung für ein judikatives Letztentscheidungsrecht?	410

b) Rechtsprechungskonsolidierung seit 2011	413
c) Relevanz in ebenenübergreifenden Fallgestaltungen	414
IV. Föderative Stufungen der Kontrolldichtebestimmung: eine Fallstudie	415
1. Spielraumkontrolle bei ordnungsrechtlichem Verwaltungshandeln	415
a) Fehlerlehre im Visumsrecht	416
aa) Mehrstufigkeit der Kontrolldichtebestimmung	416
bb) Kontrolldichtebestimmung allein durch Unionsrecht	418
cc) Zwischenfazit	419
b) Umfassende (Verhältnismäßigkeits-)Kontrolle im Ausweisungsrecht	419
2. Spielraumkontrolle bei gestaltendem Verwaltungshandeln	421
a) Spielraumadäquanz der Kontrollmaßstäbe und Fehlerlehren	422
b) Einzelne Kontrollmaßstäbe und Fehlertopoi	424
c) Mehrebenenspezifische Zusammenstellung des Prüfprogramms	427
V. Fazit	427
1. Geringe Prägekraft der völker- und unionsrechtlichen Rechtsschutzgarantien	427
2. Föderative Stufung der Kontrolldichtebestimmung	429
3. Anwendbarkeit und Modifikationen der Fehlerlehren	430

Schlussbetrachtung

§ 9 Zusammenfassung in Thesen	435
I. Verwaltungsermessen	435
II. Föderativer Rahmen	437
III. Referenzgebiete	438
IV. Spielraumbegründung	439
V. Spielraumausfüllung	443
VI. Spielraumbegrenzung	446
VII. Spielraumkontrolle	447
Literaturverzeichnis	451
Sach- und Personenverzeichnis	501