Zweiter Beratungsgegenstand:

Selbstbindungen der Verwaltung

1. Bericht von Professor Dr. $Dieter\ H.\ Scheuing,$ Köln

Inhalt

		Seite
1. T	eil: Problemstellung	155
2. T	eil: Einzelne Selbstbindungsfunktionen	157
A.	$Selbstbindung \ als \ Programmierung smodus \ \ldots \ \ldots \ .$	157
I.	Die Pflicht der Verwaltung zu programmgeleitetem Handeln	157
II.	Verwaltungsvorschriften als formalisierte Eigenprogramme	158
III.	Selbstbindung an Fremdprogramme	161
B.	Selbstbindung als Kooperationsmechanismus	164
I.	Die Pflicht der Verwaltung zu konsequentem Handeln beim Einzelvollzug	164
II.	Vorausentscheidungen als formalisierte Konsequenz-	
	sicherung	164
	1. Bindungsintensität	165
	a) Bindung bei unveränderter Lage	165
	b) Zukunftsoffenheit für Lageveränderungen	167
	2. Drittbezug	168
III.	Sonderformen	169
	1. Baurechtliche Vorausentscheidungen	169
	a) Zur Rechtsnatur von Vorausentscheidungen	169
	b) Implizite Präjudizierung	170
	2. Die Zusagenpraxis des Bundeskartellamts	171
C.	${\bf Selbstbindung\ als\ Instrument\ zur\ Problemabschichtung.\ .}$	172
I.	Die Pflicht der Verwaltung zu gerechter Abwägung bei komplexen Gestaltungsentscheidungen	173

Dieter H. Scheuing

154

II.	Ve	rfahrensstufungen als formalisierte Problem-	
	ab	schichtung	173
	1.	Verfahrensstufung im Recht der Bauleitplanung	174
	2.	Verfahrensstufung im Fachplanungsrecht	174
		a) Bundesfernstraßenrecht	175
		b) Flughafenrecht	175
	3.	Verfahrensstufung im Atomrecht	176
III.	Ini	formelle Problemabschichtung durch Vorabsprachen	179
3. T	eil:	Schlußbemerkungen	181

1. Teil: Problemstellung

Als Georg Jellinek die Bindung des Staates an selbstgesetztes Recht mit der Vorstellung von einer Selbstbindung des Staates zu begründen versuchte¹, hielt ihm Otto Mayer zu Recht entgegen, dies sei "in Wirklichkeit... keine Erklärung, sondern nur wieder ein neuer Name für das zu lösende Rätsel". Ebensowenig enthält die Frage nach den "Selbstbindungen der Verwaltung" bereits die Antwort darauf, inwieweit solche Bindungen von der Rechtsordnung zu fördern, hinzunehmen oder zu bekämpfen sind. Richtig gestellt, vermag diese Frage indessen, wenn nicht zur Lösung der Rätsel, so doch zur Aufhellung einiger zentraler Problemfelder des modernen Verwaltungsrechts beizutragen.

Zu diesem Zweck werde ich meine Ausführungen konzentrieren auf iene öffentlich-rechtlichen Selbstbindungen im Verwaltung-Bürger-Verhältnis, die über das jeweilige Hier und Jetzt hinaus weitere Verwaltungsentscheidungen in formalisierter Weise rechtlich präjudizieren. Unter dem Ausdruck "Selbstbindungen" sollen also im folgenden — in Absprache mit dem Vorstand³ — vor allem derartige Selbstpräjudizierungen oder selbstauferlegte Vorausbindungen der Verwaltung verstanden werden, und zwar solche sowohl genereller als auch individueller Natur. Sie können, wie im Falle der sogenannten Selbstbindung durch Verwaltungspraxis oder des mit einer atomrechtlichen Teilgenehmigung verbundenen vorläufigen Gesamturteils, in gegenwartsbezogenem Handeln mitenthalten sein; sie können aber auch, als Verwaltungsvorschriften oder Zusicherungen, verselbständigte Zukunftsfestlegungen darstellen.

Mein Bericht soll grundsätzlich alle diese Selbstbindungsformen erfassen und unmittelbar bei den entsprechenden Rechtsfragen ansetzen; Herr Hoffmann-Riem wird dann, von der Analyse auch faktischer Bindungen herkommend, die Rechtsproblematik hauptsächlich am Beispiel der Zergliederung konkreter Entscheidungsprozesse vertiefen.

Die rechtlichen Überlegungen haben ihren Ausgang zu nehmen von der schon angedeuteten Erkenntnis, daß es reine Selbstbindungen der Verwaltung im Rechtssinne gar nicht geben kann. Hinzukommen muß stets die Sanktionierung durch die Rechtsordnung. Die Besonderheit einer Selbstbindung — im Vergleich zur vollkommenen Fremdbindung — der

¹ S. z.B. Allg. Staatslehre, 3. A. 1914 (Neudr. 1959), 367 ff.

² Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. A. 1924 (Nachdr. 1969), 78.

³ Dem Wunsche des Vorstands entspricht auch die insgesamt äußerst komprimierte Fassung dieses Berichts.

Verwaltung besteht regelmäßig nur in einer gewissen Mitwirkungsfreiheit der Verwaltung an der Auslösung und inhaltlichen Gestaltung dieser Fremdbindung durch die Rechtsordnung.⁴

Dabei unterscheidet sich die der Rechtsordnung mit der Frage nach den Vorausbindungen der Verwaltung gestellte Regelungsaufgabe wesentlich von jener Bindungsproblematik, die das 19. Jahrhundert beherrschte und damals eine verbreitete Bindungsfeindlichkeit zur Folge hatte. Seinerzeit ging es, im Zeichen der Überwindung feudal-patrimonialer Zustände, um die Freiheit namentlich des Gesetzgebers zur Aufhebung wohlerworbener Rechte mit Ewigkeitsanspruch⁵. Die Ziele der inneren Souveränität und Reformfähigkeit des Staates sprechen zwar ebenfalls gegen zu weitgehende Bindungen der Verwaltung, verlangen aber keineswegs deren jederzeitige Bindungsfreiheit. So war der Verwaltungsakt seit jeher als Instrument auch zur Bindung der Verwaltung konzipiert⁶. Und Walter Jellinek hat schon früh aus dem Willkürverbot weitergehende Selbstbindungen der Verwaltung in dem hier zugrunde gelegten Sinne hergeleitet⁷.

Die heutigen Probleme administrativer Selbstbindung sind ungleich drängender und vielgestaltiger. Das zeigt sich alsbald, wenn man sie erst auf der Ebene abstrakt-genereller Regelbildung und dann auf der Ebene der Einzelentscheidungen der Verwaltung näher ins Auge faßt und wenn man in letzterer Hinsicht noch zwischen Entscheidungen in einfachen und in komplexen Verwaltungsverhältnissen unterscheidet. Bezogen auf die von den Selbstbindungen der Verwaltung auf den verschiedenen Ebenen erfüllten Funktionen, ergibt sich damit für die folgende Untersuchung eine Dreiteilung in "Selbstbindung als Programmierungsmodus", "Selbstbindung als Kooperationsmechanismus" und "Selbstbindung als Instrument zur Problemabschichtung".

⁴ Vgl., spez. mit Blick auf den Gleichheitssatz, *Dürig*, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG. Komm., 9/80, Art. 31 Rn 431.

⁵ Zusammenfassend Kirchheimer, Die Grenzen der Enteignung, 1930.

⁶ Vgl. schon O. Mayer (Fn 2), 96, 254.

⁷ S. bereits Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913 (Neudr. 1964), 323 ff.

2. Teil: Einzelne Selbstbindungsfunktionen

A. Selbstbindung als Programmierungsmodus

Als Programmierungsmodus erfüllt Selbstbindung der Verwaltung die Funktion der Ergänzung — und aushilfsweise noch der Ersetzung — gesetzlicher Handlungsprogramme für die Verwaltung.

I. Die Pflicht der Verwaltung zu programmgeleitetem Handeln

Die den rechtlichen Hintergrund bildende Pflicht der Verwaltung zu grundsatz- oder programmgeleitetem Handeln gegenüber den Bürgern auch bei administrativen Handlungsspielräumen folgt aus dem Gleichheitssatz, dem Rechtsstaatsprinzip und der Rechtsschutzgarantie: sie hat somit verfassungsrechtlichen Rang⁸. Danach muß bereits die erste Einzelentscheidung der Verwaltung innerhalb des jeweiligen Spielraums durch einen angebbaren Grundsatz gerechtfertigt sein. der fortan als Handlungsprogramm und Prüfungsmaßstab für weitere einschlägige Fälle dient⁹. Er muß zwar bei Rechtswidrigkeit¹⁰ und kann auch ansonsten aus sachlichen Gründen aufgegeben werden, aber nur zugunsten eines neuen Grundsatzes, nicht zugunsten eines nunmehr grundsatzlosen Vorgehens. Dieses Selbstbindungsgebot zwingt die Verwaltung von vornherein zum Denken in größeren Zusammenhängen, was zugleich zur Qualität und zur Kontrollierbarkeit des Verwaltungshandelns beiträgt.

⁸ Vgl. insb. W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, 1969, 23, 82, 103 ff., 256 ff., u. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, 20, 23, 37 ff., jew. m. w. N.

⁹ Vgl. z.B. PrOVGE 54, 261; BVerwG DVBl. 1963, 859; BVerwGE 31, 212, 214; BVerwG DVBl. 1973, 636, 639; OVG Lbg OVGE 20, 411. Vgl. auch *H.-W. Arndt*, FS Armbruster, 1976, 233, 234f. Angeknüpft wird an den jew. praxisleitenden Grdstz u. nicht eigtl. an "die Vwspraxis", so zutr. *W. Schmidt* (Fn 8), 119, 129; zur bloßen Verdeutlichungsfunktion der "längerdauernden Übung" auch *Wallerath*, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968, 94.

Vgl. zur "Gleichheit im Unrecht" zuletzt Berg, JuS 1980, 418ff. m.w.N.

II. Verwaltungsvorschriften als formalisierte Eigenprogramme

Die getroffenen Feststellungen gewinnen ihre eigentliche Bedeutung bei der Frage nach der Bindung der Verwaltung an Verwaltungsvorschriften im Verwaltung-Bürger-Verhältnis. Hier liegt es nahe, die Verwaltungsvorschriften als formalisierte Eigenprogramme der Verwaltung zu verstehen und anzuwenden. Zu dieser vielerörterten Problematik kann und muß ich mich auf einige Stichworte beschränken¹¹.

Auszugehen ist davon, daß Verwaltungsvorschriften mit Außenwirkung möglich und geboten sind, soweit nicht Vorrang oder Vorbehalt des Gesetzes entgegenstehen. Dabei ist meines Erachtens der Gesetzesvorbehalt zu verstehen als Vorbehalt aller grundlegenden Normativentscheidungen im Gemeinwesen¹². Gesetzesfreie Verwaltungsvorschriften in Sonderstatusverhältnissen¹³ oder zur Subventionierung aufgrund bloßer Haushaltstitel¹⁴ sind nur noch als Übergangslösung bis zur vollständigen Durchsetzung dieses Gesetzesvorbehalts zulässig. Auf Dauer legitim sind also Verwaltungsvorschriften mit Außenwirkung nicht als Gesetzesersatz, sondern nur als Gesetzesergänzung¹⁵.

Solche Gesetzesergänzung kommt zum einen in Betracht, wenn das Gesetz in Einzelpunkten — etwa in Zuständigkeitsoder Verfahrensfragen¹⁶ — bewußt auf Vervollständigung oder Modifikation durch Verwaltungsvorschriften angelegt ist¹⁷. Diese Verwaltungsvorschriften sind dann schon kraft der gesetzlichen Regelung hinsichtlich Veröffentlichungserforder-

¹¹ Vgl. ergänzend z.B. Ossenbühl, in Erichsen/Martens, Allg. Verwaltungsrecht, 5. A. 1981, 55, 78 ff., u. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, 654 ff., jew. m. w. N.

¹² Allg. hierzu Stern (Fn 11), 569 ff.

¹³ Abl. mit R z. B. *Bryde*, in *v. Münch*, GG-Komm., Bd. 3, 1978, Art. 80 Rn 9.

¹⁴ Nicht überzeug. BVerwGE 58, 45, 48; allg. zum Streitstand vgl. *Bleckmann*, Subventionsrecht, 1978, 43 ff.

¹⁵ Vgl. neuestens *E.-W. Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. A. 1981, Nachw., 375, 394; ferner z.B. *Stern* (Fn 11), 659 ff.; *Krebs*, VerwArch 1979, 259, 269 ff.

¹⁶ Dazu BVerfGE 8, 155 u. 40, 237; BVerwGE 36, 327. Gleichzustellen ist die spez. gesetzl. Inbezugnahme best. Vwsvorschr., vgl. z.B. BSGE 34, 115.

¹⁷ Natürl. darf der Gesetzesvorbeh. nicht entgegenstehen; von daher krit. gg. BverfGE 40, 237 z.B. Schenke, DÖV 1977, 27ff., u. Schwabe, JuS 1977, 661ff. Vgl. auch BVerwGE 38, 139 einerseits u. 51, 235 andererseits.

nis¹⁸, Geltungsstrenge¹⁹ usw. in vollem Umfange als Außenrechtssätze im Range unter Rechtsverordnungen und Satzungen anzusehen; sie bilden administratives Ergänzungsrecht²⁰.

Die Gesetzesergänzung kann aber auch darin bestehen, daß die Verwaltung Regeln für die Fälle aufstellt, in denen das Gesetz für individuell-konkretes Verwaltungshandeln Handlungsspielräume vorsieht; solche Spielräume dürften nicht nur im Falle von Verwaltungsermessen, sondern — zumal mit steigender Tendenz zu bloßer gesetzgeberischer Zweckprogrammierung — mehr als bisher auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen zu bejahen sein²¹. Die Außenwirkung dieser Regeln ist dann legitimiert und gefordert durch die mit dem Auftrag zum Einzelvollzug verbundene verfassungsrechtliche Pflicht der Verwaltung zu programmgeleitetem Handeln. Diese Verwaltungsvorschriften bilden damit administrative Ergänzungsgrundsätze, die den Verwaltungsvorschriften in Form vollen administrativen Ergänzungsrechts weithin²², aber nicht völlig gleichzubehandeln sind.

So sollte zwar die Veröffentlichung auch der Ergänzungsgrundsätze für alle wichtigen Fälle vorgeschrieben werden. Man wird daraus aber schon angesichts ihrer höchst unterschiedlichen Erscheinungsformen und Entwicklungsstufen²³ keine allgemeine Gültigkeitsvoraussetzung für diese Grundsätze machen können²⁴. Anderenfalls müßte ohne Not auch nachweisbar grundsatzgeleitetes Verwaltungshandeln in minder bedeutsamen Fällen allein mangels vorheriger Veröffentlichung der Grundsätze als rechtswidrig behandelt werden. Als rechtsstaatliches Minimum bleibt dann freilich bei berechtigtem Interesse ein Anspruch auf individuelle Mitteilung nicht-

¹⁸ Dazu z.B. BVerfGE 40, 237, 255; VGH BW ESVGH 23, 90; zu geringe Anforderungen in BVerwGE 36, 91, 94.

¹⁹ Vgl. etwa Scheffler, DÖV 1980, 236, 239.

²⁰ Vgl. Lorenz (Fn 8), 42; Ossenbühl, FG 25 J. BVerwG, 1978, 433, 437; Stern (Fn 11), 658.

²¹ Ebenso W. Schmidt, JuS 1971, 184, 188.

²² Vgl. zur Rswidrigkeit v. VAen bei Verstoß gg. Ergänzungsgrdstze BVerwGE 14, 307; OVG Mstr DÖV 1981, 109; zur Unverbindlichkeit rswidriger Ergänzungsgrdstze im Außenverh. BVerwGE 14, 313; BVerwG NJW 1972, 1483.

²³ Vgl. die fließenden Übergänge von rudimentären Handlungsgrdstzen einer Kommunalbehörde über experimentelle Regelbildungen bis hin zu voll rechtssatzmäßig angelegten Vwsvorschriften der BReg.

²⁴ Weitergeh. z.B. Gusy, DVBl. 1979, 720ff.; Stern (Fn 11), 661; vgl. demgegenüber Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, 682f.; vwspolit. Scheffler (Fn 19), 241ff.

veröffentlichter Grundsätze auch außerhalb anhängiger Verfahren²⁵.

Soweit die Ergänzungsgrundsätze veröffentlicht worden sind, fordert rechtsstaatliche Formenklarheit konsequenterweise die Beachtung dieser Form auch bei dem — aus sachlichen Gründen jederzeit möglichen — Übergang zu neuen Grundsätzen²6. Das Offenhalten der Möglichkeit zu "heimlichem" Kurswechsel durch den von der Rechtsprechung postulierten Vorrang der Verwaltungspraxis vor den zu bloßen Praxisindizien herabgestuften Verwaltungsvorschriften²7 erscheint dagegen rechtsstaatlich unannehmbar²8.

Anders verhält es sich mit dem Bedürfnis nach individueller Programmabweichung in Sonderfällen. Administrative Ergänzungsgrundsätze sind in der Tat ganz allgemein als unter Sonderfallvorbehalt stehend anzusehen, so daß ihnen stets nur der Geltungsanspruch von Sollvorschriften zukommt²⁹.

Mit Art. 80 Abs. 1 GG ist, was dessen demokratisch-gewaltenteilungsschützendes Anliegen angeht, die Außenwirkung auch administrativer Ergänzungsgrundsätze außerhalb von Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt durchaus vereinbar. Auch die rechtsstaatlich-bürgerschützende Funktion dieser Norm steht nicht entgegen. Anderenfalls würden diese Verwaltungsvorschriften nur ins Halbdunkel bloßen Innenrechts zurückgedrängt; das aber würde im Ergebnis nicht ihre faktische Außenwirksamkeit, sondern lediglich ihre funktionsgerechte Ausgestaltung hinsichtlich Publizität, Transparenz und Kontrollierbarkeit in Frage stellen und damit den Bürgerschutz eher beeinträchtigen. Erst die Anerkennung ihrer notwendigen Außenwirkung rückt auch die entsprechende Verantwortung ins rechte Licht und macht die Frage nach besonderen Kautelen oder nach weitergehender Vergesetzlichung in

²⁵ Zu eng BVerwGE 61, 15; BVerwG DVBl. 1981, 190. Zutr. dagg. insow. OVG Bln DÖV 1976, 53: Lübbe-Wolff, DÖV 1980, 594, 598 ff.

²⁶ Ähnl. Böckenförde (Fn 15), 397; a.A. W. Schmidt (Fn 8), 97 ff., 144 f.

Vgl. z.B. Weyreuther, DVBl. 1976, 853, 856; BVerwGE 58, 45.
 In and. Fällen hat die Rspr längst zur unmittelb. Anknüpfg an den

²⁸ In and. Fällen hat die Rspr längst zur unmittelb. Anknüpfg an den erklärten Willen der Vw gefunden, vgl. z.B. BVerwG DöD 1970, 74; BVerwG DÖV 1971, 748; OVG Mstr GewArch 1976, 290.

²⁹ Vgl. Bachof, JZ 1966, 440 f.; zu weitgeh. Schmidt-Salzer, VerwArch 1969, 261, 284 ff.; aus der Rspr z.B. BVerwGE 15, 196; BVerwG NJW 1980, 75; vgl. auch BVerwGE 60, 212. Letztl. stehen freilich selbst formelle Gesetze unter "Härtemilderungsvorbehalt", vgl. Dürig (Fn 4), Rn 427, u. W. Schmidt (Fn 8), 112 m.w.N. Nicht mit dem Sonderfallvorb. zu verwechseln ist der — für das Außenverh. unerhebl. — Vorrang der dienstl. Einzelweisung vor Vwsvorschr. im Innenverh.

wichtigen Fällen verfassungsrechtlich und rechtspolitisch konturenscharf³⁰.

III. Selbstbindung an Fremdprogramme

Ein weiterer, bislang weniger beachteter Selbstbindungsaspekt hängt damit zusammen, daß die Verwaltung oft nur über begrenzte Informationsmöglichkeiten, Regelungskapazitäten und Durchsetzungschancen im Verhältnis zu Bürgern und Unternehmen verfügt. Sonderformen von Selbstbindung können hier zur Kompensation dienen. Auf der Programmierungsebene geschieht dies vor allem durch Selbstbindung der Verwaltung an Fremdprogramme.

In der Tat kommt die Verwaltung häufig in technischen Fragen ihrer Pflicht zu programmgeleitetem Handeln durch Übernahme von Fremdprogrammen wie DIN-Normen oder VDI-Richtlinien nach. Es fragt sich, ob hierin eine zulässige Selbstbindung mit Außenwirkung zu erblicken ist.

Soweit die Rezeption durch Rechtsverordnung stattfindet, hält man zwar die statische, nicht aber die dynamische Verweisung für zulässig, da letztere infolge des dezisionistischen Charakters der privatverbandlichen Regelbildung eine unzulässige Rechtsetzungsdelegation bedeute³¹.

Zumeist findet die Übernahme der technischen Regeln aber erst durch Verwaltungsvorschriften statt³². Insoweit geht die h. M. davon aus, daß Gesetzesbegriffe wie "Stand der Technik" konditionale Programmierungen ohne Beurteilungsspielräume darstellten, so daß den Verwaltungsvorschriften und den darin in Bezug genommenen technischen Regeln eigentlich keine Außenwirkung zukommen dürfte³³. Um ihnen trotzdem Beachtlichkeit zu verschaffen, qualifiziert man diese Vorschriften und Regeln dann als "antizipierte Sachverständigengutachten"³⁴; damit erhalten sie letztlich doch eine Außenwir-

³⁰ Vgl. dazu H. H. Klein, DÖV 1975, 523, 525 f.; insges. auch Böckenförde (Fn 15), 395 ff.; zu "Richtigkeitsgarantien" bei Vwsvorschriften Schmidt-Aβmann, VVDStRL 34, 221, 256.

³¹ Vgl. insb. *Breuer*, AöR 101, 46, 61 f., 65. Zu formell-rechtl. Bedenken auch gg. stat. Verweisgen *Tettinger*, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1980, 405 f. m.w.N.; dagg. *Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, 408 ff.

³² Vgl. §§ 48 BImSchG, 11 GtA; vgl. auch § 3 Abs. 3 BauO NW.

³³ Vgl. z. B. Kutscheidt, in Landmann/Rohmer, GewO, Bd. III, 7/80, Nr. 1 § 3 BImSchG Rn 18; OVG Mstr NJW 1976, 2360.

³⁴ So vor allem *Breuer*, DVBl. 1978, 28, 35, u. BVerwGE 55, 250.

kung, die derjenigen administrativer Ergänzungsgrundsätze nahekommt³⁵.

Diese Sichtweise kann nicht überzeugen. Technische Regeln und darauf aufbauende Verwaltungsvorschriften können nur entweder Kognitivakte (Stichwort: Sachverständigengutachten) oder Normativakte (Stichwort: dezisionistische Regelbildung) sein. Tatsächlich sind sie in aller Regel normative Entscheidungen, die technische, wirtschaftliche und politische Überlegungen und Forderungen von oft erheblichem Gewicht (Sicherheitsstandards, Umweltschutz, Forschungs- und Entwicklungsmöglichkeiten, Beschäftigungsstand, Wettbewerbsverhältnisse. Kostenerwägungen) in sich zu einem spezifischen, auch vielfach anders möglichen und nicht selten zeitlich gestuften Ausgleich bringen³⁶. Unter diesen Umständen können sie nicht als Hilfsmittel richterlicher Sachaufklärung, sondern allenfalls als Vorschläge für die Setzung von Richterrecht verstanden werden. Sachgerechter dürfte es sein, in gesetzlichen Generalklauseln wie "Stand der Technik" von vornherein Begriffe mit Beurteilungsspielräumen zu sehen, die auf administrative Programmergänzung angelegt sind37.

Das führt dann zu der Frage zurück, ob die Verwaltung die Programmergänzung gerade durch Selbstbindung an Fremdprogramme vornehmen darf. Hier wird man auf Dauer über die grundsätzlich einleuchtende Unterscheidung zwischen der Unzulässigkeit dynamischer und der Zulässigkeit statischer Verweisung hinausgelangen müssen. Hinter der letzteren Regel steht nämlich offenbar die Vorstellung eines nur punktuellen Verweisungsbedarfs mit entsprechenden Überprüfungsund Verwerfungsmöglichkeiten der Verwaltung. Tatsächlich ist die Verwaltung aber auf breiter Front auf Rezeption angewiesen und wird oft aus Mangel an Kontrollkapazitäten und Alternativen die Einzelauswahl fertiger Normen nicht mehr

³⁵ Zur leichteren Berücksichtigg neuer Entwicklgen vgl. OVG Mstr NJW 1979, 772; vgl. aber zur Nachbesserg selbst bei Gesetzen BVerfGE 56, 54 m.w.N.

³⁶ Vgl. z.B. *Hanning*, Umweltschutz und überbetriebliche technische Normung, 1976, 52.

³⁷ So im Erg. *Ule*, BB 1976, 446f.; eingeschr. auch *Marburger* (Fn 31), 414ff. Allerdings muß jew. zunächst dem Gesetzesvorb. genügt sein, der aber von der Rspr hier eher zu milde gehandhabt wird, vgl. BVerfGE 49, 89 u. BVerwGE 55, 250, 255; weitergeh. OVG Lbg DÖV 1978, 289. Dann stellt sich freil. die Aufgabe angemessener organisator. u. verfahrensmäßiger Ausgestaltg der adm. Ergänzungsprogrammierg; von daher für Beurteilungsspielräume erst de lege ferenda z. B. *Breuer*, NJW 1977, 1121, 1127; *Ossenbühl*, DVBl. 1978, 1, 9.

wirksam leisten können³⁸. Diese Perspektive einer faktisch doch dynamischen Rezeption zwingt allerdings nicht unbedingt zu der Forderung nach Ersetzung durch vollständige administrative Eigenprogramme. Andererseits genügt auch nicht etwa die vom DIN-Verein 1975 gegenüber der Bundesrepublik vertraglich übernommene Pauschalverpflichtung, "bei seinen Normungsarbeiten das öffentliche Interesse zu berücksichtigen"39. Vielmehr ist jeweils genauer zu fragen, inwieweit bei den verschiedenen Normungsorganisationen bereits im Entstehungsstadium der Normen allgemeine Qualitäts- und Ausgewogenheitsgarantien sowie öffentliche Beteiligung und Kontrolle schon ausreichend vorhanden sind oder erst noch eingeführt, ausgebaut oder abgesichert werden sollten⁴⁰. Damit ist ein wichtiger Teilaspekt des Problems einer angemessenen Organisation moderner wissenschaftlich-technischer Rechtsbildungsprozesse angesprochen, das an dieser Stelle nicht weiterverfolgt werden kann.

Nur noch erinnert sei ferner daran, daß die Verwaltung bisweilen auch Selbstbeschränkungsabsprachen der Wirtschaft anregt und fördert. Soweit durch solche Absprachen überhaupt eine administrative — und nicht eine gesetzliche — Regelung überflüssig gemacht werden soll, sollte man dennoch in der Beteiligung der Verwaltung keine formelle Selbstbindung im Sinne eines verbindlichen Programmierungsverzichts, sondern nur eine einstweilige Stillhalteerklärung im Rahmen eines gentlemen's agreement sehen und auf diese Weise der Verwaltung den jederzeitigen, ungehinderten Rückgriff auf hoheitliche Programmierung rechtlich offenhalten⁴.

³⁸ Hinzu kommt häufig das Problem verdeckter dynamischer Weiterverweisungen, dazu *Marburger* (Fn 31), 388 f., 395.

³⁹ § 1 Abs. 2 S. 1 Vertr. BRD/DIN e.V. v. 5. 6. 1975, BAnz 114 v. 27. 6. 1975 Beil. 19/75. Tatsächl. enthält der Vertr. weitergehende, aber wohl noch nicht ausreichende Verpflichtungen des DIN-Vereins.

⁴⁰ Vgl. dazu u.a. *Hanning* (Fn 36), 161 ff.; *Backherms*, Das DIN Deutsches Institut für Normung e. V. als Beliehener, 1978, 53 ff.; *Marburger* (Fn 31), 588 ff.; *Tettinger* (Fn 31), 401 Fn 189, 407 Fn 225.

⁴¹ Dafür sprechen insb. die Gefahr unvollkommener Berücksichtigg öff. Belange, das Außenseiterproblem u. der Mangel an adm. Sanktionsmöglichkeiten. Vgl. auch allg. *Kaiser*, NJW 1971, 585 ff.; *Oldiges*, WiR 1973, 1 ff.; *Rüfner*, DVBl. 1976, 689, 693 f.; v. Zezschwitz, JA 1978, 497 ff.

B. Selbstbindung als Kooperationsmechanismus

Geht man nunmehr zu der Ebene des Programmvollzugs in einfachen, "zweipoligen" Verwaltungsverhältnissen über, so tritt damit die Funktion der Selbstbindung als Kooperationsmechanismus ins Blickfeld.

I. Die Pflicht der Verwaltung zu konsequentem Handeln beim Einzelvollzug

Grundlage auch dieser Selbstbindungsfunktion ist die Forderung nach administrativer Rationalität, hier ausgeprägt als Pflicht der Verwaltung zu konsequentem Handeln beim Einzelvollzug. Wann immer die Verwaltung durch Erklärungen oder sonstiges Handeln auf das Verhalten eines Bürgers Einfluß nimmt, präjudiziert sie damit zugleich ihr weiteres Verhalten gegenüber diesem Bürger; sie kann die einmal eingeschlagene Linie im allgemeinen nur noch aus sachlichen Gründen und gegebenenfalls gegen Entschädigung verlassen⁴². Diese Pflicht zur Konsequenz ist aber — infolge oft geringer Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung "konsequenzwidriger" Maßnahmen⁴³ — insgesamt nicht allzu stringent. Besondere Aufmerksamkeit verdienen daher weitergehende Sicherungen dispositionswilliger Bürger durch administrative Vorausentscheidungen⁴⁴.

II. Vorausentscheidungen als formalisierte Konsequenzsicherung

Die Verwaltungsverfahrensgesetze tragen dem Bedürfnis nach Vorausentscheidungen zum Zwecke formalisierter Konsequenzsicherung Rechnung. Sie sehen dafür die Zusicherung — als Hauptfall der Zusage — sowie den öffentlich-rechtlichen Vertrag vor, als dessen ungenannte Hauptform der erst noch

⁴² Vgl. z.B. BGH NJW 1963, 644; BVerwGE 63, 215; Lange, GewArch Beil. WuV 1979, 15, 34. Die Pflicht zur Konsequenz reicht selbst über den Ablauf ausdrückl. befristeter Erlaubnisse hinaus, vgl. allg. Kloepfer, DVBl. 1972, 371 ff. u. schon PrOVGE 76, 426; spez. zum Ausländerrecht Kimminich, 53 DJT 1980, B 22 u. BVerfGE 49, 168, 184; BVerwGE 59, 104.

⁴³ Vgl. bzgl. Subventionen OVG Mstr DVBl. 1980, 648 u. NJW 1980, 1406. Generell kann ferner nicht die Fortsetzung od. finanzielle "Ablösung" rechtswidr. Verhaltens der Vw gefordert werden.

⁴⁴ Auf Sicherungen zielen auch Fragestellungen wie "Vertrauensschutz", "Plangewährleistung" u. "Verwaltungsrechtsverhältnis"; zu letzterem z.B. *Häberle*, Schriftenreihe d. Dt. Sozialgerichtsverb. XVIII, 1979, 60 ff.

auf Erfüllung zielende öffentlich-rechtliche Verpflichtungsvertrag anzusehen ist⁴⁵. Näher zu untersuchen sind hier vor allem die Bindungsintensität dieser Vorausentscheidungen und das Problem der Belastung Dritter durch solche Entscheidungen.

1. Bindungsintensität

Regelung der Bindungsintensität bedeutet zugleich Risikoverteilung zwischen Behörde und Bürger. Als Grund und Grenze für die Bindung der Behörde an Vorausentscheidungen bietet sich die Sicherung des Bürgers davor an, daß sich die Behörde sozusagen "die Dinge von heute auf morgen anders überlegt"; soweit hingegen neue Entwicklungen die Lage für Behörde und Bürger gleichermaßen verändern, besteht kein Anlaß für besondere Sicherungen des Bürgers zu Lasten der Behörde.

a) Bindung bei unveränderter Lage

So ist jetzt in der Tat bei unveränderter Lage der Bürger durch die hier in Frage stehenden Vorausentscheidungen gegen den Wandel behördlicher Zweckmäßigkeitsüberlegungen vollständig und gegen spätere Distanzierung der Behörde wegen Rechtswidrigkeit der zugesagten Endentscheidung mehr als früher abgesichert.

In letzterer Hinsicht ist festzuhalten, daß nunmehr nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen rechtswidrige Zusicherungen selbst im Bereich gebundenen Verwaltungshandelns zunächst wirksam sind. Damit ist die Zusicherung zum Instrument nicht nur bindender Vorausausfüllung von Handlungsspielräumen, sondern auch bindender Voraussubsumtion geworden⁴⁶. Da aber insoweit die Regeln über die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte anwendbar sind, läuft dies oft auf eine Art Leistungsverweigerungsrecht gegen Ersatz des Vertrauensschadens hinaus — ein, wie mir scheint, angemessener

⁴⁵ §§ 38, 54ff. des — hier zugrunde gelegten — VwVfG des Bundes. Zur weitgeh. anal. Anwendg des § 38 VwVfG auf sonstige Zusagen vgl. Kopp, VwVfG, 2. A. 1980, § 38 Rn 2, 34f.; zum Verpflichtungsvertr. als Hauptform des ör Vertr. Meyer, in Meyer/Borgs-Maciejewski, VwVfG, 1976, § 54 Rn 36.

⁴⁶ Vgl. allg. Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, 205, 288, 290; jetzt z.B. Stelkens, in Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG, 1978, § 38 Rn 17. Zur früheren grdstzl. Nichtbindg an — einseitige od. vertragl. — Zusagen rechtswidr. VAe vgl. z.B. BVerwGE 49, 359.

Ausgleich zwischen der Forderung nach Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und dem konkreten Vertrauensschutz für den Bürger.

Schwieriger liegen die Dinge beim rechtswidrigen öffentlichrechtlichen Zusagevertrag, bei dem die Verwaltungsverfahrensgesetze nur die Alternative zwischen voller Bindung und voller Nichtbindung kennen. Hier wird man letztlich nicht umhin können, auch § 134 BGB entsprechend anzuwenden47 und vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gesetzmäßigkeitsprinzips vertragliche Verpflichtungen zum Erlaß materiell rechtswidriger Verwaltungsakte als durchweg auf rechtlich mißbilligte Handlungserfolge gerichtet48 und damit nichtig anzusehen⁴⁹. Der öffentlich-rechtliche Vertrag findet zwar legitime Aufgaben in der flexiblen Gestaltung von Austauschbeziehungen und atypischen Lagen; verfehlt erscheint dagegen sein Einsatz zu dem Zweck, die Verwaltung aus abstrakten Vertragsbindungsüberlegungen heraus zur Erfüllung rechtswidriger Selbstbindungen zu zwingen⁵⁰. Konkreter Vertrauensschutz wird indessen in Einzelfällen durchaus erforder-

⁴⁷ Dieses nach dem VwVfG mögl. Verständnis ist als verfassungskonforme Auslegg geboten, da sonst das Gesetzmäßigkeitsprinzip zu pauschal zurückgesetzt würde, vgl. insb. *Schenke*, JuS 1977, 281 ff. Eine solche Zurücksetzg ließe sich wegen des Verfassungsrangs dieses Prinzips auch nicht einfach mit ihrer Anordnung dch Gesetz rechtfertigen, so aber *Erichsen*, HRR VwR 1977, C 6, 5. Gg. anal. Anwendg des § 134 BGB auf Vw-Bürger-Verträge z.B. *Frank*, DVBl. 1977, 682 ff., u. *Obermayer*, FS 100 J. BayVGH, 1979, 275, 277 ff.; ebenso, aber insow. auf Verfassungswidrigkeit schließend, *Götz*, NJW 1976, 1425, 1430; vgl. ferner *Maurer*, JuS 1976, 485, 494 f.

⁴⁸ Zur Unterscheidg von Handlungserfolgen u. -modalitäten vgl. *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrensrecht, 2. A. 1979, 354. Zusätzl. Differenzierungen etwa nach der Erheblichkeit des Rechtsverstoßes (so *Bonk*, in *Stelkens/Bonk/Leonhardt*, VwVfG, 1978, § 59 Rn 30f.) haben dagg. auszuscheiden. Zum Rückgriff auf § 54 S. 1 VwVfG bei Handlungsformverboten vgl. *Krebs*, VerwArch 1981, 49, 55.

⁴⁹ Nicht recht gangbar erscheint dagg. de lege lata der von *Bullinger* (DÖV 1977, 812, 815 ff.) erwogene Weg, der Vw nur ein Erfüllungsverweigerungsrecht gg. Geldausgleich zu geben. Entweder bewirkt näml. die Rechtswidrigkeit des zugesagten Erfüllungsaktes nach § 306 BGB anal. doch zugleich die Nichtigkeit des Verpflichtungsvertr. (so konsequent *Redeker*, DÖV 1966, 543, 545). Oder man sieht in dem Erlaß eines rechtswidr. — aber nicht nichtigen u. daher — wirksamen VAs eine rechtl. mögl. Leistg der Vw (so z. B. *Meyer*, NJW 1977, 1705, 1712); dann ist aber nichts mehr für ein Erfüllungsverweigerungsrecht der Vw ersichtl. (vgl. dazu *Meyer* Fn 45, § 54 Rn 55).

⁵⁰ Die "Einvernehmlichkeit" zw. Vw u. Bürger (*Frank* Fn 47, 686) ist auch bei der — mitwirkungsbedürftigen — Zusicherung gegeben.

lich sein; er sollte mittels verschuldensunabhängiger Entschädigung in analoger Anwendung des § 48 Abs. 3 VwVfG gewährt werden⁵¹. Rechtspolitisch schließlich wäre es besser, anstelle der Anlehnung an § 134 BGB ein den §§ 119, 122 BGB nachgebildetes Recht der Verwaltung zur Anfechtung wegen Rechtswidrigkeit gegen Ersatz des negativen Interesses vorzusehen⁵².

b) Zukunftsoffenheit für Lageveränderungen

Das — andersgeartete — Zukunftsrisiko wesentlicher Lageveränderungen wird bei normalen Endverwaltungsakten regelmäßig in der Weise zwischen Verwaltung und Bürger aufgeteilt, daß die Verwaltung durch Widerrufsregeln Möglichkeiten zur Lösung von der Bindung gegen Entschädigung erhält.

Theoretisch wäre es denkbar, bei Vorausentscheidungen in gleicher Weise zu verfahren. Im Interesse erleichterter Reaktionsfähigkeit der Verwaltung lassen die Verwaltungsverfahrensgesetze jedoch zu Recht bei wesentlichen Lageveränderungen die Bindungswirkung von Zusicherungen automatisch und entschädigungslos entfallen⁵³. Damit erhalten Zusicherungen eine modellhafte — im einzelnen freilich variierbare⁵⁴ — Zukunftsoffenheit; Vorläufigkeit wird ihr kennzeichnendes Merkmal. Eine vergleichbare Zukunftsoffenheit sichert im Falle des öffentlich-rechtlichen Zusagevertrags die clausula rebus sic stantibus des § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG⁵⁵.

⁵¹ Entspr. Überlegungen bei *Schenke* (Fn 47), 292. Eine verschuldensabhängige Ersatzpflicht folgt schon aus §§ 62 S. 2 VwVfG, 309, 307 BGB

⁵² Die Befristg sollte aber nicht an § 126 Abs. 3 LVwG SchlHlst, sondern an § 48 Abs. 4 VwVfG orientiert werden. Für völlige Angleichg an § 48 VwVfG Götz, DÖV 1973, 298, 302, u. Göldner, JZ 1976, 352, 357.

⁵³ Vgl. schon BVerwGE 20, 292; zu § 38 VwVfG BVerwGE 63, 165. Von einer strengeren Bindg wären auch Rückwirkgen auf die Bereitschaft der Vw zur Abgabe von Zusichergen u. zum Abschluß von Zusageverträgen zu erwarten, da hier i. d. R. Ermessen der Vw besteht, vgl. zu diesem Ermessen Stelkens (Fn 46), § 38 Rn 17, u. Bonk (Fn 48), § 56 Rn 14.

⁵⁴ Bestimmte Ändergen können von vornherein mitgeregelt sein; auch kann eine partielle Aufrechterhaltg od. Anpassg geboten sein, vgl. *Fiedler*, Funktion und Bedeutung öffentlich-rechtlicher Zusagen im Verwaltungsrecht, 1977, 239, 268 ff.; *Maiwald*, BayVBl. 1977, 449, 451. § 38 Abs. 3 VwVfG schließt aber die Entschädigungsregelg der §§ 48 Abs. 3, 49 Abs. 5 VwVfG aus; für deren anal. Anwendg zwar *Kopp* (Fn 45), § 38 Rn 31; dagg. aber zutr. *Lange*, Jura 1980, 456, 467 m.w.N.

⁵⁵ Rechtspolit. auch hier für Bindungswegfall ex lege *Redeker* (Fn 49), 547. Allg. zur clausula *Fiedler*, VerwArch 1976, 125 ff.

2. Drittbezug

Neben der Bindungsintensität wird in manchen Fällen auch das Problem des Drittbezugs akut, und zwar, wenn Gegenstand der Zusage ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung, etwa eine nachbartangierende Baugenehmigung, ist. Dann kann Selbstbindung als Kooperationsmechanismus nur noch funktionieren, wenn auch der Dritte rechtlich ausreichend in den Gesamtvorgang einbezogen wird.

Wird die Baugenehmigung einseitig zugesichert, so stellt bereits die zu bejahende Verwaltungsaktsqualität der Zusicherung⁵⁶ diese Einbeziehung sicher. Der Nachbar kann und muß dann schon eine ihm bekanntgegebene Zusicherung - als einen seinerseits begünstigenden Verwaltungsakt mit drittbelastender Wirkung - anfechten, da diese Zusicherung sonst dem Bauherrn ein vom Nachbarn nicht mehr in Frage zu stellendes Recht auf die Baugenehmigung gibt⁵⁷. Erfährt der Nachbar von der Zusicherung erst im Augenblick der Baugenehmigung, so kann er sich konsequenterweise nicht damit begnügen, allein gegen die Baugenehmigung vorzugehen. Denn die Zusicherung erledigt sich nicht etwa mit der Erteilung der Baugenehmigung, sondern bleibt als deren causa bestehen und schirmt, solange und soweit sie wirksam ist, die Baugenehmigung gegen die Frage nach deren Rechtmäßigkeit ab58. In diesem Fall muß der Nachbar also sowohl die Baugenehmigung als auch die Zusicherung angreifen⁵⁹. Da es aber die Regel sein dürfte, daß die Zusicherung eines Verwaltungsakts mit Drittwirkung dem Dritten nicht vor Erlaß des zugesicherten Verwaltungsakts bekanntgegeben wird, bleibt dann die Bindungswirkung der Zusicherung gewissermaßen "bis zum Ende" in der Schwebe und der Zweck gesicherter Vorausbindung wird nur noch unvollkommen erreicht.

⁵⁶ So z.B. Kopp (Fn 45), § 38 Rn 6 m.w.N.; a.A. z.B. Bachof, in Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. A. 1974, 367.

⁵⁷ Vgl. z.B. Krause (Fn 46), 205; Redeker, DVBl. 1973, 744, 745; Meyer (Fn 45), § 38 Rn 14; Weides, Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 2. A. 1981, 25 m Fn 65 (für Vorbescheide); Battis, Öff. Baurecht und Raumordnungsrecht, 1981, 80, 155 (für Teilungsgenehmigungen u. Bauvorbescheide).

⁵⁸ Richtig *Gelzer*, Bauplanungsrecht, 3. A. 1979, Rn 1538 (für das Verh. zw. Teilungsgenehmigg. u. Baugenehmigg).

⁵⁹ So mit R, für das Verh. zw. Bodenverkehrsgenehmigg u. nachfolgendem Bauvorbescheid, BVerwG NJW 1969, 1786.

Das gilt erst recht, wenn die Zusage durch öffentlich-rechtlichen Vertrag erteilt ist⁶⁰. Einen Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift, lassen die Verwaltungsverfahrensgesetze nämlich überhaupt erst mit schriftlicher Zustimmung des Dritten wirksam werden; dieses Zustimmungserfordernis aber ist zur Vermeidung der Probleme relativer Unwirksamkeiten bereits auf den Zusagevertrag als Verpflichtungsgeschäft zu beziehen⁶¹. Damit wird der Zusagevertrag als Handlungsform immer unpraktikabler, je größer man — etwa in Subventionsfällen — den Kreis möglicher Drittbelasteter zieht⁶².

Mit zunehmender Komplexität der Verwaltungsverhältnisse stößt man also an Grenzen, jenseits derer Selbstbindung nur noch als Instrument zur Problemabschichtung in Betracht kommt.

III. Sonderformen

Einzelformen aus dem Baurecht und dem Kartellrecht mögen aber zunächst noch das Bild der "Selbstbindung als Kooperationsmechanismus" abrunden.

1. Baurechtliche Vorausentscheidungen

Aus dem Beispielsmaterial des Baurechts — Vorbescheid, Teilbaugenehmigung, bodenverkehrsrechtliche Genehmigung — lassen sich Erkenntnisse allgemeinerer Art vornehmlich für die Rechtsnatur von Vorausentscheidungen und für die Möglichkeit impliziter Präjudizierung gewinnen.

a) Zur Rechtsnatur von Vorausentscheidungen

So hat das Bundesverwaltungsgericht die Rechtsnatur der Bebauungsgenehmigung, d.h. der bauplanungsrechtlichen Spielart des baurechtlichen Vorbescheids⁶³, dahingehend gekennzeichnet, es handele sich nicht um eine bloße Zusage, sondern schon um einen vorweggenommenen Teil der Baugenehmigung selbst⁶⁴. Das ist zumindest mißverständlich. Dog-

⁶⁰ Zum Verpflichtungsvertr. als causa für den entspr. VA vgl. Meyer (Fn 45), § 54 Rn 37, 55; ders. (Fn 49), 1712f.; Obermayer (Fn 47), 278.

⁶¹ So zu § 58 Abs. 1 VwVfG überzeugend *Bonk* (Fn 48), § 58 Rn 1, 7, 12 m.w.N.; a.A. z.B. *Ule/Laubinger* (Fn 48), 349 m.w.N.

⁶² Vgl. BVerwGE 30, 191. Bsds weitgeh. Friehe, DÖV 1980, 673 ff.; krit. Henke, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, 1979, 113 f.

⁶³ Vgl. dazu schon PrOVGE 104, 206.

⁶⁴ BVerwGE 48, 242; vgl. auch schon BVerwG NJW 1969, 73.

matisch gesehen, gibt es zwar sowohl vorweggenommene partielle Endentscheidungen als auch lediglich präjudizierende Vorausentscheidungen. Vorbescheide aber gehören allein zur letzteren Kategorie; denn sie zielen, selbst wenn ihnen durch Gesetz erhöhte Wirkkraft verliehen wird⁶⁵, nicht auf unmittelbar verfügende Rechtsgestaltung, sondern ausschließlich auf Zukunftsbindung der Verwaltung⁶⁶. Vorbescheide und andere Vorausentscheidungen sind in diesem Sinne bloße Verpflichtungs- und keine Verfügungsgeschäfte⁶⁷. Von daher rechtfertigt sich übrigens auch zwanglos die vom Bundesverwaltungsgericht bei anderer Gelegenheit vertretene, mit seiner genannten Konstruktion aber schwerlich vereinbare⁶⁸ Ansicht, daß eine nach dem Gesetz für baurechtlich bereits genehmigte Vorhaben nicht geltende Veränderungssperre gegenüber bloßen Vorbescheiden sehr wohl durchgreift⁶⁹.

b) Implizite Präjudizierung

Das Baurecht macht außerdem deutlich, daß — über die reine Pflicht zu konsequentem Verhalten hinausgehende — Vorausentscheidungen nicht unbedingt ausdrücklich getroffen werden müssen, sondern auch lediglich implizit im Zusammenhang mit unmittelbar verfügenden Entscheidungen ergehen können. Wann dergleichen anzunehmen ist, hängt vom Schutzzweck des jeweiligen Gesetzes ab; Veranlassung weitreichender Dispositionen und Identität der Prüfungskriterien werden hierfür maßgebliche Gesichtspunkte sein⁷⁰. Demgemäß wird etwa der Teilbaugenehmigung über ihren Gestat-

⁶⁵ S. — im Vergl. zu § 38 Abs. 3 VwVfG — die Entschädigungspflichten nach § 21 Abs. 2 BBauG; vgl. ferner § 7a Abs. 2 AtG.

⁶⁶ So zutr. *Dürr*, NJW 1980, 2295; vgl. auch *Fiedler* (Fn 54), 194 ff. Die Vorausentscheidgen der Vw finden ihre proz. Entsprechg nicht in Teil-, sondern in Zwischenurteilen, vgl. *Achterberg*, DÖV 1971, 397, 399.

⁶⁷ Deshalb hat auf einen Vorbescheid hin noch eine umfassende Baugenehmigg zu ergehen, freil. unter Beachtg der Bindungswirkg des Vorbescheids; so zutr. *Gaentzsch*, Öff. Baurecht, 1978, 260. Dagg. bedarf es bei einer Teilbaugenehmigg eigtl. nur noch ergänzender Teilbaugenehmigungen, allerdings wiederum unter Beachtg der Präjudizwirkg bereits der 1. Teilbaugenehmigg; vgl. dazu HessVGH BRS 22. Nr. 159.

⁶⁸ Auf den Widerspruch weist mit R hin *Dürr* (Fn 66), 2295; ebenso *Gelzer*, (Fn 58), Rn 477, der ihn aber entgg. der h.M. deh Unterstellg auch von Vorbescheiden unter § 14 Abs. 3 BBauG auflösen will.

⁶⁹ BVerwG BRS 16, Nr. 45.

⁷⁰ Vgl. zur Wohnsiedlungsgenehmigg BVerwGE 3, 351; 10, 202; 29, 357.

tungsteil hinaus implizite Selbstbindungswirkung für die restliche Genehmigung des Bauvorhabens zuerkannt⁷¹. Eine solche aus Sachnotwendigkeiten geforderte Zukunftsperspektive ist dann zugleich Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die unmittelbare Rechtsgestaltung; soweit sie nicht schon durch Vorbescheid gesichert ist, muß sie mit der verfügenden Regelung einhergehen; in diesem Sinne können hier — wie auch im Immissionsschutz- und Atomrecht — Gestattung und Präjudizierung nur einheitlich beantragt, gewährt, angefochten und für sofort vollziehbar erklärt werden⁷².

2. Die Zusagenpraxis des Bundeskartellamts

Neuartige Dimensionen von Selbstbindung läßt die sogenannte Zusagenpraxis des Bundeskartellamts sichtbar werden. Mit "Zusagen" sind hier allerdings in erster Linie Erklärungen der Unternehmen — wie Entflechtungsversprechungen — gemeint, aufgrund derer das Amt dann von eigentlich gebotenen Untersagungsverfügungen gegen wettbewerbsschädliche Fusionen absieht. In der Regel wird diese "kooperative Fusionskontrolle" in die Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gekleidet. Entscheidend ist dabei nicht, ob die Nichtuntersagung der Fusion zur echten Vertragspflicht der Behörde oder zur bloßen Vertragsgrundlage gemacht wird⁷³. Denn Fusionen können nur innerhalb bestimmter Fristen untersagt werden, und die betreffenden unternehmerischen Maßnahmen sind oft erst für die Zeit nach Ablauf dieser Fristen vorgesehen⁷⁴. Das Verstreichenlassen der Fristen führt dann. sei es nun verbindlich zugesagt oder nicht, jedenfalls zum Verlust der Möglichkeit jener hoheitlichen Fusionsuntersagung, zu der die Behörde nach dem Kartellgesetz verpflichtet ist. Rechtmäßig kann diese Zusagenpraxis deshalb nur dann

⁷¹ Vgl. z.B. *Finkelnburg/Ortloff*, Öff. Baurecht, 1981, 263. Dabei erscheint es angemessen, der Selbstbindung Zusicherungscharakter beizulegen.

⁷² Deshalb kann die Baubehörde auch nicht einfach Teilbaubeginn auf eigene Gefahr des Bauherrn zulassen; vgl. zwar *Scheerbarth*, Das allg. Bauordnungsrecht, 2. A. 1966, 361; dagg. aber zutr. *Röβler*. BauO NW, 2. A. 1980, Anm. zu § 90. Zur Unteilbarkeit v. Gestaltungs- u. Bindungswirkg bei der Bodenverkehrsgenehmigg vgl. BVerwG NJW 1978, 340.

⁷³ Einen Austauschvertr. bejaht offenbar *Scholz*, FS Günther, 1976, 223, 226; für Qualifizierg als ledigl. "hinkenden Austauschvertrag" *Satzky*, ZHR 141, 554, 573, u. *Wolter*, WuW 1979, 213, 217.

⁷⁴ Vgl. §§ 24 Abs. 2, 24a Abs. 2 GWB u. *Traumann*, Die Zusage im Verfahren der Zusammenschlußkontrolle, 1977, 16ff.

sein, wenn sie sowohl inhaltlich durch entsprechende Unternehmensverpflichtungen als auch verfahrensmäßig durch Unterwerfung der Unternehmen unter die sofortige Vollstrekkung eine Fusionskontrolle sicherstellt, die mit der gesetzlich gewollten wirkungsgleich ist. Die stattdessen offenbar gebräuchlich werdende Vertragsklausel, bei Nichteinhaltung der Unternehmensverpflichtungen könne das Bundeskartellamt das Untersagungsverfahren wiederaufnehmen⁷⁵, dürfte dagegen keine nach dem Gesetz mögliche einverständliche Fristverlängerung, sondern eine gesetzwidrige Vereinbarung über das Wiederaufleben abgelaufener Fristen sein⁷⁶.

Flexiblere Möglichkeiten,wie sie § 24 Abs. 3 GWB für Ausnahmefälle dem Minister eröffnet, könnten dem Bundeskartellamt nur durch Gesetzesänderung eingeräumt werden. Die Zusagenpraxis kann als ein Versuch dieses Amtes verstanden werden, sich solche Kooperationsmöglichkeiten auf Umwegen schon jetzt zu verschaffen; sie bildet damit eine spezifische — und nicht unbedenkliche — Form spielraumerweiternder Selbstbindung im Einzelfall.

C. Selbstbindung als Instrument zur Problemabschichtung

Ihre dritte große Funktion erfüllt Selbstbindung als Instrument zur Problemabschichtung bei komplexen Verwaltungsentscheidungen im Rahmen planender und gestaltender Verwaltung⁷⁷. Es geht etwa um die Lenkung der Bautätigkeit, die Planung von Straßen und die Genehmigung von Kraftwerken. Im Unterschied zu den einfachen ist bei solchen "polygonalen" Verwaltungsverhältnissen regelmäßig eine große Zahl von Personen und Stellen mit jeweils situationsgebundenen Interessen betroffen, deren entscheidungsrelevante Konflikte praktisch nicht im voraus abstrakt regelbar sind⁷⁸. Trotzdem muß die Verwaltung auch und gerade hier in rechtliche Pflicht genommen werden.

⁷⁵ Vgl. z. B. BKartA v. 10. u. 18. 2. 1981, WuW 1981, 331, 332.

⁷⁶ So mit R insb. *Kleinmann/Bechtold*, Kommentar zur Fusionskontrolle, 1977, § 24 Rn 180 u. 184, § 24a Rn 73. Vgl. auch *Satzky* (Fn 73), 579, 581. A. A. K. *Schmidt*, BB 1977, 774, 779; dagg. zutr. *Wolter* (Fn 73), 223.

⁷⁷ Zu komplexen Vwsentscheidungen allg. z.B. Schmidt-Aβmann (Fn 30), 223 ff.; Hoppe, FG 25 J. BVerwG, 1978, 295 ff.

⁷⁸ Normen wie § 1 Abs. 6 BBauG sind noch nicht einmal wirkl. Zweckprogramme; sie formulieren Probleme, programmieren aber noch nicht inhaltl. deren Lösg; so krit. W. Schmidt, AöR 96, 321, 333; vgl. auch Alexy/Gotthold, in Voigt, Verrechtlichung, 1980, 200, 202 ff.

I. Die Pflicht der Verwaltung zu gerechter Abwägung bei komplexen Gestaltungsentscheidungen

Diesem Zweck dient das von der Rechtsprechung näher entwickelte Abwägungsgebot, dem auch ohne dahingehende Gesetzesbestimmungen alle Verwaltungsentscheidungen mit planerisch-gestaltendem Charakter unterliegen; es stellt Rationalitätsanforderungen sowohl an das Verfahren als auch an das Ergebnis solcher Entscheidungen, indem es gleichermaßen umfassende Interessenerhebung und -gewichtung verlangt⁷⁹.

II. Verfahrensstufungen als formalisierte Problemabschichtung

Nicht zuletzt die in solchem Verlangen oft liegende Überforderung der Verwaltung bietet Anlaß zu der Frage, inwieweit nicht durch gestufte Verwaltungsverfahren die komplexen Probleme sukzessive - und damit überschaubarer und kontrollierbarer — aufzuarbeiten sind⁸⁰. Das schließt ein, daß Alternativen schrittweise durch die Verwaltung verbindlich ausgeschieden und die folgenden Stufen hierdurch präjudiziert Selbstbindung Instrument als formalisierter Problemabschichtung. Solche Stufung kann freilich auch hier ihren Sinn nur voll erfüllen, wenn die drittbetroffenen Bürger von vornherein rechtlich ausreichend in den Abschichtungsvorgang einbezogen werden. Sonst verbietet die Rechtsschutzgarantie die Bejahung wirksamer Problemabschichtung im Verwaltung-Bürger-Verhältnis, so daß dann die Entscheidungssituation den Bürgern gegenüber bis zuletzt noch als rechtlich offen anzusehen ist.

Welch unstimmiges Bild indessen die Praxis in dieser Hinsicht zeigt und welche Probleme dies mit sich bringt, mögen Beispiele aus dem Recht der Bauleitplanung, der Fachplanung und des Atomrechts belegen.

⁷⁹ Vgl. z. B. BVerwGE 34, 301; 45, 309; 56, 110.

⁸⁰ Dazu allg. Brohm, VVDStRL 30, 245, 289 ff.; Wahl, DÖV 1975, 373 ff.; Schmidt-Aβmann, FG 25 J. BVerwG, 569 ff.

1. Verfahrensstufung im Recht der Bauleitplanung

Das Recht der Bauleitplanung kennt weitgehende Präjudizierung der Bebauungspläne insbesondere durch die Pflicht zur Anpassung an die Ziele der Raumordnung und Landesplanung und durch das Gebot der Entwicklung aus dem Flächennutzungsplan⁸¹. Diese Präjudizierung gilt jedoch als verwaltungsintern⁸². Schon deshalb bewirkt sie gegenüber den Bürgern keine geordnete Problemabschichtung; die Bejahung der Außenwirkung erst der letzten Stufe führt rechtlich zur Wiederaufrollung der Gesamtproblematik im Augenblick gerichtlicher Bebauungsplankontrolle⁸³.

Tatsächlich kommt es sogar zu einer Problemvermehrung insofern, als die Präjudizierung hier zwar nicht den Bürgern als Rechtfertigungsgrund, wohl aber der Verwaltung bei Nichtbeachtung als Nichtigkeitsgrund entgegengehalten werden kann⁸⁴. Infolge des Rechtsnormcharakters der Bebauungspläne haben nämlich die Gerichte Bebauungspläne nicht nur auf Verletzung von Rechten der sich wehrenden Bürger, sondern, vorbehaltlich der §§ 155a, 155b BBauG, allgemein auf Rechtsfehler — einschließlich der Mißachtung von vorausbindenden Plänen — hin zu überprüfen und gegebenenfalls incidenter oder principaliter für nichtig zu erklären⁸⁵.

Es zeigt sich, daß wirkliche Problemabschichtung im Verwaltung-Bürger-Verhältnis allenfalls durch Verwaltungsakte mit entsprechenden Einwendungs- und namentlich Anfechtungslasten erzielt werden kann.

2. Verfahrensstufung im Fachplanungsrecht

Das Fachplanungsrecht für Bundesfernstraßen und Flughäfen kennt zwar Verwaltungsakte in Gestalt von abschließenden Planfeststellungen; die Vorstufen werden aber wiederum als nicht bürgerbelastend angesehen.

^{81 §§ 1} Abs. 4, 8 Abs. 2 S. 1 BBauG.

⁸² Vgl. z.B. *Hoppe*, in *Ernst/Hoppe*, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 2. A. 1981, Rn 233, 280.

⁸³ Hieran dürfte sich aber auch bei Anerkenng einer Außenwirkg der präjudizierenden Pläne letztl. nichts ändern, da dann wohl von einem normähnl. Charakter dieser Pläne u. zeitl. unbegrenzten Möglichkeiten direkten od. indirekten Rechtsschutzes gegen sie auszugehen wäre.

⁸⁴ Vgl. OVG Bln NJW 1980, 1121, 1123 einerseits u. Korbmacher, DÖV 1978, 589, 591 m Fn 24 andererseits.

⁸⁵ Vgl. dazu Winter, NJW 1979, 393, 396 m Fn 36.

a) Bundesfernstraßenrecht

So gilt im Bundesfernstraßenrecht die Trassenentscheidung des Bundesverkehrsministers als nur verwaltungsinterne Anordnung. Folgerichtig müßte dann die Trassenführung bei der Gerichtskontrolle über die spätere Planfeststellung noch voll auf ihre Abgewogenheit hin zu überprüfen sein. Das aber hat das Bundesverwaltungsgericht im B-42-Urteil praktisch abgelehnt, indem es dem Anfechtungskläger ein Recht auf gerechte Abwägung nur im Hinblick auf seine - engverstandenen - individuellen Belange zuerkannt hat, wodurch der Streit in aller Regel auf die Erforderlichkeit von Schutzauflagen reduziert werden soll87. Diese Art der Problemabschichtung steht im Widerspruch zur klassischen Schutznormtheorie, läßt die Interdependenzen innerhalb des jeweiligen Plangefüges unberücksichtigt und verkennt den Charakter des Abwägungsgebots als eines Ausdrucks des bürgerschützenden Verhältnismäßigkeitsprinzips, das gerade auch die Trassenentscheidung als solche anzuleiten hat; auch verteidigt der betroffene Bürger, der im Rahmen der Anfechtung der Planfeststellung die Trassenführung kritisiert, keineswegs fremde, sondern sehr wohl eigene Interessen88. Ist somit der vom Bundesverwaltungsgericht eingeschlagene Weg nicht begehbar, so dürfte es geordneter Problemabschichtung und klarem Rechtsschutz nur förderlich sein, bereits die Trassenentscheidung durch Gesetz als bürgerbelastenden Verwaltungsakt auszugestalten.

b) Flughafenrecht

Das Flughafenrecht mit den zwei Stufen der luftrechtlichen Genehmigung und der anschließenden Planfeststellung weist

 $^{^{86}}$ Vgl. zu § 16 Abs. 1 BFStrG Kodal, Straßenrecht, 3. A. 1978, 681 f. m.w.N.

⁸⁷ BVerwGE 48, 56, 68.

⁸⁸ Vgl. Winter (Fn 85), 396 m Fn 40; Schwabe, NJW 1976, 159; Ramsauer, DÖV 1981, 37ff.; Blümel, DVBl. 1975, 695, 707; ferner Rehbinder, ZRP 1976, 157, 159. Die beschränkten Klagemöglichkeiten der Gemeinden können — jedenfalls derzeit — diese Verkürzung des Bürgerrechtsschutzes nicht ausgleichen; vgl. dazu allg. Pfaff, VerwArch 1979, 1 ff.

im wesentlichen vergleichbare Probleme auf⁸⁹. Besonders deutlich wird hier iedoch die durch die Konzentration des Bürgerrechtsschutzes auf die letzte Stufe verstärkte Gefahr vollendeter Tatsachen. Im Falle des Flughafenprojekts München II etwa lagen zwischen der luftrechtlichen Genehmigung und der Planfeststellung fünf Jahre: bis zur Planfeststellung waren mittlerweile 500-600 Millionen DM investiert worden. und schon die luftrechtliche Genehmigung hatte das Leben in der gesamten Region nachhaltig verändert⁵⁰. Unter solchen Umständen wird, wie auch das Bundesverfassungsgericht anerkannt hat, Vorverlegung des Rechtsschutzes unerläßlich⁹¹. Hierzu bräuchte man nur bereits in der luftrechtlichen Genehmigung einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung zu erblicken⁹². Dann würden die Dritten letztlich als Adressaten belastender Duldungsverfügungen erscheinen und bedürften zu ihrer Rechtsverteidigung nicht einmal mehr subjektiver Rechte auf umfassende gerechte Abwägung; vielmehr müßten dann eigentlich schon ihre Grundrechte auf Freiheit von abwägungsfehlerhafter und damit rechtswidriger Belastung ihres Eigentums, ihrer Gesundheit und ihrer freien Entfaltung ausreichen93.

3. Verfahrensstufung im Atomrecht

Das Atomrecht³⁴ wird den Bedenken gegen rechtsschutzverkürzende Verfahrensstufungen besser gerecht. Der Rechtsschutz setzt hier schon auf früher Stufe ein; das Schwergewicht liegt beim Streit um die erste Teilerrichtungsgenehmi-

⁸⁹ Die Genehmigg nach § 6 LuftVG ist zwar ein VA, wird aber nicht als drittbelastend angesehen; vgl. BVerwG NJW 1969, 340, u. BVerwG DÖV 1974, 418. Ferner vertritt die Rspr auch hier ein restriktives Verständnis des Rechts des Bürgers auf gerechte Abwägg; vgl. BVerwGE 56, 110, 123; aus systemat. Grden ähnl. Wahl (Fn 80), 379; dagg. mit R Blümel (Fn 88), 705. Zum wenig folgerichtigen Verh. der beiden Stufen zueinander vgl. Badura, BayVBl. 1976, 515, 518; Schmidt-Aβmann, DVBl. 1981, 334, 336 f.

⁹⁰ Vgl. Bäumler, DÖV 1981, 43, 45 f.

⁹¹ BVerfG DVBl. 1981, 374; dazu *Schmidt-Aβmann* (Fn 89), 335 f. Zu Grenzen solcher Vorverlegg in and. Fällen vgl. *Blümel*, FS Forsthoff 70. Geb., 1972, 9, 27 f.

⁹² In diesem Sinne etwa Bäumler (Fn 90), 47 f.

⁹³ So insb. Hoppe, DVBl. 1977, 136f. m Fn 6 (zu BVerwGE 48, 56), u. Winter (Fn 85), 398ff.

⁹⁴ Das Atomrecht gehört in den vorl. Zshg, da es auf planerischhochkomplexe Entscheidungen zielt; gesetzestechn. kommt dies freilich bislang nur unvollkommen zum Ausdruck, vgl. *Ossenbühl* (Fn 37), 7.

gung⁹⁵. Dabei entspricht es dem Gesetzeszweck sowie den Interessen der Allgemeinheit, des Betreibers und der Betroffenen, der ersten Teilerrichtungsgenehmigung ohne Rücksicht auf ihren ausdrücklichen Inhalt eine über die unmittelbare Gestattung erster Baumaßnahmen hinausgehende, rechtlich bindende Präjudizwirkung für das Gesamtprojekt zuzumessen⁹⁶. Das ermöglicht sowohl rechtzeitigen Rechtsschutz⁹⁷, allerdings verbunden mit Einwendungs- und vor allem Anfechtungslasten⁹⁸, als auch offen ausgewiesene Problemabschichtung im Hinblick auf Folgeentscheidungen.

Die Tragweite dieser Problemabschichtung läßt sich meines Erachtens am angemessensten dadurch bestimmen, daß man dem in der ersten Teilerrichtungsgenehmigung mitenthaltenen vorläufigen positiven Gesamturteil³⁹ die Bindungswir-

⁹⁵ §§ 7b AtG, 18 AtVfV. Dazu, daß — anders als im Baurecht — der Vorbescheid im Atom- u. Immissionsschutzrecht keine prakt. Bedeutg hat, vgl. Friauf, Veröff. des Inst. f. Energierecht an der Univ. zu Köln 41/42, 1978, 63, 76 f. Zur zusätzl. Verfahrensstufg deh Freigabevorbehalte vgl. Ossenbühl, DVBl. 1980, 803 ff.

⁹⁶ So gg. VGH BW NJW 1979, 2528, zutr. VG Koblenz NJW 1980, 1410; OVG Lbg DVBl. 1980, 1012; Ossenbühl, NJW 1980, 1353 ff. Offenbleiben muß hier die Frage nach den materiellrechtl. Voraussetzgen des vorl. pos. Gesamturteils, z.B. bzgl. Berstsicherg u. Entsorgg.

⁹⁷ Für Mitprüfg v. Betriebsgefahren schon bei der 1. TEG zutr. z.B. BVerwG DVBl. 1972, 678; BVerfGE 53, 30, 50; Schwarze, DÖV 1973, 700, 702 f.

⁹⁸ Dabei verstärkt der grdstzl. in der Logik der Verfahrensstufg liegende Einwendungsausschluß nach § 7b AtG noch die mit R geäußerten Bedenken gg. einen als materielle Präklusion verstandenen Einwendungsausschluß nach §§ 7 Abs. 4 S. 3 AtG, 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG, vgl. hierzu einerseits z.B. Wolfrum, DÖV 1979, 497 ff.; Papier, NJW 1980, 313 ff.; andererseits BVerwGE 60, 297; J. Ipsen, DVBl. 1980, 146.

⁹⁹ Einschl. der Standortaussage, soweit sie sich über die genehmigten Bauteile hinaus auf die Gesamtanlage bezieht, vgl. *Selmer*, Vorbescheid und Teilgenehmigung im Immissionsschutzrecht, 1979, 22 f., 37; vgl. auch OVG Lbg DVBl. 1978, 67, 68, u. OVG Mstr DVBl. 1978, 853, 855; dagg. für eine insges. abschließende, auch dch Vorbescheid nicht mehr verstärkungsfähige Standortaussage in der 1. TEG z.B. *Büdenbender/Mutschler*, Bindungs- und Präklusionswirkung von Teilentscheidungen nach BImschG und AtG, 1979, 82.

kung einer Zusicherung zuerkennt¹⁰⁰. Wichtig ist dabei auch hier die Notwendigkeit der Wahrung eines positiven Zusammenhangs zwischen der unmittelbaren Gestattung und der weiterweisenden Präjudizierung. Die Behörde kann zwar die Tragweite dieser Präjudizierung durch Vorbehalte und Nebenbestimmungen präzisieren und einschränken, die Bindung aber als solche nicht ausschließen; versucht sie dies, wie üblich, doch, so wird man darin entweder einen Rechtsverstoß oder — in der Regel wohl eher — eine unbeachtliche "protestatio praejudicio contraria" zu sehen haben¹⁰¹. Ebensowenig kann ein Gericht, wie es der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg getan hat, Gestattung und Präjudiz von sich aus rechtlich auseinanderspalten¹⁰². Das vorläufige positive Gesamturteil muß vielmehr von Anfang an vorhanden sein; seine - weiterbestehende - Wirksamkeit bedingt die Zulässigkeit jeglicher Projektverwirklichung und -fortführung¹⁰³.

Nach alledem tendiert auch das atomrechtliche Verfahren eher zur Konzentration, allerdings in wesentlich adäquaterer Weise auf der ersten Verfahrensstufe¹⁰⁴. Erst wenn die erste Teilerrichtungsgenehmigung unanfechtbar geworden ist, können die Dinge wirklich weitergehen. Der Versuch der Verwaltung, dies jeweils durch vorweggenommene, routinemäßige Anordnung der sofortigen Vollziehung zu überspielen, ist bedenklich; solche Anordnungen sollten frühestens nach erstin-

¹⁰⁰ So auch Selmer (Fn 99), 37 ff., u. ders./Schulze-Osterloh, JuS 1981, 393, 395, 399; im Erg. ebenso z.B. Breuer, 6. Dt. Atomrechts-Symp., 1980, 243, 253 ff. Für geringere Bindg Hansmann, ebd., 263, 270 f. Gg. jegl. Bindg (bzgl. Immissionsschutzrecht) Vallendar, in Feldhaus, BImSchG, Bd. I, Std 1980, § 8 S. 8. Dagg. für Bindg wie bei Vollgenehmigg Schmidt-Aβmann (Fn 80), 580 ff.; Ossenbühl (Fn 96), 1358; A. Weber, DÖV 1980, 397, 400 ff. Im letzteren Sinne offenbar BVerwG DÖV 1981, 294, 298; im Erg. wohl auch VG Koblenz NJW 1980, 1410, 1412; vgl. dagg. noch OVG Lbg DVBl. 1975, 190.

¹⁰¹ Vgl. dazu Selmer (Fn 99), 31 ff.; BVerwGE 55, 250, 271. Die Behörde kann auch nicht etwa bei Anfechtg der 1. TEG mit aufsch. Wirkg einfach für eine 2. TEG ein neues pos. Gesamturt. bilden; so aber Büdenbender/Mutschler (Fn 99), 26, 102, 117 f.; dagg. mit R de Witt, 6. Dt. Atomrechts-Symp., 1980, 297, 307 f.

¹⁰² VGH BW DÖV 1975, 744 u. NJW 1979, 2528.

¹⁰³ Zutr. insb. de Witt (Fn 101), 307 f. Ähnl., aber ohne präzise Unterscheidg zw. der grdstzl. fortdauernden Bindungswirkg des vorl. pos. Gesamturt. der 1. Stufe u. dem nachträgl. Bindungswegfall (infolge Rücknahme, Widerrufs, gerichtl. Aufhebg der 1. TEG od. wesentl. Lageveränderg), OVG Mstr DVBl. 1978, 853.

¹⁰⁴ So insb. auch *Breuer* (Fn 100), 243, 250.

stanzlichen Hauptsacheentscheidungen ergehen¹⁰⁵. Anderenfalls kommen die Gerichte auch kaum umhin, Eilverfahren in behelfsmäßige Hauptverfahren umzufunktionieren¹⁰⁶, was der Sache keineswegs zuträglich sein dürfte.

Insgesamt wird man die Möglichkeiten rationalitätssteigernder Problemabschichtung durch Verfahrensstufung im Verwaltung-Bürger-Verhältnis eher skeptisch einzuschätzen haben. Bedürfnisse nach Verhinderung vollendeter Tatsachen und effektivem Rechtsschutz sowie nach rechtzeitiger, allseitig verbindlicher Klärung verlangen weitgehende Konzentration der Problematik auf der ersten Stufe; erst für die folgenden Stufen greift dann eine entsprechende Entlastung ein.

Skepsis dürfte aber auch deshalb angebracht sein, weil den formellen Verfahrensstufen nicht selten informelle Vorstufen in Gestalt von Vorabsprachen der Verwaltung mit bestimmten Unternehmen vorausgehen.

III. Informelle Problemabschichtung durch Vorabsprachen

Auf diese Problematik sei hier nur noch kurz am Beispiel des Rechts der Bauleitplanung hingewiesen¹⁰⁷. Das Flachglas-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts hat zugleich Notwendigkeit und Bedenklichkeit gemeindlicher Vorabsprachen mit einzelnen Unternehmen und Bauträgergesellschaften deutlich werden lassen¹⁰⁸.

Für diese Praxis der Gemeinden spricht, daß die oft sehr kostenintensiven gemeindlichen Planungen auch von privater Seite "angenommen" werden müssen und daß projektbezogene Planungen viel sachgerechter möglich sind als Planungen "aufs Geratewohl"109. Andererseits drohen durch solche Vorabsprachen die spätere Öffentlichkeitsbeteiligung zur Farce und die im Augenblick des endgültigen Bebauungsplanbeschlusses gebotene umfassende Abwägung zur bloßen Ratifikation zu werden.

Aus diesen letzteren Gründen wird man jedenfalls ein Verbot entsprechender rechtlicher Selbstbindung annehmen

¹⁰⁵ Ebenso z.B. Schmidt-Aβmann (Fn 30), 261; Gelzer, BauR 1977, 1, 4f.; VG Frbg DVBl. 1975, 343. Vgl. auch abw. Meing Simon/Heuβner BVerfGE 53, 69, 92 f.

¹⁰⁶ Vgl. dazu z.B. Degenhart, AöR 103, 163, 193ff.; Pestalozza, Staat 1979, 481, 499ff.

¹⁰⁷ Zu Vorabsprachen allg. s. den Bericht von Hoffmann-Riem.

¹⁰⁸ BVerwGE 45, 309; allg. Degenhart, BayVBl. 1979, 289 ff. m. w. N.

¹⁰⁹ Ebenso Gelzer, BauR 1975, 145; Dolde, NJW 1981, 1929, 1930.

müssen; Planerlaßverpflichtungen kraft vertraglicher Absprachen kann es nicht geben¹¹⁰.

Rechtliche Selbstbindung käme allenfalls als Folge einer zusätzlich formalisierten Verfahrensstufung in Betracht. Denkbar wäre, die drei im Flachglas-Urteil aufgestellten Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Vorausbindungen (sachliche Gebotenheit der Vorausbindung, Einschaltung des Gemeinderats, Wahrung des Abwägungsgebots durch die Vorausbindung) um das unverzichtbare Erfordernis der Beteiligung der Bürger und "öffentlicher Belang-Stellen" zu ergänzen¹¹¹, um damit in der Sache eine Art vorausbindenden Grundsatzbebauungsplan einzuführen. Es kann jedoch dahinstehen, ob dies möglich und sinnvoll wäre; denn letztlich würden die Probleme auf diese Weise nur verschoben: Die Absprachen fänden dann eben vor Einleitung der Öffentlichkeitsphase für den Grundsatzbebauungsplan statt¹¹².

Die entscheidende Frage dürfte ohnehin nicht diejenige der Einklagbarkeit solcher Vorabsprachen, sondern der Gültigkeit ihrer rechtlich "freiwilligen" Erfüllung durch die Gemeinden sein. Genau besehen, enthält das Flachglas-Urteil auch nicht eigentlich Regeln für rechtlich bindende Vorabsprachen, sondern nur für die Unschädlichkeit solcher Vorabsprachen im Hinblick auf spätere absprachekonforme Bebauungspläne, wobei dann konsequenterweise keine Unterschiede mehr zwischen rechtlicher und faktischer Vorausbindung gemacht werden. Die vom Bundesverwaltungsgericht hierfür aufgestellten Regeln können aber nur gewisse Anhaltspunkte liefern¹¹³.

¹¹⁰ So mit R BVerwG NJW 1980, 2538; vgl. auch Überbl. bei *Dolde*, NJW 1979, 889, 890 f.; *Gusy*, BauR 1981, 164 ff. m.w.N.; *Papier*, JuS 1981, 498, 500 f. A. A. für indessen kaum relevante Fälle *Birk*, NJW 1977, 1797 ff.; für begrenzte Mglkt vertragl. Verpflichtg auch VGH BW ESVGH 28, 152, 156 f.

¹¹¹ Nach *Degenhart* (Fn 108), 295 f. u. *Zuck*, Das Recht des Bebauungsplans, 2. A. 1980, 73, können Vertr. vorbehaltl. der Nachholg solcher Beteiligg u. entspr. Modifikationen geschlossen werden; das läßt dann aber entw. die vertragl. Bindg od. das Beteiligungsverfahren als ineffektiv erscheinen. Vgl. auch *Gusy* (Fn 110), 167; *Krebs* (Fn 48), 59.

¹¹² Zur Entstehg neuer informaler Verhaltensweisen infolge von Formalisierungen allg. *Bohne*, Jb f. Rechtssoz. u. -theorie 7, 1980, 20, 68.

¹¹³ So fragt sich, ob eine gdl. Vorausbindg ohne Einschaltg des Rats nicht weniger "gefährlich" sein kann. Auch erscheint zweifelhaft, ob eine Vorausbindg vor Sammlg des Abwägungsmaterials überhaupt abgewogen zu sein vermag; vgl. Zuck (Fn 111), 72 f. Vor allem aber ist die vorgeschaltete Vermutg, der Rat habe sich i. d. R. nicht dch Vorausbindgen beeinflussen lassen (BVerwGE 45, 309, 320; dazu auch VGH BW BRS 32, Nr. 3), zieml. wirklichkeitsfremd, vgl. hierzu v. Heyl, DÖV 1975, 99, 100.

Tatsächlich führt das Problem an die Grenzen der Regelbarkeit. Man wird Vorabsprachen und ihre freiwillige Erfüllung weder ohne weiteres zulassen noch schlechthin verbieten können. Allgemein läßt sich im Grunde nur sagen, daß die Konformität eines Plans mit einer Vorabsprache nicht schon als solche die Rechtswidrigkeit des Plans begründen kann; sie muß allerdings für die Gerichte Anlaß sein, die Beachtung des Abwägungsgebots durch den Plan besonders sorgfältig zu prüfen¹¹⁴.

Kommt dagegen ein absprachekonformer Bebauungsplan nicht zustande, so sind Leistungen, welche das Unternehmen bereits im Vorgriff auf den erwarteten Plan an die Gemeinde erbracht hat, rückabzuwickeln¹¹⁵. Weitergehende Ausgleichsund Schadensersatzpflichten müssen grundsätzlich ausscheiden, da das Vertrauen auf das Zustandekommen des Bebauungsplans in der Regel nicht schutzwürdig ist¹¹⁶.

3. Teil: Schlußbemerkungen

Fragt man zusammenfassend nach Schlußfolgerungen aus all diesen Überlegungen zur "Selbstbindung als Programmierungsmodus", zur "Selbstbindung als Kooperationsmechanismus" und zur "Selbstbindung als Instrument zur Problemabschichtung", so bieten sich drei Feststellungen allgemeiner Art an.

Zunächst ist hervorzuheben, daß mit diesen Überlegungen jeweils neuartige Bindungsbedürfnisse und -probleme im Verwaltung-Bürger-Verhältnis zutage getreten sind. Die Skala reicht von Bindungsformen, die das helle Licht des Rechtsstaats nicht mehr zu scheuen brauchen, bis hin zu Grauzonen unklarer Verhältnisse zwischen administrativen Selbstbindungen und privater Beteiligung hieran, die erst noch genauerer Ausleuchtung bedürften. Es steht zu vermuten — und das mag schon zum Bericht von Herrn Hoffmann-Riem überleiten —, daß insgesamt wesentlich umfassendere Bindungs- und

¹¹⁴ Ebenso insb. Sendler, WiR 1972, 453, 461. Zur Rspr vgl. u.a. BayVGH BayVBl. 1974, 530; OVG Mstr BRS 28, Nr. 5; BGHZ 66, 322 (dazu ergänz. Zuck Fn 111, 71 Fn 9); BayVGH BayVBl. 1977, 303; VGH BW NJW 1977, 1465; OVG Mstr BauR 1977, 100; BayVGH BayVBl. 1980, 292.

¹¹⁵ Vgl. z. B. BVerwG NJW 1980, 2538, u. Papier (Fn 110), 502 f.

¹¹⁶ Z.T. ähnl. *Degenhart* (Fn 108), 297. Vgl. z.B. auch BayObLG BayVBl. 1976, 378. Für stärkere Sicherg des Investors *Dolde* (Fn 110), 891; ansatzweise ebenso BGHZ 71, 386; BGHZ 76, 16; BGH ZfBR 1980, 209.

Abhängigkeitsphänomene zugrunde liegen, die zu den Grenzen des Rechts oder zu weitergreifenden Reformerwägungen führen dürften. Soweit sie aber nach derzeitigem Stand rechtlich regelbar sind, ist dies ungeachtet der Redeweise von den "Selbst"-bindungen der Verwaltung jedenfalls nicht allein und in erster Linie Sache der Verwaltung selbst. Vielmehr obliegt es der Rechtsordnung insgesamt, diese Bindungen als legitim oder illegitim zu kennzeichnen und gegebenenfalls angemessen auszugestalten. Die Vorstellung von den "Selbst"-bindungen der Verwaltung hat insofern weithin Vehikelfunktion, die sich erübrigt, sobald die neuen Bindungen sich durchgesetzt haben und dann statt von der "Selbst"-bindung schlicht von der "Bindung" der Verwaltung an Verwaltungsvorschriften, Zusicherungen und vorläufige Gesamturteile die Rede ist.

Die allmähliche Durchsetzung dieser neuen Bindungsformen folgt — das ist die zweite Feststellung — häufig einem bestimmten Entwicklungsgang¹¹⁷. Am Anfang stehen Elementarforderungen wie Willkürverbot oder Vertrauensschutz; ich habe die Pflichten der Verwaltung zu programmgeleitetem Handeln, zu konsequentem Handeln beim Einzelvollzug und das Abwägungsgebot als solche Ausgangspunkte anzudeuten versucht. Bisweilen folgt eine zweite Stufe, auf der es dann hauptsächlich um die Möglichkeiten begrifflicher Zuordnung zu bekannten Bindungsformen geht durch Fragestellungen wie "Ist die Zusage ein Verwaltungsakt?" oder "Sind die Verwaltungsvorschriften Rechtsnormen?". Schließlich erscheinen die zunächst als neuartig empfundenen Bindungen als solche akzeptiert, und in Frage stehen nur noch Einzelheiten ihrer sachgerechten Ausgestaltung.

Bei dieser Ausgestaltung geht es — drittens — nicht einfach um einen Gegensatz, sondern um ein jeweils ausgewogenes Ergänzungsverhältnis zwischen Selbstbindung und Flexibilität. Aufgabe ist hier also, wie im Verwaltungsrecht ganz allgemein, eine differenzierte relative Stabilisierung durch Freiheit in der Bindung und Bindung in der Freiheit. Solchermaßen konzipiert, erfüllen dann auch die hier untersuchten Formen präjudizierender Selbstbindung jeweils auf ihre Art jene Funktion, die — wenn ich zuletzt auf ihn zurückkommen darf — Otto Mayer einst in spezifischer Weise dem Verwaltungsakt zugedacht hatte, nämlich mitten in der flutenden Masse der Verwaltungstätigkeit fort und fort feste Punkte auftauchen zu lassen, "welche dem Einzelnen Halt gewähren und ihn darüber sicherstellen, wohin es geht"¹¹⁸.

¹¹⁷ S., für Zusagen, Kellner, Vhdlg. 44. DJT 1962, Bd. II, D 47, 54.

¹¹⁸ O. Mayer (Fn 2), 92 f.

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

Selbstbindungen der Verwaltung

\boldsymbol{A} .

1. Versteht man unter Selbstbindungen der Verwaltung Vorausbindungen, die in formalisierter Weise weitere Verwaltungsentscheidungen rechtlich präjudizieren, so lassen sich drei große Funktionen solcher Selbstbindungen unterscheiden, nämlich Selbstbindung als Programmierungsmodus auf der Ebene abstrakt-genereller Regelbildung, Selbstbindung als Kooperationsmechanismus in zweipoligen Verwaltungsverhältnissen und Selbstbindung als Instrument zur Problemabschichtung bei komplexen Verwaltungsentscheidungen.

B.

I. Selbstbindung als Programmierungsmodus

- 2. Selbstprogrammierung der Verwaltung durch Eigenregelungen mit Außenwirkung ist außerhalb des Gesetzesvorbehalts und des Gesetzesvorrangs als Gesetzesergänzung verfasungsrechtlich möglich und geboten; als Gesetzesersatz (z.B. im Subventionsbereich) sind solche Regelungen nur noch übergangsweise bis zur vollständigen Durchsetzung des Gesetzesvorbehalts zulässig.
- 3. Ist ein Gesetz in Einzelpunkten (namentlich in Zuständigkeits- oder Verfahrensfragen) auf Vervollständigung oder Modifikation durch Verwaltungsvorschriften angelegt, so bilden diese Verwaltungsvorschriften administratives Ergänzungsrecht mit normalem Außenrechtssatzcharakter.
- 4. Verwaltungsvorschriften zur generalisierenden Ausfüllung gesetzlicher Spielräume für individuell-konkretes Verwaltungshandeln sind administrative Ergänzungsgrundsätze mit Außenwirkung, die gegenüber dem administrativen Ergänzungsrecht gewisse Besonderheiten aufweisen. Ihre Gültigkeit hängt nicht von ihrer Veröffentlichung ab. Sind sie nicht veröffentlicht, so besteht allerdings ein Anspruch auf Mitteilung auch außerhalb anhängiger Verfahren. Sind sie veröffentlicht, so muß diese Form auch bei einem grundsätzlich jederzeit

möglichen Kurswechsel beachtet werden. Allgemein stehen administrative Ergänzungsgrundsätze unter Sonderfallvorbehalt und haben nur den Geltungsanspruch von Sollvorschriften.

5. Selbstbindung der Verwaltung an Fremdprogramme (DIN-Normen, VDI-Richtlinien u.ä.) ist, auch soweit sie über punktuelle statische Rezeptionen hinausgeht, nicht schlechterdings unzulässig, setzt dann aber besondere Richtigkeitsgarantien bereits im Entstehungsstadium der Fremdprogramme voraus.

II. Selbstbindung als Kooperationsmechanismus

- 6. Die Regelung der Bindungsintensität von Zusicherungen durch die Verwaltungsverfahrensgesetze abgestufte Bindung hinsichtlich Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit bei unveränderter Lage und grundsätzlicher Bindungswegfall bei wesentlichen Lageveränderungen stellt eine sachgerechte Risikoverteilung zwischen Verwaltung und Bürger bei administrativen Vorausentscheidungen dar; ihr sollten auch die Regeln für öffentlich-rechtliche Zusageverträge nachgebildet werden.
- 7. Sobald administrative Vorausentscheidungen drittbelastendes Handeln miterfassen, läßt sich gesicherte Vorausbindung nur noch durch frühzeitige Einbeziehung des Dritten in den Gesamtvorgang erreichen. Bei Drittbezug stößt vor allem Kooperation durch öffentlich-rechtliche Zusageverträge alsbald an ihre Grenzen.
- 8. Administrative Vorausentscheidungen sind bloße Verpflichtungsgeschäfte, die sich aber mit dem Erlaß der zugesagten Verwaltungsakte nicht erledigen; sie bleiben dann vielmehr als deren Rechtsgrund bestehen und schirmen, solange und soweit sie wirksam sind, diese Verwaltungsakte hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit ab.
- 9. Der Schutzzweck von Gesetzen kann auch (etwa bei baurechtlichen Teilgenehmigungen) die Annahme impliziter Vorausentscheidungen in Verbindung mit unmittelbar verfügenden Entscheidungen gebieten, wobei dann jeweils der sachliche Zusammenhang eine einheitliche rechtliche Behandlung beider Aspekte erfordert.
- 10. Bei einem gebundenen Verwaltungsakt (wie der Untersagung einer wettbewerbsschädlichen Fusion) ist präjudizierender Verzicht auf befristete Hoheitsrechte durch deren ver-

traglich zugesagte oder auch nur in Aussicht gestellte — Nichtausübung nur zulässig, wenn durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag der gebotene Erfolg auf wirkungsgleiche Weise sichergestellt wird.

III. Selbstbindung als Instrument zur Problemabschichtung

- 11. Die Verfahrensstufungen im Recht der Bauleitplanung führen schon wegen des Rechtsnormcharakters der Bebauungspläne nicht zu schrittweiser Problemabschichtung im Staat-Bürger-Verhältnis.
- 12. Im Fachplanungsrecht für Bundesfernstraßen und Flughäfen sollten im Interesse effektiven Rechtsschutzes und geordneter Problemabschichtung bereits die erststufigen Verwaltungsentscheidungen (ministerielle Trassenentscheidung, luftrechtliche Genehmigung) als drittbelastend anerkannt und ausgestaltet werden. Die vom Bundesverwaltungsgericht bei der Kontrolle der nachfolgenden Planfeststellungen vorgenommene Beschränkung des einzelnen auf die Verteidigung seiner engverstandenen Individualbelange bedeutet eine unangemessene Rechtsschutzverkürzung.
- 13. Im Atomrecht ist davon auszugehen, daß die erste Teilerrichtungsgenehmigung notwendig ein vorläufiges positives Gesamturteil mit Zusicherungscharakter einschließt; jede weitere Teilgenehmigung setzt die fortbestehende Wirksamkeit dieses Gesamturteils voraus.
- 14. Insgesamt sind die Chancen für eine sukzessive Problemabschichtung im Staat-Bürger-Verhältnis durch Verfahrensstufung verhältnismäßig begrenzt. Von der Sache her ist in der Regel eine Konzentration der Hauptproblematik auf der ersten Stufe geboten.
- 15. Bauleitplanerische Vorabsprachen von Gemeinden mit einzelnen Unternehmen können keine rechtsverbindlichen Planerlaßverpflichtungen begründen. Sie machen andererseits absprachekonforme Bebauungspläne nicht ohne weiteres nichtig, geben aber Anlaß zu besonders sorgfältiger gerichtlicher Abwägungskontrolle.

C.

16. Die Frage nach formalisierten "Selbst-"bindungen der Verwaltung charakterisiert meist Übergangsstadien, in denen neuartige Bindungsbedürfnisse und -probleme im Staat-Bürger-Verhältnis thematisiert werden; sobald insoweit nur noch

von "Bindungen" der Verwaltung die Rede ist, zeigt sich, daß sich neue Bindungsformen durchgesetzt haben und es nur noch um Einzelheiten ihrer rechtlichen Ausgestaltung geht.

2. Bericht von Professor Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem, Hamburg

Selbstbindungen der Verwaltung

Inhalt

		Seite
A.	Eingrenzung des Themas	190
В.	$Erscheinungsformen \ von \ Selbstbindungen \ (Beispiele) \ \ . \ \ .$	191
I.	Formelle Zergliederung der Problemlösung $\ldots \ldots$	191
II.	Informelle Zergliederung der Problemlösung	191
	 Informelle Vorverhandlungen mit Betroffenen Wechselseitige Abstimmungen im Entscheidungs- 	191
	verfahren	193
III.	Sonstige Ansätze zur Schaffung von Vorausbindungen	194
	1. Einsatz von Regelungssurrogaten	194
	2. Ersetzung mißbilligter Rechtsbindungen	195
	3. Anerkennung geschaffener faktischer Lagen	196
	4. Planungsverbund mit Privaten5. Übernahme von Verantwortung für privat-	196
	wirtschaftliches Handeln	197
IV.	$Verkn \ddot{u}pfung\ verschiedener\ Problemlösungen.\ .\ .\ .\ .\ .$	197
C.	Rechtliche Typologie von Selbstbindungen	198
I.	Inhalt der Entscheidung	198
	1. Primärer Regelungsgehalt	198
	2. Programmierungsgehalt	199
II.	Bindungswirkungen und -intensität	199
	1. Rechtliche Bindungen	199
	2. Bindungsobliegenheiten	200
	3. Faktische Bindungen	200
D.	$Bestimmungsfaktoren \ von \ Selbstbindungen \ . \ . \ . \ . \ .$	201
I.	Kooperationsbedarf	201
II.	Entlastungsbedarf	202

111.	Bindungsbedari
E.	Bedenken gegen die gegenwärtige Praxis kooperativer Selbstbindungen
I.	Unterlaufen normativer Vorgaben
II.	Selektivität der Interessenberücksichtigung
III.	Asymmetrischer Abbau von Distanz
IV.	Ausnutzung eines Machtgefälles
V.	Gefährdung der Verfahrenschancengleichheit und der Verfahrensteilhabe Dritter
VI.	Vereitelung von Kontrolle
VII.	Verfehlen von Befriedungseffekten
VIII.	Vereitelung der zügigen Verfahrensdurchführung
F.	Orientierungspunkte des rechtlichen Umgangs mit Selbstbindungen
I.	Zur relativen Wirkungskraft von Recht
II.	Anforderungen an die Rechtsdogmatik kooperativen Verwaltungshandelns in mehrpoligen Interessen- beziehungen
III.	Sachgerechtigkeit der Segmentierung
IV.	Sicherungen auf der Ebene der (Vorab-)Entscheidungen . 1. Rechtlich abgesicherte (Voraus-)Selbstbindungen
	Anforderungen
	nni verningerijng van Kenleniwicklijngen

	Selbstbindungen der Verwaltung	189
	cc) Konkordanz mit der Verfahrenseffizienz	225
	c) De lege ferenda: Formelle Verfestigung?	226
	3. Ermöglichung wechselseitiger Flexibilität auch bei rechtlichen Bindungen	227
v.	Flankierende Sicherungen auf der Ebene der Folge-	
	entscheidungen	229
	1. Transparenz	229
	2. Rechts- und Interessengehör	230
	3. Verfahrenschancengleichheit	230
	4. Gegensteuerungselemente in der Entscheidungs-	
	organisation	231
	5. Erweiterung des Begründungsinhalts	232
	6. Restriktive Anforderungen an die Anerkennung	
	rechtswidriger Lagen	232
	7. Folgen rechtlich mißbilligter Vorausbindungen	233
	8. Gerichtsschutz	233
	o. Generalization of the control of	400
G.	Schlußbemerkung	234

A. Eingrenzung des Themas¹

In den wissenschaftlichen Ouvertüren zu dieser Tagung ist in den juristischen Fachzeitschriften viel über den Plural im Tagungsthema gerätselt worden². Der Plural soll nach der vom Vorstand an die Referenten ausgegebenen Marschorder eine bisher nicht übliche Breite und Vielfalt des Themas sichern. Ich bitte um Ihre freundliche Einwilligung, wenn ich diese Ermächtigung zu nutzen versuche. Der Begriff "Selbstbindungen der Verwaltung" kennzeichnet in meinem Verständnis Selbstprogrammierungen des Verwaltungshandelns, kombiniert mit selbstgewählten oder oktrovierten Bindungswirkungen. Bindende Selbstprogrammierungen sind nicht auf generelle Akte — wie Verwaltungsvorschriften — oder generalisierbare Einzelentscheidungen — wie die Verwaltungsübung begrenzt. Selbstprogrammierungen mit Bindungseffekten können auch im Ablauf eines konkreten Problemlösungsprozesses mit zergliedertem Problemlösungsverhalten entstehen und darauf begrenzt bleiben.

Nach den weitreichenden Darlegungen im Erstreferat von Herrn Scheuing habe ich mir eine kleine Nische im Labyrinth der verschiedenen möglichen Selbstbindungen gesucht. Ich habe sie darin gefunden, daß ich mich ausschließlich den konkreten (Voraus-)Selbstbindungen in zergliederten Entscheidungsverfahren zuwende, dabei ein Hauptaugenmerk auf mehrpolige Interessenbeziehungen lege und nicht nur die rechtlichen, sondern auch faktische Selbstbindungen einbeziehe. Meine Fragen zielen vor allem auf Gefahren, aber auch Indizien der Unbedenklichkeit solcher konkreten Selbstbindungen der Verwaltung.

¹ Der Vorstand hat den Referenten eine strikte Begrenzung des Umfangs der Fußnoten auferlegt. Abstrakte Regeln wirken bekanntlich häufig nicht inhaltsneutral. Angewendet auf mein Referat führt die Regelung zum Verzicht auf eingehende Belege, insbesondere Beispiele, für meine empirische Realanalyse. Sie wären in einer wissenschaftlichen Veröffentlichung besonders wichtig, da das verwendete Material zum Teil noch nicht publizistisch aufgearbeitet worden ist. Die Regelung beeinträchtigt im übrigen unverhältnismäßig stark Referate, die sich nur begrenzt auf herrschende Meinungen stützen und deshalb einer gesteigerten Argumentationserwartung ausgesetzt sind. Ich muß demzufolge um Nachsicht bitten, insbesondere alle Autoren, deren wissenschaftliche Arbeiten eine ausdrückliche Auseinandersetzung gefordert hätten. Ich beschränke mich durchgehend auf Hinweise auf jüngst erschienene Literatur und begnüge mich im übrigen generell mit einem Verweis auf die dort enthaltenen Fundstellen.

² Burmeister, DÖV 1981, 506; Ossenbühl, DVBl 1981, 857; Pietzker, NJW 1981, 2087.

B. Erscheinungsformen von Selbstbindungen (Beispiele)

Eine verläßliche Empirie ist unabdingbar für eine angemessene Rechtsdogmatik. Zunächst soll daher eine Realanalyse verschiedene Typen solcher (Voraus-)Selbstbindungen in einem zunächst sehr weiten Sinne erkennen helfen.

I. Formelle Zergliederung der Problemlösung

Faktische und rechtliche Einengungen des Entscheidungsspielraums kommen in horizontal nebeneinander geschalteten Abschnittsentscheidungen vor, so z.B. bei der Schaffung von Zwangspunkten im Zuge der Planung oder des Baus öffentlicher Verkehrswege³ oder bei einer zeitlichen Aufteilung der Problemlösung in Kettenverwaltungsakte⁴. Vertikale Aufteilungen mit Bindungseffekten³ gibt es bei kaskadenartigen Abfolgen von selbständigen, aber aufeinander abgestimmten Verwaltungsverfahren, wie etwa im Luftverkehrsrecht (§§ 6, 8ff. LuftVG). Weithin bekannt sind Vorausakte wie Zusage oder Zusicherung (§ 38 VwVfG) sowie formelle Stufungen des Entscheidungsverfahrens in Vorbescheid, Teilgenehmigung und spätere Gesamt- oder Endentscheidung⁶. Das Erstreferat entlastet mich davon, diese Akte näher vorzustellen und ermöglicht es, andere Vorausbindungen eingehender zu beschreiben.

II. Informelle Zergliederung der Problemlösung

1. Informelle Vorverhandlungen mit Betroffenen

Durch ausgiebige empirische Untersuchungen sind weitere, in der geschriebenen Rechtsordnung nicht vorgesehene Erscheinungen von Entscheidungszergliederungen ins Rampen-

³ Blümel, Festschrift für Forsthoff, 1967, 148; Fickert, Planfeststellung für den Straßenbau 1978, 148; OVG Berlin, NJW 1980, 1121, 1123.

⁴ Vgl. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 1980, Rn. 15 zu § 48. Zur Ermessensbindung bei Folgeentscheidungen vgl. BVerfGE 49, 168, 185 f.

⁵ Ausgeklammert bleibt im folgenden die Problematik des Zusammenwirkens mehrerer Behörden (auch sie wird gelegentlich als "Stufung" gekennzeichnet, dazu s. z. B. Kopp, DÖV 1980, 504), wie auch das Handeln in dem Verhältnis der verschiedenen staatlichen und gemeindlichen Handlungsebenen zueinander unerörtert bleibt.

⁶ Stufungen sollen nach h.M. auch in gesetzlich nicht geregelten Fällen zulässig sein, s. z.B. Kopp (Fn. 4), Rn. 37 ff. zu § 9; Wernicke, DVBl 1977, 914 ff.; BSG, NJW 1977, 77.

licht gerückt, von denen zwar jeder Eingeweihte weiß, aber möglichst wenig spricht. Gemeint sind informelle Vorabklärungen, insbesondere regelungsähnliche Vorverhandlungen. Bei wichtigen Vorhaben werden häufig vor das eigentliche Verwaltungsverfahren Kontaktaufnahmen, Informationsaustausche und Vorabklärungen zwischen der Behörde und dem Antragsteller vorgeschaltet. Sie gelten in vielen Rechtsgebieten als unverzichtbar, so im Immissionsschutz-, Wasser-, Energiewirtschafts-, Bau-, Gewerbe-, Wirtschaftsförderungs- und Kartellrecht⁷. In den regelmäßig geheimen Vorverhandlungen werden entweder Regelungsnotwendigkeiten ausgeräumt oder die Weichen für den späteren "offiziellen" Entscheidungsprozeß und dessen "Ergebnis" gestellt. Die grundlegenden Tatsachen- und Rechtsfragen werden erörtert, die Voraussetzungen einer positiven Entscheidung abgeklärt, Anregungen über die Formulierung eines genehmigungsfähigen Antrags ausgetauscht, und möglicherweise wird das Ergebnis in einer Aktennotiz oder durch ein Bestätigungsschreiben festgehalten. Rechtliche Bindungen werden nicht eingegangen, wohl aber werden die Ergebnisse als faktisch bindend behandelt

⁷ Diese Einschätzung beruht einerseits auf persönlichen Nachforschungen in den entsprechenden Verwaltungsbereichen, über die hier - aufgrund der in Fn. 1 genannten Restriktionen, zum Teil auch aus Gründen auferlegter Vertraulichkeit - nicht eingehender berichtet werden kann. Im übrigen stütze ich mich auf Ausarbeitungen in der Literatur, Vgl. etwa zum Immissionsschutz- und Wasserrecht: Mauntz u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978; Umweltgutachten 1978, BT-Drucks. 8/1938 v. 19. 9. 1978; Bohne, Der informale Rechtsstaat, Diss. iur. Bonn, 1981 (im folgenden zitiert nach der Manuskriptfassung); ders., Informales Gesetzeshandeln im Gesetzesvollzug, in: Organisation und Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 7, 1980, 20ff. (später als "Jahrbuch" zitiert); Hucke/Ullmann, in: Mayntz (Hrsg.), Implementation politischer Programme, 1980, 105ff.; Winter, Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht, 1975. Zum Kartellrecht vgl. Gotthold/Vieth, demnächst in: Rechtsformen der Kooperation und Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 8, 1982, hier nach dem Manuskript zitiert; Rauschenbach, NJW 1975, 1997; s. ferner die Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamts, die Gutachten der Monopol-Kommission sowie BT-Drucks. VI/2520. Zum Energiewirtschafts-, insbes. Atomrecht s. Winter, NJW 1979, 399; de Witt, DVBl 1981, 1008; Ronellenfitsch, Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren, 1981, § 7 IV 1. Zur Verallgemeinerungsfähigkeit solcher informellen Verfahren s. Bohne, a.a.O. (Rechtsstaat), 84ff. und Winter, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 8, 1982 (einleitender Literaturbericht, hier nach dem Manuskript zitiert). Verdienstvoll auch die Analyse von Quaritsch, in: Festschrift für Ule, 1977, 135ff.

(s.u. C II3). Soweit noch eine formelle Entscheidung anschließend nötig ist, stimmt sie regelmäßig weitgehend mit dem Inhalt der Vorklärungen überein⁸. Auch ist die Zahl formeller negativer Entscheidungen drastisch reduziert worden: häufig werden Anträge gar nicht erst gestellt, wenn die informelle Vorprüfung ein negatives Ergebnis erwarten läßt⁸. Gerichtlich ausgestritten werden zwischen den Kooperationspartnern allenfalls unversöhnlich gegensätzliche Grundsatzpositionen.

2. Wechselseitige Abstimmungen im Entscheidungsverfahren

Auch in dem eigentlichen Verwaltungsverfahren gibt es Abstimmungsprozesse, die zu einer Quasi-Zergliederung führen. So kann das Ergebnis einer extensiv verstandenen Beratung oder Auskunft — z.B. über die rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts — eine Äußerung sein, die zwar nicht rechtlich bindet, aber die Behörde bei zukünftigem Verhalten praktisch präjudiziert, und die u. U. - so im Rahmen von Ermessensentscheidungen oder aufgrund Vertrauensschutzes — folgenreich werden kann¹⁰. Eindeutig außerhalb von Beratung und Anhörung (§§ 25, 28 VwVfG) liegt die - jedenfalls bei Großprojekten keineswegs unübliche — Praxis, vor der endgültigen Abfassung eines Genehmigungsbescheids dem Betreiber einen Entwurf zuzusenden, damit er den vorgesehenen Inhalt, insbesondere die Auflagen und Bedingungen, überprüfen, Gegenvorschläge machen und im Falle des Einverständnisses ausdrücklich oder implizit auf Rechtsmittel verzichten kann¹¹. Die Behörde kann die Befriedigung des Änderungswunsches gegen Befreiung von Rechtsmittelrisiken eintauschen. Bei Einverständnis des Betreibers mit dem Entwurf ist es der Behörde kaum möglich, später wesentliche Änderungen vorzunehmen. Wird Drittprotest geäußert, so pflegt die Behörde sich allenfalls auf marginale, eher kosmetische Verschönerungsarbeiten zu begrenzen. Verzögert sich der endgültige Bescheid, und nimmt

⁸ Bohne, Rechtsstaat (Fn. 7), 41 f.; Umweltgutachten 1978 (Fn. 7), Tz 1538 ff.

⁹ Siehe etwa zum Kartellrecht *Rauschenbach*, NJW 1975, 1997; ders., NJW 1976, 2187.

¹⁰ Kopp (Fn. 4), Rn. 7 zu § 38; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 45 II a (3).

¹¹ Siehe *Bohne*, Rechtsstaat (Fn. 7), 48 ff., ders., Jahrbuch (Fn. 7), 35 f.; *Hucke/Ullmann* (Fn. 7), 121. Nach *Kopp* (Fn. 4), Rn. 16 zu § 29 soll es rechtlich unproblematisch sein, Beteiligten Entscheidungsentwürfe zur Stellungnahme zuzusenden. Dazu s.u. F IV, 2 b, bb.

der Adressat im Vertrauen auf den zu erwartenden Inhalt Dispositionen vor, so hofft er auf Dispositionsschutz¹².

III. Sonstige Ansätze zur Schaffung von Vorausbindungen

Hinzu kommen sonstige Formen einer zwischen Verwaltung und einzelnen Privaten abgestimmten (konsentierten) Programmierung des konkreten Verwaltungshandelns mit einseitigen oder wechselseitigen Bindungseffekten.

1. Einsatz von Regelungssurrogaten

Bindungseffekte unterhalb der Schwelle voller rechtlicher Bindungen können erzielt werden, wenn Behörde und Privater sich so arrangieren, daß aus der Sicht der Behörde (jedenfalls zunächst) der Bedarf für eine formelle Verwaltungsentscheidung entfällt. Zu erwähnen sind die sogenannten Selbstbeschränkungsabkommen der Wirtschaft¹³. Im Zusammenhang mit ihnen bindet sich der Staat zur Unterlassung der anderenfalls bevorstehenden hoheitlichen Regelung zwar nicht rechtlich, wohl aber politisch. Prototyp solcher Regelungssurrogate sind ferner die im Immissionsschutz- oder Baurecht üblichen Sanierungsabsprachen, durch die nachträgliche Anordnungen oder gar Untersagungsverfügungen entbehrlich werden sollen¹⁴. Die Behörde will allerdings berechtigt bleiben, gegebenenfalls — insbesondere bei Änderungen der Sach- oder

¹² Insofern gibt es in der Praxis ebenfalls informelle Formen der Dispositionsschutzgewährung. So kann die Verwaltung gelegentlich informell in Aussicht stellen, dem im Vertrauen Enttäuschten bei dem nächstmöglichen Fall entgegenzukommen: Im Interesse guter Zusammenarbeit in der Zukunft wird informell Kompensation geleistet und damit auch ein Gerichtsverfahren vermieden.

¹³ Siehe v. Zezschwitz, JA 1978, 498ff.; Oldiges, Wirtschaftsrecht 1973, 1ff., 12; Winter, Literaturbericht in Jahrbuch, Band 8 (Fn. 7), Manuskript S. 8: dort — in Fn. 5 — befinden sich auch Beispiele für "freiwillige Absprachen" im Umweltschutz.

¹⁴ Vgl. Umweltgutachten (Fn. 7), Tz 1546; *Hucke/Ullmann* (Fn. 7), 170f.; *Bohne*, Jahrbuch (Fn. 7), 41ff.; *v. Lersner*, Staatliche Instrumente zur Gefahrenabwehr — vergleichende Darstellung am Beispiel des Umweltschutzes (Vortrag), auf der Tagung "Staatliche Gefahrenabwehr in der Industriegesellschaft", Wiesbaden, vom 23.–25. 9. 1981, veranstaltet von der Deutschen Sektion des internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften. Zum Baurecht s. *Finkelnburg/Ortloff*, Öffentliches Baurecht, 1981, 298.

Rechtslage — weitergehende Anordnungen zu erlassen; der Betreiber will die Möglichkeit behalten, sich notfalls — etwa bei unvorhergesehenen wirtschaftlichen Schwierigkeiten — der Absprache zu entziehen. Dennoch zielt das informelle Verfahren darauf, das Problem prinzipiell — von solchen impliziten Vorbehalten abgesehen — zu lösen, und zwar durch Nutzung größtmöglicher Flexibilität und ohne Risiko nachfolgenden Rechtsstreits. Solche Absprachen sind im Immissionsschutzrecht z.B. häufiger als formelle Verfügungen (insbesondere nachträgliche Anordnungen).

In der Funktion und teilweise auch der Struktur ähnlich — wenn auch von der h.M. in der rechtlichen Konstruktion anders bewertet — ist der von dem Kartellamt mit einem fusionswilligen Unternehmen abgestimmte Verzicht auf ein Fusionsverbot, das mit Rücksicht auf eine — zuvor meist abgesprochene — Zusage unterbleibt¹⁵. In die Rubrik begrenzt formalisierter Regelungssurrogate fällt auch die Praxis der Europäischen Kommission, statt des formal aufwendigen, mit Anhörungsund Veröffentlichungspflichten "belasteten" Negativattests ein "bloßes Verwaltungsschreiben" mit dem Inhalt einer wettbewerbsrechtlichen Unbedenklichkeitserklärung abzugeben¹⁶.

2. Ersetzung mißbilligter Rechtsbindungen

Die Verwaltung wirkt gelegentlich auch daran mit, ihr zukünftiges Verhalten ungeachtet entgegenstehender rechtlicher Verbote durch Ersatzformen vorzuprogrammieren. Ein Beispiel ist die ungeachtet des Verbots von Normsetzungsverträgen¹⁷ zugelassene Praxis, daß die Gemeinde — eventuell zivilrechtlich — das Risiko der Aufstellung eines Bebauungsplans für Privatunternehmen durch eventuell entstehende Kompensationsansprüche absichert¹⁸. Die Aussicht auf eine

¹⁵ Dazu s. Gotthold/Vieth (Fn. 7), Manuskript, S. 15ff.; s. ferner zu Rechtsfragen Scholz, Festschrift für E. Günther, 1978, 223ff.; Riesenkamff, WuW 1977, 291ff.; BGH NJW 1979, 2563.

¹⁶ Dazu vgl. EuGH NJW 1980, 2632 f.; AWD 1980, 867; Pernice, EuR 1981, 167 ff. Nach Meinung des EuGH soll eine faktische, wenn auch abgeschwächte Wirkung im Verhältnis zu den nationalen Gerichten bestehen. Zu vergleichbaren Maβnahmen vgl. den bei Stewart, Harvard Law Review 88 (1975), 1753, erwähnten "no action letter".

¹⁷ BVerwG NJW 1980, 2539; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1980, 270.

¹⁸ Vgl. BGHZ 76, 16ff.; *Dolde*, NJW 1981, 1930; *Krebs*, VerwArch 72 (1981), 59f.; *Papier*, JuS 1981, 502. Siehe aber auch OLG München, BayVBl 1980, 504.

finanzielle Einstandspflicht dürfte faktisch sichern, daß der Plan — soweit es in der Macht der Gemeinde steht — auch wirklich erlassen wird.

3. Anerkennung geschaffener faktischer Lagen

Programmierend können auch Handlungszwänge wirken, die durch den vom Verwaltungshandeln Betroffenen oder gar die Behörde selbst ausgelöst werden. Ein Beispiel sind geschaffene faktische Lagen, die bei der Folgeentscheidung beachtet zu werden pflegen, etwa weil sie nur durch hohe finanzielle, soziale oder politische Kosten wieder beseitigt werden können. Diese Situation kann beim Vorausvollzug einer noch nicht endgültigen Entscheidung — etwa eines Entwurfs — oder einer noch nicht bestandskräftigen, später als rechtswidrig erkannten Entscheidung entstehen¹⁹.

4. Planungsverbund mit Privaten

Zumindest eine faktische Einengung des Handlungsspielraums kann die Folge sein, wenn Entscheidungsteile auf Externe ausgelagert werden. Prototyp ist die Einschaltung eines Sanierungsträgers für die Planaufstellung und -durchführung bei der städtebaulichen Sanierung (§§ 33ff. StBauFG)²⁰. Der faktische Vorsprung des die Planung ausarbeitenden Trägers ermöglicht es der Verwaltung kaum, dessen Problemwahrnehmung und Zieldefinition später zu ändern.

¹⁹ Dazu s. m. w. Hinw. Degenhart, AöR 103 (1978), 163 ff., insbes. 167, 169, 190, 202. Vgl. auch Schmidt-Aβmann, VVDStRL 34 (1976), 263 ff. Die in Gesetzgebung und Rechtsprechung zugelassene nachträgliche Legalisierung (s. nur § 155a V BBauG) verstärkt die Bedeutung faktischer Lagen ebenso wie ihre Berücksichtigung im Rahmen von Abwägungsentscheidungen (vgl. BVerwGE 45, 321; DVBl 1975, 494). Problematisch ist es auch, wenn ganz von einer vorausgehenden Entscheidung abgesehen wird, z.B. von der Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens, und unmittelbar mit faktischen Maßnahmen, etwa dem Straßenbau, begonnen wird. Vgl. den Fall BverwG NJW 1981, 239 ff.; vgl. auch BVerwGE 44, 235, 239 f. Besonders problematisch ist die häufig anerkannte Rücksichtnahme auf das "Eigengewicht getätigter Investitionen" (dazu vgl. Blümel, DVBl 1977, 701; Bäumler, DÖV 1981, 45 f., 49; Langeder, in: Fröhler/Pindur [Hrsg.], 1980, 43 ff.).

²⁰ Vgl. *Pietzker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, 343ff.; *Ernst/Hoppe*, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 1978, Rn. 848f. Siehe auch *Finkelnburg/Ortloff* (Fn. 14), 36. Siehe ferner den Beitrag von *Stuth* in Bd. 8 des Jahrbuchs für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (1982).

5. Übernahme von Verantwortung für privatwirtschaftliches Handeln

Bindungen für Folgeentscheidungen gibt es auch im Rahmen der vielfältigen politischen und ökonomischen Handlungszwänge, denen sich die Verwaltung ausgesetzt sehen kann, so etwa beim Bemühen um eine Industrieansiedlung oder die Abwendung eines Konkurses. Stichworte wie IBM-Hannover²¹, REYNOLDS-Hamburg²², GARSKI-Berlin²³ deuten auf das Problem. Die Verwaltung kann sich bei der Zielerreichung in Handlungen verstricken lassen, die zumindest faktische Bindungen auslösen. Sie ist zwar nicht rechtlich verpflichtet, die Industrieansiedlung oder die Vermeidung des Konkurses weiter zu betreiben, ist aber häufig faktisch Gefangener von Vorentscheidungen, so daß auf weiteres Entgegenkommen — etwa weitere Vorleistungen oder Subventionen — fast naturgesetzlich kalkuliert werden kann²⁴.

IV. Verknüpfung verschiedener Problemlösungen

Horizontale Programmierungseffekte treten ein, wenn verschiedene lösungsbedürftige Probleme miteinander verknüpft werden. Beispielsweise werden die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für eine Neuanlage oder die atomrechtliche Genehmigung für einen weiteren Bauabschnitt verzögert oder gar verweigert, bis eine Selbstverpflichtung über die Sanierung einer Altanlage eingegangen oder Einverständnis über die Anpassung einer früheren Teilgenehmigung an eine geänderte Sach- oder Rechtslage erzielt wird²⁵. Die horizontale Verkoppelung selbst wird nicht rechtlich formalisiert. Die Behörde ist aber als Folge des Entgegenkommens des Betreibers zumindest faktisch gebunden, den zweiten Akt gemäß der informellen Absprache zu erfüllen, soweit der Betreiber sein Versprechen einhält.

²¹ Dazu s. Der Spiegel vom 8. 11. 1971, Heft 46, 29ff. sowie Der Spiegel v. 28. 2. 1972, Heft 10, 44ff. Siehe auch u. F IV. 3.

²² Dazu s. Drucks. 8/3588 der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg v. 12. 4. 1978, insbes. die Anlagen 2–4.

 $^{^{23}}$ Dazu s. Drucks. 8/781 v. 3. 4. 1981 des Abgeordnetenhauses von Berlin.

²⁴ Vgl. Zacher, VVDStRL 25 (1967), 396.

²⁵ Dazu — sowie zu anderen Verknüpfungsformen — s. Umweltgutachten 1978 (Fn. 7), Tz 1548; Bohne, Rechtsstaat (Fn. 7), 65; Hucke/Ullmann (Fn. 7), 118; v. Lersner (Fn. 14); Butze, in: Atomrechtssymposion 1979, 202 ff.

Informeller, aber nicht notwendig folgenloser, sind vielschichtige Verknüpfungen in Bereichen einer auf Dauer angelegten Zusammenarbeit von Staat und Wirtschaft²⁶. Hier gibt es nicht nur vielfältige Formen eines innigen Planungsverbundes, sondern auch einen intimen Durchführungsverbund. Erwähnt seien nur die horizontalen Regelungsverknüpfungen im Wirtschaftsförderungsrecht, im Bereich der Energiewirtschaft oder in gesellschaftlichen Problemfeldern, in denen private Unternehmen von staatlich geregelter Nachfrage leben²⁷.

C. Rechtliche Typologie von Selbstbindungen

Diese wenigen, stellvertreterhaft genannten Beispiele verweisen auf eine formenreiche, aber weitgehend "verschwiegene" Verwaltungspraxis, deren Handlungsarsenal in der Dogmatik des Verwaltungsrechts nicht oder kaum vorkommt. Bevor ihre Strukturen weiter erhellt werden können, soll versucht werden, den Regelungsgehalt und die Bindungseffekte der Maßnahmen sowohl in den formell als auch den informell zergliederten Entscheidungen zu ordnen.

I. Inhalt der Entscheidung

Für die juristische Einordnung interessieren *Entscheidungen*, sei es im Rahmen eines formellen Verfahrensabschlusses, sei es nur als Zwischenklärung.

1. Primärer Regelungsgehalt

Entscheidungen — formelle wie informelle — haben einen unmittelbaren (primären) Regelungsgehalt²⁸, soweit sie nicht auf Umsetzung in eine andere Entscheidung angewiesen sind.

²⁶ Vgl. Krüger, in: ders., Staat, Wirtschaft, Völkergemeinschaft, 1970, 235 ff.; ders., Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, 612 ff.

²⁷ Vgl. *Ritter*, AöR 104 (1979), 389 ff.; *Pietzker* (Fn. 20), insbesondere 304 ff. und passim sowie zu Spezialfragen *Jarass*, Der Staat, 1978, 507 ff., 523. Vgl. ferner Bd. 8 des Jahrbuchs für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (1982).

²⁸ Die Terminologie ist uneinheitlich, s. z.B. Ossenbühl, NJW 1980, 1353. Prototyp ist etwa die Gestattungswirkung einer Voll- oder Teilgenehmigung (vgl. BVerwG DVBl 1981, 405, 408). Auch informelle Absprachen können einen primären Regelungsgehalt haben, z.B. die Abrede über die Duldung eines geschaffenen Zustandes.

2. Programmierungsgehalt

Gegenstand dieser Untersuchung soll nicht dieser Regelungs-, sondern ein möglicher Programmierungsgehalt²⁹ sein: Die Entscheidung bedarf der Umsetzung in einer weiteren Entscheidung, deren Inhalt sie ganz oder teilweise, abschließend oder unter dem Vorbehalt der — gegebenenfalls erschwerten — Revidierbarkeit vorprägt. Gemeint ist etwa das in einer Teilgenehmigung ausgesprochene "vorläufige positive Gesamturteil"³⁰ oder das rechtlich oder faktisch — z.B. durch vollendete Tatsachen — gesetzte Datum, das in spätere Abwägungsentscheidungen — etwa die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe oder von Ermessensermächtigungen — eingehen soll³¹. Einen negativen Programmierungs- bzw. Reduzierungsgehalt hat eine Vorentscheidung, wenn sie zu einer Einengung des nutzbaren Handlungsspielraums führt, ohne den Inhalt der Folgeentscheidung im übrigen vorzuprägen.

II. Bindungswirkungen und -intensität

Bindend kann sowohl der Regelungs- als auch der Programmierungsgehalt einer Entscheidung in dem Sinne sein, daß sie nicht oder nur erschwert angreifbar oder aufhebbar ist.

1. Rechtliche Bindungen

Soll es sich insoweit um Rechtsbindungen handeln, müssen entsprechende Rechtsinstitute wie die Wirksamkeit (§ 43 VwVfG), die Unanfechtbarkeit/Bestandskraft für den Adressaten und beschwerte Dritte (§§ 68ff. VwGO), die Präklusion für Dritte (z.B. §§ 10 III 3, 11 BImSchG) sowie die beschränkte Aufhebbarkeit für die Behörde (§§ 48ff. VwVfG) hinzukommen. Gegebenenfalls sind Rechtsbindungen modifizierbar, soweit die Vorentscheidung noch unter einem Vorbehalt wie

²⁹ Verwendet werden auch Begriffe wie "sekundäre Aussage" (Schmidt-Aβmann, Festschrift Bundesverwaltungsgericht, 1978, 578) oder "Sekundärbindung" (s. Büdenbender/Mutschler, Bindungs- und Präklusionswirkung von Teilentscheidungen nach BImSchG und AtG, 1979, Rn. 166 ff.).

³⁰ Vgl. statt vieler Büdenbender/Mutschler (Fn. 29), 179 ff.

³¹ Vgl. Degenhart, AöR 103, 190 f.

dem der Änderung der Sach- oder Rechtslage steht³². Soweit die Rechtsbindung den Programmierungsgehalt umfaßt, kann sie noch *relativierbar* sein, so wenn sie ein nur unselbständiges Datum einer späteren Zuordnungs- bzw. Abwägungsentscheidung setzt, das neben anderen zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe oder zur Ermessensentscheidung herangezogen werden muß/darf.

2. Bindungsobliegenheiten

Löst eine Mißachtung von Entscheidungsinhalten lediglich Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche aus, so kann von einer Bindungsobliegenheit gesprochen werden. Auch ohne Einklagbarkeit liegt es im wohlverstandenen Interesse der Beteiligten, hier der Verwaltung, der drohenden Sanktion auszuweichen, d.h. das geschaffene Datum insbesondere bei Folgeentscheidungen als quasi verpflichtend zu beachten³³.

3. Faktische Bindungen

Fehlen rechtliche Bindungstransformatoren zwischen der Vor- und Folgeentscheidung, so kann gleichwohl eine faktische Bindung vorliegen. Wichtig sind zwei Fallgruppen. Zum einen kann eine rechtsförmliche Entscheidung neben anderen Regelungsgehalten einen rechtlich nicht bindenden Programmierungsgehalt haben, der faktisch bedeutsam für die Folgeentscheidung wird, so die luftverkehrsrechtliche Genehmigung für die spätere Planfeststellung³⁴. Zum anderen kann eine informelle Entscheidung — so z.B. die Vorabklärung — faktisch (belastende) Wirkungen, z.B. für Dritte, haben. Eine informelle Vorentscheidung, z.B. der Konsens über die Genehmigungsfähigkeit einer Anlage, hat einen faktischen Programmierungsgehalt, der sich in der formellen Folgeentscheidung — etwa der Genehmigung selbst — niederschlagen kann.

³² Gemeint ist ein Vorbehalt, der bei einer Änderung ohne besondere Aufhebung des Rechtsakts zur Beseitigung oder Relativierung der Bindungswirkung führt; s. z.B. für den baurechtlichen Vorbescheid Finkelnburg/Ortloff (Fn. 14), 262. Dieser implizite Vorbehalt fehlt demgegenüber bei der Teilgenehmigung, a. a. O., 263.

³³ Eine Bindungsobliegenheit besteht etwa in dem von BGHZ 76, 16ff. behandelten Sachverhalt (vgl. auch o. Fn. 18).

³⁴ Vgl. z.B. BVerwGE 56, 136f.; BVerfG DVBl 1981, 374f. Die vom Bundesverfassungsgericht so bezeichneten "faktischen" Bindungen haben allerdings auch rechtliche Bedeutung; vgl. *Degenhart*, AöR 103, 176f.

Die faktischen Programmierungswirkungen formeller und informeller Entscheidungen verdanken ihre Wirkungskraft nichtrechtlichen Sanktionen³⁵. So kann die Erwartung eines in sich konsistenten Verwaltungshandelns ebenso zu faktischen Folgen in weiteren Teilentscheidungen nötigen wie die Rücksicht auf die durch die Vorentscheidung ausgelösten vielfältigen vermeidenden Dispositionen der unmittelbar berührten Bürger oder auf die Investitionen der Behörde. Hier "bindet" z.B. die Aussicht, für einen Neuanfang keine neuen Mittel aktivieren zu können.

Faktische Bindungen an informell gehandhabte Vorabklärungen werden häufig durch das Streben bewirkt, den personellen, zeitlichen und finanziellen Aufwand einer erneuten Durchführung des Entscheidungsverfahrens zu vermeiden. In stark kooperativ geprägten dauerhaften Rechtsbeziehungen kann der Wunsch bestimmend werden, auch zukünftig als zuverlässiger Kooperationspartner anerkannt zu bleiben.

Eine faktische Bindung an eine Absprache, die mit einem faktischen Rechtsmittelverzicht verkoppelt ist, kann nicht zuletzt durch die Furcht begründet werden, beim Abrücken von der Absprache mit dem Risiko konfrontiert zu werden, einen Prozeß zwar nicht um die Absprache, wohl aber um den Rechtsakt führen zu müssen, dem sie gilt. Auch die Aussicht auf Widerstand anderer Behörden oder von lobbyistischen Hilfstruppen des Antragstellers kann motivieren, zur Absprache zu stehen.

D. Bestimmungsfaktoren von Selbstbindungen

Das sichtbar werdende Geflecht rechtlicher und faktischer Verstrickungen ist typisch für den Umgang mit komplexen Problemen

I. Kooperationsbedarf

Bekanntlich reichen die traditionellen Instrumente staatlicher Regulierung — die imperativen Steuerungen durch Geund Verbote — in vielen gesellschaftlichen Bereichen nicht aus. Diagnostiziert wird eine Krise der "regulativen Politik"³⁶,

³⁵ Zu den Bestimmungsfaktoren vgl. Bohne, Jahrbuch (Fn. 7), 31 ff. und passim sowie auch z.B. Bäumler, DÖV 1981, 45 f. Siehe ferner die Hinweise in Fn. 7.

³⁶ Mayntz, in: Sozialer Wandel in Westeuropa, 19. Deutscher Soziologentag, 1979, 55 ff.

die sich unter anderem in Defiziten der Normbefolgung, des Vollzugs und der Zielerreichung niederschlägt. In der Folge setzt der Staat ergänzend auf indikative, influenzierende oder verhaltensermöglichende Normprogramme. Bei ihnen, aber auch beim Typ imperativer Steuerung, ist der Erfolg häufig auf eine Stimulierung des Normadressaten, seine Konsensbereitschaft, seine Initiative, sein Engagement angewiesen, d.h. dessen Mitwirkungsbereitschaft³⁷. In der Folge werden kooperative Beziehungen zu ihm hergestellt bzw. ausgebaut.

II. Entlastungsbedarf

Das Verwaltungshandeln wird auf diese Weise — und in Verbindung mit der Zunahme staatlicher Verantwortlichkeit — immer komplexer. Eine Folge ist ein intensives Streben nach Entscheidungsentlastung. Generelle Programmierungen — etwa im Gesetz, in Verwaltungsvorschriften oder typisierendem Genehmigungshandeln — können diese Entlastung ohne Verlust an Entscheidungsrationalität jedoch nur teilweise bewirken³⁸. Eine generelle Programmierung ist um so schwieriger und auch unwahrscheinlicher, je vielfältiger die erheblichen Entscheidungskriterien und je unterschiedlicher die zu berücksichtigenden Interessen sind, und je einmaliger der konkrete Sachverhalt ist. Insoweit bleiben entlastende Verengungen dem konkreten Entscheidungsprozeß vorbehalten.

Die Aufgliederung der komplexen Entscheidung in möglichst operationale Teilelemente und die Stufung der Bearbeitung der Teilelemente kann Verfahrensübersichtlichkeit und die schrittweise Verengung des Alternativenspektrums bei gleichzeitiger Verfeinerung der verbleibenden Alternative, gegebenenfalls auch die Entscheidungsbeschleunigung, ermöglichen. Entlastungen werden angestrebt bei der Problemformulierung, der Informationseingabe, der Werteermittlung, der Kriterienwahl oder der Verarbeitung von Informationen und Wertungen im Rahmen der Alternativensuche und -auswahl.

³⁷ Allgemein s. *Ritter*, AöR 104 (1979), 389 ff., 391; *Schuppert*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981, 282 ff., 295 ff.; *Offe*, Leviathan 1974, 339 ff. Der Befund wird vor allem in der Implementationsforschung sozialwissenschaftlich aufgearbeitet, s. dazu die Sammelbände von *Mayntz* (Fn. 7) und *Wollmann* (Hrsg.), Politik im Dickicht der Bürokratie, 1980.

³⁸ Zur Diskussion um die Reichweite möglicher Gesetzesbindungen vgl. Wagener, VVDStRL 37 (1979), 244 ff.; Starck, VVDStRL 34 (1976), 44 ff.; Blankenburg/Lenk in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 7, 1980, 11 ff.; Hoffmann-Riem, Der Staat, 1974, 344 ff.

III. Bindungsbedarf

Mit dem Entlastungsbedarf korreliert ein wechselseitiger Bindungsbedarf. Vertrauensstabilisierung durch Bindung entspricht einem im Modell des bürgerlich-liberalen Rechtsstaats historisch und aktuell verfassungsrechtlich abgesicherten Bedarf nach Erkennbarkeit und Kalkulierbarkeit, nach Rechtsund gegebenenfalls Dispositionsschutz. Vor allem eine Verwaltung, die um Kooperation bemüht ist oder gar buhlt, muß Grundbedingungen von Austauschbeziehungen akzeptieren. Dazu gehört die Bereitschaft, dem Partner Erwartungssicherheit zu geben.

Rechtsstaatliche Prinzipien verlangen allerdings eine Formalisierung bindungsfähiger Akte, die beim Verwaltungsakt mit Rechtsinstituten wie Bestandskraft, Bindungs- und Präklusionswirkung honoriert wird. Der Halt, von dem Herr Scheuing eben in seinem Schlußsatz unter Rückgriff auf Otto Mayer sprach, wird heutzutage jedoch häufig nicht mehr durch den Verwaltungsakt geschaffen. In weiten Bereichen der Realität wird der Bedarf an Entscheidungssicherheit informell und unkonventionell befriedigt, und es werden faktische Bindungen als (zumindest zunächst) hinreichend angesehen (s.o. B III-IV). Das Defizit an rechtlicher Durchsetzbarkeit wird dabei durch ein gewisses Maß an Handlungsflexibilität kompensiert, das den Schrecken der Irreversibilität zu mildern verspricht. Durch die Koppelung dieser flexiblen Bindung mit informellen Handlungsformen ergibt sich für beide Seiten eine Sicherheit im Normalfall, aber die Chance zur Flexibilität bei Krisen und Pathologien. Die Partner können die Regelung den selbst definierten Anforderungen an Regelungsoptimalität leichter anpassen, als es im Rahmen formeller Handlungsformen möglich wäre. Die "doppelelastische Bindung" wird aus ihrer Sicht zur gelungenen "Quadratur des Kreises".

E. Bedenken gegen die gegenwärtige Praxis kooperativer Selbstbindungen

Trotz solcher Vorteile darf Kritik nicht ausbleiben. Die kritische Analyse muß die Bindungseffekte als Teilelement des gesamten Problemlösungsverhaltens der Verwaltung behandeln und auf Folgewirkungen der partiellen Bindungsarrangements sehen. Rechtliche Aufmerksamkeit ist in erhöhtem Maße geboten, wenn kooperatives Verwaltungshandeln inhaltlich

auf mehrpolige Interessenbeziehungen³⁹ bezogen ist, die konsentierte Vorprogrammierung aber zweipolig ausgestaltet wird.

I. Unterlaufen normativer Vorgaben

Entgegen ihrem langläufigen Image hat die Verwaltung eine erstaunliche Kreativität in der Entwicklung informell-kooperativer Problemlösungswege bewiesen. Die Handlungsformen werden aufgrund der wechselseitigen Vorteile faktisch auch nicht vor die Gerichte gebracht — unter ehrbaren Kooperationspartnern klagt man nicht. Sie gelangen nur bei "Betriebsunfällen" — etwa Skandalen im Umweltschutz oder Baubereich — an die Öffentlichkeit, werden dann aber häufig an einen bewährten "Problemkiller" überwiesen, wie eine ad-hoc-Kommission.

1. Regelungssurrogate und Senkung des Regelungsniveaus

Je informeller, tauschförmiger und vertraulicher die Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und den primär Betroffenen ausgestaltet sind, und je mehr dabei Regelungssurrogate ersonnen werden, desto zahlreichere Möglichkeiten bestehen für einen Interessenausgleich hart an oder jenseits der Grenze herkömmlicher Legalität⁴⁰, und desto größer kann die Versuchung zu einem möglicherweise sogar "kollusiven" Unterlaufen rechtlicher Vorgaben sein.

Nicht unproblematisch ist z.B. die oben (B IV) erwähnte — im Nahbereich des Koppelungsverbots angesiedelte⁴¹ — Ver-

 $^{^{39}}$ Die Mehrpoligkeit von Rechtsbeziehungen ist im Kontrast zur Zweipoligkeit der meisten verwaltungsrechtlichen Institute verschiedentlich problematisiert worden, so von Scholz und Schmidt-Aßmann in VVDStRL 34 (1976). Soweit die in einem Problembereich vorfindlichen verschiedenen Interessen nicht zu subjektiven Rechten erstarkt sind, können sie rechtlich folgenlos bleiben oder aber im Rahmen gemeinwohlorientierter Abwägungsaufgaben bedeutsam werden. Der Begriff "mehrpolige Interessenbeziehungen" soll die mögliche Weite der betroffenen, nur zum Teil zu subjektiven Rechten erhöhten Interessen kennzeichnen.

 $^{^{40}}$ Bohne, Rechtsstaat (Fn. 7), 239 f.; ders., Jahrbuch (Fn. 7), 44; Umweltgutachten 1978 (Fn. 7), Tz 1548.

⁴¹ Das im öffentlich-rechtlichen Vertragsrecht normativ verankerte Koppelungsverbot (§ 56 I 2 VwVfG) entspricht einem weiterreichenden Grundgedanken. Zum Koppelungsverbot s. statt vieler OVG Nordrhein-Westfalen, DVBl 1981, 834, 836; BVerwG NJW 1980, 1294f.; *Pietzker* (Fn. 20), 390 ff.

knüpfung einer neuen Genehmigung mit Selbstverpflichtungen zur Änderung alter Anlagen oder Teilgenehmigungen. Die Verwaltung meidet den beschwerlichen Weg einer nachträglichen Auflage, zumal diese mit Entschädigungspflichten gekoppelt sein kann (s. § 18 III AtomG). Aber auch der Betroffene kann Vorteile aus dieser Regelungstechnik ziehen. Er hat gute Aussichten, daß die Verwaltung ihm als "Gegenleistung" bei der neuen Genehmigung in einer Weise entgegenkommt, die bei isolierter Behandlung verweigert werden müßte. Auch ist nicht auszuschließen, daß sie sich mit geringeren Besserungen der Altanlage zufriedengibt als rechtlich im Zuge nachträglicher Auflagen verlangt werden könnten oder müßten⁴². Das Regelungssurrogat führt im Interesse der realen Regelbarkeit zur Abmilderung der Regelungsschärfe und zur Senkung des Regelungsniveaus ("soft law").

2. Formenvertauschung

Zu beobachten ist auch ein Ausweichen vor den formalisierten Handlungsformen. Die Ersetzung eines Vorbescheids durch informelle Abklärungen — den faktischen Vorbescheid — und damit auch die Umgehung des für den Vorbescheid vorgeschriebenen Verfahrens (z. B. § 10 IX BImSchG) — gehört in diese Rubrik⁴³.

3. Dulden faktischer Lagen

Bekannt ist auch die Rücksichtnahme auf faktische Lagen, die praktisch in die Nähe des ehrwürdigen Grundsatzes "Dulde und liquidiere" zu führen droht. Vor allem die Aufforderung zum "dulde" ist faktischen Lagen immanent". Die geschaffene Lage kann sich schon stimulierend auf die Suche nach rechtfertigenden Konstruktionen auswirken. Besitzstän-

⁴² Vgl. Hucke/Ullmann (Fn. 7), 108f., 114f., 118f.

⁴³ Im Immissionsschutzrecht führen die Vorverhandlungen dazu, daß rechtliche Vorbescheide nur noch ausgesprochen selten beantragt werden, s. *Bohne*, Jahrbuch (Fn. 7), 34.

⁴⁴ Zum Problem s. Blümel (Fn. 3), 145 m.w. Hinw. zum "Liquidiere" in Fn. 68. S. ferner Schmidt-Aβmann, VVDStRL 34, 264. Die Rechtsprechung begnügt sich meist mit der — schwer zu überprüfenden und m.E. häufig fiktiven → Feststellung, daß die (rechtliche oder) faktische Bindung sich nicht verkürzend auf den Abwägungsvorgang ausgewirkt habe (s. z.B. BVerwG DVBl 1975, 494) oder auswirken werde (VGH BadWü DVBl 1976, 548).

de können aber auch in rechtswidriger Weise — und faktisch dennoch "wohl" — erworben werden. So soll die Beseitigung einer als rechtswidrig definierten Lage unter Herstellung des früheren Zustandes jedenfalls bei Großvorhaben real eher die Ausnahme darstellen als die Regel⁴⁵. Die Aufforderung zum Dulden kann insbesondere den nachteilig betroffenen Dritten⁴⁶ treffen, aber auch die Verwaltung. Dies zeigt sich etwa, wenn ein fusioniertes Unternehmen die verbotsabwehrende Zusage nicht einhält, und wegen des zwischenzeitlichen Fristenablaufs eine kartellrechtliche Untersagung des Zusammenschlusses ausscheidet⁴⁷ und im übrigen meist auch faktisch gar nicht mehr sinnvoll wäre.

II. Selektivität der Interessenberücksichtigung

Das Eingehen vorzeitiger Bindungen bei Entscheidungszergliederungen kann im übrigen die umfassende Interessenverarbeitung gefährden, und zwar immer dann, wenn bestimmte Interessen nicht berücksichtigt oder andere bevorzugt werden.

1. Versuchung zur einseitigen Prämissenübernahme

Eine selektive Interessenberücksichtigung droht insbesondere, wenn die Informationsbeschaffung auf Schwierigkeiten stößt, die Normen über weite, ausfüllungsbedürftige Spielräume verfügen, und wenn sie ein Verhalten stimulieren wollen, das nicht von vornherein den Interessen des Adressaten entspricht. Die dem Normadressaten verfügbare Macht zur Verweigerung der Mitwirkung verschafft ihm Einfluß auf den Normvollzug. Seine "freiwillige" Mitwirkung ist regelmäßig nur zu erwarten, wenn die von der Verwaltung formulierten Interessen den seinen nicht grundlegend widersprechen und

⁴⁵ Vgl. *Blümel*, DVBl 1975, 701; *Degenhart*, AöR 103, 172. Um so unrealistischer sind die Ausführungen in VGH BadWü DVBl 1976, 539, 548 f.

⁴⁶ Vgl. BVerwG DÖV 1974, 422 f.; Mair, in: Fröhler/Pindur (Fn. 19), 35 ff

⁴⁷ Vgl. *Kleinemann*, Kommentar zur Fusionskontrolle, Rn. 184 zu § 24 GWB; *Emmerich*, AG 1976, 194. Zu den Problemen s. auch Monopol-Kommission, Hauptgutachten 1973/75, Tz 994; 1976/77, Tz 479; 1978/79 Tz 543: Dort wird festgestellt, daß das Bundeskartellamt in dem spektakulären Fall *Bayer/Metzeler* letztlich auf die Durchsetzung der Zusage verzichtet hat.

sich zumindest teilweise decken⁴⁸. In einer privatwirtschaftlichen Ordnung ist dem Privaten — in den wichtigsten Kooperationsbeziehungen bei größeren Projekten einem Unternehmer - grundsätzlich nicht nur erlaubt, sondern geradezu nahegelegt, sein Eigeninteresse in den Vordergrund zu rücken⁴⁹, d.h. zu versuchen, den Staat zu bewegen, dieses Eigeninteresse möglichst zu fördern, keineswegs aber zu vernachlässigen. Das Eigeninteresse kann mit Allgemeininteressen identisch sein. muß es aber nicht50. Soweit ein Gegensatz besteht, und der Private Widerstand leistet, helfen nur Druck oder Entgegenkommen. Der moderne Staat hat sich auf das Verteilen von "Zuckerbrot", nicht auf das "Schwingen der Peitsche" eingerichtet. In Zeiten staatlicher Finanzknappheit ist ein Nachgeben bei der Ausfüllung des normativen Entscheidungsspielraums der einfachere, weil billigere Weg gegenüber Subventionen oder anderen vermögenswerten Gegenleistungen. Der normative Dispositionsspielraum erlaubt es, den Widerstand durch Übernahme der Sichtweise des Widerstrebenden — seiner Tatsacheninformationen und Wertungen — oder durch Abschwächung und Veränderung des Regelungsgehalts. d.h. aber durch Akzeptieren von Handlungsprämissen des privaten Normadressaten, zu überwinden⁵¹.

Die Interessenselektivität wird verstärkt, wenn die Entscheidungsergebnisse nicht in förmliche, rechtlich bindungsfähige Akte umgegossen werden, sondern dem labilen Kalkül einer auf dem Gleichklang der Interessen fußenden faktischen Bindung anvertraut werden. Durch den Verzicht auf Rechtsbindungen wird die kooperative Verstrickung auch noch in die Umsetzungsphase fortgesetzt.

⁴⁸ Vgl. Mayntz, in: dies. (Fn. 7 — Implementation), 13; Hucke/Ullmann, in: Mayntz (Fn. 7), 105 ff.; Schuppert, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Bürgernahe Verwaltung?, 1980, 308.

⁴⁹ Besonders deutlich *Henke*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, 1979, 31; s. auch *Kirchhof*, Verwalten durch "mittelbares" Einwirken, 1977, 39; *Rüfner*, DVBl 1976, 693. Modifizierend dagegen *Krüger*, Staatslehre (Fn. 26), 614. Zur zivilrechtlichen Sicht s. *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 3. Aufl. 1979, 7ff., 15ff.

⁵⁰ Vgl. Olson, The Logic of Collective Action (1965).

⁵¹ Siehe schon oben Fn. 44 sowie *v. Zezschwitz*, JA 1978, 497; vgl. auch *Winter* (Fn. 7), 36 sowie *Henning*, Bundesgesundheitsblatt 1980, 127.

2. Tauschförmige Rechtsbeziehungen

Kooperatives Verwaltungshandeln kann daher bewirken, daß tauschähnliche Elemente in die Entscheidung und die Modalitäten ihrer Durchführung dringen. Die "Tauschförmigkeit des Rechts"⁵² oder besser der Rechtsbeziehungen wird zum Befund (auch) im Verwaltungsrecht. Dies mag von manchen als überfällige Anpassung an die Verwaltungsrealität gepriesen werden, ist aber dennoch normativ ein Problem. Grundbedingungen eines angemessenen Tausches sind neben einer annähernd symmetrischen Tauschmacht die Dispositionsbefugnis über den Tauschgegenstand. Werden mehrpolige Interessenbeziehungen betroffen, dürfen tauschförmige Dispositionen nicht in bipolaren Tauschakten vorgenommen werden⁵³.

Nicht tauschförmig eingebundene Individualinteressen und nicht individualisierte Gemeinwohlinteressen, die auch in anderen Beziehungen oft auf strukturelle Benachteiligungen treffen, drohen zu kurz zu kommen. Sie sind im Modell zweipolig-kooperativen Verwaltungshandelns nur als (u. U. zufällige) "externe Effekte" geschützt, und zwar im Rahmen einer u.U. auf den kleinsten gemeinsamen Nenner von privatem Eigennutz und den als unausweichlich definierten staatlichen Zielvorgaben heruntergezonten Tauschbeziehung. In weiten Bereichen kooperativen Verwaltungshandelns scheidet die Verwaltung als voll legitimierter, treuhänderischer Verfechter des Wohls Dritter oder der Allgemeinheit aus: Sie ist derart für den "Erfolg", etwa eine Industrieansiedlung, engagiert, daß sie versucht sein kann. Arm in Arm mit dem kooperierenden Unternehmer gegenläufige Interessen zu vernachlässigen. Real ist die Versuchung, daß die staatliche Regelungs- und Ordnungspflicht mit Händlermentalität in einen Bargaining-Prozeß wechselseitigen Nachgebens eingeführt wird.

⁵² Dazu vgl. eine Reihe von Beiträgen in dem Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 7, so etwa von Bohne, Hucke, Jowell, Winter; ferner in Bd. 8, 1982, dort insb. den Literaturbericht von Winter. Der Begriff ist nicht nur auf die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung zu beziehen, sondern auch auf Fälle tauschähnlichen Aushandelns bei der Entscheidungsvorbereitung.

⁵³ Der Rechtsgedanke hat in § 58 VwVfG Niederschlag gefunden. Zur juristischen Rezeption vgl. etwa *Schmidt*, VVDStRL 33 (1975), 188f. m.w. Hinw.

III. Asymmetrischer Abbau von Distanz

Das traditionelle Handlungsinstrumentarium ist regelmäßig so konzipiert, daß die Verwaltung aus Gründen rechtsstaatlicher Rationalität zu einer angemessenen hoheitlichen Distanz gegenüber den Adressaten oder der sonstigen Umwelt fähig ist. Dort, wo der Adressat keine Tauschmacht hat, etwa im Ausländer- oder Sozialrecht, wird diese Distanz aktuell auch weiterhin gewahrt. Sie schmilzt aber auffällig, wenn die Verwaltung die anheimelnde Wärme von partnerschaftlichen Kooperationsbeziehungen sucht. Negative Folgeprobleme des Distanzabbaus wurden schon erwähnt (s.o. I. II). Auch kann der wechselseitige Erfolgsverbund dazu führen, daß die Verwaltung sich einen Mißerfolg des privaten Unternehmers politisch selbst zurechnen lassen und als Ausfallbürge eintreten muß. Die Fälle GARSKI und REYNOLDS⁵⁴ signalisieren einen solchen Verbund. In anderen Fällen wiederum ist bedenklich. daß die intensive Kontaktaufnahme, insbesondere das ausgiebige Verhandeln, die Einholung von Stellungnahmen u.a., für den Privaten zu großer Transparenz der Behördenabsichten und Restriktionen führt, ohne daß diesem Guckloch ins Verwaltungsinnere eine vergleichbare Einsicht der Behörde in Kalkulationen, Restriktionen und Strategien der betroffenen Privatunternehmen gegenübersteht. Die Chancen zur Durchsetzung des eigenen Willens steigen beim Privaten, sinken beim Hoheitsträger.

Der Verlust an Distanz darf nicht als "Bürgernähe" mißverstanden werden. Er birgt vielmehr erhebliche Gefahren für eine sachgerechte Wahrnehmung aller betroffenen Interessen in sich. Den Drittbetroffenen und der allgemeinen Öffentlichkeit pflegt die Behörde häufig weiterhin obrigkeitliche Reserviertheit mit auffälliger Kontaktscheu entgegenzubringen, die sich im Verweis auf einen Dienstweg niederschlagen kann, der für manchen Uneingeweihten zur Straße der Unendlichkeit wird.

Die Selektivität des Distanzabbaus wird zum gesteigerten Problem, wenn die bevorzugten Interessenträger ohnehin ausgebaute personelle und organisatorische Kontaktzonen nutzen können⁵⁵. Hilfreich sind ihnen z.B. die in Aufsichtsratsposten

⁵⁴ Siehe oben Fn. 21 und 22.

⁵⁵ Dazu vgl. Schmidt, VVDStRl 33, 192. Speziell zur Wahrnehmung unterschiedlicher Aufgaben durch dieselben Funktionsträger BayVGH BayVBl 1981; 403; de Witt, DVBl 1980, 1008; Blümel, DVBl 1975, 700. Zu öffentlichen Unternehmen s. (allgemein) Janson, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der europäischen Gemeinschaft, 1980 m. ausf. Literaturangaben.

staatlicher Funktionsträger, aber auch in sonstigen personellen Verzahnungen dokumentierten Verflechtungen sowie weitere, verwaltungsintern vielfältig abgesicherte Seismographen und Transformatoren politischen oder ökonomischen Drucks. Dabei haben wirtschaftlich bedeutende Private häufig einen erleichterten Zugang mit gesteigerter Resonanzchance. Für den Befund wird in der angelsächsischen Literatur der plastische Begriff der "capture" benutzt⁵⁶.

Die Selektivität des Distanzabbaus kann auch durch spezifische Rechtsinstitute gesteigert werden. Würden kooperative Rechtsbeziehungen in starker Anlehnung an die am Vertragsparadigma orientierten zivilrechtlichen Institute (wie etwa culpa in contrahendo, Treu und Glauben) ausgestaltet, so würde verwaltungsrechtsdogmatisch die Chance sinken, den mehrpoligen Charakter des Regelungsproblems angemessen zu erfassen. Dem schuldrechtlichen Vertragsparadigma sind die Berücksichtigung von Dritt- oder Allgemeininteressen weitgehend fremd⁵⁷.

IV. Ausnutzung eines Machtgefälles

Auch in kooperativen Beziehungen ist im übrigen das Machtproblem präsent. Bei informellem Handeln kann sich ein Machtgefälle besonders intensiv auswirken, weil die spielraumbegrenzende Wirkung rechtlicher Formalisierungen fehlt. Für den Staat besteht die Versuchung, die Möglichkeit zur einseitig-hoheitlichen Regelung drohend in den Raum zu stellen, um den anderen "freiwillig" zu einem Verhalten zu veranlassen, das so nicht vom hoheitlichen Regelungsauftrag gedeckt ist⁵⁸.

Es wäre jedoch eine Illusion, ein Machtgefälle naturwüchsig nur zu Lasten der Privaten anzunehmen. Regelmäßig pflegen Staatsorgane kooperatives Aushandeln wegen der real gegebenen Mitwirkungsabhängigkeit auf sich zu nehmen, die sich im Verhältnis zu ökonomisch oder politisch mächtigen Privaten, insbesondere Großunternehmen, als relative Ohnmacht darstellen kann⁵⁹. Das Machtgefälle kann sich auf die Regelungs-

⁵⁶ Vgl. dazu die Diskussionszusammenfassung bei *Sabatier*, Policy Sciences 6 (1975), 301 ff. sowie *Schuppert* (Fn. 37), 338 ff.

⁵⁷ Dazu vgl. Flume (Fn. 58), 609 und passim.

⁵⁸ Vgl. BVerwGE 42, 342 f.; v. Zezschwitz, JA 1978, 497 ff.

⁵⁹ Vgl. *Hegenbarth*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 7, 1980, 140; *Hucke/Ullmann* (Fn. 7), 121f.; *Böckenförde*, in: ders., Staat und Gesellschaft, 1976, 427.

inhalte auswirken und einer der Gründe sein, warum die Verwaltung sich faktisch gebunden sieht, zu einem erzielten, aber inhaltlich problematischen Konsens zu stehen. Die Hilflosigkeit mancher Umweltschutzbehörden gegenüber Industrieunternehmen oder des Kartellamts gegenüber fusionierenden Unternehmen oder gegenüber der Mineralölwirtschaft illustriert die Asymmetrie der Macht — manchmal notdürftig kaschiert durch eine Absprache über "freiwillige" Selbstverpflichtungen u.ä. Eine solche Absprache kann zugleich der Behörde als Alibi für den Nichteinsatz obrigkeitlicher Gebote, Verbote oder Sanktionen dienen, deren Einsatz in manchen Fällen zum Offenbarungseid regulativer Politik werden könnte und nur gelegentlich ungeschmälert die Zielerreichung sichert.

V. Gefährdung der Verfahrenschancengleichheit und der Verfahrensteilhabe Dritter

Gegenüber externen Dritten kann sich das Machtproblem in der Vermeidung von Verfahrenstransparenz dokumentieren⁶⁰. In vertraulicher, aber — in den Worten *Mestmäckers⁶¹* — freundschaftlicher Kungelei werden in manchen Bereichen, so im Kartell-, Atom- oder Immissionsschutzrecht, Vorentscheidungen getroffen und — wie Eingeweihte zu berichten wissen — manchmal auch auf das Ziel der Verhinderung störenden Einflusses Dritter getrimmt.

Aber auch in formellen Entscheidungszusammenhängen ist eine — meist vornehm nur als Änderung des "Verwaltungsstils" getadelte⁶² — Parteilichkeit der Verwaltung zu beobachten. Sie ist Ausdruck des Versuchs, störende Interessen zu neutralisieren.

Praktisch nahezu folgenlos droht häufig auch die gesetzlich vorgesehene Verfahrensbeteiligung Dritter zu werden. Verfahrensteilhabe darf in ihrer Bedeutung — etwa für die Informationsaufnahme und -verarbeitung, den Rechtsgüter- und Interessenschutz sowie die Sicherung der Akzeptanz der Entscheidung (Herstellung faktischer Legitimation, Konsenssicherung) — zwar nicht überschätzt werden. Sie ist jedoch — im Rahmen des real Möglichen — um so wichtiger, je geringer das

⁶⁰ Zur Geheimhaltungspolitik vgl. auch die illustrativen Hinweise bei *Mayer-Tasch*, in: *Doran/Hinz/Mayer-Tasch*, Umweltschutz — Politik des peripheren Eingriffs, 1974, 38 f., 63 f., Fn. 72 f.

⁶¹ So zum Bereich des Kartellrechts, zitiert nach FAZ v. 2. 1. 1976.

⁶² Blümel (Fn. 3), 156.

Entscheidungsergebnis rechtlich vorprogrammiert ist, je weiter der Regelungsinhalt reicht und je intensiver die rechtliche oder faktische Bindung der zu treffenden Entscheidung ist. Dennoch sind Versuche gängig, die Drittbeteiligung möglichst in späte Entscheidungssegmente zu verschieben und Einwände herunterzuspielen. Anders ausgedrückt: Nach gefundenen bipolaren Konsensen entsteht häufig eine diesen Konsens verteidigende Koalition, die versucht, die Drittbeteiligung in einer wiederum bipolaren Konfliktlage abzuarbeiten. Dabei stehen am einen Pol die Konsenspartner, am anderen die Dritten⁶³. Die Mehrpoligkeit der Interessenbeziehung droht dadurch verschüttet zu werden.

Soweit formelle Verfahren im Anschluß an die informelle Vorklärung notwendig bleiben, werden die Beteiligungsmöglichkeiten in dem formellen Verfahren allerdings gewährt. Wegen der zuvor geschaffenen Weichenstellungen und Filterungen nähert sich die Chance jedoch faktisch tendenziell Null, folgenreich auf den Entscheidungsinhalt einwirken zu können. Allerdings kann die Notwendigkeit, das meist auch mit Öffentlichkeitsbezug versehene Verfahren durchführen zu müssen und das Risiko, dabei auf Protest zu stoßen, den Inhalt der Entscheidung antizipativ schon in dem (Vorab-)Verfahren beeinflussen. Manchmal spielt die Verwaltung den zu erwartenden Protest auch zur Verstärkung ihrer Verhandlungsposition gegenüber dem Kooperationspartner aus64. Die inhaltlichen Vorwirkungen sind dann aber nicht das Produkt einer realen Verarbeitung der im Verfahren vorgebrachten Informationen, sondern ängstlicher Vorwegnahme. Eine umfassende Informationsverarbeitung als Verfahrensziel wird allenfalls zufällig erreicht.

VI. Vereitelung von Kontrolle

Berühmt und berüchtigt — und deshalb hier nur zu erwähnen — ist das mit gestuften Verfahren und faktischen Lagen

⁶³ Plastisch dazu Winter, NJW 1979, 399 f.

⁶⁴ Vgl. Ule/Laubinger, 52. DJT, B 21f.; Schmidt, VVDStRL 33, 193, Fn. 31; Hucke, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 7, 1980, 86f. Zu beobachten ist auch ein Zusammenspiel der Behörde mit protestierenden Dritten gegen Antragsteller/Betreiber, so bei manchen Großprojekten. Das Instrumentarium der Kooperation läßt sich in verschiedenen Richtungen verwenden und wirft in der Folge Probleme in verschiedenen Richtungen auf.

verknüpfte Risiko der Verfehlung effektiven Rechtsschutzes65. das noch vergrößert wird, wenn Verwaltung und einzelne Betroffene sich unter Vermeidung formeller Regelungen oder mit Rechtsmittelverzichten arrangieren. Der weitgehende Verzicht auf Schriftlichkeit der Vorgänge und Förmlichkeit des Verfahrensabschlusses erschwert es Dritten, das Verfahren. insbesondere die Hintergründe und Motive, in einer extern kontrollierbaren Weise zu rekonstruieren. Soweit formelle Akte durch informelle Absprachen ersetzt werden, fehlt sogar ein Gegenstand gerichtlicher Kontrolle. Ergeht ein vorher mit dem Adressaten abgesprochener Verwaltungsakt, so ist die Behörde mit einem durch Dritte eingeleiteten Widerspruchsverfahren praktisch gehindert, dessen Einwänden — etwa im Rahmen der Zweckmäßigkeitskontrolle — nachzukommen. wenn sie nicht die Verläßlichkeit als Funktionsbedingung kooperativer Beziehungen aufs Spiel setzen will.

Die Möglichkeit, den im Rechtsschutzsystem bevorzugten Schutz subjektiver Rechte zum Schutz auch objektiver Rechtsgüter zu nutzen, schwindet, wenn Rechtsgüterschutz praktisch allenfalls im Rahmen von Drittklagen realisiert wird. Bei ihnen pflegt die Rechtsprechung die sogenannte Schutznormtheorie anzuwenden, also nur solche Rechtsfehler zu überprüfen, die sich auf eigene subjektive Rechte des Dritten beziehen⁶⁶. Informale Kooperation kann daher in Verbindung mit der Schutznormtheorie dazu führen, die gerichtliche Überprüfung objektiver Rechtsfehler zu vereiteln. Diese Rechtsprechung kommt einer Aufforderung an die Kooperationspartner gleich, bei der tauschförmigen Abklärung der wechselseitigen Interessen einen "Pakt" zu Lasten solcher Gemeinwohlinteressen zu schließen, die nur im objektiven Recht geschützt sind. Objektiv-rechtlicher Gemeinwohlschutz kann so zum Tauschgut für kooperatives Entgegenkommen Privater werden.

Unterwirft sich die Verwaltung selbst geschaffenen Handlungszwängen, und geht sie informelle vertrauliche Bindungen ein, so erschwert sie auch die Möglichkeit einer effektiven politischen Kontrolle — etwa durch die Öffentlichkeit oder die Parlamente. Das Geflecht kooperativer Abhängigkeit läßt sich erheblich schwerer kontrollieren als ein auf formale Rechtsakte hinzielendes Entscheidungsverfahren. Die möglichst streng gehütete Vertraulichkeit von Vorverhandlungen, die Diffusität

⁶⁵ Aus der Literatur vgl. Blümel, DVBl 1975, 698, 703; Wahl, DÖV 1975, 374, 377; Scholz, VVDStRL 34, 201 m. Fn. 232; BVerfG DVBl 1981, 374 f.

⁶⁶ BVerwGE 48, 56, 66; 56, 110, 123; Löwer, DVBl 1981, 531 f. m.w. Hinw. über kritische Stimmen in Fn. 29.

des Teilnehmerkreises und der weitgehende Verzicht auf bürokratische Tugenden wie die Aktenmäßigkeit vertiefen das Kontrolldefizit ebenso wie Maßnahmen der intensiven Verflechtung mit privatunternehmerischem Handeln, dessen kunstvolles Rechtsformengewirr von politischen Generalisten kaum zu entziffern ist.

VII. Verfehlen von Befriedungseffekten

Nach allem überrascht es nicht, daß konkrete Befriedungseffekte der Verfahren und gesellschaftliche Konsense allgemein überproportional in Regelungsbereichen ausbleiben, in denen die hier interessierenden Kooperationsbeziehungen üblich sind, etwa im Umweltschutz- und Atomrecht, Niemand wird so naiv sein, die empirisch gegebene Dissonanz nur der Verwaltung anzulasten. Die Konflikte sind tiefer verwurzelt und verweisen auf grundlegende gesellschaftspolitische Kontroversen, insbesondere über das wünschenswerte Verhältnis von Staat und Ökonomie und über das Ausmaß tragbarer Zukunftsbelastungen der Umwelt und annehmbare Sicherheitsrisiken⁶⁷. Folge dieses Grunddissenses scheinen die Regelungsschwierigkeiten der Verwaltung zu sein. Das Tauschprinzip sichert ihr zumindest die faktische Legitimation bei den Kooperationspartnern, reißt aber ein um so größeres Legitimationsloch bei anderen Betroffenen auf. Jedenfalls erscheint die These plausibel, daß die Verhinderung von Transparenz, die Erschwerung effektiver Verfahrensteilhabe, die Verkürzung des Rechtsschutzes u.a. nicht gerade dazu angetan sind, die Konflikte abzuarbeiten, die Modalitäten ihrer Austragung für alle Beteiligten erträglicher zu machen und das Vertrauen der Öffentlichkeit in solche Verfahren zu sichern. Geschürt wird das Gefühl der Hilflosigkeit, der Ohnmacht und des "Verschaukeltwerdens".

Die Verwaltung versucht, Protest möglichst nicht aufkommen zu lassen oder unschädlich zu machen. Anhörungs- bzw. Erörterungstermine werden gelegentlich sogar in gemeinsamer Regie mit dem Antragsteller bzw. Betreiber in einer Weise inszeniert, die darauf zielt, Protest abzupuffern, nicht aber die

⁶⁷ Vgl. statt vieler *Mayer-Tasch* (Fn. 60), insbes. 21 ff. sowie zum Atombereich *Hoffmann*, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, 1981.

Äußerungen inhaltlich folgenreich werden zu lassen⁶⁸. Dieses Vorgehen kann nur als vergröberte Form eines Konzepts gelten, das "Legitimation durch Verfahren"⁶⁹ erhofft. Vergröbert ist es deshalb, weil die kunstvollen und zugleich subtilen Formen der Verfahrensverstrickung, der Rollen- und Prämissenübernahme dieses raffinierten Konzepts nicht ausgenutzt werden, aber auch der Empfehlung nicht gefolgt wird, die ohnehin komplexen Entscheidungsverfahren von der Legitimationsherstellung zu entlasten⁷⁰. Erst recht werden nicht alternative Verfahrenskonzepte genutzt, die in der Austragung von Konflikten ein unabdingbares Element der Interessenzuordnung sehen und eine aktiv-integrative Konfliktbewältigung empfehlen⁷¹.

In der Gesetzgebung und Verwaltungspraxis wird häufig nach dem Prinzip verheißungsvoller Rücknahme gearbeitet. Zunächst wurden — so im Bauplanungs-, Immissionsschutzund Atomrecht — großzügig Mitwirkungsmöglichkeiten Dritter rechtlich verankert. Die Praxis jedoch überfiel die Angst
des Zauberlehrlings, der sich zunächst um Eindämmung und
Beschwichtigung bemühte. Der schließlich herbeigerufene
(Gesetzgebungs-)Meister will die alte Ordnung möglichst wieder herstellen, wie §§ 155a, b BBauG signalisieren⁷². Mitwirkungs- und Offenlegungsrechte werden möglichst als Instrumente eines symbolisch-rituellen Politikgebrauchs entschärft.

⁶⁸ Diese Einschätzung stützt sich auf eine von *S. Rubbert* und mir gegenwärtig durchgeführte Untersuchung zu atomrechtlichen Erörterungssterminen. Siehe ferner *Battelle*-Institut, Der Erörterungstermin, 1980. Empirisch nicht nachvollziehbar ist die überschwengliche Einschätzung des Erörterungstermins z. B. bei *Ule/Laubinger* (Fn. 64), B 81.

⁶⁹ Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969 (2. Aufl. 1975).

⁷⁰ Zu ihr Luhmann (Fn. 69), 206f., 211. Siehe jetzt aber Ossenbühl, DÖV 1981, 6, der sich im rechtsnormativen Kontext aber zu Unrecht auf die soziologische Analyse von Luhmann beruft: Es fehlt der rechtsnormative Transformator.

⁷¹ Einzelelemente einer solchen Theorie sind verarbeitet in *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978 m.w. Hinw.; *Scharpf*, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970, insbes. 66ff.; *Naschold*, Organisation und Demokratie, 3. Aufl. 1972; *Etzioni*, The Active Society, 1968.

⁷² Vgl. die Begründung der "Beschleunigungsnovelle", BT-Drucks. 8/2885, insbes. 35 f., 44 f.

VIII. Vereitelung der zügigen Verfahrensdurchführung

Ein wichtiges Verfahrensziel ist die zügige und von vermeidbarer Komplexität entlastete Verwaltungsentscheidung. Es mehren sich aber die Zeichen, daß die praktizierten Verwaltungsstrategien dieses Ziel bei Großvorhaben eklatant verfehlen. Plausibel erscheint die Hypothese, daß die Verheimlichungs-, Abdrängungs- und Verschiebungsstrategien in vielen Fällen nicht nur zeit- und personalaufwendig sind, sondern selbstdestruktiv neue vermeidbare Reibungen und Angriffsflächen schaffen. Sie ermöglichen breite Resonanz für verfahrenshemmende Strategien, die zumindest bei Vorhaben im Spannungsfeld gesellschaftlicher Grunddissense mit fast noch größerer intellektueller Kreativität entwickelt zu werden pflegen, als sie die Verwaltung beim Ersinnen neuer staatlicher Ausweichreaktionen zu aktivieren vermag.

F. Orientierungspunkte des rechtlichen Umgangs mit Selbstbindungen

Nach dieser kompakten Ladung kritischer Bedenken werden Sie mich fragen, wo mein positiver Beitrag zum Thema bleibt. Was läßt sich tun?

I. Zur relativen Wirkungskraft von Recht

Die Antwort können nicht die Juristen allein geben. Verfehlt wäre insbesondere die Hoffnung, Mängel im Verwaltungshandeln allein oder vorrangig durch einen Umbau der Rechtsdogmatik beseitigen zu können. Rechtliche Instrumente haben nur Aussicht auf wirkungsvolle Korrektur von Fehlentwicklungen, wenn sie in ihrer Struktur auf die Struktur des Steuerungsobjekts, also die politische, soziale und ökonomische Realität, abgestimmt sind. Ausweichreaktionen gegenüber rechtlichen Vorgaben sind so lange und soweit zu erwarten, als die Verwaltung in gegenläufige Handlungszwänge eingebunden ist, die in der konkreten Entscheidungssituation nicht überwunden werden können.

Ein durchgehendes Dilemma ist der Zwang zum Lavieren zwischen divergierenden Erwartungen, insbesondere zwischen gegensätzlichen Interessen. Interessenkonflikte sind häufig nicht schon auf der Ebene genereller Programmierung ausgetragen worden. Dort noch nicht befriedigte Interessen suchen nach "Wiedergutmachung" auf der Ausführungsebene. Das Verwaltungsverfahren ist in der deutschen Rechtsordnung aber nicht so organisiert, daß es zur Austragung von Interessenkonflikten optimal taugt⁷³.

Manche Konflikte sind materiell in einem gesellschaftlichen Grunddissens angelegt, so etwa der Streit um das Verhältnis von Wachstum und Umweltschutz. Verschiedene Handlungszwänge sind durch strukturelle Vorgaben bedingt, die von dem jeweiligen Entscheidungsträger in der konkreten Entscheidungssituation nicht überwunden werden können. Dies gilt etwa für Disfunktionalitäten in der Aufteilung von zentraler und dezentraler Verantwortung, für ressortegoistische Blockaden oder die qualitativ unzureichende sachliche und personelle Ausstattung der Verwaltungsträger. Handlungszwänge schaffen darüber hinaus externe Strukturvorgaben, so die gesellschaftsstrukturell verankerte relative Dominanz ökonomischer Interessen.

Dennoch: Trotz solcher Einengungen gibt es Ansatzpunkte auch in der Verwaltungsrechtsdogmatik. Eine realitätsgerechte und rechtsstaatliche Rechtsdogmatik ist zwar keine hinreichende, wohl aber eine notwendige Bedingung, um Verwaltungshandeln vor problematischen Selbstverstrickungen und -blockaden zu bewahren.

II. Anforderungen an die Rechtsdogmatik kooperativen Verwaltungshandelns in mehrpoligen Interessenbeziehungen

Gefordert ist eine Rechtsdogmatik, die auch auf komplexe mehrdimensionale Entscheidungssituationen, insbesondere in mehrpoligen, auf Dauer angelegten Verwaltungsbeziehungen, zugeschnitten ist, und die kooperatives Verwaltungshandeln nicht in die normative Abseitsfalle laufen läßt. Sie muß den Normvollzug als interaktiven Kommunikationsprozeß organisieren. Materiellrechtlich sind mehrpolige Interessenbeziehungen als mehrpolige Verwaltungsrechtsverhältnisse auszu-

⁷⁸ Dazu vgl. die Analyse von *Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970, der aber auch nicht die erheblichen Zweifel an der Regelungskapazität des amerikanischen Verwaltungsverfahrens ausräumen kann. Zum amerikanischen Verfahren s. auch *Stewart* (Fn. 16), 1669 ff.

gestalten, die mehrpolige Rücksichtnahmen absichern¹⁴. An der ungeschmälerten Gemeinwohlverpflichtung der Verwaltung ist normativ festzuhalten: Durch ergänzende Steuerungselemente ist die umfassende Interessenberücksichtigung aber auch real zu sichern.

Ein Teil der besprochenen Beispiele von (Voraus-)Selbstbindungen gilt allerdings schon nach traditionellem Verständnis als rechtswidrig, so daß schon viel geholfen wäre, wenn sie vor die Gerichte gebracht würden. Bei dem größeren Teil aber wird ein Verstoß gegen Rechtsgebote nach h.M. nicht angenommen, so insbesondere, weil die "Bindungen" noch keine rechtlichen oder rechtlich noch reversibel seien". Vor allem aber wird gesagt, daß ein inhaltlicher Verstoß gegen Rechtsgebote am Entscheidungsergebnis nicht ablesbar sei.

Kennzeichnend für viele der einschlägigen Rechtsnormen ist jedoch, daß die zur Beurteilung des Entscheidungsergebnisses geeigneten Maßstäbe nicht hinreichend sind, um die rechtliche Richtigkeit der Entscheidung abzusichern Dies gilt insoweit, als Normen auf eine prozeßhafte Konkretisierung ihrer Einzelelemente oder die Zuordnung konfligierender Interessen angewiesen sind Zu erwähnen sind Ermessens- und sonstige Abwägungsentscheidungen, insbesondere im Zuge des sogenannten Planungsermessens, gegebenenfalls aber auch die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe Regelungsdefizite bestehen ferner dort, wo der Realbereich der Norm oder der Einzelsachverhalt schwer zugänglich sind.

⁷⁴ Zum Verwaltungsrechtsverhältnis vgl. die Problemskizze von Häberle, in Bd. XVIII der Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, 1981, 60 ff. Die mehrpolige Rücksichtnahme kann sich nicht nur in entsprechenden Verhaltenspflichten, sondern auch im Hinnehmen von Widerruflichkeit sowie der Minderung oder gar des Ausschlusses von Dispositionsschutz niederschlagen. Begrenzte — keineswegs hinreichende — Ansätze finden sich etwa in § 50 VwVfG und § 21 VII BImSchG.

⁷⁵ Vgl. statt vieler BVerwGE NJW 1969, 340 ff.; E 56, 110, 135 ff.; NJW 1981, 239.

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 42, 73; 46, 333 (zur Differenz zwischen der nur gesetzmäßigen und der — im Rahmen dieser Richtigkeit — auch "gerechten" Entscheidung).

⁷⁷ Vgl. Schmidt, VVDStRL 33, 194f.; Schuppert, AöR 102 (1977), 401f., 407; ders., Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, 40 ff.

⁷⁸ Ungeachtet des Streits, ob unbestimmte Rechtsbegriffe "einzig richtige Entscheidungen" ermöglichen, läßt sich nicht leugnen, daß sie häufig Raum für unterschiedliche Entscheidungen belassen, so daß die Einwirkungsmöglichkeit im Entscheidungsvorgang zum wichtigen Faktor wird.

In Fällen solcher Regelungsdefizite von Rechtsnormen wird der Entscheidungsvorgang in der Verwaltung zu einem eigenständigen Steuerungsfaktor einer richtigen Entscheidung. Werden die äußeren Ablaufsmodalitäten zwar formell beachtet, aber Chancen vereitelt, daß die gewonnenen Informationen folgenreich in den Entscheidungsvorgang eingehen, dann kann der Fehler selbst von dem Verwaltungsgericht nicht mehr korrigiert werden, es sei denn, daß äußerste Grenzen mißachtet wurden. Innerhalb des Einschätzungs-, Ermessensbzw. Beurteilungsspielraums der Normen kann auf die "Richtigkeit" nur im Zuge des Entscheidungsvorgangs der Verwaltung Einfluß genommen werden. Geboten ist daher die volle Anerkennung der Rechtserheblichkeit des komplexen Entscheidungsvorgangs als Element der Rechtmäßigkeit — also der realen Herstellung der Entscheidung — und zwar nicht nur des äußeren Verfahrensablaufs⁷⁹. Andererseits muß davor gewarnt werden, die sogenannte Input-Orientierung der Rechtsdogmatik zu übertreiben: Die Verfahrensrichtigkeit ist kein Ersatz, sondern nur eine Ergänzung der materiellen Richtigkeit des Entscheidungsergebnisses⁸⁰.

Im folgenden konzentriere ich mich auf Thesen zur Behandlung der vertikalen Zergliederung von Entscheidungen.

III. Sachgerechtigkeit der Segmentierung

Im Hinblick auf extern erhebliche Aufgliederungen der Entscheidung, — die hier allein behandelt werden sollen —, sei als Merkposten erwähnt, daß diese Aufgliederung als solche dem Maßstab sachgerechter Verfahrensgestaltung entsprechen muß, und zwar auch bei informellen Segmentierungen (§ 10 VwVfG). Wichtig ist, daß die Problemverarbeitungskapazität nicht verschlechtert wird, insbesondere, daß Chancen zur Interessenberücksichtigung nicht strukturell verkürzt und bestimmte Interessen nicht prinzipiell privilegiert werden.

⁷⁹ Zu dieser Sichtweise vgl. *Hoffmann-Riem*, in: ders. (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Verfassungs- und Verwaltungsrecht 1977, 1ff.

⁸⁰ Vgl. Nonet/Selznick, Law and Society in Transition, 1978, 64ff., 107.

IV. Sicherungen auf der Ebene der (Vorab-)Entscheidungen

1. Rechtlich abgesicherte (Voraus-)Selbstbindungen

a) Voraussetzungen rechtlicher Bindungen

Rechtlich zu legitimieren sind rechtliche Bindungswirkungen von Entscheidungssegmenten. Die Rechtsordnung setzt hierfür eine Verfestigung der Entscheidung zu einer rechtlichen Regelung — etwa als Verwaltungsakt — voraus¹¹. Der Grundsatz zweckmäßiger und nichtförmlicher Verfahrensgestaltung (§ 10 VwVfG), der sich nur auf den Verfahrensablauf bezieht, ist kein Freibrief für die Entwicklung von apokryphen Regelungssurrogaten und unkonventionellen Verfahrensabschlüssen mit rechtlicher Bindung.

b) Anforderungen an die Rechtmäßigkeit

Die Rechtmäßigkeit bindender Entscheidungssegmente setzt voraus, daß materiellrechtliche Anforderungen — wie das Abwägungsgebot — sowie formellrechtliche beachtet werden. Die Zuständigkeit der Behörde, die Mitwirkung anderer Behörden, die Beteiligung der Betroffenen und Dritter, die Form des Handelns u.ä. sind grundsätzlich auf die vorgeschaltete Segmententscheidung zu beziehen, wenn diese die Folgeentscheidung in ihrem Regelungs- oder Programmierungsgehalt ganz oder teilweise vorwegnimmt (vgl. z.B. §§ 38 VwVfG, 10 X BImSchG)⁸².

Entsprechende rechtsstaatliche Sicherungen dürfen auch nicht über sonstige Institute ausgeschaltet werden. So scheiden Vertrauensschutz — ebenso wie die Haftung aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis ⁸³ — selbst für den Fall eines einverständlichen Vorausvollzugs einer hoheitlichen Maßnahme aus, solange nicht alle für die Verbindlichkeit erheblichen Entscheidungselemente durchlaufen sind.

c) Insbesondere: Beteiligungsrechte

Bei Segmententscheidungen ist die erwünschte Korrelation zwischen der Betroffenheit, der Beteiligung und den Bin-

⁸¹ Vgl. auch Schmidt-Aβmann, DVBl 1981, 339; Wahl, DÖV 1975, 377 (zur Formenklarheit); Selmer/Schulze-Osterloh, JuS 1981, 396 (zum Prinzip verfahrensrechtlicher Regelungsklarheit).

⁸² Vgl. statt vieler BVerwGE 24, 28.

⁸³ Anders offenbar Degenhart, AöR 103, 203; Pietzker, NJW 1981, 2088; Dolde, NJW 1981, 1930.

dungswirkungen der Entscheidung besonders gefährdet. Hier genügt es nicht, Einwirkungsmöglichkeiten (Beteiligungsund Klagbefugnis) erst für die Folgeentscheidungen zu sichern, wenn schon in der Vorabentscheidung rechtserhebliche Programmierungen erzeugt werden. Auf die Beteiligung kann insoweit nur dann verzichtet werden, wenn das vom Programmierungsgehalt erfaßte Datum die rechtserheblichen Interessen des Beteiligungsberechtigten unberührt läßt.

Beteiligungsmöglichkeit und Betroffenheit sind auch im Hinblick auf die Präklusionswirkung aufeinander abzustimmen. Werden Einwendungen von Personen präkludiert, die nicht in subjektiven Rechten, sondern nur in sonstigen Interessen betroffen sind, so können allerdings geringere Anforderungen an die Beteiligungsmöglichkeit genügen. Werden aber Inhaber subjektiver Rechte mit diesen (formell oder gar materiell) präkludiert, so muß gesichert sein, daß sie ihre Beteiligungsmöglichkeiten effektiv wahrnehmen können⁸⁷. Die Präklusion ist allenfalls gerechtfertigt, wenn schon auf der betroffenen Vorstufe hinreichend überschaubar ist, ob und wieweit die Entscheidung in die Rechte eingreift. Dies setzt regelmäßig eine volle Verfahrensbeteiligung voraus (z.B. mit normaler Akteneinsicht). Es ist z.B. sehr zweifelhaft, ob die Möglichkeit zur Beteiligung am (etwa atomrechtlichen) Erörterungstermin in ihrer jetzigen, primär symbolisch-rituellen Ausgestaltung als Grundlage der Präklusion der Geltendmachung subjektiver Rechte genommen werden darf⁸⁸.

Beteiligungsrechte dürfen auch nicht dadurch unterlaufen werden, daß die Verwaltung in rechtswidriger Weise auf förmliche Verfahren — z.B. Planfeststellungsverfahren — verzichtet

²⁴ Dazu vgl. Wahl, DÖV 1975, 376; Schmidt-Aβmann, DVBl 1981, 338f. Siehe auch BVerwG DÖV 1981, 262.

⁸⁵ Vgl. Schuppert, AöR 102, 403 f.

⁸⁶ Insoweit ist der Regelungsgehalt entscheidend. Es reicht regelmäßig nicht, die Reichweite und Intensität durch den Vorbehalt der noch ausstehenden Anhörung Dritter abzuschwächen (anders aber im Rahmen der Zusage *Maiwald*, BayVBl 1977, 452; *Kopp* [Fn. 4], Rn. 19 zu § 38), da die Entscheidung ungeachtet des Vorbehalts zumindest faktisch eine starke Programmierungswirkung entfaltet, die durch eine spätere Beteiligung des Dritten nur sehr schwer ausgeräumt werden kann.

⁸⁷ Zutreffend daher die Einwände von de *Witt*, DVBl 1981, 1006 ff. gegen BVerwG DÖV 1981, 262.

⁸⁸ Zu Zweifeln vgl. *Blümel*, 5. Atomrechtssymposion 1976, 226 f. Vgl. auch die Deutung der Beteiligungslast bei *Lange*, DVBl 1975, 132.

und unmittelbar vollendete Tatsachen — z.B. durch Straßenbau — schaffen läßt. Korrekturbedürftig ist die gegenläufige Rechtsprechung, soweit sie in solchen Fällen ein subjektives Recht auf Verfahrensbeteiligung — gegebenenfalls auf die Durchführung des dafür erforderlichen Verfahrens selbst — verneint und dies sogar dann, wenn der Verfahrensbeteiligte den Schutz materiellen Rechts anstrebt⁸⁹. Diese Rechtsprechung ermuntert dazu, förmliche Stufen und die vorgesehenen Beteiligungsrechte zu unterlaufen und faktische Lagen zu schaffen.

Unbefriedigend gelöst ist bisher die Behandlung von Programmierungseffekten in Vorentscheidungen, deren rechtliche Bindungswirkung gegenüber einzelnen Betroffenen bis zur Folgeentscheidung aufgeschoben worden ist. Dies gilt im Verhältnis zwischen der Flughafengenehmigung und der anschließenden Planfeststellung für die betroffene Gemeinde und sonstige Dritte. Das Bundesverwaltungsgericht hat einen Ausweg darin gesehen, daß es schon für die Vorstufe ein subjektives Recht auf Verfahrensbeteiligung anerkannt hat³⁰, allerdings unrichtigerweise nur für die Gemeinden. Der Grundgedanke führt auch in Fällen weiter, in denen das faktische Gewicht der Bindung ein Äquivalent der Rechtsbindung schafft.

2. Faktische (Voraus-)Selbstbindungen

a) Funktionale Äquivalenz zu rechtlichen Bindungen

Der Befund eines faktischen Programmierungsgehalts von formellen Entscheidungssegmenten oder informellen Vorabklärungen verweist auf einen praktischen Bedarf, eine getroffene Entscheidung möglichst nicht mehr zu revidieren. Eine Interessenanalyse offenbart insoweit aber unterschiedliche Bindungsinteressen. Dem von der Maßnahme Begünstigten liegt am Bestandsschutz, soweit die Begünstigung reicht. Die Behörde möchte prinzipiell an der Entscheidung festhalten, aber möglichst nicht definitiv gehindert sein abzuweichen, so insbesondere nicht bei einer Änderung der Sach- und Rechtslage. Für die Betroffenen aber soll möglichst kein Spielraum mehr bestehen. In mehrpoligen Beziehungen liegt den belasteten Dritten demgegenüber regelmäßig daran, die Belastung

⁸⁹ Vgl. BVerwG NJW 1981, 239; siehe auch E 44, 235, 239 ff. Weiter zu entwickeln sind die Ansätze in OVG Hamburg, MDR 1977, 434.

⁹⁰ BVerwGE 56, 110, 136f.; NJW 1980, 719. Zu vergleichbaren Überlegungen im Baurecht s. OVG Hamburg, MDR 1977, 431.

vollständig zu beseitigen. Die Interessen zwischen den Begünstigten und der Behörde sind daher weitgehend deckungsgleich, nicht aber zwischen der Behörde und belasteten Dritten.

Diese Situation führt dazu, daß eine faktische Bindung aus der Sicht des belasteten Dritten insoweit praktisch nicht zu durchbrechen ist, als sich die Bestandsinteressen von Behörde und Begünstigtem decken. Daran ändert der Ausschluß einer rechtlichen Verbindlichkeit nichts. Dieser Ausschluß sichert vor allem die Chance, Rechtsfehler des Entscheidungsergebnisses im Rahmen der Folgeentscheidung gerichtlich korrigieren zu lassen, während ein nicht zur Ergebnisunrichtigkeit führendes Defizit der Informationsaufnahme, der Interessenabwägung und -zuordnung für ihn regelmäßig⁹¹ nicht mehr korrigierbar ist.

Diese Überlegungen zeigen, daß faktische Bindungen jedenfalls begrenzte funktionale Äquivalente für Rechtsbindungen schaffen können und deshalb der Verwaltungsrechtsdogmatik nicht gleichgültig sein dürfen. Dabei reicht es nicht, die durch ihre Ergebnisse ausgelöste Einengung des Entscheidungsspielraums im Zuge der Folgeentscheidung zu problematisieren, da dadurch die Chancen der Einwirkung auf den Entscheidungsvorgang der Vorabentscheidung nicht mehr neu eröffnet werden können.

Ähnlich, wie die Grundrechtsdogmatik Ablösungen der klassischen Rechtsfigur des Eingriffs verarbeiten konnte, muß es gelingen, faktische Bindungen verwaltungsrechtsdogmatisch zu bändigen. Entscheidend für die Qualität als faktisches Bindungsäguivalent ist nicht die Form der Maßnahme, sondern ihre inhaltliche Wirkung, soweit sie dem handelnden Verwaltungsträger als Entscheidung zuzurechnen ist. Indizien der Zurechenbarkeit sind die auf (faktische) Bindungen gerichtete (objektivierte) Finalität sowie der (weitgehende) Gleichklang des Bestandsbedarfs von Begünstigtem und Verwaltung⁹². Führt die förmliche oder nichtförmliche Entscheidung faktisch zu (teilweise) gleichen inhaltlichen Wirkungen, wie sie typischerweise durch verbindliche rechtliche Regelungen erzielt werden, so kann der faktische Bindungseffekt einen anerkennenswerten Bedarf an rechtlichen Sicherungen auslösen, die vor ähnlichen, aber rechtlich bindenden Entscheidungen eingehalten werden müßten.

⁹¹ Vgl. aber BVerwGE 45, 309; OVG Münster BRS Nr. 30, Nr. 3. Erfolgreiche Beanstandungen — wie im Flachglas-Urteil — sind in der Realität eher die Ausnahme.

 $^{^{92}}$ Vgl. auch Schmidt- $A\beta mann$, DVBl 1981, 339: Er stellt ab auf Intensität. Unmittelbarkeit und Finalität.

b) Anforderungen an die Rechtmäßigkeit

aa) Vorausbeachtung von rechtlichen Anforderungen

In mehrpoligen Beziehungen ist auf den Schutz des belasteten Dritten zu achten. Schafft die faktische Bindung ungeachtet der fehlenden rechtlichen Bindung ein (teilweise) faktisches Äquivalent von Präklusion oder Bestandskraft⁹³, so führt das Kongruenzgebot zur Beachtlichkeit gewisser Verfahrenssicherungen. Da der Dritte im anschließenden Verwaltungsoder Gerichtsverfahren über die Folgeentscheidung keine realen Chancen mehr haben wird, mit einem Teil seiner Einwendungen folgenreich gehört zu werden, sind schon auf der Vorstufe solche Verfahrensregeln über die Anhörung (§§ 28, 38 I 2, 73 VwVfG), die Akteneinsicht (§ 29 VwVfG) oder auch die Beiladung (§ 13 II VwVfG) zu beachten⁸⁴. Im Rahmen formeller Vorabentscheidungen sind die entsprechenden Normen direkt oder zumindest analog anwendbar. Erfolgt die faktische Bindung im Rahmen informeller Vorabentscheidungen und damit nach herrschender, aber korrekturbedürftiger Meinung außerhalb des Verwaltungsverfahrens im Sinne des § 9 VwVfG, so kommt zumindest die analoge Anwendung der Normen über die Verfahrensbeteiligung in Betracht⁹⁵.

Auch kann Rechtsschutz gegen die faktische Vorabbindung zu gewähren sein Erfolgt sie im Rahmen formeller Vorabentscheidungen, so ist die entsprechende formelle Entscheidung auch im Hinblick auf die faktische Bindung angreifbar, etwa im Rahmen einer Anfechtungsklage. Erfolgt die faktische Programmierung in informellen Vorabentscheidungen, so kommt die vorbeugende Unterlassungs- oder Feststellungsklage⁹⁷

⁹³ Auch in der Rechtsprechung wird dies für möglich gehalten, vgl. etwa OVG Berlin DVBl 1977, 901 ff. sowie BVerfG DVBl 1981, 374, 375.

⁹⁴ BVerwGE 56, 136f. liegt tendenziell auf der Linie der hier entwikkelten Argumentation.

⁹⁵ A.M. aber Ule/Laubinger (Fn. 64), B 76.

⁹⁶ Vgl. BVerfG. DVBl 1981, 374f.

⁹⁷ Mit entsprechenden Konstellationen hat sich die Rechtsprechung zum Schutz gemeindlicher Rechte befaßt, s. etwa OVG Lüneburg NJW 1974, 821; BVerwGE 40, 323 (vorbeugende Feststellungsklage); vgl. auch BVerwG DVBl 1977, 897 sowie Schenke, DÖV 1979, 631; Sailer, BayVBl 1981, 351 f.

oder auch eine Klage gegen die Ablehnung einer Verfahrensbeteiligung in Betracht⁹⁸.

Faktische Bindungen sind aber auch wegen der Gefährdung objektiv-rechtlicher Rücksichten bedenklich. Garanten objektiv-rechtlicher Richtigkeit wie z.B. die Beteiligung anderer Behörden, die Möglichkeit zur Verwaltungs- und Parlamentskontrolle usw. müssen auch bei der Schaffung funktionaler Bindungsäquivalente beachtet werden.

bb) Verhinderung von Fehlentwicklungen

Im Zusammenhang mit (Voraus-)Selbstbindungen, insbesondere im Zuge des kooperativ-tauschähnlichen Verhaltens, sind auch Mißbrauchsgefahren abzuwehren. Das Prinzip unparteiischer Verfahrensführung ist z.B. gefährdet, wenn die Verwaltung einzelnen Adressaten Entscheidungsentwürfe zugänglich macht, nicht aber Drittbetroffene oder sonstwie Mitwirkungsberechtigte in den Genuß entsprechender Abstimmungen kommen läßt. Auch die behördliche Beratungspraxis enthält Mißbrauchsgefahren. Die prinzipiell wünschenswerte Beratung bei der Antragstellung (s. z.B. § 2 II der 9. BImSchV, § 25 VwVfG) darf z.B. nicht zum Instrument einer rechtlichen Vorprüfung von Großvorhaben und damit zum Unterlaufen eigentlicher Verwaltungsverfahren abgewandelt werden⁵⁹.

cc) Konkordanz mit der Verfahrenseffizienz

Gegen die hier angesprochenen Vorkehrungen kann nicht das Effizienzgebot ins Spiel gebracht werden. Verfahrenseffizienz ist wichtig, muß aber insoweit zurückstehen, als anderenfalls strukturelle Ungleichheiten der Interessenberücksichtigung geschaffen würden¹⁰⁰. Zur Sicherung der faktischen

⁹⁸ Insoweit sind eine Reihe von Differenzierungen anzubringen, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann. So hat die (umstrittene) Rechtsnatur der begehrten Verfahrensbeteiligung Auswirkungen auf die Klageart. Näher zu bestimmen ist auch die Reichweite von § 44a VwGO, eine Frage, die letztlich mit dem Rechtsschutzbedürfnis zusammenhängt. § 44a steht einer entsprechenden Klage nicht entgegen, wenn eine Anfechtung der Sachentscheidung für den Drittbetroffenen ausgeschlossen ist. Im übrigen verbleiben einige Zweifelsfragen, die weiterer Klärung bedürfen. Aus der Literatur sei verwiesen etwa auf *Pagenkopf*, NJW 1979, 2382; *Plagemann*, NJW 1978, 2261.

⁹⁹ Eingehend zur Problematik *Bohne* (Fn. 3), 51 ff., 160 ff. und passim. ¹⁰⁰ Vgl. die beherzigenswerte Relativierung der Effektivitätsforderung in BVerfGE 45, 335.

Konkordanz zwischen dem Schutz Dritter und der Verfahrenseffizienz sind andere Wege denkbar, so die Verrechtlichung der faktischen Bindungen (siehe gleich).

c) De lege ferenda: Formelle Verfestigung?

Mit Nachdruck zu betonen ist, daß faktische Bindungsgehalte als solche jedoch keine rechtlichen Bindungen wie Bestandskraft, Präklusion oder Beschränkungen der Aufhebbarkeit auslösen. Bindungen dürfen auch nicht über Ersatzinstitute — wie Vertrauensschutz — auf Schleichwegen eingeführt werden¹⁰¹, ohne daß zuvor alle rechtlichen Anforderungen beachtet wurden. De lege ferenda kann es sich allerdings bereichsspezifisch empfehlen, faktisch bindende Entscheidungselemente normativ voll zu rechtlichen umzugestalten. Hierfür hat auch Herr Scheuing im Erstreferat plädiert. Dies sichert den Belasteten am stärksten und gibt den am Bestandsschutz interessierten Parteien Sicherheit¹⁰².

Demgegenüber ist Vorsicht geboten, Entsprechendes bei bisher informellen Verfahren zu versuchen, d.h. diese pauschal rechtsförmlichen Anforderungen zu unterwerfen. Es ist nämlich zweifelhaft, ob ein Ausschluß informeller Vorabklärungen und Vorausbindungen durchgehend den Anforderungen an komplexe Entscheidungen mit geringer Programmierungsdichte gerecht werden kann¹⁰³. Neue Formalisierungen können neue informelle Strategien des Unterlaufens auslösen, so insbesondere in Regelungsbereichen mit schnellen ökonomischen, politischen, technologischen oder sozialen Veränderungen und großer Konflikthaftigkeit. Informelle Ausweichhandlungen dürften um so wahrscheinlicher sein, je größer der Aufwand für die Einhaltung rechtlicher Formalisierungen wäre, je überflüssiger er von den Beteiligten empfunden würde,

¹⁰¹ Zu weitgehend daher Degenhart, AöR 103, 189 ff.

¹⁰² Auf dieser Linie liegen auch die Anregungen von Bäumler, DÖV 1981, 48ff. Aufschlußreich sind auch die Tendenzen der amerikanischen Rechtsprechung, informelle Verfahren zu verhindern und in formelle zu überführen bzw. im Hinblick auf Rechtsschutz wie formelle zu behandeln, vgl. Stewart (Fn. 16), 1752 ff. m.w. Hinw. aus der Rechtsprechung.

¹⁰³ So auch Bohne, Rechtsstaat (Fn. 3), 256; Ule/Laubinger (Fn. 64), B 75. Vgl. auch Quaritsch (Fn. 7), 135 ff. Gotthold/Vieth (Fn. 7), 20 und passim meinen sogar, die von ihnen behandelten Maßnahmen des Bundeskartellamts hätten ihre Zwecke anders als im Verhandlungsund Vereinbarungswege nicht erreichen können.

und je mehr die Formalisierungen einem realen oder vermuteten Flexibilitätsbedarf widersprächen¹⁰⁴.

Andererseits darf die Rechtsordnung vor einer solchen Flucht in eine "pragmatische" oder "brauchbare" Illegalität¹⁰⁵ nicht kapitulieren. Die in der Sozialwissenschaft formulierte Hypothese brauchbarer Illegalität dient der Analyse und Erklärung sozialen Handelns, darf aber nicht als Handlungsanleitung mißverstanden werden. Allerdings muß gesehen werden. daß es ein Widerspruch in sich sein kann, entsprechende Mechanismen des Ausweichens vor der Rechtsbindung vor allem mit den Mitteln der Verwaltungsrechtsdogmatik verhindern zu wollen. Es ist nach den Bestimmungsfaktoren einer solchen "Illegalität" zu suchen, die allem Anschein nach eher in der widersprüchlichen Struktur der Beziehung zwischen Verwaltung und Umwelt, insbesondere der Ökonomie, liegen als in der rechtsförmigen Abbildung einzelner Beziehungselemente. Notwendig ist eine Ergänzung des Problemlösungsinstrumentariums - darunter neben dem gezielten Einsatz solcher Steuerungsfaktoren wie Personal und Organisation¹⁰⁶ auch eine bisher nicht hinreichende rechtliche Verfassung der vielfältigen Austauschprozesse unter institutionalisierter Beachtung der mehrpoligen Betroffenheit. Unabweisbar sind dabei einerseits die Verankerung von wechselseitigen Rücksichtspflichten im Rahmen mehrpolig auszugestaltender Verwaltungsverhältnisse und andererseits die Entwicklung alternativer Organisations- und Entscheidungsmodelle, gegebenenfalls unter Einbau einer institutionalisierten Repräsentation von Drittinteressen.

3. Ermöglichung wechselseitiger Flexibilität auch bei rechtlichen Bindungen

Dabei ist jedenfalls bei komplexen, zukunftsoffenen Problemen für rechtliche Regelungsflexibilitäten zu sorgen. Für private Betroffene — etwa Unternehmen — besteht diese Flexibilität ohnehin, soweit die Normen — wie fast ausnahmslos — für

¹⁰⁴ Entsprechende Hypothesen formuliert *Bohne*, Jahrbuch (Fn. 7), 71 ff.

¹⁰⁵ Zur "brauchbaren" Illegalität vgl. *Luhmann*, VerwArch 55 (1964), 15; zur "pragmatischen" Illegalität vgl. *Wagener*, VVDStRL 37, 243.

¹⁰⁶ Vgl. *Hoffmann-Riem*, in ders. (Hrsg.), Sozialwissenschaften im öffentlichen Recht, 1981, 11 ff. (allgemein). In der Implementationsforschung wird die Relevanz dieser verschiedenen Steuerungsfaktoren immer deutlicher herausgearbeitet, dazu programmatisch *Mayntz* in: dies. (Fn. 7), 236 ff., 242.

sie nur verhaltensermöglichend oder -stimulierend wirken. Der kompensationslose Rückzug von IBM aus Hannover nach aufwendigen Vorleistungen der Stadt zwecks Ansiedlung eines Zweigwerks illustriert dies prototypisch. IBM ließ die Verwaltung zirkusreif durch alle Feuerreifen springen (für Kenner des Lokalkolorits besser: "galoppieren"), die das Unternehmen der Stadt hinhielt, um anschließend das ausgelobte Zukkerstück wieder einzustecken.¹⁰⁷ In solchen Fällen offenbart sich das Fehlen der Waffengleichheit beim rechtlichen Dispositionsschutz. Hier hat die Rechtsordnung Wandlungen im realen Machtverhältnis noch nicht hinreichend verarbeitet.

Generell müssen Regelungstechnik und -inhalt so ausgestaltet werden, daß das Ausmaß des wechselseitigen Dispositionsschutzes mit dem wechselseitigen Flexibilitätsbedarf korreliert. Bleibt die Verwaltungsrechtsordnung beim Modell der verhaltensermöglichenden Normen, so ist zumindest die einseitige Einengung des Handlungsspielraums der Verwaltung modifikationsbedürftig. Problematisch ist die zu starke Fixierung mancher Rechtsnormen (z.B. §§ 17 II, 21 IV BImSchG, aber auch § 18 AtomG)108 und des Vertrauensschutzinstituts auf einen zu einseitigen Dispositionsschutz. Er bindet die Verwaltung angesichts der Finanzmisere nachhaltiger als rechtlich beabsichtigt und trägt dem mehrpoligen Charakter der Rechtsbeziehung nicht hinreichend Rechnung¹⁰⁹. Die zu beobachtende — und offenbar nicht als disfunktional empfundene Praxis einer Aufweichung von Normen wie § 17 BImSchG - etwa die Reduzierung ihres realen Regelungsgehalts auf das herausdestillierbare Drohpotential - sollte eine Aufforderung sein, eine auch in der Realität greifende normative Regelungstechnik zu entwickeln.

¹⁰⁷ Ein ähnlicher — hier abgewandelter — Ausspruch von Oberstadtdirektor *Neuffer* wird zitiert im *Spiegel* vom 28. 2. 1971, S. 46. Siehe ferner oben Fn. 21.

¹⁰⁸ Der zumindest vermögensrechtliche Dispositionsschutz für gefährliche Anlagen reicht erheblich weiter, als es verfassungsrechtlich geboten ist (str.; vgl. etwa *Scharnhoop*, DVBl 1975, 157 ff.; *Reiland*, VerwArch 1975, 255; *Sendler*, WiVerw 1976, 112; *Schenke*, DVBl 1976, 740 ff.; *Sellner*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 1978, Rn. 522 ff.).

¹⁰⁹ Die Mehrpoligkeit wirkt sich inhaltlich auch auf die Entscheidung der Frage aus, ob hoheitliche Maßnahmen enteignenden Charakter haben sowie ferner, wie hoch die Entschädigung gegebenenfalls sein muß. Auch muß sich die Mehrpoligkeit in der Ausgestaltung des Vertrauensschutz-Instituts niederschlagen.

V. Flankierende Sicherungen auf der Ebene der Folgeentscheidungen

Müssen nach allem faktische Bindungen als solche, d.h. gegebenenfalls auch auf der Ebene der Vorentscheidung, rechtlich angemessen eingefangen werden, so bleibt es dennoch wichtig, Sicherungen zusätzlich flankierend auch auf der Ebene möglicher Folgeentscheidungen einzubauen. In ersten, aber noch unzureichenden Ansätzen hat dies die Rechtssprechung etwa im Flachglas-Urteil¹¹⁰ versucht.

1. Transparenz

Unabdingbar ist es. daß Vorausbindungen im Zuge der Folgeentscheidung aufgedeckt werden, d.h. solchen am Verfahren mitwirkenden Personen bekannt werden, die von der Vorabklärung ausgeschlossen waren¹¹¹. Hilfreich wäre es. Vorkontakte und deren Ergebnisse auch außerhalb formell gestufter Verfahren aktenkundig und die Akten den Mitwirkenden zugänglich zu machen¹¹². Transparenz hängt gegenwärtig zu weitgehend immer noch vom guten Willen derer ab, deren mögliche Sünden durch Transparenz aufgedeckt werden sollen. Hinderlich - und m.E. änderungsbedürftig - sind bestehende normative Restriktionen, so in § 29 VwVfG¹¹³. Auch erstrecken sich die bei Erörterungsterminen (z.B. § 10 BImSchG) zur Auslegung vorgesehenen Materialien zu Unrecht nicht auf das bei der Behörde bisher angesammelte Entscheidungsmaterial. Sie eröffnen nicht die Möglichkeit, daß die Einwender ihre Einwendungen auf den konkreten Stand des Entscheidungsbildungsprozesses beziehen und z.B. Vorausbindungen thematisieren

¹¹⁰ BVerwGE 45, 309, 321.

¹¹¹ Vgl. — allgemein — *Ritter*, AöR 104, 413 sowie *Schmidt*, VVDStRL 33, 208f. Skeptisch gegenüber dem Ausbau von Transparenz aber *Ossenbühl*, DÖV 1981, 7f. Einen allgemeinen Überblick über geltende Transparenzregeln (im Planungsrecht) gibt *Pieroth*, JuS 1981, 625ff. m.w. Hinw.

¹¹² Kontrovers ist allerdings, ob z.B. die Einwender im Planfeststellungsverfahren "Beteiligte" sind, s. *Ule/Laubinger* (Fn. 64), B 36 ff.

¹¹³ Die in § 29 VwVfG für die Akteneinsicht enthaltene Begrenzung auf "Beteiligte" und die Geltendmachung "rechtlicher Interessen" schließt sonstige Mitwirkungsbefugte zu Unrecht von der Akteneinsicht aus. Die Verhinderung der Einsicht in Entscheidungsentwürfe (§ 29 I 2 VwVfG) ist jedenfalls dann verfehlt, wenn die Entwürfe schon anderen Beteiligten bekannt sind.

können¹¹⁴. Für Massenverfahren sind aus Gründen der Verfahrenseffizienz insoweit allerdings Möglichkeiten treuhänderischer Wahrnehmung solcher Verfahrensakte auszubauen.

2. Rechts- und Interessengehör

In dem Verfahren der Folgeentscheidung ist umfassendes Rechts- und Interessengehör zu gewähren, und die dabei gewonnenen Informationen sind angemessen aufzubereiten. Hier klafft eine besonders große Lücke zwischen dem normativen Ideal und der empirischen Realität. Das Rechtsgehör — auf das ich mich hier beschränke — wird manchmal so gewährt, als sei es dessen primäres Ziel nicht, den Angehörten zu schützen, sondern die rechtliche oder faktische Präklusion zu seinen Lasten zu ermöglichen. Um die Verwaltung zu bewegen, die aufgenommenen Informationen nicht folgenlos an sich abprallen zu lassen, sind gesteigerte Anforderungen an die Rechtmäßigkeit des Abwägungsvorgangs zu stellen.

Im Verwaltungsverfahren sollte der inhaltliche Beteiligungsumfang auf die Beachtung aller rechtlichen Anforderungen, auch den sogenannten objektiven Rechtsgüterschutz, bezogen sein. Verfehlt wäre es, die sogenannte Schutznormtheorie zur Begrenzung des Beteiligungsumfangs heranzuziehen. Nicht befriedigend wäre es auch, Gemeinden mit Rücksicht auf eine angenommene Repräsentantenstellung¹¹⁵ anstelle anderer Betroffener handeln zu lassen. Gemeinden halten das Gemeindewohl häufig irrig für das Gemeinwohl. Im übrigen ist eine paternalistische Interessendefinition kein hinreichender Ersatz für die Selbstdefinition der Interessen.

3. Verfahrenschancengleichheit

Erfolgen Vorabklärungen, so ist es wichtig, daß die Verfahrensbeteiligung der bisher Ausgeschlossenen in Folgeverfah-

¹¹⁴ Zwar gelten auch Informationen über den Entscheidungsstand als Teil der Erörterung (s. Feldhaus, Bundesimmissionsschutzgesetz, 2. Aufl., Stand Juli 1980, Rn. 17 zu § 10). Die Behörden müssen den Entscheidungsstand aber nicht von sich aus und umfassend thematisieren. Zu erwähnen ist allerdings, daß es neben dem Recht auf Einsicht in ausgelegte Unterlagen auch Akteneinsichtsrechte gibt, die jedoch im Ermessen der Behörde stehen (vgl. §§ 72 I VwVfG, 10 IV der 9 RImSchV)

 $^{^{115}}$ Dazu vgl. Schmidt-A β mann, VVDStRL 34, 251; Pfaff, VerwArch 1979, 1ff. m. w. Hinw.

ren auch real folgenreich werden kann. Rechts- und Interessengehör ist der interaktiven Struktur der Informationsverarbeitung anzupassen, und systematische Verzerrungen der Kommunikation¹¹⁶ sind abzubauen. Die Verwaltung hat eine positive Förderungspflicht zur Schaffung der Verfahrenschancengleichheit, einschließlich des gezielten Ausgleichs von Mängeln der Handlungskompetenz, insbesondere in den Fähigkeiten zur Interessenartikulation¹¹⁷.

4. Gegensteuerungselemente in der Entscheidungsorganisation

Systematische Verzerrungen der Wirkungschancen werden in den Verfahren verstärkt, in denen die Behörde die Rolle des Verteidigers eines Projekts gegen Einwender übernimmt und schon rein äußerlich das Prinzip der Entscheidungsoffenheit desavouiert. Im deutschen Verwaltungsrechtssystem ist eine gewisse parteiische Verstrickung der Behörde allerdings tendenziell angelegt. Die Verwaltung ist Entscheidungsträger, sie muß Gestaltungsspielräume aktiv nutzen, sie ist Partei und im Rahmen verhaltensstimulierender Verwaltungstätigkeit sogar auf einen gewissen Interessengleichklang mit einer weiteren Partei der mehrpoligen Beziehung, z.B. dem Anlagebetreiber. ausgerichtet. Um so wichtiger ist es, innerhalb der Verwaltung verstärkt Gegensteuerungselemente zur Neutralisierung vorhandener Verstrickungen einzubauen. Zu erwägen ist die Trennung von entscheidungsvorbereitender Behörde und entscheidender Behörde¹¹⁸. Wichtig ist die Einräumung von Mitwirkungs-(Zustimmungs-)Rechten und "Gegenmachtrollen" für Behörden, die eine Klientel mit unterschiedlichen Interessen haben¹¹⁹. Soweit die Konzentrationsmaxime gilt (vgl. §§ 13

¹¹⁶ Zu diesem Problembereich vgl. grundlegend Schütze, in: Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Interaktion vor Gericht, 1978, 19ff.

¹¹⁷ Dazu *Hoffmann-Riem*, in: ders. (Hrsg.), Bürgernahe Verwaltung?, 1980, 70 ff.

¹¹⁸ Vgl. auch Vorschläge zur organisatorischen Auslagerung der Entscheidungsvorbereitung, z. B. von *Schuppert*, AöR 102, 407 f. Zu Problemen der Mehrfachkompetenz in verschiedenen Verfahrensteilen vgl. BVerwG BayVBl 1980, 26 ff.

¹¹⁹ So auch *Bohne*, Rechtsstaat (Fn. 7), 258. Aber auch hier sind Unterlaufensstrategien zu erwarten, z.B. zu späte Informationen u.ä., vgl. *Hucke/Ullmann* (Fn. 7), 120. Vgl. ferner die Studie über ein amerikanisches Beispiel von *Billerbeck*, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 8, 1982, Manuskript 198.

BImSchG, 8 AtomG, 75 I VwVfG), sollte sie mit Sicherungen der wirksamen Verfahrensbeteiligung aller an der verdrängten Entscheidung beteiligten Behörden und mitwirkungsberechtigten Dritten verknüpft werden¹²⁰.

5. Erweiterung des Begründungsinhalts

Da auch die Darstellung/Begründung einer Entscheidung ein Mitgarant der Richtigkeit ihrer Herstellung sein kann¹²¹, ist in ihr auch darzulegen, ob und wieweit Vorausfestlegungen erfolgt sind, wodurch sie gerechtfertigt waren und wieweit sie auf die Folgeentscheidung eingewirkt haben.

Restriktive Anforderungen an die Anerkennung rechtswidriger Lagen

Ein Anreiz, rechtswidrige Vorausbindungen zu riskieren, kann dadurch genommen werden, daß die Beseitigung rechtswidrig geschaffener Lagen weniger als bisher in das Ermessen der Behörde gestellt wird, und daß der Folgenbeseitigungsanspruch gegenüber geschaffenen faktischen Lagen ausgebaut wird. Eine rückwirkende Inkraftsetzung eines Rechtsaktes nach erkannter Rechtswidrigkeit der Vorausbindungen ist nur vertretbar, wenn ausgeschlossen werden kann, daß die Vorausbindungen sich auf den Inhalt der Entscheidung ausgewirkt haben¹²². Im übrigen empfehlen sich verfahrensrechtliche Sicherungen bei der Neuentscheidung, so die Verlagerung

¹²⁰ Anders aber BVerwG DVBl 1977, 770 m. krit. Anm. Schrödter. Kritisch zu Recht Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1980, 116, 189.

¹²¹ Vgl. Scheffler, DÖV 1977, 768f. Vgl. auch Rupp, NJW 1973, 1773 und zur Relativierung solcher "optimistischer" Annahmen Hoffmann-Riem. AöR 101 (1976), 93.

¹²² Ähnlich Wolfrum, DÖV 1981, 613, und zwar für die Rechtsfolgen der Nichtbeteiligung der Träger öffentlicher Belange. Ähnlich auch OVG Münster BRS 30, Nr. 3 S. 11 (für die Heilung); s. auch OVG Berlin NJW 1980, 1121, 1123 (für die Rechtslage vor Inkrafttreten von §§ 155 a, b BBauG n.F.).

der Zuständigkeit auf eine andere Behörde¹²³: Die vorherige Entscheidung bedingt eine Art Befangenheit.

7. Folgen rechtlich mißbilligter Vorausbindungen

Ist nicht auszuschließen, daß eine rechtlich mißbilligte Vorausprogrammierung auf den Inhalt der Folgeentscheidung eingewirkt hat, so ist diese rechtswidrig¹²⁴. Zum Beispiel kann ein nachfolgender Plan ein Abwägungsdefizit enthalten; ein Folgeverwaltungsakt kann durch fehlerhafte Sachverhaltsaufklärung, durch Ermessensunterschreitung oder durch falsche Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs gekennzeichnet sein.

8. Gerichtsschutz

Auch wenn Verwaltungsverfahrensschutz unersetzbar ist. kann ergänzend auf Gerichtsschutz nicht verzichtet werden. Wichtig ist effektiver vorbeugender sowie nachträglicher Rechtsschutz. Gilt eine kooperative Absprache jedoch begünstigenden Maßnahmen, oder erstreckt sie sich auf einen Rechtsmittelverzicht, so kann eine umfassende Rechtskontrolle ausfallen¹²⁵. In mehrpoligen Rechtsbeziehungen wird der vom Tausch ausgeschlossene Dritte zum wichtigen, gegebenenfalls alleinigen Initiator auch objektiven Rechtsgüterschutzes. Würde dann aber — wie es einer Tendenz in der neueren Rechtsprechung entspricht¹²⁶ — der gerichtliche Prüfungsumfang im Rahmen der Schutznormtheorie begrenzt, so entstände ein teilweise kontrollfreier Raum in einem gegebenenfalls existentiellen Problemfeld. Wird in mehrpoligen Beziehungen die gerichtliche Kontrolle nur aus der Sicht des individuellen Schutzzwecks durchgeführt, so droht eine künstliche Zerstükkelung eines komplexen Regelungsfeldes, die den mehrpoli-

 $^{^{123}\,}$ Insoweit können allerdings Zuständigkeitsprobleme entstehen, so etwa in Folge von Art. 28 GG.

¹²⁴ Siehe BVerwGE 45, 321 f.; OVG Münster BRS Nr. 30, Nr. 3; OLG München BayVBl 1980, 505 f.; VGH BadWü BWVR 1978, 223, 225 f.

¹²⁵ Dieses Problem tritt auch in anderen Zusammenhängen auf — s. z.B. zu § 31 BBauG die Bemerkungen von *Finkelnburg/Ortloff* (Fn. 14), 272. Dies verdeutlicht die Notwendigkeit, mehr Möglichkeiten für objektiven Rechtsgüterschutz zu schaffen. Weiterführend auch OVG Hamburg, MDR 1977, 431, 433.

¹²⁶ Siehe oben Fn. 66.

gen Charakter notwendig verfehlt¹²⁷. Die Begrenzung der richterlichen Prüfung auf die Schutznormverletzung ist modifikationsbedürftig¹²⁸.

Auch muß für eine Kontrollmacht in solchen mehrpoligen Interessenbeziehungen gesorgt werden, in denen die Gerichtskontrolle völlig ausscheidet oder tauschähnlich "abgehandelt" worden ist. Sachgerecht erscheinen weitere Modifikationen des Prinzips eines primär individuellen Rechtsgüterschutzes¹²⁹. Weiterhin erwägenswert ist die Einrichtung neuer Kontrollträger, sei es als klagbefugter Ombudsmann oder als Verbandskläger.

G. Schlußbemerkung

Solche Stichworte, die sich erweitern ließen, deuten auf Ansätze zur Problembewältigung. Mir ging es darum, durch eine Analyse des faktischen Befundes und des normativen Umfeldes dafür vorsorgen zu helfen, daß die Selbstprogrammierungen der Verwaltung auch in der Grauzone zwischen rechtlichen und faktischen Bindungen und im Zusammenspiel mit dem Normadressaten erfaßt und gegebenenfalls Entstrickungen ermöglicht werden. Mein Ziel war es, kooperative Programmierungsleistungen mit wechselseitiger Selbstbindung nicht vorschnell zu verdammen, aber auch nicht übereifrig faktische Bindungen zu rechtlichen zu versteinern. Vor allem ging es mir darum, die realen Handlungsspielräume der Verwaltung zu erhöhen, dies allerdings nicht auf Kosten der mehrpoligen Interessenstruktur des Regelungsfeldes. Der vom Vorstand unserer Vereinigung listig in das Tagungsthema

¹²⁷ Nicht weitreichend genug daher die Ausführungen in BVerwGE 48, 67. Ansätze zur Auflösung bzw. modifizierenden Ersetzung der Schutznormtheorie bei *Scholz*, VVDStRL, 34, 198 ff., Fn. 232, 236, 240; *Baumann*, DÖV 1981, 40 ff.; vgl. auch *Wolfrum*, DÖV 1981, 611 sowie *Ramsauer*, DÖV 1981, 40 ff., 42 f.

¹²⁸ Auch der mittelbar Betroffene ist vor ungesetzlichen Beeinträchtigungen zu schützen (vgl. z.B. Brohm, VVDStRL 30, 272 f. m. Fn. 80). §§ 42 II, 113 I 1, IV I VWGO stehen nicht entgegen, da sie — richtiger Auffassung nach — nur die Beschwer regeln (vgl. Löwer, DVBl 1981, 530 m.w. Hinw.; str.). Die Unterscheidung zwischen Verletztenanfechtung und Drittanfechtung ist insoweit allerdings nicht überzeugend (anders Löwer, DVBl 1981, 531 f., 533). Vgl. auch Wolfrum, DÖV 1981, 612 f.

¹²⁹ Vgl. auch die Ansätze bei *Schmidt*, NJW 1978, 1773 ff., der allerdings die wichtige Unterscheidung von Klagebefugnis und Prüfungsumfang vernachlässigt. Vgl. auch *Scholz*, VVDStRL 34, 203, 205.

geschmuggelte Plural sollte auch eine Chance für die Einsicht bieten, daß es nicht genügt, wenn tauschmächtige Partner sich bipolar über Selbstbindungen der Verwaltung verständigen. Das Recht sollte auch dem mitbetroffenen Dritten und der Allgemeinheit eine realisierbare Chance geben, sich bei mehrpoligen Interessenbeziehungen in den Prozeß mehrpoliger Interessenzuordnung folgenreich einschalten zu können. Mehrpoliger Interessenschutz ist nämlich mehrpoliger Freiheitsschutz.

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Selbstbindungen der Verwaltung

- 1. Der Begriff "Selbstbindungen der Verwaltung" kennzeichnet Selbstprogrammierungen des Verwaltungshandelns, kombiniert mit selbstgewählten oder oktroyierten Bindungswirkungen. Bindende Selbstprogrammierungen folgen nicht nur aus generellen oder generalisierbaren Entscheidungen. Sie werden auch im Ablauf konkreter Problemlösungsprozesse mit zergliedertem Problemlösungsverhalten begründet.
- 2. Solche konkreten (Voraus-)Selbstbindungen gibt es bei horizontalen und vertikalen Zergliederungen der Problemlösung, in formellen und informellen Entscheidungsprozessen. Empirisch feststellbar ist eine "verschwiegene Verwaltungspraxis" mit vielfältigen Formen von rechtlichen und faktischen (Voraus-)Selbstbindungen im Zuge informeller Abklärungsprozesse vor Ablauf oder während eines Verwaltungsverfahrens. Hinzu kommen sonstige Formen einer zwischen Verwaltung und einzelnen Betroffenen konsentierten Vorprogrammierung des Verwaltungshandelns mit Bindungseffekten.
- 3. Gegenstand dieser Untersuchung ist nicht der unmittelbare Regelungsgehalt, sondern der Programmierungsgehalt von konkreten Entscheidungen mit (Voraus-)Selbstbindungen, d.h. das Setzen von Daten, die im Zuge der Lösung eines konkreten Problems in Folgeentscheidungen eingehen sollen.
- 4. Verwaltungsentscheidungen können zu rechtlichen Bindungen, zu Bindungsobliegenheiten, aber auch nur zu faktischen Äquivalenten für rechtliche Bindungen führen.
- 5. Die Verwaltungspraxis konsentierter Selbstbindungen entspringt einem starken Bedarf an Kooperation mit den Normadressaten, auf die eine imperative sowie eine verhaltensstimulierende Rechtsanwendung angewiesen sein kann. Einem wechselseitigen Entlastungs-, Orientierungs- und Bindungsbedarf entspricht die Entscheidungszergliederung mit konkreten Vorprogrammierungssegmenten, die z.T. mit rechtlichen und faktischen Bindungen verknüpft sind, häufig aber nicht zu rechtlichen Bindungen verfestigt werden, sondern im Rahmen

informellen Handelns als faktische ("doppelelastische") Bindungen belassen werden.

- 6. Kooperatives Verwaltungshandeln ist häufig inhaltlich auf mehrpolige Interessenbeziehungen ausgerichtet. Dennoch wird die konsentierte Vorprogrammierung häufig nur zweipolig ausgestaltet.
- 7. Bei konsentiertem Verwaltungshandeln bestehen Gefahren des Überspielens u. U. sogar des "kollusiven" Unterlaufens rechtlicher Vorgaben, der (faktischen) Senkung des Regelungsniveaus und der Anerkennung rechtswidriger faktischer Lagen.
- 8. Konsentiertes Programmierungsverhalten ist inhaltlich häufig tauschförmig ausgestaltet. Die Tauschförmigkeit kann zur übermäßigen Anerkennung der Prämissen des privaten Tauschpartners führen. Strukturell können die staatliche Gemeinwohlverpflichtung und die Interessen der nicht am Tausch beteiligten Dritten vernachlässigt werden.
- 9. Durch intensive Abstimmungsprozesse und den wechselseitigen Erfolgsverbund erfolgt ein selektiver Abbau der hoheitlichen Distanz. Asymmetrien der jeweiligen Macht drohen sich im Regelungsinhalt niederzuschlagen.
- 10. Verfahrenstransparenz für betroffene Dritte wird häufig gemieden und effektive Verfahrensteilhabe vereitelt. Rechtsgüterschutz droht ebenso verkürzt zu werden wie die politische Kontrolle.
- 11. Die praktizierten Formen zweipolig-kooperativer Entscheidungsprogrammierung fördern weder konkrete Befriedungseffekte für alle Betroffenen, noch ermöglichen sie übergreifend eine verbesserte faktische Legitimation des Verwaltungshandelns in kontroversen Problemfeldern.
- 12. Rechtliche Instrumente haben nur Aussicht auf wirkungsvolle Korrektur von Fehlentwicklungen, wenn sie in ihrer Struktur auf die Struktur des Steuerungsobjekts, also der Realität, abgestimmt sind.
- 13. Die einschlägigen Rechtsnormen sind vielfach auf eine prozeßhafte Konkretisierung der Normelemente und Zuordnung konfligierender Interessen angewiesen. Daher wird der Vorgang der realen Herstellung der Entscheidung nicht nur der äußere Verfahrensablauf ein wichtiges Element der Entscheidungsrichtigkeit, das neben die Richtigkeit des Entscheidungsergebnisses tritt.

- 14. Bei formellen Entscheidungssegmentierungen müssen schon für die Vorabentscheidung formell- und materiellrechtliche Anforderungen der Folgeentscheidung beachtet werden, wenn die Vorabentscheidung rechtliche Programmierungswirkungen für die Folgeentscheidung entfaltet. Geboten ist die größtmögliche Kongruenz von Betroffenheit, Beteiligung und Entscheidungsinhalt (Kongruenzgebot).
- 15. Das Kongruenzgebot strahlt auch auf faktische Programmierungswirkungen aus, die mit formellen oder informellen Vorabentscheidungen verbunden sind. Faktische Programmierungen dürfen nicht rechtlich binden, können aber in ihren inhaltlichen Wirkungen ein (teilweise) funktionales Äquivalent einer rechtlichen Bindung schaffen und als solches der Verwaltung zuzurechnen sein. Indizien der Zurechenbarkeit sind die auf (faktische) Bindungen gerichtete (objektivierte) Finalität der Vorabentscheidung sowie der (weitgehende) Gleichklang des Bestandsbedarfs von Begünstigtem und Verwaltung.
- 16. Belastende faktische Bindungsäquivalente dürfen nur geschaffen werden, wenn rechtliche Sicherungen zugunsten des Belasteten beachtet werden. Gegebenenfalls sind Sicherungen in analoger Anwendung solcher Normen zu entwickeln, die bei ähnlichen, rechtlich bindenden Entscheidungen eingehalten werden müßten. Dem Kongruenzgebot kann z.B. verfahrensmäßig ein Anhörungs- oder auch ein Akteneinsichtsrecht entsprechen. Rechtsschutz kann schon gegen die Vorabentscheidung zu gewähren sein.
- 17. Faktische Bindungsgehalte lösen keine rechtlichen Bindungen wie Bestandskraft, Präklusion oder Beschränkungen der Aufhebbarkeit u.ä. aus. Werden faktische Bindungen durch formelle Entscheidungen ausgelöst, so kann bereichsspezifisch vorzugswürdig sein, die Bindungen zu rechtlichen zu transformieren. Demgegenüber ist eine Formalisierung unformeller Vorabentscheidungen nur sehr begrenzt zu empsehlen, da disfunktionale Folgeprobleme vermieden werden müssen.
- 18. Anzustreben ist eine rechtliche Verfassung von kooperativ-tauschförmigem Verwaltungshandeln unter institutionalisierter Beachtung mehrpoliger Betroffenheit. Dabei ist jedenfalls bei komplexen, zukunftsoffenen Problemen für wechselseitige Regelungsflexibilität zu sorgen. Das Ausmaß des wechselseitigen Dispositionsschutzes muß mit dem wechselseitigen Flexibilitätsbedarf korrelieren.
- 19. Flankierend zu Schutzvorkehrungen auf der Ebene der Vorentscheidung sollten mehrpolige Schutzbedarfe auch auf

der Ebene der Folgeentscheidung befriedigt werden. Dazu gehören z.B. Offenlegungen der Vorabentscheidungen, Gegensteuerungselemente innerhalb der Verwaltungsorganisation sowie eine Erstreckung des Begründungsinhalts auf die Rechtfertigung der Vorprogrammierungen.

20. Ist nicht auszuschließen, daß rechtlich mißbilligte Vorprogrammierungen auf den Inhalt der Folgeentscheidung eingewirkt haben, so ist diese rechtswidrig. Geboten sind Vorkehrungen dagegen, daß subjektiver und objektiver Rechtsgüterschutz durch kooperativ-konsentiertes Programmierungshandeln vereitelt wird.

Selbstbindungen der Verwaltung

I.

Die Ambivalenz, die in dem gestern erörterten Thema enthalten war, setzt sich heute in signifikanter Weise fort. War es gestern das Gesetz, das sich nicht nur als rechtsstaatlicher Segen, sondern auch als Verrechtlichungs-Fluch gezeigt hat, weil es dem parlamentarischen Zauberlehrling über den Kopf gewachsen ist, so sind es heute die Formen der Selbstbindung der Verwaltung, die sich nicht nur als Mittel der Versachlichung, Gleichförmigkeit und Berechenbarkeit des Verwaltungshandelns, sondern in gleicher Weise als Instrumente zur mißbräuchlichen Umgehung von Gesetzesbefehlen oder zu einer unsachlichen Arkanpolitik der Verwaltung erweisen.

Dies macht es verständlich, daß die Fragen der administrativen Selbstbindung praktisch alle rechtlichen Ordnungsprinzipien der Verwaltung berühren: denn mit der Möglichkeit der Verwaltung, sich selbst zu binden, stehen das demokratische Prinzip und der Gewaltenteilungsgrundsatz in Frage, mit der Möglichkeit, Maßstäbe für das eigene Handeln zu setzen, stehen die Rechtsstaatlichkeit und der Rechtsschutz des Bürgers in Frage, mit der Möglichkeit, sich selbst zu beschränken, steht letztlich etwa auch das verfassungsrechtliche Wirtschaftlichkeitsprinzip in Frage.

Diese Problematik wird noch dadurch verschärft, daß manche Formen der administrativen Selbstbindung durch Formfreiheit und durch mangelnde Publizität gekennzeichnet sind. Es ist diese Formlosigkeit und mangelnde Publizität, die Selbstbindungen der Verwaltung oft in den Verdacht des Mißbrauchs und der Umgehung rückt.

Dabei ist der Umfang der Selbstbindungen der Verwaltung keineswegs gering zu veranschlagen. Denn zum einen macht die Determinierung der Verwaltung durch Verfassung und Gesetz — selbst in den kasuistisch geregelten Bereichen der Eingriffsverwaltung — nur einen Teil der Entscheidungsprämissen aus. Zum anderen unterliegt der nach außen handelnde Beamte in seiner täglichen Arbeit Bindungen, die in ihrer Zahl und Intensität gar nicht hoch genug veranschlagt werden

können. Es ist gewissermaßen die Differenz zwischen den gesetzlichen Bindungen und dem letztendlichen rechtlichen Gebunden-Sein des Beamten, die den Bereich der administrativen Selbstbindungen ausmacht.

II.

Organisationstypologisch gesehen lassen sich die Selbstbindungen der Verwaltung drei Aspekten zuordnen: Den zunächst internen Eigenbindungen der Organisation an und für sich; den Bindungen, die aus dem Kontakt zwischen Organisation und Organisationsumwelt erwachsen; und den Bindungen, die mit der externen Aufgabenwahrnehmung, mit dem Wirken nach außen entstehen.

1. Für eine Reihe dieser Selbstbindungen ist es charakteristisch, daß sie der Verwaltung — unabhängig von der Aufgabenwahrnehmung im Einzelfall — bereits strukturell anhaften. Solche Bindungen bestehen zunächst schon in der Organisiertheit der Verwaltung, in der Untergliederung in eine große Zahl von Verwaltungsstellen, in interenen Untergliederungen, insgesamt in einer höchst detaillierten Aufteilung von Wahrnehmungszuständigkeiten. Keine Verwaltungsstelle, kein Verwaltungsbediensteter kann und darf alles das, was "die Verwaltung" kann und darf.

Mit der Wahl spezieller Organisationsformen sind weitere funktionale Beschränkungen verbunden, die sich aus der Struktur und aus den staatsrechtlichen Besonderheiten der einzelnen Organisationsformen in bezug auf Selbständigkeit, Flexibilität und Kontrollzusammenhänge ergeben.

Die arbeitsteilige Organisation der Verwaltung impliziert nicht nur im negativen Sinn "Unzuständigkeiten", sondern auch im positiven Sinn Kooperationspflichten, insbesondere beim Auseinanderfallen von Innen und Außen oder von Sache und Geld: Überschneidungen in den Wahrnehmungszuständigkeiten lösen Pflichten zur Berichterstattung, zur Anhörung, Mitwirkung oder Zustimmung aus.

Zum wachsenden Koordinationsbedarf kommt ein wachsender Kontrollbedarf: Es werden Innenrevisions- und Buchhaltungsabteilungen gegründet, und in der Form der modern gewordenen "begleitenden Kontrolle" wird das verwaltungsinterne Mißtrauen institutionalisiert.

Institutionalisiert werden Koordination, Kooperation und Kontrolle auch in einer Vielzahl von Kollegialorganen, Ausschüssen, Beiräten und Kommissionen, die spezifische Beschränkungen auslösen, weil sie Kompromißdruck erzeugen, rechtliche Bindungen unterlaufen und neue gruppenspezifische Bindungen erzeugen. Ins Subjektive gewendet, entsprechen den Mehrfachzuständigkeiten Mehrfachfunktionen der Spitzenbeamten. Ihre Multipräsenz erzeugt Mehrfachloyalitäten und im weiteren mehrfache koordinierende Hinsichts- und Rücksichtsbindungen.

Spezifische Eigenbindungen erwachsen aus den Grundelementen jeder Organisation, aus Geld, Personal und Zeit, und zwar sowohl bei Überfluß als auch bei Mangel. Bei Überfluß muß damit etwas geschehen, bei Mangel müssen Prioritäten gesetzt werden: Knappe Förderungsmittel erzwingen verwaltungsgerichtsfeste Aufteilungsschlüssel, knappe Mittel der Auftragsverwaltung erzwingen ein Zurückstellen von Geplantem. Unzureichendes Personal und knappe Zeit verhindern, daß alle Aufgaben ordnungsgemäß erfüllt werden; es kommt zu Stichproben, zur Einstellung komplizierter Verfahren, man beschränkt sich auf das Einfache und Kurzfristige . . . das imposante Bild das Frido Wagener¹ auf der Bonner Tagung gezeichnet hat, kann hier nur in Erinnerung gerufen werden.

In alledem wird der Vorrang des Formalen vor dem Materiellen deutlich: interne Berichte, Verwendungsnachweise, Statistikberichte müssen jedenfalls abgefaßt werden. Prioritäten werden aber auch dadurch gesetzt, daß bestimmte Angelegenheiten die Aufmerksamkeit gewichtiger Außenstehender oder gar der Medien erweckt haben. Rechnungshofs-, Ombudsmanoder andere Kontrollen lassen es dem Beamten angezeigt scheinen, sich lieber in dieser Hinsicht abzusichern und den nicht sehr schwerwiegenden Vorwurf unerledigter Arbeit in Kauf zu nehmen.

Routineverwaltung, d.h. diejenige Verwaltung, die unsere Lehrbücher unter der Bezeichnung "Verwaltung im funktionellen Sinn" vor Augen haben, ist somit diejenige Verwaltung, die nach Abzug der Innenverwaltung und der von außen vorgegebenen Prioritätensetzungen noch übrig bleibt. Ein Teil dieser Routineverwaltung wird schließlich durch spezifische Beharrungskräfte gebunden, z.B. durch die Beharrungskraft des einmal Begonnenen, durch den Reparaturbedarf am Fehlerhaften. Alles das geht natürlich auf Kosten der knappen Zeit und des knappen Personals.

Eigenbindungen erwachsen schließlich auch aus dem spezifischen Funktionieren der Organisation. Der einzelne Beamte ist Mitglied eines Verbandes. Er wächst daher kraft Mitmachens in ein Team und in eine Routine hinein. In Anbetracht des geflügelten Wortes: "Herr Kollege, ich weiß nicht was Sie

¹ VVDStRL 37, 215.

an Ihrer Universität gelernt haben, aber wir machen das so und so", erweist sich nicht nur die Routine als das Mittel der Ausbildung des Beamten, sondern erklärt sich auch die weitgehende Überflüssigkeit förmlicher Weisungen durch Vorgesetzte. Das informell geäußerte "Wir haben das schon immer so und so gemacht" ist die denkbar stärkste Bindung, die es in Organisationszusammenhängen überhaupt geben kann.

Eine weitere bindende Integration und Koordination in der Vielfalt der Verwaltungsstellen ist die Verwaltungsverordnung, die *Dienstanweisung*, das Rundschreiben, der Erlaß. Ist die Routine das Mittel der Ausbildung des Beamten, so ist die Dienstanweisung das Mittel der Fortbildung des Beamten. In der Dienstanweisung erhält er einen für alle praktischen Bedürfnisse ausreichenden Kommentar zu den einschlägigen Gesetzen "in der jeweils geltenden Fassung". Die Dienstanweisung entlastet daher den Beamten in mehrfacher Hinsicht: Sie entlastet ihn nach oben, gegenüber dem Vorgesetzten, nach außen, gegenüber dem Bürger, und vor sich selbst, in der persönlichen Mühewaltung.

Wird es dennoch einmal kritisch, so gibt es aus dem Instrumentarium der Eigenbindungen mehrere Möglichkeiten der Rückversicherung. Man holt Weisung ein und sichert sich nach oben ab, man wirft eine Frage gegenüber den anderen Verwaltungsstellen auf und bittet um "Stellungnahme zwecks einheitlicher Vorgangsweise" und sichert sich so innerhalb der "Fachbruderschaft" ab oder man holt ein Sachverständigengutachten ein und sichert sich so in der Sache ab. Organisatorisch-funktionelle Bindungen und Bindungsmöglichkeiten werden so zu willkommenen, weil entlastenden Eigenbindungen.

Alle diese beispielhaft rekapitulierten Eigenbindungen der Verwaltung sind nicht nur organisationssoziologisch von Interesse, denn sie können, wie das in Deutschland traditionelle Thema der "Selbstbindung" im Singular beweist, im Kontakt mit dem Bürger zu Selbstbindungen im Rechtssinne werden. In dem Maße, in dem die Verwaltung in Kontakt zu ihrer Umwelt tritt, tritt sie als vielfach gebundene Organisation in Erscheinung:

Der Bürger releviert das organisatorische Gebunden-Sein der Behörde, sei es negativ in der Form der Rüge der Unzuständigkeit, sei es positiv, indem er einer Ermächtigung eine Verpflichtung zum Tätigwerden² entnimmt.

² Vgl. z. B. Knemeyer, DÖV 1978, 11.

Der Bürger releviert die mangelnde Koordination und Mitwirkung als Verfahrensmangel oder er rügt Mehrfachfunktionen als Befangenheit.

Der Bürger bekämpft Verteilungsschlüssel bei knappen Mitteln als sachlich nicht gerechtfertigt, oder er rügt eine stichprobenweise Kontrolle oder ein punktuelles Einschreiten als Willkür.

Er moniert die Nichtverfolgung seiner Anzeige eines Dritten ebenso wie die Säumnis in seiner eigenen Sache.

Und schließlich schreckt er auch vor dem Allerheiligsten, vor der Intimsphäre der Verwaltung nicht zurück und beruft sich auf Verwaltungsvorschriften und Dienstanweisungen, auf Weisungen und Stellungnahmen, auf Routine und Praxis, die in seinem Fall nicht berücksichtigt worden sind. Allerdings — und hierin zeigt sich die problematische Asymmetrie der in einem mechanistisch-formalen Verständnis vom Gleichheitssatz wurzelnden Selbstbindungslehre — immer nur soweit es für ihn günstig ist.

2. Eine weitere Gruppe von Selbstbindungen erwächst aus dem Verkehr zwischen Verwaltung und Verwaltungspublikum, sei dieser Kontakt in generalisierter oder personalisierter Form.

Behörden und Ämter wenden sich generell an das Publikum mit Ankündigungen, öffentlichen Ausschreibungen, Hinweisen, Bekanntmachungen, in neuerer Zeit auch mit Verbraucherbroschüren oder Zeitungsinseraten. Die Juristen treffen hier subtile Unterscheidungen danach, ob es sich um eine Willenserklärung oder um eine Wissenserklärung handelt, ob eine Norm oder eine Empfehlung oder nur ein Hinweis vorliegt. Weiters danach, ob die Bekanntmachung im öffentlichen Recht oder im Privatrecht wurzelt, ob es sich etwa um einen hoheitlichen Aufruf oder um die Bekanntgabe zivilrechtlicher allgemeiner Geschäftsbedingungen handelt.

Solche Unterscheidungen treffen allerdings nur die Juristen. Für den Bürger ist dagegen eine staatliche Bekanntmachung ebensogut wie eine andere. Stets erfährt er offiziell, wie die Dinge stehen und verläßt sich darauf. Und daher entsteht die Frage des Vertrauensschutzes, und zwar allein deshalb, weil es sich um eine offizielle Äußerung, um eine Äußerung einer nicht offenkundig unzuständigen Verwaltungsstelle an ihr spezifisches Publikum handelt.

Die Frage des Vertrauensschutzes ist jedoch nur das rechtlich nach außen weisende Gesicht, dessen nach innen gewandtes Gesicht die Selbstbindung der Verwaltung an ihre eigenen Publikationen ist.

Über diesen noch relativ statischen Aspekt des Gebunden-Seins kraft Publikation geht der dynamische Aspekt der Beständigkeit hinaus. Ohne Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit kann der Bürger sein Leben und Handeln nicht sinnvoll planen und organisieren. Daher drängen diese Interessen auf eine gewisse Statik des einmal Verlautbarten. Wo eine solche Beständigkeit nicht zu erzielen ist, drängen sie zumindest auf einen Schutz vor Überraschungen, auf Vorankündigungen, die eine Vorbereitung und Umstellung ermöglichen.

Noch enger gestalten sich die Beziehungen bei der persönlichen Kontaktaufnahme: Wenn der Bürger mit dem Beamten über seine Sache spricht. Es entsteht eine Gesprächssituation, in der es zu einem Informationsaustausch, zu Auskünften, Vorhaltungen, Absichtserklärungen, Vorschlägen kommt. Naturgemäß werden in dieser Gesprächssituation auch Erklärungen abgegeben, die beim Bürger zumindest den Eindruck von Zusagen und Zusicherungen erwecken. Der Beamte belehrt den Bürger, daß er keine Einwendungen hätte, falls der Antrag in dieser oder jener Form abgeändert würde, oder daß von einem Verfahren abgesehen werden könnte, falls an einer überlauten Maschine diese oder jene Lärmschutzeinrichtungen angebracht würden...

Derartige formlose oder auch förmlich protokollierte Gesprächssituationen stehen im Zentrum des Verwaltungsalltags. Und dieses Gespräch wäre sinnlos, wenn es nicht von einer grundlegenden, qualifizierten Loyalitätspflicht der Verwaltung getragen wäre. Daher ist es die Loyalitätspflicht in der personalisierten Gesprächssituation, die Überlegungen über Treu und Glauben und damit über eine gewisse Selbstbindung der Verwaltung aus dem Gespräch gebietet.

3. Als dritte Form der Selbstbindungen sind schließlich die durch Aktivitäten der Verwaltung ausgelösten Bindungen zu nennen: Einerseits in der Form der Rechtsetzung, andererseits im sonstigen Verwaltungshandeln.

In den Formen der generellen Rechtsetzung wie auch in den Formen der individuell-konkreten Rechtsetzung erzeugt die Verwaltung Rechtsnormen, als Rechtsverordnungen, Staatsverträge, Satzungen, Verwaltungsakte, öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verträge. Diese Normen sind während der Dauer ihrer Geltung auch für die Verwaltung verbindliche Bestandteile der Rechtsordnung. Hier kann "Selbstbindung" nur das nach innen weisende Gesicht der nach außen wirkenden Verbindlichkeit bedeuten. Wollte man diese Fragen untersuchen, so wären weite Teile des Allgemeinen Verwaltungsrechts zu durchschreiten, bis hin zu den Phänomenen, die den

geistigen Vater unseres Themas, *Martin Bullinger*, schon in den Fünfziger Jahren beschäftigten, den selbstbindenden Selbstermächtigungen im Verordnungsweg³.

Aber nicht nur die Rechtsetzung löst Selbstbindung aus, auch anderes Verwaltungshandeln kann selbstbindend sein: Mit der Errichtung eines Hallenbades bindet sich die Gemeinde nach den einzelnen Gemeindeordnungen grundsätzlich zur Zulassung jedes Gemeindebürgers. Mit einer Beschlagnahme bindet sich die Verwaltung zur ordnungsgemäßen Verwahrung und Obsorge. Mit jedem rechtswidrigen Handeln kann die Verwaltung zu Folgenbeseitigung, Schadensminderung oder Schadensersatz verbunden sein. Diese willkürlich herausgegriffenen Beispiele zeigen, daß jedes schlichte Ins-Werk-Setzen durch die Verwaltung bindungsauslösend sein kann.

Wollte man diese an ein Handeln geküpften rechtlichen Folgepflichten untersuchen, so wären weite Teile des Besonderen Verwaltungsrechts zu durchschreiten. Beides könnte nur in kursorischen Nebensätzen erfolgen, die aus dem Blickwinkel der Bindung der Verwaltung kaum Neues bringen könnten. Daher bleiben diese beiden Aspekte im folgenden außer Betracht.

III.

Wenn von rechtlichen *Bindungen* die Rede ist, so ist oft ein Minus oder Aliud gegenüber der rechtlichen "Verbindlichkeit" gemeint. Bei *Jesch*⁴ etwa lesen wir: "Solange ein VA noch anfechtbar ist, fehlt ihm sicherlich die formelle Rechtskraft, trotzdem kann er bindende Wirkung äußern." Und in ähnlichem Sinn ist von bindenden Stellungnahmen oder bindenden Zusagen die Rede, in Unterscheidung zur "Verbindlichkeit".

Verbindlichkeit ist eine Qualität, die Rechtsnormen während der Dauer ihrer Geltung zukommt. Eine Norm verpflichtet zunächst bestimmte Normadressaten. Über Verweisungen, Tatbestands- und Vorfrageregelungen wirkt die Norm aber gleichzeitig über die primären Normadressaten hinaus. Für solche Konstellationen wird vielfach der Begriff der Beachtlichkeit verwendet: Aus einem Feststellungsbescheid wird definitionsgemäß niemand verpflichtet, dennoch ist er während der Dauer seiner Geltung verbindlicher Bestandteil der

³ Die Selbstermächtigung zum Erlaß von Rechtsvorschriften, Heidelberg 1958. Mit den Fragen der Selbstbindung beschäftigte sich *Bullinger* zudem in mehreren späteren Arbeiten.

⁴ Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Erlangen 1956, S. 29.

Rechtsordnung und deshalb auch für andere Behörden beachtlich.

Der Begriff der Beachtlichkeit weist aber gleichzeitig über den Bereich der Normen hinaus: Von Beachtlichkeit wird gerade auch dort gesprochen, wo die rechtliche Relevanz von Akten begrifflich erfaßt werden soll, die keine Rechtsnormen sind. Von den Mustersatzungen im österreichischen Sozialversicherungsrecht wird beispielsweise gelehrt, daß sie zwar keine Verordnungen, aber dennoch für die Versicherungsträger beachtlich sind⁵. Der Beachtlichkeit korrespondiert jedenfalls eine Auseinandersetzungspflicht, und es ist diese Auseinandersetzungspflicht, die für die hier zu erörternden Formen der Selbstbindung der Verwaltung charakteristisch ist.

Allerdings bedarf der Begriff der Beachtlichkeit der Eingrenzung: Rechtliche Beachtlichkeit kann sich nur aus der Maßstäblichkeit des Rechts ergeben. Rechtliche Beachtlichkeit im weitesten Sinn bedeutet daher stets Rechtserheblichkeit.

Die Verwaltungsrechtsdogmatik stellt beispielsweise die Beurkundungen den normativen Verwaltungsakten gegenüber. Beurkundungen bringen Wissenserklärungen über Unbestrittenes zum Ausdruck, sie sind keine Rechtsquellen. Wolff/ Bachof stellen die Beurkundungen unter die Überschrift: "Verwaltungsrechtliche Rechtshandlungen, deren Rechtsfolgen auf Grund von Verwaltungsrechtssätzen eintreten." Es wird damit zum Ausdruck gebracht, daß mit Beurkundungen Rechtswirkungen verbunden sind, die gerade in einer Rechtsbindung bestehen können. Diese Bindung ergibt sich aus der Rechtserheblichkeit von Beurkundungen unter denjenigen verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die die Beweiskraft öffentlicher Urkunden regeln, im weiteren aus spezialgesetzlichen Bestimmungen. Jedenfalls binden Beurkundungen in rechtlicher, nicht bloß faktischer Hinsicht, weil sie rechtserheblich sind. Daher sind vielfach als "faktische" mißverstandene Bindungen über ihre Rechtserheblichkeit in Wahrheit rechtliche Bindungen.

Rechtserheblichkeit ist ein allgemeiner Begriff. Er hilft Verbindlichkeit neben Rechtskraft und Geltung zu erkennen, er sagt aber nichts aus über Bezüge und Richtung der Erheblichkeit. Im Kern der Formen der administrativen Selbstbindung steht die Rechtserheblichkeit für die Orientierung von Verwal-

⁵ Clemens Jabloner, Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, 1977, S. 96 f.

⁶ Verwaltungsrecht, Band 1, 9. Aufl. S. 366.

tungshandeln, für den Inhalt von Entscheidungen. Von bindungsvermittelnden Normen soll daher bei denjenigen normativen Zusammenhängen die Rede sein, die die Zusammenstellung und Würdigung der für das Verwaltungshandeln maßgeblichen Gesichtspunkte regeln.

Derartige bindungsvermittelnde Normen bestehen in großer Zahl. Grundsätzlich ist jeder gesetzlichen Handlungsermächtigung die Pflicht zur Beachtung und Würdigung der erheblichen Gesichtspunkte immanent. Besonders deutlich wird dieser Zusammenhang allerdings in den traditionellen "Beurteilungsermächtigungen", in der freien Beweiswürdigung, im Abwägungsgebot, in der Ermessensermächtigung, nicht zuletzt in den Leitprinzipien einer guten Verwaltungsführung, im Sachlichkeitsgebot, im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, im Grundsatz von Treu und Glauben . . .

Vor allem aber sind es der Gleichheitssatz und das Amtshaftungsrecht, die im Umkreis um die Themen der administrativen Selbstbindung immer wieder hervorgehoben werden. Der Gleichheitssatz enthält u.a. das Gebot: Vollziehungsorgan, verhalte Dich sachlich, also so, daß jede Frage gemäß ihren Eigentümlichkeiten behandelt wird, vermeide insbesondere sachlich nicht gerechtfertigte Unterscheidungen. Dem Amtshaftungsrecht liegt das Gebot zugrunde: Verhalte Dich so, daß gegenüber dem Bürger nicht Amtspflichten verletzt werden.

Es ist einleuchtend, daß praktisch jedes Verwaltungshandeln vor diesen beiden Geboten rechtserheblich ist. Überall dort, wo speziellere bindungsvermittelnde Normen nicht ersichtlich sind, bei Auskünften, Zusagen oder ständigen Verwaltungspraktiken, wird daher auf diese Gebote zurückgegriffen, um ein Gebunden-Sein der Verwaltung darzutun.

Dennoch ist selbstverständlich nicht jedes Verwaltungshandeln bereits bindend, auch nicht vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes und des Amtshaftungsrechts. Dies deshalb, weil wir unvollständige Normen vor uns haben. Der Gleichheitssatz sagt nicht, was sachlich ist, er vermag nur auf die Eigenheiten, Strukturen und Zusammenhänge der jeweiligen Sache zu verweisen. Das Amtshaftungsrecht sagt nicht, was amtspflichtwidrig ist, es verweist vielmehr auf andere, solche Amtspflichten begründende Normen. Mit der Feststellung, daß ein Verwaltungshandeln unter dem Gleichheitssatz oder unter dem Amtshaftungsrecht rechtserheblich ist, ist daher noch nicht allzuviel gewonnen.

So wie der Begriff "Verwaltungsakt" enthält auch der Begriff der Selbstbindung zwei Aspekte, den dynamischen des Sich-Bindens und den statischen des Gebunden-Seins. Selbst-

bindung als Vorgang besteht darin, daß die Verwaltung in einer Weise handelt, die im Hinblick auf bindungsvemittelnde Normen erheblich ist. Nicht geboten ist eine intentionale Ausrichtung des Verwaltungshandelns auf eine Selbstbindung, rechtliche Selbstbindung kann vielmehr auch das objektive Ergebnis des Verwaltungshandelns sein. Gleichwohl wird einer objektiviert erkennbaren Intention in der Regel interpretative Bedeutung zukommen.

Selbstbindung als Zustand besteht in der Beachtlichkeit von Akten, und zwar in der materiell-rechtlichen Beachtlichkeit im Sinne der Maßgeblichkeit von aktuell Rechtserheblichem und in der verfahrensrechtlichen Beachtlichkeit im Sinne einer Auseinandersetzungspflicht.

Fritz Ossenbühl¹ betont daher zu Recht immer wieder, daß administrative Selbstbindung die Verwaltung "anders bindet" als das Gesetz. Rechtsnormen sind vom rechtsanwendenden Organ grundsätzlich in ihrer Gegebenheit und Verbindlichkeit hinzunehmen und anzuwenden. Die in einer darüber hinausgehenden, allgemeineren Rechtserheblichkeit gründenden Selbstbindungen zeigen sich dagegen in einer unselbständigen Beachtlichkeit. Verbindlichkeit erfahren Selbstbindungen erst aus der Verbindlichkeit des Verwaltungshandelns, in das sie einmünden.

Wie alles Rechtserhebliche bedürfen auch die in einer Rechtserheblichkeit gründenden Selbstbindungen der Auslegung, und zwar bezogen auf ihr Telos, auf das letztendliche Verwaltungshandeln, in das sie einmünden. Dietrich Jesch⁸ hat dargelegt, daß es erstens einer Interpretation des bindungsauslösenden Aktes, zweitens einer Beurteilung der Erheblichkeit und Präjudizialität dieses Aktes und drittens einer Interpretation der bindungsvermittelnden Norm bedarf. Aus alledem kann sich eine nahezu unendliche Vielfalt von Arten und Graden rechtlicher Bindung ergeben, die von einer schlichten Beachtlichkeit bis zu einer sich der normativen Verbindlichkeit nähernden Rechtsbindung reichen kann. Daher sind Überlegungen, die etwa "die" Bindungswirkung von Zusagen dartun wollen, schon im Ansatz verfehlt⁹.

⁷ Zuletzt: in *Erichsen/Martens* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 1981, S. 87.

⁸ A.a.O.S. 26ff.

⁹ So zu Recht schon Wilfried Fiedler, Funktion und Bedeutung öffentlich-rechtlicher Zusagen im Verwaltungsrecht, Karlsruhe 1977.

Beispielsweise kann sich erst aufgrund einer Würdigung aller Umstände und Zusammenhänge des Einzelfalles ergeben. ob eine bestimmte Äußerung eines Verwaltungsorgans als Zusage zu verstehen ist, ob ein Verwaltungshandeln als vertrauensauslösende Empfehlung oder "Veranlassung" zu deuten ist oder ob eine beliebige Kette von Entscheidungen bereits als "ständige Praxis" zu werten ist. Wenn weiters das Gegeben-Sein einer Verwaltungspraxis außer Streit steht, so kann sich diese zu einer Rechts- und Sachlage entwickelt haben, die der zur Entscheidung anstehenden Rechts- und Sachlage gar nicht vergleichbar oder in einigen Aspekten verwandt oder aber in allen erheblichen Gesichtspunkten gleich ist. Dementsprechend unterschiedlich wird die Beachtlichkeit dieser Praxis im Einzelfall sein. Schließlich kann eine dogmatische Analyse des bindungsvermittelnden Normzusammenhanges einen unterschiedlich hohen Stellenwert einer Bindung ergeben. Im Rahmen der regelmäßig mehreren entscheidungserheblichen Gesichtspunkte kann ein Selbstbindungsaspekt zentral im Vordergrund stehen, so daß - wie bei der Zusicherung im österreichischen Staatsbürgerschaftsrecht oder bei Kettenverwaltungsakten - eine anderslautende Entscheidung nur in ganz besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommt. Diese dogmatische Analyse kann auch ergeben. daß eine bestehende Bindung gegenüber anderen gewichtigeren Gesichtspunkten zurückzutreten hat.

Dazu können sich dann noch weitere Auslegungsfragen gesellen, etwa inwieweit im Falle der Nichterfüllbarkeit einer Zusage wenigstens die Pflicht zum Bemühen um einen rechtmäßigen alternativen Weg oder letztlich ein Entschädigungsanspruch bestehen.

Die rechtliche Bindungswirkung der Selbstbindungen der Verwaltung unterscheidet sich von der Verbindlichkeit der Normen auch insoweit, als der gebundenen Verwaltung Möglichkeiten offenstehen, die Bindung aus eigener Kraft aufzuheben oder ihr entgegenzuwirken, die Bindung zu "überwinden", wie das BVerwG sagt¹⁰.

So können Bekanntmachungen, Auskünfte oder Zusagen widerrufen werden, können Verwaltungsvorschriften aufgehoben, Praktiken abgebrochen werden. Auf diese Weise können Selbstbindungen ihres Bindungspotentials entkleidet werden. Dazu können sich weitere Auslegungsfragen gesellen, etwa inwieweit im Falle der Aufhebung einer Bindung für härtemildernde Übergangslösungen vorzusorgen ist.

¹⁰ BVerwGE 45, 309 (318).

Eine Zwischenstellung zwischen der Auslegung und der Aufhebbarkeit nehmen diejenigen Fälle ein, in denen ein Verwaltungsorgan einer Bindung entgegenwirken kann: Denn über die bloß interpretative Ermittlung des bindenden Gehalts geht es hinaus, wenn ein Verwaltungsorgan eine Beurkundung nicht in ihrer kraft Rechtsvermutung bestehenden bindenden Wirkung hinnimmt, sondern den Nachweis der Unrichtigkeit der Beurkundung unternimmt. Über eine bloße Auslegung geht es auch hinaus, wenn es ein Verwaltungsorgan unternimmt, sich mit den besseren Gründen über das Votum eines zur Stellungnahme berechtigten anderen Verwaltungsorgans hinwegzusetzen.

Der rechtliche Gehalt von Selbstbindungen der Verwaltung kann sich daher nur aus einer mehrschichtigen Auslegung von bindungsauslösendem Akt, Rechtserheblichkeit, bindungsvermittelnder Norm und den Dispositionsmöglichkeiten der Verwaltung ergeben.

IV.

Für die hier untersuchten Selbstbindungen der Verwaltung ist es charakteristisch, daß sie die Rechtslage des Bürgers nicht unmittelbar tangieren. Sie konkretisieren den rechtlichen Rahmen der Verwaltung und haben für den Bürger zunächst nur potentielle rechtliche Bedeutung.

Selbstbindung drängt aber in Verbindlichkeit (wie das fieri ins factum, das agere ins actum¹¹). Im Anwendungsfall, wenn die Verwaltung gegenüber dem Bürger als gebundene, als konkreter determinierte auftritt, gewinnen administrative Selbstbindungen für den Bürger in vielfältiger Weise aktuelle rechtliche Bedeutung. Daher muß iede zum Gesetzesbefehl hinzutretende Bindung der Verwaltung, selbst dort, wo sie nur in eine schlichte Beachtlichkeit mündet, eine rechtsstaatliche sein: sie muß insbesondere ein Minimum an Publizität einhalten und dem Bürger adäguate Rechtsschutzmöglichkeiten offenhalten. Denn wenn eine rechtliche Bindung besteht, muß sie der Bürger durchsetzen können; wenn eine rechtlich nicht bestehende Bindung zu Unrecht aufgegriffen wurde, muß sie der Bürger abwehren können; wenn der mit der Bindungswürdigung verbundene Abwägungsvorgang fehlerhaft erfolgte, muß der Bürger eine Korrektur erzwingen können.

In den Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber administrativen Selbstbindungen ist der Bürger aber in hohem Maße beschränkt:

¹¹ Adolf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1927, S. 174.

- * Der Bürger muß sich auf ein "subjektives öffentliches Recht" stützen können und dessen Verletzung dartun. Solche subjektiven öffentlichen Rechte ergeben sich aber aus Verfassung und Gesetz und gerade nicht aus den Formen der administrativen Selbstbindung wie Verwaltungsverordnung, Weisung oder Verwaltungspraxis.
- * Die vom Bürger anrufbaren Rechtsschutzeinrichtungen sind auf eine sogenannte Rechtskontrolle beschränkt, eine Zweckmäßigkeitskontrolle ist ihnen in der Regel verwehrt. Zwar bedeutet der Ausschuß der "Zweckmäßigkeitskontrolle" nicht die normative Anerkennung von Bereichen administrativer Willkür und rechtlich ungebundener Verwaltung, doch sind in diesem Bereich nach traditionellem Verständnis Entscheidungsdeterminanten angesprochen, die zu Gesetz und Rechtsverordnung hinzutreten, somit viele Formen der administrativen Selbstbindung.
- * Schließlich ist speziell angeordnet, daß Ermessensentscheidungen nur eingeschränkt nachprüfbar sein sollen.

Insgesamt gesehen erscheinen weite Bereiche des Rechtsschutzes des Bürgers als überhaupt nicht aufgreifbar. Denn gerade im Hinblick auf die Rechtsposition des Bürgers wurden die traditionellen Begriffspaare Innenrecht und Außenrecht, Ermessen und Gebundenheit, Opportunität und Legalität, Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit in jeweils rechtsund rechtsschutzbeschränkender Funktion entwickelt.

Auf diese Weise sind zwei Rechtslagen entstanden, die Rechtslage des Amtswalters mit ihrer großen Zahl über Verfassung, Gesetz und Rechtsverordnung hinausgehender, interner rechtlichen Bindungen auf der einen Seite, und die nur das förmlich Kundgemachte umfassende Rechtslage des Bürgers auf der anderen Seite, auf die die Verwaltungsbindungen gleichsam nur reflexartig einwirken.

Dennoch stehen diese "zwei Rechtslagen" einander nicht absolut und unvermittelt gegenüber. Sie werden vielmehr durch die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürger verbunden.

Zunächst ist allen rechtlichen Bindungen der Verwaltung gemeinsam, daß sie in die Amtspflichten des einzelnen Amtswalters einfließen, um in ein Amtshandeln zu münden¹².

In diese Amtspflichten gehen die Gesetzesbefehle ebenso ein wie die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze und die verschiedenen Konkretisierungen der Gesetzesbefehle. Für den Amtswalter besteht da kein Unterschied, für ihn

¹² Vgl. dazu Friedrich Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, Berlin 1977.

stellt sich kein Rangproblem. Für ihn besteht ein Konglomerat bindender Normen, die in seiner Amts- und Dienstpflicht zur korrekten Amtsführung zusammenfließen. Er hat sie daher harmonisierend zu deuten und bestmöglich zu realisieren. Er handelt dabei sinnvoll und — soweit nicht spezielle Remonstrationsverfahren statuiert sind — auch nicht rechtswidrig, wenn er sich von der jeweils konkretesten Vorschrift zum Fall leiten läßt.

In diese Amtspflicht fließt auch die Pflicht zur Beachtung des je und je Erheblichen ein. Denn alle diese Bindungen treffen sich in der größten Dichte und Intensität, die konkreter Bindung eigen sein kann, in der kleinsten Einheit der Amtsaufgaben: In der Sache, im konkreten Fall, der in ein Amtshandeln mündet. An der Sache hängt das Gebot der Sachgemäßheit als konkrete bindungsvermittelnde Amtspflicht zum Fall.

Die Sachgemäßheit umfaßt dabei statische und dynamische Komponenten. In statischer Hinsicht sind die Elemente, Strukturen und Zusammenhänge der Sache in ihrer Wesenheit, Eigenheit und jeweiligen Gewichtigkeit zu berücksichtigen, als Träger rechtserheblicher und gegebenenfalls schon rechtsverbindlich festgestellter Eigenschaften.

Bedeutsam ist aber vor allem die Entwicklung "der Sache" im Kontakt zwischen Verwaltung und Bürger, eine Dynamik, für die das Prozeßförmige charakteristisch ist, das Vorgehen in aufeinanderfolgenden und aufeinander bezogenen Schritten bis zum Verwaltungshandeln. Jeder Schritt findet Bindungen vor und verstärkt sie oder aber modifiziert und überlagert sie. Denn in der Dynamik des Verwaltungshandelns treten zu den materiellrechtlichen Bindungen verfahrensrechtliche Bindungen hinzu. Ziel und Zweck des Verfahrensrechts als dienendes Recht ist es wohl, daß primär den materiellrechtlichen Bindungen zum Durchbruch verholfen werden soll, dennoch vermittelt das Verfahrensrecht aus der Konkretheit und Nähe zur Sache Bindungen, die die materiellrechtlichen Bindungen überlagern und verdrängen können, nicht zuletzt im materiellrechtlich rechtswidrigen, doch formell rechtskräftigen und daher verbindlichen Bescheid.

Mit der Verfahrenseinleitung entsteht ein Verfahrensrechtsverhältnis, das einen Rahmen für den mündlichen und schriftlichen Diskurs zwischen der Behörde und den Beteiligten abgibt. In diesem Diskurs werden nach und nach der Sachverhalt und die anzuwendenden Rechtsvorschriften erörtert und weitgehend außer Streit gestellt. Beide Seiten geben Erklärungen ab, die nach Treu und Glauben Grundlagen für weitere Verfahrensschritte sein können. Es werden Beweise eingeholt,

gegebenenfalls Zeugen und Sachverständige befragt. Niederschriften fixieren diese Bausteine ebenso in grundsätzlich bindender Weise wie die als einschlägig in den Akt aufgenommenen Urkunden. Allenfalls werden Auskünfte und Stellungnahmen anderer Behörden eingeholt, die in unterschiedlicher Intensität rechtlich bindend sein können. Schließlich werden gegebenenfalls einzelne Aspekte in rechtsverbindlicher Weise durch Teilerledigungen abgeschichtet.

Auf diese Weise wird Baustein um Baustein zusammengetragen, bis sich der Rahmen der Bindungen in der Sache nicht nur verfahrensmäßig, sondern auch inhaltlich zur Entscheidungsreife verdichtet. Im Entscheidungszeitpunkt findet der Amtswalter daher ein Bündel von materiellrechtlichen Bindungen in der Sache vor, das durch ein Bündel von verfahrensrechtlichen Bindungen aus der Sache konkretisiert wird. In dem Maße, in dem die Verwaltung an dieser dynamischen Entwicklung der Sache zur Entscheidungsreife mitwirkt, liegen hier im ureigentlichen Sinn Selbstbindungen der Verwaltung vor.

Aus der Sicht des Amtswalters korrespondiert nun der materiellrechtlichen Beachtlichkeit in verfahrensrechtlicher Sicht die Auseinandersetzungspflicht: Er hat alles für die Entscheidung Erhebliche zu beachten, auszulegen und zu würdigen.

Im Hinblick auf die Beteiligten — und damit wird die Brücke zum Bürger geschlagen — entspricht der Auseinandersetzungspflicht die Pflicht zur juristischen Argumentation. Bereits dieser Argumentationspflicht ist die Pflicht zur Herstellung eines Minimums an Publizität von Bindungen immanent. Denn eine "Argumentation" auf der Grundlage von Prämissen, die den Beteiligten nicht bekannt sind, ist Behauptung, nicht aber Argumentation. Spätestens in der schriftlichen Begründung des verfahrensbeendenden Verwaltungsaktes mündet die Auseinandersetzungspflicht daher in eine Pflicht zur Darlegung der erheblichen rechtlich-sachlichen Gesichtspunkte und Überlegungen.

Diese Argumentationspflicht fordert bisweilen ganz gewichtige Argumente, etwa wenn während eines laufenden Verfahrens eine bereits gegebene Zusicherung widerrufen werden soll. Die Argumentationspflicht kann die Darlegung von Überlegungen gebieten, warum etwa vom Gutachten eines Amtssachverständigen abgewichen wurde. Die Argumentationspflicht kann sich auch in einem klärenden Wort erschöpfen, etwa wenn darzutun ist, daß eine von einem Beteiligten angeführte Verwaltungspraxis zwar besteht, aber zu einer anderen Rechts- und Sachlage entwickelt wurde.

Fritz Ossenbühl¹³ folgert daher zu Recht, daß sich Selbstbindung, wenn auch cum grano salis, als "Umkehr der Argumentationslast" darstellt: "Läßt sich (also) die Selbstbindung auf einen Begründungszwang reduzieren, so ist schwerlich einzusehen, was an ihr aufregend oder gar rechtsstaatlich suspekt sein soll." Daher meine ich, daß die zwischen dem Gebunden-Sein der Verwaltung auf der einen Seite und der Rechtsposition des Bürgers auf der anderen Seite bestehende Diskrepanz zunächst und in erster Linie im Verwaltungsverfahren überbrückt werden kann und muß. Es ist die juristische Argumentation zur Bindung im Verfahren, die die "zwei Rechtslagen" zusammenführt.

Denn in der verfahrensmäßigen Behandlung der Sache hat das Verwaltungsorgan alle rechtlichen Bindungen von Amts wegen zu berücksichtigen. Die Beteiligten sind mit den erheblichen Fragestellungen zu konfrontieren, sie sind zu hören, und schließlich sind in der Begründung alle rechtlichen Bindungsfragen entsprechend zu würdigen. Sollte in diesem Zusammenhang eine rechtliche Bindung zu Unrecht übergangen, zu Unrecht einbezogen oder unrichtig gewürdigt worden sein, so liegt es an den Beteiligten, diese Bindungsaspekte im Rechtsmittel aufzugreifen. Im Rechtsmittelverfahren muß die Behörde auf diese Vorbringen eingehen, daher müssen spätestens in der Rechtsmittelentscheidung alle juristischen Argumente zur Bindung zwischen Behörde und Beteiligten erörtert und berücksichtigt sein.

Bei korrekter Verfahrensführung liegt dem Verwaltungsgericht daher schließlich eine rechtlich-sachlich durchargumentierte und daher stets juristisch nachvollziehbare und nachprüfbare Entscheidung vor. Hält man sich dies vor Augen, so gewinnt die Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kognition eine keineswegs notwendigerweise rechtsschutzbeschränkende Funktion.

Daher ist die kontrastierende Darstellung der zwei Rechtslagen ebensowenig haltbar wie die darauf beruhende kontrastierende Gegenüberstellung von Freiheit und Gebundenheit der Verwaltung. Bei einem klassischen "Freiraum", beim Grundsatz der freien Beweiswürdigung, ist dies schon lange außer Streit: Die Behörde hat ihre Beweiswürdigung in nachvollziehbarer Weise darzutun.

Nichts anderes gilt aber bei *Ermessens*- oder Opportunitätsentscheidungen. Aus dem Blickwinkel der administrativen Bindungen besteht die einzige Besonderheit des Ermessens-

¹³ Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Tübingen 1967, S. 525 f.

bereiches in einer abstrakten, meist nur sprachlich, nicht auch inhaltlich weniger bestimmten gesetzlichen Bindung, die jedoch regelmäßig durch quantitativ und qualitativ verstärkte konkrete Selbstbindungen der Verwaltung mehr als kompensiert wird. Wie bei jeder anderen Entscheidung sind auf der Grundlage des rechtlichen Gehörs alle ermessensrelevanten Gesichtspunkte zusammenzutragen, nicht zuletzt solche, die auf Grund langer Verwaltungserfahrung in Ermessensrichtlinien gesammelt sind, und wie bei jeder anderen Entscheidung sind in der Begründung alle rechtlich-sachlichen Gesichtspunkte darzutun und abwägend zu würdigen. Denn die Amtspflicht des Amtswalters, die Auseinandersetzung und Abwägung bis zu den "Grenzen juristischer Argumentation" voranzutreiben, kennt den Unterschied von Ermessen und Gebundenheit nicht.

Nichts anderes gilt für *Opportunitäts*entscheidungen. Vom Ermessen unterscheidet sich dieser Bereich lediglich in der Publikation der Motive, da in den Opportunitätsfällen gerade das Nicht-Handeln im Vordergrund steht. Der Vorgang und das Ergebnis der Abwägung bleibt daher zunächst in der Brust des Beamten oder allenfalls in einer Aktennotiz. Diese Nicht-Publikation rückt Opportunität optisch in die Nähe von Willkür. Dennoch muß der Beamte, z.B. in einem Disziplinarverfahren, seine Auseinandersetzung mit allen rechtlich-sachlichen Gesichtspunkten dartun können.

Ist einmal die Auseinandersetzungs- und Argumentationspflicht als die eigentliche und zentrale Bindungsdimension der Verwaltung erkannt, so wird auch die Natur mancher problematischer "Selbstbindungen" deutlicher. Es gibt immer wieder Stimmen, die den Verwaltungsorganen die Beachtung der Verwaltungspraxis anderer Behörden, die vor Sachverhalte und Rechtsfragen vergleichbarer Art gestellt sind,¹⁵ auftragen. Solche Vorstellungen sind zunächst problematisch. Selbstbindung im engeren Sinn liegt offenkundig nicht vor, es handelt sich definitionsgemäß um fremdes Handeln.

Auch der Gleichheitssatz hilft hier nicht weiter. Es ist das bestimmte Organ, dem die Entscheidung zuzurechnen ist. Daher ist wohl die Konsistenz des Organhandelns vor dem

¹⁴ Franz Eberhard, in Rill (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1979, S. 609. — Walter Schmidt (Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969, insb. S. 164ff.) spricht im Anschluß an Jesch von der "Grenze der Mitteilbarkeit"; doch "mitteilbar" sind auch unsachliche Erwägungen.

¹⁵ Maunz, DÖV 1981, 498 (der sich allerdings auf S. 501 gegen eine solche Vorstellung ausspricht).

Gleichheitssatz relevant: Unterschiedliche Entscheidungen desselben Organs bei gleicher Sach- und Rechtslage indizieren Willkür. Aber im übrigen enthält die Verfassung nicht nur den Gleichheitssatz, sondern auch Ermächtigungen zur Errichtung einer arbeitsteiligen Vielfalt von Organen, sie enthält nicht zuletzt ganz bewußt z.B. die "gleichheitsfeindliche" bundesstaatliche Dezentralisierung des Staates. In dem Maße, in dem die Verfassung Organvielfalt toleriert oder sogar anstrebt, nimmt sie divergente Organpraktiken in Kauf.

Etwas anderes kann nur gelten, wo Organe instanzenmäßig zusammengefaßt sind. Regelmäßig besteht eine Rechtsbindung an Entscheidungen der Rechtsmittelbehörde. Und aufgrund ihrer Seltenheit haben Rechtsmittelentscheidungen auch über den konkreten Fall hinaus eine ähnliche Funktion für nachgeordnete Behörden wie Verwaltungsverordnungen.

Im übrigen kommt zwischen den Organen eine Rechtsbindung an Entscheidungen nicht in Betracht. Ebensowenig wie — außerhalb des fortgesetzten Verfahrens nach einer Kassation — eine Rechtsbindung an gerichtliche, und seien es höchstgerichtliche, Entscheidungen.

Allerdings, um eine solcherart verstandene Rechtsbindung geht es hier gar nicht. Die Auseinandersetzungspflicht bindet nicht einmal im Zweifel zur mechanischen Übernahme fremder Entscheidungen oder Urteile. Aber sie bindet zur Beachtung der juristischen Argumente, der Argumente zur Sachund Rechtslage. Es ist nur von dort her erklär- und legitimierbar, daß in der schriftlichen Begründung eines Verwaltungsaktes die höchstrichterliche Rechtsprechung zitiert werden darf und soll. Denn bindend ist gerade nicht der jeweilige Spruch der Urteile. Der ist — weil er eine andere Sache betrifft — vielmehr offenkundig nicht bindend. Aber es ist die in der Begründung enthaltene juristische Argumentation, die in vergleichbaren Fällen beachtlich ist.

Derartige juristische Argumente soll das Verwaltungsorgan allerdings, soweit dies im Einzelfall zumutbar ist, von überall herholen, allenfalls auch aus der Praxis anderer Organe. Denn jedes zumutbarerweise bekannte¹⁶, zumindest aber jedes von den Verfahrensbeteiligten vorgebrachte Argument bindet zur Auseinandersetzung. (Diese Deutung wendet sich — nebenbei bemerkt — gegen den österreichischen Verwaltungsgerichtshof. Dieser weist regelmäßig mit viel Nachdruck darauf hin, daß z.B. Verwaltungsverordnungen nur interne Rechtswirkungen haben und daher für ihn nicht verbindlich seien. Aber darum geht es gar nicht. Natürlich ist die Verwaltungsverord-

¹⁶ Badura, in Erichsen/Martens a.a.O.S. 330.

nung für ihn nicht verbindlich, doch beachtlich sind die juristischen Argumente, insbesondere die in Ermessensrichtlinien oft aufgrund langjähriger Verwaltungserfahrung gesammelten Ordnungs- und Systematisierungsentwürfe zum sprachlich weniger bestimmten Gesetzesbefehl. Tatsächlich werden diese Richtlinien von den hohen Richtern sehr wohl studiert und berücksichtigt, aber verbal, nach außen hin übergangen.)

V.

Einer solchen Betonung der Funktion des Verwaltungsverfahrens könnte entgegengehalten werden, daß es mit der juristisch-argumentativen Auseinandersetzung zwischen Behörde und Beteiligten im Verwaltungsverfahren nicht weit her sei. Das rechtliche Gehör umfasse — nach den in der Judikatur anklingenden Formulierungen — nur das als entscheidungserheblich festgestellte Tatsachenmaterial, die rechtliche Würdigung unterliege nicht dem Parteiengehör. Insbesondere sei die Behörde nicht zu einem sogenannten "Rechtsgespräch" verpflichtet. Auch im Rechtsmittelverfahren müßten den Beteiligten nur neue Tatsachenbehauptungen, nicht auch neue Rechtsausführungen der anderen Beteiligten bekanntgegeben werden.

Diese vermeintlich reinliche Scheidung zwischen der Tatsachenlage, die gemeinsam zu erarbeiten, und der Rechtslage, die einseitig von der Behörde zu ermitteln und anzuwenden ist, führt scheinbar zwangsläufig zum Ausschluß des Bürgers von der Rechtsfrage und damit von den Fragen des rechtlichen Gebunden-Seins der Behörde. Eine solche strikte Trennung ist allerdings weder verfahrensgesetzlich geboten noch auch rechtlich haltbar.

Zunächst ist es heute schlechthin ein Gemeinplatz, daß Sachverhalte nur im Hinblick auf bestimmte Rechtsvorschriften relevant sind. In juristischen Zusammenhängen ist die Vorstellung von einer Sachverhaltsfeststellung "an und für sich" ein Unding. Und so kennt denn auch die Rechtsprechung im einzelnen mehr Ausnahmen als Bestätigungen von der vermeintlichen Regel, daß Rechtsfragen nicht Gegenstand des Parteiengehörs sind.

Ändert die Behörde beispielsweise während des laufenden Verfahrens ihre Rechtsanschauung oder vertritt die Rechtsmittelbehörde eine andere Rechtsauffassung als die erstinstanzliche Behörde, so ist die Behörde nach der zutreffenden Judikatur verhalten, den Beteiligten neuerlich rechtliches Gehör zu geben. Dies mit der Begründung, daß auf der Basis der anderen Rechtsanschauung andere oder neue Tatsachen relevant sein könnten. Nichts beweist besser die Untrennbarkeit von Tatsachen und Rechtslage.

Vor allem aber ist zu bedenken, daß es den Beteiligten nie verwehrt ist, von sich aus Rechtsausführungen einzubringen, sei dies im Antrag, in einer mündlichen Verhandlung, in der Stellungnahme zu den eingeholten Beweisen oder letztlich im Rechtsmittel. Ausnahmslos trifft die Behörde nach der insoweit zutreffenden Rechtsprechung die Pflicht, sich mit dem Vorbringen der Beteiligten, also auch mit deren Rechtsausführungen, auseinanderzusetzen. Auf diese Weise können die Beteiligten in einem rechtlich geordneten Verfahren stets eine Erörterung der rechtlichen Bindungsfragen erzwingen. Dies allerdings nicht in der Form eines "Rechtsgesprächs", aber doch im Zusammenwirken von Antrag, Rechtsvorbringen, Entscheidung und schriftlicher Begründung.

In dem Umfang, in dem Selbstbindungen ihre Rechtsstaatlichkeit in der Argumentierbarkeit im Verfahren dartun müssen, bedarf es allerdings auch einer entsprechenden Ausgestaltung und Handhabung des Verfahrensrechts. Und zwar in der Richtung, daß sich Bindungen nicht in argumentationsfreien Räumen, in rechtsstaatlichen Nischen verstecken und gleichsam aus dem Dunkeln wirken dürfen.

Aus der großen Zahl spezieller verfahrensrechtlicher Fragen sei hier nur stichwortartig auf drei Aspekte hingewiesen:

* Zum ersten müssen Bindungen im Verfahren letztlich die erforderliche Publizität finden. Im Verfahren sind dem Bürger alle Bindungen bekanntzugeben, deren Kenntnis ihm nicht zumutbar ist. Dies gilt insbesondere dann, "wenn die Beteiligten für die Behörde erkennbar bei ihren Erklärungen und Anträgen von einer anderen Rechtsauffassung ausgehen als die Behörde"17. Daher muß z.B. auch der Inhalt einschlägiger Verwaltungsvorschriften oder Weisungen oder eine ständige Verwaltungspraxis bekanntgegeben werden, denn Sinn und Zweck des diskursiven Verwaltungsverfahrens kann nicht ein rechtliches "Aneinander-Vorbeireden" sein. Dem steht in Österreich leider noch die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entgegen, der die Konstruktion der zwei Rechtslagen beharrlich aufrechterhält und auf diese Weise die Verwaltungsorgane in eine unüberbietbare argumentative Schizophrenie drängt, aber etwa im Schulrecht auch die erlaßförmige

¹⁷ Ferdinand O. Kopp, VwVfG, München 1976, S. 221 f.

Verpflichtung zur Nichtbekanntgabe von Erlässen ausgelöst hat¹⁸.

- * Zum zweiten dürfen die Fremdeinwirkungen auf das Verfahren nicht der Argumentation entzogen werden. Das rechtliche Gehör muß den Beteiligten auch gegenüber den Stellungnahmen anderer Behörden offenstehen. Bei den schlichten Anhörungsrechten steht dies außer Streit. Nichts anderes gilt aber bei den bindenden Mitwirkungsbefugnissen anderer Behörden. Allerdings ist in diesem Fall nicht die zur Entscheidung berufene Behörde, sondern die zur Mitwirkung befugte Behörde Partner der Argumentation. Einwände der Beteiligten gegen eine Stellungnahme sind daher der mitwirkungsbefugten Behörde neuerlich vorzulegen. Dem muß schließlich die Anerkennung der Streitgenossenschaft von entscheidungsbefugter und mitwirkungsbefugter Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren korrespondieren.
- * Zum dritten gilt Entsprechendes für vergleichbare Verfahren, bei denen der Gesetzgeber eine Systementscheidung für ein der Mitwirkung der Beteiligten geöffnetes Verfahren getroffen hat¹⁹. Gerade im Zusammenhang mit dem baurechtlichen Planungsverfahren, das nach dem Bundesverwaltungsgericht²⁰ "häufig mehr von Bindung als von Freiheit beherrscht wird", ist das Gericht in der Floatglas-Entscheidung allerdings einem Scheinproblem erlegen, weil es davon ausgeht, daß der für den Abwägungsvorgang entscheidende Zeitpunkt erst am Ende des Planungsverfahrens liege. Diese Vorstellung wurzelt in einer da und dort bei der Beschreibung von Ermessensentscheidungen noch anzutreffenden Kontrastierung von Tatsachenfeststellung und rechtlicher Würdigung einerseits und anschließender Ermessensübung andererseits, so als ob die beiden verfahrensmäßig oder analytisch trennbar wären. In Wahrheit entspricht es keineswegs der gebotenen und gegebenen Verwaltungspraxis, daß in einer besonderen Mußestunde "Ermessen geübt" oder "abgewogen" wird. Wahr ist vielmehr, daß das Ermittlungsverfahren nicht einer stupiden Sammlung von Daten und Fakten, sondern stets bereits der Würdigung im

¹⁸ Der Schluß solcher Erlässe lautet: "Eine Zitierung dieses in schriftlichen oder mündlichen Erledigungen wolle unter Die Begründung einer Entscheidung ist unmittelbar aus dem abzuleiten."

¹⁹ Das bedeutet nicht, daß es bei einseitigen Entscheidungsben keine Bindung gäbe, doch fehlt es dann an der hier er diskursiven Würdigung der rechtlichen Bindungen.

²⁰ BVerwGE 45, 309 (316).

Hinblick auf ihre Ermessens- bzw. Abwägungsrelevanz dient. Abwägen ist, wie *Schmidt-Aβmann*²¹ zu Recht hervorhebt, eine "rechtliche Chiffre rationalen Handelns schlechthin". Es umfaßt daher notwendigerweise die sogenannten "abwägungsverkürzenden Vorbindungen".

Es ist aber nicht zu verkennen, daß mit der Hervorhebung des Verwaltungsverfahrens nicht durchwegs das Auslangen gefunden werden kann. Die Betonung der Argumentationsund Publikationsbedürftigkeit von Bindungen im Verwaltungsverfahren kann grundsätzlich nur für diejenigen rechtlichen Bindungen Bedeutung haben, die zum Verfahren erwachsen. Gutachten, Auskünfte und Stellungnahmen anderer Behörden, Weisungen, Niederschriften zum Verfahren müssen im Verfahren publik werden und dort argumentierbar sein.

Daneben bestehen aber zum einen "individuell-fallunabhängige Bindungen", von der Verwaltung getroffene Beurteilungen, die beispielsweise Personen oder Sachen als Träger rechtlicher Eigenschaften ausweisen und in jedem einzelnen Verfahren zu beachten sind: gewissermaßen als staatliche Statusakte.

In diesem Zusammenhang kennt die Rechtsordnung spezielle Rechtsbehelfe oder Widerspruchsverfahren, da es wenig praktisch und dem Betroffenen letztlich nicht zumutbar wäre, ihm den Gegenbeweis in jedem einzelnen Verfahren, in dem diese Akte rechtserheblich sind, aufzubürden.

Zum anderen ist die Verweisung auf das Verwaltungsverfahren, bei aller Bedeutung dieses Verfahrens, doch insofern unzureichend, als der Bürger auch unabhängig von einem bereits laufenden Verfahren wissen will, was "rechtens" ist. Dazu genügt es allerdings nicht, ihn auf seine "Rechtslage", also auf das förmlich Kundgemachte zu verweisen.

Im Kern dieser Problemstellung stehen die Verwaltungsverordnungen bzw. Verwaltungsvorschriften. Sie sind vor allem dann bedenklich, wenn sie streng geheim gehalten werden und wenn sie den Amtswalter zu einer Amtspflichtwidrigkeit verhalten: nämlich zur schematischen Befolgung ohne Würdigung der Besonderheiten des Einzelfalles.

Hier ist es zunächst interessant zu beobachten, welche unterschiedlichen Wege in Österreich und in der Bundesrepublik Deutschland gegangen wurden. In Österreich werden Verordnungen inhaltlich danach beurteilt, ob sie Rechte der Bürger tangieren. Der österreichische Verfassungsgerichtshof vertritt die Auffassung, daß es sich in diesem Fall um Rechtsverord-

²¹ VVDStRL 34, 252.

nungen handelt, die allenfalls mangels der für Rechtsverordnung vorgeschriebenen Verkündung als gesetzwidrig aufzuheben sind. Der österreichische Verwaltungsgerichtshof hingegen ignoriert Verwaltungsverordnungen aus grundsätzlichen Erwägungen und bezeichnet es als "nicht rechtswidrig", wenn eine Entscheidung im Widerspruch zu einer Dienstanweisung ergangen ist.

In Deutschland mußten die Verwaltungsvorschriften zuerst als Recht, nämlich als "Innenrecht" erkannt werden, dann wurde festgestellt, daß solches Innenrecht auch "Außenwirkungen" haben kann und schließlich ist die Auffassung im Vordringen, daß solches Innenrecht mit Außenwirkung gegebenenfalls — zumindest auskunftförmig — publiziert werden muß.

Die Wahrheit liegt in der Mitte. Als rechtsstaatliches Minimum ist wohl zu fordern, daß die Behörde auf eine konkrete Anfrage hin den Inhalt von Verwaltungsvorschriften, die als Determinanten für Entscheidungen gegenüber dem Bürger in Betracht kommen, bekanntgeben muß. Die Bedeutung der Verwaltungsvorschriften wird unterschätzt, wenn man sich — wie der österreichische Verwaltungsgerichtshof — gleichsam auf das Niveau der Bürger begibt und so tut, als gebe es keine Verwaltungsverordnungen. Andererseits wird über das Ziel geschossen, wenn man — wie der österreichische Verfassungsgerichtshof — Verwaltungsverordnungen, die gar nicht für die Allgemeinheit bestimmt sind, mangels Publikation an die Allgemeinheit aufhebt. Eine Lösung kann m.E. nur in einem Ausbau der für Teilbereiche bereits gesetzlich statuierten Auskunftspflichten liegen.

Mit der Publizität allein ist es aber nicht getan. Und dieser Umstand mag die österreichischen Höchstgerichte bewogen haben, nach der einen oder anderen Richtung zu einer "Bereinigung" der Rechtslage zu schreiten. Denn der Umstand, daß die Verwaltungsverordnungen bzw. Verwaltungsvorschriften verfassungsrechtlich als Rechtssatztypen vorgesehen sind, kann nicht beliebige — wenn auch auf Anfrage bekanntzugebende — Regelungen, kann insbesondere nicht Eingriffe in Rechtspositionen des Bürgers legitimieren.

Eine Lösung zeigt sich meines Erachtens im parallelen Zusammenhang der ständigen Verwaltungspraxis. Im Laufe einer langjährigen Vollzugspraxis zu einem Gesetz ergeben sich Falltypen, es zeichnen sich Entscheidungsmuster ab, bestimmte Entscheidungen finden die Billigung der Rechtsmittelinstanzen und schließlich der Gerichte. Es liegt nun nahe, einen derartigen Erfahrungsschatz schriftlich aufzuzeichnen, um ihn vom subjektiven Erfahrungswissen einzelner Beamter loszulösen und ihn nachlesbar zu machen. Eine solche Aufzeichnung des Typischen, Regelmäßigen und Bewährten dispensiert nie von der eingehenden Prüfung jedes Einzelfalles in seinen Eigenheiten und Besonderheiten, sie dispensiert nie von der Argumentation im Einzelfall und verpflichtet vor allem nie zur schematischen Übernahme von Vorentscheidungen. Eine solche schriftliche Aufzeichnung greift allerdings auch definitionsgemäß nie in Rechte des Bürgers ein, da sie nur bewährte Argumentationshilfen anbietet und doch in jedem Einzelfall argumentierbar bleibt.

Nicht immer steht der Verwaltung allerdings schon ein schriftlich aufgezeichneter Erfahrungsschatz zur Verfügung. Gerade bei neuen tagespolitisch veranlaßten Gesetzen, überträgt der Gesetzgeber die Findung einer praktikablen Handhabung seines Gesetzeswunsches — denn von einem Gesetzesbefehl kann dann manchmal nicht mehr gesprochen werden ausdrücklich der Vollziehung. Der Vollziehung obliegt es dann, ein — wie es Walter Schmidt²² genannt hat — "Vollzugsprogramm" zu erstellen. Einem solchen Vollzugsprogramm, wie es dem ersten Vollzugsakt zugrunde liegt und allenfalls in seine Begründung einfließt oder wie es in einer Verwaltungsverordnung niedergelegt wird, ist es aber wesensnotwendig eigen, daß es nicht mehr sein kann, als ein vorläufiger Entwurf. der erst der Bewährung in der Praxis bedarf. Derartige Verwaltungsvorschriften sind daher erst recht im Einzelfall argumentationsfähig und argumentationsbedürftig.

Allein ein derartiges Verständnis, das die Verwaltungsvorschriften nicht als rechtsverordnungsgleich verbindliche Normen, sondern als argumentationsbedürftige Aufzeichnungen und Entwürfe sieht, vermag den Unterschied zwischen den zwei "Rechtslagen", der des Beamten und der des Bürgers, zu überwinden.

VI.

Solche, eine selbständige Regelungsbefugnis usurpierenden Verwaltungsverordnungen bergen noch einen weiteren Aspekt, nämlich die Selbstbindung als Mittel einer Verwaltungspolitik, einer Verwaltungspolitik, die sich selbstbindender Instrumente bedient: Von den formlosen Erklärungen und Ankündigungen über Vorhaben durch die politische Spitze bis zu förmlichen Kundmachungen und Verlautbarungen; von den

²² A.a.O. (Anm 14).

informellen ressortinternen Vorausschauen bis zu förmlichen, dem Parlament vorzulegenden oder verordnungsförmig zu verkündenden Planungen; von den informellen Verständigungen auf Beamtenebene über die protokollierten Gentlemen's Agreements zwischen den Ressorts bis zu den zeremoniell unterzeichneten Verträgen zwischen Bundes- und Landesstellen; von den schlichten sanktionsvermeidenden Besprechungen zwischen Verwaltung und Unternehmern in Einzelfragen über publikumswirksame Absprachen mit der Industrie bis zu förmlichen und gewichtigen Abkommen mit den Sozialpartnern.

Ziel und Zweck solcher Selbstbindungen sind ebenso vielfältig wie die Verwaltungspolitik. Sie reichen von schlichten, oft genug die Aktivität ersetzenden deklamatorischen Effekten über Koordination und Reduktion von Komplexität bis zur Realisierung des gesetzlich Gebotenen oder politisch Erwünschten.

Es läge nahe, hier vorerst das Politische von der "eigentlichen Verwaltung" abzuschichten, doch erweist sich eine solche Vorstellung als undurchführbar. Denn es ist vielfach nur eine Frage der politischen Optik und des Protokolls, ob Bindungen auf ministerieller Ebene oder auf Beamtenebene eingegangen werden. Der Effekt ist stets der gleiche: die Verwaltung ist im weiteren Vorgehen gebunden.

Dennoch ließen sich allenfalls typologisch einige spezifische Selbstbindungen "der Verwaltung" herausschälen, dann nämlich, wenn man die Konfrontation der Verwaltung mit "dem Politischen" auf der einen Seite und mit "dem Bürger" auf der anderen Seite in den Vordergrund stellt. Träger dieser Selbstbindungen sind die von *Frido Wagener*²³ hervorgehobenen "Fachbruderschaften".

Die Fachbruderschaft weiß, daß jede Flexibilität, jeder Ermessensraum nur zur Intervention von Außen einlädt, daß nur strikte Bindung den erforderlichen Rückhalt gewährt. Daher drängt sie auf Reglementierung im Ungeregelten und auf Bindung im Freiraum. Sie muß das gerade auch dort tun, wo es an klaren Zielvorgaben fehlt, denn sie steht allenthalben unter Entscheidungsdruck:

Auch wenn noch unklar ist, wo und wie einmal eine Stadtautobahn verlaufen soll, muß die Verwaltung doch hier und heute widmen, selbst wenn auf diese Weise eine politische Entscheidung "verbaut" würde. Die Verwaltung ist nicht verpflichtet, im Zweifel stets als "Vorbehaltsfläche" zu widmen, damit nichts schiefgehen kann, denn sie soll hier und heute die

²³ VVDStRL 37, 238 ff.

Grundlagen für Bauen, Verkehr, Wirtschaft und Erholungsraum bereitstellen.

Auch wenn eine neue Energiepolitik noch in Diskussion ist, muß die Verwaltung doch hier und heute Energielieferungsverträge abschließen, weil sie hier und heute Daseinsvorsorge betreiben muß.

Es läge nahe, diese Selbstbindungen in "gute" und "böse" zu gliedern, in gute Bindungen, wenn sie adäquate und rechtmäßige Mittel zur Ordnung des Gemeinwesens sind, und in "böse", wenn sie mißbräuchlich verwendet werden. Dem Bereich des Politischen und damit auch der Verwaltungspolitik ist es aber eigen, daß die komplexen Zusammenhänge der Gesichtspunkte eine reinliche Scheidung in "gut" und "böse" sehr oft gar nicht zulassen.

Nehmen wir den Fall des qualifizierten Beamten, der sich berechtigte Hoffnungen auf einen freiwerdenden Leitungsposten macht. Und der dann feststellen muß, daß die Ausschreibungskommission — gebunden an einen amtsintern festgesetzten neuen Organisationsplan — eine Ausschreibung veröffentlicht, die auf seinen Konkurrenten maßgeschneidert scheint. Der den Dienstposten neu definierende Organisationsplan mag aus der Sicht der Amtsleitung notwendig sein und muß dem betroffenen Beamten doch suspekt bleiben.

Oder nehmen wir den Fall des Hamburger Bürgermeisters, der "aus der Kernkraft aussteigen" wollte, aber feststellen mußte, daß die Verwaltung einen praktisch nicht kündbaren Vertrag über den Betrieb eines Kernkraftwerks abgeschlossen hatte.

Und nehmen wir schließlich den Fall einer Bürgerinitiative, die feststellen muß, daß das bekämpfte Flughafenausbauprojekt zwischen den einzelnen zuständigen Verwaltungsstellen in praktisch endgültiger Weise abgesprochen ist.

Gegen viele Formen selbstbindender Vorabklärungen wird nichts einzuwenden sein, wenn sie das Licht der Öffentlichkeit nicht zu scheuen brauchen. Gerade in Österreich gelten allerdings derartige Beamtenbesprechungen noch als der Inbegriff des Staatsgeheimnisses. Die österreichische Bundesverfassung ermächtigt und verpflichtet zur Amtsverschwiegenheit, wenn die Geheimhaltung im Interesse der Gebietskörperschaft oder der Parteien geboten ist. Kraft alter Verwaltungstradition werden die "Interessen der Gebietskörperschaft" als schlichte Amtsinteressen mißverstanden. Es sind daher diese Arkanabsprachen, die administrative Selbstbindungen suspekt machen, da der Eindruck entsteht, hier gelte es unsaubere Argumente zu verbergen.

Die *Transparenz* der Verwaltung ist daher ein notwendiger Schritt, um politisch relevante Selbstbindungen der Verwaltung nüchtern beurteilbar und rechtsstaatlich erträglich zu machen. Denn nur Transparenz macht verwaltungspolitische Selbstbindung argumentierbar.

VII.

Verwaltungspolitische Selbstbindungen werden nur dort generell unerträglich, wo sie sich aus strukturellen Gründen der Argumentation entziehen. Das zentrale Problem administrativer Selbstbindung liegt daher meines Erachtens heute in dem dunklen "Sekundärrecht" von Organen, die sich auf eine eigenständige Legitimation berufen, indem technokratischsachverständige oder vermeintlich demokratische oder aber Selbstverwaltungsaspekte akzentuiert werden, wobei die Argumente im einzelnen oft ineinanderfließen.

Die technokratische Selbstbindung der Verwaltung stützt sich auf ein Naheverhältnis zu bestimmten Experten, insbesondere in den organisatorischen Formen von Beiräten und Kommissionen, in denen Sachverstand und Interessenvertretung vereint sind. Der österreichische Verfassungsgerichtshof²⁴ hatte einmal über eine Preisregelungsverordnung zu entscheiden, die von Gesetzes wegen einen "volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preis" für ein bestimmtes Produkt festsetzen sollte. Der Gerichtshof bestätigte ihre Rechtmäßigkeit mit einigen knappen Erwägungen, deren letzter Satz lautet: "Dafür, daß der Verordnungsgeber dem Gesetz entsprechend gehandelt hat, spricht aber der Umstand, daß auch die Vertreter der Kammern in der Preiskommission der Regelung vorbehaltlos zugestimmt haben."

In Österreich ist diese Erkenntnis als verfassungsrechtliche Absegnung der Sozialpartnerschaft und als Anerkennung ihres Status als "materieller Verordnungsgeber" gewürdigt und kritisiert worden. Tatsächlich wurde durch diese Verordnung eine Wirtschaftsgruppe belastet. In der Preiskommission war diese Gruppe aus welchen Überlegungen auch immer gleichsam zum "Bauernopfer" geworden. Das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs wurde daher *inhaltlich* einhellig als verfehlt kritisiert. Es gab allerdings auch Stimmen, die der Hervorhebung des Sozialpartnervotums durch den Verfassungsgerichtshof nicht entgegentreten wollten.

²⁴ VfSlg. 7220/1973=ÖZW 1974, 124 m. Anm. von Bernárd und Korinek.

Meines Erachtens liegt hier eindeutig eine durch Selbstbindung verursachte Pflichtverletzung vor: Die verordnungserlassende Behörde hat ihre Neutralitätspflicht verletzt. Sie hat nämlich nicht die — im Gesetz näher umschriebene — volkswirtschaftliche Rechtfertigung neutral, d.h. unter Berücksichtigung aller fraglichen Aspekte und aller tangierten Interessen geprüft, sondern sich darauf verlassen, daß in der Preiskommission ohnehin alle Aspekte und Interessen abgedeckt sind.

Diese Problematik ist kein Spezifikum der Preiskommission, sondern allgemein mit dem staatlichen Beirats- und Kommissionswesen verbunden. Die Beratungen und Empfehlungen dieser Organe, die dem zur Entscheidung berufenen Organ niemals die endgültige, umfassende und neutrale Würdigung der Sache abnehmen können und dürfen, haben sich zu echten Bindungen verdichtet, die es dem zur Entscheidung berufenen Organ angezeigt erscheinen lassen, lieber auf die Beratung im Beirat Einfluß zunehmen, als von den Empfehlungen des Beirates allenfalls abzuweichen. Aus diesem Grund sichert sich das zur Entscheidung berufene Organ in aller Regel den Vorsitz im Beirat, statt sich vom Beirat berichten zu lassen. Derartige Selbstbindungen durch Kollusion mit bestimmten ausgewählten Interessenvertretern unterminieren nicht nur die Gesetzlichkeit, sie bringen vor allem die Neutralität der Verwaltung in Gefahr und erschüttern dadurch die Glaubwürdigkeit des Staates.

Ähnliches beobachten wir auch in den Bereichen der Demokratisierung und Mitbestimmung. Die universitären Gremien und Kommissionen sind nach differenzierten Paritätsschlüsseln mit Gruppenvertretern besetzt. Diese Kollegialorgane beschlossen zunächst nicht weiter problematische Geschäftsordnungen als Selbstbindungen für das formale Vorgehen im Kollegium. Nach und nach kamen da und dort aber auch Verfahrensregelungen hinzu, in denen etwa spezielle, gesetzlich nicht vorgesehene Stellungnahmepflichten oder kurieninterne Vorbegutachtungen fixiert wurden. Und schließlich wurden materielle Richtlinien beschlossen, z.B. für Honorarprofessuren oder für die Erteilung von Lehraufträgen. Damit wurde jedenfalls ohne gesetzliche Ermächtigung materielles Recht gesetzt.

Es ist nicht zu verkennen, daß solchen Richtlinien eine gute Absicht zugrunde liegen kann. Inhaltliche Positionen sollen außer Streit gestellt werden, denn die knappe Zeit erlaubt es nicht, in jeder neuen Sitzung in jedem einzelnen Zusammenhang alles und jedes neu zu erörtern und in Frage zu stellen. Je größer die Kollegialorgane sind, desto größer wird die Mitglie-

derfluktuation sein, so daß Richtlinien auch in dieser Hinsicht zu einer gewissen Konstanz der Praxis beitragen können. Daher sind solche Richtlinien kein Spezifikum der Hochschulverwaltung, sondern schlechthin für Kollegialorgane charakteristisch.

Im speziellen sind aber die Gefahren einer Rechtsetzung, die ihre Legitimation aus dem Konsens der im Kollegium repräsentierten Gruppen herleitet, nicht zu übersehen. Gerade die im Einzelfall widerstreitenden Interessen drängen auf eine peinlich exakte und damit äußerst schematische Einhaltung solcher Richtlinien, da jedes Abweichen vom Wortlaut der Richtlinien als gruppenspezifische Parteilichkeit gedeutet werden könnte. Damit ist es solchen Richtlinien eigentümlich, daß ihre strikte Einhaltung die eingehende Würdigung des Einzelfalles in seiner Eigenheit und Besonderheit verdrängt. Tendenziell leisten sie daher einer Verletzung der dem Kollegium als Verwaltungsorgan obliegenden Pflicht zur unparteilich-neutralen Verwirklichung des Gesetzesbefehls Vorschub.

Sind darüber hinaus einmal die kollegiumsinternen Richtlinien als ein Mittel einer konfliktreduzierenden Selbstbindung der im Kollegium vereinigten Gruppen erkannt, so werden sie auch bewußt gruppen- und interessenspezifisch gebraucht. Die scheinbar neutrale Form der Richtlinie wird benutzt, um bestimmte Inhalte zu fixieren. Im Streitgespräch zwischen den widerstreitenden Interessen spielt dann das Gesetz erfahrungsgemäß nur noch argumentativ, aber nicht als Befehl und Rahmen eine Rolle. Selbstbindung wird zum Instrument der Herrschaft über die Minderheit.

Nicht zuletzt erlaubt es die Form einer scheinbar geschäftsordnungsähnlichen Selbstbindung, die aber in Wahrheit materielle Gesetzgebung bedeutet, unbefangen über die Pflichten der nicht oder nicht ausreichend Repräsentierten zu entscheiden. Selbstbindung wird zum Instrument der Herrschaft über Dritte.

Wie bei den Beiräten klingt auch hier der Konsens als Legitimationsquelle eigener Art durch. Das, was von den betroffenen und zur Entscheidung berufenen Gruppen gemeinsam gewollt ist, das worüber oft mühsam ein Konsens erstritten wurde, kann und darf aus anderen Überlegungen nicht mehr erschüttert werden. Denn besser als die Betroffenen selbst kann es doch niemand wissen.

Eine verwandte Problematik findet sich schließlich in einzelnen dunklen Formen einer Delegation in eine Art "wirtschaftliche Selbstverwaltung". Auch hier sind es organisatorische Maßnahmen, die der Bildung eines autonomen Sekun-

därrechts ohne gesetzliche Grundlage Vorschub leisten. Die landwirtschaftliche Marktentlastung wurde z.B. in Österreich in sogen. Delegationsverträgen an bestimmte Dachgenossenschaften oder Großunternehmen der betroffenen Kreise übertragen. Dies aus der durchaus sinnvollen und richtigen Überlegung, daß der Ministerialapparat gar nicht in der Lage wäre, Überschußproduktionen — wie es im Gesetz heißt — "bestmöglich" zu verwerten, zu exportieren. Auslandsmärkte zu beobachten und zu pflegen. Für die Unternehmer ist es aber essentiell und gleichsam das tägliche Brot, zu wissen, wann und wo österreichische Butter- und Käseberge am kosten- und preisgünstigsten abzusetzen sind. Daher zieht sich die staatliche Verwaltung zurück und delegiert an die Sachkundigen, an die primär Betroffenen in einer Art Selbstverwaltung. Sie richtet Subventionskonten ein und verlangt im wesentlichen nur die ordnungsgemäße Abrechnung der abgebuchten Gelder.

Nun gibt es allerdings keine rechtsstaatlichen Regeln für diese Marktentlastung, nirgends ist verkündet, wann wem welche Mengen an Überschußware zu welchen Konditionen abgenommen werden. Daher regelt der Landwirtschaftsminister in einer rasch anwachsenden, weil jeweils der Wirtschaftslage anzupassenden Zahl von Zusatzvereinbarungen zum Delegationsvertrag, aber auch in einseitigen Erlässen, welche Subventionen er als ordnungsgemäß abgebucht erachtet.

Auf dieser Grundlage, aber auch darüber hinausgehend regeln im weiteren die betrauten Verbände und Unternehmen, gleichsam im Korrespondenzweg mit ihren Kunden, die gleichzeitig auch ihre Konkurrenten sind, die Marktentlastung. Insgesamt ist ein Sekundärrecht entstanden, das nur noch im Agrarmarktrecht der EG ein quantitatives und qualitatives Pendant hat, ein Sekundärrecht, das im Konkurrenzkampf, im Kampf um den Platz am Subventionstrog, auf peinlich genaue Einhaltung drängt, ein Sekundärrecht, das nirgends kundgemacht ist und sich nur auf einen einzigen Gesetzesparagraphen stützt, der zur "bestmöglichen Verwertung" der Überschußproduktion ermächtigt. Von rechtsstaatlicher Verwaltung kann keine Rede sein.

Folke Schuppert²⁵ hat für diese und ähnliche Fälle jüngst aus der anglo-amerikanischen Verwaltungslehre den Begriff "Quangos" importiert. Für viele dieser Quangos ist es typisch, daß sich der Staat aus einer öffentlichen Aufgabe zurückgezogen hat und sie einer Organisation "der Betroffenen" zur Verteilung der oft beträchtlichen Subventionsmittel in Selbstverwaltung überträgt. Naturgemäß entwickelt sich dann aber ein

²⁵ DÖV 1981, 153.

Sekundärrecht, entwickeln sich selbstbindende Praktiken, die nicht nur die unbefangen neutrale Würdigung der Einzelfälle verhindern, sondern in ihrer Gesetzlosigkeit, in der Dunkelheit ihrer Entstehung und in ihrer Unpubliziertheit auch an die vorkonstitutionelle Verwaltung des 19. Jahrhunderts erinnern.

In allen diesen Fällen überlagern "Betroffenheit", "Interessiertheit", "Sachkenntnis" und "Konsens" die Rechtsstaatlichkeit der Entscheidung, in allen diesen Fällen sind es Legitimationsbehauptungen eigener Art, die das Gesetz verdrängen oder scheinbar ersetzen können.

Die Formen administrativer Selbstbindung lassen sich bei entsprechender Deutung und bei entsprechender Handhabung weitgehend in das demokratische, gewaltenteilige und rechtsstaatliche Konzept unserer Verfassungsordnungen einordnen. In den Fällen, in denen sich Selbstbindung aber auf vermeintliche Legitimationsquellen eigener Art beruft, in denen oft ebenso umfangreiche wie dunkle Sekundärrechte zur selbständigen materiellen Gesetzgebung werden und gleichzeitig unter dem Konsensdruck der Beteiligten eine schematische Handhabung erzwingen, in denen letztlich sogar einem Verfassungsgerichtshof eine Verbeugung abgerungen wird, in diesen Fällen wirkt administrative Selbstbindung staatsauflösend.

Leitsätze des 3. Berichterstatters über:

Selbstbindungen der Verwaltung

- 1. Die Selbstbindungen der Verwaltung lassen sich drei Aspekten zuordnen:
- den zunächst internen, organisatorisch-funktionellen Eigenbindungen der Verwaltung,
 - den Loyalitätspflichten im Außenkontakt,
- der externen Aufgabenwahrnehmung durch die Verwaltung.
- 2. Bindung im Rechtssinn ist durch die, in einer Rechtserheblichkeit gründenden, unselbständige Beachtlichkeit charakterisiert.
- 3. In der gebotenen mehrschichtigen Auslegung des Bindungszusammenhanges und der Dispositionsmöglichkeiten der Verwaltung zeigt sich eine nahezu unendliche Vielfalt von Arten und Graden rechtlicher Bindung.
- 4. Selbstbindungen konkretisieren den rechtlichen Rahmen der Verwaltung, münden in ein Verwaltungshandeln und können daher für den Bürger aktuelle rechtliche Bedeutung gewinnen.
- 5. Die traditionelle Unterscheidung der Rechtslage der Verwaltung und der Rechtslage des Bürgers beläßt Selbstbindungen der Verwaltung in rechtsstaatlichen Nischen. Eine solche Kontrastierung verkennt:
- die den Amtswalter als Amtspflicht treffende Auseinandersetzungspflicht,
- die diskursive Entwicklung "der Sache" im Verkehr zwischen Verwaltung und Bürger und
- die verfahrensrechtliche Pflicht zur rechtlich-sachlichen Argumentation gegenüber und mit dem Bürger.
- 6. Daher ist es vor allem das Verwaltungsverfahren, das die Brücke zwischen den "zwei Rechtslagen" schlägt. Letztlich im

Verfahren müssen Selbstbindungen die erforderliche Publizität finden und der Argumentation durch die Beteiligten offenstehen.

- 7. In anderen Zusammenhängen können spezielle Auskunftspflichten und Widerspruchsverfahren Selbstbindungen der Verwaltung rechtsstaatlich erträglich machen.
- 8. Der Bedarf nach Konstanz im Wechselhaften und nach Klärung im Unklaren drängt die Verwaltung zur Selbstbindung gegenüber dem Politischen und gegenüber dem Bürger. Dies ist im Rahmen der Residualverantwortung der Verwaltung für das Gemeinwesen gerechtfertigt.
- 9. Es ist das traditionell überstrapazierte "Amtsgeheimnis", das "verwaltungspolitische" Selbstbindungen suspekt macht. Solche Selbstbindungen können aber dann nützlich und notwendig sein, wenn sie das Licht der Öffentlichkeit nicht zu scheuen brauchen.
- 10. Selbstbindungen der Verwaltung sind nur dort generell unerträglich, wo sie sich auf vermeintliche Legitimationsquellen eigener Art, wie "besondere Sachkenntnis" oder "demokratischer Konsens" berufen und zur schematischen Handhabung dunkler "Sekundärrechte" führen.

4. Aussprache und Schlußworte

Selbstbindungen der Verwaltung

Vorsitzender: Meine sehr verehrten Herren Kollegen! Ich eröffne die Aussprache zum zweiten Beratungsgegenstand "Selbstbindungen der Verwaltung".

Damit Mißverständnisse vermieden bleiben, möchte ich den Arbeitstitel nennen, der den Referaten zugrunde lag und der in der Verkürzung auf "Selbstbindungen der Verwaltung" vielleicht nicht hinreichend deutlich wurde. Der Arbeitstitel lautete sinngemäß: "Selbstauferlegte Vorausbindungen der Verwaltung im Vorfeld hoheitlicher Entscheidungen."

Nach dieser Klarstellung möchte ich Ihnen vorschlagen, die Diskussion in zwei Teile zu gliedern. In einem ersten Teil könnten wir über die individuell-konkrete Vorausbindung sprechen, d.h. die Vorausbindung durch Vorentscheid, Zusicherung, Vertrag oder durch Setzen rechtlich relevanter Fakten. In einem zweiten Teil wäre dann die generell-abstrakte Vorausbindung vor allem durch Verwaltungsvorschriften zu erörtern. In beiden Bereichen wäre ich Ihnen sehr zu Dank verbunden, wenn Sie die Schwerpunktbildung übernehmen könnten, die die Referenten selbst nach Absprache mit dem Vorstand Ihrem Referat zugrundegelegt haben. Es handelt sich um drei Schwerpunkte: die rechtliche Legitimation der Vorausbindung, die Schranken der Vorausbindung und nicht zuletzt die materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Sicherungen der am Bindungsvorgang nicht beteiligten Dritten.

Wie schon im letzten Jahr und gestern werden nicht nur Diskussionsbeiträge zugelassen, sondern auch spontane Zwischenbemerkungen. Die Länge der Diskussionsbeiträge und der Zwischenbemerkungen muß ich zu meinem großen Bedauern im Interesse aller ebenso begrenzen wie Herr Martens gestern, nämlich auf vier Minuten für jeden Diskussionsbeitrag und auf zwei Minuten für Zwischenbemerkungen. Sie haben gestern gesehen, daß trotz großer Disziplin aller Diskussionsteilnehmer und trotz der Zeitbeschränkung einige Herren nicht mehr zu Wort kamen. Ich hoffe, daß wir das heute vermeiden können. Sie werden auch verstehen, daß ich mich verpflichtet fühle, von der normalen Reihenfolge der Diskussionsredner heute für diejenigen eine Ausnahme zu machen,

die gestern das Wort nicht mehr erhalten konnten. Zunächst also Herr *Brohm*.

Brohm: In der Verwaltungspraxis hat man oft den Eindruck, daß unsere Dogmatik sich in der Feinziselierung des Herkömmlichen erschöpft und neue Entwicklungen in der Praxis der Verwaltung nicht beachtet, geschweige denn dogmatisch aufarbeitet. Ich glaube, unsere heutige Tagung hat gezeigt, daß dieser Eindruck wenigstens partiell nicht zutrifft. In den kooperativen Aushandlungsprozessen, wie sie insbesondere von Herrn Hoffmann-Riem beschrieben worden sind, scheint mir ein wesentliches Phänomen des modernen Staates sichtbar geworden zu sein, dem man sich näher widmen muß. Und zwar sehe ich zunächst einmal, gerade in diesen Aushandlungsprozessen, eine Parallelität zwischen dem gestrigen Thema und dem heutigen. Gestern hat Herr Eichenberger uns auf die Notwendigkeit hingewiesen, im Gesetzgebungsverfahren die Vorbereitungshandlungen besser in den Griff zu bekommen, und er hat hervorgehoben, daß wir hier in zunehmendem Maße Aushandlungsprozesse zu verzeichnen haben. Mir scheint, daß das kooperative Vorgehen der Verwaltung die Parallele dazu ist. Auch hier ist der Staat im Begriffe, seinen Aufgaben im Wege von Aushandlungsprozessen nachzukommen. Das ist nicht unbedingt abzulehnen. Es ist, glaube ich, ein typisches Phänomen des modernen Sozialstaates, der darauf angewiesen ist, die Investitionen für seine Sozialgestaltung aus dem einzelnen hervorzulocken und mit ihm abzusprechen. Das heißt, sobald der Staat zur Sozialgestaltung übergeht, ist er auch gezwungen, in solchen Formen die Mitwirkung der gesellschaftlichen Kräfte herbeizuführen. Diese kooperativen Formen, meine ich, wurden bislang weder im Staatsrecht noch im Verwaltungsrecht dogmatisch aufgearbeitet. Wir gehen in der Staatslehre davon aus, daß Staat und Gesellschaft sich nur noch unterscheiden, aber nicht mehr trennen lassen; aber die dogmatischen Konsequenzen aus dieser Erkenntnis haben wir noch nicht gezogen.

Um mich nun speziell einem Beitrag von Herrn Hoffmann-Riem zuzuwenden: Bipolare Aushandlungsprozesse beruhen nicht nur darauf, daß der Staat den einzelnen zu Investitionen veranlassen will, sondern oft auch darauf, daß wir heute eine Vielzahl, oder eine Flut von Gesetzesvorschriften haben, die, wenn sie alle beachtet würden, zu einem Immobilismus führen müßten. Wir haben zum Beispiel — das habe ich in meiner praktischen Tätigkeit mehrfach erfahren können — bei baulichen Nutzungsänderungen heute derart viele Vorschriften sozialer, ästhetischer und ordnungspolitischer Art anzuwenden,

daß, wenn sie alle beachtet würden, die notwendigen baulichen Änderungen nicht mehr finanzierbar wären. In solchen Fällen wird praktischer vorher abgeklärt und in Absprachen festgehalten, welche Vorschriften die Verwaltung anzuwenden gedenkt und welche nicht. Und da. Herr Hoffmann-Riem. ist es nun oft nicht so, daß die Verwaltung, wie Sie es formulierten, dem Motto "Zuckerbrot statt Peitsche" folgt. Vielmehr ist es oft gerade umgekehrt. Die Verwaltung droht bei unliebsamen Nutzungsänderungen, die sie rechtlich nicht verhindern könnte, dem Bürger, ihn die "volle Schärfe des Gesetzes" spüren zu lassen und legt ihm nahe, doch eine andere, von ihr präferierte Nutzung zu wählen. Dafür ist sie dann bereit, nicht alle Vorschriften im einzelnen oder in der vollen Strenge zu beachten. Man muß also hier versuchen, die Grenzen zum Mißbrauch aufzuzeigen. Diese lassen sich m. E. nicht dadurch bestimmen, daß man alle möglichen Rechtskautelen, und vor allem die Formen der Verfahrensbeteiligung, schon in das Vorstadium der Verhandlungen hineinverlegt. Denn derartige Aushandlungsprozesse der Verwaltung sind ja im Grunde genommen eine Form, den Immobilismus zu umgehen, den wir heute durch die Gesetzesflut haben. Wenn die Verwaltung da die verschiedenen Beteiligungsformen schon im Entwurfsstadium mitberücksichtigen müßte, würde der Immobilismus noch stärker bzw. perfekt werden. Ich meine daher, daß man Ihnen in der Grundtendenz der Analyse folgen muß, aber zu den einzelnen Lösungsansätzen doch gewisse Vorbehalte geltend zu machen hat.

Merten: Ich bezweifele, daß das kooperative Verwaltungshandeln, das Aushandeln, durch den Sozialstaat bedingt ist. Auch früher hat der Staat Investoren gewinnen müssen; das war schon im Merkantilismus so. Für den Sozialstaat ist es gerade kennzeichnend, daß der Bürger gesetzlich festgelegte Leistungen erhält, z.B. im Sozialversicherungsrecht oder im Sozialhilferecht. Hier kann man wenig aushandeln, so daß diese Kategorie für den Sozialstaat nicht typisch ist.

Brohm: Ein Wort zur Klarstellung: "Sozialstaat" meine ich im Sinne von "sozialgestaltendem Staat"; und dazu paßt der Merkantilismus genauso wie die heutige Wirtschafts- und Sozialpolitik.

Battis: Alle drei Referate haben eine Fülle von Selbstbindungen dargelegt, wobei der Begriff der Selbstbindung für meinen Geschmack gelegentlich etwas bindungslos und vage geworden ist. Weniger ergiebig, und das gilt besonders für die

furiose Realanalyse von Herrn Hoffmann-Riem, war jedoch das Ausbreiten des Materials hinsichtlich der Verwaltung. Und es heißt ia auch bezeichnenderweise im Titel, auch in dem modifizierten Arbeitstitel: Die Verwaltung. Ich würde meinen, insofern war ergiebiger, wenn ich das einflechten darf, das "vierte Referat", das wir heute morgen noch gehört haben. wobei es mir selbstverständlich nicht zusteht, das Prädikat. das unser verehrter Herr Vorsitzender dem gestrigen "vierten Referat" verliehen hat, auf das seinige zu übertragen. Aber in diesem Beitrag ist doch sehr deutlich geworden, daß die Verwaltung weitaus vielfältiger ist, daß sie kein geschlossener Block ist, auch dann nicht, wenn eine Behörde im Wege der Konzentration weitgehende Befugnisse hat, sondern es ist doch einmal so, daß innerhalb einer Behörde sehr verschiedenartige Beziehungen bestehen. Ich habe von einer Tagung aus der letzten Woche noch im Ohr die beredte Klage eines Vertreters aus Ihrer Heimatstadt, Herr Hoffmann-Riem, der eben klagte, daß man bestimmte Dinge der Hafenbehörde alleine nicht überlassen könne, weil sie das zu einseitig ganz in ihrem Sinne, d.h. im Sinne ihrer Klientel sehe, "sondern da müsse er eben auch hinzu und da gehe er auch mit heran". Selbst innerhalb einer Behörde gibt es das und dann vor allen Dingen doch auch die Vielfalt anderer Behörden, anderer Verwaltungsträger, die ja auch an den Planungsverfahren in vielfältigster Weise beteiligt werden und hier u.U. auch private Interessen mobilisieren, um sie als öffentliche zu präsentieren, was völlig legitim ist. Insofern würde ich da also mehr differenzieren.

Nun zu einem weiteren Gesichtspunkt, der allen Referaten gemeinsam war, den Herr Brohm auch schon angesprochen hat, die Betonung der Vorbereitung, daß eben diese Phase besonders wichtig sei. Ich möchte vor allen Dingen insoweit betonen, das ist auch gestern zu Recht gesagt worden, daß, wenn man hier zu sehr formalisiert, daß dann die Gefahr besteht, daß die Beteiligten noch weiter ausweichen werden.

Anknüpfend an Herrn Brohm noch eine Bemerkung: Ich meine nicht, daß wir diesem tauschförmigen Verwaltungshandeln heute generell den Ruch der Illegalität verleihen sollten. Dies ist meines Erachtens eine typische Form des Verwaltungshandelns schon immer gewesen. Denken Sie an das einfache alte Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Die Verwaltung hat eigentlich immer in dieser Weise gehandelt. Ich denke z.B. daran — insoweit kann ich an die Bemerkung von Herrn Merten anknüpfen —, daß das Ruhrgebiet als historisches Beispiel eines kooperativen, industriell-staatlichen Modernisierungsprozesses ohne solche Zusammenarbeit — und zwar

eben auch bei großen Planungen —, nie zustande gekommen wäre.

Erlauben Sie mir noch eine Methodenfrage an Herrn Hoffmann-Riem: Sie haben in Ihre Realanalyse sehr ertragreich entscheidungstheoretische Gesichtspunkte eingebracht. Bei der Therapie hat sich das eigentlich mehr im Vokabular ausgewirkt. Die Folgen dürften noch vertiefungsfähig sein. Herr Raschauer hat etwas spitz gesagt: Was nutzt verbesserte Akteneinsicht, wenn es keine Akten gibt? Das würde ich eigentlich auch unterstreichen wollen.

Schmidt-Aßmann: Ich will drei allgemeine Bemerkungen machen, nicht auf einzelne Punkte eingehen. Erstens: Die sibyllinische Fassung des Themas hat es den Referenten gestattet, zuzustoßen auf Kernstücke des derzeitigen Verwaltungsrechts und seine Fortentwicklung. Die Selbstbindungen der Verwaltung sind dabei so etwas wie ein heuristisches Prinzip geworden, um pathologische Stellen im Verwaltungsgeschehen und in der Verwaltungsrechtsdogmatik aufzuspüren. Daß der Begriff keinen eigenständigen rechtlichen Aussagewert hat, habe ich heute vormittag erst lernen müssen. — Im Zentrum der Ausführungen aller Referenten haben die komplexen Verwaltungsentscheidungen gestanden, und ich halte das für richtig. Nur beiläufig möchte ich anmerken, daß trotz der Neuinterpretation des Themas durch den Herrn Vorsitzenden etwas mehr auch zu den Massenverwaltungsvorgängen der Subventions-, der Sozial- und der Abgabenverwaltung und der Problematik der Selbstbindung dort zu sagen angezeigt gewesen wäre. Ich meine, wir dürfen diese Vorgänge der Massenverwaltung gegenüber den faszinierenderen Vorgängen der komplexen Verwaltungsentscheidungen nicht vergessen. Meine zweite Bemerkung zielt auf die Verwaltungsanalysen, die jeder Fortentwicklung des Verwaltungsrechts voranzugehen haben.

Herr Hoffmann-Riem hat sie geliefert. Er hat sie an Beispielen geliefert, die ausgerichtet sind an dem Schema "Verwaltung und Anlagenbetreiber contra Dritte (Anlagebetroffene)". Das ist zweifellos ein häufig vorkommender Typus dreipoliger Verwaltungsverhältnisse. Wir dürfen aber nicht übersehen, daß sich mittlerweile auch andere Typen herausgebildet haben. Selbst wenn man mit den Referenten nicht über die Auswahl von Beispielen rechten soll, so scheint mir die Auswahl hier doch zu einer gewissen Verengung der rechtlichen Folgen geführt zu haben. Ich darf nur darauf hinweisen, daß die neuere Verwaltungssituation auch dadurch gekennzeichnet sein kann, daß sich die Verwaltung auf die Seite der

Einwender schlägt, sei es, daß sie es ausdrücklich tut, sei es, daß sie das Verfahren durch Winkelzüge in eine Sackgasse steuert und "Selbstbindung" auf diese Weise als "Sich-selbstdie-Hände-Binden" praktiziert. Bei der Analyse beachtet werden muß ferner — darauf hat Herr Battis eben eindrücklich hingewiesen —, daß die Verwaltung heute oft kein einheitlicher Block mehr ist, wir vielmehr zahlreiche Segregationstendenzen innerhalb des Verwaltungskörpers festzustellen haben. Auch die Schutzmechanismen, die das allgemeine Verwaltungsrecht zu verarbeiten hat, dürfen deshalb nicht mehr so einseitig nach dem Beispielmaterial der Fälle, die sich in den letzten zehn Jahren oder vor zehn Jahren entwickelt haben. gefaßt werden. Und eine dritte Bemerkung: Alle drei Referenten haben das Heilmittel in der rechtlichen Durchdringung der Verwaltungsvorgänge gesehen. Das halte ich zwar im Ansatz für richtig. Die Verwaltungsrechtsdogmatik muß weiter eindringen und sie wird es auch tun. Herr Scheuing hat in seiner These C gezeigt, in welchen Stufenfolgen das vor sich zu gehen hat. Nur. ich darf an gestern erinnern: Herr Zacher hat sicherlich nicht nur mir, sondern auch anderen aus dem Herzen gesprochen mit dem Hinweis auf die Schattenseiten einer zu starken Verrechtlichung. Wir sollten dabei einer gewissen Mitschuld etwa an der jetzt viel beklagten Normenflut oder an dem überzogenen Verwaltungsrechtsschutz durchaus eingedenk sein und auf jeden Fall vermeiden, daß der heute angebotenen Idee einer rechtlichen Ausdifferenzierung des Verwaltungsverfahrens etwas Ähnliches widerfährt: nämlich eine simple und unbedachte Auswalzung.

Dagtoglou: Eine Glosse eher als ein Kommentar: Nach den gestrigen und auch den heutigen Referaten kann man sich wohl fragen, ob es auch Bindungen in der Verwaltung gibt, die keine Selbstbindungen sind. Denn gestern haben wir ja gehört, daß die Verwaltung die Gesetze vorbereitet — bis ins Detail. Die Rechtsverordnungen kommen ja von der Verwaltung, und von den anderen Selbstbindungen haben wir heute gehört, so daß man ein bißchen boshaft und nicht ganz ernst fragen darf, ob die einzigen Fremdbindungen in der Verwaltung internationaler und multinationaler Art sind.

Häberle: Wenn sich hochgezüchtete dogmatische Filigranarbeit, wie sie uns Herr Scheuing geboten hat, mit der bereits mehrfach gerühmten realistischen Bestandsaufnahme von Herrn Hoffmann-Riem geradezu ideal komplementär verbindet, so ist dies ein Glücksfall für die Pflege der Verwaltungs-

rechtswissenschaft in unserer Vereinigung. Ich sehe insoweit eine Kontinuität zum 2. Tag der Regensburger Staatsrechtslehrertagung vor genau 10 Jahren. Haben damals die Herren Bachof und Brohm den großen Rahmen der "Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung" abgesteckt, so wurde heute kongeniale Spezialarbeit für die Selbstbindungen der Verwaltung geleistet. — Erlauben Sie mir, auf diesem Hintergrund zwei Fragen nachzugehen: Erstens, welches sind die verwaltungswirklichen bzw. realen und rechtstheoretischen Hintergründe für das Problem der "Selbstbindungen der Verwaltung"? Hierzu einige Stichworte: Es handelt sich um eine Intensivierung des Verhältnisses zwischen Bürger und öffentlicher Verwaltung, eine gesteigerte Nähe zwischen ihnen sowie gewachsene beidseitige Abhängigkeiten und vielfältige Kooperationsprozesse — das Wort "Kooperation" haben alle drei Referenten gebraucht: Herr Scheuing unter II, Herr Hoffmann-Riem in den Leitsätzen 11 und 18. Herr Raschauer in Ziff. 5. Ich möchte diesen Ansatz erweitern zu der These: Die Frage der Selbstbindungen der Verwaltung ist eine Frage gesteigerter Intensivierung der komplexen Kommunikationsprozesse zwischen der öffentlichen Verwaltung einer pluralistischen Industriegesellschaft und den Bürgern. Wandlungen auf Verwaltungs- wie Bürgerseite haben dazu geführt, daß sie einander in größerer Nähe und Flexibilität begegnen. Hier zeichnen sich in dem von Ihnen, Herr Vorsitzender, vorgegebenen ersten Gliederungspunkt der individuellen Vorausbindungen schon gewisse Elemente dessen ab. was als Verwaltungsrechtsverhältnis auszubauen ist, wozu Herr Bachof und andere Kollegen frühzeitig Stichworte geliefert haben. Hinzu kommt die faszinierende Gemengelage zwischen gewandelten Realien der Verwaltung und Normativem bzw. Vorschlägen der Wissenschaft und Entscheidungen der Legislative und Rechtsprechung: Sie und die Dogmatik versuchen in einem Konzert mit vielen Beteiligten und Instrumenten das Problem "Selbstbindungen" juristisch in den Griff zu bekommen. Den faktischen Entwicklungen, der Verwaltungspraxis hat man ja früh über den Hebel des Art. 3 Abs. 1 GG Rechnung getragen; sie gewann i.S. der "Gemengelage" normierende Kraft. Dahinter steckt nach wie vor ein Stück Gerechtigkeitswertung. Jetzt wäre herauszuarbeiten, welche Gerechtigkeitselemente i.S. gerechter Interessen- und Machtverteilung, etwa Rechtssicherheit, Verläßlichkeit für den Bürger, Vertrauens- und Rechtsschutz, Funktionsfähigkeit der Verwaltung wie konkretisiert werden müssen: bei gesteigert intensivierten Bürger/Staats-(Verwaltungs-)Verhältnissen.

Meine zweite Frage will eine Brücke schlagen zu gestern: Unser unvergessener Ulrich Scheuner hat auf der Berner Staatsrechtslehrertagung des plastische Bild von der "geheimen und tiefen Brücke" zwischen zwei Problemkreisen geprägt. Logisch ist diese Methapher zwar grundsätzlich zweifelhaft, aber in der Sache kann sie sehr anschaulich etwas Richtiges umschreiben. In diesem Geiste möchte ich die Frage stellen, ob wir nicht von dem gestern erarbeiteten Problemlösungsmaterial der Selbstbindung des Gesetzgebers etwas für die Selbstbindungen der Verwaltung lernen können. Ich meine, ja. Herr Scheuing hat Gesichtspunkte wie "Konsequenz", "Kontinuität" gebraucht und Abwägungen vorgenommen, Aspekte. die wir gestern für die Gesetzgebungslehre im Verfassungsstaat i.S. von Einbindungen der Legislative fruchtbar zu machen suchten. Aus dem Steinbruch der gestrigen Gedanken sollten wir heute für die Verwaltung sozusagen "parallel" arbeiten, also verwaltungsdogmatisch und -politisch i.S. der verfassungsstaatlichen Verwaltungslehre Gewinn ziehen; trotz aller Unterschiede zwischen der Gesetzgebungs- und Verwaltungsfunktion.

Kisker: Herr Hoffmann-Riem hat, glaube ich, völlig zu Recht gesagt, daß die faktische Selbstbindung der Verwaltung eine Konsequenz ihrer Abhängigkeit ist. Wenn die Verwaltung genötigt ist, in Bau- oder etwa in Atomangelegenheiten sich zu arrangieren, dann deswegen, weil von ihr erwartet wird, daß sie Erfolge liefert. Das geht aber nur, wenn die angesprochenen, mit Rechten und Rechtsbehelfen bewehrten Unternehmen durch ein gewisses Entgegenkommen zu kooperativem Verhalten veranlaßt werden können.

Frage: Läßt sich das ändern? Eine Wiederherstellung von Distanz durch Rücknahme des Grundrechtsschutzes oder Verkürzung der Rechtsbehelfe steht für Sie wohl nicht zur Diskussion. Was bleibt — und das höre ich aus dem, was Sie sagen, stark heraus — ist der Gedanke einer Ausbalancierung von Macht durch Zulassung von Gegenmacht. Wer aber kann diese Gegenmacht sein und wie wäre sie zu organisieren? Wenn Wirkungen erzielt werden sollen, dann müssen als Gegenmacht an Stelle des einzelnen Gladiolenzüchters ja wohl Verbände in Aktion treten. Mit anderen Worten: Mir scheint vieles in Ihren Ausführungen in Richtung auf eine Verbandsklage zu laufen.

Zu fragen bleibt freilich, ob Einschaltung von Gegenmacht wirklich zu einer distanzierteren, weniger interessentenabhängigen Verwaltung führt. Man mag hoffen, daß die Verwaltung nach dem Motto "divide et impera" ein Mehr an Spielraum gewinnt, wenn sie Macht und Gegenmacht gegeneinander ausspielen kann. Es wäre freilich auch möglich, daß sie auf die Rolle eines bloßen Vermittlers zwischen den vorhandenen mächtigen Interessenten zurückgedrängt wird. Sie könnte dann nur noch aus dieser Vermittlerrolle heraus versuchen, das Allgemeininteresse ins Spiel zu bringen. Ein konsequenter, distanzierter Gesetzesvollzug wäre das dann aber auch nicht.

Rauschning: Ich glaube, wir können uns es ersparen, über die Notwendigkeit von Kooperation in diesem Bereich überhaupt zu sprechen. Ich will Ihnen nur ein Beispiel bringen: Ich plane die Installation einer Wärmepumpe und habe eine wasserrechtliche Genehmigung dafür beantragt. Ich habe mir sagen lassen müssen, daß neunzehn Behörden am Genehmigungsverfahren teilnehmen und daß das weitere Verfahren mindestens sechs Monate dauert. Aber es würde zu vier oder fünf Ablehnungen kommen, wenn ich nicht vorher die Genehmigungsbehörde fragen würde: "Ja, wie ist denn eure Entscheidungspraxis?" Und dann würde ich diesen Sechs-Monats-Weg mehrere Male gehen müssen, wenn ich nicht vorher in eine gewisse Kooperation eintreten würde. Das ist in komplizierten Genehmigungsverfahren sicherlich noch viel mehr erforderlich. Die Frage, wie weit eine Selbstbindung dabei für die Verwaltung eintritt, würde ich nur soweit bejahen, als sich die Verwaltung im Rahmen des rechtlich Zulässigen hält. Sie kann und wird nur sagen: In unserer Praxis wird auf folgende Voraussetzungen abgestellt, und wenn dieses oder jenes in dem Antragsentwurf noch geändert wird, dann kommt er diesen Voraussetzungen näher, als das ohne diese Änderungen geschähe. Ich meine aber, daß darin eine Gefahr, wie sie Herr Hoffmann-Riem in Leitsatz 7 kennzeichnet, nicht besteht, und bei aller Achtung vor verwaltungssoziologischen Untersuchungen und ihrer Notwendigkeit meine ich, daß sie durch nichts belegt ist. Zumindest gibt es gerade auch in der Verwaltung und im Verwaltungsaufbau Wirkmechanismen, die einer Bindung ins Rechtswidrige, einer kollusiven Überspielung von Rechtssätzen entgegenstehen. Zunächst gehe ich davon aus, daß die Verwaltung selbst doch gerade mit einem Schutzauftrag ausgestattet ist und ihn auch ernst wahrnimmt, und die in Leitsatz 7 der Verwaltung zugeordnete Intention würde ich bestreiten. Aber auch die Verwaltungsorganisation als solche streitet dagegen: Wenn ein Beamter in einem ja pluralistischen Verfahren, wie es uns der Herr Vorsitzende vorhin gezeigt hat, in die Akten schreibt: An folgendem Punkt scheinen mir die Sicherheitserfordernisse nicht gegeben zu sein, dann mag es

Absprachen auf höherer oder auch niederer Ebene geben, über diesen Aktenvermerk kann eine Verwaltung — die Akten werden ja auch hinterher im Gerichtsverfahren vorgelegt — nicht hinweggehen.

Bei der Mehrpoligkeit dieser Verfahren müssen wir uns auch vor Augen halten, daß die Verfahren jeweils verschieden sind und jede Verfahrensart doch auch gesondert betrachtet werden muß. Jeder von uns mag, wenn er dieses für richtig und anderes für falsch hält, einen anderen Erfahrungshorizont oder gerade einen anderen Fall vor Augen haben, und von Fall zu Fall mag die Entscheidung sehr verschieden sein. Wenn es sich aber um Entscheidungen handelt, die auf einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt beruhen, dann geht es ja zunächst um den Antrag, der verbunden ist mit einem Anspruch auf die Genehmigung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind. Und es geht nicht um die Kompetenz der Verwaltung zu freier Gestaltung nach Anhörung anderer Beteiligter oder Betroffener. Sie kann nur über den Antrag entscheiden -- mit "ja" oder mit "nein" —, und die Frage, wieweit durch eine Beteiligung Dritter dieses Problem oder diese Entscheidung verändert werden kann, müßten wir vielleicht auch einmal verwaltungs-soziologisch untersuchen. Wenn der Dritte eine echte Rechtsposition hat, dann wird sie ihm auch nicht genommen werden können, und sie wird beachtet sein. Wenn er wesentliche Einwände in diesem Verfahren hat, dann wird die Verwaltung dayon auch Kenntnis nehmen. Aber wenn Sie eben auch vielfach die Einwendungspraxis betrachten — etwa bei Großanlagen -, dann werden Sie vielleicht auch feststellen müssen, daß irgendwelche verfahrensfördernden oder Sicherheitserwägungen verändernden Gesichtspunkte so gut wie nicht vorgetragen werden, es sei denn, es handele sich um einzelne Rechtspositionen, über die in diesem Zusammenhang auch nach gegenwärtigem Recht nicht verfügt werden kann.

Mußgnug: Ich habe schon gestern im Zusammenhang mit Herrn Kloepfers Referat vom Diskontinuitäts-Prinzip gesprochen. Herrn Hoffmanns-Riems heutiges Referat gibt mir erneut Anlaß von einer Diskontinuität zu reden, diesmal freilich nicht von der parlamentarischen, sondern von der, die mir zwischen unserer diesjährigen und der Salzburger Tagung von 1972 zu bestehen scheint. In Salzburg haben wir — wenn mich nicht alles täuscht — über ähnliche Phänomene diskutiert, wie sie heute im Referat von Herrn Hoffmann-Riem im Mittelpunkt standen. Damals allerdings haben wir sie unter dem Stichwort "Partizipation" erörtert und sie sehr gepriesen. Heute indessen haben wir eine terminologische Kehrtwendung erlebt. Herr

Hoffmann-Riem hat an die Stelle der "Partizipation" die "Kooperation" gesetzt und sie eher kritisch gewürdigt. Was er über die Kooperation der Verwaltung mit den von ihren Entscheidungen Betroffenen sagte, klang so, als meine er "Kollaboration" oder gar "Kollusion". In Salzburg stellten wir noch einhellig ein Defizit an "Partizipation" fest. Heute entstand der gegenteilige Eindruck, in der Verwaltungspraxis sei ein ungutes Übermaß an "Kooperation" zu beobachten. Mir kam es fast so vor, als wolle Herr Hoffmann-Riem den legitimen Spielraum für die "Partizipation" oder "Kooperation" zwischen dem Bürger und der Verwaltung darauf beschränken, daß dem Bürger vor dem zwangsweisen Vollzug der Verwaltungsentscheidungen die Gelegenheit geboten wird, freiwilligen Gehorsam zu üben und damit Zwangsgelder und Ersatzvornahmen von sich abzuwenden, also an der Verwaltungsarbeit lediglich noch durch kooperative Botmäßigkeit zu partizipieren. Ich räume ein, daß ich damit ein wenig übertreibe. Aber wir nähern uns doch sehr diesem Standpunkt, wenn wir außer acht lassen, daß die Kooperation zwischen Bürger und Verwaltung auch ihre guten Seiten hat.

Ich bekenne offen, daß ich auf meinem akademischen Arbeitsfeld auf Schritt und Tritt mit den meinen Entscheidungsbefugnissen unterstellten Studenten kooperiere und dabei auch bewußt Selbstbindungen eingehe. Das tue ich z.B. mit Seminarteilnehmern, denen ich hin und wieder erklären muß: "In dieser Form kann ich Ihre Seminararbeit nicht als taugliche Leistung akzeptieren. Wenn Sie sie aber so ergänzen und verbessern, wie ich Ihnen das empfehle, so dürfen Sie damit rechnen, daß ich Ihnen den Seminarschein erteilen werde." Damit schränke auch ich meinen Beurteilungsspielraum erheblich ein. Ich kann und darf es mir hinterher nicht mehr anders überlegen und die Seminararbeit verwerfen, obwohl ihr Verfasser meine Empfehlungen gewissenhaft befolgt hat.

Wenn ich auf diese Weise selbstbindend mit meinen Seminarteilnehmern kooperiere, so tue ich sicherlich nichts grundlegend anderes als das Finanzamt, das sich mit einem Unternehmer darüber verständigt, wie bestimmte steuerlich relevante Vorgänge zu bilanzieren sind. Hier wie dort werden auf dem Verhandlungswege gewichtige, vielfach aber kaum zu vermeidende Vorentscheidungen getroffen. Daher habe ich erhebliche Bedenken dagegen, die Kooperation zwischen Bürger und Verwaltung allzu einseitig als ein negatives Phänomen zu deklassieren. Eine differenzierendere Betrachtung tut not, die einerseits hervorkehrt, wo die Kooperation den Stil des Verwaltens verbessert und rechtsstaatlich geradezu geboten

ist, die aber andererseits auch deutlich macht, wo die Grenzen einer solchen Kooperation verlaufen. Sie liegen — wie Herr Hoffmann-Riem mit Recht betont hat — z.B. dort, wo über den Kopf Dritter hinweg kooperiert wird. Aber das geschieht nicht nur, wenn mit der Energiewirtschaft im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren Verhandlungen gepflogen werden, zu denen die Kernkraftgegner nicht hinzugezogen werden. Das gleiche ist zu beobachten, wenn klandestin mit Hausbesetzern kooperiert wird, denen die zuständigen Behörden zusagen, daß man sie vor polizeilichen Räumungen der von ihnen rechtswidrig besetzten Häuser verschonen wird, ohne daß deren Eigentümer angehört werden. Deshalb dürfen wir mit unserer Kritik an der selbstbindenden Kooperation nicht nur an die Energiewirtschaft und ihre Kernkraftwerk-Projekte denken. Sie ist nicht das einzige Kooperationsfeld das unsere Verwaltungspraxis kennt.

Soell: Das, was allgemein zu den drei Referaten zu sagen ist. haben meines Erachtens Herr Brohm und auch Herr Schmidt-Aßmann schon in ausreichendem Maße getan. Ich hätte mich in ähnlicher Weise einlassen wollen. Ich möchte mich jetzt einigen konkreten Punkten zuwenden. Zunächst einmal Herr Scheuing: Ich stimme Ihrem Leitsatz 12 voll zu. Die Kritik an der Abschichtung des Rechtsschutzes bei gestuften Genehmigungsverfahren, die ja auch von anderer Seite schon vorgetragen worden ist, halte ich im Grunde für überzeugend; genau besehen sind es ja häufig nicht einmal nur faktische Bindungen und Beeinträchtigungen. Drittbetroffenheiten, schon in diesem Verfahrensstadium, sondern auch rechtliche Bindungen. Wenn die Luftverkehrsgenehmigung rechtsbeständig geworden ist, ist über die Standortfrage des Flughafens nachträglich bei der Kontrolle des Planfeststellungsbescheides auf Klage der Bürger hin realiter nicht mehr zu befinden. Die ist im Grunde nicht mehr in Frage zu stellen. Der zweite Punkt. und hier spreche ich Herrn Raschauer an: Auch seine Vorstellung von der Ermessensbindung, die in Leitsatz 6 etwa zum Ausdruck kommt, verdient meines Erachtens Zustimmung. Ich habe das an anderer Stelle auch klarzulegen versucht. Nur eines, meine ich, sollte man dabei nicht vergessen: die Grenzen der Selbstbindung im Ermessensbereich, die beispielsweise gerade in bezug auf die Verwaltungsvorschriften beachtet werden müssen. Die Selbstbindung darf nicht so weit gehen, daß die Funktion von Ermessensermächtigungen als solche in Frage gestellt wird. Die Funktion von Ermessensermächtigungen besteht unter anderem auch darin, Individualgerechtigkeit zu ermöglichen, das heißt die Einzelfallumstände je in ihrer besonderen Bedeutung zu würdigen und gegebenenfalls auch zukünftige Entwicklungen miteinzufangen. Das ist aber nur möglich, wenn ich nicht den ganzen Ermessensraum vorher schon durch Verwaltungsvorschriften vollständig ausgefüllt habe.

Dann zu Herrn Hoffmann-Riem, und hier meine ich insbesondere den Leitsatz 7, wo ja vom konsentierten Verhalten von Verwaltung und Bürger gesprochen worden ist, wo dann auch. Herr Mußanua, der Begriff des kollusiven Verhaltens auftaucht. Ich möchte das anhand der Sanierungsproblematik nach dem Bundesimissionsschutzgesetz, etwa im Zusammenhang mit § 17 des Bundesimissionsschutzgesetzes doch einer etwas differenzierteren Betrachtungsweise unterworfen sehen. Herr Hoffmann-Riem, soweit es sich darum handelt. Sanierungen vorzunehmen, notfalls im Wege der nachträglichen Anordnungen, zur Gefahrenabwehr, wo also Dritte gefährdet werden, sei es an Gesundheit, sei es an ihrem Eigentum, da besteht eigentlich kein Grund zur Klage; denn wenn man zu einer Sanierungspraxis kommen kann, die diese Gefahren vermeidet, dann meine ich, daß das doch ein auch von der Rechtsordnung gebilligter Erfolg ist. Soweit man unter dem Standard bleibt, den die Rechtsordnung verlangt, haben aber die Drittbetroffenen ja die Möglichkeit, sich zur Wehr zu setzen. Sie haben insofern, als es sich um Gefahrenabwehr handelt, eine Klagemöglichkeit. Sie haben die Möglichkeit, Verpflichtungsklage gegen die Verwaltungsbehörde auf Erlaß der notwendigen, nachträglichen Anordnungen zu erheben, und die Verwaltungsbehörde wird dann auch offenlegen müssen, was sie bisher getan und welche Vorabreden sie mit dem betroffenen Unternehmen getroffen hat. Ich meine, daß gewisse Schwierigkeiten, die heute noch teilweise in der Literatur angenommen werden, vermeidbar sind, denn weder das Problem der materiellen Beweislastverteilung, noch die Frage der wirtschaftlichen Vertretbarkeit ist unüberwindbar. Die wirtschaftliche Vertretbarkeit ist keineswegs — dabei bleibe ich — ein ökonomischer Begriff, sondern ein juristischer Begriff, und ökonomische Kriterien können allenfalls Hilfsmittel der Beurteilung sein. Und die materielle Beweislastverteilung ist in § 17 BImSchG so vorgenommen - wenn man den 17 richtig interpretiert —, daß das betroffene Unternehmen klarlegen muß. weshalb es in concreto nicht in der Lage ist, die Grundpflicht nach § 5 Nr. 1 BImSchG zu erfüllen. Das heißt also, im Falle des non liquet liegen die Folgen dieser Beweislastverteilung. die nachteiligen Folgen, dann beim Unternehmen. Ein letzter Punkt: Anders ist es. Herr Hoffmann-Riem — und da ist die Legitimität eines konsentierten Verhaltens eigentlich noch

deutlicher —, bei der Durchsetzung des Vorsorgeprinzips nach § 17 BImSchG: denn Vorsorge bedeutet ia: ein Akt der Planung, ein Akt der Anpassung an den technischen Fortschritt. Das Vorsorgeprinzip ist — auch dabei bleibe ich — nicht nachbarschützend, und hier hat die Behörde einen wesentlich größeren Ermessensspielraum, hier kann man in Zusammenarbeit mit dem Unternehmen einen längerfristigen Zeitplan aufstellen, der die Investitionsplanung miteinschließt, hier kann man auch Gesichtspunkte — etwa der Arbeitsplatzsicherung — weit eher zum Spiele bringen, als bei der Gefahrenabwehr. Mein letzter Punkt, den Herr Schmidt-Aßmann schon angesprochen hat: Ein bißchen sind wichtige Verwaltungszweige zu kurz gekommen, etwa die Abgabenverwaltung. Ich habe auf der letztjährigen Tagung in Innsbruck auf die Gnofä hingewiesen, eine Verwaltungsvorschrift, die zur Neuorganisation der Finanzverwaltung geführt hat mit der materiellen Folge. daß wir hier verschiedene Arten von Steuerbürgern — was ihre verfahrensmäßige Behandlung anlangt — haben. Als Ergebnis dieser Verwaltungsvorschrift haben wir eine Regelung, die eigentlich in das Gesetz hineingehört hätte und nicht hätte durch Verwaltungsvorschriften bewältigt werden dürfen. Damit bin ich am Ende. Vielen Dank.

Meessen: Selbstbindung durch Kooperationsmechanismen ist nicht nur praktische Notwendigkeit, sondern gelegentlich auch rechtliche Notwendigkeit. Ich möchte hierzu auf das Beispiel eingehen, das Herr Scheuing und Herr Hoffmann-Riem berührt haben, auf die Zusagenpraxis des Bundeskartellamtes. Hier müssen wir die materielle Vorgabe beachten: Sie zwingt geradezu zur Kooperation.

Fusionen, die zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen, sind nach § 24 GWB zu untersagen. Wenn wir annehmen, daß ein Großunternehmen durch einen Fusionsvorgang eine marktbeherrschende Stellung nur in einer Produktlinie, die wenige Prozent des Gesamtumsatzes ausmacht, erlangt, dann stellt eine Untersagung des gesamten Zusammenschlußvorgangs eine unangemessene Reaktion dar. Die Reaktion ist nicht nur unangemessen, sondern kann wegen Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, genauer des Prinzips des geringstmöglichen Mittels, sogar rechtswidrig sein. Die Zusagenpraxis gleicht insofern nur eine Strukturschwäche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen aus. Pointiert gesagt: Nur durch diese Praxis wird überhaupt eine verfassungsmäßige Handhabung gewährleistet. Das soll nun nicht heißen, daß es unbedingt eine Zusagenpraxis nach dem derzeitigen Verfahrensmodell sein muß. Man könnte das

ganz gewiß anders — geordneter und transparenter — organisieren.

Bei den Abläufen derartiger Kooperationsmechanismen — Herr Hoffmann-Riem hat darauf hingewiesen — gibt es natürlich Machtprobleme, und vielleicht darf ich zur Realanalyse zwei Gesichtspunkte nennen: Herr Hoffmann-Riem hat einerseits zu Recht auf die Macht großer Unternehmen in derartigen Kooperationen hingewiesen. Auf der anderen Seite ist auch der staatliche Partner nicht ganz machtlos. Zum Beispiel, wenn er, was vorkommen kann und vorgekommen ist, sich weigert, in eine derartige Übung der Kooperation, der Abklärung im informellen Vorstadium, überhaupt einzutreten. dann ist das ein wichtiges Machtinstrument. Ferner scheint es mir bei der Realanalyse wichtig zu sein, daß man sich — und das müßte dann auch bei einer etwaigen gesetzlichen Regelung beachtet werden — über den Entscheidungsträger im klaren ist. Wenn Entscheidungsträger das Bundeskartellamt ist, ist die Macht auf staatlicher Seite in guten, weil relativ unabhängigen, Händen, Wenn Entscheidungsträger eine norddeutsche Großstadt im Wettbewerb um Industrieansiedlung ist, sind die Einflußmöglichkeiten für den privaten Partner sehr viel größer, weil sich die Gemeinden immer wieder durch ansiedlungswillige Industriefirmen gegeneinander ausspielen lassen - selbstverständlich unter dem direkten Druck der politischen Meinung.

Papier: Ich möchte doch noch einige Worte zur Realanalyse von Herrn Hoffmann-Riem sagen. Man kann sie vielleicht charakterisieren als brillant, trotz oder vielleicht wegen ihrer Einseitigkeit und Unvollständigkeit. Einiges kann jedenfalls, Herr Hoffmann-Riem, nicht unwidersprochen bleiben. In Ihrer These 8 heißt es: "Strukturell können die staatlichen Gemeinwohlverpflichtung und die Interessen der nicht am Tausch beteiligten Dritten vernachlässigt werden." Das ist sicher richtig. Aber es ist nur die eine Seite. Bei einer intensiven praktischen Beschäftigung mit den Projekten, die Sie hier herausgehoben haben, stößt man umgekehrt auch auf andere Fälle, und zwar auf Fälle einer ..tauschförmigen Kooperation" zwischen Betreiber oder Verwaltung einerseits und anfechtenden oder einwendenden Dritten andererseits. Nun zu einem weiteren Beispielsfall, ihrer These 7: "Bei konsentiertem Verwaltungshandeln bestehen Gefahren des Überspielens und sogar des kollusiven Unterlaufens rechtlicher Vorgaben, der faktischen Senkung des Regelungsniveaus." Auch dies kann man akzeptieren. Aber auch dies ist nur wieder die eine Seite, denn nicht

selten gibt es auch ein "kollusives Mehrtun", eine Art Überziehung des Gesetzes durch die Verwaltung, um Schwierigkeiten politischer Art abzuwenden. Und sie dürfen auch nicht vergessen, daß, wenn von der Verwaltung die Rede ist, wir es heute nicht mit einem genuinen Verwaltungsträger zu tun haben, sondern daß höchst unterschiedliche Träger öffentlicher Belange auftreten — etwa die Genehmigungsbehörde und die Gemeinde, die ihr Einvernehmen erteilen muß —, daß sich also die Anforderungen der wirklichen oder vermeintlichen öffentlichen Belange potenzieren können.

Schließlich, Herr Hoffmann-Riem, vermisse ich eines in Ihren Ausführungen, nämlich eine Analyse der Ursachen für dieses "tauschförmige Verhalten". Liegt nicht eine wesentliche Ursache, so frage ich mich, in der offenkundigen Disfunktionalität der geltenden öffentlich-rechtlichen Entscheidungsund Kontrollmechanismen, unserer verwaltungsrechtlichen und -prozeßrechtlichen Entscheidungs- und Kontrollverfahren – gerade bei diesen Großprojekten? Dann drängt sich natürlich die Frage auf, ob Ihre Abwehrmechanismen, ob Ihre Strategien geeignet sind, diese Disfunktionalitäten zu beseitigen oder auch nur Milderungen zu schaffen. Ich habe den Eindruck, daß Ihre weitere Auffächerung der Verfahren sowie die in Ihrem Referat durchklingende Tendenz, stärker vom subjektiven Rechtsschutz abzugehen und die Verfahren, auch die Rechtsschutzverfahren, objektiv-rechtlicher zu gestalten, noch mehr Komplexität schaffen werden und vielleicht die "Tauschbereitschaft" nicht abbauen, sondern noch verstärken werden.

Eine letzte Bemerkung eher allgemeinerer Art, um auch Herrn Scheuing kurz anzusprechen: Die Selbstbindung der Verwaltung wird aus dem Gleichheitssatz gefolgert. Auch das Vertrauensschutzprinzip wird als Grundlage angeführt. Ist es nicht aber so, daß zunächst einmal das Gesetz Garant der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes ist? Und ich habe so ein bißchen den Eindruck, daß bei einer hypertrophen Hochstilisierung der Selbstbindung diese sich gegen die Gesetzmäßigkeit kehrt. Wenn Sie in Ihrer These 5 die Bindung an die Regeln der Technik hervorheben, dann frage ich mich schon: Ist das nicht eine Bindung ungeachtet der Gesetzmäßigkeit und ungeachtet der richterlichen, verbindlichen Interpretation des Gesetzes? Und eine letzte Bemerkung in diesem Zusammenhang: Wenn der Gesetzgeber Ermessen einräumt. dann ermächtigt und verpflichtet er die Behörde zu einer Entscheidung auch und gerade nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit im Einzelfall. Eine Hochstilisierung oder Überbetonung der Selbstbindung würde ja gerade dieser Intention des Gesetzes widersprechen.

Hoffmann-Riem: Herr Papier, erlauben Sie mir, daß ich unmittelbar auf Ihren Vorwurf reagiere, eine einseitige und unvollständige Realanalyse gegeben zu haben. Ich habe — um konkret werden zu können - Beispiele informellen tauschförmigen Verwaltungshandelns benannt und dabei solche ausgewählt, die ich unter Rückgriff auf empirisch orientierte Literatur belegen kann. Beispiele haben immer den Nachteil, daß es auch weitere gibt. Auch habe ich mich durchaus um eine Analyse der Ursachen — oder, wie ich sagen würde, der Bestimmungsfaktoren — tauschförmigen Verhaltens bemüht. Ich glaube auch nicht, daß Sie den Vorwurf der Einseitigkeit mit meinen Thesen belegen können. Nur zur Klarstellung, damit sich vielleicht weitere Auseinandersetzungen hierzu erübrigen, möchte ich sagen, daß mir jegliche Erscheinungsform nicht korrekter Anwendung von Rechtsnormen problematisch ist, egal in welcher Richtung sie erfolgt. Wenn Sie den Eindruck gewonnen haben, daß die von mir gewählten Beispiele einseitig waren, dann bedauere ich dies. Ich persönlich glaube allerdings, daß meine Auswahl der Beispiele durch die gegenwärtige Realität gerechtfertigt ist, d.h. einen Einblick in typische Probleme gibt, die wir zur Zeit zu bewältigen haben. Ich behaupte nicht, daß es die einzigen sind.

Auch liegt es mir fern, durch die Wortwahl einer Einseitigkeit der Bewertung Vorschub zu leisten. Vielleicht läßt sich das Wort "überspielen" durch ein anderes ersetzen. Im Hinblick auf das in meinen Thesen erwähnte "kollusive Zusammenwirken" möchte ich auf den einschränkenden Zusatz "unter Umständen" hinweisen. Für die kritisierte Erscheinung lassen sich Beispiele bringen, auch gerichtsnotorische. Bitte, verstehen Sie meine Ausführungen aber nicht so, als hätte ich gesagt, die Verwaltung würde in der Regel oder im Zweifelsfall kollusiv das Recht überspielen oder gar brechen. Ein solcher Vorwurf wäre völlig unangebracht. Ich habe lediglich auf Gefahren verwiesen, die mit bestimmten Handlungsformen verbunden sein können.

Wahl: Ich möchte zur Selbstbindung als Institut der Problemabschichtung sprechen und an den Leitsatz 14 von Herrn Scheuing anknüpfen, in dem er die Chancen für eine sukzessive Problemabschichtung durch Verfahrensabstufung als verhältnismäßig begrenzt einschätzt. Diese Feststellung ist eine Herausforderung an die Verwaltungsrechtsdogmatik und zwar

deswegen, weil die Praxis einen großen Bedarf nach solchen Abschichtungen hat, insbesondere bei komplexen Entscheidungen, bei denen nicht alle Gesichtspunkte zugleich in einem Schritt berücksichtigt werden können. Wenn das vorhandene Verwaltungsrecht diesem Abschichtungsbedarf nicht voll gerecht wird und wenn wir deshalb hier noch in der Kategorie der Selbstbindung reden — uns also im Sinne der aufschlußreichen Stufenfolge von Herrn Scheuing noch in einem Übergangsstadium zu einer endgültigen Lösung befinden —, dann bieten sich zwei Alternativen für die weitere Entwicklung an: Man kann auf der einen Seite versuchen, neue angemessene Rechtsinstitute, sozusagen stufenadäguate Rechtsinstitute zu schaffen. Man kann auf der anderen Seite fragen, ob hier nicht Grenzen des rechtlich Regelbaren vorliegen. Auf solche Grenzen der Verrechtlichung hat Herr Hoffmann-Riem für den Bereich der Kooperationsverhältnisse hingewiesen. Darin sehe ich ein besonderes Verdienst seiner Analyse, die insoweit parallel läuft und übereinstimmt mit den gestrigen Überlegungen zum Gesetzesvorbereitungsverfahren. Beidesmal kann sich bei dem Versuch, informelle Beziehungen rechtlichen Regelungen zu unterwerfen, die Gefahr ergeben, daß sich vor dem nunmehr verrechtlichten Bereich ein neuer Sektor informeller Beziehungen entwickelt. Diese Grenze der Verrechtlichungsmöglichkeiten scheint mir nun aber bei den gestuften Verfahren nicht zu bestehen. Hier ist z.T. schon in den Normen, jedenfalls aber in der Praxis ein solcher Grad an Verfestigung erreicht, daß man hier entsprechend der zuerst erwähnten Alternative nach neuen dogmatischen Formen suchen sollte. In diesem Zusammenhang darf ich an Herrn Hoffmann-Riem die Bitte richten, einige Schritte zur Umsetzung seiner Analyse in dogmatische Institute nachzutragen.

Wenn ich kurz einige Elemente auflisten darf, die zur Konstruktion von solchen stufenadäquaten Instituten von Bedeutung sind, dann ist als Ausgangspunkt der Umstand zu nennen, daß es in der Abfolge von gestuften Verfahren immer um Entscheidungen geht, die keine Endentscheidungen sind. Deshalb ist für sie der Rahmencharakter, der partielle Entscheidungsgehalt und eine relativierte Bindungsintensität charakteristisch. Die eigentliche Schwierigkeit besteht aber darin, diese Leitgedanken im einzelnen dogmatisch auszuformen und dabei jeweils den spezifischen Doppelcharakter der Entscheidungen zu erfassen: Entscheidungen in gestuften Verfahren enthalten nämlich immer einen Anteil an schon Festgelegtem und einen Anteil an noch Offenem. Die spezifische Problematik von stufenadäquaten Instituten liegt darin, solche Zwi-

schenzustände zwischen völliger Offenheit und völliger Festgelegtheit dogmatisch abzubilden und zu erfassen.

Ein weiteres Teilelement von dogmatischen Konstruktionsanstrengungen betrifft das von Herrn Hoffmann-Riem genannte Postulat der Kongruenz von Betroffenheit und Entscheidungsgehalt. Nach dem Gang der bisherigen Diskussion erscheint es notwendig, die grundsätzliche Frage aufzuwerfen, ob es bei zweiseitig-kooperativen Verhältnissen erforderlich ist, spezielle Vorsorge für die Wahrung der Interessen der noch nicht beteiligten Drittbetroffenen zu treffen. Die traditionelle und verneinende Antwort wäre die, daß die Verwaltung kraft ihres allgemeinen Gemeinwohlauftrags auch die Interessen derienigen wahrzunehmen hat, die nicht an diesen vorgezogenen zweiseitigen Kooperationsverhältnissen beteiligt sind; in dieser Weise hat Herr Rauschning auf den allgemeinen Amtsauftrag der Verwaltung abgestellt. Ich möchte im Gegensatz dazu unter dem Stichwort von der Pluralität der Verwaltung an das anknüpfen, was Herr Battis und Herr Schmidt-Aßmann ausgeführt haben: eben wegen der Pluralisierung der Verwaltung nehmen konkrete Behörden (etwa die Straßenbauverwaltung oder die Naturschutzbehörde) sektorale öffentliche Interessen bzw. sektoral interpretierte öffentliche Interessen wahr. Deshalb besteht die Notwendigkeit, bei materiell mehrpoligen Verhältnissen es nicht bei den vorgezogenen zweiseitigen Kooperationsverhältnissen zwischen einem Antragsteller und der Genehmigungsbehörde zu belassen, sondern die von Herrn Hoffmann-Riem erwähnten Formen der Gegensteuerung innerhalb der Verwaltung oder der Vorwegbeteiligung der Betroffenen zu entwickeln.

Eine letzte Teilfrage betrifft das Problem der Betroffenheit in gestuften Verfahren. Herr Scheuing hat in seinem Leitsatz 12 dafür plädiert, den Rechtsschutz auf die vorgezogenen Stufen zu erstrecken. Ich stimme dem in der Grundtendenz zu: wiederum liegt jedoch die Schwierigkeit in der Konkretisierung und zwar in der Konkretisierung des genauen Punktes. ab wann schon Betroffenheit vorliegt. Wann ist etwa bei der Straßenplanung eine juristisch faßbare Betroffenheit eines einzelnen Bürgers gegeben, schon beim Raumordnungsverfahren oder beim Trassenfestlegungsverfahren oder erst bei der Planfeststellung? Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu beachten, daß es nicht nur um die Fixierung einer möglichst frühzeitigen, sondern um die Bestimmung der rechtzeitigen Beteiligung des Bürgers geht. Dabei kann die rechtzeitige Beteiligung diejenige sein, die nicht die frühestdenkbare ist. Denn es ist zu bedenken, daß man dem Bürger keinen Gefallen

tut, wenn man ihm eine Beteiligungsmöglichkeit zu einem Zeitpunkt eröffnet, zu dem er die eigene Betroffenheit noch gar nicht ausreichend wahrnimmt, ihn dann aber evtl. mit der Präklusion als Folge einer übersehenen Beteiligungsmöglichkeit konfrontiert. Nach meiner Auffassung ist der Einzelne erst dann, aber auch immer dann zu beteiligen, wenn er in seinen individualisierten Interessen betroffen ist, wenn es also in dem konkreten Verfahren um die je unterschiedlichen Interessen der konkreten Einzelnen geht.

Badura: Die neuere Verwaltungspraxis hat Erscheinungen der Selbstbindung in der Verwaltung hervorgebracht, von denen in der Tat das, was Herr Scheuing als Selbstbindung, als Instrument zur Problemabschichtung bezeichnet hat, und was Herr Hoffmann-Riem in verschiedenen Zusammenhängen, unter anderem in den Thesen 16ff., behandelt hat, eine hervorgehobene Stellung einnehmen. Die Referate haben sich zu diesem Punkte — wenn ich recht sehe — fast vollständig auf dem Gebiete der Rechtspolitik bewegt. Sie haben weniger das dargestellt, was geltendes Recht ist, als unter der Beschreibung einer gewissen "Realität" und in Verbindung mit bestimmten Vorstellungen gesagt, wie sie meinen, daß eine sachgerechte gesetzliche und administrative Behandlung dieser Fragen zu erreichen sei. Über die Frage, was "Realität" ist, kann man wahrscheinlich streiten. Herr Hoffmann-Riem, was Sie hier als Realität beschrieben haben, ist zumindest in erheblichen Teilen eine Wertung oder hochgradige Verallgemeinerung aufgrund bestimmter Voraussetzungen gewesen. Ich würde nicht bereit sein, das, was Sie geschildert haben, einfach als eine Realanalyse zu akzeptieren, aber innerhalb von vier Minuten kann ich dazu nicht mehr sagen.

Ich würde den Folgerungen widersprechen wollen — den rechtspolitischen Folgerungen —, die sich in der eben schon von Herrn Wahl zu Recht angegriffenen These 12 von Herrn Scheuing und in den Thesen 16ff. von Herrn Hoffmann-Riem finden. Wir finden deswegen hier keine befriedigenden Vorschläge, weil sich die Referenten, wie ich finde, zu weitgehend von zwei Punkten lösen, die bisher an sich als Ausgangspunkt für Fragen dieser Art angesehen worden sind. Nämlich einmal ist zu wenig beachtet, daß das Gesetz eine bestimmte Entscheidungsaufgabe normiert und der Behörde es aufgibt, diese Entscheidungsaufgabe im konkreten Verwaltungsverfahren zu erledigen. In beiden deutschen Referaten ist für die Frage der Selbstbindungen der Verwaltung zu wenig zum Tragen gekommen, daß das Gesetz der Behörde nicht einfach die Stellung eines Partners am runden Tisch gibt, sondern in der Tat

eine etwas weitergehende, qualitative Aufgabe. Zum zweiten glaube ich, daß man nicht in dem Maße, wie das hier vorgeschlagen worden ist, davon absehen kann, daß auch ein Verwaltungsverfahren sinnvoll nur geführt werden kann, wenn man die Frage danach stellt, welche individuellen Rechte in dem Verfahren betroffen und berührt sind, nicht nur - was Herr Wahl eben sagte — ob und wann sie betroffen sind. Entscheidend ist, ob überhaupt welche betroffen sind. Wenn Herr Scheuing zum Beispiel ganz am Ende der These 12 davon spricht, man dürfe den Rechtsschutz nicht auf die Verteidigung seiner eng verstandenen Individualbelange reduzieren. kann ich mir darunter nichts vorstellen. Es gibt individuelle Rechte, und natürlich gibt es auch individuelle Belange (das ist wahrscheinlich etwas mehr) — was heißt dann "eng verstanden", und inwiefern kann man überhaupt davon sprechen, daß das Bundesverwaltungsgericht diesen Punkt nicht richtig erfaßt hätte? Das wäre dann doch noch darzulegen.

Wenn man diese beiden Punkte bedenkt, kann man der These nicht folgen, daß nun schon bei den gewissermaßen von ferne in den Lichtschatten eines Verwaltungsvorganges tretenden Belangen sofort auch die Instrumente einsetzen müßten, die hier vorgeschlagen worden sind.

Es wird gesprochen von "mehrpoligen" Verwaltungsvorgängen: Herr Hoffmann-Riem hat das sogar als Untertitel verwendet. Das ist früher auch schon mit einem anderen Wort bezeichnet worden. Ich darf in die Vergangenheit der Vereinigung zurückgreifen und an die Tagung erinnern, bei der Herr Scholz und Herr Schmidt-Aßmann über Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit gesprochen haben (Augsburg, 1975) und Herr Schmidt-Aßmann als These 11 uns sagte, — wenn Sie erlauben, darf ich diesen kurzen Satz vorlesen —: "In Anbetracht polygonaler Verwaltungsverhältnisse polygonal ist wahrscheinlich was ähnliches oder dasselbe wie mehrpolig' (d.O.) — tendiert subjektiver Rechtsschutz, verstanden als effektiver Schutz materieller Rechtsverwirklichung, allerdings nicht notwendig zu einem Höchstmaß an gerichtlichem Verfahren, sondern kann auch Beschränkungen des Gerichtsschutzanspruches eines Beteiligten - immerhin (d.O.) -- aus Rücksichten materiell grundrechtlicher Rechtsverwirklichungsansprüche anderer verlangen." Ich meine, man kann die Verfahrensfrage nicht vom materiellen Recht so weitgehend lösen, wie Sie es für richtig gehalten haben, und unter diesen Worten, das eine also geometrisch: "polygonale", das andere "mehrpolig" — das ist, glaube ich, Physik —, unter diesen Worten verschwindet, daß wir es hier mit Verwaltungsakten mit Drittwirkung oder Doppelwirkung zu tun haben, Entscheidungen also, die nicht alle dort vorkommenden "Pole" oder "Valenzen", oder wie Sie das nennen wollen, mit gleichem Recht versehen. Das Gesetz wird auch bei einer Reform, die in der Tat nötig ist, aber nicht nur in der Richtung, die Sie für richtig halten, diesem Gesichtspunkt eine größere Bedeutung beimessen müssen.

Breuer: Herr Hoffmann-Riem, ich bedaure sehr, daß ich doch noch einmal auf das Kolossalgemälde zurückkommen muß, das Sie in düsteren Strichen gezeichnet haben und aus dem so etwas hervorging wie eine einseitig kooperierende und Bindungen eingehende Verwaltung. Ebenso wie viele Vorredner habe ich Zweifel, ob dieser verwaltungspraktische und verwaltungswissenschaftliche Befund richtig ist. Ich möchte einmal ganz pointiert die Gegenthese aufstellen: Handelt es sich hierbei nicht vielmehr um Rückwirkungen einer Verunsicherung der Verwaltung und einer Rechtsunsicherheit, die die Verwaltung angesichts öffentlicher Verwaltungsverfahren und eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes empfindet. der es außerordentlich zweifelhaft erscheinen läßt, ob Verwaltungsentscheidungen — etwa Genehmigungen von großtechnischen Anlagen — überhaupt realisiert werden können? Vielmehr scheint diese Rechtsunsicherheit dazu zu führen, daß der Antragsteller zunächst in eine Kooperation mit der Genehmigungsbehörde eintritt und daß dann vorweg abgeklärt wird. wie überhaupt das unsichere, nur schwer feststellbare Recht im Einzelfall angewendet werden soll. So gesehen ist es eine weise Fügung des Vorstandes unserer Vereinigung, daß gestern das Thema der Gesetzgebung im Rechtsstaat auf der Tagesordnung stand und heute das Thema der Selbstbindungen der Verwaltung. Ich glaube in der Tat, daß die vielfach beklagte und hier nur stichwortartig zu erwähnende Übernormierung, aber auch teilweise die Unternormierung in vielen Bereichen des öffentlichen Rechts dazu führt, daß die unsicher gewordene Verwaltung mit unsicher gewordenen Antragstellern kooperiert; so versucht die Verwaltung, im Wege der Selbstbindung Stück für Stück in der Entscheidung des Einzelfalles weiterzukommen.

Worin kann nun die Therapie liegen? Erstens meine ich, daß wir bei der normativen Konkretisierung ein Stück weiterkommen müssen; man wird — damit greife ich allerdings auf den zweiten Teil der heutigen Diskussion vor — versuchen müssen, zunehmend im Wege der Rechtsverordnung — also im klassisch-normativen Wege — Rechtssicherheit zu schaffen.

Dies sei hier nur als Merkposten angeführt, scheint mir allerdings auch der wichtigste Punkt zu sein.

Der zweite Punkt, über den man weiterhin ernsthaft nachdenken muß, ist die Frage, wieweit eigentlich eine Stufung des Verwaltungsverfahrens mit einer Selbstbindung von einer Stufe zur anderen weiterführen kann. Ihnen. Herr Scheuing. stimme ich darin zu, daß dieser Weg der Stufung des Verwaltungsverfahrens sowie der sachlichen Abschichtung mit der partiell abschließenden Entscheidung, der dagegen eröffneten Möglichkeit des Rechtsschutzes und der Präklusion geeignet ist. Rechtssicherheit zu stiften. Aber ich muß doch darauf hinweisen, daß die praktischen Erfahrungen mit der Stufung des Verwaltungsverfahrens eine gewisse Skepsis aufkommen lassen. Das gestufte Verwaltungsverfahren scheint nur begrenzt leistungsfähig zu sein, wenn es darum geht, die eben skizzierte Rechtsunsicherheit zu beheben. Was Sie, Herr Scheuing, betrifft, so vermute ich, daß wir nicht so weit auseinanderliegen. Sie haben selbst gesagt, es gebe eine Tendenz dahin, die Prüfung grundsätzlicher Fragen in die erste Stufe zu verlagern. Diese Tendenz halte ich im Grunde auch für richtig. Dann müssen wir uns aber im klaren sein, daß auf der ersten Stufe doch eine geballte, konzentrierte Rechtsprüfung notwendig ist und daß im wesentlichen auch der Rechtsschutz gegen die auf der ersten Stufe ergehende Entscheidung gerichtet sein muß. Daraus ist zu schließen: Wenn die Konzentration auf der ersten Stufe des gestuften Verwaltungsverfahrens nicht zu umgehen ist, ist es um so notwendiger, auf der materiell-rechtlichen Ebene zu einer stärkeren, Rechtssicherheit schaffenden Konkretisierung zu kommen.

Isensee: Entschuldigen Sie bitte, Herr Vorsitzender, daß ich eine Frage stelle, die Ihre Gliederung sprengt, weil sie so banal und grundsätzlich ist, daß sie sich auch in das abstrakteste Schema nicht fügt! Nach den schönen Feuerwerken des Vormittages, nach Vorträgen über heterogene Einzelheiten und über Panoramen, voll des Geistreichen, des Rechtlichen und des Außerrechtlichen, stellt sich mir einfach die Frage: Worüber wurde eigentlich gesprochen? Was ist, juristisch gesehen, das Thema? Worin liegt die Identität der "Selbstbindungen der Verwaltung"? Ich stehe da ratlos wie Faust: die Teile halte ich in der Hand, fehlt leider nur das geistige Band. Der Vorstand hat mit der Formulierung "Selbstbindungen" für mehrere Bänder und rote Fäden gesorgt, aber jetzt weiß ich nicht mehr, wie ich in diesem Labyrinth zurecht komme.

Nach konventionellem Verständnis ist "Selbstbindung" — im Singular oder Plural — der Tatbestand, daß die Verwaltung durch selbstgesetzte Daten — und zwar Daten, die untergesetzlich, nebengesetzlich, vielleicht sogar gesetzwidrig sind — sich selbst für die Zukunft festlegt, der Bürger sich darauf berufen kann und auf diese Weise das Verwaltungshandeln Kontinuität und Verläßlichkeit gewinnt. Dieser Tatbestand hat aber überhaupt nichts (oder jedenfalls nur sehr wenig) zu tun mit einer Vereitelung des Rechtsschutzes durch ein "fait accompli" der Verwaltung, mit der Vermeidung der Präklusion, der Vorverlegung und Aufteilung des Rechtsschutzes, oder mit der Verbindlichkeit von Gesetzen und Verwaltungsakten, einschließlich der Teilverwaltungsakte. — Doch "Selbstbindung", konventionell verstanden, behält eine Fülle verschiedener Probleme.

Eine Besonderheit bildet die Gleichheitsproblematik, die sich ergibt, wenn die Verwaltung mit dem Bürger präterlegal kooperiert, wenn der Staat sich über die Regeln hinwegsetzt, die den "Modernen Staat" im Sinne Herbert Krügers ausmachen — die Regeln des hoheitlichen Handelns durch Gesetz und Verwaltungsakt — und sich auf Tauschgeschäfte einläßt, kommerzielle Verträge abschließt und in quasi-feudalistische Abkommen ausweicht. Eine solche Kooperation schafft ungleiches Recht. Das Problem liegt darin, ob die Verwaltung und der Bürger an informelle, präterlegale Formen der Einigung (die außerhalb des gesetzlich zugelassen verwaltungsrechtlichen Vertrages liegen) gebunden sind, ob der Bürger die Zugeständnisse der Verwaltung einklagen kann und er seinerseits im Rahmen der Einigung auf Rechtsschutz verzichtet. Forsthoff bezeichnet diese Phänomene als "Arrangements".

Ein anderes Feld der Selbstbindung sind Institutionen, die in ihrem Bereich Verläßlichkeit gewährleisten müssen. So lebt die Ordnung der Universität von Standards, die sich jenseits aller Satzungen und Gesetze bilden. Jeder Student erwartet, daß die Prüfung informellen Standards an Stoffauswahl und Anforderung genügt. Verwaltung kann nur human arbeiten, wenn sie solche Selbstbindungen schafft.

Ein weiteres Feld die Massenverwaltung. Herr Hoffmann-Riem hat sie aus dem Thema ausgeklammert, weil "Selbstbindungen" nur für Großunternehmer, die der Verwaltung etwas zu bieten hätten, da seien, während der kleihe Mann, der Ausländer etwa, nicht mithalten könne. Doch auch der Türke erfährt in seiner Heimat durch Mundpropaganda oder durch Lektüre einer Tageszeitung, wie sich die deutsche Verwaltung im Asylrecht bindet: daß er nämlich nur nach Deutschland zu

reisen und einen einzigen deutschen Satz zu kennen brauche: "Ich bin Asylbewerber" — und das Sesam-öffne-Dich sei gegeben für Sozialhilfe und Aufenthaltserlaubnis. Der Türke verläßt sich auf diese Praxis und kommt.

Verwaltungsautonome Standards sind unerläßlich im Massenverfahren der Sozialversicherung und der Finanzverwaltung. Die Massenverwaltung muß typisieren, also Schemata des Vollzugs schaffen für ihre allzu vielen, allzu abstrakten, allzu anspruchsvollen Gesetze. Die Notwendigkeit zu Typisierungen ergibt sich dort, wo die gesetzliche Vollzugsaufgabe die Kapazität der Verwaltung überfordert. Die Kapazität wird ihrerseits vom Gesetzgeber verantwortet, weil sie das Werk des Organisationsrechts, des Dienstrechts und des Haushaltsrechts ist. Das rechtliche Problem besteht darin, ob der Bürger sich auf die Standards der typisierenden Massenverwaltung verlassen und er sie gegebenenfalls gerichtlich einklagen kann. Andererseits: darf ein Gericht die Auslegungs- und die Vollzugsstandards der Massenverwaltung beiseite schieben. weil sie ja nicht Gesetzescharakter besäßen und das Gericht nur an Gesetz und Recht gebunden sei, und damit ein Verwaltungschaos auslösen, das, wie ich meine, auch ein verwaltungsrechtliches Chaos wäre?

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Isensee*. Ich muß es mir versagen, ein zusätzliches Referat zu halten und damit Ihren Wunsch nach einer zusammenfassenden Analyse zu erfüllen.

Zacher: Ich möchte zunächst in die — schon von Herrn Schmidt-Aβmann angestimmte — Klage einmünden, daß die Beispiele, ausgenommen das Referat von Herrn Raschauer, aus allem anderen gekommen ist, nur nicht aus dem eigentlich Sozialstaatlichen (jetzt sozialstaatlich nicht im Sinne von Herrn Brohm, sondern im echten Sinne, nämlich des sozialen Leistungsbereichs), ja eigentlich überhaupt nicht aus den Individualverhältnissen zwischen Staat und Bürger. Dazu zwei Bemerkungen, zu Fragen, zu denen ich in den Referaten von Herrn Scheuing und Herrn Hoffmann-Riem nichts gefunden habe.

Zunächst zur Problemabschichtung auf der Bürgerseite — wenn ich Herrn Scheuings Terminologie aufgreifen darf. Da gibt es im Sozialbereich das Problem des Abschichtungsbedürfnisses auf seiten des Bürgers dergestalt, daß er nämlich zunächst sich informiert, daß er sich Rat holt, daß er sich fragt: Wie weit kann ich mich auf diesen Rat verlassen? Dann kommt erst als nächste Stufe die Zusicherung, und am Ende kommt

die Entscheidung. Auf der ersten Stufe der Beratung kann etwas hervorgehen, was ich einmal "hinkende Selbstbindung" nennen möchte. Nämlich, wenn der Rat nicht stimmt, dann hat man keinen Anspruch auf den unrichtigen Verwaltungsakt, sondern man hat unter Umständen einen Anspruch auf Schadensersatz.

Ein anderes Phänomen, das wir im Sozialleistungsbereich antreffen, ist die Frage nach der Bindungswirkung der Verwaltungspraxis. Und ich glaube, Herr Isensee, da sind wir in einem Boote, daß das eigentlich das gängige Thema war, das wir unter dem Titel erwartet haben. Und hier zwei Punkte dazu aus dem Sozialleistungsbereich. Da haben wir ein massives Phänomen der Selbstbindung durch interne Koordination der Verwaltung. Die Sozialversicherungsträger schließen miteinander Abkommen, aus denen Koordinationsmechanismen hervorgehen. Wenn ich recht sehe, hat Herr Ruland sich auch zu Wort gemeldet, und er weiß davon mehr. Ich möchte zu diesem Punkt daher nur die Andeutung deponieren. Dagegen möchte ich noch auf die Evidenzunterschiede eingehen, die wir im Sozialleistungsbereich antreffen - und deretwegen ich besonders unzufrieden bin mit der Einseitigkeit der Beispielsbildung. Bei Baugenehmigungen nämlich, da sieht man schließlich, wer eine Baugenehmigung bekommen hat. Bei Sozialleistungen sieht man bei weitem nicht so oft, wer diese Sozialleistungen bekommen hat. Daraus ergibt sich — wie schon übrigens auch in bezug auf intern gebliebenen Verwaltungsrichtlinien — eine massive Evidenzproblematik.

Dazu möchte ich aber nun etwas mehr und allgemeines sagen. Ich habe mich bei Herrn Isensee gefragt: Was ist denn nun das einigende Band hinter dem allem, was uns heute geboten worden ist, und dazu hinter dem, was wir eigentlich unter dem Titel so gängig vulgär, wie unsereiner schon denkt, - Herr Isensee, ich darf Sie doch ausnahmsweise in diese Feststellung einbeziehen? - erwartet haben? Und ich bin allerdings zu einer etwas anderen Antwort gekommen als Herr Isensee. Ich finde so ein einigendes Band. Und ich möchte diesen meinen Versuch, ein eingehendes Band zu beschreiben, gerne hier vortragen. Ich glaube, wir haben es mit dem Konflikt zwischen einer Vorentscheidung und einer späteren Entscheidung zu tun, einer endgültigen Entscheidung, von der von irgendeiner Seite — ich komme darauf zurück — behauptet wird, daß sie gegenüber der Vorentscheidung die bessere, die richtige Entscheidung ist. Das scheint mir die Grundkonstellation zu sein. Wir haben dann eine Masse Unterscheidungen, Zum Beispiel kann die Vorentscheidung oder die Nachentscheidung vorwiegend Faktizität oder vorwiegend rechtsgeschäftlichen Charakter haben. Eine weitere Unterscheidung ist: die Vorentscheidung oder die Nachentscheidung kann generell/abstrakter oder individuell/konkreter Natur sein. Je nachdem ergibt sich eine Fülle von Konstellationen. Nun aber möchte ich mich, aus dieser Fülle der Konstellationen heraustretend, auf einen bestimmten Kanal der Fragestellung einschränken, der dann später noch einmal zur Evidenzproblematik führt. Nämlich eine wichtige Unterscheidung scheint mir jetzt zu sein: Wer ist denn daran interessiert, zu behaupten, daß es eine Vorentscheidung gibt und daß sie so bindet, daß auch bei besserer Kenntnis die Nachentscheidung nicht mehr von wirklichem Sachverhalt ausgehen und am richtigen Recht orientiert werden darf, sondern an der Vorentscheidung orientiert werden muß; oder wer ist daran interessiert, die Existenz oder die Bindungswirkung der Vorentscheidung zu leugnen und zu sagen, die Nachentscheidung habe uneingeschränkt den wirklichen Sachverhalt und dem richtigen Recht zu folgen? Dabei müssen wir zunächst eine sehr wichtige Differenzierung in Betracht ziehen, für die wir, glaube ich, Herrn Hoffmann-Riem danken müssen. Die Entscheidung zwischen Vorentscheidung und potentiell richtigerer Nachentscheidung muß vor allem auf zwei Bahnen getroffen werden: Nämlich die Nachentscheidung kann deshalb richtiger sein, weil sie sachlich, normativ, tatbestandlich die richtigere ist; sie kann aber auch verfahrenstechnisch richtiger sein, weil sie die richtigen Beteiligten erfaßt, weil in dem Verfahren die richtigen Beteiligten, die richtigen Betroffenen, beteiligt waren. Von hier ergibt sich nun also erneut die Frage: Wer kann und darf interessiert sein an der Vorentscheidung, ihrer Existenz und ihrem Vorrang; wer kann und darf interessiert sein an einer Behauptung der Selbständigkeit, der Unabhängigkeit, der Bindungsfreiheit und endlich des Vorrangs der Nachentscheidung? Die Verwaltung selbst. der Betroffene oder ein Dritter? Und das kann - natürlich kann ich dies auf keinen Fall in vier Minuten ausführen — nun die verschiedensten Gestaltungen aufweisen.

Halten wir hier nur das eine Problem fest: wer an der Vorentscheidung interessiert ist, muß diese kennen. Das aber scheint mir eine ganz zentrale Problematik zu sein, die systematisiert werden muß. Die Verwaltung kennt zumindest die Möglichkeit der Vorentscheidung. Vom Betroffenen ist wahrscheinlich, daß er sie kennt. Ein Dritter kennt sie am wenigsten. Und da sehe ich die Problematik, die Herr Hoffmann-Riem vor allem aufgezeichnet hat. Nun aber gibt es für die Dritten oder auch für den Betroffenen zwei Möglichkeiten, warum er die Vorent-

scheidung kennen kann: die natürliche Evidenz - Baugenehmigung: das Haus wird gebaut —, und die gewillkürte Evidenz — eine Verwaltungsrichtlinie wird bekanntgegeben, ein Verwaltungsakt wird zugestellt —. Daher aber kommen wir zu den klandestinen Formen, die keine natürliche und keine gewillkürte Evidenz aufweisen, und von denen Herr Raschauer im Prinzip zu Recht gesagt hat: da müssen wir auf mehr Offenlegung drängen. Somit meine ich, daß sich unsere Problematik auf zwei Fragen konzentriert, auf die wir keine Antwort gefunden haben. Erstens: Wie verhält sich das Interesse an der Bindungskraft der Vorentscheidung zu den Unterschieden ihrer Evidenz? Zweitens: Wie verhält sich das Interesse an der Maßgeblichkeit der Vorentscheidung zu der Unerschöpflichkeit des Vorrates nicht-evidenter (klandestiner) Vorgänge und also zu den Schwierigkeiten der von Herrn Raschauer geoflegten Idee einer Offenlegungspflicht. Diese "künstliche" Offenlegungspflicht scheint mir eine so extreme Forderung, ein so grenzloses Problem, daß ich noch keine Lösung sehe. Wenn ich den Gegensatz zwischen dem möglichen Interesse an Vorentscheidungen und der Masse nicht-evidenter Vorentscheidungen nun so vor mir sehe, dann kann ich im Augenblick insofern nur von einer "Selbstbindungs-Illusion" sprechen. Aber vielleicht können wir die Dinge in der Zukunft besser differenzieren.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Zacher*, für diesen wichtigen Ansatz zu einer Gesamtanalyse des Themas.

Burmeister: Ich war heute vormittag außerordentlich fasziniert durch die Vielfalt von Gesichtspunkten, die in den beiden Referaten mit dem Thema "Selbstbindungen der Verwaltung" in Zusammenhang gebracht wurden oder als Erscheinungen von Selbstbindungen der Verwaltung erklärt wurden. Ich kann aber nicht verhehlen, daß sich bei mir im Laufe der Ausführungen in immer stärkerem Maße "Unbehagen" eingestellt hat — ein Unbehagen, das eigentlich erst im Laufe der jetzigen Diskussion etwas abgemildert wird, namentlich durch die Beiträge von Herrn Papier, von Herrn Badura und von Herrn Isensee.

Ich bin bis zum heutigen Tage davon ausgegangen, daß Bindungen der Verwaltung für eine unter dem Gesetzmäßigkeitsprinzip stehende Verwaltung ausschließlich Fremdbindungen sind. Unsere Verwaltung ist gerade dadurch gekennzeichnet, daß sie ausschließlich normativ gebunden ist, und zwar in den beiden Erscheinungen des Vorrangs und des

Vorbehaltes des Gesetzes. Selbstbindungen der Verwaltung im herkömmlichen, allgemein terminologischen Verständnis im Sinne einer Verbindlichkeit von eigenen Handlungsprinzipien, gibt es grundsätzlich nicht. Sie sind Ausnahmen, die nur dann greifen, wenn die Rechtsordnung selbst, insbesondere der Gleichheitssatz, das Vertrauensschutzprinzip, die Bindung aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag oder die Bindung aus einer Zusage, die Verwaltung befähigt und ermächtigt, ihre bisherige Entscheidungspraxis zur zukünftigen Richtschnur ihres Handelns zu machen. Etwas anderes kann ich eigentlich unter "Selbstbindung" nicht verstehen, weshalb mir eine Fülle von Perspektiven, die in den Referaten dankenswerterweise aufbereitet worden sind, nur schwerlich mit dem Begriff der "Selbstbindungen" der Verwaltung überhaupt in Zusammenhang zu bringen sind.

Daraus resultiert im übrigen noch ein weiterer, ganz wesentlicher Gesichtspunkt. Herr Hoffmann-Riem: Gerade die von Herrn Badura wohl zu Recht als nicht ganz zutreffende Realanalyse bezeichnete Vielzahl von kooperationsrechtlichen Handlungsformen, die sich heute eingespielt haben, müssen zunächst einmal unter die Frage ihrer Vereinbarkeit mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip gestellt werden. Daß Sie in Ihrem Referat Verwaltungshandeln konstatieren, welches Sie selbst als "Kollusion" bezeichnen bzw. das möglicherweise auf Kollusion von Bürger und Verwaltung beruht, ist doch etwas sehr Bemerkenswertes. Wir resignieren offenbar - so scheint es mir jedenfalls — vor einem Verwaltungshandeln bzw. einem Verwaltungsinstrumentarium, das nach meinem Eindruck vor dem Gesetzmäßigkeitsprinzip kaum standzuhalten vermag. Es ist eine Mode geworden, von der Freiheit der Verwaltung in der Wahl der Handlungsinstrumente zu sprechen, aber es gilt dabei doch daran zu erinnern, daß für eine rechtsstaatliche Verwaltung — gerade durch das Gesetzmäßigkeitsprinzip der Befugnis zur Verwendung solcher - sagen wir - "Kooperationsformen" Riegel vorgeschoben sein müssen, weshalb ich betonen möchte: Diese Realanalyse müßte doch zunächst einmal auf die Grundsatzfrage ihrer verfassungsrechtlichen Fundierung hinterfragt werden.

Vogel: Ich hatte Herrn Hoffmann-Riem eigentlich eher so verstanden, daß er die Situation beschreiben wollte, dabei zwar ein gewisses Verständnis für die Tendenz zu kooperativen Handlungsformen gezeigt hat, er aber doch andererseits in — wenn ich so sagen darf — durchaus konservativer Weise auf die Notwendigkeit hinweisen wollte und auch hingewiesen

hat, dabei die Gesetze, besonders das gesetzlich vorgesehene Verfahren zu beachten. Mein Bedenken gegenüber seiner Realanalyse — erlauben Sie mir das gerade noch anzufügen — ist ein ganz anderes: die von Herrn Hoffmann-Riem beschriebenen Formen der Kooperation bis hin zur Kollusion kommen, meine ich, durchaus nicht nur gegenüber "tauschmächtigen" Partnern vor, sondern auch gegenüber vielen anderen, selbst ganz ohnmächtigen. Herr Mußgnug, auch Herr Isensee haben das schon anklingen lassen.

Wilke: Ich möchte — trotz des Hinweises und der Mahnung von Herrn Burmeister — beim Begriff Selbstbindung bleiben. Die Vorträge haben sich vorzüglich folgenden Fällen der Selbstbindung gewidmet: a) rechtliche Selbstbindung kraft Verwendung rechtlich präfixierter oder präformierter Entscheidungen, insbesondere des Verwaltungsakts, und b) (im zweiten Referat) faktische Selbstbindung durch faktisches Vorverhalten.

Meines Erachtens zu kurz gekommen ist die rechtliche Selbstbindung durch faktisches Verhalten. Das ist eine an sich sehr konventionelle Art, die Selbstbindung zu verstehen. Ich möchte dazu ein Beispiel aus dem Wasserrecht geben, dem Leben abgelauscht: Ein Unternehmen der chemischen Industrie leitet seit unvordenklicher Zeit Abwässer in einen Fluß. Nach dem Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes beantragt das Unternehmen die erforderlichen wasserrechtlichen Erlaubnisse und Bewilligungen. Diese sind bis heute nicht erteilt. Andererseits hat die Behörde auch nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Einleitung der Abwässer in den Fluß zu untersagen. Sie läßt vielmehr die Angelegenheiten in einem Schwebezustand, und während dieses Schwebezustandes kooperiert sie aktiv mit dem Unternehmen. Es finden gemeinsame Besichtigungen und Begehungen des Betriebsgeländes statt. Dem Unternehmen werden von der Behörde Vorschläge unterbreitet, wie der Abwassersituation beizukommen sei. Es wird im Zuge dieser Kooperation eine biologische Kläranlage gebaut, die zu einer Verbesserung führt. Trotzdem haben wir nach zwanzig Jahren Wasserhaushaltsgesetz nur den Status, daß aktiv geduldet wird. Und jetzt meine Frage: Soll es wirklich so sein, daß die Behörde aus heiterem Himmel, von heute auf morgen, eine Untersagungsverfügung erlassen könnte? Muß sie nicht vielmehr in die Pflicht, das heißt in die Selbstbindung, genommen werden bis zu dem Zeitpunkt, in dem sie sich mannhaft zu einer Erteilung oder zu einer Verweigerung der Genehmigung entschließt? Es spricht viel für eine

Selbstbindung kraft Artikel 3, Vertrauensschutzes oder des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei faktischem Vorverhalten.

Solche Fälle spielen sich aber entgegen dem Eindruck, den man vielleicht beim Anhören des Referates von Herrn Höffmann-Riem gewinnen könnte, keineswegs nur im Verhältnis der Verwaltung zur Großindustrie ab, sondern auch dann, wenn die Verwaltung es mit Menschen wie du und ich zu tun hat. Herr Rauschning hat ja ein Beispiel dafür gegeben. Das Baurecht und das Gewerberecht bieten eine Vielzahl von Fällen, in denen durch aktives oder passives faktisches Dulden eine Selbstbindung auch gegenüber kleinen Leuten eintritt. Aus der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte der letzten Jahre ist folgendes bemerkenswert: In baurechtlich nicht dafür geeigneten Gebieten werden Wochenendhäuser gebaut, die formell und materiell illegal sind. Die Behörde nimmt diesen Zustand mehrere Jahre hin. Sie duldet ihn passiv oder gar aktiv. Irgendwann entscheidet sie sich aus Publizitätsgründen dafür vorzugehen, greift sich einen der Bausünder heraus und überfällt ihn mit einer Abrißverfügung. Die Oberverwaltungsgerichte neigen mehr und mehr dazu, trotz des Grundsatzes "keine Gleichheit im Unrecht" einer Behörde diese Möglichkeit des Herausgreifens eines Bausünders aus der Hand zu schlagen, und zwar mit der Begründung: Ein städtebaulicher Mißstand kann rechtmäßig nur so bereinigt werden, daß von einem planvollen Konzept oder von einem sinnvollen System ausgegangen wird. Faktisches Verhalten — hier als Passivität – führt also zu einer rechtlichen Selbstbindung derart, daß bis zur Entwicklung eines Konzepts zur Behebung des Mißstandes die Behörde gebunden ist, und zwar gegenüber Schwarzbauern, die formell und materiell illegal gehandelt haben.

Bartlsperger: Trotz der inzwischen vorgetragenen generalisierenden Kritik an den Referaten möchte ich mich noch einmal unmittelbar diesen zuwenden, weil sie so massiv im Raume stehen, und dabei nochmals die Realanalyse von Herrn Hoffmann-Riem aufgreifen. Er hat sehr eindrucksvoll — aber nicht verallgemeinerungsfähig — die Kooperationsformen und deren Modalitäten zwischen Verwaltung einerseits und Vorhabenträgern sowie Antragstellern andererseits herausgestellt. Ich frage mich, ob das nicht ein bestimmtes Betrachtungsmuster ist, das die eigentlichen aktuellen Probleme im Bereich der Vorbindung der Verwaltung vernachlässigt. Damit meine ich folgendes: Gerade im Bereich der städtebaulichen Planung

haben wir heute weitgehend Vorbindungen gerade dadurch. daß die Kommunalverwaltungen durch eine Liaison mit bestimmten politischen Initiativgruppen auf örtlicher Ebene vorbestimmt werden. Das sind Vorbindungen, welche die planerische Abwägung ganz erheblich gefährden. Ergänzend kann man feststellen, daß solche Vorbindungen, die sich gegen den Vorhabenträger oder Antragsteller auswirken, auch durch Einflußnahmen staatlicher Fachverwaltungen stattfinden, wie es etwa in bezug auf die städtebauliche Planung im Denkmalschutzbereich vorkommt. Ich frage mich, welche von Ihren Folgerungen, Herr Hoffmann-Riem, für diese Fälle passen. Einige werden sicher auch hierbei anwendbar sein. Aber andere treffen wohl nicht zu. Dazu zählt wahrscheinlich Ihre These. die verwaltungsgerichtliche Klage- bzw. Antragsbefugnis auszuweiten; Sie haben das mit der Formulierung "Ablösung der Normschutztheorie" ausgedrückt. Hierher gehört — und damit komme ich zum zweiten Punkt — auch die These 12 von Herrn Scheuing, in der er gegen die eng verstandenen Individualbelange bei der Begründung der Klagebefugnis Stellung nimmt. Im Gegensatz zu Herrn Badura verstehe ich diese These sehr wohl. Herr Scheuing meint da wohl, daß der Kläger oder Antragsteller auch alle öffentlichen Planungsbelange geltend machen könne. Ich frage mich, was das hilft. Es darf doch die materiellrechtliche Lage im Planungsrecht nicht außer acht gelassen werden. Dort haben wir die planerische Gestaltungsfreiheit und eine rechtliche Kontrolle nur "von außen" her: "äußere" rechtliche Grenzen dienen als materielle Maßstäbe. Dabei kann man doch wohl mit guten Gründen fragen: Können die im Referat von Herrn Hoffmann-Riem angeprangerten Kooperationsformen zwischen Verwaltung und Antragstellern zu Ergebnissen führen, die nach diesen materiellen Maßstäben als rechtsfehlerhaft zu bezeichnen sind? Ich teile in diesem Zusammenhang Ihren Pessimismus nicht, daß die Kooperation zwischen Verwaltung, Vorhabenträger und Antragsteller die Vermutung der Fehlerhaftigkeit für sich hat. Ich würde eher sagen, daß die Vermutung der größeren Sachnähe und Repräsentation der Allgemeinheit für diese Kooperationsformen spricht. Es ist zur Überlegung zu geben, ob die Schlußfolgerung hinsichtlich der Klage- und Antragsbefugnis aufrechterhalten werden soll. Das, was Sie sehr eindrucksvoll an Kooperationsformen vorgetragen haben, sollte doch wohl im Verwaltungsverfahren bewältigt werden können. Wenn Drittbetroffene vorhanden sind, dann ist das Verwaltungsverfahren der richtige Ort, an dem die planerische Abwägung sachrichtig vorgenommen werden kann. Damit möchte ich abschließend eine Warnung aussprechen, wieder einmal — vielleicht auch von dieser Vereinigung aus — den unglücklichen Bemühungen in Richtung auf eine Bürgerklage oder ähnliches Rückenwind zu geben.

Lange: Es ist überzeugend darauf hingewiesen worden, daß Verhandlungs/Aushandlungsprozesse in der Verwaltung, faktische Vorberatung, Vorverhandlungen durchaus positive Effekte haben können, daß man auch in vielen Beziehungen nicht ohne sie auskommt. Aber wie mir scheint, ist durch zahlreiche dieser Beiträge eigentlich nicht widerlegt worden, was in der Realanalyse von Herrn Hoffmann-Riem als eine mögliche Gefahr faktischer Vorentscheidungen dargestellt worden ist. Gelegentlich ist freilich auch — insbesondere von Herrn Badura - in Zweifel gezogen worden, ob die von Herrn Hoffmann-Riem aufgezeigten negativen Aspekte sich überhaupt mit der Wirklichkeit deckten. Anhand der vorliegenden soziologischen Untersuchungen zum Umweltrecht und den einschlägigen Verwaltungserfolgen und Vollzugsdefiziten hatte ich allerdings bisher in der Tat den Eindruck, daß sich die Thesen des Referenten belegen ließen.

Jedenfalls hat es ja eine gewisse Plausibilität für sich, daß hier Gefahren bestehen. Und mir scheint in dem Beitrag von Herrn Brohm etwa ist das auch deutlich geworden, wenn er gesagt hat: Es existieren so viele Rechtsnormen, daß die Verwaltung oft gar nicht anders zurechtkommt in dem Gewirr. wenn nicht eine völlige Stagnation eintreten soll, als daß sie im Wege von faktischen Vorentscheidungen irgendeine Regelung trifft. Aber das ist sicherlich nicht nur positiv zu bewerten. sondern führt natürlich gerade dazu, daß die Fülle der Rechtsnormen von der Verwaltung praktisch zu relativ willkürlichen und gesetzwidrigen Entscheidungen genutzt wird. Ähnlich ist es mit dem Beitrag von Herrn Breuer gewesen, der gesagt hat: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozesse sind in ihren Ergebnissen so unübersehbar, daß man natürlich bemüht ist, da vorher irgendwie schon eine Klärung zu schaffen. Aber man kann sagen, daß das nun das sei, was die Rechtsordnung im Sinne habe. Und deswegen habe ich Herrn Hoffmann-Riem eigentlich im Anschluß an Herrn Vogel so verstanden, daß es sein Bemühen war, hier gerade rechtsstaatlichen Erfordernissen zur Geltung zu verhelfen gegenüber faktischen Rechtsdurchbrechungen. Das ist sicherlich kein üblicher Ansatz, aber ein, wie mir scheint, grundsätzlich überzeugender Versuch, an die Dinge heranzugehen. Meine Frage, und das ist vielleicht ein bißchen zu kurz gekommen, bezieht sich auf das, was Herr Hoffmann-Riem an Lösungsansätzen hier in den Raum gestellt hat. Es ist verschiedentlich angesprochen worden, aber doch wohl weniger als seine Realanalyse. Da sehe ich eher Probleme, denn ich frage mich, wie lassen sich derartige faktische Vorentscheidungen so fassen, daß man mit rechtlichen Instrumenten an sie herangehen kann? Es ist schon gesagt worden: Ein Akteneinsichtrecht läuft da ins Leere, wo keine Akten existieren. Aber ich frage mich überhaupt: Wie kann man solche Verhandlungsprozesse als rechtlich relevante Tatsache klar fixieren? Wird nicht immer gesagt werden: Hier sind ja gar keine Vorentscheidungen getroffen worden. Wir haben miteinander geredet. Und daß man das muß, um vielschichtige Entscheidungsprozesse zu bewältigen, ist ja eigentlich eine ganz klare Sache. Von daher habe ich Bedenken. in diesem Prozeß faktischer Vorverhandlungen anzusetzen mit Rechtsinstrumenten, und ich würde die Frage stellen: Kann man die Probleme, die Sie, Herr Hoffmann-Riem, angesprochen haben, nicht eher dadurch auffangen, daß man in das rechtlich strukturierte Verfahren, etwa durch verstärkte Informationsrechte und durch stärkere Prüfung, ob eine ausreichende Sachverhaltsermittlung und Interessenberücksichtigung erfolgt ist, zusätzliche Sicherungen einbaut. Kann man nicht auf diese Weise eher an die Probleme herankommen, als mit dem — wie ich fürchte — ziemlich aussichtslosen Versuch. die faktischen Verhandlungen und möglicherweise bestehende faktische Vorentscheidungen, die dafür zu wenig konturiert sind, rechtlich in den Griff zu kriegen?

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Lange. Wir sind damit am Ende des ersten Teils. Im Interesse einer Abschichtung dürfte es liegen, daß jetzt Herr Hoffmann-Riem Gelegenheit zu einer Erwiderung erhält. Die beiden anderen Referenten, die wohl auch im zweiten Teil angesprochen werden, wollen sich ihre Stellungnahme ganz für das Schlußwort vorbehalten. Wenn Sie damit einverstanden sind, erteile ich das Wort Herrn Hoffmann-Riem.

Hoffmann-Riem: Ich würde gern die Chance behalten, später auch noch ein kurzes Schlußwort sprechen zu dürfen. Wenn man aber von vielen angesprochen wird, wächst natürlich der Bedarf zu reagieren. Jedenfalls auf einige Redner möchte ich antworten, und gleichzeitig muß ich alle um Entschuldigung bitten, auf die ich wegen der Kürze der mir zugeteilten Zeit nicht eingehen kann.

Einen Teil der geäußerten Kritik habe ich — wie ich glaube — auf mich gezogen, weil ich mich selbst an die von mir

vorgenommene Eingrenzung des Themas gebunden gefühlt habe. Ich habe am Anfang ausgewiesen, daß ich nur eine Nische aus dem Bereich der Selbstbindungen gesucht habe. Auch habe ich mich auf einzelne Rechtsgebiete beschränkt, nämlich auf Beispiele aus den folgenden Bereichen: Immissionsschutz, Energiewirtschaftsfragen, Wirtschaftsförderung, Bau-, Gewerbe- und Kartellrecht. Ich habe nicht behauptet, daß alles Handeln in diesen Rechtsgebieten so strukturiert ist, wie es von mir geschildert wurde, sondern nur, daß es die analysierte Handlungsstruktur gibt. Meine Aussagen dazu beruhen auf dem Versuch einer gewissenhaften Analyse sowohl des wissenschaftlichen Schrifttums als auch auf Gesprächen und unmittelbaren Erfahrungen in den entsprechenden Praxisbereichen.

Mein Ziel ist von Herrn Vogel — dafür bin ich ihm sehr dankbar — zutreffend gekennzeichnet worden. Mir ging es nicht darum, Verwaltungshandeln zu diffamieren oder zu behaupten, ein bestimmtes Verwaltungshandeln sei regelmäßig fehlerhaft. Derartiges habe ich auch nicht getan. Ich wollte aber fragen, welche die Rahmenbedingungen des Verwaltungshandelns sind, ob die vorhandenen rechtlichen Regeln greifen und — soweit sie nicht greifen —, ob es Ansätze zur Verbesserung ihrer Wirkungskraft gibt. Insofern waren Erkenntnisinteresse und Fragerichtung genuin juristisch und — Herr Vogel hat es richtig gekennzeichnet — konservativ, und zwar, wie ich meine, mit gutem Grund konservativ.

In den von mir behandelten Regelungsfeldern gibt es ein Defizit des Greifens vorhandener rechtlicher Regelungen. Auch fällt auf, daß sich die Rechtsdogmatik mit den von mir analysierten Formen der Kooperation bisher nicht intensiver beschäftigt hat. Ich habe den Eindruck, daß es notwendig ist, das Defizit rechtlicher Steuerung zu analysieren und nach Therapien zu suchen. Geschieht dies nicht, dann setzt sich in diesem Regelungsfeld etwas fort, das im politikwissenschaftlichen Jargon als symbolisch-ritueller Rechts- und Politikgebrauch bezeichnet wird, d.h. als ein Politikgebrauch, in dem eine Diskrepanz besteht zwischen dem tatsächlichen Wirken politischer Institutionen und dem gängigen Eindruck über ihr Wirken. Lassen Sie mich einige Punkte aus der Diskussion herausgreifen, an denen sich u.a. auch Erscheinungsformen eines solchen Politikgebrauchs erkennen lassen.

Herr Meessen hat die kartellrechtliche Zusage angesprochen und die entsprechende Praxis verteidigt. Ich bezweifele nicht, daß die kartellrechtliche Zusage in vielen Zusammenhängen sinnvolle Ergebnisse bewirken kann. Man muß aber auch sehen, daß die Zusagenpraxis unter bestimmten Voraussetzungen auf einen nicht offen zugestandenen Regelungsverzicht hinauslaufen kann, nämlich z.B. dann, wenn die Zusage später mißachtet wird, die Frist für kartellrechtliche Maßnahmen aber verstrichen ist. Ich möchte nur an den Fall Bayer/Metzeler erinnern und an die aus diesem Anlaß von der Monopolkommission geäußerte Kritik.

Ein zweiter Beispielsfall wurde von Herrn Soell angesprochen, als er auf die nachträglichen Anordnungen gemäß § 17 BImSchG einging. Auch insofern bezweifele ich nicht, daß kooperative Absprachen häufig zu sinnvollen Ergebnissen führen. Ich glaube allerdings — und berufe mich insoweit auf mein Studium der einschlägigen Literatur und auf Gespräche mit erfahrenen Praktikern —, daß dabei häufig eine dem Gesetz nicht entsprechende Senkung des Regelungsniveaus stattfindet, und zwar auch im Bereich der Gefahrenabwehr. Es werden nicht immer die Maßnahmen der Gefahrenabwehr ergriffen, die nach dem Gesetz möglich und eventuell sogar notwendig wären. Vielmehr begnügt man sich im Zuge der Einigung mit weniger belastenden "freiwilligen" oder akzeptierten Maßnahmen und vermeidet dadurch das unerwünschte Risiko nachfolgender Gerichtsstreitigkeiten.

Meine dritte Anmerkung knüpft an Herrn Baduras Ausführungen an. Wenn Interessenbeziehungen von der Rechtsordnung zu mehrpoligen Rechtsverhältnissen ausgestaltet worden sind, dann müssen alle Pole auch real berücksichtigt werden. Dies gilt auch insoweit, als Interessen nicht zu subjektiven Rechten ausgestaltet wurden, sofern auch den (bloßen) Interessenträgern Rechte im Verfahren, etwa Einwendungsrechte, eingeräumt wurden. An den verschiedenen Polen können unterschiedliche Beteiligungsrechte bestehen. Wenn aber mehrpolige Beziehungen bestehen und entsprechende Verfahren in der Rechtsordnung eingerichtet wurden, dann muß dies ernstgenommen werden, d.h. es müssen alle Pole in dem Verfahren — d.h. unter Umständen mit begrenzten Beteiligungsrechten - so berücksichtigt werden, wie es die Rechtsordnung vorsieht. Für mehr habe ich mich nicht ausgesprochen.

Mein vierter Punkt betrifft mehrere Äußerungen. Wenn es richtig sein sollte, daß eine Mehrzahl der heute angesprochenen Probleme auf Disfunktionalitäten unseres Rechtsschutzsystems zurückzuführen ist, dann müssen wir darüber nachdenken und sprechen, wie diese Disfunktionalitäten beseitigt werden können. Es geht aber nicht an, daß wir an dem Rechtsschutzsystem als Fassade festhalten und einerseits unseren

Studenten — ich bitte um Verzeihung — vorgaukeln, daß es auch hinter den Mauern wirkungsvoll und befriedigend sei, und andererseits zulassen, daß die Praxis diesem System durch vielfältige Kunstgriffe ausweicht. Ich möchte nachdrücklich dafür plädieren, daß eine Deckung besteht zwischen dem, was als Regelungsmechanismen der Rechtsordnung ausgegeben wird, und der Realität ihrer Handhabung.

Ein fünfter Punkt knüpft an Herrn Rauschnings Beitrag an. Ich kann Ihre Gegenbehauptung, es gäbe die von mir beanstandeten Grauzonen und Gefahren des Überspielens rechtlicher Vorgaben nicht, hier aus Zeitgründen nicht mit weiteren Beispielen widerlegen. Ich darf Sie nur an einen allen bekannten Problembereich erinnern, nämlich die Handhabung des § 31 BBauG. Dispens oder Befreiung werden gelegentlich und nicht nur zufällig -- unter Mißachtung der Voraussetzungen dieser Norm dazu genutzt, die inhaltlichen und verfahrensmäßigen Vorkehrungen des Bauplanungsrechts aus den Angeln zu heben. Es kommt sogar vor, daß die Verwaltung die Rechtswidrigkeit ihres Vorgehens sieht, aber "für einen guten Zweck" und in der sicheren Erwartung handelt, sie könne ruhig rechtswidrig handeln, denn es gäbe keine erfolgversprechende Aussicht auf Rechtsschutz. Einen solchen Fall hat — erlauben Sie mir den Rückgriff auf eine Hamburger Entscheidung das OVG Hamburg in seinem Tegelsbarg-Beschluß behandelt und mit der wünschenswerten Deutlichkeit charakterisiert (OVG Hamburg MDR 1977, 431 ff.).

In meinem sechsten Punkt möchte ich auf den Ablauf von Entscheidungsverfahren eingehen. Ich stimme allen Aussagen zu, nach denen viele Verfahren, insbesondere Massenverfahren, nicht in jeder Beziehung befriedigend ablaufen. Lassen Sie mich ein Beispiel herausgreifen, nämlich den Erörterungstermin im Atomrecht oder in anderen formalisierten Verfahren. Für das atomrechtliche Verfahren sind sich die meisten Praktiker - sowohl die Behördenvertreter als auch die Anlagenbetreiber — darin einig, daß die Verfahren nicht im geringsten den vielen schönen Funktionen gerecht werden, von denen in den Lehrbüchern und Kommentaren zu lesen ist. Es ist überhaupt keine Seltenheit, daß Praktiker, die in diesem Bereich arbeiten, das Verfahren offen als Farce bezeichnen. Wenn aber diese Beschreibung richtig sein sollte - dafür spricht einiges -, dann können wir doch nicht weiter so tun. als würden diese Verfahren aufgabengemäß "funktionieren". Dann ist es unsere Pflicht, über Änderungen nachzudenken, damit sie richtig funktionieren.

Mit diesen Stichworten sowie einer Reihe meiner Thesen ging es mir darum, die Glaubwürdigkeits- und Vertrauenskrise mit abbauen zu helfen, von der auch gestern die Rede war. Diese Glaubwürdigkeitskrise bezieht sich auf das Rechtsanwendungssystem, ist aber - wie wir alle wissen - nicht darauf begrenzt, sondern ein gesellschaftliches Problem allgemein. Ich glaube nicht, daß wir diese Krise dadurch abwehren können, daß wir sehenden Auges weiterhin bestimmte Fiktionen pflegen. Unsere Aufgabe als Rechtswissenschaftler müßte u.a. sein, dafür zu sorgen, daß rechtliche Regelungen ernstgenommen und angewendet und nicht nur für Symbolarbeit eingesetzt werden. Dort wo die vorhandenen Regeln dazu nicht taugen, müssen wir zu Therapien schreiten, darunter auch der Therapie, die gestern angesprochen wurde: Solche rechtlichen Regelungen sollten auch nicht mehr in den Büchern der Gesetze gehalten werden, sondern durch Regelungen ersetzt werden, die ihrem Anspruch gerecht werden können, d.h. aber eventuell komplikationsloser sind. Vielen Dank.

Vorsitzender: Ich bedanke mich sehr, Herr Hoffmann-Riem. Sie haben immerhin noch ein wenig Zeit für das Schlußwort aufgespart. Wir kommen damit zum zweiten Teil, nämlich zu den generell-abstrakten Vorausbindungen, vor allem durch Verwaltungsvorschriften oder eine allgemeine Verwaltungspraxis. Herr Bachof, ich wäre Ihnen dankbar für die Eröffnung.

Bachof: Vielleicht war ein wenig die Rücksichtnahme auf die Abwesenheit unseres leider verhinderten Kollegen Ossenbühl, vielleicht auch der Überdruß an einem vermeintlich ausgeschriebenen Thema der Grund dafür, daß die Frage der unmittelbaren Außenrechts- oder Rechtssatzwirkung von Verwaltungsvorschriften bisher verhältnismäßig kurz erörtert wurde. In der Diskussion sind nur Herr Soell und Herr Papier darauf eingegangen. Ich möchte noch einmal nachstoßen, weil unsere Verhandlungen ja nicht nur von den Staatsrechtslehrern gelesen werden, sondern auch von Außenstehenden; ich möchte nicht den Eindruck erwecken, als seien heute gewisse Thesen als selbstverständlich im Raum stehengeblieben, denen jedenfalls ich widersprechen müßte.

Ich bin wohl in der Sache mit Herrn Scheuing weitgehend einig, hätte aber — vor allem in der Terminologie — eine etwas dezidiertere Stellungnahme gewünscht. Es ist sicher richtig, wenn Herr Scheuing unter B I 2 unterscheidet zwischen gesetzesergänzenden und gesetzesersetzenden Selbstprogrammierungen. Auch B I 3 würde ich noch unterschreiben und mit

ihm das administrative Ergänzungsrecht als Recht mit normalem Außenrechtssatzcharakter ansehen; wobei ich freilich die Frage offen lassen muß, wieweit es mit dem rechtsstaatlichen und demokratischen Gesetzesvorbehalt vereinbar ist, daß ein Gesetz zu modifizierenden und vervollständigenden Regelungen in Gestalt bloßer Verwaltungsvorschriften ermächtigt. Aber lassen wir das einmal beiseite. Entscheidender scheint mir die Ziffer B I 4 zu sein, welche die sogen, administrativen Ergänzungsgrundsätze betrifft. Wie gesagt: Die Unterscheidung zwischen Ergänzungsrecht und Ergänzungsgrundsätzen möchte ich mitmachen. Aber was heißt: Ergänzungsgrundsätze "mit Außenwirkung"? Das scheint mir mindestens terminologisch mißverständlich zu sein, wenn das, was "Außenwirkung" hier bedeuten soll, nicht näher erläutert wird. Wenn es nur bedeuten soll "faktische" Außenwirkung, so wäre das eine Selbstverständlichkeit, und die hat Herr Scheuing bestimmt nicht gemeint. Wir wissen, daß die faktische Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften fast so groß sein kann, wie die von echten Rechtsvorschriften: aber auf dieses "fast" kommt es an, denn damit berühren wir den entscheidenden rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt. Soll Außenwirkung indessen bedeuten eine zwar rechtliche, aber nur "mittelbare" rechtliche Außenwirkung, so ist auch das etwas uns Geläufiges. Denn dann bedeutet es: Außenwirkung, über die Transformation des Gleichheitssatzes, des Vertrauensschutzes, der Rechtsschutzgarantie, der Zusagen usw.; das ist heute schon hinreichend erörtert worden. Mehr soll Außenwirkung hier wohl nicht bedeuten, denn in der Sache, glaube ich, kommt Herr Scheuing doch zur Verneinung eines "unmittelbaren" Außenrechtssatzcharakters. Das heißt, nicht per se sind die Verwaltungsvorschriften Außenrechtssätze, sondern eben doch nur über iene Transformatoren. Anders kann ich es nicht verstehen, wenn Herr Scheuing im letzten Satz von Ziff. 4 sagt: "Allgemein stehen administrative Ergänzungsgrundsätze unter Sonderfallvorbehalt und haben nur den Geltungsanspruch von Sollvorschriften." Den Geltungsanspruch von bloßen Sollvorschriften haben freilich auch manche echten Rechtsvorschriften. Anders ist es aber mit dem Sonderfallvorbehalt, der ja — Herr Scheuing hat das sicher als selbstverständlich mit einbegriffen — auch den Einzelweisungsvorbehalt enthält. Der Sonderfallvorbehalt besagt, daß die angewiesene Behörde — unter Berücksichtigung der besonderen, in der Verwaltungsvorschrift vielleicht nicht gesehenen oder übergangenen Fälle — im Einzelfall anders muß handeln können als es die Verwaltungsvorschrift vorsieht, und daß die anweisende

Behörde die allgemeine Weisung durch eine Einzelweisung durchbrechen kann. Es ist nun aber gerade ein entscheidendes Charakteristikum des Außenrechtssatzes, daß er als Norm der Einzelweisung (dem Einzelakt) vorgeht, ja seinerseits den Einzelakt bestimmt, aber nicht durch ihn außer Kraft gesetzt werden kann. Selbstverständlich haben wir hier nicht von irgendwelchen Ausnahmeregelungen, Befreiungen usw. zu reden, zu denen auch Außenrechtssätze ermächtigen können. Es geht vielmehr um die Frage, ob generell die Einzelweisung eine allgemeine Verwaltungsvorschrift durchbrechen kann. Das kann sie eben nicht!

Am Sonderfallvorbehalt und am Einzelweisungsvorbehalt müssen wir auch festhalten: nicht nur wegen der Flexibilität der Verwaltung — das ist ein Grund —, sondern vor allem aus rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlichen Gründen. Denn - das hat Herr Soell schon gesagt - die Ermächtigung der vom Gesetz für zuständig erklärten Behörde. Ermessen auszuüben, ist zugleich eine Verpflichtung: sie muß das Ermessen ausüben. Wenn z.B. die untere Baurechtsbehörde nach ihrem Ermessen Befreiungen erteilen kann, dann kann und muß zwar die Fachaufsichtsbehörde ermessensregelnde (ich möchte lieber sagen: ermessenssteuernde) Richtlinien erlassen können. wenn und soweit das zur Sicherung der Gleichbehandlung erforderlich ist; aber auch nur insoweit. Und deshalb brauchen wir den Sonderfallvorbehalt. Denn wenn die Weisung strikt wäre und nicht unter Sonderfallvorbehalt stünde, dann würde das — auch das hat Herr Soell schon erwähnt — bedeuten, daß das Ermessen der entscheidenden, also der gesetzlich zuständigen Behörde insoweit ausgeschlossen wäre.

Das wäre erstens eine gesetzwidrige und damit wegen des Gesetzesvorbehalts zugleich verfassungswidrige Zuständigkeitsverschiebung, nämlich von der gesetzlich zuständigen Behörde auf die Aufsichtsbehörde. Zweitens würde das Einzelermessen weitgehend überhaupt ausgeschlossen, denn die Aufsichtsbehörde übt ja normalerweise nur generalisiertes Ermessen aus und nicht Einzelfallermessen. Also aus beiden Gründen — zur Vermeidung von Zuständigkeitsverschiebung und von Ermessensunterschreitung — muß auf Sonderfallund Einzelweisungsvorbehalt bestanden werden.

Ich bleibe deshalb dabei: Die rechtliche Außenwirkung einer ermessenssteuernden Verwaltungsvorschrift ist einer Rechtsnorm zwar sehr ähnlich, aber der entscheidende Unterschied bleibt der Sonderfall- und Einzelweisungsvorbehalt, der notwendig ist zur Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit und zur Wahrung der Zuständigkeit. Wenn man gelegent-

lich davon spricht, es sei "unehrlich", sich auf die Krücken der erwähnten Transformatoren (Gleichheitssatz usw.) zu stützen, ehrlicher wäre es demgegenüber, eine echte und unmittelbare Außenrechtswirkung der Verwaltungsvorschriften anzuerkennen, dann meine ich dazu: Was richtig ist, ist immer auch ehrlich. Aber den Satz kann man nicht umkehren.

Schenke: Ich möchte in zwei Punkten an das von Herrn Bachof Gesagte anknüpfen, hierbei mit meiner Kritik an Herrn Scheuing jedoch noch etwas weiter gehen. Sie betrifft einmal die These 3 des Referats von Herrn Scheuing, bei der davon ausgegangen wird, daß Verwaltungsvorschriften, soweit sie gesetzesergänzend eingesetzt werden, genauso wie Außenrechtsnormen wirken, also wie Rechtsverordnungen. Ich habe demgegenüber Bedenken, weil ich meine, daß dies mit Art. 80 GG in ein unlösbares Spannungsverhältnis gerät. Man fragt sich, was soll der Art. 80 GG mit den einschränkenden Kautelen, die hier für den Erlaß von Rechtsverordnungen enthalten sind, wenn mittels quasinormativ wirkender Verwaltungsvorschriften der gleiche Effekt wie durch Rechtsverordnungen erreicht werden kann. Der Sinn und die Rechtfertigung des Einsatzes von Verwaltungsvorschriften zur Steuerung außenrechtlich relevanten Verhaltens der Verwaltung liegen m.E. doch darin, daß die Verwaltungsvorschriften verglichen mit Rechtsverordnungen eine größere Flexibilität auszeichnet, daß sie also nicht die Stringenz von Rechtsverordnungen besitzen. Wirken nun aber Verwaltungsvorschriften strikt normativ. wird m.E. der Zweck, der den Einsatz der Verwaltungsvorschriften im vorliegenden Zusammenhang legitimiert, in Frage gestellt und Art. 80 GG umgangen.

Der zweite Punkt, den ich ansprechen möchte, hängt eng hiermit zusammen. Es geht um die These Nummer 5 des Referats von Herrn Scheuing, nämlich um den Erlaß von technischen Vorschriften, bei denen sich das Problem ergibt, in welcher Art und Weise diese technischen Vorschriften — soweit sie nicht durch staatliche Organe erlassen — in das Recht rezipiert werden. Eine sogen. statische Verweisung auf derartige Vorschriften, die z.B. durch Sachverständigenkommissionen erlassen werden, ist sicher als unproblematisch anzusehen. Bedenken hätte ich aber gegenüber der These, eine derartige Verweisung als dynamische Verweisung zuzulassen. Dies letztlich aus den gleichen Erwägungen, die ich vorher schon in bezug auf These Nummer 3 angesprochen hatte. Auch hier wird nämlich Rechtsetzungsmacht in einer Art und Weise delegiert, die mir unter dem Aspekt des Art. 80 GG als sehr

problematisch erscheint, da Art. 80 GG eine Delegation von Rechtsetzung an Private grundsätzlich verbietet.

Ruland: Meinen Beitrag hat Herr Zacher schon angekündigt. Die drei Referenten haben weitgehend die Formen der Selbstbindung im Auge gehabt, die sich im Außenverhältnis vor allem aus Gründen des Vertrauensschutzes ergeben. Hinzu kommt eine — wie ich meine — weitere wichtige Schicht der rein verwaltungsinternen Bindung, deren Hintergrund darin zu sehen ist, daß mehrere Hoheitsträger das gleiche Recht anzuwenden haben und daher aus Gleichheitsgründen gehalten sind, in dessen Anwendung auch gleich zu verfahren. Daraus ergibt sich für diese Verwaltungsträger zum einen die Notwendigkeit der Kooperation, der Absprache vor allem in Zweifelsfällen darüber, wie nun diese Anwendung zu gestalten ist, damit alle Betroffenen gleich behandelt werden, zum andern aber auch die Notwendigkeit, sicherzustellen, daß diese Absprache auch von allen beteiligten Hoheitsträgern eingehalten, sie für sie verbindlich wird. Lassen Sie mich das am Beispiel der Rentenversicherungsträger verdeutlichen. Wir haben 22 Rentenversicherungsträger, die sich zu einem privaten Verein, dem Verband Deutscher Rentenversicherungsträger, zusammengeschlossen haben. Dieser Verband hat verschiedene Ausschüsse, in denen die Mitglieder jeweils vertreten sind und in denen diese Zweifelsfragen beraten und, wenn es der Ausschuß mit 3-Mehrheit beschließt, auch die Ergebnisse für verbindlich erklärt werden. Die Rentenversicherungsträger haben sich in der Satzung des Verbandes verpflichtet, dieses Ergebnis dann, auch wenn sie ihm nicht zugestimmt haben sollten, für sich als verbindlich anzuerkennen. Es gibt zwar die Möglichkeit des Widerspruchs gegen einen solchen Beschluß. Dann wird die Sache nochmals beraten. Ich will das komplizierte Verfahren im einzelnen nicht darstellen, aber letztlich ist doch festzuhalten, daß hier eine rein verwaltungsinterne, gegenseitige vertragliche Verpflichtung der Hoheitsträger besteht, einheitlich zu verfahren, und zwar eine Verpflichtung, die noch keinerlei Außenwirkung hat. Der betroffene Bürger ist überhaupt noch nicht angegangen worden, und es liegt auch noch keine entsprechende Entscheidung vor, so daß Rechtsgrund dieser verwaltungsinternen Selbstbindung nicht der Vertrauensschutz des Bürgers, sondern ausschließlich die kooperative, verbandsrechtliche Beziehung der verschiedenen Hoheitsträger ist.

Suhr: Meine Bemerkung reicht noch hinein in den ersten Teil der Diskussion, bezieht sich aber in der Verallgemeine-

rung auch auf den zweiten. Während der Diskussion wurde mir nämlich klar, wo wohl ein Kernproblem unserer Denkund Erkenntnisschwierigkeiten liegt. Ich hörte Herrn Battis: "Die Verwaltung hat schon immer kooperiert." Die Referenten sind ohnehin davon ausgegangen. Herr Rauschning: "Kooperation ist notwendig." Herr Brohm: "Wir müssen die dogmatischen Konsequenzen daraus ziehen." Dann aber kam Herr Burmeister: "Es gibt keine Selbstbindung," Das erinnerte mich an: "Der Staat paktiert nicht" (Otto Mayer). Es stehen also im Raum: einerseits die Realitäten von heute. dokumentiert in den Berichten und in den Diskussionsbeiträgen; andererseits diese alte Vorstellung: Es gibt keine Selbstbindung: der Staat paktiert nicht. Und ich sehe den Versuch von Herrn Hoffmann-Riem, vor allem in seiner These 12 ausgedrückt: Wir müssen mit unserer Dogmatik diese neue Struktur strukturgerecht erfassen, ohne die alten Vorstellungen noch immer mit uns herumzuschleppen. Die Bindung der Verwaltung ist gleichzeitig eine Sicherung von Erwartungen der Bürger, also eine Rücksicht auf den Bürger. Das gab es im bürgerlichen Rechtsstaat bei Otto Mayer in diesem Ausmaß nicht.

Und eine zweite Bemerkung: Wenn wir immer von der Bindung der Verwaltung reden, dann müßte dabei — jedenfalls im Bereich der wechselseitigen Kooperation, aber vielleicht auch sonst — auch an die Bindung des Bürgers gedacht werden. Wir können ja nicht den Staat immer weiter binden, ohne den Partner ebenfalls irgendwie in einem entsprechenden Maße adäquat zu binden. Denken wir in "Bindungen aus Kooperation", dann müssen wir die andere Seite mit einbeziehen!

Püttner: Ich möchte nicht verhehlen, Herr Suhr, daß mir Ihre Betrachtungsweise, was Ihren ersten Teil betrifft, nicht ganz gefällt. Ich liebe es nicht, wenn man Rechtsmeinungen, die gewiß in älterer Zeit geäußert wurden, mit dem Stichwort "alt" gleichsam als falsch qualifiziert. Otto Mayer hatte vielleicht mehr Verwaltungsanschauung als mancher heutige Zeitgenosse. Und es ist sicherlich nicht richtig zu meinen, er habe sich nur mit dogmatischen Spielereien beschäftigt. Nach meiner Ansicht spricht durchaus einiges dafür, zu unterscheiden zwischen einer echten rechtlichen Bindung, wie das Herr Burmeister getan hat, und dem, was man als "Realität" bezeichnet dies ist noch gar nicht Recht; Realität ist da etwas anderes! Es wäre zu prüfen, was man daraus für Folgerungen ableiten könnte; die Folgerung muß nicht unbedingt eine rechtliche Bindung sein. Es können — wie Herr Hoffmann-Riem selbst gesagt hat - unter Umständen andere Folgewirkungen sein, die man sich näher ansehen müßte. Also: ich kann das Gegensatzpaar in der Schärfe, wie Sie es dargestellt haben, nicht akzeptieren.

Burmeister: Herr Suhr, Sie haben mich mißverstanden. Ich habe keineswegs bestritten, daß es "Selbstbindungen" der Verwaltung im Sinne einer Bindung an vorausgegangenes Tun gibt. Nur tritt diese Bindung nicht etwa deshalb ein, weil dem früheren Verwaltungshandeln normative Kraft zukäme, sondern allein deshalb, weil die Verwaltung durch einen Rechtssatz, vor allem den Gleichheitssatz, zur Fortführung ihres früheren Handelns verpflichtet wird. Demgegenüber muß festgehalten werden, daß unter dem Grundgesetz eine Verwaltung, die ihre Handlungsprinzipien selbst setzt, fremd ist. Die Handlungsprinzipien, die Handlungsbindungen der Verwaltung werden nach dem Legalitätsprinzip vom Gesetzgeber geschaffen.

Bachof: Ich möchte entgegnen, Herr Burmeister: Die Handlungsbindungen werden nicht vollständig vom Gesetzgeber gesetzt. Man muß unterscheiden, ob das Gesetz die Verwaltung strikt bindet oder ob das Gesetz der Verwaltung eben eine gewisse Freiheit läßt. Handeln innerhalb solcher Freiheit, das Bindungen auslöst, würde ich ohne Bedenken als "Selbstbindung" bezeichnen. Es liegt doch nicht am Wort.

Burmeister: Herr *Bachof*, selbstverständlich. Aber das Eigentümliche ist ja gerade, daß dort, wo das Gesetz Freiräume läßt, früheres Verwaltungshandeln nur über einen Rechtssatz, etwa den Gleichheitssatz, das Vertrauensschutzprinzip, das Rechtsinstitut der Zusage oder die Bestimmungen des öffentlich-rechtlichen Vertrages, normative Bindungen entfaltet.

Rauschning: Zum einen möchte ich Herrn Burmeister entgegnen, daß der Amtsauftrag der Behörde sicherlich nicht nur überall auf dem Gesetz beruhen muß — so Herbert Krüger und hier auch Herr Suhr. Zum anderen wollte ich sagen, daß, wenn wir von der Notwendigkeit der Kooperation gesprochen haben, daß wir damit nicht unbedingt gemeint haben, daß aus der Kooperation eine rechtliche Vorausbindung auch im Sinne des Themas erwachsen sei. Daß also der Gegensatz, den Sie aufgezeigt haben, kein notwendiger ist. So sollten meine Ausführungen nicht verstanden werden.

Götz: Ich möchte eine kurze Bemerkung machen zu These 5 von Herrn *Scheuing*. Hier geht es um die DIN-Normen und die VDI-Richtlinien. Ich trete hoffentlich niemandem zu nahe.

wenn ich sage, daß vor etwa 10-15 Jahren diese Dinge in unseren Kreisen weitgehend unbekannt waren — während inzwischen heute jeder sehr gut darüber Bescheid weiß. Seit das aber der Fall ist, ist gleichzeitig wie von selbst ein Mißtrauen mitgewachsen, ohne daß man eigentlich je erfahren konnte, woran das liegt. Es wird gewissermaßen in Anführungsstrichen immer hervorgehoben, daß diese Regeln "von Privaten kommen", oder daß sie "Fremdprogramme" seien. Dieses "fremd" verstehe ich aus dem Zusammenhang so, daß damit gewissermaßen das Abseits dieser technischen Normierungen schon angedeutet ist. Ich möchte hier nachdrücklich widersprechen. Die Achtung, die wir sonst — auf dem Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips — autonomer Aufgabenerfüllung — Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private — entgegenbringen, sollten wir in diesem Zusammenhang nicht vernachlässigen. Es findet meines Erachtens auch gar nicht eine Selbstbindung an diese Richtlinien statt. Die Richtlinien werden in der Kooperation mit der Verwaltung erarbeitet, und sie werden angewendet. Ich würde aber diese Anwendung nicht eine Selbstbindung nennen.

Wenn Sie mir, Herr Vorsitzender, in Kürze noch eine Bemerkung zu einem anderen Punkt gestatten. Herr Häberle hat Herrn Scheuner zitiert, der auf der Berner Tagung des Jahres 1969 das Wort von der tiefen und geheimen Brücke verwendet hat. Das bezog sich damals auf das Sozialversicherungsrecht und seinen Zusammenhang mit dem Entschädigungsrecht. Und das bringt mich zu der Überlegung, ob nicht auch zwischen unserem Thema und dem Entschädigungsrecht ein solcher tiefer — und wenn auch geheimer — Zusammenhang besteht. Denn vieles von den anklagenden Feststellungen, die Herr Hoffmann-Riem vorgebracht hat, wird doch, wie sein Zwischenwort zeigt, genährt von der scheinbar selbstverständlich gewordenen Erwartung, daß die betreffenden Verwaltungsakte solche mit Drittwirkung seien, daß sie in dem bewußten polygonalen Geflecht — wenn nicht gar in polygonalen Rechtsverhältnissen — ergingen; es wird genährt von der Rechtsschutzerwartung, d.h. daß es Interessen gebe, die auf irgendeinem, noch nicht ganz geklärten Wege zu Rechten erstarken, mit denen man der Genehmigung von Anlagen oder dem Bau von Straßen in den Arm fallen kann, und zwar im Ergebnis kann, und dies nicht nur durch faktischen Protest. sondern mit rechtlichen Mitteln. Das ist eine Erwartung, die wir vielleicht allgemein in den letzten Jahren genährt haben, die aber möglicherweise nicht erfüllt werden kann. Deshalb nur als Erinnerungsposten, daß die Gewerbeordnung - heute das Immissionsschutzgesetz — zwar jedermann ermöglicht, seine Interessen als Einwender geltend zu machen, daß aber schließlich nach der erteilten Genehmigung keinerlei Klage vorgesehen ist, sondern nur die entschädigungsrechtliche Lösung als Kompensation für die verlorengegangenen Unterlassungsansprüche.

Bachof: Warum haben wir eigentlich Mißtrauen gegenüber diesen sogenannten privaten Normen? Doch wohl vor allem wegen ihrer mangelnden Publizität, und zwar einer mangelnden Publizität nicht nur für die normbetroffenen Bürger, sondern auch für die Verwaltungsbehörden und erst recht für die Gerichte. Ich erinnere mich eines Verfahrens vor dem badenwürttembergischen Verwaltungsgerichtshof, in dem das Innenministerium gefragt wurde, ob die in einer Sammlung enthaltene Fassung der TA-Lärm die letzte, derzeit gültige sei. Da hat das Innenministerium gesagt: "Nein. Aber die im Augenblick gültige Fassung haben auch wir nicht. Es ist auch gar nicht nötig, sie vorzulegen, denn wir verfahren nicht nach ihr, sondern nach einem den Behörden bekanntgegebenen" — wie das Gericht dann feststellte: noch nicht einmal bekanntgegebenen — "Entwurf einer künftigen TA-Lärm". Na bitte!

Mußgnug: Ich habe eine Frage, die so primitiv ist, daß ich nur wage, sie vorzutragen, weil wir uns dem Schluß der Diskussion nähern. Sie betrifft Herrn Scheuings Leitsatz 4 und dort den letzten Satz, der den Verwaltungsvorschriften den Charakter von Soll-Vorschriften beimißt. Das bereitet mir Kopfzerbrechen: Wie steht es denn mit dem begünstigenden Verwaltungsakt, der zwar gegen kein Gesetz, wohl aber gegen eine verwaltungsinterne Richtlinie verstößt; der also eine Leistung gewährt, die nur deshalb nicht hätte gewährt werden dürfen, weil ihr Empfänger die Bedingungen nicht erfüllt, die sich die zuständige Verwaltungsbehörde außerhalb des förmlichen Normsetzungsverfahrens selbst gesetzt hat? Ist dieser Verwaltungsakt rechtswidrig mit der Folge, daß er zurückgenommen werden kann? Oder bleibt er — weil nur richtlinien-, nicht aber auch gesetzwidrig — rechtmäßig, was heißt, daß für ihn die Regeln über den Widerruf gelten, die seine Aufhebung nur in seltenen, extrem gelagerten Ausnahmefällen zulassen?

Dafür ein konkretes Beispiel, das ich der Rechtsprechung des baden-württembergischen Verwaltungsgerichtshofs verdanke: Einem privaten Theater ist ein namhafter, in monatlichen Raten auszuzahlender Zuschuß bewilligt worden. Zwei Monate nach Beginn der Zahlungen wurde festgestellt, daß der Spielplan dieses Theaters mit den Richtlinien nicht in Einklang stand, die sich das Kultusministerium für die Bewirtschaftung der ihm im Haushaltsplan für die Theatersubventionierung bereitgestellten Mittel gegeben hat. Deshalb wurde der Bewilligungsbescheid "zurückgenommen". Aber handelt es sich wirklich um einen Rücknahmefall? Oder findet es auch vor dem Maßstab des Gleichheitssatzes sein Bewenden dabei. daß die richtlinienwidrige Subvention jedenfalls nicht gesetzlich verboten ist und daher so lange als rechtlich einwandfrei zu gelten hat, als sie nicht auf einem groben Verstoß gegen die Regeln über den fehlerfreien Ermessensgebrauch beruht, der auch unabhängig von ihrer Richtlinienwidrigkeit zu beanstanden wäre? Das alles sind zwar Fragen, die an sich in die Anfängerübung für öffentliches Recht gehören. Aber ich komme mit ihnen nicht zu Rande. Vielleicht kann Herr Scheuing sie in seinem Schlußwort beantworten?

Vogel: Herr Bachof hat mich vorhin in seinem ersten Beitrag herausgefordert. Ich würde ihm natürlich voll darin beipflichten, daß etwas, was ehrlich ist, darum noch nicht richtig zu sein braucht. Aber immerhin — darin wird mir umgekehrt Herr Bachof beistimmen —: was ehrlich ist, kann doch iedenfalls richtig sein. Und wenn die Außenwirkung der Ermessensvorschriften entweder über das begründet werden kann, was Herr Bachof die Transformatoren nennt oder einfacher und etwas geradliniger als eine Eigenschaft beschrieben werden kann, die den Ermessensvorschriften nach unserer Rechtsordnung nun einmal zukommt - natürlich mit dem Vorbehalt der Einzelweisung und der Sonderentscheidung im Einzelfall —. dann ziehe ich diese schlichtere Lösung, die der Transformatoren nicht bedarf, vor. Im Beispielsfall von Herrn Mußgnug würde ich demgemäß zu bedenken geben, ob es sich nicht, statt um einen Fall der Verfassungswidrigkeit, ganz normal um einen Verstoß gegen Verwaltungsrecht handelt?

Bachof: Ich will nur sagen: Außenrechtssätze mit Sonderfallvorbehalt und mit Einzelweisungsvorbehalt sind eben keine *Außen*rechtssätze. Das wäre ein Auf-den-Kopf-Stellen der ganzen Begriffsbestimmung des Außenrechtssatzes.

Meyer: Ich wollte auf einen Aspekt von Bindung hinweisen, der noch nicht angesprochen worden ist, und zwar auf die Bindung durch die Staatshaftung. Wenn Sie sich die rigorose — rigoristische — Rechtsprechung des BGH zur Staatshaftung aufgrund von Äußerungen öffentlicher Bediensteter ansehen,

wird oft genug eine indirekte Bindung zur Einhaltung dessen. was man vorher einmal gesagt, "zugesagt" hat, über die Staatshaftung durchgesetzt werden können. Ein schönes Beispiel aus der Stadt Frankfurt zeigt zugleich, wie das Schauergemälde von Herrn Hoffmann-Riem beliebig in andere Städte transponiert werden kann. Alle die "schönen" Hochhäuser der Stadt Frankfurt sind — auf gut deutsch — gegen die Gesetze gebaut worden. Die Stadt Frankfurt hatte nämlich keinen Bebauungsplan für das Westend, obwohl das Bundesbaugesetz sie dazu verpflichtete. Sie ging vielmehr nach § 34 BBauG vor und erteilte Dispense. Das Verwaltungsziel war, die Bebauung an den Ausfallstraßen der Stadt Frankfurt enorm zu verdichten. Zu seiner Verwirklichung brauchte die Stadt nur Partner. Das waren die Geschäftsleute, die sich mit Grundstücken befaßten: später wurden sie von allen — auch von den konservativen Zeitungen - "Spekulanten" genannt. So lange sie mit der städtischen Politik übereinstimmten, und sie stimmten mindestens sechs oder sieben Jahre mit ihr überein, so lange galten sie freilich nicht als Spekulanten. Das Geschäft lief wie folgt: Die Spekulanten kauften ein Grundstück, sagen wir für eine Million, gingen zur Stadt und sagten, wir wollen hierauf ein Büro-Hochhaus bauen. Darauf die Stadt: Das Grundstück ist zu klein, kaufen Sie die umliegenden drei Grundstücke dazu und kommen Sie dann mit einem Plan wieder; Sie erhalten dann eine Ausnutzung von 4.6 GFZ, was zwanzig und mehr Stockwerke bedeuten konnte. Natürlich schnellten die Grundstückspreise der umliegenden Grundstücke in die Höhe. Als die Käufer mit dem Plan kamen, gefiel der Stadt die Stellung des Turmes nicht, worauf die Käufer sagten, schön, drehen wir den Turm etwas oder machen wir statt einen zwei und so weiter, Im Augenblick, in dem die Stadt unter dem gemeinsamen Protest der linksradikalen bis gutbürgerlichen Bewohner des immerhin noch schönen Westends zur "Neuen Baupolitik" umschwenkte, brach diese Interessenharmonie zusammen. Nun beriefen sich die Spekulanten auf eine Vertrauensbindung oder wie immer man das nannte. Zunächst pochten sie auf Zusicherung — damals gab es noch nicht das Erfordernis der Schriftlichkeit. Das Problem bestand darin: wer weiß eigentlich, was damals in den Büros der Baudirektoren gesagt worden ist? (Zwischenruf Zacher: "Mever"!) Darauf wurden an einem Fall rechtliche Untersuchungen angestellt — und daher kam "Meyer" zu einer gewissen Kenntnis der Vorgänge -. wieviele sogenannte Bauleichen in den Kellern der Bauverwaltung lägen, wieviele sogenannte Zusagen es also gab. Dabei habe ich festgestellt: es gibt so gut wie keine Akten. Die

Prozeßchancen der Stadt hingen also ganz davon ab, ob für die Stadt verbindliche Erklärungen abgegeben worden sind oder nicht, was also im einzelnen gesagt worden ist. Vor etwa einem Jahr hat die Stadt schon aufgrund eines Vergleichsvorschlages der ersten Instanz, des Landgerichts, ein Grundstück für 7 Millionen gekauft, das nach der zulässigen Nutzung höchstens vielleicht 2 Millionen wert gewesen ist, ohne daß Zeugen aufmarschiert wären und gesagt hätten, damals haben wir dies und jenes beredet. Diese schnelle Einigung ist nur verständlich, weil die Stadt entweder intern ihre Bediensteten schützen wollte oder aber weil sie angesichts der Höhe des Streitwertes. er betrug 11 Millionen, und angesichts der Potenz der Gegner. die spielend in der Lage gewesen wären, die Beamtenabsicherungen zu übernehmen, unsicher war, wie gut man sich noch erinnern konnte. Der billigere Ausweg, und hier liegt die indirekte Bindung durch die Staatshaftung, wäre gewesen, die Baugenehmigung aufgrund einer zugestandenen Zusicherung zu erteilen: dieser Weg war nicht möglich, weil es sich bei dem Grundstück um ein Paradestück der "Neuen Baupolitik" handelte. Die Bindung über die Staatshaftung - aufgehoben bei den Zivilgerichten - ist freilich sehr viel rigoroser, als wir es wahrscheinlich wären, wenn wir verwaltungsrechtlich argumentieren würden.

Vorsitzender: Ich bedanke mich sehr, Herr Meyer. Es war einer der nettesten Diskussionsbeiträge, die Sie je beigesteuert haben. Außerdem haben wir den kürzesten Diskussionsbeitrag erlebt, den Herr Zacher je geleistet hat (Heiterkeit). Und schließlich ein Drittes: Wir sind mit der Coda wieder zur Ausgangsmelodie, nämlich zum ersten Teilthema zurückgekehrt. Da keine weiteren Wortmeldungen mehr vorliegen, können wir zu den Schlußworten der Referenten übergehen. Zunächst Herr Raschauer.

Raschauer: Da ich persönlich wenig apostrophiert bin, kann ich mich kurz fassen. Ein paar Punkte nur:

Entschuldigen Sie, vielleicht eine bissige Formulierung — aber mir scheint, Herr Wilke hat eben entdeckt, daß es auch administratives Unterlassen gibt, das rechtserheblich und daher potentiell bindend sein kann. Herr Burmeister hat entdeckt, daß sich alle Selbstbindungen im Rechtssinn als rechtlich vermittelte darstellen und daß man das deshalb als Fremdbindung bezeichnen könnte. Herr Dagtoglou meinte, wir hätten so viel als Selbstbindungen bezeichnet, daß nur internationale Rechtsetzung noch als "Fremdbindung" überbliebe. Und in

der Tat ist es äußerst schwierig, das "Selbst" der Selbstbindung dogmatisch zu erfassen. Ich habe darüber längere Zeit nachgedacht, viele Seiten beschrieben und dann letztlich alles weggeworfen. Denn je mehr man analytisch in die Verwaltung eindringt, um so mehr Selbstbindung erweist sich als Fremdbindung, Herr Battis, Herr Schmidt-Aßmann haben zum Beispiel nur die Vielgliedrigkeit der Verwaltung angesprochen. Alles, was sich zwischen den vielen Verwaltungsstellen abspielt, könnte man in dieser Hinsicht eigentlich als Fremdbindung bezeichnen. Ja, und wenn man das Thema aus der Sicht des Amtswalters sieht, dann ist eigentlich überhaupt alles nur mehr Fremdbindung — vor allem die klassischen Selbstbindungsthemen: Die Verwaltungsvorschrift kommt von oben, die Weisung kommt von oben, die Verwaltungspraxis ist nur zu einem geringen Teil eine von ihm selbst entwickelte. Also wäre eigentlich alles Fremdbindung. Dazu kommt aber noch - wenn man das Thema weiter begrifflich analysiert - die Frage: Gibt es überhaupt Selbstbindungen "der Verwaltung"? Wer wird denn eigentlich gebunden? Ist es nicht in vielen Fällen — ganz plastisch nur Stichwort Verwaltungsvertrag eigentlich der hinter der Verwaltung stehende Rechtsträger, der gebunden wird? Andererseits gibt es Fälle wie die Zusicherung, wo es vielleicht ein bißchen problematisch und auch dogmatisch reichlich gekünstelt wäre, wenn man den die Zusicherung abgebenden Beamten erst auf dem Umweg über mehrere Zurechnungsebenen, also gleichsam um drei Ecken als gebunden sähe. Wie Sie sehen, das "Selbst" der Selbstbindung ist begrifflich äußerst schwer erfaßbar. Nur meine ich, ich konnte meine Seiten gern wegwerfen. Es ist letztlich unschädlich, weil Selbstbindung kein Rechtsbegriff ist. Und insoweit war, glaube ich, bedauerlicherweise einiges wirklich Begriffsstreit. So, wie der Vorstand das Thema vorgegeben hat, ist es zumindest zur Diskussion brauchbar gewesen. Was heißt Bindung? Auch um diese Frage haben sich einige Wortmeldungen gedreht. Für den Ermessensbereich wurde mir von Herrn Papier und von Herrn Soell entgegengehalten: Ja, Bindung würde doch bedeuten, daß die Individualgerechtigkeit wegfiele. Andererseits haben Herr Isensee, Herr Schmidt-Aßmann die Massenverfahren als unzureichend behandelt geschildert. Dort drängen die Interessen auf eine Einheitlichkeit der Praxis. Dennoch, Herr Isensee hat dann hinter den Satz: Kann man die Verwaltung vor Gericht darauf festnageln, doch ein Fragezeichen gestellt. In Wahrheit ist eben die Selbstbindung genau dazwischen. Es geht um eine Steuerung, und deshalb habe ich versucht, den Begriff der Beachtlichkeit einzuführen. Es ist

keine Verbindlichkeit, aber es ist Beachtlichkeit. Selbstbindung steht — da steckt viel Weisheit drin — stets unter Sonderfallvorbehalt, nur den Begriff mochte ich nicht, denn was heißt Sonderfall? Jeder Fall kann ein Sonderfall sein. Ob es ein Sonderfall ist, weiß ich immer erst im nachhinein. Es hieße also das Ergebnis vorwegnehmen, um die Bindung zu definieren.

Und schließlich ein letztes. Gerade der zweite Punkt hat sich um Verwaltungsvorschriften gedreht, um Außenwirkungen. Wird die Bindung über Artikel 3. über Amtshaftung — wie wir es jetzt zum Schluß auch gehört haben — herbeigeleitet? Es ist die übliche Konstruktion. Ich glaube, beides sollte man nicht heranziehen. Aus dem einfachen Grund: Stellen wir uns eine Sekunde lang eine Verwaltungsrechtsordnung vor, in der es keinen Gleichheitssatz als Verfassungsgrundsatz gibt. Gibt es dort keine Selbstbindung? Beide sind überdies unvollständige Normen. Gewendet auf die Verwaltung sagt Artikel 3: "Du, Verwaltungsorgan, handle sachlich." Was aber genau sachlich ist, die rechtlich und aus dem Tatsächlichen heraus konstituierte Sachlichkeit der jeweiligen Sache, ist aus dem Gleichheitssatz allein nicht bestimmt. Amtshaftung oder Staatshaftung: "Du, Vollzugsorgan, handle so, daß nicht Amtspflichten gegenüber Dritten verletzt werden." Aber was diese Amtspflichten sind, ergibt sich nicht aus dem Staatshaftungsrecht. Insoweit sind beides unvollständige Normen und zur Ableitung, zur Begründung von Bindung zumindest unzureichend. Aber insgesamt muß ich hier letztlich passen, denn ich habe in der Diskussion gemerkt, daß eine ganze Menge von dem, was in Deutschland legitimerweise Verwaltungsvorschrift sein kann, in Österreich Rechtsverordnung sein müßte. Dennoch, Herr Zacher, ich habe die Öffentlichkeit betont — das ist sicher eine Abbreviatur, weil ich das nicht ausführen konnte, aber die Lösung sehe ich in dem, was wir heute in Österreich im Bundesministeriengesetz haben: Auf meine Anfrage hin ist mir der Inhalt einer Verwaltungsvorschrift bekanntzugeben. Und da. glaube ich, ist ein ziemlich wertvoller Ansatz, der spezialgesetzlich - nicht aus der Ableitung von Artikel 12 oder was immer —, aber spezialgesetzlich ausgebaut werden müßte.

Hoffmann-Riem: Ich möchte nur noch ein kurzes Schlußwort sprechen. Selbst wenn ich einige Minuten mehr nutzen würde, so wären sie nicht hinreichend, um die offenen Punkte zu klären und ausgefeilte Therapievorstellungen zu präsentieren.

Ich habe Ihnen in gewisser Weise eine Art Perspektivenwechsel zugemutet, und Sie haben dabei mitgemacht. Dafür bedanke ich mich. Ich habe nämlich nicht so sehr die Fragen gestellt, die bisher im Zentrum der Diskussion um die Selbstbindungen der Verwaltung standen - etwa nach der Möglichkeit zur Verfestigung gewisser Bindungen mit Hilfe des Gleichheitssatzes u.a. Ich habe mich vielmehr gegenläufig um die Erhaltung vorhandener Handlungsspielräume der Verwaltung bemüht, und zwar real nutzbarer Handlungsspielräume. Solche Handlungsspielräume sind für die Verwaltung bei Sicherung ihrer demokratischen Verantwortlichkeit unabdingbar. Es geht heute nicht mehr nur darum, die Verwaltung zu schützen, so etwa vor sich selbst und ihrer Bereitschaft zur Selbstverstrickung. Es geht auch um den Schutz der Verwaltung vor anderen, und zwar - lassen Sie mich auch dies betonen - nicht nur vor ökonomisch Mächtigen, sondern auch gegenüber anderen, so gegenüber vielfältigen pressure groups. egal welcher politischen Couleur. Vielleicht geht es auch manchmal um den Schutz vor der Wissenschaft.

Zum Schluß möchte ich Ihnen ein kleines Vorkommnis während meiner Fahrt zu dieser Tagung erzählen. Ich fand im Abteil der Bundesbahn auf meinem Sitz eine von mir sonst nicht sonderlich geschätzte Boulevardzeitung; aufgeschlagen war die Seite mit dem Horoskop. Ich habe neugierig nachgelesen und fand in meinem Horoskop für heute den folgenden Satz: Ich solle auf fremde Einfälle vertrauen! (Heiterkeit.) Dieses Vertrauen hat sich heute nachmittag gelohnt.

Scheuing: Mein Schlußwort soll kurz ausfallen. Ich habe zu danken für all die Anregungen und die Kritik, die auch mir zuteil geworden sind. Eingehen kann ich nur noch auf einige der Punkte, in denen ich mich besonders angesprochen sehe.

Was zunächst das Selbstbindungsthema insgesamt anbetrifft, so läßt es sich natürlich auch wesentlich weiter verstehen. Bei dem Versuch, bestimmte Einzelaspekte herauszuarbeiten, habe ich indessen bewußt die Grundlagen nur angedeutet durch Bezugnahmen auf die Pflicht der Verwaltung zu programmgeleitetem Handeln, auf ihre Pflicht zu konsequentem Handeln beim Einzelvollzug und auf das Abwägungsgebot — alles Pflichten, die bereits als solche in vielfältiger Weise Selbstbindungen begründen können. Mir lag vor allem an der Frage, inwieweit darüber hinausgehende, stärker formalisierte Selbstbindungen möglich und von der Rechtsordnung akzeptiert sind oder aber noch in Streit stehen. Diese Frage läßt sich meines Erachtens auffächern nach den drei Funktionen der

Selbstbindung als Programmierungsmodus, als Kooperationsmechanismus und als Instrument zur Problemabschichtung. Dabei kommt es mir selbstverständlich nicht auf die Worte an. Wenn Herr Zacher etwa darauf hingewiesen hat, daß es im Sozialrecht einen Bedarf an "Problemabschichtung" durch Rat und Zusage gibt, dann hätte ich das zwar eher beim "Kooperationsmechanismus" untergebracht; in der Sache ist diese Problematik aber jedenfalls mitgemeint.

Verschiedentlich ist meine These 12 aufgegriffen worden. In meinem Bericht habe ich näher erläutert, wogegen sich meine Kritik an besonders "engverstandenen" Individualbelangen richtet. Nach meiner Ansicht sind im B-42-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts die Belange des einzelnen in der Tat zu restriktiv verstanden worden. Ich plädiere nicht für eine Popularklage in diesem Zusammenhang, verweise aber darauf, daß die Belange des einzelnen Betroffenen, der im Einwirkungsbereich eines Kernkraftwerks lebt, sehr wohl als zur Anfechtung berechtigend anerkannt sind, daß sie andererseits auch zum Tragen kommen, wenn etwa — was nach der Rechtsprechung möglich ist - die Trassenentscheidung innerhalb eines Bebauungsplans gefällt wird, daß sie aber unvermittelt, wenn die Trassenentscheidung innerhalb eines fernstraßenrechtlichen Verfahrens erfolgt, weit in die Ferne gerückt sein sollen, weil angeblich diese Entscheidung den anfechtenden Bürger nicht in seinen Rechten betrifft. Es geht mir hier nur darum, daß die wirklich Betroffenen geschützt werden, aber daß sie sich auch und gerade gegen diese grundlegenden Entscheidungen effektiv wehren können. Dazu müssen jedoch — was hinzukommt die entsprechenden Klärungsmöglichkeiten und die Möglichkeiten der Gegenwehr auf einer sehr frühen Stufe angesiedelt werden. Nicht notwendig auf der frühesten Stufe - insoweit schließe ich mich gerne Herrn Wahl an —, aber doch auf einer sehr frühen Stufe. Das ist es auch, was mich zu meiner eher skeptischen Einschätzung der Möglichkeiten der Problemabschichtung veranlaßt hat und worin ich mich eigentlich durch Herrn Breuer bestätigt finde: Die Hauptproblematik wird auf dieser sehr frühen Stufe auszutragen sein. Dann kommt es zwar zu einer Problemabschichtung insofern, als es im folgenden oft nur noch um einzelne - um die wirklich "engverstandenen" — Individualbelange gehen wird. Aber insgesamt glaube ich nicht, daß sich ein allzu differenziertes "Stufensystem der Betroffenheit" entwickeln läßt, das zu einer weitgestreckten Problemabschichtung im Staat-Bürger-Verhältnis führen könnte. Das Anschauungsmaterial, das ich Ihnen vorgetragen habe, dürfte zeigen, daß dergleichen letztlich nicht möglich ist.

Hinsichtlich der DIN-Normen möchte ich festhalten, daß ich sie keineswegs als "abseitig" qualifiziert wissen wollte. Ihre Kennzeichnung als "Fremdprogramme" besagt nur, daß sie nicht von der Verwaltung selbst erstellt sind, es sich also nicht um verwaltungseigene Programme handelt. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß die Verwaltung gegenwärtig an der Erarbeitung zwar nicht aller, aber doch mancher DIN-Normen intensiv mitwirkt. Meine These 5 sollte lediglich darauf aufmerksam machen, daß man auf längere Sicht über den derzeitigen Stand der Dinge wird hinausgelangen müssen: Tatsächlich ist die Verwaltung einfach darauf angewiesen. diese Normen zu übernehmen, und es stellt sich um so mehr die Frage, inwieweit in dem Bereich Richtigkeitsgarantien schon vorhanden oder erst noch zu schaffen sind. Das bedeutet kein grundsätzliches Mißtrauen gegenüber DIN-Normen: diese mögen inhaltlich völlig in Ordnung sein. Ich habe auch betont, daß die DIN-Normen nicht etwa abzuschaffen oder durch administrative Eigenprogramme zu ersetzen sind. Vielmehr geht es nur darum, dieses Phänomen angemessen in seiner Rolle zu erfassen, die es für die staatliche Praxis spielt. Und da scheint mir noch manches ergänzungsbedürftig zu sein.

Auf die Zweifel an der in meiner These 4 vertretenen Außenwirkung administrativer Ergänzungsgrundsätze hat Herr Vogel dankenswerterweise bereits erwidert. Es bleibt mir nur, nochmals hervorzuheben, daß meiner Auffassung nach die Außenwirkung dieser Ergänzungsgrundsätze gerechtfertigt und gefordert ist durch die Pflicht der Verwaltung zu programmgeleitetem Handeln, die hier als Pflicht zur Beachtung der selbst formulierten Richtlinien verdichtet erscheint. Dabei bildet der Sonderfallvorbehalt, d.h. die Möglichkeit zu individueller Programmabweichung in Sonderfällen, kein zwingendes Argument gegen einen entsprechenden Rechtssatzcharakter: Härtefallklauseln kennen auch Gesetze, und auch gesetzliche Bestimmungen können bloße Sollvorschriften sein.

Abschließend ist es vielleicht angebracht, nochmals an die größeren Zusammenhänge und neuen Entwicklungen zu erinnern, in deren Rahmen die Probleme der Selbstbindungen der Verwaltung meines Erachtens zu sehen sind. Das sind zum einen Fragen der Modernisierung und Öffnung überkommener Rechtsstrukturen wie im Falle der Verwaltungsvorschriften. Das sind zum anderen individuelle Sicherungsbedürfnisse in jenem Bereich, den ich mit "Selbstbindung als Kooperationsmechanismus" angesprochen habe. Das sind schließlich umfassende, grundlegende Aufgaben der Umweltgestaltung

und Zukunftsplanung, die schon von der Sache her angesichts der Vielzahl der betroffenen Interessen und angesichts des sich ständig steigernden technischen, wirtschaftlichen und sozialen Wandels immer unabweisbarer und unlösbarer zu werden drohen; hierin liegen für Selbstbindungen der Verwaltung — wie für das Recht ganz allgemein — auf Dauer die größten Herausforderungen.

Vorsitzender: Damit stehen wir am Ende des zweiten Verhandlungstages. Unser Dank gilt allen, die an der Diskussion teilgenommen und sie trotz der zeitlichen Disziplin und trotz gewisser Schwierigkeiten mit dem von mir keineswegs nachgeschobenen, sondern nur verdeutlichten Thema zu immer neuen Höhen geführt haben. Vielleicht hat es sich entgegen manchen Bedenken ausgezahlt, durch eine etwas neuartige und ungewohnte Fragestellung zum Durchdenken von Phänomenen anzuregen, die allzu leicht einfach hingenommen werden. Vor allem aber glaube ich, in Ihrer aller Einverständnis zu handeln, wenn ich den drei Referenten für den hohen Einsatz danke, mit dem sie sich den neuartigen Fragestellungen gewidmet haben. Die Referate haben anstoßend gewirkt, anstoßend im Sinne des Anstoßes zu wissenschaftlicher Erkenntnis. Und das ist wichtig.