

Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
===== **Heft 34** =====

Gerd Roellecke und Christian Starck

**Die Bindung des Richters an Gesetz
und Verfassung**

Rupert Scholz und Eberhard Schmidt-Aßmann

**Verwaltungsverantwortung
und Verwaltungsgerichtsbarkeit**

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Augsburg vom 1. bis 4. Oktober 1975



Berlin 1976

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Redaktion: Prof. Dr. Klaus Vogel

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Roellecke, Gerd

Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung /
Gerd Roellecke u. Christian Starck. Verwaltungsverant-
wortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit / Rupert Scholz
u. Eberhard Schmidt-Assmann. Berichte u. Diskussionen
auf d. Tagung d. Vereinigung d. Dt. Staatsrechtslehrer in
Augsburg vom 1.—4. Oktober 1975.

(Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen
Staatsrechtslehrer; H. 34)
ISBN 3-11-006695-5

NE: Starck, Christian; Scholz, Rupert: Verwaltungsverant-
wortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit



Copyright 1975 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung,
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Über-
setzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikro-
film oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder
unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany.

Satz und Druck: Vereinigte Druckereien Chmielorz & A. W. Hayn's Erben, 1 Berlin 44

Buchbinderarbeiten: Berliner Buchbinderei Wübben & Co., 1 Berlin 42

Inhalt

Jahrestagung 1975	5
------------------------------------	----------

Erster Beratungsgegenstand:

Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung

1. Bericht von Professor Dr. <i>Gerd Roellecke</i>	7
Leitsätze des Berichterstatters	40
2. Mitbericht von Professor Dr. <i>Christian Starck</i>	43
Leitsätze des Mitberichterstatters	89
3. Aussprache und Schlußworte	94

Zweiter Beratungsgegenstand:

Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

1. Bericht von Professor Dr. <i>Rupert Scholz</i>	145
Leitsätze des Berichterstatters	216
2. Mitbericht von Professor Dr. <i>Eberhard Schmidt-Aßmann</i>	221
Leitsätze des Mitberichterstatters	269
3. Aussprache und Schlußworte	275
Verzeichnis der Redner	334

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	336
--	-----

Satzung der Vereinigung	351
-----------------------------------	-----

Jahrestagung 1975

Vom 1. bis 4. Oktober hielt die Vereinigung ihre Jahrestagung 1975 in Augsburg ab — die 35. Tagung seit ihrer Gründungsversammlung in Berlin im Jahre 1922, die 27. Tagung seit ihrer Wiederbegründung 1949 in Heidelberg. Den Vorsitz führte *Hans Peter Ipsen*, die Diskussionen leiteten die Vorstandsmitglieder *Klaus Vogel* und *Fritz Ossenbühl*. Mit 175 Teilnehmern und 102 ihrer Damen war der Besuch so groß wie nie zuvor.

Die Stadt Augsburg bot in ihrem Rathaus des Elias Holl Verhandlungsräume, lud alle Teilnehmer in ihren Ratskeller und unterstützte die Durchführung der Tagung ebenso wie die Regierung des Bezirks Schwaben. Der Präsident der Universität Augsburg, unser Kollege *Franz Knöpfle*, begrüßte und bewirtete uns im gastlichen Haus St. Ulrich der Diözese Augsburg, wo auch die Mitgliederversammlung stattfand und Tagungsteilnehmer beherbergt wurden. Der Staatsminister des Innern Dr. *Merk* gab in Vertretung des Ministerpräsidenten Dr. h. c. *Goppel* einen Empfang im Rokokosaal der Regierung von Schwaben.

Die Mitgliederversammlung gedachte der verstorbenen Kollegen *Rudolf Laun*, *Victor Böhmert* und *Rudolf Smend*. Neun Kollegen waren der Vereinigung, die damit 259 Mitglieder zählte, bis zur Jahrestagung neu beigetreten. Über die Beratungen des Gesprächskreises Verwaltungslehre berichtete *Werner Weber*. Zum neuen Vorstand wurden gewählt die Kollegen *Badura*, *Frowein* und *Isensee*. Die nächste Jahrestagung wird vom 6. bis 9. Oktober 1976 in Heidelberg stattfinden.

Nach Abschluß der wissenschaftlichen Arbeit versammelten sich die Tagungsteilnehmer mit ihren Damen im Hotel Drei Mohren und tanzten bis 2 Uhr.

Der Ausflug führte uns nach Ottobeuren und mit den weniger eiligen Teilnehmern noch nach Landsberg am Lech.

Daß die Tagung wissenschaftlich ergiebig war, ist den Referenten und den Diskussionsteilnehmern zu danken. Daß sie auch in allen anderen Beziehungen in ihrer unübertrefflichen Gastlichkeit und Perfektion des Ablaufs harmonisch war, ist das Verdienst unseres Kollegen *Knöpfle*, der sich in der Orga-

nisation als wahrer Meister der Verwaltungslehre erwies, und seiner um die Vorbereitung und Durchführung der Tagung unermüdlich tätig gewesenen Gattin.

Die nachstehend abgedruckten Referate wurden an den Vormittagen des 2. und 3. Oktober im Rathaus gehalten, wo nachmittags jeweils von 15 bis 18 Uhr die Aussprachen folgten. Damit wurde die Behandlung zentraler Fragestellungen, die nach 25jähriger Geltung unseres Grundgesetzes veranlaßt und zur 1. und 2. Gewalt 1974 in Bielefeld begonnen worden war, mit Erörterungen zur Stellung der 3. Gewalt abgeschlossen.

Erster Beratungsgegenstand:

Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung

1. Bericht von Professor Dr. Gerd Roellecke, Mannheim

Inhalt¹⁾

	Seite
A. Die Frage	8
I. Rechtsprechung	8
II. Staatsrechtliche Diskussion	9
1. Die verfassungsrechtliche Position	9
2. Die hermeneutische Position	11
3. Die kompensatorische Position	14
4. Zusammenfassung	16
B. Eine Antwort	16
I. Rechtstheoretische Voraussetzungen	17
1. Rechtsanwendung	17
2. Paradigmen	18
II. Politisch-historische Bedingungen	19
1. Die politischen Bedingungen	19
a) Das Urteil des Königs Salomo	19
b) Das Urteil des kaiserlichen Oberrichters Pao Tsching	21
c) Zusammenfassung	24
2. Die historischen Bedingungen	24
a) Der Richter als König	25
b) Der Richter als Justizbedienter	26
III. Dogmatische Folgerungen	29
1. Legitimation des Richters	30
2. Legitimation der Gerichte	31

¹⁾ Das Manuskript wurde am 20. September 1975 abgeschlossen. Herrn Assessor Peter Kickartz danke ich für Kritik, vielfältige Anregungen und Literaturhinweise. Zu Dank verpflichtet bin ich auch den Mitgliedern des Seminars, das ich im Sommersemester 1975 über das Vortragsthema gehalten habe, besonders den Studenten Heinz-Hermann Knostmann, Jürgen Rühmann und Reinhard Trendler.

3. Legitimation der Rechtsprechung	31
a) Bindung an das Gesetz	31
b) Bindung an die Verfassung	34
aa) Die Vereinbarkeit von Gesetz und Verfassung	34
bb) Das Gleichheitsproblem	37
c) Zur juristischen Methode	38
C. Schluß	39

A. Die Frage

I. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung ist an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen (Art. 97 Abs. 1 GG): Klarer als das Grundgesetz scheint eine Verfassung das Verhältnis zwischen Richter und Gesetz kaum bestimmen zu können.

Trotzdem judizieren die obersten Gerichtshöfe des Bundes gegen das Gesetz. Der Bundesgerichtshof²⁾ spricht den nicht rechtsfähigen Gewerkschaften trotz § 50 ZPO die aktive Parteifähigkeit zu. Das Bundesverwaltungsgericht³⁾ gewährt einem Studenten trotz § 24 RHO einen Anspruch auf Beihilfe aus Haushaltsmitteln des Bundesinnenministers. Das Bundesarbeitsgericht⁴⁾ erklärt, nicht alle Angestellten, welche die in § 5

²⁾ BGHZ 50 S. 325, 328; vgl. bereits BGHZ 42 S. 210, 215; 43 S. 275. — BGHZ 42 S. 210 beschränkte sich noch darauf, die Parteifähigkeit der Gewerkschaften nur insoweit anzuerkennen, als sich eine Gewerkschaft mit der Unterlassungs- und Schadensersatzklage gegen die Propaganda einer rivalisierenden Gewerkschaft wendet, um eine Beeinträchtigung ihres Bestandes und ihrer Betätigung abzuwehren. BGHZ 50 S. 325 gab diese Beschränkung auf. OLG München, NJW 1969 S. 617, übertrug diese Rechtsprechung allerdings nicht auf den Verband Deutscher Studentenschaften (VDS); kritisch dazu Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 1970, S. 216.

Die Rechtsprechung des BGH hat überwiegend Zustimmung gefunden; vgl. die bei Kübler, Rechtsfähigkeit und Verbandsverfassung, 1971, S. 10 Fußnote 23 Genannten. Ablehnend: Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl. 1974, § 43 II 3; Grunsky, a. a. O., S. 216; kritisch auch: Schönke/Kuchinke, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. 1969, S. 100; Detlef Merten, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, DVBl. 1975 S. 677, 678.

³⁾ BVerwGE 18 S. 352, betreffend die Anwendung des Sozialstaatsgrundsatzes bei der Bewilligung von Beihilfen nach dem sogenannten Honnefer Modell an Studierende des zweiten Bildungsweges.

⁴⁾ JZ 1974 S. 647, 648 mit den treffenden Bemerkungen von Rütters, Gesetzesanwendung oder Rechtspolitik? JZ 1974 S. 625 ff. Vgl. auch das Urteil des Bundesarbeitsgerichtes über Verfallklau-

Abs. 3 Nr. 3 BetrVG 1972 genannten Merkmale für leitende Angestellte erfüllten, seien leitende Angestellte. Und das Bundesverfassungsgericht gibt dieser Praxis im Schmerzensgeld-Beschluß⁵⁾ den verfassungsrechtlichen Segen. „Dem unter Entscheidungszwang stehenden Richter“, meint es, „kann . . . kein Vorwurf gemacht werden, wenn er zu der Überzeugung gelangt, er dürfe nicht . . . formale Gesetzestreue auch um den Preis einer erheblichen Einbuße an Gerechtigkeit im Einzelfall üben.“

Dieser Satz würde die Diagnose *Ernst Forsthoffs*⁶⁾ bestätigen, der Justizstaat habe den Rechtsstaat abgelöst, zwänge nicht gerade sein überzogener Anspruch zu kritischen Fragen: Ist der Richter gerechter als das Gesetz? Gibt es eine höhere als die formale Gesetzestreue?

II. Staatsrechtliche Diskussion

Ich kann hier nicht alle Antworten der Staatsrechtslehre erörtern. Die Vielzahl der Meinungen⁷⁾ reduziere ich auf die drei Positionen, die das Feld der Argumentationsmöglichkeiten abstecken, auf die verfassungsrechtliche, die hermeneutische und die kompensatorische Position.

1. Die verfassungsrechtliche Position

Die verfassungsrechtliche Position meint: Wenn Art. 20 Abs. 3 GG die Rechtsprechung an Gesetz und Recht binde, gestatte er dem Richter nicht, das Recht gegen das Gesetz auszuspielen⁸⁾, sondern verweise ihn mit dem Wort „Recht“ insbesondere auf die Normenkontrolle nach Art. 100 GG⁹⁾. Als „Recht“ im Sinne

seln bei betrieblichen Versorgungsversprechen, JZ 1972 S. 700, mit Anmerkung von *Fenge*, S. 705; dazu besonders die kritische Würdigung von *Pawlowski*, Ein neues Verfahren richterlicher Rechtsfortbildung? ZFA 1974 S. 405 ff.

⁵⁾ BVerfGE 34 S. 289, 286 f., 292. Kritisch z. B.: *Jörn Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 100 ff., 103; *Knieper*, Soraya und die Schmerzensgeldrechtsprechung des BVerfG, ZRP 1974 S. 137 ff.; *Menger*, Zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, VerwA 65 (1974) S. 195; *Hans-Peter Schneider*, Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung, DÖV 1975 S. 443, 445; *Detlef Merten*, DVBl. 1975 S. 677, 680 f.

⁶⁾ Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), in: Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950 bis 1964, S. 176, 184.

⁷⁾ Hervorhebung verdient der Versuch *Willi Geigers*, Der Richter und seine Bindung an Gesetz und Recht, DRiZ 1963 S. 170 ff., Positivität der Gesetze und Naturrecht miteinander zu verbinden.

⁸⁾ So die Befürchtung *Forsthoffs*, a. a. O. S. 178.

⁹⁾ So wohl *Hans H. Klein*, Richterrecht und Gesetzesrecht, DRiZ 1972 S. 333; *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechtes der

des Art. 20 Abs. 3 GG gilt also das Grundgesetz¹⁰⁾. Ich werde zu beweisen versuchen, daß nur diese Position mit der Verfassung vereinbar ist.

Freilich scheint gerade die Verweisung auf das Grundgesetz einen Einwand nahe zu legen. Bindet Art. 1 Abs. 3 GG nicht auch die Rechtsprechung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht? Müssen die Gerichte nicht nach Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsschutz gewähren, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten verletzt wird? Gerät die verfassungsrechtliche Position also nicht gerade dann in Schwierigkeiten, wenn sie mit *Forsthoff*¹¹⁾ daran festhält, „in der Verfassung ein Gesetz zu erblicken“? Hier liegt in der Tat das Problem¹²⁾. Wenn man die Verfassung als höher- und vorrangiges Gesetz versteht, erlaubt Art. 20 Abs. 3 GG den Gerichten zwar nicht, das Recht, wohl aber die Verfassung gegen das Gesetz auszuspielen, was die Konsistenz der Rechtsordnung auch nicht gerade erhöht, wenn man an die Allgegenwart der Grundrechte denkt. Die Schwierigkeit des Art. 20 Abs. 3 GG scheint deshalb nicht im Verhältnis zwischen Gesetz und Recht, sondern in der Verfassung selbst zu liegen.

Auf der anderen Seite gilt die Verfassung als Einheit¹³⁾. Deshalb liegt es nahe, den Widerspruch dogmatisch aufzulösen und die Grundrechte als Inbegriff des materiellen Rechtsstaates zu verstehen, der vom Gesetzgeber ohnehin zu verwirklichen ist, so daß Gesetz und Recht zusammenfallen¹⁴⁾.

Diese Konzeption hält indessen keine Lösung für die Fälle bereit, in denen Gesetzgebung und Rechtsprechung die Grund-

Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 1975, S. 80; *Detlef Merten*, DVBl. 1975 S. 680; gegen diese rechtstechnische Interpretation des Art. 20 Abs. 3 GG erhebt auch *Forsthoff* keine Bedenken, vgl. a. a. O. S. 183.

¹⁰⁾ Dieser Position scheint auch *Hans Heinrich Rupp*, Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1973 S. 1769 ff., nahe zu stehen, wenngleich Wendungen wie: der Richter solle ein Mensch sein, „in dessen Denken sich das eigene Ich wiederfindet“, oder: die Dritte Gewalt habe eine „kritische Funktion“, mehr auf die hermeneutische Position weisen.

¹¹⁾ Zur Problematik der Verfassungsauslegung, 1961, S. 39.

¹²⁾ Verkannt bei *Detlef Merten*, DVBl. 1975 S. 677, 678.

¹³⁾ BVerfGE 1 S. 14, 32; 3 S. 225, 231; 19 S. 206, 220; *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechtes, S. 28; *Horst Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963) S. 53, 77 ff.

¹⁴⁾ So *Maunz/Düring/Herzog*, GG (Lieferung 1960) Art. 20 Rdnrn. 72 f.; *Bettermann*, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte Band III/2, 2. Aufl. 1972, S. 523, 532; *Hans H. Klein*, DRiZ 1972 S. 333, 338; *Hans-Peter Schneider*, DÖV 1975 S. 443, 448.

rechte unterschiedlich interpretieren. Beispielsweise hat das Bundesverfassungsgericht¹⁵⁾ ausdrücklich gebilligt, daß der Bundesgerichtshof die Verpflichtung zum Ersatz immateriellen Schadens aus Art. 1 und 2 Abs. 1 GG ableitet. Es gibt aber auch gute Gründe gegen den generellen Ersatz immateriellen Schadens¹⁶⁾. Dürfte also der Gesetzgeber gegen die Rechtsprechung den Ersatz auf Schäden im beruflichen und wirtschaftlichen Fortkommen begrenzen¹⁷⁾? Oder kann er sich nur vom „Einfluß der Wertentscheidung des Grundgesetzes (Art. 1 und 2)“¹⁷⁾ treiben lassen? Wer sagt, was gelten soll: der Richter oder der Gesetzgeber?

2. Die hermeneutische Position

Die Alternative: Richter oder Gesetzgeber, stellt sich freilich nicht, wenn man den Richtern mit dem Bundesverfassungsgericht¹⁸⁾ eine höhere Gesetzestreue unterstellt, die Verstöße gegen die formale Gesetzestreue zu rechtfertigen vermag. Diese Unterstellung enthält die Hypothese, der Richter wisse unabhängig vom positiven Gesetz um ein Recht, das sich der Gesetzgeber sofort zu eigen machen würde, wenn er es wüßte. Einen Gegensatz zwischen Gesetz und Recht kann es dann nicht mehr geben, weil das richterliche Urteil gleichsam als das bessere Gesetz erscheint. Der Richter wird zum Propheten, zum Sendboten des Rechtes schlechthin, weshalb man diese Lehre auch Hermeneutik nennt. Diese zweite, die hermeneutische Position versteht man besser, wenn man sich den philosophischen Ort vergegenwärtigt, aus dem sie stammt.

1927 stellt *Martin Heidegger*¹⁹⁾ die Frage: Wie findet der Mensch zu sich selbst? und gibt die vorläufige Antwort: im Gedanken an seine Endlichkeit. Vorläufig, weil diese Antwort den

¹⁵⁾ BVerfGE 34 S. 269, 281.

¹⁶⁾ Vgl. *Werner Flume*, Richter und Recht, Schlußvortrag auf dem 46. Deutschen Juristentag, 1966, Verhandlungen, Bd. II (Sitzungsberichte), K 6 ff.; siehe auch *Knieper*, ZRP 1974 S. 137, 138, allerdings ohne zureichende Reflexion des Gleichheitssatzes. Auch für die Entscheidung, Verfallklauseln bei betrieblichen Versorgungsversprechen nicht arbeitsrechtlich auszuschließen, sondern nur steuerrechtlich zu erschweren, lassen sich beachtliche Gründe anführen; vgl. *Pawlowski*, ZFA 1974 S. 412 ff. Das Bundesarbeitsgericht beruft sich jedoch auf die „Natur der Sache“ und das „Gebot sozialer Gerechtigkeit“, um der Entscheidung des Arbeitsgesetzgebers vorzugreifen; vgl. BAG, JZ 1972 S. 704.

¹⁷⁾ Fernsehansagerin-Fall: BGHZ 39 S. 124 ff. = JZ 1964 S. 291 ff. mit Anmerkung von *Hubmann*; dazu *Flume*, a. a. O., K 10 Fußnote 23.

¹⁸⁾ BVerfGE 34 S. 269, 292.

¹⁹⁾ Vgl. *Sein und Zeit*, 8. Aufl. 1957, S. 184 ff., und dazu *Werner Maihofer*, Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956, S. 42 f.

Menschen mit sich allein läßt. Deshalb fragt Heidegger um die Mitte der dreißiger Jahre: Wie findet das Selbst die Ordnung der Welt? und gibt die Antwort: Indem der Mensch in sich hineinhorcht²⁰). Dort hört er die Urteile, die es vor dem eigenen Urteil gab: die Vorurteile. Da die Vorurteile einerseits dem eigenen Urteil vorausgehen, andererseits aber von irgendwoher kommen müssen, zeugen sie von der Verbindung des Menschen mit der Welt, „sind die Vorurteile des einzelnen“, wie *Hans-Georg Gadamer*²¹) schreibt, „weit mehr als seine Urteile die geschichtliche Wirklichkeit seines Seins“. Das heißt: Vorurteile sind Ausdruck des unverstellten Allgemeinen und insofern von höherem Rang als das bewußte Urteil.

Im Recht mußte diese Aufwertung des Innenlebens das Interesse an den Individuen des Justizbetriebes kräftig stärken und die sogenannte Justizforschung aufblühen lassen. Die Aufwertung des Innenlebens beantwortete nicht nur die Frage, was an den Einstellungen der Richter *unabhängig* von der richterlichen Entscheidung so untersuchenswert sei, sie lieferte der Justizforschung auch Methoden, Kapazitäten und Instrumente, indem sie die „Vorurteile“ der Richter als Wahrheitsbeweis zuließ²²). Seitdem glauben einige Justizjuristen, der Wahrheit zu dienen, wenn sie ihre Vorurteile verbreiten.

Die Aufwertung des Innenlebens verlieh ferner einem Werk eine Breitenwirkung, die der Autor wohl selbst nicht erwartet hatte: *Josef Essers* „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung“ (1970)²³), dem juristischen Seitenstück zu *Ga-*

²⁰) Vgl. Brief über den „Humanismus“ (1947): „Nur sofern der Mensch, in die Wahrheit des Seins ek-sistierend, diesem gehört, kann aus dem Sein selbst die Zuweisung derjenigen Weisungen kommen, die für den Menschen Gesetz und Regel werden müssen“, in: *Wegmarken*, 1967, S. 145, 191. *Walter Heinemann*, Die Relevanz der Philosophie Martin Heideggers für das Rechtsdenken, Diss. jur. Freiburg i. Br. 1970, S. 50 ff., hält diesen Satz für den rechtsphilosophischen Grundsatz *Heideggers*.

²¹) *Wahrheit und Methode*, 2. Aufl. 1965, S. 261, unter ausdrücklicher Berufung auf *Heidegger*, S. 250 ff.

²²) Erst neuerdings mehren sich die kritischen Stimmen; vgl. *Herbert Tröndle*, Vom Fortschritt, der auf der Stelle tritt, MDR 1975 S. 617 f.; *Norbert Plassmann*, Mutmaßungen über Richter, JZ 1975 S. 41 f.; siehe auch die etwas älteren Äußerungen von *Hans Thierfelder*, Zu den Standpunkten und Möglichkeiten der Justizforschung in Deutschland, DRiZ 1972 S. 257, und *Walther Richter*, Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung, 1973, S. 45 ff.

²³) In: *Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs*, JZ 1975 S. 555 f., hat Esser sein Buch authentisch interpretiert: es sei eine Deskription ohne normativen Anspruch — eine für einen Kritiker des Positivismus und Analytiker des Vor-

damers „Wahrheit und Methode“. Unter ausdrücklicher Berufung auf *Gadamer* geht es *Esser*²⁴⁾ darum, „die Vorstellungen von Konkretisierung und Aktualisierung des ‚geltenden Rechts‘ auf die Art und Herkunft des Vorverständnisses hinzulenken“, weil „es jenen Impetus des Rechtsanwenders (gibt), alle Gerechtigkeitserkenntnisse aus seiner Fallkonfrontation in den Normzusammenhang und seinen Sinn hinein zu projizieren“²⁵⁾. *Esser* kommt denn auch zu dem Ergebnis: „Die Arbeit mit dem Gesetz kann nur die bewußte Arbeit am Gesetz sein im Sinne jener Rückinformation der Gesetzesratio durch Werturteile der Kasuistik“²⁶⁾, wobei unter ratio legis jedenfalls die Folgen zu verstehen sind, „die von der Norm hintangehalten oder herbeigeführt werden sollen“²⁷⁾.

Auf das Folgenproblem komme ich noch zurück. Hier geht es zunächst um immanente Kritik.

Esser schließt aus der Verbindlichkeit der Entscheidung²⁸⁾ auf die juristische Vernünftigkeit und Legitimität der Begründung²⁹⁾. Die Verbindlichkeit der richterlichen Entscheidung vermag die Hermeneutik indessen nicht verständlich zu machen.

verständnisses erstaunliche Erklärung. Außerdem dürfte es einigermaßen schwer fallen, die „Überwindung des ‚legislativen Totalitarismus‘“ und die Wiederentdeckung „jener nicht-etatistischen Rechtsquellenauffassung“ (Vorverständnis S. 189) rein deskriptiv zu verstehen.

²⁴⁾ Vgl. Vorverständnis, S. 79; siehe zu *Gadamer* auch S. 133 ff.; kritisch zu *Esser*: *Larenz*, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, 1973, S. 292, 296; *Hans Ryffel*, Rechtssoziologie, 1974, S. 232 ff.

²⁵⁾ Vorverständnis, S. 78.

²⁶⁾ Vorverständnis, S. 124.

²⁷⁾ Vorverständnis, S. 143.

²⁸⁾ In diesen Zusammenhang gehört, daß *Esser* dem Richterrecht den gleichen Rang zumißt wie dem Gesetzesrecht; vgl. Vorverständnis, S. 191 f., 194. Dazu mit Recht kritisch *Werner Flume*, Gewohnheitsrecht und römisches Recht, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 201, 1975, S. 41.

²⁹⁾ Vgl. Vorverständnis, S. 177 f. „Die Rechtsanwendung steht beim Lückenproblem abermals im offenen Feld eines Durchgriffs auf Zweckmäßigkeits- und Wertungsgesichtspunkte, die sich nicht aus dem dogmatischen und jedenfalls nicht allein aus dem systematischen Denken begründen lassen, sondern den Problemzusammenhang in den Vordergrund stellen — und seine vernünftige Behandlung“, siehe auch a. a. O. S. 9, 15, 20.

Der Schluß von der Verbindlichkeit auf die Vernünftigkeit ist überhaupt weit verbreitet; vgl. *Hans-Joachim Koch*, Das Postulat der Gesetzesbindung im Lichte sprachphilosophischer Überlegungen, ARSP 1975 S. 27, 41: „Die Richter ... entscheiden ... in den semantisch gesehen unentscheidbaren Fällen nicht in Bindung an das Gesetz; sie setzen vielmehr die Bedeutung des Gesetzes ...

Das seinsphilosophische Vorurteil der hermeneutischen Position zeigt, daß die „richterliche Entscheidungsverantwortung“ personengebunden ist³⁰⁾. Sie wird deshalb fragwürdig, sobald sie ohne Ansehung der Person argumentiert werden muß. Die kritische Frage Pawlowskis³¹⁾, „inwiefern jemand aufgrund der verantwortlichen ‚persönlichen‘ Entscheidung eines einzelnen verpflichtet werden kann, in das Gefängnis zu gehen oder DM 10.000,— zu zahlen“, könnte nur mit einem Konsensgrund beantwortet werden. Konsensgründe kann die Hermeneutik jedoch nicht anbieten, sie muß sie voraussetzen³²⁾. Auf die Möglichkeit „eines Konsenses über die Vernünftigkeit einer Lösung im Rahmen der legal gegebenen Alternative“, schreibt Esser³³⁾ denn auch, „ist das Vorverständnis des nach ‚Gesetz und Recht‘ entscheidenden Juristen abgestellt“.

Und was geschieht, wenn der Konsens ausbleibt? Wer oder was hält das Urteil bei Dissens? Niemand? Lassen Dissense Urteile zusammenfallen wie leere Säcke? Oder ist der Konsens kein wirklicher Konsens, sondern die objektive Vernunft³⁴⁾, mit der jeder zu konsentieren hat, will er nicht als unvernünftig abgeurteilt werden? Wenn irgendeine objektive Vernunft gemeint sein sollte, welchen Sinn hat dann die Rede von autonomer Verantwortung und Vorverständnis?

Das heißt, die Hermeneutik kann den Bereich der Subjektivität nicht verlassen. Wächter unter sich — mehr kann sie nicht beschreiben.

3. Die kompensatorische Position

Die dritte, die kompensatorische Position behauptet, der Richter müsse kompensatorisch urteilen und den Schwachen, den Unterbevorrechtigten helfen³⁵⁾. Damit wäre eine eigen-

allererst fest.“ Als ob das „semantisch gesehen“ zu entscheiden wäre!

³⁰⁾ Besonders deutlich bei *Arthur Kaufmann*, *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, JZ 1975 S. 337, 341 rechte Spalte.

³¹⁾ Zum sog. Verfolgungsrecht des Gerichtsvollziehers, *Eine Kritik der Interessen- und Wertungsjurisprudenz*, AcP 175 (1975) S. 189, 203.

³²⁾ Vgl. *Hans Ryffel*, *Rechtssoziologie*, 1974, S. 234.

³³⁾ Vorverständnis, S. 9.

³⁴⁾ Dafür spricht die jüngste Äußerung *Essers*: *Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs*, JZ 1975 S. 555 ff.

³⁵⁾ Vgl. die Darstellung bei *Rolf Bender*, *Funktionswandel der Gerichte?* ZRP 1974 S. 235 ff. Daß die „neue Aufgabe für die Gerichte: Der Schutz des Schwächeren“, „nichts zu tun (habe) mit dem

ständige Aufgabe des Richters begründet und die Frage seiner Bindung an das Gesetz obsolet.

Selbstverständlich wird diese These nicht so primitiv präsentiert, wie ich es hier getan habe. Eine sehr feinsinnige Präsentation bietet *Helmut Ridder*. Unter der Überschrift „In Sachen Opposition: Adolf Arndt und das Bundesverfassungsgericht“³⁶⁾ hat er sich bemüht, das Bundesverfassungsgericht auf die Seite der Opposition zu ziehen, weil die Opposition „durch den Ausschluß von der staatlichen Macht der ‚Regierung‘ gegenüber geschwächt und gefährdet (und ständig in Versuchung geführt)“, also unterbevorrechtigt sei, weshalb ein „gerechter“, d. h. materieller Gleichstand der Waagschalen nur durch volle Erfassung der sozialen Gewalt- und konstitutionellen Staatlichkeitsprärogativen für die über die Regierung und die Parlamentsmehrheit verfügende Macht und entsprechende Ausbalancierung durch Zu- und Abschläge zu erreichen war“³⁷⁾. Mit dem Oppositionszu- und Regierungsabschlag sollte das Bundesverfassungsgericht also nicht parteiisch, sondern gerechter werden.

Das war 1968. Inzwischen haben die politischen Parteien im Bundestag die Plätze getauscht. Aber die Zeitläufe kann man *Ridder* nicht entgegenhalten. Der Aufsatz müßte heute nur heißen: „In Sachen Opposition: Franz Josef Strauss und das Bundesverfassungsgericht“.

Ridder übersieht indessen, daß die Abgeordneten des Deutschen Bundestages in allgemeiner, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt werden (Art. 38 GG) und ihrerseits den Bundeskanzler wählen (Art. 63 GG). Die Macht der Regierung ist deshalb so demokratisch legitim wie der Ausschluß der Opposition von der Macht. Das Bundesverfassungsgericht entschiede daher nicht gerechter, sondern verstieß gegen ein Grundgesetz der Demokratie, wenn es der Opposition als Ausgleich für den Regierungsbonus einen Oppositionsbonus gewährte.

Ridder übersieht die demokratische Legitimation, weil er Regierung und Opposition dadurch von der demokratischen Wahlentscheidung löst, daß er Opposition als alles definiert,

Postulat einer ‚Befreiung des Richters aus der Bindung an Gesetz und Recht‘“, ist kaum kompatibel mit dem anderen Satz *Benders*: Die neue Aufgabe der Richter „wird sie weitgehend in die direkte Konfrontation mit den beiden anderen Gewalten bringen, die die Mehrheitsinteressen repräsentieren.“

³⁶⁾ Festschrift für Adolf Arndt, 1969, S. 323 ff. Zum — wichtigen — Zeitpunkt der Ausarbeitung des Manuskriptes vgl. S. 327 Fußnote 10.

³⁷⁾ A. a. O., S. 313 ff.

was gegen die Regierung ist: „institutionalisiert oder nicht“. Auf diese Weise erhält die sogenannte außerparlamentarische Opposition den gleichen Rang wie die parlamentarische. Das ist aber nicht nur verfassungsrechtlich, sondern auch politisch falsch, weil sich die außerparlamentarische Opposition nicht dem Wählervotum stellt, deshalb nichts repräsentiert und insofern nicht demokratisch legitimiert ist. *Ridders* Forderung hätte nur dort einen Sinn, wo die politischen Rollen unabhängig vom Wählerwillen verteilt werden, wie in dem Teil Deutschlands, in dem die Parteien und Massenorganisationen in der Nationalen Front alle Kräfte des Volkes vereinigen (Art. 3 Abs. 2 DDRVerf 1968).

Diese Kritik läßt sich verallgemeinern: Die Idee einer kompensatorischen Rechtsprechung setzt die Existenz von Unterbevorrechtigten voraus. Die Unterbevorrechtigung bedarf aber der normativen Kriterien. Diese Kriterien müssen andere sein als die des geltenden Rechts. Denn wird jemand gegen das geltende Recht benachteiligt, dann ist ihm auch mit einem rechtmäßigen Urteil geholfen. Als Kriterium wird nur eines angegeben: Schwäche. Wie mächtig Schwäche sein kann, haben uns jedoch die Studenten gelehrt. Deshalb müßte man noch Grund, Verschulden und Relevanz der Schwäche unterscheiden. Unterscheidungskriterien werden aber nicht einmal angedeutet. Die begrifflose Berufung auf die Schwachen erinnert allenfalls an die Seligpreisungen der Bergpredigt.

4. Zusammenfassung

Das Ergebnis unserer Überlegungen ist: Die verfassungsrechtliche Position hat Schwierigkeiten mit dem Verfassungsbegriff. Die hermeneutische Position vermag die Verbindlichkeit des richterlichen Urteils nicht durchzuhalten. Und die kompensatorische Position vermag die Geltung des geltenden Rechtes nicht plausibel zu machen.

B. Eine Antwort

Die Erörterung der drei Positionen hat aber auch gezeigt, daß man die Frage nach der Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung nicht einfach positiv-rechtlich beantworten kann. Ich werde meine Antwort daher in drei Abschnitten entwickeln. In einem ersten Abschnitt versuche ich, einige rechtstheoretische Prämissen zu klären, in einem zweiten, die wichtigsten politisch-historischen Bindungen richterlichen Urteils zu beschreiben, und in einem dritten, die verfassungsdogmatische Arbeit zu leisten.

I. Rechtstheoretische Voraussetzungen

Von den rechtstheoretischen Voraussetzungen bespreche ich nur zwei Stichwörter: Rechtsanwendung und Paradigma.

1. Rechtsanwendung

Das Wort „Rechtsanwendung“ mag schiefe Bilder vom Gesetz und vom Richter provozieren³⁸⁾, gleichwohl ist es unentbehrlich, weil es das fundamentale Verhältnis zwischen Richter und Recht ausdrückt: Die Differenz zwischen Richter und Recht, die man vielfach einseitiger als Heteronomie, Allgemeinheit oder Objektivität des Rechtes bezeichnet. Diese Differenz liegt noch vor jedem möglichen Vorgriff auf irgendein Vorverständnis³⁹⁾. Die Versuche ihrer Überwindung nennt man Rationalisierung⁴⁰⁾.

Alle Bemühungen, die Differenz zwischen Richter und Recht zu überwinden, können aber nur zu neuen Normen und Arbeitsanweisungen für den Richter führen. Ob diese Normen und Arbeitsanweisungen verwirklicht werden, ist indessen so fragwürdig wie, ob die Gesetze verwirklicht werden. Denn alle Methodenlehren, Praxistheorien und Botschaften sind genau so Sprache wie das Gesetz, und Sprache hat einen unaufhebbaren Mangel: Die Anwendung von Worten auf das mit den Worten Gemeinte: auf den Gegenstand, läßt sich nicht mehr rationalisieren⁴¹⁾, weil jede Rationalisierung auf Sprache angewiesen, eine Erklärung mit Worten ist und deshalb ihrerseits das Anwendungsproblem aufwirft. Die Differenz zwischen Richter und Recht ist theoretisch nicht aufzuheben⁴²⁾.

³⁸⁾ Insofern mit Recht kritisch Esser, Vorverständnis, S. 8 f., 77.

³⁹⁾ Ohne die Differenz zwischen Rechtsanwender und Recht wäre das Vorverständnis identisch mit dem Verständnis, weshalb auch Esser, Vorverständnis, S. 40 f., nicht ohne das Wort „Rechtsanwendung“ auskommt.

⁴⁰⁾ Vgl. Esser, Vorverständnis, S. 11. Die Vertreter der verfassungsrechtlichen Position haben zwar die logischen Ansprüche des Positivismus, nicht aber den Rationalisierungsanspruch aufgegeben. Sie treiben jetzt Normkonkretisierungen oder Funktionsanalysen; vgl. z. B. Hans H. Klein, DRiZ 1972 S. 333, 334; H. H. Rupp, NJW 1973 S. 1769, 1770; Hans-Peter Schneider, DÖV 1975 S. 443, 449 f.

⁴¹⁾ Die Frage Friedrich Müllers, Recht-Sprache-Gewalt, 1975, S. 15, 32: „Was geschieht tatsächlich, wenn von einer bestimmten Rechtsordnung gesagt werden kann, sie funktioniert, sie sei ‚in Geltung‘?“ ist daher nicht zu beantworten, übrigens auch deshalb nicht, weil — wie Hermann Heller, Die Souveränität, 1927, S. 36, schreibt — „uns fremdseelisches Verhalten im letzten unberechenbar und ewiges Geheimnis“ bleibt.

⁴²⁾ Schon Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, ed. Lasson, 1930, Zusatz zu § 214, hat das Problem deutlich beschrieben: „Es ist wesentlich eine Seite an den Gesetzen und der Rechts-

2. Paradigmen

Aus der Unlösbarkeit des Anwendungsproblems folgt jedoch nicht, daß über die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung nicht mehr geredet werden kann, sondern nur, daß man sich vorab über Möglichkeiten und Grenzen der Verständigung verständigen muß. Darauf zielt das zweite rechtstheoretische Stichwort: Paradigma.

Wir erfahren, daß wir uns verständigen können. Die Verständigungsmöglichkeit beruht aber nicht nur auf Sprache. In einem fremden Land, dessen Sprache wir nicht verstehen, können wir uns immer noch verständlich machen, über Grundbedürfnisse wie Essen, Trinken und Schlafen sogar recht gut. Worte lassen sich tatsächlich bis zu einem gewissen Grade durch Zeichen und Zeigen ersetzen. Für uns wichtig ist der Grund dieser Erscheinung: Jede Sprache ist auf Kontext angewiesen⁴³⁾.

Aus der Abhängigkeit der Sprache vom Kontext folgt, daß eine Sprache umso verständlicher ist, je mehr Kontext sie ins Bewußtsein hebt. Und sie hebt umso mehr Kontext ins Bewußtsein, je vollständiger das Stück Welt ist, das sie zu gegenwärtigen sucht. Und das Stück Welt ist umso vollständiger, je mehr Anwendungsregeln und Analogien Sprache enthält. Die Überzeugungskraft von Erzählungen, Geschichten, Modellen, Beispielen und — jetzt wird es wieder juristisch — Fällen beruht genau darauf: daß sie „Gesetz, Theorie, Anwendung und Hilfsmittel einschließen“⁴⁴⁾. *Thomas Kuhn*⁴⁴⁾ hat solche relativ vollständigen Modelle „Paradigmata“ genannt. Von ihm habe ich den Begriff übernommen. Diese Art der Dis-

pflage, die eine Zufälligkeit enthält, und die darin liegt, daß das Gesetz eine allgemeine Bestimmung ist, die auf den einzelnen Fall angewandt werden soll. Wollte man sich gegen die Zufälligkeit erklären, so würde man eine Abstraktion aussprechen. Das Quantitative einer Strafe kann z. B. keiner Begriffsbestimmung adäquat gemacht werden, und was auch entschieden wird, ist nach dieser Seite zu immer eine Willkür. Diese Zufälligkeit aber ist selbst notwendig, und wenn man daraus etwa gegen ein Gesetzbuch überhaupt argumentiert, daß es nicht vollkommen sei, so übersieht man eben die Seite, woran eine Vollendung nicht zu erreichen ist, und die daher genommen werden muß, wie sie liegt.“

⁴³⁾ Allerdings wird sie durch den Kontext auch verunklärt, weil der Kontext als nichtsprachliche Erläuterung des Wortes mit Worten nicht mehr zu bestimmen ist; vgl. *Rainer Specht*, Vorurteil, Kritik, Philosophie, 1975 (im Druck) II 2.

⁴⁴⁾ Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen (1962), deutsch 1973, S. 28 f.; dazu *Rainer Specht*, Vorurteil, Kritik, Philosophie, 1975 (im Druck) IV.

kussion mit farbigen, material- und perspektivenreichen Verhaltensmodellen⁴⁵⁾ läßt das Problem der Sprachgenauigkeit genau in dem Maße verschwinden, in dem der Kontext, geschöpft aus dem Reichtum der Geschichte, die Dürftigkeit der Wörter bedeckt⁴⁶⁾.

Rechtstheoretisch gestattet der Paradigma-Gedanke andere Vereinfachungen als gebräuchlich. Wir brauchen uns nicht auf dürre Ableitungen oder auf Systemvergleiche sehr hohen Abstraktionsgrades zu beschränken. Wir können Theorien auch mit bezeichnenden Fällen argumentieren.

II. Politisch-historische Bedingungen

Die politisch-historischen Bedingungen richterlichen Urteils erörtere ich daher an drei bekannten Fällen: am Urteil des Königs Salomo, am Urteil des kaiserlichen Oberrichters Pao Tsching im chinesischen Kriminalstück „Der Kreidekreis“ und am Fall des Müllers Arnold. Die beiden ersten Fälle liegen uns besonders fern. Deshalb erläutere ich an ihnen die politischen Bedingungen. Der Fall des Müllers Arnold liegt uns besonders nah. Deshalb erläutere ich an ihm die historischen Bedingungen.

1. Die politischen Bedingungen

a) Das Urteil des Königs Salomo

Erinnern wir uns: Salomo, mit etwas unklarer Legitimation König von Israel, aber von Gott mit Gerechtigkeit begnadet, hatte über die Klage einer Hure auf Herausgabe ihres Kindes zu entscheiden. Die Klägerin behauptete, sie habe mit der Be-

⁴⁵⁾ Als Beispiel vgl. *Rainer Specht*, Innovation und Folgelast, Beispiele aus der neueren Philosophie- und Wissenschaftsgeschichte, 1972, in dem Specht eine hochmoderne Problemformulierung am Beispiel *Ockhams*, *Descartes*, *Spinozas* und *Lockes* diskutiert. Man hätte die gleiche Frage — allerdings beträchtlich perspektivenärmer — auch an der Prometheus-Sage erörtern können. Siehe auch *Hans-Martin Pawlowski*, Das Studium der Rechtswissenschaft, 1969, S. 197 ff., wo die Voraussetzungen rechtlichen Denkens an der Orestie des Aischylos dargestellt werden.

⁴⁶⁾ Diese Art der Diskussion unterscheidet sich von den Sprachspielen *Wittgensteins* (vgl. *Philosophische Untersuchungen*, 1958, deutsch 1967, S. 45 ff., 48) durch ihren konstruktiven Anspruch und durch ihre systematischen Möglichkeiten: Paradigmen schließen positive Orientierungen, Traditionen ein. Sie können so aufeinander bezogen werden, daß sie sich gegenseitig erläutern und erweitern. Sie zeichnen sich vor allem durch ihren Assoziationsreichtum aus, der es erlaubt, die sprachphilosophische Grundfrage nach der Entsprechung von Wort und Gegenstand: das Anwendungsproblem, zu überspringen.

klagten in einem Hause gewohnt. Die Beklagte habe kurz nach ihr einen Sohn geboren, ihn aber bald darauf im Schlaf erdrückt und das tote Kind gegen den Sohn der Klägerin vertauscht. Zeugen oder sonstige Beweismittel: keine. Die Beklagte behauptete, das lebende Kind sei ihr Kind. Da ließ der König Salomo ein Schwert holen „und sprach: Teilet das lebendige Kind in zwei Teile und gebet dieser die Hälfte und jener die Hälfte. Da sprach das Weib, des Sohn lebte, zum Könige: Ach, mein Herr, gebt ihr das Kind lebendig und tötet es nicht. Jene aber sprach: Es sei weder mein noch dein, laßt es teilen. Da antwortete der König und sprach: Gebt dieser das Kind lebendig und tötet es nicht. Dies ist seine Mutter. — Und ganz Israel hörte das Urteil, das der König gefällt hatte, und fürchtete den König. Denn sie sahen, daß die Weisheit Gottes in ihm war, Gericht zu halten“⁴⁷⁾.

Israel hatte gute Gründe, Salomo zu fürchten. Salomo hat eine geniale Leistung erbracht. Das non liquet, vor dem er stand, hätte jeden anderen entmutigt. Er hat es aufgebrochen, indem er in einem gewagten Experiment den Anlaß für die Klage: die Tötung des Kindes, verschärfte und dadurch die größere Opferbereitschaft der einen Frau zeigen konnte. Die tiefe Weisheit Salomos bestand darin, daß er überzeugend fallimmanent argumentieren konnte. Kein Merkmal außerhalb des Falles — wie Zahl der Vorstrafen oder Häufigkeit des Geschlechtsverkehrs — wies auf die Lösung hin. Beide Frauen waren Huren ohne Anhang und so gleich wie ihr Vortrag spiegelbildlich. Und trotzdem hat Salomo erreicht, daß sie sich vor ganz Israel selbst entdeckten.

Die Möglichkeit, mit der Zweiteilung des Kindes zu drohen, hatte Salomo allerdings schon als König. Insofern war seine Autorität staatliche Gewalt. Diese Gewalt mußte er einsetzen, um eine non-liquet-Situation aufzubrechen. Das Schwert wäre überflüssig gewesen, wenn es zwischen den Frauen und ihrem Vortrag Unterschiede gegeben hätte, mit denen man hätte argumentieren können. Die glatte Gleichheit der Parteien verlangte die Drohung mit Gewalt.

Das ist eine wichtige Einsicht. Sie zeigt, daß der Richter gerade dann nicht mehr nur mit Gründen arbeiten kann, wenn er einen Streit zwischen Gleichberechtigten entscheiden will⁴⁸⁾.

⁴⁷⁾ Altes Testament, 1. Buch der Könige, Kapitel 3, Vers 5 bis 28.

⁴⁸⁾ Unzutreffend daher Rolf Bender, ZRP 1974 S. 235: „Die Konfliktbereinigung unter (wirklich) Gleichen kann durch andere Prozeduren und Institutionen ... effizienter bewältigt werden als durch den schwerfälligen Justizapparat.“

Da aber der faire Prozeß die — wie immer konkretisierte — Gleichheit der Beteiligten impliziert, muß die Autorität des Richters extern durch Staat oder Öffentlichkeit gestützt sein. Eine originäre Legitimation des Richters gibt es nicht. Sie könnte auch allenfalls aus der Überzeugungskraft des richterlichen Urteils folgen. Das Urteil liegt aber noch nicht vor, wenn der Richter um eine Entscheidung angegangen wird.

Allerdings ist diese Legitimation des Richters eine völlig andere als die normative Ableitung des Richterspruches, die wir im Auge haben, wenn wir von der Bindung an das Gesetz sprechen. Offenbar muß man zwischen mehreren Legitimationen richterlicher Urteile unterscheiden. Bei einem Richterkönig wie Salomo von der Bindung an Gesetz und Recht zu sprechen, scheint abwegig, weil Norm und Entscheidung, Recht und Macht ununterscheidbar in seiner Person zusammenfallen. Das wiederum könnte an der undifferenzierten Einfachheit des Falles liegen, der es zuläßt, daß sich die Gerechtigkeit bruchlos in der Entscheidung spiegelt. Wenden wir uns deshalb einer komplexeren Abwandlung des salomonischen Urteils zu: dem Urteil des kaiserlichen Oberrichters Pao Tsching⁴⁰⁾.

b) Das Urteil des kaiserlichen Oberrichters Pao Tsching

Die Geschichte ist schnell erzählt: Fräulein Hai-thang, schön und geistreich, aus einer edlen, aber völlig verarmten Familie, ernährt Mutter und Bruder durch Prostitution. Dabei lernt sie den reichen, aber verheirateten Herrn Ma kennen, der sie zur Nebenfrau nimmt. Sie schenkt ihm einen Sohn, den Herr Ma zum Alleinerben einsetzt. Die erste Frau Ma vergiftet aber Herrn Ma, besticht Richter und Zeugen und klagt dann Hai-thang des Giftmordes und der Kindesentführung an, um sich in den Besitz des Kindes und des Erbes zu bringen. Hai-thang wird gequält und legt vor dem Ermittlungsrichter ein falsches Geständnis ab. Der ebenso gerechte wie gefürchtete Oberrichter Pao Tsching entdeckt jedoch im Ermittlungsbericht Lücken, wird mißtrauisch, nimmt die Ermittlungen noch einmal auf, vernimmt Hai-thang, Frau Ma und alle Zeugen, und erst dann läßt er die beiden Frauen versuchen, das Kind aus dem Kreidekreis zu ziehen. Hai-thang bringt es nicht über sich, das Kind zu verletzen. Damit beendet sie aber nicht den Prozeß, sie gibt ihm nur eine neue Wendung. Pao Tsching provoziert einen

⁴⁰⁾ Zitiert nach: Hoei-lang-ki, *Der Kreidekreis*, Chinesisches Schauspiel in vier Aufzügen und einem Vorspiel, Frei bearbeitet von (Anton Edmund) Wollheim da Fonseca, Reclams Universal-Bibliothek Nr. 768, Leipzig 1876.

Komplizen der Frau Ma, auspacken. So wird Hai-thang rehabilitiert.

Fast ein moderner Prozeß. 600 Jahre alt. Man sieht sofort, daß der chinesische Fall unvergleichlich viel reicher ist als der biblische. Aber die vielen Differenzierungen sind für den chinesischen Richter nicht Orientierungspunkte, sondern Verschleierungen der Wahrheit. Insofern ändert der Reichtum des Sachverhaltes nichts an der Situation des Richters. Insofern war auch der chinesische Richter gezwungen, die Undurchdringlichkeit des Falles mit einem Trick zu durchstoßen.

Die Frage ist nur: Warum hat er dann vor und nach dem Kreidekreisexperiment Beweis erhoben? Die Antwort ergibt sich aus dem Stück: Der Oberrichter war zweite Instanz. Vor ihm hatte schon ein staatlich legitimierter Richter entschieden. Pao Tsching sollte lediglich die Konsequenzen aus dem präparierten Sachverhalt ziehen. Diese Erwartung durfte er nur enttäuschen, wenn er zeigte, daß er es besser wußte als der Ermittlungsrichter. Deshalb genügte ihm der Trick mit dem Kreidekreis nicht. Er bedurfte der reproduzierbaren Beweise.

Nicht die Differenziertheit des Sachverhaltes, sondern die Differenzierung der Staatsorganisation zwingt also den Richter zur Begründung und zur Einhaltung bestimmter Beweis- und Verfahrensregeln. An der außengestützten Autorität ändert sich nichts — der Richter ist der Beauftragte des erhabenen Kaisers und spricht in dessen Namen Recht —, aber daß sich nicht mehr die gesamte Legitimation in der Person des Richters versammelt, sondern abgeleitet ist, schafft innerhalb der Justiz eine Wettbewerbs- und Kontrollsituation, die für jede Entscheidung eine Rechtfertigung nach Regeln verlangt, welche auch der konkurrierende Vorderrichter und der Kaiser akzeptieren können. Gegenüber den Prozeßparteien genügt eigentlich wie bei Salomo Evidenz ohne Begründung. Erfahren müssen die Gründe aber die, von denen der Richter seine Macht ableitet.

Das Urteil des Oberrichters Pao Tsching unterscheidet sich noch in einem weiteren wesentlichen Punkt von Salomos Urteil. Salomos Urteil regelte die Beziehungen zwischen drei Personen, sonst nichts. Im Kreidekreis-Urteil dagegen ging es nicht nur um die Strafbarkeit der Hai-thang. An der Strafbarkeit hing die Mutterschaft, an der Mutterschaft das Kind und am Kind das Erbe: das Vermögen des Herrn Ma. Im Gegensatz zu Salomos Urteil hatte das Kreidekreis-Urteil gesellschaftliche Konsequenzen, die weit über den konkreten Fall hinausreich-

ten, die also nach neueren Theorien⁵⁰⁾ von den Richtern diskutiert werden müssen.

Der Vergleich der beiden Urteile zeigt zunächst, worauf es beruht, daß Urteile Folgen haben: auf der Einbindung komplexer Sachverhalte in komplexe gesellschaftliche Verhältnisse. Salomos Urteil hatte wegen der undurchdringlichen Einfachheit des Falles fast keine weiterreichenden Folgen. Pao Tschings Urteil hatte wegen der zahlreichen Unterscheidungen, die im Sachverhalt angelegt waren, weitreichende Folgen. Das heißt, ob ein Urteil Folgen hat und welche, hängt von der Komplexität einer Gesellschaft ab. Darüber, daß in unserer komplexen Gesellschaft Urteile Folgen haben, die weit über den konkreten Fall hinausreichen, sollte man daher nicht mehr diskutieren.

Nur folgt aus diesem Umstand nicht einfach, der Richter müsse seine Entscheidung von den Folgen abhängig machen. Offensichtlich muß man zwischen — zum Beispiel — der Straffolge, die der Strafrichter natürlich zu berücksichtigen hat, und der weiteren Folge unterscheiden, daß ein Straftäter durch die Straffolge nicht mehr über seine Arbeitskraft verfügen kann, so daß vielleicht einerseits die Familie darbt und andererseits der Arbeitgeber geringeren Gewinn erzielt. Ob der Strafrichter diese weiteren Folgen berücksichtigen muß, bedarf jedoch der normativen Entscheidung. Wer diese Entscheidung unter welchen Bedingungen zu fällen hat, bedarf in einer arbeitsteiligen Organisation wiederum der Entscheidung, und so fort. Man könnte Zuständigkeit als die Befugnis definieren, Entscheidungsfolgen zu bestimmen. Deshalb besagen Entscheidungsfolgen nichts über die Befugnis des Richters, sie zu berücksichtigen.

Allerdings wird man über das Folgenproblem noch so lange reden, wie man über Kausalität, Objektivität und Rationalität geredet hat. Das alles sind Versuche, Dauer und Allgemeinheit

⁵⁰⁾ Vgl. *Adalbert Podlech*, Wertungen und Werte im Recht, AÖR 95 (1970) S. 185, 197, 209; *Jörg Berkemann*, Gesetzesbindung und Fragen einer ideologiekritischen Urteilskritik, in: Festschrift für Willi Geiger, 1974, S. 299, 306; dazu eindringlich *Niklas Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 31 ff.

Für Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes scheint die neuere Theorie allerdings nicht zu gelten. Jedenfalls geht der im übrigen reich dokumentierte Aufsatz von *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Beharrung oder Innovation — Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Der Staat 1974, S. 335 ff., nicht darauf ein. Allerdings ging es *Hoffmann-Riem* auch um die Frage, ob die Folgen des Hochschul-Urteils (BVerfGE 35 S. 79 ff.) z. B. auch Bremen treffen könnten.

unpolitisch zu denken, das heißt ohne die Frage: Wer entscheidet? Diskutierte man das Folgenproblem politisch als Zuständigkeitsproblem, dann fielen Folgen und Norminhalt wieder zusammen. Mit welchen Konsequenzen, zeigt der Oberrichter Pao Tsching. Er hat die weitverzweigte Komplexität seines Falles bewältigt, ohne auf die sozialen Folgen zu schießen, und gerade deshalb ist er als gerecht und unbestechlich in die Geschichte eingegangen⁵¹).

c) Zusammenfassung

Politisch lehren die beiden Fälle also:

(1) Die Entscheidungsbefugnis des Richters ist immer abgeleitet und außengesteuert. Der Richter bedarf der fremden Autorität.

(2) Eine Staatsgewalt kann so monolithisch organisiert sein, daß die Außenlegitimation des Richters nicht sichtbar wird. Dann ist eine Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung nicht denkbar, weil der Richter denkwortwendig immer schon im Recht ist. Eine Bindung setzt eine differenzierte Staatsorganisation und eine Ausdifferenzierung der richterlichen Tätigkeit voraus.

(3) Die Ausdifferenzierung bedeutet jedoch, daß der Richter nicht mehr prinzipiell im Recht ist. Er muß seine Entscheidungen rechtfertigen, und zwar gerade gegenüber der Organisation, von der er seine Entscheidungsbefugnis ableitet.

(4) Eine Rechtfertigung ist nur möglich, wenn die Verhältnisse reproduzierbare Unterscheidungen erlauben.

(5) Die Unterscheidungen sind jedoch nicht einfach von der Wirklichkeit abgezogen, sondern ihrerseits normativ bestimmt. Das gilt auch für die Projektion von Unterscheidungen in die Zukunft, für die Entscheidungsfolgen. Die Entscheidungsfolgen vermögen nichts zu rechtfertigen, sondern allein die Normen, nach denen sie bewertet werden. Wer die Bewertungsnormen verbindlich machen darf, ist eine Frage der Staatsorganisation.

2. Die historischen Bedingungen

Wenden wir uns nun den historischen Bedingungen zu, unter denen der deutsche Richter urteilt.

⁵¹) Vgl. auch *Hans H. Klein*, Bundesverfassungsgericht und Staatsraison, 1968, S. 31; *Niklas Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 38; anderer Ansicht: *Folke Schuppert*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt, 1973, S. 156, freilich ohne die Legitimationsfrage auch nur aufzuwerfen. Für die „richterliche Selbstbeschränkung“ (S. 161) gibt es keine verfassungsrechtliche Grundlage.

a) Der Richter als König

Wenn es auch die einheitliche Staatsgewalt immer nur als Legitimationsgesichtspunkt, nie als reale Organisation gegeben hat, so gab es in Deutschland doch immer eine Legitimationshierarchie, an deren Spitze im Heiligen Römischen Reich deutscher Nation der erwählte römische Kaiser und deutsche König stand. Der Kaiser und König war bis zum Ende des Reiches der Theorie nach ein absoluter Herrscher, wenn auch durch vielerlei Verträge und Kapitulationen beschränkt.

Insbesondere war der deutsche König der oberste Richter und das königliche Hofgericht das höchste Reichsgericht⁵²⁾. Der König hatte das Recht, jede noch nicht rechtskräftig entschiedene Sache an sich zu ziehen, das *ius evocandi*. An allen Orten, an denen er sich aufhielt, wurden ihm die Gerichte ledig. „Jeder Mann hat sein Recht vor dem König“, heißt es im *Sachsenspiegel*⁵³⁾.

An der Entwicklung der Reichsgerichtsbarkeit — Stichworte: Reichskammergericht und Reichshofrat — ließe sich zeigen, daß sich die richterliche Gewalt des Kaisers bis zum Ende des alten Reiches am kräftigsten erhalten hat, obwohl gerade um sie am heftigsten gerungen wurde. Der Grund: Die ursprüngliche Herrschergewalt des deutschen Königs waren nicht Gesetzgebung und Regierung, sondern war — Rechtsprechung. „Der König . . . war Bewahrer des Rechtes, oberster Richter, aber nicht Gesetzgeber“ schreibt *Wilhelm Ebel* in seiner bemerkenswerten „Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland“⁵⁴⁾. Noch für *Eike von Repgow* war kaiserlich-königliche Gewalt Gerichtsgewalt und Herzogsgewalt. *Eike* knüpft an Gericht und Schwert an⁵⁵⁾, um die Kompetenzen zwischen Papst und Kaiser abzugrenzen. Kein Wunder also, daß die Unabhängigkeit von der Gerichtsbarkeit des Kaisers bis zum Ende des Heiligen Römischen Reiches als Gradmesser für die Majestät der Landesfürsten galt. Das *privilegium de non evocando* und das *privilegium de non appellando* gehörten denn auch zu den wichtigsten Majestätsrechten, welche die Goldene Bulle (c. XI) den Kurfürsten des Reiches zusicherte.

Aus der richterlichen Gewalt als dem ursprünglichen Kern der Staatsgewalt hat sich das entwickelt, was wir heute Gesetz-

⁵²⁾ Vgl. im einzelnen *Hermann Conrad*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Band I, 2. Aufl. 1962, S. 378 f.

⁵³⁾ Der *Sachsenspiegel* (Landrecht), ed. *Weiske/Hildebrand*, 10. Aufl. 1919, III 33 § 1.

⁵⁴⁾ 2. Aufl. 1958, S. 13, 27.

⁵⁵⁾ A. a. O., Landrecht I 1.

gebung und Regierung nennen. Die Wege und Pfade der Entwicklung im einzelnen zu beschreiben, bin ich nicht imstande. Für unseren Zusammenhang ist nur die Feststellung wichtig, daß die ursprüngliche Legitimation der deutschen Staatsgewalt eine richterliche Legitimation war. Das wirft die Frage auf, bei wem die Majestät geblieben ist, als sich richterliche und gesetzgebende Gewalt institutionell trennten.

b) Der Richter als Justizbedienter

Im Heiligen Römischen Reich änderte die Ausbildung der landesherrlichen Gewalt nichts an der Gerichtsherrlichkeit. Die landesherrliche Gewalt „ließ die ursprünglich vom Reiche abgeleitete oberste Gerichtsgewalt in den Territorien zum eigenständigen Recht des Landesherrn, schließlich mit der Entstehung der Landeshoheit zum landesherrlichen Hoheitsrecht werden“⁵⁶), das den Landesherrn berechnigte, selbst Gerichtsbarkeit auszuüben, das hieß aber auch: in die Rechtspflege einzugreifen.

Praktisch ausgeübt wurde die landesherrliche Gerichtsbarkeit durch Bediente, durch Behörden, die in Ermangelung jeder anderen Legitimation vom Landesherrn abhängig sein mußten und die beispielsweise in Kur-Brandenburg „Regierungen“ hießen und auch waren⁵⁷). Der Standesherr richtet also aus eigenem Recht. Der Justizbediente entscheidet aus fremdem Recht.

Da das ständische Einungsprinzip eine relativ eindeutige Legitimationskette schuf, ist für die Frage nach dem Verbleib der Majestät vor allem wichtig, wie sich die Gerichtsbarkeit innerhalb des absolutistischen Staatsapparates verselbständigt hat.

Die Antwort kann uns ein Fall liefern, der zu Recht berühmt geworden ist: der Fall des Müllers Arnold⁵⁸).

⁵⁶) *Hermann Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Band II, 1966, S. 282 f. Siehe auch II 17 § 18 PrALR.

⁵⁷) Vgl. *Conrad Bornhak*, Preußische Staats- und Rechtsgeschichte, 1903, S. 251; *Eberhard Schmidt*, Rechtsentwicklung in Preußen, 2. Aufl. 1929, Neudruck 1961, S. 20; mißverstanden bei *Wilhelm Pötter*, Die aktuellen Probleme des Richterstandes im Lichte der historischen Betrachtung, in: Die Unabhängigkeit des Richters, Ein Cappenberges Gespräch, 1969, S. 9, 10.

⁵⁸) Vgl. *Adolf Stölzel*, Der Prozeß des Müllers Arnold, in: Fünfzehn Vorträge aus der Brandenburg-Preußischen Rechts- und Staatsgeschichte, 1889, S. 170 ff. Ausführliche Darstellung bei *Karl Dinkel*, Beiträge zum preußischen Rechte, 1. Heft, Friedrich der Große und die Prozesse des Müllers Arnold, Marburg 1891.

Der Müller Arnold war in einem Pachtstreit gegen den Grafen von Schmettau unterlegen und hatte sich hilfesuchend an Friedrich den Großen gewandt. Der König hielt das Urteil für ungerecht und verlangte vom Kammergericht eine Bestrafung der beteiligten Richter. Als das Kammergericht die Richter freisprach, entschied der König selbst und schickte die Richter auf eine Festung.

Der König hatte einen beträchtlichen Publikumserfolg⁵⁹⁾. Seine Entscheidung war kompensatorische Rechtsprechung. *Helmut Ridder* hätte sie dem Bundesverfassungsgericht als leuchtendes Beispiel vorhalten können.

Allerdings hatte der König den Publikumserfolg auch nötig. Wenn die Gerichtsherrlichkeit der Kern ständischer Herrschaft war, dann mußte der Ungehorsam der Richter an den Nerv der königlichen Macht rühren. Machtpolitisch war es daher richtig, daß der König ein Exempel statuierte.

In der Sache war der König im Unrecht, aber verfassungsrechtlich war er prinzipiell im Recht⁶⁰⁾. Als Kurfürsten von Brandenburg hatten seine Vorfahren dem Kaiser die Gerichtsherrlichkeit abgetrotzt. Im 18. Jahrhundert ließ der König dem Volk durch seine Diener, die Regierungs- und Kammergerichtsräte, Gerechtigkeit widerfahren. Und jetzt weigerten sich die Diener, ihm zu gehorchen. Verfassungsrechtlich war das Insubordination. Sonst nichts.

Wie wir wissen, eine außerordentlich erfolgreiche Insubordination. Vielen gilt der Fall des Müllers Arnold als erste Demonstration der Unabhängigkeit der Gerichte⁶¹⁾. Das ist richtig für den Richter als Justizbediensteten. Nicht richtig ist es für den Richterfürsten. Unabhängigkeit von der kaiserlichen Gerichtsherrlichkeit hatten etwa die Kurfürsten bereits mit den Privilegien *de non evocando* und *de non appellando* erreicht, aber mit einer eindeutigen Legitimation: durch ein Reichsgesetz, die Goldene Bulle. Und woher nahmen die preußischen Regierungs- und Kammergerichtsräte das Recht, sich dem ober-

⁵⁹⁾ Vgl. *Friedrich Holtze*, Geschichte des Kammergerichts in Brandenburg-Preußen, 3. Teil, 1901, S. 317; *Dickel*, Beiträge, S. 28.

⁶⁰⁾ Vgl. *Conrad Bornhak*, Preußische Staats- und Rechtsgeschichte, 1903, S. 257.

⁶¹⁾ Vgl. *Walter Jellinek*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1948, S. 87; *Eberhard Schmidt*, Rechtsentwicklung in Preußen, S. 27; *Kurt Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S. 78; *Eduard Kern*, Der gesetzliche Richter, 1927, S. 82.

sten Gerichtsherrn, dem König zu widersetzen? Wer legitimiert sie dazu? Die Antwort muß lauten: Der König selbst.

Denn worauf beriefen sich die Richter gegen den König? Auf das Recht und den Namen des Königs. Sie haben den Müller Arnold nach Maßstäben verurteilt, die der König sanktioniert hatte. Auf die Beschwerde des Müllers verlangte der König eine Entscheidung von ihnen, die diesen Maßstäben nicht entsprach⁶²). Der König widersprach sich also selbst. Sein Machtspruch war willkürlich. Und sich gegen Willkür und Widersprüchlichkeit des Herrn zu wehren, ist das gute Recht und die Pflicht jedes Dieners. Die Unabhängigkeit, welche die preußischen Richter demonstriert haben, war die jedes aufrechten Menschen. Aber die Majestät des Richterkönigs hat sie nicht berührt.

Dabei ist es bis heute geblieben. Den preußischen Richtern sicherte die preußische Verfassung von 1850 zwar Unabhängigkeit zu. Sie blieben aber Justizbediente des Königs. Der König ernannte sie und sie sprachen in seinem Namen Recht (Art. 86 ff. prVerf 1850). Es ist auch kein Zufall, daß die Paulskirchenverfassung die richterliche Unabhängigkeit unter dem Abschnitt VI „Die Grundrechte des deutschen Volkes“ unmittelbar nach dem Eigentum regelte. Die Richter galten noch als Fürstendiener. Der Bürger mußte deshalb richterliche Unabhängigkeit verlangen, wenn er nicht weiter fürstlicher Willkür ausgeliefert sein wollte.

Nach dem Angriff der Beamten des Ständestaates auf die ständische Gerichtsherrlichkeit ist auch keine andere Legitimation des Richters mehr denkbar als das Dienstverhältnis und die Regeln des Souveräns.

Damit können wir die Frage nach dem Verbleib der Majestät bei der Ausdifferenzierung der Staatsgewalt beantworten: Der Justizbediente hat sie jedenfalls nicht mitgenommen.

Der Fall des Müllers Arnold zeigt aber noch ein weiteres: Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung ist kein Problem eines bestimmten Systems oder gar nur der Demokratie. Es stellt sich in allen Staatsordnungen, die dem Richter selbständige Entscheidungsbefugnis zusprechen. Die Legitimation der Staatsordnungen ist eine andere Frage.

⁶²) Im einzelnen war die Rechtslage allerdings viel komplizierter; vgl. Adolf Stölzel, Fünfzehn Vorträge, S. 178 ff.

III. Dogmatische Folgerungen

Für die Ordnung des Grundgesetzes zwingt der geschichtliche Rückblick zunächst, die Frage nach der Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung zu korrigieren.

Diese Frage tut so, als sei die Legitimation des Richters, verbindlich zu entscheiden, nicht zu bezweifeln⁶³), als komme es immer noch darauf an, mit Art. 86 der preußischen Verfassung zu sagen: die Gerichte sind keiner anderen Autorität als der des Gesetzes unterworfen. 1850 wußte man, wer diese „andere Autorität“ war: der König. Wenn das Grundgesetz aber etwas ausschließt, dann königliche Machtsprüche. Juristisch ist überhaupt keine Instanz mehr ersichtlich, die dem Richter Weisungen erteilen könnte. Das ist alles, was ich zur Gewaltenteilung⁶⁴) sagen kann.

Mit der „anderen Autorität“ ist aber mehr weggefallen als die Möglichkeit von Machtsprüchen. Weggefallen ist auch die Möglichkeit eigener Legitimation des Richters. Die Richter, einschließlich der des Bundesverfassungsgerichtes, sind Justizbediente geblieben. Die fehlende Weisungsgebundenheit legitimiert sie zu nichts⁶⁵). Deshalb ist zu fragen: Wer oder was berechtigt den Richter eigentlich, für Dritte verbindlich zu entscheiden?

Eine Antwort mit dogmatischem Anspruch muß an die Unterscheidungen des Grundgesetzes anknüpfen. Das Grundgesetz unterscheidet zwischen der persönlichen Rechtsstellung des Richters (vgl. Art. 60, 97, 98 GG), den Gerichten als Institutionen (Art. 94 ff. GG) und — allerdings mit unterschiedlichen Worten — der Rechtsprechung als Funktion (vgl. Art. 20, 92, 103 Abs. 1, 104 GG)⁶⁶).

⁶³) Dieser Konzeption ist noch ganz verhaftet: *Dieter Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 182 ff., der die Legitimationsfrage deshalb auch nicht klar formuliert.

⁶⁴) Näher *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, S. 62, 63 ff.; vgl. aber auch *Fritz Scharpf*, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970, bes. S. 31 ff. (Pluralismus und Gewaltenteilung).

⁶⁵) Das wird freilich meist verkannt. Repräsentativ ist *Otto Bachof*, Grundgesetz und Richtermacht, 1959, der auf die Frage, warum gerade dem Richter die Bewahrung der rechtsstaatlichen Ordnung anvertraut sei (S. 25), mit dem Mißtrauen in den Gesetzgeber antwortet (S. 30), und folgert, der Richter sei wegen seiner Unabhängigkeit vertrauenswürdiger (S. 32). Ähnlich: *Kurt Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S. 56 ff.

⁶⁶) Vgl. allgemein *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 43 ff.

1. Legitimation des Richters

Fragen wir also zunächst nach der persönlichen Legitimation des Richters. Hat der Richter mit der Aushändigung der Ernennungsurkunde (§ 17 DRiG) auch das Recht bekommen, verbindlich zu entscheiden? Offensichtlich nicht. Nach dem Richter-gesetz wird der Ernannte durch die Ernennung Justizbedienter (§ 46 DRiG), ohne besondere Weihen, vor allem ohne das persönliche Recht zur verbindlichen Entscheidung, nur mit dem Anspruch auf Einordnung in eine bestimmte Organisation, in ein Gericht (§ 27 DRiG⁶⁷).

Man wird einwenden, der Rückgriff auf die Ernennung der Richter sei zu kurz. Man müsse auch das Verfahren berücksichtigen, das der Ernennung vorausgehe, zum Beispiel eine Richterwahl, und die demokratische Legitimation des Richters prüfen⁶⁸). Ich halte diesen Einwand nicht für stichhaltig.

Eine Wahl — und sei es eine unmittelbare Volkswahl — kann die Legitimation des Richters, verbindlich zu entscheiden, nicht verstärken. Seine Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) verbietet es ihm, sich zur Begründung seiner Entscheidungen auf die Art und Weise seiner Bestellung zu berufen. Noch nicht einmal das Bundesverfassungsgericht hat das bisher getan⁶⁹). Wenn aber die Entscheidungsautorität des Richters nicht von der Art und Weise seiner Bestellung abhängt⁷⁰), kann es für

⁶⁷) Siehe vor allem *Karl August Bettermann*, Der Richter als Staatsdiener, 1967, bes. S. 10, 21.

⁶⁸) Vgl. *Fritz Säcker*, Zur demokratischen Legitimation des Richter- und Gewohnheitsrechtes, ZRP 1971 S. 145, 149. Daß eine Wahl die Legitimation der Richter erhöht, verbindlich zu entscheiden, wird besonders für das Bundesverfassungsgericht immer wieder behauptet: vgl. *Franz Klein*, in: *Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 5 Rdnr. 3; *Klaus Stern*, in: *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, 1950 ff. (Zweitbearbeitung 1964 ff.), Art. 95 Rdnr. 61 ff., 65; *Billing*, Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht, 1969, S. 93 ff., 95; *Friesenhahn*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1963, S. 18 f.; *Folke Schuppert*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt, 1973, S. 214.

⁶⁹) Treffend *Willi Geiger*: „Man kann sodann fragen nach der Legitimation des (Bundesverfassungs-)Gerichts qua Gericht. Das ist nach meiner Meinung die Frage nach der Qualität seiner Rechtsprechung und sonst nichts“, in: *Frowein/Meyer/Schneider*, Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt, Symposium zu Ehren von Ernst Friesenhahn, 1973, S. 73.

⁷⁰) Auch unter diesem Aspekt ist *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 27, beizupflichten, wenn er grundsätzlich ein volles Recht der Regierung bejaht, die Richter zu ernennen.

seine persönliche Legitimation nur auf die Rechte ankommen, die er mit der Begründung des Dienstverhältnisses erhält. Und dazu gehört nicht die Befugnis, verbindlich zu entscheiden.

2. Legitimation der Gerichte

Anders könnte es mit der Legitimation der Gerichte als Institutionen stehen. Nach Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den Gerichten anvertraut. Was rechtsprechende Gewalt ist, definiert das Grundgesetz indessen nicht. Eine solche Definition war auch überflüssig, weil es in den Art. 92 bis 101 GG gar nicht um Rechtsprechung geht, sondern um die Einordnung der Gerichte in die Staatsorganisation⁷¹⁾, um Kompetenzabgrenzungen (Art. 93 ff., 99, 100 GG) und die Prinzipien des Gerichtsverfassungsrechtes (Art. 97 f., 101 GG). Die Art. 92 ff. GG bieten den Gerichten das, was wir die externe Stützung der richterlichen Autorität genannt haben, die Zusicherung von Macht, ganz unabhängig von den einzelnen Entscheidungen. Sie legitimieren die Einrichtungen, aber nicht die Entscheidungen.

Die Verbindlichkeit richterlicher Entscheidungen kann deshalb nur auf Ordnungsprinzipien beruhen, die nicht in der Gerichtsbarkeit selbst liegen. Wir können die Legitimationsfrage daher präzisieren: Woher nimmt der Richter des Grundgesetzes das Recht?

3. Legitimation der Rechtsprechung

a) Bindung an das Gesetz

Da alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht und da Rechtsprechung Ausübung von Staatsgewalt ist (Art. 20 Abs. 2 GG), muß der Richter das Recht vom Volke nehmen. Das Volk, so wird nun weiter gefolgert⁷²⁾, habe den Gesetzgeber durch Wahlen unmittelbar legitimiert. Also habe der Gesetzgeber die höhere demokratische Legitimation. Und deshalb sei der Richter an das Gesetz gebunden. Wir haben aber nach dem Recht gefragt, und diese Frage wird durch Mehrheitsentscheidungen allein nicht beantwortet.

Ausgangspunkt muß vielmehr das Recht im Sinne des Grundgesetzes sein. Da nach dem Grundgesetz das Volk die einzige Quelle des Rechtes ist, muß das Recht durch das Volk definiert werden. Das höchste Recht kann deshalb nur die reale Allgemeinheit aller Bürger sein. Das Recht als reale Allgemein-

⁷¹⁾ Vgl. BVerfGE 18, S. 241, 253; 22, S. 49, 75 ff.

⁷²⁾ Helmut Quaritsch, Das parlamentslose Parlamentsgesetz, 2. Aufl. 1961, S. 30 ff.

heit aller Bürger ist freilich weder Rechtssatz noch gar Realität, sondern nur eine heuristische Hypothese, die klären soll, welche der Staatsgewalten, von denen keine mit dem Volk identisch ist, nach positivem Verfassungsrecht den Anspruch auf größte Allgemeinheit erheben kann. Das ist unter allen denkbaren Aspekten der Gesetzgeber: unter dem Aspekt der quantitativen Beteiligung der Bürger an der Bestellung der Gesetzgebungsorgane, der Öffentlichkeit der Entscheidungsfindung und der möglichen Dauer und Breitenwirkung der Entscheidungen. Deshalb kann es im Staat Bundesrepublik Deutschland kein höheres Recht und keine vollkommenerer Gerechtigkeit geben als die des rechtsstaatlich-demokratischen Gesetzes⁷³⁾.

Wenn aber das rechtsstaatlich-demokratische Gesetz das höchste Recht für sich beanspruchen kann, dann kann es außerhalb des Gesetzes und gegen das Gesetz kein Recht geben, und dann kann der Richter das Recht nur aus dem Gesetz nehmen, dann kann es nur das Gesetz sein, das die richterliche Entscheidung legitimiert⁷⁴⁾.

Wie der Fall des Müllers Arnold gezeigt hat, führt indessen gerade die Legitimation am Gesetz und durch das Gesetz zu Widersprüchen und offenen Fragen. Die Gründe liegen indessen nicht nur in sprachlichen Schwierigkeiten, sondern vor allem darin, das der Gesetzgeber mit dem Volk, mit der realen Allgemeinheit nicht identisch ist. Hier setzt die Aufgabe des Richters ein. Er hat die relative Allgemeinheit des Gesetzes in die reale Allgemeinheit des Volkes umzusetzen. Der Richter hat die Aufgabe, die einzelnen Normierungen des Gesetzgebers in Übereinstimmung zu bringen: einerseits mit anderen geltenden Normierungen — er hat die Widersprüche zwischen speziellen und generellen, älteren und jüngeren Gesetzen aufzuheben — und andererseits mit der realen Allgemeinheit der

⁷³⁾ Wie schwer man sich mit dieser Einsicht tut, zeigt die negative Formulierung in BVerfGE 3 S. 225, 233 f.: „Doch ist eine Verletzung äußerster Gerechtigkeitsgrenzen in einem Gremium wie dem Parlamentarischen Rat ... schwer vorstellbar“. Also sei das Grundgesetz verbindlich. Aber doch wohl nicht, obwohl oder weil es nicht äußerste, sondern nur äußere Gerechtigkeitsgrenzen verletzt? Daß man sich scheut, das rechtsstaatlich-demokratisch legitimierte Recht „gerecht“ zu nennen, dürfte damit zusammenhängen, daß man dem Recht von jeher eine formalisierte utopische Gerechtigkeit entgegeng gehalten hat; vgl. etwa Karl Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 186 f.

⁷⁴⁾ In der Gesetzesbindung steckt zugleich die demokratische Legitimation der Funktionsausübung. Problematisch daher: Ernst-Wolfgang Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 72.

Bürger: mit der Wirklichkeit. Der Richter muß also die einzelnen Gesetze mit der übrigen Rechtsordnung vereinbar machen⁷⁵⁾. Damit festigt er einerseits die Rechtsordnung und sichert andererseits die Gleichbehandlung aller Bürger im Rahmen der hic et nunc möglichen Gerechtigkeit⁷⁶⁾.

Der Auftrag des Richters, Unvereinbarkeiten der Gesetze aufzuheben, läßt auch eine bessere Interpretation der richterlichen Unabhängigkeit zu (Art. 97 Abs. 1 GG)⁷⁷⁾. Entscheidender Gesichtspunkt ist die Bindung an das Gesetz. Der Richter kann die Widersprüchlichkeit und Lückenhaftigkeit des Gesetzes nur dann aufheben, das gesetzte Recht nur dann verfestigen, wenn ihn der Gesetzgeber oder ein anderes staatliches Organ nicht desavouiert, wenn er selbständig entscheiden kann. Der Richter ist unabhängig, weil er die Widersprüche der Gesetze nicht aushalten, sondern ausräumen soll⁷⁸⁾.

⁷⁵⁾ Das kann durchaus zu selbständigem Juristenrecht führen; vgl. *Werner Flume*, Gewohnheitsrecht und römisches Recht, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 201, 1975, S. 39 f.

⁷⁶⁾ Diesen Gedanken haben bereits *Wilfried Schaumann*, Gleichheit und Gesetzmäßigkeitsprinzip, JZ 1966 S. 721 ff.; *Karl Michae- lis*, Die Entscheidung, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, 1973, S. 311, 330 ff., und *Hans-Martin Pawlowski*, Ein neues Verfahren der richterlichen Rechtsfortbildung?, ZFA 1974 S. 405, 427 ff., zutreffend entfaltet; siehe auch *Dürig*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Art. 3 Abs. 1 Rdnr. 18; *Hans H. Klein*, DRiZ 1972 S. 333, 338.

Meist wird dagegen versucht, die Aufgabe des Richters abstrakt, unabhängig von der Legitimationsfrage zu bestimmen. Die Versuche haben sich jedoch als unfruchtbar erwiesen; siehe *Kurt Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S. 21 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 88, mit Annäherung an den hier vertretenen Standpunkt S. 89 f.

⁷⁷⁾ Das Bundesverfassungsgericht (vgl. BVerfGE 4 S. 331, 346; 14 S. 56, 69; 18 S. 241, 255; 36 S. 174, 185) beschreibt die richterliche Unabhängigkeit als Weisungsfreiheit und begründet die Weisungsfreiheit mit der richterlichen Unparteilichkeit. Das ist aber — auch wenn man von möglicher Ideologiekritik absieht — mindestens schief, weil sich die Unparteilichkeit auf die Parteien, die Weisungsfreiheit jedoch auf die Staatsorgane bezieht — und Weisungen sehr gut gemeint sein können, wie der Fall des Müllers Arnold lehrt. Ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht: *Bettermann*, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzlichen Richter, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, *Die Grundrechte*, Band III/2, 2. Aufl. 1972, S. 523, 527.

⁷⁸⁾ Den gelegentlich angestellten Vergleich zwischen Richter und Wissenschaftler (vgl. *Ernst Benda/Eckart Klein*, Bemerkungen zur richterlichen Unabhängigkeit, DRiZ 1975 S. 166 ff.; *Ernst Friesenhahn*, Richterliche Objektivität, in: *Mainzer Universitätsgespräche* WS 1959/60, S. 26) halte ich für irreführend. Er beantwortet nicht

b) Bindung an die Verfassung

Die Bindung des Richters an die Verfassung ist schwerer zu beschreiben als die an das Gesetz, weil die Verfassungsinterpretation stark von der Auseinandersetzung um die Frage: Ausgrenzung, Freiheitssicherung oder Organisationsprinzip? belastet wird⁷⁹⁾. Belastet, weil man jede Rechtsnorm, besonders jede Verfassungsnorm, als Ausgrenzung und Freiheitssicherung und Organisationsprinzip interpretieren kann⁸⁰⁾. Denn jede Rechtsnorm trifft auf Verhältnisse, in der die Verteilung der begehrten Güter immer schon geregelt ist⁸¹⁾. Vom Standpunkt der jeweils vorauszusetzenden Verhältnisse muß man deshalb sagen: Dieselbe Rechtsnorm ist eine Ausgrenzung, soweit sie die Verteilungsordnung nicht berührt, Freiheitssicherung — fragt sich allerdings: für wen? — soweit sie sie ändert, und Organisationsprinzip, soweit sie die Zuständigkeit regelt. Die Bindung des Richters an die Verfassung diskutiere ich deshalb auf einer Abstraktionsebene oberhalb dieser Unterscheidungen.

aa) Die Vereinbarkeit von Gesetz und Verfassung

Bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen Richter und Verfassung ist davon auszugehen, daß der Richter an das Gesetz gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG). Das Verhältnis zwischen Richter und Verfassung muß deshalb so konstruiert werden, daß es mit der Bindung an das Gesetz vereinbar ist. Diese Vereinbarkeit ist gegeben, wenn das Gesetz mit der Verfassung vereinbar ist.

nur die Legitimationsfrage falsch, nämlich mit quasi höherer Einsicht des Richters, sondern provoziert geradezu den Vorwurf der Standesideologie — der aber natürlich nicht von den Protagonisten eines „neuen Richterbildes“ kommen wird; vgl. dazu treffend *Hans H. Klein*, DRiZ 1972 S. 333, 334.

⁷⁹⁾ Vgl. jüngst *Konrad Hesse*, Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, DÖV 1975 S. 437 ff.; siehe auch *Hans Peter Ipsen*, Über das Grundgesetz — nach 25 Jahren, DÖV 1974 S. 289, 290, 295 ff.

⁸⁰⁾ Das Fernseh-Urteil, BVerfGE 12 S. 205, 259 f., ist ein Beispiel für die Interpretation eines Freiheitsrechtes — der Rundfunkfreiheit — als Organisationsprinzip; vgl. im einzelnen *Christian Starck*, Rundfunkfreiheit als Organisationsproblem, 1973, S. 7 ff. Ein anderes Beispiel ist die Umfunktionierung der Berufsfreiheit in ein Teilhaberecht im Numerus-clausus-Urteil, BVerfGE 33 S. 303 ff. Für die Gerechtigkeit war es nie problematisch, daß man sie unter verschiedenen Aspekten betrachten konnte; vgl. *Karl Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 147 ff.

⁸¹⁾ Vgl. *Niklas Luhmann*, Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems, Der Staat 1973 S. 1, 15 (zum Eigentum) und 19 (zur Planung); *Christian Tomuschat*, Güterverteilung als rechtliches Problem, Der Staat 1973 S. 433, 446 ff.

Das Grundgesetz verhält sich indessen auf zweierlei Weise zum Gesetz:

Einerseits legt es den Grund für die Gesetze, insofern es die Gesetzgebung verfaßt. Da die rechtsstaatlich-demokratisch verfaßte Gesetzgebung die prinzipielle Richtigkeit der Gesetze verbürgt und da nur richtige Gesetze das richterliche Urteil zu legitimieren vermögen, muß der Richter um der Legitimation seines Spruches willen, verpflichtet und berechtigt sein, Gesetze auf ihre formelle Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Insofern muß und kann er unmittelbar auf das Grundgesetz zurückgreifen⁸²⁾.

Andererseits soll das Grundgesetz nach der herrschenden Lehre die Gesetze auch materiell bestimmen⁸³⁾. Und hier beginnen die Schwierigkeiten, auf die ich eingangs aufmerksam gemacht habe.

Nach dem Grundgesetz liegt das Recht eindeutig beim rechtsstaatlich-demokratischen Gesetz. Das Grundgesetz kennt keine Einrichtung, die höher und allseitiger legitimiert wäre als die Gesetzgebung. Ihre Legitimation ist auch der des Bundesverfassungsgerichtes weit überlegen. Wenn aber das Grundgesetz selbst die Gesetzgebung prinzipiell ins Recht setzt, dann kann es nicht gleichzeitig als „objektive Wertordnung“ oder „subjektives Recht“⁸⁴⁾ der Gesetzgebung die Legitimation und das Recht ebenso prinzipiell wieder nehmen. Auf dieses Problem hat *Carl Schmitt*⁸⁵⁾ schon für die Weimarer Verfassung hingewiesen, ohne daß es bis heute befriedigend gelöst worden wäre⁸⁶⁾.

⁸²⁾ Darüber ist man sich im Ergebnis einig; vgl. *Maunz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Art. 100 Rdnr. 15; *Leibholz/Rupperecht*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1968, § 80 Rdnr. 14; *Lechner*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl. 1973, § 13 Nr. 11 Anm. 5; *Bettermann*, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzlichen Richter, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte, III/2, 2. Aufl. 1972, S. 523, 533.

⁸³⁾ Das betont besonders nachdrücklich *Otto Bachof*, Grundgesetz und Richtermacht, 1959, S. 19.

⁸⁴⁾ So *Dieter Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 50 ff. Daß eine überzogene Personalisierung der Verfassungsrechte für den einzelnen nicht ganz ungefährlich ist, zeigt folgender Satz: „Das Grundgesetz . . . schafft durch diese Garantie selbstverantwortlicher Persönlichkeit überhaupt erst die notwendige Voraussetzung jeder Demokratie“. Ist Großbritannien also keine Demokratie?

⁸⁵⁾ Verfassungslehre, 3. Aufl. 1957, S. 200 ff.; besonders: Legalität und Legitimität, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 263, 293 ff.

⁸⁶⁾ Repräsentativ für die Diskussionslage ist die Forderung *Dürigs* (*Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Art. 3 Abs. 1 Randnr. 13), das Bundes-

Die Lösung muß bei der Gesetzgebung ansetzen. An der prinzipiellen Richtigkeit rechtsstaatlicher Gesetze ist schon deshalb festzuhalten, weil sonst die staatliche Rechtsprechung nicht gerechtfertigt werden könnte⁸⁷⁾. Wenn aber die Gesetze prinzipiell richtig sind, kann die inhaltliche Begrenzung der Gesetze nur die Begrenzung von inhaltlich Richtigem sein. Das heißt: Wenn die Gesetze prinzipiell richtig sind, kann das Verhältnis zwischen Gesetz und Verfassung nur dann widerspruchsfrei gedacht werden, wenn die Verfassung als Begrenzung nicht der Macht, sondern des — Rechtes verstanden wird: als Zurücknahme möglicher Gerechtigkeitsansprüche⁸⁸⁾. Das Grundgesetz verhindert eine totale Gerechtigkeit, die das Gesetz zwingen müßte, in jede Mauerritze zu kriechen, in jedem Herzenswinkel zu nisten, in jede Gedächtnislücke zu dringen⁸⁹⁾. Aber das, was das Recht hindert, total zu werden, kann nicht die Gerechtigkeit, sondern muß jene Vernunft sein, die darauf verzichtet, alle „Widersprüche ins Gleiche und Gerechte zu bringen“⁹⁰⁾.

Die Zurücknahme möglicher Gerechtigkeitsansprüche ist auch für den Richter verbindlich, nicht obwohl, sondern weil er an das Gesetz gebunden ist. Denn der Richter würde sich widersprüchlich verhalten, wenn er die Konstituierung der Gesetzgebung durch das Grundgesetz akzeptieren, die mit der Konstituierung unvermeidlich gesetzten Grenzen der Gesetzgebung aber ablehnen würde.

verfassungsgericht möge sich gegenüber den Werken des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zurückhalten. Für diese Forderung gibt es auch nicht den Schatten eines verfassungsrechtlichen Arguments. Dagegen mit Recht: *Detlef Merten*, DVBl. 1975 S. 677.

⁸⁷⁾ Letztlich auch nicht der Staat; vgl. *Roman Schnur*, „La Révolution est finie“, Zu einem Dilemma des positiven Rechts am Beispiel des bürgerlichen Rechtspositivismus, in: *Standorte im Zeitstrom*, Festschrift für Arnold Gehlen, 1974, S. 331 ff.

⁸⁸⁾ *Niklas Luhmann*, Politische Verfassungen im Kontext eines Gesellschaftssystems, *Der Staat* 1973 S. 1, 165, hat die obigen Erwägungen wesentlich angeregt. Die hier vertretene Konzeption unterscheidet sich von der seinigen jedoch in der Gerechtigkeitsfrage. *Luhmann* hält sie für obsolet (vgl. S. 168). Ich meine, entweder wir beantworten sie — oder andere. Insofern trifft die Kritik *Hans Ryffels*, *Rechtssoziologie*, 1974, S. 111, an *Luhmann* einen richtigen Aspekt. *Ryffel* verkennt indessen, daß „der konkrete Mensch mit seinem phänomenalen Erlebnisbereich“ eine Abstraktion weit höheren Grades ist als irgendein System der Systemtheorie. Das Verdienst der Systemtheorie besteht gerade darin, Allgemeinheiten als solche zu diskutieren und sie nicht in abstrakten Konkretionen aufgehen zu lassen.

⁸⁹⁾ Im Ergebnis wie hier: *Richard Bäuml*, *Die rechtsstaatliche Demokratie*, 1954, S. 57.

⁹⁰⁾ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. *Lasson*, 1930, § 214.

Daß die Verfassung nicht als Grund, sondern nur als Grenze möglichen Rechtes verstanden werden darf, bedeutet für das Verhältnis zwischen Richter und Verfassung: Der Richter kann sich zwar gegen das Gesetz auf die Verfassung berufen — anders wäre eine Normenkontrolle (Art. 100 GG) auch nicht möglich —, aber er kann es nicht im Namen des Rechtes, sondern nur im Namen der Grenzen des Rechtes, im Namen des Verzichtes auf totale Gerechtigkeit.

Die Konsequenzen aus diesem Verfassungsverständnis vermag ich nur anzudeuten. Es schließt beispielsweise aus, mit der Wertordnung des Grundgesetzes zu argumentieren⁹¹⁾ oder aus Art. 1 und 2 GG ein justiziables allgemeines Persönlichkeitsrecht abzuleiten oder unter Berufung auf das Grundgesetz eine Demokratisierung der Gesellschaft zu verlangen⁹¹⁾. Vor allem aber verbietet es dem Richter, unter Berufung auf das Grundgesetz den Gesetzgeber zu bevormunden. „Recht“ im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG kann nichts sein, was dem Gesetz überlegen wäre, sondern nur die Grenze, welche die Vernunft der Gerechtigkeit zieht.

bb) Das Gleichheitsproblem

Wenn auch die ausschließliche Legitimation des Richters durch das Gesetz am Gleichheitsgedanken orientiert ist, so wird doch der ernsteste Einwand gegen das hier vorgetragene Verfassungsverständnis der Gleichheitssatz sein, weil er als Ausdruck der „materialen Wertordnung“ des Grundgesetzes erscheint⁹²⁾. Vor allem die Freiheitssicherung wird als Gleichheitsproblem definiert⁹³⁾ und sollte auch im Zeichen der Gleichheit diskutiert werden.

Aber was für jeden Rechtssatz gilt, gilt entsprechend für den Gleichheitssatz: Dem Mächtigen ist er Ohnmacht, dem Ohnmächtigen Freiheit. Dem Reichen ist er Wegnahme, dem Armen Existenzbedingung. Dem Bürger ist er Recht, dem Anarchisten kalte Ordnung. Das heißt, der Gleichheitssatz läßt sich auch als Grenze interpretieren. Soweit er als Verfassungssatz gilt, ist diese Interpretation wegen der überlegenen Legitimation des Gesetzgebers geboten. Die Gleichheitskriterien des

⁹¹⁾ Dazu mit Recht kritisch *Hans Peter Ipsen*, DÖV 1974 S. 289, 294, 298.

⁹²⁾ *Dürig*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, GG, Art. 3 Rdnr. 3, hat systematisch recht, wenn er Menschenwürde und Gleichheitssatz verbindet.

⁹³⁾ Vgl. *Konrad Hesse*, DÖV 1975 S. 437, 442: „Es geht darum, die Freiheit der einen mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen, gleiche Freiheit zu gewährleisten“.

Grundgesetzes sind dann nur noch Anknüpfungsverbote für den Gesetzgeber.

Der These, der Gesetzgeber sei prinzipiell im Recht und das Grundgesetz die Rücknahme totaler Gerechtigkeit, werden Sie widersprechen. Sollten Sie sich aber auf übergesetzliche Gerechtigkeit berufen wollen, so bitte ich zwecks Erleichterung der Diskussion um Angabe der Abstimmung, der Instanz, des Verfahrens und der Form, die jene Gerechtigkeit rechtfertigen.

c) Zur juristischen Methode

Die Zeit gebietet es, eine Verlustliste der Probleme zu erstellen, die ich nicht erörtert habe, aber hätte erörtern sollen. Nicht erörtert habe ich die Juristenausbildung, die Verfassungsgerichtsbarkeit, die verfassungskonforme Auslegung, die unmittelbare Geltung der Grundrechte, die juristische Methode, und einiges andere. Ich meine allerdings, meine Argumentation beantwortet implizit die meisten dieser Fragen. Nur zur juristischen Methode muß ich mich noch erklären.

Man mag sich die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung noch so eng denken, die Möglichkeit, das Gesetz auszulegen, kann man dem Richter nicht verschließen. Die Möglichkeit der Auslegung scheint aber die Bindung an das Gesetz wieder aufzulösen. Man hat daher von jeher versucht, die Auslegungsfreiheit durch Auslegungsregeln zu begrenzen.

Auch Auslegungsregeln können aber die Differenz zwischen Wort und Gegenstand nicht überwinden. Eine effektive Bindung der Bindung an das Gesetz ist sprachtheoretisch ausgeschlossen.

Trotzdem ist vor allem die „klassische“ Auslegungsmethode, die sich auf *Savigny* beruft, unersetzlich und durch neuere Anstrengungen⁹⁴⁾ keineswegs überholt. Entscheidender Gesichtspunkt ist aber nicht die Sprachverfeinerung, sondern die Rechtsverwirklichung. Deshalb muß man die Methodenlehre vom Podest der ehernen Logik stürzen und nach ihren Funktionen fragen. Dann ergibt sich: Die „klassische Methode“ soll den Kontext eines Gesetzestextes bewußt machen. Das tut sie, indem sie den Kontext auf die Gesichtspunkte zurückschneidet, mit denen der Jurist argumentieren soll⁹⁵⁾. Abgrenzungs- und

⁹⁴⁾ Eine gute Zusammenstellung bietet *Reinhold Zippelius*, Einführung in die juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 1974.

⁹⁵⁾ Diesen Gesichtspunkt übersieht die weitausgreifende Falsifikationslehre von *Jörg Berkemann*, Gesetzesbindung und Fragen einer ideologiekritischen Urteilskritik, in: Festschrift für Willi Geiger, 1974, S. 299 ff.

Rangkriterium ist die Legitimation derjenigen, welche die Gesichtspunkte genannt haben. Deshalb steht der logisch-systematische Zusammenhang vor der Entstehungsgeschichte eines Gesetzes. Unter dem Aspekt der Legitimation muß man die Grundfrage der „klassischen Methode“ so formulieren⁸⁶⁾: Wenn sich der Jurist Klarheit über Inhalt und Bedeutung eines Gesetzestextes verschaffen will, bei welchen Autoritäten muß er in welcher Reihenfolge nachfragen? Mit dieser Grundfrage könnte eine Auslegungslehre tatsächlich die Bindung des Richters an das Gesetz verstärken und richterlicher Willkür vorbeugen, weil sie die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes einbeziehen und damit die reale Allgemeinheit aller Bürger, den verfahrensmäßig kontrollierten Konsens zur Anerkennung bringen könnte.

C. Schluß

Daß uns die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung zur Gerechtigkeitsfrage geworden ist, ist kein Zufall. Sie läßt sich nur als Gerechtigkeitsfrage diskutieren. Mein Ergebnis ist: Der Richter ist an das rechtsstaatlich-demokratische Gesetz gebunden, weil er nur dann Gerechtigkeit verwirklichen kann. Gegen und ohne das Gesetz ist er im Unrecht. Der Durchgriff auf materielle Verfassungsnormen ist ihm nicht gestattet, weil das Grundgesetz nicht Gerechtigkeit ist, sondern sie begrenzt: Das Grundgesetz will verhindern, daß *summum ius summa iniuria* wird.

⁸⁶⁾ Vgl. im einzelnen Roellecke, Grundfragen der juristischen Methodenlehre und die Spätphilosophie Ludwig Wittgensteins, Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 323, 336 f.

Leitsätze des Berichterstatters über:

Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung

I. Staatsrechtliche Diskussion

1. Die Formel, die Rechtsprechung sei an „Gesetz und Recht“ gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG), fordert eine widerspruchsfreie Bestimmung des Verhältnisses zwischen Gesetz und Recht. Die Rechtheitlichkeit des rechtsstaatlich-demokratischen Gesetzes ist zu erhalten.

2. Es genügt nicht, unter „Recht“ das Grundgesetz zu verstehen (verfassungsrechtliche Position). Diese Interpretation gestattet der Rechtsprechung die unmittelbare Berufung auf die materiellen Verfassungsnormen und vermag die Fälle nicht zu lösen, in denen Rechtsprechung und Gesetzgebung das Grundgesetz verschieden auslegen.

3. Es genügt nicht, unter „Recht“ die Rechtssätze zu verstehen, die der Richter entwickelt (hermeneutische Position). Diese Interpretation vermag die Verbindlichkeit der richterlichen Entscheidung nicht zu erklären.

4. Es genügt nicht, der Rechtsprechung den „Schutz der Schwachen“ zuzuweisen (kompensatorische Position). Diese Interpretation hebt die Geltung des geltenden Rechtes auf.

II. Rechtstheoretische Voraussetzungen

5. Die Differenz zwischen Richter und Recht, die sich im Wort „Rechtsanwendung“ ausdrückt, ist aus sprachtheoretischen Gründen nicht aufzuheben, weil die Differenz zwischen Wort und Gegenstand nicht aufzuheben ist.

6. In der Diskussion über materiell- und perspektivenreiche Verhaltensmodelle (Paradigmen) kann jedoch so viel Kontext ins Bewußtsein gehoben werden, daß das Problem der Entsprechung von Wort und Gegenstand vernachlässigt werden kann.

III. Politische Bedingungen richterlichen Urteilens

7. Die Entscheidungsbefugnis des Richters ist immer abgeleitet und außengesteuert. Der Richter bedarf der fremden Autorität.

8. Von einer Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung läßt sich sinnvoll nur reden, wenn in einer differenzierten Staatsorganisation die Tätigkeit des Richters ausdifferenziert ist.

9. Die Ausdifferenzierung bedeutet jedoch, daß der Richter nicht mehr prinzipiell im Recht ist. Er muß seine Entscheidung rechtfertigen, und zwar gerade gegenüber der Organisation, von der er seine Entscheidungsbefugnis ableitet.

10. Die Frage, ob und inwieweit der Richter die sozialen Folgen seiner Entscheidung zu berücksichtigen hat, ist kein Gerechtigkeits-, sondern ein Zuständigkeitsproblem.

IV. Historische Bedingungen richterlichen Urteilens

11. Die deutsche Staatsgewalt war ursprünglich vornehmlich Gerichtsgewalt. Sie wurde den Fürsten gleichsam zu eigen übertragen. Die Ausbildung der landesherrlichen Gewalt änderte prinzipiell nichts an der Gerichtsherrlichkeit.

12. Die Fürsten ließen ihre Gerichtsbarkeit durch Bediente ausüben, die allein durch ihr Abhängigkeitsverhältnis und die Regeln des Souveräns legitimiert waren: Der Standesherr richtete aus eigenem Recht. Der Justizbediente entschied aus fremdem Recht.

13. Die Unabhängigkeit, die der deutsche Justizbediente seit dem 18. Jahrhundert gewann, verlieh ihm keine Legitimation, die der des Standesherrn auch nur entfernt vergleichbar war, sondern hatte nur den Sinn, die gleichmäßige Anwendung der Gesetze zu sichern.

14. Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung ist kein spezifisch rechtsstaatlich-demokratisches Problem. Es stellt sich für alle Organisationen, die dem Richter selbständige Entscheidungsbefugnis zusprechen.

V. Dogmatische Folgerungen

15. Ihre institutionelle Verselbständigung hat der Rechtsprechung keine zusätzliche Legitimation gebracht. Die Richter haben zwar die Weisungsfreiheit gewonnen, sind aber Justizbediente geblieben. Da Weisungsfreiheit zu nichts legitimiert, ist zu fragen: Wer oder was berechtigt den Richter, für Dritte verbindlich zu entscheiden?

16. Kraft Dienstverhältnisses wird der Richter in die Gerichtsorganisation eingegliedert. Der Gerichtsorganisation garantieren die Art. 92 ff. GG für die richterlichen Entscheidungen staatliche Macht. Materiell kann die Verbindlichkeit rich-

terlicher Entscheidungen daher nur mit Maßstäben gerechtfertigt werden, die außerhalb der Gerichtsbarkeit liegen.

17. Die Rechtsprechung kann ausschließlich durch das rechtsstaatlich-demokratische Gesetz gerechtfertigt werden. Nach der Rechtsordnung der Bundesrepublik gibt es keine Einrichtung, die größere Allgemeinheit und höhere Autorität beanspruchen könnte als die Gesetzgebung. Ohne oder gegen das Gesetz ist der Richter daher im Unrecht.

18. Schon aus sprachtheoretischen Gründen können auch rechtsstaatlich-demokratische Gesetze nicht völlig exakt, geschlossen und widerspruchsfrei sein. Die Legitimation am Gesetz und durch das Gesetz schließt daher die Aufgabe des Richters ein, die einzelnen Gesetze mit der übrigen Rechtsordnung vereinbar zu machen und in die soziale Wirklichkeit zu übersetzen.

19. Der Auftrag des Richters, Unvereinbarkeiten der Gesetze aufzuheben, setzt seine Unabhängigkeit voraus.

20. Da das rechtsstaatlich-demokratische Gesetzgebungsverfahren einzige Gewähr für die materielle Richtigkeit der Gesetze ist, muß der Richter um seiner eigenen Legitimation willen Gesetze auf ihre formelle Verfassungsmäßigkeit prüfen.

21. Wenn das rechtsstaatlich-demokratische Gesetz prinzipiell richtig ist, können die Grenzen, die das Grundgesetz der Gesetzgebung materiell zieht, widerspruchsfrei nur als Begrenzung des Richtigen, als Zurücknahme möglicher Gerechtigkeitsansprüche verstanden werden. Dieses Verfassungsverständnis macht es dem Richter unmöglich, sich gegen das Gesetz auf irgendein höheres Recht oder auf materiale Verfassungsnormen zu berufen. Berufen kann sich der Richter nur auf den verfassungsrechtlichen Verzicht auf totale Gerechtigkeit.

22. Auch die „klassische juristische Methode“ vermag es nicht, den Richter an die Bindung an das Gesetz zu binden. Gleichwohl ist sie unentbehrlich, weil sie den rechtlich relevanten Kontext des Gesetzes in das Bewußtsein hebt.

Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung

2. Mitbericht von Professor Dr. *Christian Starck*, Göttingen¹⁾

Inhalt

	Seite
I. Das Problem in seiner neueren Entwicklung	44
§ 1 Konstitutionelle Zeit	44
§ 2 Demokratie und Bindungsklausel	46
§ 3 Das Grundgesetz	47
§ 4 Methodenlehre und Soziologie	49
II. Soziologen und andere zur richterlichen Gesetzesbindung	51
§ 5 Rechtsrealisten	51
§ 6 Psychoanalytiker	52
§ 7 Systemkritiker	53
§ 8 Richtersozioologen	54
§ 9 Rollentheoretiker	54
§ 10 Systemtheoretiker	55
§ 11 Ergebnis	58
III. Zur Normativität von Gesetzen	58
§ 12 Sprache und Wirklichkeit	58
§ 13 Gesetzesanwendung	60
§ 14 Offene Gesetzesbegriffe	62
§ 15 Gesetzesanwendung und Auslegungsregeln	63
§ 16 Gesetzesanwendung und Sozialwissenschaft	64
IV. Funktion der Rechtsprechung nach dem Grundgesetz	64
§ 17 Grundlagenfragen und Verfassungsrecht	64
§ 18 Funktionen der Rechtsprechung	65
§ 19 Verfahren der Rechtsprechung und der Gesetzgebung	67

¹⁾ Das Manuskript mit den Anmerkungen wurde am 1. Oktober 1975 abgeschlossen. Meinen Fakultätskollegen *Uwe Diederichsen*, *Ralf Dreier* und *Hans-Ludwig Schreiber* danke ich für anregende Gespräche auf Grund einer ersten Ausarbeitung des Themas und *Harald Bogs* für Hinweise zum Sozialversicherungsrecht. Fräulein stud. jur. *Eva-Maria Weber* hat mich insbesondere bei der Materialsammlung zum V. Abschnitt verständig unterstützt, wofür ich ihr ebenfalls danke.

§ 20 Richterliche Rechtsfortbildung	69
§ 21 Begründung der Entscheidungen	71
§ 22 Das Bundesverfassungsgericht	74
§ 23 Zusammenfassung	76
V. Über Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung	76
§ 24 Probleme einer Typologie	76
§ 25 Richterrechtsfreundliche Konsequenzen aus dem Grundgesetz	78
§ 26 Nullum crimen, nulla poena sine lege	79
§ 27 Gesetzesvorbehalt	81
§ 28 Haushaltspolitische Verantwortlichkeit	83
§ 29 Keine besonderen funktionsrechtlichen Schranken	85

I. Das Problem in seiner neueren Entwicklung

§ 1 Konstitutionelle Zeit

Die Bindung des Richters an das Gesetz ist als eine verfassungsrechtliche Kompetenzbestimmung allerersten Ranges aus der absolutistischen Zeit²⁾ in die konstitutionellen und demokratischen Verfassungsurkunden übernommen worden³⁾. Durch die Gesetzesbindung des Richters⁴⁾ wurden Gleichheit, Berechenbarkeit des Rechts und Rechtssicherheit als verbürgt angesehen. Damit schien der größte praktisch denkbare Einfluß des Gesetzgebers auf die Rechtsordnung gesichert. Mit der konstitutionellen Bändigung der Staatsmacht war ja das politische

²⁾ Aus der Theorie Hobbes, *Leviathan* XXVI; aus der Praxis §§ 46, 47 Einl.PrALR, dazu W. Ebel, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, 2. Aufl., 1958, S. 71 ff.

³⁾ Prägnant Art. 86 pr. Verf. v. 1850; entsprechende Formeln fehlen noch in den frühkonstitutionellen Urkunden, vgl. jedoch schon § 100 Abs. 2 der Landschaftsordnung Braunschweig (1832); Esser, *Die Interpretation im Recht*, in: *Studium Generale*, 1954, S. 374 bringt die Gesetzesgebundenheit des Richters deutlich mit dem Absolutismus in Verbindung.

⁴⁾ Vgl. dazu H. A. Zachariä, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, 2. Abt., 1842, S. 220; besonders deutlich in methodologischem Gewand C. v. Rotteck, in: *ders./Welcker, Staatslexikon*, 2. Aufl. 1847, Bd. 8, S. 6 (Art. „Justiz“): „Was aber die andere Function der Justiz, nemlich das Rechtsprechen, die *juris dictio* betrifft, so ist diese gar keine Gewalt, mithin auch keine Staats-Gewalt, sondern lediglich in Acten der Urtheilskraft bestehend mithin jede Willen-Thätigkeit ausschließend, mit einem Worte nichts Anderes als Ausspruch von Kunstverständigen, welche der Staat dazu aufgestellt hat, um in Rechtssachen ihren Befund auszusprechen, ...“. Entsprechend P. Laband, *das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, 5. Aufl., 1911, Bd. I, S. IX, 178.

Ziel verknüpft, dem in den Volksvertretungen repräsentierten Bürgertum einen maßgebenden Einfluß auf die Rechtsordnung zu geben⁵⁾. Die „Gesetzesgläubigkeit“⁶⁾ dieser Epoche korrespondierte nicht nur mit einem Verdacht gegen die Exekutive, sondern auch gegen den Richter, dem mancherorts noch etwas vom Fürstendiener der absolutistischen Epoche anhaftete. — Die Gesetzesgläubigkeit paßte zum älteren Kodifikationsgedanken. Dieser Kodifikationsgedanke und die mit ihm zusammenhängende Vorstellung der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung ließen die Entscheidungsmacht des Richters en quelque façon nulle erscheinen⁷⁾.

Neben dieser vereinfachend-mechanistischen, methodologisch naiven Vorstellung vom Richter als Mund des Gesetzes blieb freilich auch der Richter als schöpferischer Interpret des Gesetzes im Gespräch. In Lehrbüchern des Staatsrechts aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts ist noch in aller Deutlichkeit zu lesen, daß die richterliche Gewalt „nicht als bloße Execution der Gesetze betrachtet werden“ dürfe⁸⁾. Vielmehr sei es Aufgabe der Rechtsprechung, daß „in zweifelhaften Rechtssachen ein Urtheil gegeben ... (wird), welches als das Resultat der Rechtsphilosophie und der juristischen Bildung einer gewissen Zeit und eines gewissen Volkes Anspruch darauf machen kann, für vernünftig und eben darum auch für volksthümlich zu gelten“⁹⁾. Nach Savigny muß der Richter hinter das Gesetz zurückgreifen auf das „Rechtsinstitut“¹⁰⁾. Portalis verweist den Richter auf die „natürliche Vernunft“, die hinter dem Gesetz

⁵⁾ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Ausgabe 1964, S. 717 ff.

⁶⁾ Dazu allgemein Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960, S. 194.

⁷⁾ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, XI, 6; dazu Lit. bei Starck, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, 1970, S. 144, Anm. 4 sowie F. Neumann, *der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft* (1937), in: ders., *Demokratischer und autoritärer Staat* 1967, S. 44 ff.; Esser, *Grundsatz und Norm*, 2. Aufl. 1964, S. 143 ff.; ders. (Anm. 3), S. 372.

⁸⁾ F. Schmitthenner, *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts* 1843, S. 341 mit ausdrücklicher Stellungnahme gegen v. Rotteck (vgl. oben Anm. 4) S. 544 f. Note 3.

⁹⁾ H. Zoepfl, *Grundsätze des allgemeinen und des constitutionell-monarchischen Staatsrechts*, 1841, S. 226 f.; Rechtsphilosophie wird dahin erläutert, daß ihre positive Ausprägung in den Gesetzen und im Herkommen liege. H. Thöl, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, S. 145 sieht in der Auslegung zugleich Fortbildung des Rechts.

¹⁰⁾ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840, Bd. I, S. 44.

aufzuspüren sei¹¹⁾. Diese Autoren machen erhebliche Abstriche an dem vereinfachenden Richterbild und greifen damit im Kern das absolutistische Gesetzesverständnis an¹²⁾.

Wo den realisierbaren Möglichkeiten der Gesetzgebung tiefer nachgespürt wurde¹³⁾ und wo an der ausgleichenden Kraft des Gesetzes Zweifel erhoben wurden¹⁴⁾, bekam die Tätigkeit des Richters einen höheren Stellenwert. Dahinter stand wohl der objektive Befund, daß der Wandel der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse und die steigende Komplexität einen Problemdruck geschaffen haben, dessen der Gesetzgeber nicht mehr Herr wurde und der das Methodenproblem bewußt machte¹⁵⁾.

§ 2 Demokratie und Bindungsklausel

In den demokratisch legitimierten Verfassungen soll die dort aufgenommene richterliche Bindungsklausel ebenfalls der Verwirklichung von Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit dienen. Hinzu kommt das Argument, daß das unmittelbar vom Volk nach den neuzeitlichen Wahlrechtsgrundsätzen gewählte Parlament für die Rechtsordnung im wesentlichen verantwortlich ist, woraus ebenfalls die Gesetzesgebundenheit des Richters folgt. Danach muß — jedenfalls in bestimmten Grenzen — der Richter an die gesetzgeberischen Entscheidungen in der Weise gebunden sein, daß seine Fallentscheidungen durch die Gesetze inhaltlich determiniert sind¹⁶⁾.

¹¹⁾ *Portalis*, zitiert nach *Loché*, La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français, Bd. I 1887, S. 257.

¹²⁾ Weitere Belege aus der 1. Hälfte des 19. Jhd. finden sich bei *Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil, 2. Aufl. 1969, S. 101 f. Anm. 1.

¹³⁾ *A. Wach*, Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1885, S. 268 ff., 285 ff.; *O. Bülow*, Gesetz und Richteramt, 1885: „Gesetz und Richteramt theilen sich in den Rechtsschaffungs- und Rechtsbestimmungsberuf der Staatsgewalt“ (S. 41).

¹⁴⁾ So rückblickend *F. Neumann* (Anm. 7), S. 47 ff., 58 ff.; als Dokument des Mißtrauens gegen den Gesetzgeber der WRV vgl. etwa *Frrh. Marschall v. Bieberstein*, Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze, 1927.

¹⁵⁾ *W. Friedmann*, Recht und sozialer Wandel, 1969, S. 33; *Stig Jørgensen*, Typologie und „Realismus“ in der neueren Rechtswissenschaft, Nachrichten d. Akad. d. Wiss. Göttingen, phil. hist. Klasse 1971, S. 59.

¹⁶⁾ *Kriele*, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, in: VVDStRL Heft 29 (1971), S. 64; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 304 f.; *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung 1969, S. 194 ff.; *H. H. Klein*, Richterrecht und Gesetzesrecht, DRiZ 1972, S. 334.

Das Demokratieargument zugunsten der Bindungsklausel kann nicht dadurch überspielt werden, daß man die Richter vom Parlament wählen läßt und ihnen dadurch mittelbare demokratische Legitimation verschafft. Solch eine erhöhte demokratische Legitimation des Richters vermag dessen Freistellung vom Gesetz nicht zu begründen; denn die demokratische Legitimation des parlamentarischen Gesetzgebers ist untrennbar verknüpft mit seiner Führungsaufgabe, die er im wesentlichen durch Gesetzgebung wahrnimmt. Politische Gestaltung unter möglichster Wahrung von Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit setzt die Zuständigkeit des parlamentarischen Gesetzgebers zur Schaffung allgemeiner Gesetze voraus¹⁷⁾. Der Richter könnte Recht immer nur anläßlich ihm vorgelegter Fälle schaffen. Verlässlichkeit, Gleichheit und Berechenbarkeit des Rechts ließen sich im besten Fall erst im Laufe der Rechtsprechung durch eine Kette von Präjudizien allmählich herstellen¹⁸⁾.

Diese sehr kursorischen Bemerkungen über die Entwicklung der Bindungsklausel müssen genügen. Das Auf und Ab der Gesetzes- oder Richtergläubigkeit in den letzten 200 Jahren und deren methodologische, staatsrechtliche und politische Begründungen können hier nicht nachgezeichnet werden¹⁹⁾.

§ 3 Das Grundgesetz

Das Grundgesetz hat die Bindungsklausel aus der Verfassungstradition aufgenommen. Damit ist die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung ein Thema, das die Verfassung selbst stellt. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die Rechtsprechung — die hier im Verein mit der vollziehenden Gewalt genannt wird

¹⁷⁾ Andere ernst zu nehmende Bedenken gegen Richterwahl bei H. H. Rupp, Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: NJW 1973, 1772. Vgl. ferner E. W. Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974 mit weiterer Literatur; nicht überzeugend der Versuch von F. J. Säcker, Zur demokratischen Legitimation des Richter- und Gewohnheitsrechts, in: ZRP 1971, S. 145 ff., Richterrecht durch demokratische Legitimation der Richter auffangen zu wollen. Es geht vielmehr um Funktionengliederung, vgl. dazu weiter unter IV.

¹⁸⁾ Zur Kontinuität im Präjudizienrecht siehe Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 184 ff.

¹⁹⁾ Vgl. die Darstellung bei F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., S. 249 ff.; Larenz (Anm. 16), S. 9 ff.; Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958; P. v. Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, 1974. Von den vielen kürzeren treffenden Bemerkungen sei hier erwähnt H. H. Rupp (Anm. 17), S. 1771; zu den gegenwärtigen Auffassungen siehe den kritischen Bericht von P. Schwerdtner, Rechtswissenschaft und kritischer Rationalismus, in: Rechtsatheorie Bd. 2 (1971), S. 67—94, 224—244.

— „an Gesetz und Recht gebunden“. Art. 97 Abs. 1 GG erklärt die Richter für „unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen“. Kehrseite und Legitimation der Unabhängigkeit ist die Bindung an das Gesetz. Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Verbindung mit dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) fordert eine gerichtliche Überprüfung der angefochtenen Verwaltungsakte am Maßstab des Gesetzes. Die gesetzliche Bindung des Strafrichters wird in Art. 103 Abs. 2 GG besonders hervorgehoben. Die Bindung der Richter an die Grundrechte schreibt Art. 1 Abs. 3 GG vor. Art. 100 Abs. 1 GG richtet ein besonderes Normenkontrollverfahren ein, falls ein entscheidungserhebliches (nachkonstitutionelles) Gesetz nach Ansicht des zur Entscheidung berufenen Richters gegen das Grundgesetz verstößt.

Die von der Verfassung postulierte Bindung des Richters ist eine doppelte: Der Instanzrichter²⁰⁾ ist an das Gesetz gebunden, aber nur, soweit dieses der Verfassung entspricht. Insoweit hat der Instanzrichter eine eigene Prüfungskompetenz, die freilich nicht zu einer Verwerfungskompetenz ausgebaut ist. Die doppelte Bindung an Gesetz und Verfassung gebietet — soweit möglich — verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen und verlangt ferner, die in der Verfassung zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken in die Auslegung und Anwendung offener und unbestimmter Gesetze einfließen zu lassen. Das aufgrund von Beschwerden, Vorlagen und Anträgen allein zur Gesetzeskontrolle berufene Bundesverfassungsgericht ist an die Verfassung gebunden. An die Gesetze ist das Verfassungsgericht jedoch insofern gebunden, als es — soweit es ein Gesetz nicht wegen Verfassungswidrigkeit für nichtig erklärt — die Gesetze nicht verändern darf. Das bedeutet eine Grenze für die sogenannte verfassungskonforme Auslegung durch das Verfassungsgericht²¹⁾.

Die klassische Bindungsformel: „Unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen“ ist in Art. 20 Abs. 3 GG erweitert um die Bindung an das Recht²²⁾. Die Versuche, diese Klausel zu inter-

²⁰⁾ Hierzu rechnen alle Richter, einschließlich der Revisionsgerichte außer den Richtern des Bundesverfassungsgerichts.

²¹⁾ So schon BVerfGE 2, 380 (406); 8, 28 (34); 9, 194 (200); dazu Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl., 1975, S. 32 f.; F. Müller, Juristische Methodik, 1971, S. 65 f.

²²⁾ Wenig ergiebig die Aussagen im parlamentarischen Rat, vgl. JöR Bd. 1, S. 200: „Die Befolgung des Grundsatzes von der Gesetzmäßigkeit aller Staatsgewalt verstehe sich bei der Rechtsprechung von selbst, weil diese nur die Aufgabe habe, die Gesetze anzuwenden und auszulegen“ (Dr. v. Mangoldt).

pretieren²³⁾, sind in unserem Kreis bekannt²⁴⁾. Nach einem plausiblen Ansatz korrespondiert die erweiterte Bindungsklausel mit der Einrichtung der Normenkontrolle nach Art. 100 GG und mit dem ausdrücklichen Gebot des Art. 1 Abs. 3 GG²⁵⁾, daß die Rechtsprechung an die nachfolgenden Grundrechte gebunden ist. „Recht“ in Art. 20 Abs. 3 bedeutet demnach einen Hinweis auf die Verfassung²⁶⁾. Daraus ergibt sich zugleich, daß das mir gestellte Thema: Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung nahezu²⁷⁾ identisch mit der Thematik ist, die die Bindungsklausel des Art. 20 Abs. 3 GG aufwirft.

§ 4 Methodenlehre und Soziologie

Die richterliche Gesetzesbindung sieht sich seit längerem differenzierten Einsichten der juristischen Methodenlehre ausgesetzt. Zudem ist die Formel unter Beschuß von Seiten der Sozialwissenschaften geraten, die ja bekanntlich vor den Toren der Jurisprudenz stehen, soweit sie nicht schon Einlaß gefunden haben.

Was die juristische Methodenlehre anbelangt, so kann man als gemeinsame Überzeugung in Abkehr von naiv-positivistischen Interpretationsauffassungen etwa folgendes festhalten: Die Auslegung und Anwendung von Gesetzen umfaßt wertende und rechtsschöpferische Elemente²⁸⁾. Einige gehen freilich

²³⁾ Die Klausel umfaßt unbestritten außer dem gesamten geschriebenen Recht auch das Gewohnheitsrecht.

²⁴⁾ Nachweise bei W. Maihofer, Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, in: *Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Staatswissenschaften*, Bd. 8, 1960, S. 6—17 sowie *Starck* (Anm. 7), S. 37 ff.

²⁵⁾ Damit ist die verfassungsmäßige Geltung der Gesetze nicht durch einen allgemeinen Gerechtigkeitsvorbehalt relativiert worden, wie F. Röhl, *Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung*, 1974, S. 136 meint.

²⁶⁾ Bachof, *Grundgesetz und Richtermacht*, 1959, S. 24 setzt die Formel in Verbindung mit der Wertordnung, die dem Grundgesetz zugrundeliege.

²⁷⁾ BVerfGE 34, 269 (287): „Recht“ besitze „seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinngehalt“. Damit wird in den Rechtsbegriff das Auslegungsproblem hineingeschoben, ohne damit Klarheit zu schaffen. Siehe unten § 29. Wollte man den Begriff „Recht“ in der Bindungsklausel naturrechtlich besetzen, würde man die Bindungsklausel auflösen und auch die im Grundgesetz zum Ausdruck kommenden klaren verfahrensrechtlichen Vorschriften über die Normenkontrolle mißachten, worauf Mertens, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung*, DVBl. 1975, S. 678 zu Recht hingewiesen hat.

²⁸⁾ Z. B. Wieacker, *Gesetz und Richterkunst*, 1958; Larenz (Anm. 16), S. 350 ff.; F. Müller (Anm. 21), S. 67; J. Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, 1975, S. 24 ff. mit weiteren Nachweisen.

weiter und lassen die Gesetzesbindung in eigenen oder allgemeinen²⁹⁾ vernunftsrechtlichen Überlegungen des Richters aufgehen, besser gesagt: untergehen.

Soweit Soziologen eine richterliche Gesetzesbindung für nicht realisierbar halten, mündet ihre Ansicht entweder in Dezi-sionismus: Der Gesetzespositivismus findet also seine Anti- these im Entscheidungspositivismus³⁰⁾. Oder die Ansichten lau- fen auf ein neues Naturrecht hinaus mit dem neuen Richter³¹⁾, dem eine archaisch anmutende Stellung über dem Staat und seinen Gesetzen zugedacht wird. Von dieser überstaatlichen Position aus soll er unmittelbar seinem „richtigen Bewußt- sein“ folgend „richtiges“ Recht sprechen³²⁾.

Sowohl von Seiten der Methodenlehre wie von Seiten der Soziologie wird die Interpretation der verfassungsrechtlichen Bindungsklausel in einer Weise erschwert³³⁾, wie es sich die Väter dieser Klausel nie hätten träumen lassen.

Die erwähnten Angriffe gegen die Möglichkeit einer richter- lichen Gesetzesbindung werfen die Frage auf, ob die Verfas- sung mehr fordert, als theoretisch und praktisch möglich ist. Befinden wir uns mit der heutigen Interpretation der Bindungs- klausel nicht schon auf einem Rückzugsgefecht? Gibt es über- haupt eine Verteidigungslinie, die wir einhalten können und wenn ja, wo verläuft sie? Oder beruht vielleicht das verfas- sungsrechtliche Bindungspostulat auf Illusion? Diese Fragen lassen sich nicht abweisen. Denn der Jurist muß die außerposi- tiven Bedingungen seiner Arbeit mitbedenken. Deshalb müs-

²⁹⁾ So zumindest tendenziell *Esser* (Anm. 18), S. 12, 147 ff., 173 f.; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung 1967, S. 315, siehe aber auch S. 159—166, 167 ff., dazu *Larenz* (Anm. 16), S. 144 ff.; deutlich *Vieh- weg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974 und für das Verfas- sungsrecht: *P. Häberle*, Zeit und Verfassung, in: Zeitschrift für Po- litik 1974, S. 121 f.

³⁰⁾ Besonders markant — ohne die erforderlichen empirischen Nachweise — *Sack*, Neue Perspektiven in der Kriminologie, in: *ders. u. R. König (Hrsg.)*, Kriminalsoziologie, 1968, S. 466 ff. im An- schluß an *H. L. A. Hart*.

³¹⁾ Als erste Stufe dieser Rechtsreform stellen sich bestimmte Ausprägungen der Reform der Juristenausbildung dar; vgl. z. B. *Der neue Jurist. Materialien zur reformierten Juristenausbildung* in Bremen, 1973, etwa S. 75 f. (*Lautmann/Grikschat*), S. 137 f. (*R. Hoffmann*).

³²⁾ Die Besetzung der Richtersthühle ist dann politisch wichtiger als die Erringung der Mehrheit der Parlamentssitze, wie *Martens* (Anm. 27), S. 684 zutreffend bemerkt.

³³⁾ *Larenz*, Die Bindung des Richters an das Gesetz als her- meneutisches Problem, in: Festschrift f. E. R. Huber, 1973, S. 294, spricht von Alarmzeichen.

sen wir uns kritischen Einwänden gegen die Möglichkeit, Gesetzesbindung zu verwirklichen, hier stellen.

II. Soziologen und andere zur richterlichen Gesetzesbindung

§ 5 Rechtsrealisten

Die normierende Funktion der Gesetze, mit der die Bindungsklausel steht und fällt, wird von einigen Soziologen für theoretisch unmöglich gehalten. So gibt *Theodor Geiger*, der hier zugleich für seine Vorläufer herangezogen wird³⁴⁾, dem Richter die Schlüsselstellung im gesamten Prozeß der Rechtsverwirklichung³⁵⁾. Da das im Normsatz verbal ausgedrückte begriffliche Tatbestands- und Verhaltensschema in der Wirklichkeit überhaupt keinen objektiv abgegrenzten oder abgrenzbaren Bedeutungsumfang habe, gebe der Richter schöpferisch der Norm erst ihren Bedeutungsumfang³⁶⁾. Keine noch so genaue Definition könne den prinzipiellen Abgrund zwischen Begriff und Wirklichkeit überbrücken³⁷⁾.

So gebe mit jeder neuen Entscheidung über Zurechnung oder Nichtzurechnung eines konkreten Falles zur Norm das Gericht der verbindlichen Substanz der Norm, die hinter der Fassade des Normsatzes lebe, eine neue Fassung³⁸⁾. Prägnant faßt *Geiger* seine Ansicht in der These zusammen: Einen Normenirrtum gebe es nicht. Falsch sei eine Entscheidung nur, wenn sie sich nicht durchsetze³⁹⁾. Gründe für die Bindungsideologie sieht *Geiger* in der Beamtenmentalität des Berufsrichters, der sich durch eine objektive Richtlinie und Kontrollinstanz der Verantwortlichkeit entziehen wolle, obgleich er in frei verantwortlicher Initiative Recht stifte⁴⁰⁾. In diesem Entscheidungspositivismus haben wir die Antithese zum Gesetzespositivismus vor uns. Im Rahmen der sprachlichen Konvention erkennt *Geiger* jedoch eine gewisse *praktische* Bindung des Normsatzes an⁴¹⁾.

³⁴⁾ Z. B. *Hermann Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 29, differenzierter S. 165 ff.; zu den alten amerikanischen „Realisten“ vgl. die treffende und kurze Schilderung bei *H. Kantorowicz*, Rationalistische Bemerkungen über Realismus (1934), in: *ders.*, Rechtswissenschaft und Soziologie, 1962, S. 101 ff.

³⁵⁾ *Theodor Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts (1947) 2. Aufl. 1964, S. 217.

³⁶⁾ *Geiger* (Anm. 35), S. 244.

³⁷⁾ *Geiger* (Anm. 35), S. 245; vgl. *Starck*, Empirie in der Rechtsdogmatik, JZ 1972, S. 612 f. mit Hinweis auf Hegel.

³⁸⁾ *Geiger* (Anm. 35), S. 251, 247.

³⁹⁾ *Geiger* (Anm. 35), S. 252.

⁴⁰⁾ *Geiger* (Anm. 35), S. 256.

⁴¹⁾ *Geiger* (Anm. 35), S. 261 ff.

Teilweise in Gefolgschaft von *Theodor Geiger* wird die primäre Motivfähigkeit von Regeln und damit richterliche Gesetzesbindung bestritten. Stabile Momente im richterlichen Handeln seien auf gleiche Vorurteile und Einstellungen der entscheidenden Richter zurückzuführen⁴²). Im methodischen Ansatz trennen diese Autoren zwischen Rechtfertigen und Erklären. Sie beschränken sich auf Beobachtung und Erklärung richterlicher Tätigkeit von außen⁴³). Wie der Richter selbst zur rechtlichen Entscheidung und damit zu seiner Vorstellung vom geltenden Recht kommt, steht außerhalb des Forschungsinteresses dieser Verhaltenswissenschaftler⁴⁴). Sie werfen dem Juristen vor, er blende die Problematik des Vorverständnisses, von Attitüden, Alltagstheorien, unbewußten Motiven, Organisationsstrukturen, Ideologien und Interessen aus⁴⁵).

§ 6 Psychoanalytiker

Je mehr die Forschung auf die einzelne Richterpersönlichkeit fixiert ist, um so radikaler wird dieser Ansatz durchgeführt. — So vermuten Psychoanalytiker den Schlüssel für die Erklärung der richterlichen Handlung in unbewußten, sprachlosen Motiven, die auf Faktoren aus der früheren Kindheit beruhen. Sie suchen die Motivationen des Richters im affektiven Antriebspotential des unbewußten Es. Normen können nach diesen Lehren der Psychoanalyse nicht selbst zu Motiven werden. Soweit jedoch Normen als motivkräftig anerkannt werden, seien sie so stark verinnerlicht, daß das Über-Ich das Es verdränge. Im Strafrichter verbündeten sich Es und Über-Ich, so daß die Strafjustiz als staatliche Agentur zur Befriedigung des Aggressionstriebes gedeutet wird⁴⁶). Diese Richtung erkennt zwar eine Verinnerlichung von Gesetzen an und muß demzufolge auch eine Gesetzesbindung unter bestimmten psychischen

⁴²) Angaben bei *Rottleuthner*, *Richterliches Handeln*, 1973, S. 66.

⁴³) *F. Röhl* (Anm. 25), S. 119.

⁴⁴) Dies sieht deutlich *Stig Jørgensen*, *Recht und Gesellschaft*, 1971, S. 100.

⁴⁵) *Rottleuthner* (Anm. 42), S. 186, 188; *M. Weiß*, *Die Theorie der richterlichen Entscheidungstätigkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1971, S. 46 ff.

⁴⁶) Freilich ist diese Richtung ausschließlich am Strafrecht orientiert *Paul Reiwald*, *Die Gesellschaft und ihre Verbrecher*, 1948, S. 40 ff., 266 ff.; zur psychoanalytischen Theorie im Strafrecht siehe allgemein die Neuausgabe des zitierten Werkes 1973 mit Beiträgen von *H. Jäger* u. *T. Moser*; *F. Alexander* u. *H. Staub*, *Der Verbrecher und seine Richter* (1929), jetzt in *T. Moser* (Hrsg.), *Psychoanalyse und Justiz* 1971, S. 207 ff.; *H. Jäger*, *Strafrecht und psychoanalytische Theorie*, in: *Festschrift f. Heinrich Henkel*, 1974, S. 125 mit weiteren Nachweisen.

Voraussetzungen für möglich halten. Eigentlicher Forschungsgegenstand sind die Motive, nicht die Gründe des (Straf-)Richters.

§ 7 Systemkritiker

Autoren, die den gesellschaftlichen status-quo durch den Richter überwunden sehen möchten, erblicken die Funktion zumindest der höchsten Gerichte darin, in anderen politischen Instanzen nicht repräsentierten, in der Rechtstradition bisher vernachlässigten oder abgelehnten Wertvorstellungen und Interessen zum Durchbruch zu verhelfen. So der Amerikaner *Shapiro* hauptsächlich im Blick auf den Supreme Court⁴⁷⁾. Von der Präsentation vergrößernder Aussprüche deutscher Autoren möchte ich hier absehen⁴⁸⁾; Herr *Roellecke* hat sich damit schon ausführlich beschäftigt. Solche Aufforderungen, vom Gesetz oder von der Verfassung abzuweichen, sind unter dem Aspekt unserer staatsrechtlichen Fragestellungen nicht diskutabel.

Andere Systemkritiker halten es mit Hinweis auf die Sozialwissenschaften für möglich, daß die Wirklichkeitsrezeption in der Rechtsfindung zukünftig so vervollkommen sein werde, daß es keine gleichliegenden Fälle mehr gebe und damit Gleichheitssatz und Ordnungsfunktion der Rechtsfindung entfielen⁴⁹⁾. Hier wird die Sozialwissenschaft als eine Art Gegenkraft gegen juristische Systematik⁵⁰⁾ aufgebaut und ein soziologisch eingekleidetes Utopia der Herrschaftslosigkeit propagiert⁵¹⁾. Herrschaft setzt Verallgemeinerung und Regelbildung voraus. Regeln kann man nur bilden, wenn man zuvor die Wirklichkeit begrifflich strukturiert. Strukturieren bedeutet immer zugleich abstrahieren, d. h. auswählen und weglassen. Es kommt für die Qualität der Rechtsordnung nur darauf an, wie strukturiert

⁴⁷⁾ *M. Shapiro*, Stability and Change in Judicial Decision-Making, in: *Law in Transition Quarterly* (1965), S. 134 ff.

⁴⁸⁾ Vgl. etwa *Reinhard Hoffmann*: „Nur der politische Richter, der bewußt Partei für die Unterprivilegierten ergreift, ist gesetzestreu“; zitiert nach *W. Richter*, Die Rolle des Richters in unserer Zeit, JZ 1974, S. 345. Die von *Hoffmann* ausgesprochene Konsequenz — „ist gesetzestreu“ — ist im Hinblick auf Art. 20 und 97 eine typische Verbrämung einer politischen Forderung mit einem allgemein bekannten staatsrechtlichen Gebot, wenn man sich nicht an so etwas wie „sozialistische Gesetzlichkeit“ erinnert fühlt (vgl. dazu *E.-W. Böckenförde*, Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat, 1967, S. 67 ff.; *S. Mampel*, Das Recht in Mitteldeutschland 1966, S. 77 ff.).

⁴⁹⁾ *Helmut Ostermeyer*, Die juristische Zeitbombe, 1973, S. 52 f. unter Bezug auf die Strafergerichtsbarkeit; Ordnungsfunktion hätten Regierung und Verwaltung und Polizei!!

⁵⁰⁾ So *W. Richter* (Anm. 48), S. 349.

⁵¹⁾ Dazu richtig *Röhl* (Anm. 25), S. 144.

wird. Die totale Individualität aller Geschehensabläufe in der konkreten Wirklichkeit kann niemals Ziel ordnender und regelnder Bemühungen sein⁵²⁾.

§ 8 Richtersozioologen

Richtersozioologen ziehen die Herkunft des Richters aus einer bestimmten Gesellschaftsschicht (Elternhaus, Erziehung, Konfession) als Erklärung für seine allgemeine Wertorientierung heran⁵³⁾ und erblicken hierin die Grundlage für die richterlichen Entscheidungen. Die dafür notwendigen Kausalverbindungen zwischen Herkunft und Wertvorstellung⁵⁴⁾ aber insbesondere zwischen Wertvorstellung und Entscheidung sind bisher nicht empirisch belegt⁵⁵⁾. — Andere Soziologen stellen Beziehungen auf zwischen einer breiteren Skala von Hintergrundfaktoren und Präferenzen, die in der Entscheidung sichtbar werden⁵⁶⁾. Auch deren Ergebnisse sind nicht dazu geeignet, verallgemeinernde Schlüsse zu ziehen⁵⁷⁾.

§ 9 Rollentheoretiker

Sozialwissenschaftliche Analysen des gesamten Entscheidungsprozesses, also über die Richterpersönlichkeit hinausrei-

⁵²⁾ Hierzu die treffenden Ausführungen bei K. Michaelis, Die Entscheidung, in: Festschrift f. E. R. Huber, 1973, S. 314 ff., 334 ff.

⁵³⁾ Kaupen/Rasehorn, Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie, 1971, insbes. S. 167 ff.

⁵⁴⁾ Schon Definitionen der Wertvorstellungen wie liberal und konservativ sind zu undifferenziert, vgl. dazu die treffende Kritik bei M. Weiß (Anm. 45), S. 97 ff.

⁵⁵⁾ Vgl. vor allem die nüchterne Bestandsaufnahme von W. Richter, Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung, 1973, insbes. S. 9 ff., 27 ff.; Schelsky, Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung von Juristen, JZ 1974, S. 416: „ein Diffamierungssyndrom gegen den Berufsstand der Juristen“.

⁵⁶⁾ Vgl. dazu schon Sheldon Goldmann, Voting behavior on the United States Courts of Appeals, 1961—1964, in: The American Political Science Review, 1966, S. 374 ff., der seine Ergebnisse S. 382 wie folgt zusammenfaßt: 1. There appears to be some evidence of organized voting patterns by the judges on the United States Courts of appeals. These voting patterns appear, to some extent, to involve „liberal“ and „conservative“ voting on issues involving political liberalism and economic liberalism. — 2. Party affiliation was found to be associated with voting behavior, notably when the issues involved economic liberalism. — 3. Other demographic variables such as religion, socio-economic origins, education, and age were found to be almost entirely unrelated directly to voting behavior.

⁵⁷⁾ Vgl. Weiß (Anm. 45), S. 110; vgl. auch die treffenden Ausführungen zum Thema „Klassenjustiz“ bei F. Röhl (Anm. 25), S. 98—108.

chende Untersuchungen, billigen dem formellen Programm — wie man das Gesetz nennt — einen größeren Einfluß zu. So sieht die Rollentheorie den Richter als typischen Rollenträger, der die verschiedenen Rollenerwartungen aufnehme und sie bewußt oder unbewußt zu einer Rollenauffassung verarbeite, die seinem Rollenverhalten zugrundeliege. Ein Vertreter dieser Rollentheorie, der selbst in der Rechtsprechung als Richter tätig war, kommt zu der Feststellung, daß die Bindung an das formelle Programm, also hauptsächlich an das positive Recht, der höchste berufliche Wert des Richters sein dürfte⁵⁸). Der aktive Beobachter berichtet weiter: Eine nach den eigenen Wertvorstellungen gewünschte Entscheidung werde vom formellen Programm her propagiert.

Will man differenzierter vorgehen, kann man eine Skala aufstellen über die verschiedene Wirkungsintensität von Rechtsnorm, Präjudiz und subjektiver Einstellung bei richterlichen Entscheidungen je nach der Bestimmtheit der Rechtsnorm⁵⁹).

§ 10 Systemtheoretiker

In der Systemtheorie, mit der der Überblick abgeschlossen werden soll, werden Gesetzgebung und richterliche Entscheidung nicht nur unterschieden, sondern in ihrer Verschiedenheit als wesentliche Bausteine für die Darstellung des politischen Systems betrachtet. So sei die Trennung von programmierendem und programmiertem Entscheiden erforderlich, um die „übermäßig hohe Komplexität“ stufenweise zu reduzieren⁶⁰). Mittels dieser Kompetenzverteilung werde nicht nur hohe Komplexität abgearbeitet, sondern Stabilität und Wandel zugleich verbürgt. Ein System sei für den Wandel, das andere für Stabilität zuständig⁶¹). Danach würde eine Entbindung des Richters von konditionalen Programmen und seine Umstilisierung zum Sozialtherapeuten oder zum social engineer einen Verlust an Stabilität, d. h. an Rechtssicherheit und Rechts-

⁵⁸) Siehe R. Lautmann, Justiz, von innen betrachtet, in: Krim. Journ. 1970, S. 158 f.: „je näher eine Alternative am formellen Programm ist, desto eher wird sie ausgewählt“. „Konformität mit dem formellen Programm ist ein jederzeit berufbares und durchschlagendes Argument“.

⁵⁹) Vgl. Theodore L. Becker, Political Behavioralism and Modern Jurisprudence: A Working Theory and Study in Judicial Decision-Making, 1964, S. 100 ff.

⁶⁰) Luhmann, Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AöR Bd. 94 (1969), S. 22.

⁶¹) Luhmann, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 1 (1970), S. 190, 191; siehe ferner die Darstellung bei Röhl (Anm. 25), S. 129 f.

orientiertheit des Verhaltens hervorbringen und den politischen Druck auf die Justiz verstärken⁶²). Der Beitrag des Richters liege in der Absorption von Ungewißheit und in der Reduktion der Unbestimmtheit rechtlicher Entscheidungsprogramme. Zum Vorgang des Entscheidungsprozesses wird bemerkt: logische Sprünge ließen sich nicht vermeiden, aber immerhin auf kleine Schritte verteilen und kontrollieren. In der Renaissance des Richterrechts in unseren Tagen komme zum Ausdruck, daß die größer gewordene Entscheidungslast auch vom Richter mit übernommen werden müsse⁶³).

Diese auch aus der juristischen Diskussion bekannten Argumente⁶⁴), die also eine Bestätigung durch die Systemtheorie erfahren, behandeln nicht die Frage nach der Realisierbarkeit richterlicher Gesetzesbindung. Voraussetzungen und Möglichkeiten richterlicher Gesetzesbindung sind auch nicht Gegenstand eingehender systemtheoretischer Überlegungen zum Thema „Legitimation durch Verfahren“. So hält *Luhmann* im Vorwort zur 2. Auflage seinen juristischen Kritikern⁶⁵) vor⁶⁶): Es sei nicht Absicht dieses Buches, den Entscheidungsprozeß des Richters zu skizzieren; das hätte ganz andere Überlegungen erfordert. Vielmehr sollte eine dazu ergänzende Perspektive eingeführt werden. Verfahren würden als soziale Systeme betrachtet, die mit Entscheidungsprozessen synchronisiert, aber nicht identisch seien. In diesen Interaktionssystemen würden einige, aber keineswegs alle Entscheidungsprämissen fixiert. Gegenstand der Untersuchung seien vielmehr die sozialpsychologischen Aspekte des gerichtlichen Verfahrens wie Konfliktdämpfung, Zermürbung der Beteiligten und Absorption erwarteter Proteste. — Danach ist der Richter oder das Gericht eine black box, der Daten (z. B. Gesetze) eingegeben werden und die eine Entscheidung ausgibt⁶⁷).

⁶²) *Luhmann*, Rechtssoziologie, 1972, S. 241; *ders.*, Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl. 1975, S. 135 mit besonderem Hinweis auf die Unparteilichkeit des Richters.

⁶³) *Luhmann* (Anm. 61), S. 185.

⁶⁴) Vgl. dazu die Literatur zur Unabhängigkeit des Richters, besonders *Eichenberger* (Anm. 6), S. 64 ff., 83 ff.

⁶⁵) Vgl. etwa *Esser* (Anm. 18), S. 202 ff.; *Zippelius*, Legitimation durch Verfahren? in: Festschrift f. Larenz, 1973, S. 293 ff.

⁶⁶) S. 3.

⁶⁷) Die Legitimität des Gerichtsverfahrens systemtheoretisch definiert als „eine generalisierte Bereitschaft, inhaltlich noch unbestimmte Entscheidungen innerhalb gewisser Toleranzgrenzen hinzunehmen“ (*Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl., S. 28), dürfte die Annahme des Richters als black box verbieten, sondern voraussetzen, daß sich der Richter an das Gesetz gebunden

Soweit Systemtheoretiker den gerichtlichen Entscheidungsprozeß näher zu analysieren versuchen⁶⁸), werden die Eingabedaten genauer gekennzeichnet⁶⁹). Dabei spielen auch die Gesetze als Internals eine Rolle. Die Eingabedaten bewerte der Richter individuell, wobei u. a. die Rechtsnormen (in seinem Verständnis) eine Rolle spielten. Anschließend müsse im Richterkollegium ein Gruppenkonsens hergestellt werden. — Diese Sicht der Dinge bedeutet einen Fortschritt gegenüber primitiven Vorstellungen von Richtersozio⁷⁰logie. Die Antwort auf unsere Frage nach den Bedingungen der Möglichkeit richterlicher Gesetzesbindung wird jedoch nicht gefördert.

Systemtheoretische Erörterungen der Funktion von Rechtsdogmatik⁷¹) beschäftigen sich mit der Verarbeitung der eingegebenen Gesetze und der Erzeugung der Entscheidungen. Wegen des prinzipiellen Vergangenheitshorizonts der Gesetze und des Zukunftshorizonts der Entscheidungen werden zwar gesellschaftsadaquate dogmatische Begriffe — eine zukunfts offene antizipatorische Rechtsdogmatik (Beachtung der Regelfolgen!) — gefordert, eine Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen als social engineering aber erneut abgelehnt. Als Schranke des dogmatisch Möglichen wird auf die Normativität verwiesen⁷²), ohne daß erörtert wird, wie überhaupt eine normative Bindung an abstrakte Rechtssätze im Entscheidungsfalle möglich ist⁷³). Die Frage wird mit folgender Bemerkung⁷⁴) an den Juristen weiter- bzw. zurückgegeben: Es wäre verfehlt, die juristische Dogmatik und Entscheidungstechnik durch unmittelbaren Bezug auf Systemprobleme zu soziologisieren. Der Rechtssoziologe müsse die soziale Funktion der Eigenständigkeit juristischer Dogmatik und Entscheidungstechnik begreifen.

fühlt und durch eine solide juristische Ausbildung Entscheidungen garantiert, die mit dem Gesetz in Beziehung gebracht werden können und prinzipiell wiederholbar sind.

⁶⁸) Vgl. insbesondere *Walter F. Murphy*, *Elements of Judicial Strategy*, 1964, S. 32 ff.

⁶⁹) Anträge, Ansprüche von Prozeßbeteiligten und Außenstehenden, allgemeine Unterstützung gerichtlicher Schlichtung durch die Kräfte der Gesellschaft, Drohungen, Sanktionen.

⁷⁰) So die Bewertung bei *M. Weiß* (Anm. 45), S. 124 ff.

⁷¹) *Luhmann*, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, S. 36 ff., 53, 57 ff.

⁷²) *Luhmann* (Anm. 71), S. 57.

⁷³) nur allgemeiner Hinweis bei *Luhmann* (Anm. 71), S. 52.

⁷⁴) *Luhmann* (Anm. 60), S. 31; wenig brauchbar dagegen der pauschale Hinweis in Legitimität durch Verfahren, S. 64: der Richter entnehme sein Urteil dem geschriebenen Recht, in dem definiert sei, welche Tatsachen in welchem Sinne für die Entscheidung relevant seien.

§ 11 Ergebnis

Nach Durchsicht der verschiedenen soziologischen Ansichten zum Problem der richterlichen Gesetzesbindung ist dieser Satz nur zu unterstreichen. Es hat sich nämlich ergeben: Soweit nicht indiskutable Isolierungen einzelner möglicher Kausalfaktoren vorgenommen werden, wird dem Gesetz als bestimmendem Faktor für die richterliche Entscheidung ein gewisser Raum gelassen⁷⁵⁾: als aufgenommene Rollenerwartung, als „verinnerlichtes Über-Ich“, als den Richtern innewohnendes gleiches Vorurteil oder als sprachliche Konvention. Dabei interessiert die auf Erklärung ausgehenden Soziologen nicht das Problem der Normativität, sondern höchstens ein zum Motiv gewordener Wille des Richters, sich an das Gesetz zu halten. Wegen des auf Motivforschung gehenden soziologischen Interesses wird der derzeitige Stand der juristischen Methodendiskussion kaum berücksichtigt. Der gegen die juristische Methodenlehre immer wieder erhobene Vorwurf der Ausblendung bestimmter Probleme wendet sich noch gegen die alte positivistische Methodenlehre, die zu außernormativen Aspekten ein ähnlich gebrochenes Verhältnis hatte, wie heute viele Soziologen zur normativen Seite der rechtlichen Phänomene⁷⁶⁾.

Sicherlich hat uns die empirische Forschung für faktisch bestehende außernormative Einflüsse auf die richterlichen Entscheidungen sensibler gemacht. Gleichwohl kann es nicht Aufgabe der Juristen sein, sich von der Soziologie ins Schlepptau nehmen zu lassen. Unsere Aufgabe ist es, vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Bindungsklausel zu untersuchen, wie eine richterliche Gesetzesbindung realisiert werden kann. Wenden wir uns daher jetzt der Frage nach Möglichkeit und Grenzen richterlicher Gesetzesbindung und damit dem Hauptstück des Problems der Normativität von Gesetzen zu.

III. Zur Normativität von Gesetzen

§ 12 Sprache und Wirklichkeit

Diese rechtswissenschaftliche Grundlagenfrage lautet: Kann das abstrakte, sprachlich formulierte Gesetz überhaupt normativ auf die Wirklichkeit wirken und damit dem Richter Maßstab bei der Entscheidung von Fällen sein?

⁷⁵⁾ Vgl. dazu Röhl (Anm. 25), S. 126—128; K.-D. Opp, Gesetzliche und außergesetzliche Einflüsse auf das Verhalten von Richtern, Zeitschrift f. Soziologie 1972, S. 250 ff.

⁷⁶⁾ Treffend dazu Wieacker, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Festschrift f. Gadamer Bd. 2, 1970, S. 312 f.

Die zum Zwecke der Normierung erforderliche Abstraktion geschieht mit den Mitteln der Sprache; die Wirklichkeit, auf die normierend eingewirkt werden soll⁷⁷⁾, ist aber aus anderem Material, sie ist unendlich konkret. Wie schlage ich die Brücke von der unendlich konkreten Wirklichkeit zur sprachlichen Abstraktion⁷⁸⁾? Eine positive Antwort auf diese Frage ist die Bedingung aller Normativität. — Wir können uns diese Frage nicht mit dem Hinweis darauf ersparen, daß mit den Mitteln der Sprache zunächst einmal ein juristischer Sachverhalt formuliert wird, der sodann erst mit dem ebenfalls sprachlich gefaßten gesetzlichen Tatbestand in Beziehung gesetzt wird. Normative Wirkung auf die Wirklichkeit erreichen wir nur, wenn bereits die Herausmeißelung des „juristischen Sachverhalts“ aus der unendlichen Welt der Geschehensabläufe durch die Norm geleitet wird. Anderenfalls wäre Normativität Illusion. Der Richter, der den Sachverhalt feststellt, könnte nach seinem Belieben die Normativität manipulieren.

Die Brücke zwischen sprachlicher Abstraktion und Wirklichkeit hat *Engisch* mit dem Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Norm und Wirklichkeit beschrieben⁷⁹⁾. Dadurch werde die Konstitution des Sachverhalts bereits normativ geleitet. Die Frage bleibt aber, wie dieser Brückenschlag möglich ist.

Die Gesetze werden im Hinblick auf die Wirklichkeit formuliert. Die zu ordnende Wirklichkeit ist insofern an der Konstitution der Norm beteiligt⁸⁰⁾. Mit den Mitteln der Sprache werden Aspekte⁸¹⁾ der Wirklichkeit im gesetzlichen Tatbestand be-

⁷⁷⁾ Die Normativität des Rechts besteht geradezu darin, daß sie bestimmte änderbare Geschehensabläufe bekämpft und neue (bessere) Wirklichkeiten fördert. Dazu *H. Heller*, Staatslehre, 1934, S. 220 i. V. m. S. 47 ff., sowie S. 260 ff.

⁷⁸⁾ Zum folgenden *Starck* (Anm. 7), S. 261 ff. Meine dortigen Aussagen behalte ich bei, versuche sie hier jedoch klarer zu formulieren.

⁷⁹⁾ *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., 1963, S. 15; dazu *Larenz* (Anm. 16), S. 262 ff.; ausführlich *J. Hruschka*, Die Konstitution des Rechtsfalles, 1965. Vgl. schon *Schmitthenner* (Anm. 8), S. 544: „Der richterliche Bescheid als ... verbindlicher Beschluß setzt als technische Tätigkeit die Ermittlung der tatsächlichen Verhältnisse (*causae cognitio*) und die Erforschung und Findung der im konkreten Fall anwendbaren Rechtsregel voraus“.

⁸⁰⁾ So *Betti*, Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, 1967, S. 620 ff.; *Eichenberger* (Anm. 6), S. 100 f.; *F. Müller*, Normstruktur und Normativität, 1966, S. 147 ff.

⁸¹⁾ Genauer etwa *G. Simmel*, Das individuelle Gesetz (1913), Ausgabe 1968, S. 175; *Stig Jørgensen* (Anm. 44), S. 17 f., 91; *ders.* (Anm. 15), S. 58 f.

grifflich erfaßt und einer ebenfalls abstrakt-begrifflich gefaßten Rechtsfolge unterworfen. Die tatbestandlich-begriffliche Formulierung der Wirklichkeit verlangt eine Wertung des Gesetzgebers, die u. a. bestimmt ist durch die leitenden Ideen, unter denen die Wirklichkeit betrachtet wird⁸²). Der so gewonnene Begriff von der Wirklichkeit ist etwas Allgemeines⁸³), das Wiederholung ermöglicht.

§ 13 Gesetzesanwendung

Bei der Gesetzesanwendung wird der geschilderte Vorgang umgekehrt⁸⁴). Die Entsprechungen des Allgemeinen in der Wirklichkeit werden aufgesucht, um den juristischen Sachverhalt zu bilden⁸⁵). Dabei knüpft der Rechtsanwender an die Erfahrungen an, die für die Herstellung des Gesetzes benutzt worden sind. Er sucht Entsprechungen des Allgemeinen in der Wirklichkeit auf, die der Gesetzgeber in Bezug genommen hat, als er die Normen formuliert hat⁸⁶).

Die Umkehrung des dem Gesetz zugrundeliegenden Abstraktionsprozesses bei der Entscheidung von Einzelfällen ist möglich, weil die Sprache kraft ihrer gemeinsamen Benutzung Verständigung über die Wirklichkeit erlaubt. Der Sprache wohnt eine vereinigende Kraft inne⁸⁷), die wesentliche Voraussetzung für die umgangssprachliche Kommunikation und für die In-

⁸²) So auch *Hassemer*, Tatbestand und Typus 1968, S. 80 unter Berufung auf Lipps.

⁸³) *Hegel*, Phänomenologie des Geistes (1807), Werke Bd. 3, Suhrkamp 1970, S. 91; dazu *Starck* (Anm. 37), S. 612 f.

⁸⁴) *Thomas Fleiner*, Recht — Sprache — Wirklichkeit, in: *Freiburger Zeitschrift für Philosophie und Theologie*, Bd. 19 (1972), S. 180, 182.

⁸⁵) Hierzu treffend *Schelsky* (Anm. 55), S. 412 mit Hinweis auf die Notwendigkeit, Sachverhaltsfeststellungen in der juristischen Ausbildung zu lernen.

⁸⁶) Damit ist auch das Mißverständnis ausgeräumt, Norm und Normativität erschöpften sich im Normtext. Ebenfalls ablehnend, aber aus verschiedenen Gründen: *J. Esser* (Anm. 18), S. 71 f.; *F. Müller* (Anm. 80), S. 147 ff. Von dem oben angenommenen Ausgangspunkt dürfte jeder Versuch, EDV zur Lösung von Rechtsfällen einzusetzen, nur in den Bereichen möglich sein, in denen eine formalisierte juristische Sprache mit eng und exakt bestimmbarer Sprachbedeutung zur Normierung eingesetzt werden kann. Ansonsten hängt „die Richtigkeit der Subsumtion ... von der Richtigkeit der Obersatzbildung und der Sachverhaltswürdigung ab, und keines der beiden Urteile kann vom Gesetzgeber vorfabriziert zur Verfügung an eine Datenverarbeitungsmaschine angeboten werden“ (so *Esser* [Anm. 18], S. 60).

⁸⁷) Daher die große Bedeutung der textlichen Verkörperung für die Normativität, dazu *Esser* (Anm. 3), S. 376.

tersubjektivität der Wirklichkeitserfahrung ist⁸⁸). Die semantische Leistung der im Gesetz verwendeten Begriffe ist besonders groß, wenn es sich um neue Gesetze handelt, die möglichst präzise formuliert sind. — Handelt es sich um ältere oder weniger präzise formulierte Gesetze, so ist die Wirklichkeitsreferenz der Begriffe i. d. R. aufgrund eines allgemeinen⁸⁹) Vorverständnisses herstellbar. D. h., außer den verwendeten Worten spielen eine Rolle: exemplarische Konfliktsfälle in Präjudizien⁹⁰), gemeinsame soziale Erfahrungen, der Traditionszusammenhang⁹¹) und schließlich die Juristenausbildung⁹²). Es geht bei der Rechtsanwendung stets um ein soziales, d. h. den meisten gemeinsames Vorverständnis, das prägend auf das einzelne Subjekt wirkt⁹³). Soweit also den Begriffen ein Bedeutungskonsens⁹⁴) zugrundeliegt, ist der Richter in der Lage, auf der Grundlage des Gesetzes in dem unendlich konkreten Geschehensablauf bestimmte Erscheinungen zu erkennen als Wiederholungen von Erscheinungen, die den Gesetzgeber zur gesetzlichen Regelung veranlaßt haben⁹⁵).

⁸⁸) Vgl. *Habermas*, in: *Hermeneutik und Ideologiekritik*, 1973, S. 140.

⁸⁹) also nicht persönlichen Vorurteils.

⁹⁰) in diesem Sinne auch *Röhl* (Anm. 25), S. 125.

⁹¹) So *Esser* (Anm. 18), S. 10.

⁹²) Dies betont *R. B. Seidmann*, *The Judicial Process Reconsidered in the Light of Role-Theory*, in: *Modern Law Review* Bd. 32 (1969) S. 516, bes. S. 522.

⁹³) Dieses ist aus sprachlichen, historischen und anthropologischen Elementen zusammengefügt und entzieht sich jeder einseitigen kausalen Ableitung, worauf *Rottleuthner* (Anm. 42), S. 32 ff. in seiner Kritik hinaus will. Zur anthropologischen Komponente vgl. *Noll*, *Die Normativität als anthropologisches Grundphänomen*, in: *Festschrift für Engisch*, 1969, S. 125 ff.

⁹⁴) Die Kategorien „wahrer“ und „falscher“ Konsens, der Rückgriff auf die psychoanalytische Neurosenlehre und die Figur der verzerrten Kommunikation (vgl. *Habermas*, in: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, S. 101; *ders.*, in: *Hermeneutik und Ideologiekritik*, 1973, S. 130 ff., differenzierter *ders.*, *Wahrheitstheorien*, in: *Festschrift f. Walter Schulz*, 1973, S. 238 ff.) müssen außer Betracht gelassen werden, weil nicht klar ist, wer (von außerhalb solch einer Konsensbasis?) zwischen „wahr“ und „falsch“ usf. entscheiden soll. Treffend dazu *Gadamer*, in: *Hermeneutik und Ideologiekritik*, S. 303. Für das juristische Anwendungsproblem kommt es auf das Gemeinte und nicht auf die Wahrheit an.

⁹⁵) Wenn es z. B. bei *Hölderlin*, *Werke und Briefe*, hrsg. v. *Beißner* u. *Schmidt*, 1969, Bd. I, S. 315 heißt: „Wir haben zusammen aufs Feld gegangen, saßen vertraulich umschlungen im Dunkel des immergrünen Lorbeers, ...“, so kann jeder, der deutsch versteht, den sprachlichen Text in Vorstellung von der Wirklichkeit übersetzen. Diese Auslöserfunktion der Sprache gehört ja zu den wesentlichsten Funktionen der schönen Literatur. Das Gemeinsame aller verschiedenen durch diesen Text ausgelösten Vorstellungen

Wird der Bedeutungskonsens durch eine Minderheit aufgekündigt, so wirkt dies nicht unmittelbar auf die Norm. Sowohl eine Minderheit der Bevölkerung als auch der Richterschaft ist in der Lage und auch gehalten, sich an der traditionell nachweisbaren Bedeutung der Gesetze zu orientieren⁹⁶). Diese Inpflichtnahme der Richter folgt aus der verfassungsrechtlichen Gesetzesbindung⁹⁷), die anderenfalls völlig zur Disposition von Minderheiten stände.

Das Fazit: Wir können zwischen Sprache und Wirklichkeit intersubjektiv nachprüfbar⁹⁸) eine Brücke schlagen. Damit ist Normativität möglich. Im Prinzip ist also eine Bindung des Richters an ein Gesetz durchführbar.

§ 14*) Offene Gesetzesbegriffe

Das bisher Gesagte bedarf weiterer Erläuterungen besonders im Hinblick auf wertende Gesetzesbegriffe, Generalklauseln und sog. unbestimmte Rechtsbegriffe. Gesetzesbegriffe wie z. B. „gute Sitten“, „dienstliches Bedürfnis“, „ortsübliches Verhalten“, „Verkehrssicherheit“, „lauterer Wettbewerb“, „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“, „Eignung“, „Zumutbarkeit“, „unbillige Härte“ verweisen auf normative Maßstäbe in Gestalt von akzeptierten, in der sozialen Wirklichkeit bestehenden Wertungen, mit deren Hilfe konkretes Verhalten beurteilt werden soll⁹⁹). Damit wird ein beobachtetes als normal bewertetes

von Wirklichkeit, ist im Text und den verschiedenen zum Werk gehörenden Kontexten auf den Begriff gebracht. Entsprechend verhält es sich beim Verstehen gesetzlicher Tatbestände.

⁹⁶) Im Völkerrecht führt die babylonische Sprachverwirrung bereits dazu, daß die Sprache der Verträge nicht mehr von einem Konsens getragen ist. Im Staatsrecht der Bundesrepublik scheint sich entsprechendes vorzubereiten durch eine Uminterpretation des Demokratiebegriffs (vgl. etwa *Abendroth*, Das Grundgesetz, 3. Aufl., 1972, S. 79 ff.). — Konsensprobleme werden heute erzeugt durch eine Juristen- und damit Richterausbildung, die auf Aufkündigung des Bedeutungskonsens zum Zwecke gesellschaftsverändernder Praxis geht, vgl. in diesem Sinne etwa *R. Hoffmann*, in: Der neue Jurist, Ausbildungsreform in Bremen als Planungs- und Lernprozeß, 1973, S. 138 ff.; vgl. andererseits *H. Schelsky* (Anm. 55), S. 414 ff.; *E. Behrendt*, Radikale Ausbildung — Radikalaus-
bildung (Recht und Staat, Heft 435/36) 1974.

⁹⁷) Es ist zu unterscheiden zwischen Amtspflichten des Richters und seinen Rechten als Privatmann aus Art. 5, Art. 2 I, 4 I GG usw.

⁹⁸) So auch *Habermas*, Zur Logik der Sozialwissenschaften, Phil. Rdsch. Beiheft 5, 1967, S. 76.

⁹⁹) Vgl. *Strache*, Das Denken in Standards, 1967, S. 14 ff.; zu Gemeinwohlklauseln im öffentlichen Recht *P. Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 425 ff.

*) § 14 ist mündlich nicht vorgetragen worden. Er wird hier dennoch abgedruckt, weil sich der Referent in der Diskussion auf die Ausführungen bezogen hat; Red.

Verhalten zum Maßstab für zukünftiges Verhalten erklärt¹⁰⁰). Eine nähere begriffliche Beschreibung des geforderten Verhaltens findet nicht statt, weil die Verhaltensweisen so mannigfaltig sind, daß sie sich begrifflicher Präzision entziehen, und weil begrifflich präzise Kasuistik das Regelungsziel nicht oder nur unvollkommen erreicht¹⁰¹). Die als normal bewerteten — nicht unbedingt mehrheitlich geübten — Verhaltensmuster müssen aus realen Verhaltensweisen und gegebenenfalls aus Präjudizien erschlossen werden¹⁰²). Dabei ist der Beurteiler in eine lebendige juristische und außerjuristische Tradition hineingestellt, die er vor seinen subjektiven Wertvorstellungen zur Geltung bringen kann und muß¹⁰³). — Der Brückenschlag zwischen Sprache und Wirklichkeit wirft hier besondere Probleme¹⁰⁴) auf, ohne sich aber prinzipiell von der geläufigen Gesetzesanwendung zu unterscheiden¹⁰⁵).

§ 15 Gesetzesanwendung und Auslegungsregeln

Die juristischen Auslegungsregeln vermitteln diesen Brückenschlag methodologisch und sind entgegen neueren Behauptungen¹⁰⁶) unentbehrlich¹⁰⁷), wenngleich sie nicht automatisch ein richtiges Ergebnis verbürgen. Sie helfen, über ein vordergründiges Verständnis hinaus, den Inhalt der Gesetze zu klä-

¹⁰⁰) Ähnlich Esser (Anm. 7), S. 150.

¹⁰¹) Starck (Anm. 7), S. 265 f.

¹⁰²) Dazu F. Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956; F. Werner, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht (1966), in: *ders.*, Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 199 ff.

¹⁰³) Vgl. dazu Strache (Anm. 99), S. 76.

¹⁰⁴) Die Regelbildung aus tatsächlich vorkommendem Verhalten verstärkt den Kontakt der sprachlich gefaßten Regel zur Wirklichkeit.

¹⁰⁵) Freilich besteht nicht die scharfe Trennung zwischen Regel und Standard, wie sie Strache (Anm. 99), S. 15, 17 f. seinen Überlegungen zugrunde zu legen scheint. Vgl. Starck (Anm. 7), S. 264.

¹⁰⁶) Esser (Anm. 18), S. 7.

¹⁰⁷) Die Diskussion um die juristischen Auslegungsregeln ist seit Viehweg, Topik und Jurisprudenz (1953), 5. Aufl. 1974 in starker Bewegung. Vermittelnd Diederichsen, Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, NJW 1966, S. 697 ff.; Kriele (Anm. 29), S. 114 ff.; Wieacker (Anm. 76), S. 311 ff., bes. S. 334 ff.; *ders.*, Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft, in: Festschrift f. Pan. J. Zepos, Athen 1973, S. 391 ff.; vgl. ferner die Darstellung bei Larenz (Anm. 16), S. 138 ff.; die Methoden der Verfassungsinterpretation als disziplinierende und kanalisierte Filter auch bei Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1965, S. 303 in den im übrigen hauptsächlich beschreibenden Ausführungen zur Verfassungsinterpretation.

ren¹⁰⁸⁾ und den vom Gesetzgeber gemeinten Wirklichkeitsbereich zu erfassen. Hierzu dienen besonders die historische und die teleologische Auslegung. Solche Regeln sind — wie Herr *Roellecke* schon richtig gesagt hat — als Metaregeln zwar auch Sprache, aber eben Anleitungen oder Programme für den Brückenschlag. Eine allgemein verpflichtende Systematik dieser Auslegungsregeln gibt es nicht¹⁰⁹⁾. Erst aus der Verfassung gewonnene funktionsrechtliche Grundsätze werden gebietsweise Vorzugsregeln ergeben¹¹⁰⁾.

§ 16 Gesetzesanwendung und Sozialwissenschaft

An dieser Stelle darf ein Wort nicht fehlen über den Nutzen der empirischen Sozialwissenschaften für die einzelne Gesetzesanwendung. Hilfe durch die Sozialwissenschaften erfahren die Juristen bei einzelnen Rechtsanwendungsproblemen: Bessere Sachverhaltsermittlung, genauere Konstitution des Rechtsfalls, die freilich soweit irgend möglich normativ geleitet bleiben¹¹¹⁾ muß. Hier ist auch der Ort des Sachverständigen¹¹²⁾. Über diese auf den Einzelfall bezogene sozialwissenschaftliche Hilfe hinaus ist auch bei der dogmatischen Regelbildung Empirie nützlich als Empirie in der Rechtsdogmatik¹¹³⁾. Schließlich kann empirische sozialwissenschaftliche Forschung Auskunft geben über strukturellen Wandel der Wirklichkeit und über die Auswirkung von Entscheidungen auf die Wirklichkeit. Das sind Grundlagen für eine juristische Antwort auf die Frage, welchen Einfluß ein Wirklichkeitswandel auf die Norm hat.

IV. Die Funktion der Rechtsprechung nach dem Grundgesetz

§ 17 Grundlagenfragen und Verfassungsrecht

Aufgrund der soeben skizzierten Einsicht über die Normativität ist nun die verfassungsrechtliche Bindungsklausel zu interpretieren und damit das verfassungsrechtliche Verhältnis

¹⁰⁸⁾ Sie machen auf die vielfältigen Gesichtspunkte aufmerksam, die für die Auslegung von Bedeutung sein können, vgl. *Larenz* (Anm. 33), S. 296 f.

¹⁰⁹⁾ Solch eine Meta-Metaregel i. S. etwa einer festen Stufenordnung hat sich zu Recht nicht durchgesetzt; dazu zuletzt *Larenz* (Anm. 16), S. 332 ff.

¹¹⁰⁾ Dazu *Starck* (Anm. 7), S. 261.

¹¹¹⁾ Vgl. *Naucke*, Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, 1972, S. 34 ff.; eine gelungene Übersicht gibt *Hopt*, Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten? JZ 1975, S. 341 ff.; K. D. *Opp* (Anm. 75), S. 83 ff. Über die Grenzen bei der Erforschung der Gegebenheiten vgl. K. *Michaelis* (Anm. 52), S. 314 ff.

¹¹²⁾ *Schelsky* (Anm. 55), S. 413.

¹¹³⁾ Vgl. *Starck* (Anm. 37), S. 609 ff.; *Luhmann* (Anm. 71), S. 28 f.

von Richter und Gesetzgeber zu bestimmen. Dieser neuralgische Punkt unserer Rechtsordnung zeigt besonders deutlich, daß Verfassungsnormen nicht mehr fordern können, als theoretisch möglich und praktisch durchführbar ist¹¹⁴⁾. Aus den einschlägigen Vorschriften des Grundgesetzes über Funktion des parlamentarischen Gesetzgebers und über Funktion der Rechtsprechung¹¹⁵⁾ ist in ständiger Rücksicht auf die der Rechtsordnung vorausliegenden Bedingungen der Normativität ein differenziertes Verständnis der Bindungsklausel zu entwickeln.

§ 18 Funktionen der Rechtsprechung

Die Funktion der Rechtsprechung wird häufig in Abgrenzung zur Gesetzgebung mit griffigen Formeln gekennzeichnet wie: der Gesetzgeber gestalte, der Richter bewahre¹¹⁶⁾; der Gesetzgeber entscheide politisch, der Richter rechtlich; der Gesetzgeber setze Recht, der Richter wende Recht an¹¹⁷⁾. Andere definieren Rechtsprechung ohne nähere Kennzeichnung der Gesetzgebung als Streitentscheidung durch einen unbeteiligten Dritten¹¹⁸⁾ oder als unabhängige Behebung einer spezifischen Rechtungsgewißheit¹¹⁹⁾. Diese Umschreibungen treffen nur Aspekte der richterlichen Tätigkeit. Auch der Gesetzgeber bewahrt, der Richter gestaltet; auch der Gesetzgeber entscheidet Streit im weiteren Sinne und behebt Rechtungsgewißheit usw.

Ungeachtet eines noch genaueren materiellen Begriffs definiere ich Rechtsprechung als eine im justizförmigen Verfahren geschaffene autoritative und endgültige¹²⁰⁾ Individualisierung von (hypothetischen) Rechtssätzen in Fällen bestrittenen oder

¹¹⁴⁾ Zur Wechselwirkung von Methodenlehre und Verfassungsrecht vgl. *Kriele* (Anm. 29), S. 33; *Starck* (Anm. 7), S. 260 ff.; *Badura*, Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts, in: Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, Verh. d. dt. Sozialgerichtsverbandes, 1973, S. 42, 54 f.; zuletzt: *J. Ipsen* (Anm. 28), S. 48; wohl auch *F. Müller* (Anm. 21), S. 67.

¹¹⁵⁾ Kaum hilfreich ist dagegen das Prinzip der Gewaltenteilung im allgemeinen, auf das sich *K. Vogel*, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, 1965, S. 371, stützen will.

¹¹⁶⁾ *P. Schneider*, Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, AÖR Bd. 82 (1957), S. 12 f.; *G. Roellecke*, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit, 1960, S. 101. Eine Variante dazu ist der Richter als „Vergangenheitsmensch“ und der Abgeordnete als „Zukunftsmensch“ vgl. mit Nachweisen *P. Kirchhof*, Verwalten und Zeit, 1975, S. 2, 28 Anm. 14.

¹¹⁷⁾ *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, Bd. 1, S. 4 ff., 131 ff.

¹¹⁸⁾ *Friesenhahn*, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, in: Festschrift f. R. Thoma, 1950, S. 22 ff., 27 f.

¹¹⁹⁾ *Eichenberger* (Anm. 6), S. 17 f.

¹²⁰⁾ endgültig = auf den einzelnen Fall bezogen und im Hinblick auf den ganzen Instanzenzug.

verletzten Rechts durch einen unabhängigen Richter¹²¹). Kraft Herkommens wird auch die richterliche Regelung privater Rechtsbeziehungen, die weder Streit noch Rechtsverletzung voraussetzen, als „freiwillige Gerichtsbarkeit“ zur Rechtsprechung gezählt. Im streitigen Gerichtsverfahren geht es darum, die Bedeutung des Rechts für einen Sachverhalt autoritativ außer Streit zu bringen. Normalerweise bedarf es für die der streitigen Gerichtsbarkeit unterliegenden Lebensbereiche keines Richterspruchs um festzulegen, was rechtens ist. In der Strafrichterbarkeit ist die richterliche Anwendung des Gesetzes auf einen Lebenssachverhalt eine besondere Schutzgarantie; sie kann in der Regel nicht durch übereinstimmende Rechtsansicht oder Einigung der Beteiligten ersetzt werden. Die rechtliche Wirkung der Strafgesetze selbst besteht in der Vorausbestimmung dessen, was strafbares Unrecht ist, und in der Abschreckung.

Auch das Bundesverfassungsgericht übt solch eine individualisierende Funktion aus, die jedoch meist nicht das Gesetz, sondern die Verfassung zum Maßstab hat. Teils wird das Bundesverfassungsgericht in einem Rechtsstreit angerufen, um über die Bedeutung der Verfassung (oder eines Gesetzes) für einen einzelnen Streitfall autoritativ und kategorisch zu entscheiden¹²²); teils entscheidet das Bundesverfassungsgericht ähnlich wie der Strafrichter oder der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne vorangegangenen Rechtsstreit, indem es in einigen Fällen¹²³) ein Monopol hat, die Verfassung auf bestimmte Sachverhalte zu individualisieren.

Daneben ist dem Bundesverfassungsgericht jedoch auch die Funktion zugewiesen, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen und über die Geltung anderer allgemeiner

¹²¹) Ich halte mich hier und im folgenden z. T. auch in den Formulierungen an *meine* Überlegungen in: Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970, S. 196 ff.; zur Definition der Rechtsprechung vgl. auch Hesse (Anm. 21), S. 221; vgl. aber schon R. Thoma, Grundbegriffe und Grundsätze, HbDStR Bd. 2 (1932), S. 127 ff. und U. Scheuner, Der Bereich der Regierung, in: Festgabe für Smend, 1952, S. 278 f. Anm. 66.

¹²²) Wahlbeschwerden (Art. 41 Abs. 2 GG); Organstreit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG); Bund-Länder-Streit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 und Art. 84 Abs. 4 Satz 2 GG); öffentlich-rechtliche Streitigkeiten (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG); Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes (Art. 99 GG); Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG), soweit nicht Normenkontrolle vorliegt.

¹²³) Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG), Verfassungswidrigkeit von Parteien (Art. 21 Abs. 2 GG), Anklage des Bundespräsidenten (Art. 61 GG), Richteranklage (Art. 98 Abs. 2 und 5 GG).

Rechtsnormen autoritativ zu entscheiden¹²⁴). In diesen Verfahren individualisiert das Bundesverfassungsgericht die Verfassung nicht auf einen Einzelfall, sondern legt an Hand der Verfassung autoritativ die Geltung, die Nichtgeltung oder den Geltungsbereich eines Gesetzes fest¹²⁵). Durch das bei ihm monopolisierte Normenkontrollverfahren ist das Bundesverfassungsgericht in einer noch näher zu kennzeichnenden Art¹²⁶) am Gesetzgebungsverfahren funktionell beteiligt¹²⁷).

§ 19 Verfahren der Rechtsprechung und der Gesetzgebung

Die Rechtsprechung erfüllt ihre Funktion, Einzelfälle aufgrund des Gesetzes bzw. der Verfassung zu entscheiden in einem justizförmigen Verfahren durch unabhängige (Art. 97 GG) und gesetzliche Richter (Art. 101 Abs. 1 GG) mit rechtlichem Gehör für die Beteiligten (Art. 103 Abs. 1 GG). Dieses Verfahren, das in den einzelnen Prozeßordnungen detailliert geregelt ist, soll eine möglichst richtige Individualisierung des Gesetzes auf den Einzelfall und eine möglichst gerechte Entscheidung¹²⁸) garantieren. Außerdem ist das Verfahren auf den Entscheidungszwang des Richters abgestellt. Das justizförmige Verfahren ist kein Weniger oder Mehr im Verhältnis zum Gesetzgebungsverfahren, sondern ein Aliud. — Das Gesetzgebungsverfahren¹²⁹) ist dagegen gemünzt auf die abstrakte, auf relative Dauer berechnete Regelung wichtiger Fragen¹³⁰).

¹²⁴) Abstrakte Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG), konkrete Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG), über innerstaatliche Geltung von Regeln des Völkerrechts (Art. 100 Abs. 2 GG), über Fortgeltung vorkonstitutionellen Rechts als Bundesrecht (Art. 126 GG), Normenkontrollen aufgrund von Verfassungsbeschwerden (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a und 4 b GG).

¹²⁵) Entsprechendes, aber nicht den Gesetzgeber betreffend, gilt für die abstrakte Normenkontrolle der Oberverwaltungsgerichte (§ 47 VwGO).

¹²⁶) Siehe unten § 22.

¹²⁷) Folgerichtig ist es daher, den über den Einzelfall hinausgehenden Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft zu verleihen und sie im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen (Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG; § 31 Abs. 2 BVerfGG).

¹²⁸) Wieacker, Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel, JZ 1957, S. 705.

¹²⁹) Vgl. Starck (Anm. 7), S. 157 ff.; Noll, Gesetzgebungslehre 1973, S. 63 ff.; J. Ipsen (Anm. 28), S. 138 ff.

¹³⁰) Über die Wichtigkeit einer Frage hat in vielen Fällen die Verfassung durch Gesetzesvorbehalte und Funktionszuschreibungen entschieden; darüber hinaus entscheidet der Gesetzgeber über die Wichtigkeit einer Frage und damit über die Regelungsbedürftigkeit nach politischem Ermessen in den Grenzen der verfassungsrechtlichen Vorbehalte anderer Staatsfunktionen, vgl. Starck (Anm. 7), S. 195 ff.

Die allgemein programmierende Tätigkeit des Gesetzgebers kann auf Einzelfälle nicht genügend Bedacht nehmen¹³¹). Die totale Vorprogrammierung von Lösungen für alle von der Rechtsordnung zu meisternden Konflikte ist nicht zu verwirklichen. Dem parlamentarischen Gesetzgeber sind hier natürliche Grenzen gesetzt: seine Kapazität, Probleme zu verarbeiten und Lösungen zu normieren, ist quantitativ und qualitativ begrenzt; aber auch seine Voraussicht der zu regelnden Konfliktslagen hat Grenzen¹³²). Je genauer der Gesetzgeber regelt und je näher er damit dem Ideal des Positivismus kommt, um so mehr verstrickt er sich ins Detail und beschwört damit zugleich die Gefahr herauf, daß seine Regelungen nur kurze Zeit passen. Daher ist der parlamentarische Gesetzgeber gehalten, auf einem angemessenen Abstraktionsniveau Normen zu setzen, die einen weiten und ständig in Entwicklung begriffenen Wirklichkeitsbereich für längere Zeit zu normieren in der Lage sind. — Die Anwendung von Normen durch die Gerichte hilft, deren Normativität bei Beibehaltung ihrer Abstraktionshöhe — auf jeweils besondere Fälle bezogen — zu verdeutlichen¹³³).

Wesentlich unterscheiden sich die Akteure des Gesetzgebungs- und Gerichtsverfahrens. Die Mitglieder von Parlament und Regierung sind abhängig von Wahlen und der Kandidatenaufstellung durch die Parteien. Die Richter sind dagegen unabhängig in sachlicher und persönlicher Hinsicht (Art. 97 Abs. 1 und 2 GG)¹³⁴). Korrelat dieser Unabhängigkeit ist Bindung an das Gesetz. Fehlte diese Bindung, käme den Richtern ein unvertretbares Maß an Macht zu¹³⁵).

¹³¹) *Eichenberger* (Anm. 6), S. 206 ff.

¹³²) Nach *Noll* (Anm. 129), S. 53 bezieht der umsichtige Gesetzgeber die Möglichkeit der gestaltenden Konkretisierung der gesetzten Normen durch den Richter in seine Überlegungen ein. Er könne darauf rechnen, daß der Richter die Gedanken des Gesetzgebers, durch konkrete Anschauung belehrt, von Fall zu Fall verbessern werde.

¹³³) Hierbei hilft die Rechtsdogmatik, die die gesetzlichen Normen nach systematischen Gesichtspunkten aufbereitet, Lücken kittet, erforderliche Einengungen vornimmt und Inkonsistenzen ausmerzt; dazu von allem *Wieacker* (Anm. 76), S. 311 ff., 316 ff.

¹³⁴) Hierzu grundlegend *Eichenberger* (Anm. 6); *Bettermann*, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: *Die Grundrechte* Bd. III/2 (1959), S. 523 ff.

¹³⁵) Gegen zu große Wertungsspielräume des Richters *Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970, S. 45 ff., ihm folgend *H. P. Schneider*, Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung, in: *DÖV* 1975, S. 452; zur Komplementärfunktion von richterlicher Unabhängigkeit und Gesetzesbindung siehe statt vieler *Eichenberger* (Anm. 6), S. 95 f.; *Badura* (Anm. 114), S. 42; *Röhl* (Anm. 25), S. 137.

Diese Macht würde zudem äußerst unkoordiniert ausgeübt werden. Die Einleitung gerichtlicher Verfahren findet nämlich nicht planmäßig statt, sondern liegt in der Hand einzelner Betroffener. Dagegen bestimmen über die Gesetzesinitiative die im Parlament vertretenen politischen Kräfte. Beim Erlass von Gesetzen können sich die für die Gesetzgebung zuständigen Organe (einschließlich der regelmäßig initiativen Regierung) auf weiter Basis über die zu regelnden Lebensbereiche informieren. Dagegen ist der Richter auf ein für den Einzelfall konzipiertes Beweisverfahren angewiesen¹³⁶⁾. Die Zeitknappheit würde auch verbieten, das richterliche Beweisverfahren auf allgemeine soziale Faktoren zu erstrecken¹³⁷⁾. Da zudem die Ansichten über die sozialen Faktoren (Wirklichkeit) nicht ohne Wertungen zu gewinnen sind¹³⁸⁾, würde bei der Vielzahl der zu Entscheidungen berufenen Richter die Rechtsordnung zersplittern¹³⁹⁾ und die für ein einheitliches Lebens- und Wirtschaftsgebiet erforderliche Kontinuität, Stabilität, Gleichmäßigkeit¹⁴⁰⁾ und Rationalität des Rechts verlorengehen¹⁴¹⁾.

§ 20 Richterliche Rechtsfortbildung

Diese Sonderung der Verfahren im Hinblick auf ihre verschiedenen Zwecke schließt freilich nicht aus, daß insbesondere in der Revisionsinstanz des gerichtlichen Verfahrens allgemeine Kriterien für die Entscheidung von zukünftigen Einzelfällen erarbeitet werden, die auch im Gesetz stehen könnten. Diese Erscheinung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung beruht auf dem Umstand, daß gesetzliche Regelungen nicht nur im Hinblick auf den Einzelfall mehr oder weniger unvollständig,

¹³⁶⁾ Auf den Unterschied von Beweistatsachen und Rechtstatsachen machen zutreffen aufmerksam *Haueisen*, NJW 1973, S. 644 Anm. 47; *Röhl* (Anm. 25), S. 306 Anm. 8 und *J. Limbach*, Die Vertragsgerechtigkeit als Beweisthema, in: ZRP 1975, S. 121 ff.

¹³⁷⁾ Dieses Beweisverfahren müßte außerdem vor den Revisionsgerichten stattfinden, vgl. § 20.

¹³⁸⁾ Siehe oben § 12.

¹³⁹⁾ Nach *Eichenberger* (Anm. 6), S. 214 kann der Richter bei mangelhafter Gesetzgebung die Rechtsordnung nicht retten; ähnlich *Diederichsen*, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, 1974, S. 51 ff.

¹⁴⁰⁾ Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz bedingt einerseits allgemeine, schematisierende und typisierende Regelungen, denen nur das Gesetzgebungsverfahren angemessen ist, und verlangt andererseits im Streitfall ein Verfahren, das eine Beziehung zwischen dem Gesetz und dem zu konstituierenden Rechtsfall herstellt, wie sie der Gesetzgeber nicht herstellen kann, so *Theodor Heller*, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, 1961, S. 100 f.; ähnlich *H. H. Rupp* (Anm. 17), S. 1774.

¹⁴¹⁾ Das wäre eine Gegenströmung gegen die heute vielfach geforderte westeuropäische Rechtsvereinheitlichung.

sondern oft auch in der allgemeinen Regelung selbst unvollkommen, unfertig¹⁴²⁾, unklar¹⁴³⁾ oder wegen des Wandels der Verhältnisse unpassend sind¹⁴⁴⁾.

Aufgrund der Kenntnis einer Vielzahl von Rechtsfällen, die der Gesetzgeber nicht kennen konnte, ist der Richter in der Lage¹⁴⁵⁾, ein Gesetz zu verbessern, zu präzisieren, zu differenzieren, kurz gesagt, Richterrecht zu schaffen¹⁴⁶⁾ und damit das Recht fortzubilden¹⁴⁷⁾. Diese Aufgabe wird den Revisionsgerichten in den Prozeßordnungen ausdrücklich zugewiesen¹⁴⁸⁾, steht aber auch hinter der verfassungsrechtlichen Einrichtung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Art. 95 Abs. 1 GG) und ergibt sich ferner aus der Einrichtung deren gemeinsamen Senats (Art. 95 Abs. 3 GG)¹⁴⁹⁾.

Eine Grenze zwischen Rechtsfortbildung und bloßer Auslegung läßt sich nicht finden¹⁵⁰⁾. Es genügt freilich, Grenzen der Rechtsfortbildung zu formulieren, wie sie sich aus der Funktionsbeschreibung von Rechtsprechung und Gesetzgebung ergeben¹⁵¹⁾, um das Gespenst der „unbegrenzten Auslegung“¹⁵²⁾ und damit die Aushöhlung der Bindungsklausel zu bannen.

¹⁴²⁾ Eilig zusammengebastelte Gesetze und punktuelle Regelungen des Gesetzgebers führen zwangsläufig zu einer stärkeren Bedeutung des Richters für die allgemeine Rechtsordnung, vgl. Rüthers, JZ 1974, S. 627; allgemein zum Informationsdefizit des (Verfassungs)Gesetzgebers hinsichtlich neuerer Entwicklungen P. Häberle (Anm. 29), S. 125.

¹⁴³⁾ Man denke an besondere Anpassungsarbeit, die durch neue Gesetze oder Gesetzesänderungen erforderlich wird.

¹⁴⁴⁾ Dazu statt vieler F. Kübler, *Privatrecht und Demokratie*, in: Festschrift für L. Raiser, 1974, S. 697; Mertens (Anm. 27), S. 682.

¹⁴⁵⁾ Die Erscheinung des „Richterrechts“ erinnert daran, daß der Richter vor dem Gesetzgeber da war; siehe dazu statt vieler R. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. Aufl. 1968, S. 583.

¹⁴⁶⁾ Treffend der Hinweis von Badura (Anm. 114), S. 52 zur Reghaftigkeit im Gegensatz zu subjektiver Kasuistik; entsprechend die Tendenz zur „Leitsatz“-Rechtsprechung, dazu F. Werner, *Recht und Gericht in unserer Zeit*, 1971, S. 168.

¹⁴⁷⁾ Dazu Larenz (Anm. 16), S. 350 ff.; Diederichsen (Anm. 139), S. 49; zum Selbstverständnis der Gerichte vgl. BGHZ 3, 308 (315); BVerfGE 34, 269 (268 ff.); BSGE 2, 164 (168 ff.); BFH, BStBl. 1952 III, S. 121.

¹⁴⁸⁾ § 137 GVG; § 11 Abs. 4 VwGO; § 11 Abs. 4 FGO; § 43 SGG; § 45 Abs. 2 ArbGG.

¹⁴⁹⁾ Ebenso — jedoch ohne Bezug auf Art. 95 GG — BVerfGE 34, 269 (287 f.) mit Nachweisen aus der Rspr. des BGH und des BAG.

¹⁵⁰⁾ Wieacker (Anm. 28), S. 6 f.; Larenz (Anm. 16), S. 25 jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹⁵¹⁾ R. Fischer, *Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung*, 1971, S. 30 ff., bezeichnet Grenzen, die nicht funktionsrechtlich abgesichert sind.

¹⁵²⁾ Dazu Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, 1968.

Weil dem Richter eine Kompetenz zur abstrakt-generellen Rechtssetzung fehlt¹⁵³), ist Richterrecht keine eigenständige Rechtsquelle¹⁵⁴), soweit es sich nicht zu Gewohnheitsrecht entwickelt hat¹⁵⁵). Die im Richterrecht enthaltenen Regeln gewährleisten jedoch Kontinuität¹⁵⁶) der Entscheidungstätigkeit der Gerichte und entfalten demgemäß faktische Geltung¹⁵⁷), die in engen Bereichen Grenzen für eine rückwirkende Änderung des Richterrechts verlangt¹⁵⁸).

§ 21 Begründung der Entscheidungen

In der heutigen Diskussion um staatsrechtliche und methodologische Fragen des Verhältnisses von Gesetz und Richter wird die Pflicht zur Begründung von Gerichtsentscheidungen wieder¹⁵⁹) stark betont¹⁶⁰). Diese Begründungspflicht, der von jeher das Interesse der Methodenlehre galt — die bekannten Ausle-

¹⁵³) Hesse (Anm. 21), S. 222.

¹⁵⁴) Ebenso Scholz, Arbeitsverfassung und Richterrecht, in: DB 1972, S. 1776, 1777; Badura (Anm. 114), S. 42, 53 mit weiteren Nachweisen; Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht? 1972, S. 151; a. A. Kruse, Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, 1971 sowie Ossenbühl, in: Erichsen/Martens, AllgVerwR S. 98: was jedoch die Revisibilität der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts anbelangt, so läßt sich dieses Problem lösen mit Hilfe des Gewohnheitsrechts.

¹⁵⁵) Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. § 25 V b.

¹⁵⁶) Dazu BAGE 12, 278 (284): „Wenn in einer Rechtsfrage für die eine wie für eine andere Antwort gute Gründe sprechen, so soll ein oberes Bundesgericht, das die Frage bereits in einer früheren Entscheidung in dem einen Sinne beantwortet hat, von seiner Rechtsprechung nicht abweichen. Seine Funktion besteht nicht zuletzt darin, mit der Entscheidung der Einzelfälle eine stetige, für die Praxis der Instanzgerichte und das Rechtsleben überhaupt richtunggebende einheitliche Linie der Rechtsprechung zu entwickeln“. Aus der Literatur H. P. Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, S. 39 f.

¹⁵⁷) die Kriele (Anm. 29), S. 243 ff. als präsumptive Verbindlichkeit bezeichnet; ebenso Esser (Anm. 18), S. 184 f.

¹⁵⁸) Siehe dazu Ipsen (Anm. 28), S. 226 ff.; für das Strafrecht H. L. Schreiber, Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht, JZ 1973, S. 713 ff.

¹⁵⁹) Die Begründungspflicht wurde auch schon im 19. Jhd. für so bedeutsam angesehen, daß sie Eingang in die Verfassungsurkunden fand, vgl. z. B. Bayern (1818) Tit. VIII § 2; Sachsen (1831) § 46. Zur Entwicklung des Gedankens der rationalen Begründung Wieacker (Anm. 76), S. 317 f., zum geltenden Recht, S. 333 f.

¹⁶⁰) z. B. Brüggemann, Die richterliche Begründungspflicht, 1971; Badura (Anm. 114), S. 49; Haverkate, Offenes Argumentieren im Urteil, ZRP 1973, S. 281 ff.; Henke, Jurisprudenz und Soziologie, JZ 1974, S. 733; H. H. Rupp (Anm. 17), S. 1773 f.; W. Hoffmann-Riem, Beharrung oder Innovation, in: Der Staat, Bd. 13 (1974), S. 353.

gungsregeln sind Anleitungen zur Begründung von Rechtsentscheidungen —, läßt sich aus der verfassungsrechtlichen Funktion der Rechtsprechung und aus Art. 103 Abs. 1 GG ableiten. Die richterliche Aufgabe, den Rechtsfall zu konstituieren und zugleich das passende Gesetz zu suchen — dieser Brückenschlag zwischen Wirklichkeit und Sprache — muß — selbst wenn er intuitiv geleistet wird — begründet werden: Diese Begründungspflicht besteht nicht nur den Prozeßbeteiligten gegenüber, sondern auch gegenüber den höheren Instanzen, den anderen Gerichten und den für die Gesetzgebung zuständigen Organen¹⁶¹); sie dient ferner der Eigenkontrolle des Richters und der Konsenserhaltung.

Da Sachverhalt und Gesetz untrennbar verwoben sind, erstreckt sich die Begründungspflicht auch auf Rechtsausführungen¹⁶²). Die Begründungspflicht steigert sich, wenn der Entscheidung ein Gesetz zugrundeliegt, das offene Begriffe enthält, oder wenn von den Grundsätzen früherer Entscheidungen (Richterrecht) abgewichen wird. Nur Begründungen, die Bezug¹⁶³) nehmen auf das Gesetz, vermögen die der allgemeinen Regelung innewohnende Tendenz zur Individualisierung zu verwirklichen. Dabei wird die richterliche Funktion, die sich nicht in logischen Operationen auflösen läßt, soweit möglich rationalisiert.

Die überlieferten Auslegungsregeln dienen dieser Rationalisierung und sollen dem Richter helfen, den Gesetzestext nicht in subjektiver Beliebigkeit, sondern für andere nachvollziehbar zu erfassen¹⁶⁴). Dabei kommt der historischen Auslegungsmethode eine wichtige, ja primäre Rolle zu¹⁶⁵). Denn eine zureichende Begründung für eine bestimmte Auslegung (einschließlich Rechtsfortbildung) verlangt, den historischen Regelungsansatz festzustellen, der in der Formel vom Willen des Gesetzgebers gemeint ist. Dagegen kaschiert die Argumentation mit dem objektiven Willen des Gesetzes mehr als sie erklärt¹⁶⁶) und ist daher keine zureichende Begründung.

¹⁶¹) Die Begründung wird nicht zu Unrecht als Rechtfertigung des Legalitätszusammenhangs bezeichnet bei Badura (Anm. 114), S. 42.

¹⁶²) Brüggenmann (Anm. 160), S. 157 ff.

¹⁶³) Zutreffend Flume, Richter und Recht, in Verh. des 46. DJT 1967, S. K 35.

¹⁶⁴) Eichenberger (Anm. 6), S. 200; Hesse (Anm. 21), S. 27.

¹⁶⁵) So Häberle (Anm. 29), S. 115, 125; teils zurückgenommen S. 118, richtig dagegen S. 121, 123.

¹⁶⁶) Vgl. etwa Binding, Handbuch des Strafrechts Bd. 1, 1885, S. 457: das Gesetz denkt und will, was der vernünftig auslegende Volksgeist ihm entnimmt. Zum obj. Willen des Gesetzes treffend C. Schmitt (Anm. 12), S. 31 ff.

*Bachof*¹⁶⁷⁾ hat treffend auf die Kommunikationsbreite der Richter hingewiesen mit einer gewissen Spitze gegen die Parlamente, in denen nur noch abgestimmt werde¹⁶⁸⁾. So steht der Richter mit den Prozeßbeteiligten, den Richterkollegen, den anderen Gerichten, mit der juristischen Fachwelt und Wissenschaft¹⁶⁹⁾ und mit der öffentlichen Meinung in einem dauernden Gespräch über Wert und Unwert seiner Rechtsprechung. Der Richter muß lernen, sich über seine Vorurteile Rechenschaft zu geben und sie zurückzustecken gegenüber den ihm erkennbaren vorgegebenen Wertungen der Gesetze. Zuhören, Suchen und Abwägen der verschiedenen Argumente werden dem guten Richter zur zweiten Natur. Dies ist die Basis für die Begründung der Entscheidung.

Von der Forderung jedoch, der Richter müsse bei der Begründung der Entscheidung seine persönlichen Vorurteile und Wertvorstellungen aufdecken, ist im Hinblick auf eine Rationalisierung der richterlichen Entscheidungsfindung nichts zu erwarten. Bei Kollegialgerichten wäre diese Forderung ohnehin nur zu verwirklichen, wenn jeder Richter des Kollegiums eine eigene Begründung abgäbe. Ferner steht solch eine Forderung in unlösbarem Konflikt zum Zeitbudget des Richters. Schließlich würde ein solcher Pflicht unterworfenen Richter auf zeitgemäße Leerformeln zurückgreifen¹⁷⁰⁾, durch die zudem das Bewußtsein von der Gesetzesbindung beim Richter verloren ginge¹⁷¹⁾. Für die Verwirklichung der Bindungsklausel interessiert nicht die Subjektivität des Richters¹⁷²⁾, sondern dessen Bemühung

¹⁶⁷⁾ *Bachof*, Grundgesetz und Richtermacht, 1959, S. 38.

¹⁶⁸⁾ Vgl. jedoch die Vorbereitung der Gesetze durch die Regierung und in den Ausschüssen, evtl. mit Anhörungen.

¹⁶⁹⁾ *Larenz* (Anm. 33), S. 309. Teilweise diskussionswürdige Vorschläge für eine Urteilskritik bei *Berkemann*, Gesetzesbindung und Fragen einer ideologiekritischen Urteilskritik, in: Festschrift f. W. Geiger 1974, S. 307 ff. Verwischend zur Gesetzgebung hin (S. 310); richtig dagegen S. 318.

¹⁷⁰⁾ Es wäre an eine oder mehrere standardisierte Offenlegungen zu denken, die von Meinungsführern ausgearbeitet würden und die Gesetze unterliefen; vgl. *Berkemann* (Anm. 169), S. 306.

¹⁷¹⁾ Das Bewußtsein der Gesetzesbindung scheint mir auch von dem inzwischen fast alle Lebensbereiche durchdringenden Partizipationsgedanken bedroht zu sein, weil er Autonomie gegen Gesetz stellt. Partizipation als Mitentscheidung der Betroffenen läßt sich dort verwirklichen, wo eine strengere Gesetzesbindung nicht möglich ist und wo die Finanzierung der Entscheidungen durch eigene Einnahmen (aufgebracht möglichst von den zur Entscheidung Berufenen) gesichert ist.

¹⁷²⁾ Treffend und warnend *Schelsky* (Anm. 55), S. 415, 416; ähnlich *Wieacker*, Über strengere und unstrengere Verfahren der Rechtsfindung, in: Festschrift für Werner Weber, 1974, S. 421 (437).

um Objektivität, die in den Gründen der Entscheidung zum Ausdruck gebracht wird und der kritischen Betrachtung durch Obergerichte und Rechtswissenschaft unterzogen werden kann.

§ 22 Das Bundesverfassungsgericht

Die besondere Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts, über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu entscheiden, stellt dieses Gericht funktionell in den Gesetzgebungsprozeß hinein. Das bedeutet zweierlei:

Auf Antrag von Staatsorganen, Instanzrichtern oder Betroffenen ergänzt¹⁷³⁾ ein Normenkontrollverfahren das Gesetzgebungsverfahren. Solch ein Normenkontrollverfahren kann zu dem Ergebnis führen, daß das kontrollierte Gesetz seine Geltung verliert, daß es mit erhöhter Autorität ausgestattet oder daß die Bedeutung des Gesetzes in einer bestimmten (verfassungskonformen) Richtung festgelegt wird. Im Fall des untätigen Gesetzgebers kann dieser u. U. (Verfassungsaufträge) vom Bundesverfassungsgericht zum Handeln aufgefordert werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat darüber hinaus an jedem Gesetzgebungsverfahren teil im Sinne einer Vorwirkung. Da die an der Gesetzgebung unmittelbar beteiligten Organe eine spätere erfolgreiche Normenkontrolle regelmäßig vermeiden wollen, nehmen sie an Hand der bereits entfalteten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Rücksicht auf dessen Interpretation der Verfassung¹⁷⁴⁾.

Gesetzeskontrolle ist keine Individualisierung der Verfassung auf einen einzelnen Fall, sondern eine im Generellen bleibende — funktionell noch zur Gesetzgebung gehörende — Tätigkeit¹⁷⁵⁾, die freilich vielfach begrenzt ist. So entscheidet das Bundesverfassungsgericht kassatorisch. Über die verfassungskonforme Gesetzesauslegung kann das Bundesverfassungsgericht auf das kontrollierte Gesetz eine gewisse gestaltende Wir-

¹⁷³⁾ Die Ergänzung ist nicht Wiederholung. Damit kommt der Unterschied in Verfahren und Kognition zum Ausdruck. Diesen Unterschied verwischt *Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL Heft 20 (1963), S. 68 f., wenn er in jedem Gesetz eine Interpretation der Verfassung sieht und damit Funktionen des Gesetzgebers und des Bundesverfassungsgerichts vermengt. Daraus resultieren dann seine vielen einschränkenden Interpretationsprinzipien für das Bundesverfassungsgericht, vgl. S. 75 ff.

¹⁷⁴⁾ Diese fortdauernde Wirkung des Bundesverfassungsgerichts ist um so intensiver, je mehr einschlägige Rechtsprechung vorliegt.

¹⁷⁵⁾ Ähnlich Noll (Anm. 129), S. 52.

kung entfalten¹⁷⁶). Der Einfluß des Bundesverfassungsgerichts auf die Gesetzesgestaltung über seine Vorwirkung ist noch größer.

Das alles ist von der Verfassung funktionsrechtlich abgesichert und flankiert z. B. durch die besondere Art der Bestellung der Bundesverfassungsrichter¹⁷⁷). — Für die Ermittlung der zur Gesetzeskontrolle erforderlichen Rechtstatsachen hat das Bundesverfassungsgericht ein angemessenes Beweisverfahren entwickelt¹⁷⁸), das parlamentarischen Anhörungen ähnlich ist.

Die relative Offenheit vieler Grundgesetznormen, die dem Bundesverfassungsgericht als Maßstab bei der Normenkontrolle dienen, insbesondere der Grundrechte, vermögen die verfassungsrechtlich eindeutig ausgewiesene Normenkontrollkompetenz nicht in Frage zu stellen. Freilich bestehen deutliche funktionsrechtliche Grenzen für die Verfassungsauslegung durch das Bundesverfassungsgericht wie z. B. die Haushaltsverantwortlichkeit des Parlaments. Diese verbietet, daß das Bundesverfassungsgericht den Staatshaushalt zusätzlich belastende finanzielle oder finanzwirksame Leistungsansprüche aus den Grundrechten oder dem Sozialstaatsprinzip herleitet und damit in die haushaltspolitischen Prioritätenentscheidungen eingreift¹⁷⁹). Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts müssen sich ferner im Rahmen der Funktionsfähigkeit des Staatsganzen halten¹⁸⁰). Dagegen ist unsere Verfassungsgerichtsbarkeit einer allgemeinen political-question-Doktrin nicht unterworfen. Ebenso wenig ist eine preferred-freedoms-Doktrin im Grundgesetz nachweisbar¹⁸¹). — Die Anwendung rela-

¹⁷⁶) Problematik und Grenzen betont richtig *Ehmke* (Anm. 173), S. 74 f.; vgl. ferner *H. Bogs*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966.

¹⁷⁷) Art 94 Abs. 1 GG.

¹⁷⁸) Vgl. § 26 BVerfGG und BVerfGE 7, 377 (409 ff); dazu *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971. Auf die Differenz zu den obersten Bundesgerichten sei ausdrücklich hingewiesen, siehe dazu Anm. 136.

¹⁷⁹) Vgl. BVerfGE 33, 303 (330—336); ein nicht ungefährlicher Zungenschlag S. 333; anders liegen die Dinge beim Subventionsanspruch aus dem Grundrecht der Privatschulfreiheit. Die Subventionen umfassen die Finanzmittel, um die private Schulträger den Staat von seiner Bildungsaufgabe entlasten (dazu richtig BVerwGE 23, 347, 349 f.; 27, 360, 362 f.). Aus der Lit.: *Martens*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL Heft 30, 1972, S. 36.

¹⁸⁰) Genauer bei *H. H. Klein*, Bundesverfassungsgericht und Staatsräson, 1968; *P. Wittig*, Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Der Staat* 1969, S. 138 ff. zu BVerfGE 16, 130 ff. — Wahlkreiseinteilung; BVerfGE 21, 12 ff. — Umsatzsteuer.

¹⁸¹) Dies zu *Ehmke* (Anm. 173), S. 75 ff.; vgl. unten S. 139.

tiv offener Maßstäbe verlangt jedoch eine Zurückhaltung¹⁸²⁾ des Bundesverfassungsgerichts und besonders hohe Anforderungen an die Begründung der Entscheidung¹⁸³⁾. — Das Bundesverfassungsgericht darf schließlich nicht den funktionsrechtlich abgesicherten typisierenden und generellen Charakter der Gesetze mit dem Hebel des Verhältnismäßigkeitsprinzips und des Gleichheitssatzes auflösen und damit die Rechtsordnung atomisieren¹⁸⁴⁾.

§ 23 Zusammenfassung

Zieht man die ausgelegten Fäden zusammen, so kann die verfassungsrechtliche Funktion der Rechtsprechung im Hinblick auf die Gesetzgebung verkürzt so zusammengefaßt werden:

Antragserfordernis, gerichtliches Verfahren, Rechtsstellung der Richter legen die Rechtsprechung von Verfassungen wegen auf Individualisierung der Produkte des Gesetzgebungsverfahrens fest. Im Rahmen der Erfahrungen, die Richter bei der so verstandenen Rechtsprechung sammeln, können sie partiell die Rechtsordnung fortbilden, was die Verfassung durch die Einrichtung oberster Bundesgerichte voraussetzt. Je älter oder lückenhafter die Gesetze und je offener die gesetzlichen Formulierungen sind, um so stärker ist die Rechtsprechung am Prozeß der Rechtsbildung beteiligt¹⁸⁵⁾. Wo gesetzliche Regelungen ganz fehlen und der Richter gleichwohl zur Entscheidung aufgerufen ist, kann er unmittelbar Verfassungsrecht konkretisieren wie im kollektiven Arbeitsrecht. Solche Rechtsbildung muß sich aber im Rahmen der verfahrensrechtlichen Möglichkeiten der Rechtsprechung halten.

V. Über Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung

§ 24 Probleme einer Typologie

Welche praktische Nutzenanwendung können wir aus den bisherigen Überlegungen für konkrete Antworten auf die Frage ziehen, ob einzelne gerichtliche Entscheidungen noch von der

¹⁸²⁾ Die Zurückhaltung, mit der freilich wenig gesagt ist, ist erforderlich wegen der Rücksicht auf die Aufgaben des Gesetzgebers. Vgl. dazu statt vieler Hesse (Anm. 21), S. 227—229, der zu Recht die strukturelle Gleichartigkeit der Verfassungsrechtsprechung und der übrigen Rechtsprechung betont; problematisch Häberle, JZ 1975, S. 303.

¹⁸³⁾ Dabei hat das Bundesverfassungsgericht besonders auf Konsequenz im Verhältnis zu seinen vorangegangenen Entscheidungen zu achten.

¹⁸⁴⁾ Richtig z. B. BVerfGE 11, 245 (254); 26, 265 (276).

¹⁸⁵⁾ Zum Rechtsbildungsprozeß vgl. Starck (Anm. 7), S. 265 f; *Ba-dura* (Anm. 114), S. 43 f, 53; *Scholz* (Anm. 154), S. 1777.

Bindungsklausel gedeckt sind? Daß eine Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung nicht gefunden werden kann¹⁸⁶), stört dabei nicht, weil Rechtsfortbildung — wie bereits gezeigt — grundsätzlich nicht gegen die Bindungsklausel verstößt. Deshalb genügt es, Schranken für die richterliche Rechtsfortbildung zu formulieren. — Wie das Bundesverfassungsgericht¹⁸⁷) richtig gesehen hat, lassen sich solche Schranken „nicht in einer Formel erfassen, die für alle Rechtsgebiete und für alle von ihnen geschaffenen oder beherrschten Rechtsverhältnisse gleichermaßen gälte“.

Eine Typologie der verfassungsrechtlichen Bindungsintensität des Richters könnte ausgehen von den Rechtsgebieten, die den einzelnen Gerichtszweigen zugeordnet sind¹⁸⁸). Die damit gewonnenen Kategorien sind jedoch äußerst grob, zufällig und daher wenig aussagekräftig. So judiziert z. B. das Bundesverwaltungsgericht über Eingriffsrecht und Leistungsrecht und über Rechtsfragen des allgemeinen Verwaltungsrechts. Im Strafrecht beschäftigen sich die Gerichte mit der Gewinnung von Unwerturteilen an Hand von Gesetzesbestimmungen, die ganz verschieden präzise sind, und mit Strafzumessung aufgrund sehr weit gesteckter Rahmen.

Wählt man zunächst einen mehr empirischen Ansatz für die Typenbildung, so kann man von folgender Beobachtung ausgehen¹⁸⁹):

1. Es gibt Rechtsgebiete, die aufgrund (langer) gesetzgeberischer oder richterlicher Erfahrung und rechtsdogmatischer Bearbeitung vom Gesetzgeber neu durchgeformt worden sind¹⁹⁰).

2. Andere Rechtsgebiete werden erstmalig ohne entsprechenden Erfahrungen vom Gesetzgeber geregelt¹⁹¹).

3. Eine dritte Kategorie bilden alte Kodifikationen oder Einzelgesetze, deren Substrat sich mehr oder weniger weiterentwickelt oder gewandelt hat.

¹⁸⁶) Vgl. oben Anm. 150.

¹⁸⁷) BVerfGE 34, 269 (288).

¹⁸⁸) So z. B. *Eichenberger* (Anm. 6), S. 211; *H. P. Schneider* (Anm. 135), S. 450 f. und *Luhmann* (Anm. 67), S. 58; ähnlich, aber vorsichtiger *Badura* (Anm. 114), S. 51.

¹⁸⁹) Ansatzweise siehe *R. Smend* (Anm. 145), S. 583 f.; ähnlich wie hier *Mayer-Maly*, Das Verhältnis der richterlichen Rechtsfortbildung zur arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, RdA 1970, S. 290; *Geitmann*, Bundesverfassungsgericht und offene Normen, 1971, unter Auswertung der Rechtsprechung des BVerfG.

¹⁹⁰) Neuere Prozeßgesetze, neuere Gesetze zu wichtigen Gebieten des besonderen Verwaltungsrechts.

¹⁹¹) Gesetze, die auf die neuen Probleme der Umweltvergiftung, der Gesundheitsgefährdung usf. reagieren.

4. Bestimmte Materien unterliegen sehr offenen gesetzlichen Regelungen, die aus Generalklauseln, aus sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffen oder Ermessensvorschriften bestehen. Auf diese Weise reagiert der Gesetzgeber in seinem Streben nach individueller Gerechtigkeit oft auf die Kompliziertheit der Verhältnisse¹⁹²).

5. Schließlich kommen fünftens Rechtgebiete vor, die gesetzliche Regelung noch nicht oder nur ganz punktuell erfahren haben. Diese Zurückhaltung kann auf unklarer Lage oder Dynamik der Verhältnisse¹⁹³), auf Schwäche des Gesetzgebers¹⁹⁴) oder ganz einfach auf dessen Desinteresse beruhen¹⁹⁵).

Diese fünf Typen überschneiden sich. So kommen Generalklauseln in alten Kodifikationen vor. Neue Gesetze haben Einfluß auf alte Kodifikationen oder auf Rechtsgebiete, die der Gesetzgeber bisher noch nicht geregelt hat. Die Gesamtrechtsordnung besteht aus verschiedenen Altersschichten und aus verschiedenen intensiven gesetzlichen Regelungen. Dies wird es immer geben, weil der Gesetzgeber nicht die gesamte Rechtsordnung auf dem neuesten Stand halten kann. — Das sogenannte einfache Recht ist schließlich überlagert von den Grundrechten, die die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden.

Die fünf verschiedenen Typen, die quer durch die einzelnen Rechtsgebiete verlaufen und nicht auf einzelne Gerichtszweige fixiert werden können, knüpfen an den faktischen Zustand der gesetzgeberischen Aktivität an. Da diese faktischen Verhältnisse für sich genommen keinen Maßstab für die Frage nach der verfassungsrechtlich geforderten Bindungsintensität darstellen, ist nach besonderen verfassungsrechtlichen Maßstäben Ausschau zu halten.

§ 25 Richterrechtsfreundliche Konsequenzen aus dem Grundgesetz

Wenden wir uns zunächst den richterrechtsfreundlichen Tendenzen des Grundgesetzes zu. Diese resultieren aus materiellen Verfassungsnormen, die sich zwangsläufig funktionsrechtlich zugunsten des Richters auswirken.

¹⁹²) Außer Generalklauseln im Zivilrecht wären zu nennen Strafzumessungsnormen, die in allen Gebieten des Verwaltungsrechts verbreiteten unbestimmten Rechtsbegriffe, Disziplinarrecht der Beamten usf.

¹⁹³) Dazu *Diederichsen* (Anm. 139), S. 21 ff.

¹⁹⁴) Arbeitskampfrecht, dazu treffend *Mayer-Maly* (Anm. 189), S. 290.

¹⁹⁵) Strafvollzug, vgl. ferner die heute jedoch teils überholten Beispiele bei *F. Werner* (Anm. 146), S. 190.

Die technische Perfektion der Norm und damit die Bindungsintensität ist nicht zu trennen von dem Regelungssubstrat und dem Regelungsziel. Berücksichtigt man den hohen Rang, den das Grundgesetz der menschlichen Persönlichkeit zuerkennt (Art. 1 und 2 GG), so rechtfertigt sich daraus die Tendenz des Gesetzgebers, von groben, den individuellen Verhältnissen wenig angemessenen Typisierungen abzusehen und die gerechte Entscheidung des Einzelfalls über die Umschlagstelle unbestimmter Rechtsbegriffe und Ermessensvorschriften der Verwaltung bzw. dem Richter zu überantworten¹⁹⁶). Dies schlägt sich funktionsrechtlich nieder als Kompetenz zu gesetzeskonkretisierendem Richterrecht. Freilich darf die Rücksicht auf die einzelnen "Verhältnisse" nicht so weit gehen, daß die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit des Rechts zu kurz kommt¹⁹⁷).

Ein entsprechender Zwang zur Individualisierung, die der Gesetzgeber i. d. R. nicht leisten kann, ergibt sich aus den verfassungsrechtlichen Grundsätzen des Enteignungsrechts. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichtshofs bildet Richterrecht unmittelbar unter Rückgriff auf Art. 14 GG, ohne daß die Gesetze über eine formale, die Junktimsklausel erfüllende Funktion hinauskämen. Nur an einzelnen Stellen unserer Rechtsordnung versucht der Gesetzgeber dies mit Hilfe pauschaler Abgrenzungen zu erreichen¹⁹⁸). Nach der Struktur des Art. 14 ist eine Abgrenzung zwischen Sozialbindung und entschädigungspflichtiger Eigentumsbeschränkung mit allgemeinen Formeln kaum zu leisten. Das zeigt sich bis in die Schwierigkeit hin, aus Rechtsprechungskasuistik Richterrecht zu entwickeln¹⁹⁹). Neuerdings wirkt der Bundesgerichtshof im Entschädigungsrecht jedoch auffällig gehemmt und verweist auf den Gesetzgeber wie im Ampelfall²⁰⁰) und im Wasserrohrbruchfall²⁰¹).

§ 26 Nullum crimen, nulla poena sine lege

Der verfassungsrechtlich verankerte Grundsatz nullum crimen, nulla poena sine lege (Art. 103 Abs. 2 GG)²⁰²) statuiert

¹⁹⁶) Vgl. etwa § 131 AO.

¹⁹⁷) Von der Warte des Bundesverfassungsgerichts ist hier Zurückhaltung geboten, vgl. dazu oben § 22.

¹⁹⁸) Wie z. B. bei der Qualifizierung der Bausperre, § 18 BBauG.

¹⁹⁹) Siehe die beiden Leitentscheidungen BGHZ 270—295; BVerfGE 5, 143—146. Zusammenfassend F. Kreft, Aufopferung und Enteignung. Begriffe und Grundsätzliches in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 1968.

²⁰⁰) BGH NJW 1971, 32; dazu kritisch Bull, DÖV 1971, 305 ff.

²⁰¹) BGH NJW 1971, 607 ff.

²⁰²) Der i. V. mit Gesetzesvorbehalten in den Grundrechten regelmäßig einen Vorbehalt für den parlamentarischen Gesetzgeber dar-

über die allgemeine Bindungsklausel hinaus eine deutliche Grenze für Richterrecht. Diese Grenze ist sehr schön dokumentiert in der Elektrizitäts-Entscheidung des Reichsgerichts²⁰³). Das Analogieverbot hat hier seinen Ort. Da jedoch die Grenze zwischen Auslegung und Analogie flüssig ist²⁰⁴), muß der Richter, der sich dieser Grenze nähert, im einzelnen begründen, daß er das Analogieverbot nicht mißachtet. Durch diese besondere Begründungspflicht soll der Richter vor ausdehnender Auslegung von Strafnormen zurückgehalten werden²⁰⁵).

Entsprechendes gilt auch im Hinblick auf Strafvorschriften, die aus weniger präzisen Begriffen zusammengesetzt sind. Nach einer richtigen Bemerkung des Bundesverfassungsgerichts kann das Strafrecht nicht darauf verzichten, Begriffe zu verwenden, die formal nicht eindeutig allgemeingültig umschrieben werden können und die an die Auslegung des Richters besondere Anforderungen stellen. Ohne die Verwendung solcher flüssiger Begriffe wäre der Gesetzgeber nicht in der Lage, der Vielgestaltigkeit und Dynamik des Lebens Herr zu werden²⁰⁶). Wegen dieser Vielgestaltigkeit muß die erforderliche Gesetzesbestimmtheit von der Besonderheit des jeweiligen Lebensbereichs und von dem gesetzlichen Regelungs- und Schutzziel abhängig gemacht werden. Maßstäbe gibt hier die im Strafrecht hochentwickelte "Tatbestandskunst". Bei der Vertypung neuer Unrechtstatbestände ist an diesen Standard anzuknüpfen. Eine Strafadee darf nicht ohne Rücksicht auf ihre tatbe-

stellt; dazu näheres bei Starck, Staatsbürger und Gericht, 1975, S. 65—69.

²⁰³) RGSt. 29, 111 ff. (1896): Da Strom naturwissenschaftlich nicht als Sache aufgefaßt werden könne, entfalle beim Abzapfen desselben eine Strafbarkeit nach §§ 242, 246 StGB. Wenn es als Bedürfnis des heutigen Rechtslebens anerkannt werden müßte, die widerrechtliche Aneignung elektrischen Stroms unter Strafe zu stellen, so sei das Aufgabe des Gesetzgebers. Siehe Gesetz v. 9. 4. 1900 (RGBl. S. 228), jetzt § 248 c StGB. — Auffällig zurückhaltend BGHSt. 22, 187 zum Zeugnisverweigerungsrecht des unehelichen Kindes. Durch Aufhebung des § 1589 Abs. 2 BGB ist das Zeugnisverweigerungsrecht jetzt gegeben.

²⁰⁴) Ähnlich W. Sax, Das strafrechtliche „Analogieverbot“, 1953, S. 152 ff.; Hassemer (Anm. 82), S. 160 ff.

²⁰⁵) Problematisch die Grenze im „äußersten Wortsinn“ zu sehen, so Schreiber in SK StGB 1975, § 1 Rdnr. 24; dazu kritisch Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts. Allg. Teil, 2. Aufl. 1972, S. 106, 124 jedoch unbefriedigend der Hinweis auf die „richtige Interpretation“.

²⁰⁶) Vgl. BVerfGE 4, 352 (357): „im politischen Leben des Volkes stehend“; BVerfGE 11, 234 (237) zu § 6 I GJS; BVerfGE 26, 41 (42) „grober Unfug“: wichtig der Hinweis auf die jahrelange (auch vorkonstitutionelle) Präzisierung durch die Rechtsprechung; BVerfGE 28, 175 (183) Porst-Beschluß.

standliche Präzisierungsmöglichkeit Gesetz werden²⁰⁷). Die Strafbarkeitsvoraussetzungen müssen um so präziser bestimmt sein, je schwerer die angedrohte Strafe ist²⁰⁸). In Extremfällen wird sich der Richter weigern müssen, aufgrund einer unbestimmten Norm zu verurteilen.

Die weiten Rahmen der Strafzumessungsvorschriften können beim derzeitigen Stand der Strafzumessungslehre²⁰⁹) wegen der erforderlichen individuell auf Tat und Täter abgestuften Sanktion gesetzlich nicht weiter präzisiert werden.

§ 27 Gesetzesvorbehalt

Eine weitere besondere verfassungsrechtliche Grenze der richterlichen Entscheidungstätigkeit stellt der allgemeine Gesetzesvorbehalt²¹⁰) dar, der unbestritten im öffentlichen Eingriffsrecht gilt. Anders als im Strafrecht sollen die Gesetze hier zunächst die Verwaltung binden. Wenn die Verwaltung gebunden und der Richter zur Kontrolle der Verwaltung berufen ist (Art. 19 Abs. 4 GG), so resultiert die Gesetzesbindung des Richters auch aus der funktionsrechtlich erforderlichen Rücksicht auf die Verwaltung, die primär für die Auslegung und Anwendung der Verwaltungsgesetze zuständig ist²¹¹). Damit berühre ich aber schon den Gegenstand der morgigen Verhandlungen. Das Hauptdilemma scheint mir hier darin zu liegen, daß auch das Eingriffsrecht nicht auf relativ offene Begriffe verzichten kann²¹²), die zunächst von der Behörde mit Fallerrfahrung gegebenenfalls mit Hilfe besonderer Verfahren²¹³) und sodann im Wege der Kontrolle vom Richter konkretisiert werden müssen. Daraus folgt zwangsläufig eine Einwirkung der

²⁰⁷) Insoweit ist das Staatsschutzrecht nicht ohne verfassungsrechtliche Probleme, vgl. dazu grundsätzlich Čopić, Grundgesetz und Politisches Strafrecht neuer Art, 1967; gefährlich auch die allgemeine Umschreibung eines Unterlassungstatbestandes in § 13 StGB (1975).

²⁰⁸) So BVerfGE 14, 245 (251).

²⁰⁹) Zu einer Strafzumessungslehre siehe G. Spendel, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954; H.-J. Bruns, Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, 2. Aufl. 1974.

²¹⁰) Hergeleitet aus Art. 20 Abs. 3 und den Gesetzesvorbehalten der Grundrechte, vgl. dazu P. Selmer, Der Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1968, S. 489 ff.; BVerfGE 8, 274 (324 ff.) — Preisgesetz-Beschluß.

²¹¹) So Papier, Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, 1973, S. 172.

²¹²) Abgewogen dazu H. Dubs, Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, in: Probleme der Rechtssetzung, Referate zum Schweizerischen Juristentag 1974, S. 223 ff.

²¹³) Aufschlußreich BVerwGE 39, 197 entgegen BVerwGE 23, 112 und 28, 223.

Gerichte auf die Verwaltungstätigkeit²¹⁴⁾. Dies ist bis zu einem gewissen Grad funktionsrechtlich vorausgesetzt²¹⁵⁾.

Allzu großzügig mit der salvatorischen Klausel von der Vielfalt der wirtschaftlichen Gestaltungsmöglichkeiten hat das Bundesverfassungsgericht im Steuerrecht nicht immer eine glückliche Hand gehabt bei der Überprüfung extrem unbestimmter Eingriffsnormen²¹⁶⁾. Ähnlich wie im Strafrecht darf auch die Steueridee oder eine sonstige Eingriffs-idee nur unter dem Vorbehalt der tatbestandlichen Präzisierung Gesetz werden. Als Maßstab sei hier erinnert an den Ausspruch des Bundesverfassungsgerichts, daß die "Ermächtigungen der Exekutive zur Vornahme belastender Verwaltungsakte durch das ermächtigende Gesetz nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt" sein müßten, damit die Belastung voraussehbar und berechenbar sei²¹⁷⁾. Zu Recht wendet sich das Bundesverfassungsgericht gegen die richterliche Neuschaffung oder Erweiterung von Steuertatbeständen, weil das Steuerrecht aus dem Diktum des parlamentarischen Gesetzgebers lebe²¹⁸⁾ ²¹⁹⁾. Bei Auslegungszweifeln ist nach Heranzie-

²¹⁴⁾ Dazu treffend *Haueisen*, NJW 1973, S. 644.

²¹⁵⁾ Man denke an die polizeiliche Generalklausel, die im Laufe der Zeit insbesondere durch die Rechtsprechung, aber auch durch Lehre und Gesetzgebung eine Präzision erfahren hat, die die Eingriffsmöglichkeiten der Polizei kalkulierbar macht. Statt anderer Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl., S. 34 ff. Weit darüber hinausgehend gibt es im Steuerrecht kodifikationsartige Steuerrichtlinien, die zum größten Teil aus Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs bestehen.

²¹⁶⁾ Vgl. BVerfGE 13, 153 (164) § 3 I KapVStG, dazu im einzelnen mit weiteren Nachweisen Starck, Gesetz und Verwaltung, 1972, S. 45 f.

²¹⁷⁾ BVerfGE 8, 274 (325).

²¹⁸⁾ BVerfGE 13, 318 (328) Ehegattenarbeitsverhältnisse; keine Erweiterung des Steuertatbestandes angenommen in BVerfGE 18, 224 (237) Rückstellung für Pensionszusagen; BVerfGE 21, 1 (4) Gegenwerttheorie zu § 33 EStG; BVerfGE 25, 28 (40) Betriebsaufspaltung; BVerfGE 26, 327 (337) Zurechnung e. Grundstücks zum Betriebsvermögen, das ein Gesellschafter seiner Personengesellschaft mietweise überläßt.

²¹⁹⁾ Nach diesen Kriterien ist die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zur sog. Steuerentstrickung als unzulässige Schaffung eines neuen Steuertatbestandes abzulehnen. Der BFH meint, es sei Sinn der Entnahmeregeln in §§ 4 Abs. 1 Satz 2 und 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG, stille Reserven spätestens in dem Zeitpunkt steuerlich zu erfassen, in dem das Wirtschaftsgut dem steuerlichen Zugriff entzogen werde, dazu neuestens BFH BStBl. 1970 II S. 175; BStBl. 1971 II, S. 630 und BStBl. 1972 II, S. 455. Ablehnend auch *Tipke*, Über Grenzen der Auslegung und Analogie, behandelt am Beispiel der Entstrickung, StuW 1972, S. 264 ff.; *Papier* (Anm. 211), S. 179 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen. Problem erörtert und gesetzliche

hung insbesondere der Gesetzesmaterialien der geringere Eingriff maßgebend²²⁰), wie das Bundesverwaltungsgericht in einigen Fällen zu Recht betont hat²²¹). Die Verschärfung eines Eingriffs gegen den Wortlaut muß aber auch ausgeschlossen sein²²²), weil der Gesetzesvorbehalt in seiner rechtsstaatlichen Funktion eine klare Vorausbestimmung der Belastung des Bürgers fordert²²³).

Diese besonders intensive Gesetzesbindung im Eingriffsrecht kann vom Richter, der immer nur vorausgegangene Verwaltungsentscheidungen überprüft, relativ einfach realisiert werden, indem er bei mangelnder gesetzlicher Vorausbestimmung die behördliche Maßnahme aufhebt²²⁴).

§ 28 Haushaltspolitische Verantwortlichkeit

Die haushaltspolitische Entscheidungskompetenz der Parlamente (Art. 110, 109 GG) markiert eine weitere funktionsrechtliche Grenze der richterlichen Rechtsfortbildung. Im Wege der Rechtsfortbildung dürfen daher keine neuen Ansprüche auf staatliche Leistung geschaffen werden²²⁵). Wo es um Ansprüche des Bürgers geht, wie im Leistungsrecht, insbesondere im Sozialversicherungsrecht, hat jedoch die Rechtsprechung ebenfalls unbestimmte Rechtsbegriffe zu konkretisieren und zu Ermessensvorschriften Stellung zu nehmen²²⁶). Bei dieser geset-

Regelung vorgeschlagen in Gutachten der *Steuerreformkommission*, Schriften des BMF, Heft 17, 1971, S. 578.

²²⁰) Vgl. dazu *Starck*, Urteilsanmerkung in StRK R 15 BefStG 1955 § 11 (1965), S. 3 f. zu BFH BStBl. III, 1965, S. 62.

²²¹) BVerwGE 22, 32 (34 ff.) zum Begriff des „Wanderlagers“ in § 56 a Abs. 2 GewO a. F. Inzwischen vom Gesetzgeber neu — erweiternd — formuliert.

²²²) BVerfGE 19, 290 (302) — Gesamtaufrollung — vermag nur deshalb zu überzeugen, weil die beanstandete verschärfende Rechtsprechung vorkonstitutionell schon gefestigt war.

²²³) So auch *Papier* (Anm. 211), S. 177 f.

²²⁴) Vgl. hierzu BVerfGE 33, 1 Strafvollzug-Beschluß.

²²⁵) So sehr deutlich BSGE 10, 64 (67) — Waffen-SS; BGH, VersR 1968, 1182 (1185) — Quotenvorrecht der Sozialversicherungsträger — unter Hinweis auf die Funktion des Gesetzgebungsverfahrens.

²²⁶) BSGE 9, 232 (236 f.) — Fußballspielverletzung; 18, 257 (258 ff.) — Verletzung durch Schlägerei; beide Entscheidungen zur „Kann“-Vorschrift des § 184 RVO a. F.; dazu *Langkeit*, in: Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XIV, 1975, S. 151 ff. Zu unbestimmten Rechtsbegriffen siehe allgemein *F. Hauelsen*, Zahlenmäßige Konkretisierung („Quantifizierung“) unbestimmter Rechtsbegriffe, NJW 1973, S. 641 ff. mit umfangreichen Nachweisen aus der Rspr. des BSG. Es gibt auffällige Beispiele im Sozialversicherungsrecht, unbestimmte Rechtsbegriffe zu vermeiden, die zu verwunder-

zeskonkretisierenden Rechtsfortbildung läßt sich ein gelinder Einfluß auf die Finanzen nicht vermeiden. Es gehört zur Aufgabe des Gesetzgebers, die leistungsrechtlichen Gesetzesbegriffe präzise genug zu formulieren, damit die haushaltspolitischen Entscheidungen nicht über Gerichtsverfahren geändert oder gar umgestürzt werden können. — Anspruchsausdehnende Rechtsprechung wird im Bereich junger Gesetze regelmäßig zu vermeiden sein²²⁷⁾; leistungsrechtliche „Rückständigkeit“ alter Gesetze darf der Richter nur in bescheidenem Rahmen ausgleichen. Im Krankenversicherungsrecht sind — wie *Langkeit*²²⁸⁾ gezeigt hat — vom Bundessozialgericht zwar keine neuen leistungsstaatlichen Rechtsgedanken abrupt auf den Tisch gelegt, sondern behutsam und tastend durch Begriffsausdehnungen²²⁹⁾ angepeilt, dann aber jeweils vom Gesetzgeber durch einen erläßenden Schritt voll anerkannt worden. Der Gesetzgeber ist hier geradezu in Zugzwang gesetzt worden: Ein Vorgang, der in Zeiten reichlich fließender Finanzmittel nicht als funktionsrechtlich anstößig registriert worden ist.

Eine besondere Art der Leistung — aufgrund vorheriger Wegnahme — in Form eines Anspruchs auf Rückenteignung hat das Bundesverwaltungsgericht mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuerkannt²³⁰⁾. — Dagegen billigt das Bundesverwaltungsgericht dem Kläger ohne gesetzliche Grundlage staatliche Leistungen zu, wenn die staatlichen Stellen in vergleichbaren Fällen gesetzesunabhängig leisten. Solche Einzelkorrekturen im gesetzesfreien wie im gesetzesgebundenen Leistungsrecht an Hand des Gleichheitssatzes unterscheiden sich von generellen Leistungserweiterungen kraft Richterspruchs, mit denen eindeutig die richterliche Kompetenz überschritten wird.

lichen Definitionsbandwürmern führen, vgl. § 1246 Abs. 2 RVO, § 23 Abs. 2 AVG zum Begriff der Berufsunfähigkeit; dagegen extrem unbestimmt der Begriff der Wirtschaftlichkeit in § 368 e, § 368 n Abs. 4 RVO, dazu BSGE 17, 79; 19, 123.

²²⁷⁾ So richtig BSGE 25, 55 (58 f.) Kindergeldrecht; BSGE 23, 283 (287 ff.) Kriegsopferversorgung, allgemein dazu aus der Rspr. vgl. BSGE 14, 238 (245) zu § 1256 RVO a. F.; BSGE 2, 164 (168 ff.); 21, 68 (70 f.); 22, 150 (154); in BSGE 10, 64 (67 f.) lehnt das BSG eine rückwirkende Anwendung einer vom Gesetzgeber für die Zukunft gedachten Gesetzesänderung ab. So auch BAG, AP Nr. 4 zu § 11 KSchG. BSGE 34, 266 mit der Folge, daß Gesetzgeber die Rechtsänderung selber vornimmt, vgl. jetzt § 184 RVO i. d. F. v. 19. 12. 1973 (BGBl. I S. 1925).

²²⁸⁾ *Langkeit* (Anm. 226), S. 158.

²²⁹⁾ BSGE 30, 151; 33, 263 — „Erhaltung der Arbeitsfähigkeit“; BSGE 35, 105 — „Zahnersatz“.

²³⁰⁾ BVerwGE 28, 184 (189); anders dagegen BVerfGE 38, 175 (179 ff.).

§ 29 Keine besonderen funktionsrechtlichen Schranken

Weite Rechtsgebiete unterliegen nur der allgemeinen Bindungsklausel, ohne daß zusätzliche funktionsrechtliche Schranken bestünden²³¹). — Bundesgerichtshof und Bundesarbeitsgericht haben Rechtsfortbildung²³²) stets als ihre Aufgabe betrachtet. Zur Begründung wurde der Wandel der Verhältnisse seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs angeführt²³³), der Begriffsausdehnungen²³⁴), Verschiebungen der Beweislast²³⁵), Schaffung von Parteifähigkeit²³⁶), Risikoverlagerungen²³⁷) oder Modifikationen des Schadensersatzrechts²³⁸) erforderlich gemacht²³⁹). Teils ging es um ergänzende oder differenzierende Verbesserungen einzelner Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die nicht mit dem Wandel der Verhältnisse und dem Wandel der Rechtsordnung zusammenhängen²⁴⁰). Da-

²³¹) Deutlich in diesem Sinne auch BVerfGE 34, 269 (287 f.).

²³²) Auch die anderen obersten Bundesgerichte judizieren auf Gebieten, die neben der Bindungsklausel keinen besonderen funktionsrechtlichen Schranken unterworfen sind. Die Schranken für Rechtsfortbildung sind ähnlich zu bestimmen wie für die hier erörterte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen und des Bundesarbeitsgerichts. Aus der Rspr. des BVerwG vgl. z. B. BVerwGE 18, 247 (250 f.) zu § 35 Abs. 2 BBauG; eher um Nachbesserungen eines vom Gesetzgeber nur unvollständig geänderten Gesetzes handelt es sich im Fall des ehelichen Kindes, dessen Mutter deutsch und dessen Vater staatenlos war und das nach § 3 Nr. 1 und § 4 RuStG keine Staatsangehörigkeit erwerben konnte. Vgl. BVerwGE 15, 226 (227 ff.) und jetzt § 4 Abs. 1 RuStG i. d. F. des Gesetzes vom 20. 12. 1974 (BGBl. I S. 3714).

²³³) Vgl. zusammenfassend und übersichtlich *Diederichsen*, Die Industriegesellschaft als Herausforderung an das bürgerliche Recht, NJW 1975, S. 1801 ff., wo die Rechtsfortbildung unter folgenden fruchtbaren Gesichtspunkten erörtert wird: Probleme der Nachkriegszeit, Strukturierung von Wirtschaftsvorgängen, Schutz vor mißbräuchlicher Ausnutzung der Privatautonomie, Naturwissenschaft und Technik, Juristische Steuerung der Konsumgesellschaft.

²³⁴) BGHZ 40, 345 (348 ff.) = JZ 1964, S. 420 f. mit Anmerkung von *Steindorff*: Möglichkeit der Kfz-Nutzung als Vermögenswert i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB.

²³⁵) BGHZ 51, 91 ff. = NJW 1969, S. 269 mit Anm. von *Diederichsen* = JZ 1969, 387 ff. mit zustimmender Anm. von *Deutsch*: Umkehr der Beweislast wegen moderner Entwicklung der Warenproduktion.

²³⁶) BGHZ 42, 210 f.: aktive Parteifähigkeit der Gewerkschaften.

²³⁷) BAG AP Nr. 15 zu § 615 — Betriebsrisiko, vgl. vorher schon RGZ 106, 272.

²³⁸) BGH AP Nr. 1 zu § 611 BGB; BAG AP Nr. 4 zu §§ 898, 899 RVO; BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB: Gefahrengeneigte Tätigkeit.

²³⁹) Zusammenfassend *Mayer-Maly* (Anm. 189), S. 290 (Lit.).

²⁴⁰) BGHZ 5, 62 f.: Anwendung von § 618 I, III BGB auf Werkverträge; so früher schon RGZ 159, 268 ff.; BGHZ 4, 153 ff.: Abtretung unpfändbarer Forderungen nach § 400 BGB.

von sind aus der Zeit des Reichsgerichts die culpa in contrahendo und die positive Vertragsverletzung die bekanntesten²⁴¹⁾. Hier fand ein Rückgriff auf allgemeine Gerechtigkeitsüberlegungen und die Rechtstradition statt. — Aufgrund der Generalklauseln hat der Bundesgerichtshof eine reichhaltige richterrechtliche Judikatur entwickelt. § 242 BGB ist u. a. zur Mutternorm für alle Schuldverhältnisse erhoben worden, mit deren Hilfe Regelungslücken ausgefüllt²⁴²⁾ und Spezialvorschriften überspielt²⁴³⁾ worden sind²⁴⁴⁾. — Regelungen in neuen Gesetzen und Verfassungsnormen sind zur Anpassung des Zivilrechts und des Zivilprozeßrechts herangezogen worden²⁴⁵⁾.

Die Grenze für Rechtsfortbildung ist hier am weitesten hinausgeschoben. Sie wird regelmäßig dort gesehen, wo der Richter contra legem entscheidet²⁴⁶⁾. Da jedoch die Grenzen zwischen der praeter- und contra-legem-Entscheidung ebenfalls fließend sind (Auslegungsfrage!), müssen genauere Kriterien gefunden werden. — Der Wortsinn als Grenze der Rechtsfortbildung²⁴⁷⁾ ist nicht geeignet, weil der Wortsinn teleologisch angefüllt werden kann und damit seine Grenzfunktion verliert. Geeigneter, weil sicherer zu handhaben, sind Schranken, wie sie das Regel-Ausnahmeverhältnis, die gesetzliche Unterscheidung²⁴⁸⁾ usw. darstellen. Die Regel darf nicht so interpretiert werden, daß es Ausnahmen nicht mehr gibt. Entsprechendes

²⁴¹⁾ RG JW 1912, 743: culpa in contrahendo anerkannt. RGZ 52, 18 (19); 54, 98 (102): positive Vertragsverletzung.

²⁴²⁾ Vgl. etwa BAG AP Nr. 10 zu § 242; BAG AP Nr. 156 zu § 242 BGB = JZ 1972, S. 700 überspielt Verfallsklausel eines Versorgungsversprechens bei langer Betriebszugehörigkeit, anders noch BAGE 4, 360; dazu *Diederichsen* (Anm. 139), S. 39 ff.

²⁴³⁾ Dazu etwa BGHZ 12, 286 (297 f., 304) zu §§ 7, 17 HöfeO.

²⁴⁴⁾ *Wieacker* (Anm. 102); *ders.* (Anm. 19), S. 527 f.

²⁴⁵⁾ BGHZ 41, 79 (82 f.): Anpassung des § 1542 RVO an § 67 II VVG; BGHZ 42, 210 f.: Einfluß des Art. 9 Abs. 3 GG auf aktive Parteifähigkeit der Gewerkschaften. Auch die Rechtsprechung zum Schmerzensgeld bei schweren Verletzungen des Persönlichkeitsrechts (BGHZ 13, 334 — Leserbrief [kein Schmerzensgeld]); 26, 349 Herrenreiter; 30, 7 Catarina Valente; 35, 363 Ginseng; 39, 124 Fernsehansagerin) ist außer mit dem Wandel der Verhältnisse auch mit Grundrechtsnormen begründet worden.

²⁴⁶⁾ *J. Ipsen* (Anm. 28), S. 91 ff., 190 f., 235 f. mit weiteren Nachweisen.

²⁴⁷⁾ So *Hesse* (Anm. 21), S. 30; *F. Müller* (Anm. 80), S. 160 f.

²⁴⁸⁾ Wenn z. B. das Gesetz zwischen Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden unterscheidet, ist eine Interpretation unerlaubt, die den einen Begriff so interpretiert, daß der andere keine Anwendung mehr findet, siehe dazu *Diederichsen*, Argumentationsstrukturen in der Rechtsprechung zum Schadensersatzrecht, in: *Festschrift für E. Klingmüller* 1974, S. 72 f.

gilt für gesetzliche Unterscheidungen. — Weitere Argumente für oder gegen Rechtsfortbildung folgen aus den allgemeinen funktionsrechtlichen Überlegungen wie Verfahren, Stellung des Richters usw.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Schmerzensgeld bei schweren Verletzungen des Persönlichkeitsrechts — über die schon genug gesprochen worden ist — halte ich für unzulässige Rechtsfortbildung²⁴⁹). Gegen die Lösung des Bundesgerichtshofs sprechen das besondere Regel-Ausnahme-Verhältnis, die nicht zustandegebrachte gesetzliche Regelung²⁵⁰), die möglichen Lösungsalternativen²⁵¹), schließlich das Verfahren²⁵²).

Eine ganz besondere Situation besteht für das Bundesarbeitsgericht im kollektiven Arbeitsrecht; hier hat ein seit Jahrzehnten untätiger Gesetzgeber das Bundesarbeitsgericht zum Ersatzgesetzgeber werden lassen, was sich besonders deutlich im Arbeitskampfrecht zeigt²⁵³). Die Rechtsprechung muß unmittelbar auf der Grundlage von Verfassungsnormen Urteile fällen: Eine Situation, wie wir sie freilich aus anderen Gründen aus dem Enteignungsrecht kennen.

Es hat sich gezeigt: Behördliche Eingriffe hat der Richter bei fehlenden Gesetzen aufzuheben. Beanspruchte Leistungen darf er nur im Wege von Randkorrekturen auf der Grundlage des Art. 3 GG zusprechen. Diese Möglichkeiten der richterlichen Zurückhaltung, ohne die Entscheidung zu verweigern, sind etwa im kollektiven Arbeitsrecht nicht gegeben. Die Frage, ob eine Aussperrung zulässig ist und welche Wirkungen sie hat, verlangt weittragende Entscheidungen, die der unter Entscheidungszwang stehende Richter in seinem Urteil treffen muß. Das hierbei entstehende gesetzesvertretende Richterrecht beruht auf einer Kompetenzüberschreitung des Richters, für die allein der Gesetzgeber Verantwortung trägt, der dem Richter im Prozeßgesetz eine Entscheidung gebietet, ohne ihn mit den dafür nötigen Gesetzen zu versorgen.

²⁴⁹) Im einzelnen dazu *Menger*, *VerwArch* 1974, S. 195 ff.; *Starck* (Anm. 202), S. 52 ff. mit weiteren Nachweisen.

²⁵⁰) Belege bei *Diederichsen* (Anm. 139), S. 56 ff.

²⁵¹) z. B. wirkungsvolles Gegendarstellungsrecht, soweit Persönlichkeitsverletzung durch Massenmedium erfolgt ist.

²⁵²) Dazu *J. Ipsen* (Anm. 28), S. 191.

²⁵³) Vgl. neuestens BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG — Gr. Senat zur Aussperrung; vgl. zusammenfassend *R. Scholz* (Anm. 154), 1771 ff.; BAG JZ 1974, S. 647 — leitende Angestellte; dazu *Rüthers*, JZ 1974, S. 625 ff., sowie *Mayer-Maly* (Anm. 189), S. 289 ff.

Wie daraus erhellt, kann man über die Bindung des Richters an das Gesetz nicht sprechen, ohne an die Pflichten des Gesetzgebers zu erinnern²⁵⁴). Zu einer verpflichtenden Erinnerung ist das Bundesverfassungsgericht kompetent im Rahmen eines einschlägigen Verfahrens. Ob freilich das Bundesverfassungsgericht, das vor gesetzeskorrigierendem Richterrecht kapituliert hat, gar gesetzvertretendes Richterrecht zu beseitigen bestrebt sein wird, darf füglich bezweifelt werden.

Damit sind wir am Schluß: Ich habe versucht, das nahezu erdrückende verfassungsrechtliche Problem der richterlichen Gesetzesbindung in seinen verschiedenen Aspekten darzustellen, zum Zwecke der Lösung es funktionsrechtlich zu fassen und alsdann in kleine Stücke zu zerhacken. Ob freilich genau genug gespalten worden ist, wird sich in der Diskussion zeigen.

²⁵⁴) Dazu neuerdings *Diederichsen* (Anm. 139) durchgehend, insbes. S. 18 im Hinblick auf das Privatrecht.

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung²⁵⁵⁾

I. Das Problem in seiner Entwicklung

1. Die Bindung des Richters an das Gesetz ist aus der absolutistischen Zeit in die konstitutionellen und demokratischen Verfassungsurkunden übernommen worden. — §§ 1, 2

2. Neben der methodologisch naiven Vorstellung vom Richter als Mund des Gesetzes blieb stets auch der Richter als schöpferischer Interpret des Gesetzes im Gespräch. — § 1

3. Das Demokratieargument zugunsten der Bindungsklausel — Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit, Führungsaufgabe des Parlaments — kann nicht durch parlamentarische Richterwahl ersetzt werden. — § 2

4. Die erweiterte Bindungsklausel (Art. 20 Abs. 3 GG) korrespondiert mit der Bindung der Rechtsprechung an die Grundrechte und der Einrichtung der konkreten Normenkontrolle. — § 3

5. Soweit richterliche Gesetzesbindung für nicht realisierbar gehalten wird, bleibt als Alternative nur richterlicher Entscheidungspositivismus oder unmittelbarer Rückgriff auf ein neues Naturrecht. — § 4

II. Soziologen und andere zur richterlichen Gesetzesbindung

6. Wegen des auf Motivforschung und Erklärung gehenden Interesses bleibt bei den Soziologen das Problem der Normativität unerörtert. — § 11

7. Soweit nicht indiskutable Isolierungen einzelner möglicher Kausalfaktoren vorgenommen werden, wird dem Gesetz als bestimmendem Faktor für die richterliche Entscheidung ein gewisser Raum gelassen: als aufgenommene Rollenerwartung, als „verinnerlichtes Über-Ich“, als den Richtern innewohnendes gleiches Vorurteil oder als sprachliche Konvention. — §§ 5–10

8. Empirische Forschung über Gesetzesanwendung hat uns für faktisch bestehende außernormative Einflüsse auf die rich-

²⁵⁵⁾ Zur besseren Orientierung sind den Leitsätzen diejenigen Paragraphen beigelegt, auf die sich die Leitsätze beziehen.

terlichen Entscheidungen sensibler gemacht. Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Bindungsklausel bleibt es jedoch unsere Aufgabe zu untersuchen, wie eine richterliche Gesetzesbindung realisierbar ist. — § 11

III. Zur Normativität von Gesetzen

9. Bei der Gesetzgebung werden mit den Mitteln der Sprache Aspekte der Wirklichkeit im gesetzlichen Tatbestand begrifflich, d. h. allgemein erfaßt und einer ebenfalls abstrakt-begrifflich gefaßten Rechtsfolge unterworfen. — § 12

10. Bei der Gesetzesanwendung werden die Entsprechungen des Allgemeinen in der Wirklichkeit aufgesucht. Die Umkehrung des dem Gesetz zugrunde liegenden Abstraktionsprozesses bei der Herausmeißelung des juristischen Sachverhalts aus der Welt der Geschehensabläufe ist prinzipiell möglich. Denn die Sprache ermöglicht kraft ihrer gemeinsamen Benutzung Verständigung über die Wirklichkeit. — Die Wirklichkeitsreferenz der im Gesetz verwendeten Begriffe wird unterstützt durch gemeinsame Erfahrungen, Traditionszusammenhang, exemplarische Konfliktsfälle in Präjudizien und die Juristenausbildung. — §§ 13, 14

11. Die juristischen Auslegungsregeln helfen, den Inhalt der Gesetze zu klären und den vom Gesetzgeber gemeinten Wirklichkeitsbereich zu erfassen. — § 15

12. Die empirischen Sozialwissenschaften können bei einzelnen Rechtsanwendungsproblemen helfen: bessere Sachverhaltsermittlung, die jedoch soweit irgend möglich normativ geleitet bleiben muß. Hier ist auch der Ort des Sachverständigen. — § 16

IV. Die Funktion der Rechtsprechung nach dem Grundgesetz

13. Aus den Vorschriften des Grundgesetzes über die Funktion des parlamentarischen Gesetzgebers und über die Funktion der Rechtsprechung ist in ständiger Rücksicht auf die der Rechtsordnung vorausliegenden Bedingungen der Normativität ein differenziertes Verständnis der Bindungsklausel zu entwickeln. — § 17

14. Rechtsprechung ist eine im justizförmigen Verfahren geschaffene, autoritative und endgültige Individualisierung von Rechtssätzen in Fällen bestrittenen und verletzten Rechts durch einen unabhängigen Richter. Auch die richterliche Regelung privater Rechtsbeziehungen, die weder Streit noch Rechtsverletzung voraussetzen, wird als „freiwillige Gerichtsbarkeit“ zur Rechtsprechung gezählt. — § 18

15. Justizförmiges Verfahren ist gekennzeichnet durch unabhängige und gesetzliche Richter (Art. 97, 101 GG), rechtliches

Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), Antragserfordernis, Entscheidungszwang des Richters, Prozeßordnungen (Art. 74 Nr. 1 GG). — § 19

16. Das Gesetzgebungsverfahren ist dagegen gemünzt auf die abstrakte, auf relative Dauer berechnete Regelung wichtiger Fragen. Die allgemein programmierende Tätigkeit des Gesetzgebers kann auf Einzelfälle nicht genügend Bedacht nehmen. Dem parlamentarischen Gesetzgeber sind natürliche Grenzen gesetzt. Seine Kapazität, Probleme zu verarbeiten und Lösungen zu normieren, ist quantitativ und qualitativ begrenzt. — § 19

17. Richterliche Rechtsfortbildung beruht auf dem Umstand, daß gesetzliche Regelungen nicht nur im Hinblick auf den Einzelfall mehr oder weniger unvollständig, sondern oft auch in der allgemeinen Regelung selbst unvollkommen, unfertig, unklar oder wegen des Wandels der Verhältnisse unpassend sind. Richterliche Rechtsfortbildung ist durch Art. 95 Abs. 1 und 3 GG vorausgesetzt und den Revisionsgerichten in den Prozeßordnungen ausdrücklich zugewiesen. — § 20

18. Die richterliche Begründungspflicht folgt aus der richterlichen Aufgabe, den Rechtsfall zu konstituieren und zugleich das passende Gesetz zu suchen; sie besteht gegenüber den Prozeßbeteiligten, den höheren Instanzen, den anderen Gerichten und den für die Gesetzgebung zuständigen Organen. Sie dient der Eigenkontrolle des Richters und der Konsenserhaltung. — § 21

19. Die überlieferten Auslegungsregeln sind Anleitungen zur Begründung. Dabei kommt der historischen Auslegungsmethode eine primäre Rolle zu, weil eine zureichende Begründung für eine bestimmte Auslegung (einschließlich Rechtsfortbildung) verlangt, den historischen Regelungsansatz festzustellen, der in der Formel vom Willen des Gesetzgebers gemeint ist. Dagegen verdeckt die Argumentation mit dem objektiven Willen des Gesetzes mehr als sie erklärt. — § 21

20. Von der Forderung, der Richter müsse bei der Begründung der Entscheidung seine persönlichen Vorurteile und Wertvorstellungen aufdecken, ist nichts zu halten. Für die Verwirklichung der Bindungsklausel interessiert nicht die Subjektivität des Richters, sondern dessen Bemühung um Objektivität, die in den Gründen der Entscheidung zum Ausdruck gebracht werden muß und der kritischen Betrachtung durch Obergerichte und Rechtswissenschaft unterzogen werden kann. — § 21

21. Das Bundesverfassungsgericht übt teilweise Rechtsprechung (im Sinne des Leitsatzes 14) aus. Soweit es Gesetze auf

ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft und über die Geltung anderer allgemeiner Rechtsnormen autoritativ entscheidet, ist es funktionell am Gesetzgebungsverfahren beteiligt im Sinne einer Nachwirkung (Kassation; Bestätigung; verfassungskonforme Auslegung) und einer Vorwirkung (Appell; Rücksicht auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren, um spätere erfolgreiche Normenkontrollen zu vermeiden). Mit der partiellen Teilhabe an der Gesetzgebung korrespondieren Beweisverfahren, Richterwahl und Status des Bundesverfassungsgerichts. — §§ 18, 22

22. Funktionsrechtliche Grenzen für die Verfassungsinterpretation durch das Bundesverfassungsgericht sind die Haushaltsverantwortung des Parlaments, die Funktionsfähigkeit des Staatsganzen, die Zurückhaltung bei Anwendung relativ offener Maßstäbe, der Bestand des typisierenden und generellen Charakters der Gesetze. — Eine allgemeine political-question-Doktrin und eine preferred-freedoms-Doktrin*) lassen sich aus dem Grundgesetz nicht nachweisen. — § 22

V. Über Grenzen des Richterrechts

23. Eine Typologie der verfassungsrechtlichen Bindungsintensität des Richters hat sich zu orientieren an besonderen verfassungsrechtlichen Maßstäben in Verbindung mit faktischen Möglichkeiten der Gesetzgebung. — § 24

24. Richterrechtsfreundliche Tendenzen des Grundgesetzes folgen vor allem aus Art. 1 und Art. 2 GG (hoher Rang der menschlichen Persönlichkeit), die die Tendenz des Gesetzgebers bestimmen, von groben, den individuellen Verhältnissen wenig angemessenen Typisierungen abzusehen und die gerechte Entscheidung des Einzelfalls über die Umschlagstelle offener Gesetzesbegriffe dem Richter zu überantworten. — Ein entsprechender Zwang zur Individualisierung ergibt sich aus den verfassungsrechtlichen Grundsätzen des Enteignungsrechts. Eine Abgrenzung zwischen Sozialbindung und entschädigungspflichtiger Eigentumsbeschränkung ist mit allgemeinen Formeln kaum zu leisten. — § 25

25. Art. 103 Abs. 2 GG statuiert über die allgemeine Bindungsklausel hinaus eine deutliche Grenze für Richterrecht. — Eine Straffidee darf nicht ohne Rücksicht auf ihre tatbestandliche Präzisierungsmöglichkeit Gesetz werden. — § 26

26. Der allgemeine Gesetzesvorbehalt stellt eine weitere zusätzliche verfassungsrechtliche Grenze für Richterrecht dar. Die

*) Vgl. Schlußwort, S. 139.

besondere Gesetzesbindung des Richters resultiert hier auch aus der funktionsrechtlich erforderlichen Rücksicht auf die Verwaltung. — § 27

27. Schließlich markiert die haushaltspolitische Entscheidungskompetenz der Parlamente (Art. 110, 109 GG) eine funktionsrechtliche Grenze der richterlichen Rechtsfortbildung. Einzelkorrekturen im gesetzesfreien wie im gesetzesgebundenen Leistungsrecht anhand des Gleichheitssatzes sind zulässig, nicht dagegen generelle Leistungserweiterungen kraft Richterrechts. — § 28

28. Soweit keine besonderen verfassungsrechtlichen Grenzen für richterliche Rechtsfortbildung nachweisbar sind, gelten nur die allgemeinen funktionsrechtlichen Überlegungen. — § 29

29. Das Verbot des Richterrechts contra legem (Auslegungsfrage!) ist enger, dafür aber genauer dahin zu fassen, daß die richterliche Gesetzesinterpretation nicht dazu führen darf, eine gesetzliche Unterscheidung oder ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zu beseitigen. — § 29

30. Gesetzesvertretendes Richterrecht wie z. B. im kollektiven Arbeitsrecht beruht auf einer Kompetenzüberschreitung des Richters, für die allein der Gesetzgeber Verantwortung trägt, der dem Richter im Prozeßgesetz eine Entscheidung gebietet, ohne ihn mit den dafür nötigen materiellen Maßstäben auszustatten. — § 29

3. Aussprache und Schlußworte

Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung

Vorsitzender (Vogel): Auf der Tagung des vergangenen Jahres hat unsere Vereinigung, im Hinblick auf das fünfundzwanzigjährige Bestehen des Grundgesetzes, die aktuelle Situation der ersten und der zweiten Gewalt behandelt. Für die diesjährige Tagung stellte sich für den Vorstand, wenn er den Bereich des Themas abrunden wollte, die Frage: Worin besteht die aktuelle Problematik der dritten, der richterlichen Gewalt? In ihrem Verhältnis zum Gesetzgeber — um diese Seite geht es uns heute — besteht die Problematik sicherlich darin, daß die Bindung des Richters an das Gesetz, ihre Bedeutung und Tragweite, fragwürdig geworden sind; von einzelnen wird diese Bindung bereits geleugnet oder sogar bekämpft. Diese Unsicherheit konkretisiert sich auch in zahlreichen Einzelfragen. Für den Juristen besteht dabei die Versuchung natürlich darin, je nach dem konkreten Problem von Fall zu Fall eine — sagen wir — nuancierte Position einzunehmen. Selbst Richter höchster Gerichte sind bekanntlich von solchen Versuchungen nicht ganz und gar frei: da werden etwa in einer Entscheidung aus den Grundrechten sehr weitgehende Bindungen des Gesetzgebers im Leistungsbereich abgeleitet und wenig später bekämpfte Auffassungen deswegen abgelehnt, weil durch sie die Ermessensfreiheit des Gesetzgebers zu stark eingeschränkt werde. Wir hielten es deshalb für nötig, das Problem der Bindung des Richters an das Gesetz — heute, nach fünfundzwanzig Jahren Grundsatz — allgemein, losgelöst von den konkreten Einzelfragen, zur Erörterung zu stellen.

Das heißt aber nicht, daß wir jene konkreten Anwendungsfragen aus unserer heutigen Diskussion ausklammern wollten. Im Gegenteil, ich würde mir sogar wünschen, daß unsere Aussprache sich zu einem wesentlichen Teil mit Anwendungsfragen beschäftigt, in denen sich die Problematik des Verhältnisses von Richter, Gesetz und Verfassung konkretisiert. Ich denke dabei etwa an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, von dem mir *Eberhard Schmidt* schon vor vielen Jahren sagte, daß er es außerordentlich begrüßen würde, wenn einmal das Ver-

hältnis dieses Grundsatzes zur Bindung des Richters an das Gesetz, speziell für den Strafprozeß, verfassungsrechtlich aufgearbeitet würde. Andere Fragen werden sich anbieten und in der nachfolgenden Diskussion aufgeworfen werden.

Das Problem, das wir damit heute behandeln, ist ein juristisches. Die Sozialwissenschaften, die den Juristen gern vorwerfen (und sicherlich manchmal mit Recht), daß sie bei der Beurteilung tatsächlicher Sachverhalte und Abläufe relativ ungesicherte „Alltagstheorien“ zugrundelegten, scheinen mir ihrerseits nicht ganz frei davon zu sein, dort, wo sie über Rechtsanwendungsfragen eine Meinung äußern, ihrerseits „Alltagstheorien“ zugrunde zu legen. Eine differenzierte Rechtsanwendungslehre hat bisher nur die Rechtswissenschaft entwickelt. Jede Rechtsanwendungslehre findet aber ihre Basis notwendig im Verfassungsrecht, sie *ist* Verfassungsrecht.

Scheuner: Ich hätte von mir aus nicht den Mut gefunden, Sie mit meinen Gedanken zu behelligen, aber der Herr Vorsitzende war so gütig, mich zur Stellungnahme aufzufordern. Die beiden Referate scheinen mir zwei wesentliche Öffnungen in den Problemen erzielt zu haben. Sie haben deutlich gemacht, daß die Frage der Bindung des Richters an Recht und Gesetz in entscheidendem Zusammenhang mit der Stellung des Richters im Funktionsgefüge der Verfassung steht. Sie haben zweitens deutlich gemacht, daß eine Wechselbeziehung zwischen unserer Vorstellung von der Rechtserzeugung und Rechtsfindung und der richterlichen Stellung besteht. Wie wir über die Aufgabe der Gesetzgebung denken, wirkt sich auf die richterliche Position aus und umgekehrt. Die Herren Referenten haben es glücklich vermieden, die Stellung des Richters mit dem Gegensatz von Macht und Recht in Zusammenhang zu setzen, sie als Wahrung des Rechts in Kontrast zur Politik zu stellen. Sie haben zu Recht auch die Auslegungsmethode nicht als entscheidende Frage angesehen, sondern ihr einen bescheidenen Platz in der Erörterung zugewiesen. Endlich haben sie die Vokabel des Rechtsstaats, die hier nichts Entscheidendes austrägt, sparsam gebraucht.

Ich möchte zu drei Punkten sprechen: Erstens zur „Stellung des Richters“, zweitens zum Verhältnis von gesetzlicher und richterlicher Rechtserzeugung und drittens zur besonderen Erscheinung einer Verfassungsgerichtsbarkeit.

Zur Stellung des Richters: Ich sehe ein wesentliches Verdienst des Referates von Herrn *Roellecke* darin, daß er deutlich hervorgehoben hat, die Funktion des Richters sei nicht vom

Recht allein, sie sei von der Autorität des Staates abzuleiten. Würde der Richter nicht mit der vollen Autorität des Staates sprechen, wäre er ein vertraglicher Schiedsrichter oder ein Rechtsgutachter, nicht mehr. Die verbindliche Autorität des Rechtspruchs, man denke nur an die Strafe, leitet sich aus der Autorität der staatlichen Macht her. Das hat der erste Referent sehr schön in dem Ausblick auf die Möglichkeit erläutert, daß das vor der Gewaltenteilung stehende Bild des Richters sich mit dem des Herrschers, des Souveräns, vereinigen kann. Der Richter als Souverän oder der Herrscher als Richter ist eine uns fremd gewordene Figur. Herr *Roellecke* hat uns am Beispiel Salomos, aber auch an dem Friedrichs des Großen gezeigt: der Herrscher als Richter bedeutet seine Gabe der Rechtsfortbildung, seine Gabe, in der Gerechtigkeit des Einzelfalles ohne Bindung an abstrakte und rational gesetzte Normen Gerechtigkeit zu verwirklichen. Das ist ein Vertrauen, das wir heute in keinen Menschen mehr setzen. Es gibt übrigens auch die andere Seite: den Richter als Souverän. Wir haben geschichtliche Fälle, in denen der Gesetzgeber zum Richter wird. Die englische und die französische Geschichte kennen solche Fälle. Der High Court of Justice, den das englische Unterhaus für Karl I. bestellte, und die französische Nationalversammlung, die über Ludwig XVI. zu Gericht saß, waren Richter kraft parlamentarischer Autorität, eine uns heute fremd gewordene Vorstellung. Für uns ist das Bild des Richters durch die Gewaltenteilung bestimmt, in der ihm eine besondere Funktion der Rechtsfindung zufällt. Ich bin dabei dankbar, daß Herr *Starck* hier eine Definition verwendet hat, der ich zustimme. Richterliches Handeln bedeutet Entscheidung über bestrittenes oder verletztes Recht in autoritativer Form und in einem geordneten Verfahren. Das macht, für uns gehört heute auch die Unabhängigkeit dazu, das Wesen richterlicher Tätigkeit aus.

Ich komme zum zweiten Punkt: Rechtserzeugung und Rechtsfindung: Die Stellung des Richters muß im Zusammenhang mit der Auffassung von der Bildung von Recht gesehen werden. Es hat eine Zeit gegeben, Herr *Starck* hat es anklingen lassen, die die Rechtsbildung allein dem Gesetzgeber zuwies. Das Preussische Allgemeine Landrecht wies den Richter an, bei Zweifeln über die Auslegung eines Gesetzes sich an eine besondere Gesetzeskommission zu wenden, die das Gesetz authentisch auslegen werde. Es erlaubte dem Richter keine eigene Rechtsfortbildung. Diese Ansicht der Spätaufklärung klingt übrigens auch in *Montesquieu's* Äußerung an, der Richter sei nur „la bouche de la loi“. Hiergegen — Herr *Starck* hat darauf aufmerksam

gemacht — haben sich natürlich jene Autoren des frühen 19. Jahrhunderts gewendet, für die das Recht nicht ein rationales Erzeugnis, sondern Ausdruck des Volksgeistes war. Es hängt also sehr von der Anschauung über das Wesen des Rechts ab, wie man die richterliche Stellung definiert. Ein Beispiel: Die Stellung des englischen Richters ist nur dann zu verstehen, wenn man sich klar macht, daß das englische Recht in der Wurzel Gewohnheitsrecht ist. Der englische Richter wahrt gegenüber dem Statute Law, das immer speziell ist, das dahinter stehende allgemeine Common Law. Es ist Hüter der englischen Rechtstradition und insofern ein Gegenpol des Parlaments. Auf der anderen Seite beugt sich der englische Richter unbedingt dem Spruch des Parlaments, das Souverän ist; es gibt über dem Gebot des Parlaments kein höheres Recht mehr.

Für unsere Auffassung ist entscheidend, daß der Richter unter dem Gesetz steht, das — das haben beide Referenten ausführlich dargelegt — den Richter an die Entscheidung des demokratischen Gesetzgebers bindet. Gegenüber dieser abstrakt-rationalen Form der Rechtserzeugung im Gesetz kommt dem Richter nur eine ergänzende, fortbildende Rolle zu. Das bedeutet, daß der Richter jedenfalls nicht Hüter einer außerhalb des Gesetzes stehenden Gerechtigkeit ist, einmal von der Verfassungsgerichtsbarkeit zunächst abgesehen. Die Gerechtigkeitsmaßstäbe sind dem Richter vorgegeben. Würde er versuchen, von den Maßstäben des Gesetzes und der Verfassung abzuweichen, so würde er seinen Auftrag überschreiten. Einen Auftrag dazu erteilt ihm die Verfassung nicht; darin stimmen wohl beide Referenten überein.

Dazu gehört noch ein Weiteres: Die Grenzen der richterlichen Auslegung liegen in Verfassung und Gesetz. Interessant ist hier die Äußerung von Herrn *Starck*, der Richter sei nicht berufen, den Staatshaushalt in Unordnung zu bringen. Das ist eine gefährliche Äußerung. Der Richter ist sicherlich nicht darauf angewiesen, Rücksicht auf die finanziellen Folgen seines Urteils zu nehmen. In der bekannten Entscheidung zum Umsatzsteuergesetz, die das Bundesverfassungsgericht vor Jahren fällte, wurde das Gericht von dem Vertreter des Bundesfinanzministeriums auf die außerordentlichen finanziellen Folgen seiner Entscheidung aufmerksam gemacht. Das ist hier wohl nicht gemeint. Herr *Starck* denkt wohl daran, das Gericht sei nicht berufen, soziale Verbesserungen und Kompensationen festzulegen. Dieser Punkt bedarf freilich der Vertiefung; es stecken in ihm noch manche Probleme.

Endlich ein letzter Punkt: Die Grenzen der richterlichen Befugnis liegen im demokratischen Staat in der demokratischen

Ermächtigung des Gesetzgebers. Liegt ihm auch ein Schutz der Minderheiten ob? Je mehr sich heute das Bild des Gesetzes als einer rationalen Kodifikation, wie es das 19. Jahrhundert sah, auflöst, je mehr es als ein Kompromiß politischer Kräfte oder gar die Durchsetzung sozialen Wandels durch schwache Mehrheiten erscheint, um so weniger kann es Aufgabe des Richters sein, die Tendenzen eines Gesetzes kompensatorisch zu übersteigern. Seine Aufgabe wird eher darin liegen — und hier war vielleicht die Abweisung des Gedankens des Minderheitenschutzes durch Herrn Roellecke nicht ganz überzeugend — einen gewissen Schutz auch der Schwachen zu gewährleisten. Im föderalen Bereich gilt das für den Verfassungsrichter in Bundesländer-Streitigkeiten, in denen er zumeist die Länder gegen einen vordringenden Bund zu verteidigen hat.

Zur Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit: Sie führt über diese bisherigen Überlegungen hinaus. Ihre Rolle muß im Gesamtgefüge der Verfassung recht gesehen werden. Ich stehe dabei in einem gewissen Widerspruch zu der These 21 von Herrn Roellecke. Die Verfassung ist nicht nur eine Beschränkung der Gerechtigkeitsfindung aus dem Gesetz; sie ist viel mehr. Sie setzt selbst höhere Maßstäbe. Sie drängt dort, wo der Verfassungsrichter gegenüber dem Gesetz auf die Verfassung rekurriert, den Gesetzgeber in eine sekundäre Rolle. Das ist eine weittragende Veränderung des Verfassungsgefüges. Sie ist in England unbekannt, da der Gesetzgeber souverän ist. Sie ist nicht akzeptiert auch in Frankreich; seit die alten Parlamente im 18. Jahrhundert versuchten, sich zu Wächtern der Nation aufzuschwingen, hat man den Richtern eine solche Position genommen. Die Überlegenheit des parlamentarischen Gesetzgebers folgt aus der souveraineté nationale.

Übrigens haben wir in Europa noch einen Fall der Wahrnehmung richterlicher Aufgaben durch souveräne Organe. Formell befindet über Beschwerden wegen Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention nach dem Votum der Europäischen Menschenrechtskommission der Ministerrat. Er übt dies nur formell aus, schließt sich dem Votum der gerichtsähnlichen Kommission an. Formal spricht aber hier ein politischer Körper Recht.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist nur dort von Bedeutung, wo die Verfassung als höheres Recht anerkannt wird. Das ist sie im Grunde nur in Bundesverhältnissen. In den Vereinigten Staaten erwuchs das Prüfungsrecht aus der Tatsache, daß die alten Charters der Kolonien sekundäres Recht gegenüber dem englischen Recht waren. Es geht auf die Zeit vor 1787 zurück. In Europa ist die Überordnung der Verfassung in der Schweiz

aus den Vereinigten Staaten übernommen worden, und dies gilt im Grunde auch für die deutsche Entwicklung, die freilich auch auf das alte Heilige Römische Reich zurückgeht, in dem immer oberhalb der Landesgewalt noch die Reichsgewalt saß, die — gerade in ihren Gerichten — eine höhere Autorität verkörperte.

Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet also eine gewisse Zurücksetzung der Souveränität des Gesetzgebers. Ihre Entscheidungen haben nicht selten eine Art Gesetzeswirkung. Dennoch würde ich vorsichtig sein, davon zu sprechen, daß selbst die abstrakte Normenkontrolle ein Bestandteil der Gesetzgebung sei. Aber man sieht hier Fragen entstehen. Nimmt man jene Urteile, in denen das Gericht nicht nur kassatorisch vorging, Gesetze aufhob, sondern zugleich oder statt dessen Leitlinien für den künftigen Gesetzgeber entwarf: Das Apothekenurteil, das Urteil zum *numerus clausus*, das Urteil über den Grundvertrag, die Entscheidung zu § 218 StGB. Hier finden wir manchmal recht sybillinisch eingekleidete Weisheiten, die das Gericht für den künftigen Gesetzgeber niederlegt. Ob hier die Grenze zur Gesetzgebung immer gewahrt bleibt, scheint mir eine wichtige Frage. Man kann sie vielleicht auch verfassungsrechtlich in der Form aufwerfen, daß man fragt, ob Artikel 20 GG mit der Bindung an Gesetz und Recht auch für das Bundesverfassungsgericht geschrieben ist oder ob dies sich allein auf Art. 93 gründet? Ich würde meinen, auch das Bundesverfassungsgericht bleibt jedenfalls an solche Gesetzesbestimmungen gebunden, die nicht Gegenstand des Verfahrens sind und die es daher nicht ohne eingehende Erörterung mit den Beteiligten beiseite setzen darf. Es kann hier allenfalls Warnungen ausdrücken, wie es künftig entscheiden würde. Das Bundesverfassungsgericht ist nicht ermächtigt, Gesetze, die nicht im Verfahren ausführlich erörtert wurden, beiseite zu schieben. Im Ganzen kann man jedenfalls feststellen, daß sich die Verfassungsgerichtsbarkeit unserem Problem gegenüber in einer besonderen Lage befindet.

Kriele: Ich möchte im Anschluß an die beiden Referate einige Grundsatzfragen aufwerfen. Ich bin im wesentlichen mit dem, was die Referenten uns vorgetragen haben, einverstanden, etwa mit der Ableitung der Autorität des Richterspruches aus staatlicher Autorität, mit der Verpflichtung zur Gesetzesbindung usw. Erstaunt hat mich aber, daß die Probleme, die wir im Zusammenhang damit in den letzten 20 Jahren in der Bundesrepublik und anderswo diskutiert haben, so wenig zur Sprache gekommen sind. Es ging dabei nicht nur um die paar Fälle

von contra-legem-Entscheidungen; es ging eigentlich auch nicht um die Theorien, die die Rechtswissenschaft in Sozialwissenschaft umarbeiten wollen; sondern die Probleme bieten gerade die ex-lege-Entscheidungen. Über die Frage, was nach dem Gesetz Rechtens ist, gibt es Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten, und gerade deswegen bedürfen wir des Richters, um sie zu entscheiden. Deswegen können wir nicht einfach im Zivilrecht den Inhalt des BGB vortragen ohne Rücksicht auf die Rechtsprechung des Reichsgerichtes und des BGH, sondern wir tragen das BGB in der Auslegung der Rechtsprechung und unter Berücksichtigung der dogmatischen Literatur vor. Was tun diese Rechtsprechung und die dogmatische Literatur? Ist es so einfach, daß sie das Gesetz und einige lernbare methodische Regeln anwenden? Dann bedürften wir nicht der Gelehrsamkeit der Rechtswissenschaft und auch nicht des ganzen komplizierten Verfahrens der höchstrichterlichen Rechtsprechung, der Präjudizienvermutung und der Technik, sich von den Präjudizien in argumentativer Auseinandersetzung wieder zu lösen. Die Methodendiskussion, die im Kern des Problems „Bindung des Richters an Gesetz und Recht“ stand, ging aus von einer umfassenden Bestandsaufnahme, wie in dem fundamentalen Werk von Esser „Grundsatz und Norm“ (neuerdings in dem Werk „Vorverständnis und Methodenwahl“) oder in den Werken von Franz Wieacker oder anderen, die uns darüber belehrt haben, daß sich das geltende Bürgerliche Recht, an dem das in erster Linie exemplifiziert wurde, im Verhältnis zu 1900 nicht nur weiterentwickelt, sondern in seinen wesentlichen tragenden Leitgrundsätzen gewandelt hat. Die Frage an Sie ist: Sollen wir zurück zum BGB von 1900, oder knüpfen wir an den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung an? Wenn Sie sich zu letzterem entscheiden, stellt sich das Problem wiederum neu. Dann muß das alles legitim sein, was Rechtsprechung und Dogmatik in den vergangenen Jahren erarbeitet haben. Dann zeigt sich plötzlich, daß das Problem „Bindung ans Gesetz“ nicht so simpel ist, wie es hier dargestellt wurde. Natürlich kann man, wenn man Glück hat, ein paar Zitate finden, die ganz abwegige Ideen vertreten; es ist leicht, sie zurückzuweisen; darin sind wir uns völlig einig. Aber die Probleme, mit denen wir ringen, sind ganz anderer Art. Ich kann das hier nur skizzieren. Ich will nur andeuten, daß wir bei jeder Interpretation des Gesetzes Entscheidungsprobleme haben, die mit unseren Methodenregeln nicht ohne weiteres lösbar sind. Wenn wir Analogie anwenden, gäbe es theoretisch auch die Möglichkeit, den Umkehrschluß anzuwenden. Wenn wir Lückenfüllung und Anspruchsgewährung sagen, gäbe es theoretisch auch die Möglich-

keit, Lückenfeststellung und Anspruchsabweisung zu sagen. Ob wir entstehungszeitlich oder geltungszeitlich auslegen, müssen wir entscheiden. Oder: Fragen wir nach der Teleologie, nach der ratio legis oder gehen wir auf den Wortlaut zurück? Bedienen wir uns dieser oder jener Konstruktion oder dieser oder jener dogmatischen Figur? Denken wir Gemeinschaftsvorbehalte in vorbehaltlose Grundrechte hinein? Usf. Das alles muß entschieden werden.

Die Frage ist: Sind diese Entscheidungen einfach irrationale Subjektivismen, persönliche Wertvorstellungen des Richters, die uns nicht interessieren, oder sind nicht gerade sie auch objektivierbar und rationalisierbar?

Herr *Starck*, Sie haben sehr einleuchtend an die Theorie vom Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Sachverhalt und Norm angeknüpft. Das Problem, das Sie dabei ansprachen, ist etwas komplizierter. Wir gehen von einer Normhypothese aus, z. B.: „So etwas braucht man sich nicht gefallen zu lassen“. Nun wandert der Blick hin und her zwischen Normhypothese und Gesetz, zwischen Normhypothese und Sachverhalt und wieder zurück. Dabei variieren wir die Normhypothesen. Indem wir solches tun, denken wir uns sozusagen nachvollziehend in die dialektische Situation des Gesetzgebers hinein. Dabei kommen wir in eine Komplexität von Problemen, die reduziert werden muß, wie Sie das mit Hinweis auf *Luhmann* uns vorgetragen haben. Diese Reduktion der Probleme läuft ab 1. durch Beschränkung auf die entscheidungserhebliche Frage, 2. durch eine Präjudizienvermutung „im Zweifel“, 3. durch Rückbindung auch bei allen Unterproblemen, die sich dabei auftun, an die Gesetze und durch präsumptive Rückbindung an die Präjudizien, 4. durch argumentative Auseinandersetzung mit den Präjudizien durch Unterscheidungen und eventuell, wie es die Angelsachsen nennen, durch „overruling“ und 5. selbstverständlich durch argumentative Auseinandersetzung mit der Literatur. Das alles verlangen wir auch von den Studenten, wenn sie Hausarbeiten schreiben sollen. Wir begnügen uns nicht damit, daß sie das Gesetz nach methodischen Regeln anwenden — dann wäre die Hausarbeit „mangelhaft“ —, sondern wir verlangen, daß sie auf Judikatur und Literatur eingehen und sich damit argumentativ auseinandersetzen.

Mir scheint, daß das, was wir argumentative Auseinandersetzung nennen, ein durchaus rationales und, wie ich sagen würde, auch wenn das Wort anstößig ist, vernünftiges Verfahren ist. Diese Vernunft bewußt zu machen, scheint mir eine wichtige Voraussetzung für das Verständnis von Richter und Gesetz zu sein. Denn es handelt sich hier nicht um eine dem

Gesetz übergestülpte Vernunft, sondern um das Auffinden der in unserer Rechtsordnung enthaltenen Vernunft. Das heißt mit anderen Worten: Die Bindung ans Gesetz verlangt von uns, daß wir diese immanente Rechtsvernunft argumentativ aufarbeiten. Deswegen scheinen mir alle Problemperspektiven, die das Problem simpel auf die Gesetzesbindung reduzieren, das Grundsatzproblem völlig zu verfehlen. Dies bedürfte natürlich näherer Explikationen.

Partsch: Mich hat sehr überzeugt, daß Herr Roellecke sein Referat über die verfassungsrechtliche Situation mit der Frage begann: An was ist der Richter denn gebunden, daß also die Frage: Was heißt „Gesetz und Recht“, am Anfang steht. Ich muß allerdings gestehen, daß ich mit seiner Interpretation dessen, was darunter zu verstehen sei, nicht ganz einverstanden bin. Ich bin immer davon ausgegangen und kann mich zumindest auf die historische Auslegungsregel dabei berufen, daß unter „Gesetz“ jede vom staatlichen Gesetzgeber gesetzte Norm einschließlich des Grundgesetzes zu verstehen sei und daß „Recht“ eben etwas anderes ist als diese Rechtsmasse. Auf keinen Fall darf das Grundgesetz aus der Kategorie „Gesetz“ — natürlich nicht materiell, sondern im formellen Sinne — in die Kategorie „Recht“ hinübergebracht werden. Es wird häufig minimisiert, was denn dann für „Recht“ noch übrigbleibt. Die bekannte Diskussion über die Rolle des Gewohnheitsrechtes ist dafür ein Beispiel. Ich persönlich bin der Auffassung, daß zum Beispiel im parlamentsrechtlichen Raum, wie etwa die schöne Arbeit von *Claus Friedrich Arndt* gezeigt hat, das Gewohnheitsrecht doch eine sehr viel größere Rolle spielt, als ihr etwa *Tomuschat* zuweisen will. Wir haben auch das Problem, ob zu „Recht“ neben dem Gewohnheitsrecht nicht die allgemeinen Rechtsprinzipien im staatlichen Recht genauso gehören wie im Völkerrecht. Ich glaube, man müßte diese Frage am Anfang anschneiden, weil sie bei allen Einzelthemen auftaucht. Denn wenn der Richter nur an das positiv vom staatlichen Gesetzgeber erlassene Recht, als Grundgesetz oder als formelles Gesetz, gebunden ist, sieht seine Stellung ganz anders aus, als wenn er auch auf die anderen Rechtsmassen zurückgreifen kann. Ich weiß, man wendet gegen die historische Auslegung sehr häufig ein: Was kümmert uns denn, was die Herren im Parlamentarischen Rat in Bonn damals gedacht oder nicht gedacht haben? Aber wenn man sich darüber hinwegsetzen will, daß damit gerade das dem Recht nicht entsprechende Gesetz gemeint werden sollte, dann müßte man das sehr handfest begründen.

Zu These 22 des Herrn Erstberichterstatters ein kleiner Fall, der nicht so weit zurückliegt wie die schönen Fälle, die uns Herr *Roellecke* vor Augen geführt hat: Der Fall spielte vor zehn Jahren in der Auseinandersetzung zwischen der Universität Mainz und dem Landtag. Die Universität Mainz hatte den „Fröhlichen Weinberg“ in Nackenheim verkauft und mit dem Geld ein sehr gutes Sportinstitut eingerichtet. Dem Leiter des Sportinstituts gelang es nicht, sich zu habilitieren. Er wollte aber gern Professor werden. Darauf begab er sich auf die politische Ebene, was dazu führte, daß die Landesregierung und der Landtag versuchten, der Universität dieses Sportinstitut zu entreißen und es zu einem selbständigen Institut zu machen. Es gab Verhandlungen mit den Fraktionsführern. Der Fraktionsführer der größten Fraktion hielt dem Rektor und dem Senat entgegen, als sie darauf hinwiesen, daß vor zwei Jahren ein Universitätsgesetz erlassen worden sei, wonach keine Universitätseinrichtung der Universität gegen ihren Willen entfremdet werden dürfe: „Aber meine Herren, Sie wissen doch alle ganz genau, daß wir über eine Mehrheit verfügen, die es uns ermöglicht, jedes dumme Gesetz, was wir gemacht haben, wieder aufzuheben.“ Ich stelle die Frage: Hätte ein derartiges Maßnahmegesetz — wäre es erlassen worden — den Gerechtigkeitsgehalt besessen, den man auch von einem solchen Gesetz legitimerweise fordern könnte?

Zacher: Ich meine, wir sollten sehr viel ehrlicher und offener davon sprechen, daß wir es mit einer Aporie zu tun haben. Sie steckt in dem ganzen Thema. Ich möchte diese Aporie mit den zwei Zugängen zu ihr bezeichnen: einerseits der Bindbarkeit und Begrenztheit der Rechtsanwendung, andererseits der apriorischen Entbundenheit und der apriorischen Unbegrenztheit der Rechtsanwendung. Lassen Sie mich mit der Erläuterung der apriorischen Entbundenheit und Unbegrenztheit der Rechtsanwendung beginnen.

1. Die Nachfrage nach Recht und vor allem auch die Nachfrage nach Recht, die an den Richter herangetragen wird, ist unendlich. Der Vorrat an formuliertem Recht ist immer endlich. Darin liegt ein Widerspruch. Ich meine, daß dieses Mißverhältnis zwischen unendlich und endlich sowohl in sachlicher wie auch in zeitlicher Hinsicht, in der Dimension der Rechtsfortbildung, besteht. Darin liegt der Ausgangspunkt für das Phänomen der Lücke. Die Frage ist allenfalls, ob das Verhältnis zwischen Recht und Lücke ein Regel-Ausnahme-Verhältnis ist. Ich würde aber Herrn *Roellecke* ganz entschieden widersprechen, wenn er von einer Art Lückenlosigkeit ausgeht, indem er for-

dert, das Recht müsse immer dem Gesetz entnommen werden. Im Gegenteil, würde ich sagen, liegt in dem skizzierten Mißverhältnis zwischen nachgefragtem Recht und förmlich vorrätigem Recht ein genuiner, ein apriorischer Schöpfungsauftrag an den Richter, der unvermeidlich ist. Wenn wir Analogieverbote haben wie im Strafrecht und im Verwaltungsrecht — daran können wir das am deutlichsten sehen —, dann weicht das Recht eben in Bereiche ohne Analogieverbote aus, vornehmlich in das Bürgerliche Recht. Der Persönlichkeitsschutz über § 823 BGB ist ein typisches Beispiel für das Ausbleiben des strafrechtlichen Nachkommens.

2. Die Ermittlung von Normen ist letztlich immer subjektiv. Dazu hat Herr Kriele schon sehr viel gesagt. Ich möchte es bei dieser Behauptung bewenden lassen. Sie ist nicht voll rationalisierbar und sie ist deshalb auch immer subjektiv falsifizierbar.

3. Die personale Kompetenz ist stets ungleich und kann selten begründet, fast stets aber abgesprochen werden. Wir haben denn auch eine Saison des Absprechens der personalen Kompetenz des Rechtsanwenders.

Das wären die drei Punkte für die apriorische Unbegrenztheit und Entbundenheit des Richters. Dazu drei Punkte für die apriorische Bindbarkeit und Begrenztheit.

1. Wir brauchen das Gesetz, weil es das Recht erkennbar macht, weil es das Recht allgemein macht.

2. Wir brauchen zweitens eine Kunstlehre der Rechtsfindung, die es uns erlaubt, überhaupt über das richtige Recht ins Gespräch zu kommen, eine Argumentationslehre, die die Gedanken nachvollziehbar, wiederholbar und kontrollierbar macht.

3. Die Misere der subjektiven Inkompetenz ist ein so elementar menschliches, daß diese allgemeine psychologische und soziologische Kritik an der Rechtsfindung von vornherein wieder gestrichen werden muß. Was nützt es, wenn man den Richter darüber aufklärt — und sehr viele Richter sind heute darüber aufgeklärt —, daß sie eigentlich inkompetent sind und trotzdem richten müssen? Im Kern ist die Frage „Warum darf gerade der richten?“ eine niemals endgültig befriedigend zu beantwortende Frage. Wir sind eigentlich alle inkompetent und haben auch fast alle das Vergnügen, nicht richten zu müssen. (Verzeihen Sie, meine Herren, einige von uns werden natürlich kompetent sein, die möchte ich davon ausnehmen.) Aber es gibt die Ausnahme der Inkompetenz etwa in den Fällen der Nähe und Parteilichkeit, die herkömmlich zu Ausschluß und Befangenheit führen.

Darin sehe ich die große Aporie, die in dem Thema steckt. Und ich meine auch, daß wir eigentlich keine Brücke über diesen Widerspruch schlagen können, daß das wahrscheinlich sogar ein ontologischer Tatbestand unseres Rechts ist. Wir müssen zwar von der Entbundenheit und Unbegrenztheit der Rechtsfindung ausgehen. Gleichwohl müssen wir aber immer so tun, als ob wir auf das Gesetz rekurrieren könnten, als ob wir eine Methodenlehre hätten und subjektiv kompetent wären. Andernfalls löst sich das Recht auf. Wir müssen das in dem schlechten Gewissen tun, daß die Gegengründe bestehen. Ich weiß selbst auch keine Brücke. Ich bin nur ein bißchen betrübt darüber, heute nicht mehr darüber erfahren zu haben.

Roellecke: Was ich Herrn *Zacher* sagen möchte, gilt gleichzeitig Herrn *Kriele*. Ich meine, ich hätte radikaler noch als die bisherigen Diskussionsbeiträge auf die Unmöglichkeit der Übersetzung des Gesetzes in den Richterspruch hingewiesen, indem ich sagte, es sei sprachtheoretisch ausgeschlossen, die Anwendung zu rationalisieren. Insofern sind wir uns einig. Aber, Herr *Zacher*, und deshalb habe ich mich anläßlich Ihres Beitrages zu Wort gemeldet: Es scheint mir doch ein gewaltiger Unterschied, ob man vom Richter verlangt, immer vom Gesetz aus zu argumentieren, und das ist das Ziel meiner Argumentation, oder ob man ihm sagt: Wir wissen, daß das Gesetz nicht unmittelbar in die Wirklichkeit umgesetzt werden kann, also bist du frei. Letztere Position habe ich angegriffen, und ich meine, sie sei nicht zu halten.

Bachof: Als einer der von Herrn *Zacher* von der Feststellung der Praxisferne wohl Ausgenommenen möchte ich ein wenig aus meinen praktischen Erfahrungen beitragen.

Herr *Starck* hat die Frage nach der „Normativität“ von Gesetzen schon kurz angesprochen, aber hier scheint mir ein noch vertiefungsbedürftiges Problem zu liegen. Was heißt denn eigentlich: „Bindung“ an das Gesetz, wenn das Gesetz eine bindende Aussage nicht enthält? Oder, anders ausgedrückt: Ein Konditionalprogramm setzt eine *conditio* mit hinreichend bestimmbarem Inhalt voraus; wir haben aber etliche Normen mit so offenem Inhalt, mit so offenen Begriffen — um das inkriminierte Wort „unbestimmte“ Begriffe zu vermeiden —, daß man sich fragen muß, ob der Richter daran überhaupt gebunden sein kann, oder woran er dann eigentlich gebunden ist.

Der Bad.-Württ. Staatsgerichtshof hat zur Zeit in einer Flut von Verfahren zur Kommunalreform immer wieder darüber

zu entscheiden, ob eine Neugliederungsmaßnahme dem in Art. 74 der Landesverfassung geforderten „öffentlichen Wohl“ entspricht; denn nur aus Gründen des öffentlichen Wohls dürfen Gemeinden zwangsweise aufgelöst werden. Ist das eigentlich noch ein hinreichend deutlicher und damit bindungsfähiger Rechtsbegriff? Der Verfassungsgeber ist offenbar davon ausgegangen. Denn trotz solcher Unbestimmtheit hat er erst bei einer Verfassungsänderung im Jahre 1971 den Begriff des „öffentlichen Wohls“ als Voraussetzung gesetzlicher Maßnahmen in die Norm aufgenommen. In den Diskussionen des Parlaments ist nachzulesen, daß man meinte, es verstehe sich zwar eigentlich von selbst, daß der Gesetzgeber nur aus Gründen des öffentlichen Wohls handeln dürfe; trotzdem sei es aber nützlich, das durch ausdrückliche Aufnahme in die Verfassung zu verdeutlichen. Da nun diese Norm (Art. 74 LV) gerade diejenige ist, an deren Maßstab der Staatsgerichtshof eine Neugliederungsmaßnahme auf Anrufen einer Gemeinde zu prüfen hat, muß der Verfassungsgeber ja wohl davon ausgegangen sein, daß in der Norm wenigstens ein gewisses Mindestmaß an Bindungsfähigkeit enthalten sei; andernfalls wäre der den Prüfungsmaßstab setzende Begriff weder ein bestimmter noch ein unbestimmter Rechtsbegriff, er hätte vielmehr überhaupt keinen Sinn. Dem Staatsgerichtshof ist es bei einem so unbestimmten (oder „offenen“) Prüfungsmaßstab aber offensichtlich unbegreiflich gewesen. Er hat deshalb versucht, den Begriff „öffentliches Wohl“ zu analysieren und ihn in eine ganze Reihe von Unterbegriffen aufzugliedern. Er hat im Grundsatzurteil vom 14. 2. 1974 (DÖV 1975, 385, betr. die Gemeinde Neureut) u. a. das Sozialstaatsprinzip, das Demokratieprinzip, die Gewaltenteilung, die Chancengleichheit der Bürger, die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwaltung und vieles andere mehr zu Gründen des öffentlichen Wohls erklärt. Ich war von vornherein skeptisch gegenüber diesem Versuch; ich bin jetzt, nachdem wir etwa 30 Urteile erlassen haben, noch skeptischer geworden. Denn es hat sich gezeigt, daß man im Grunde durch diese Aufgliederung nichts an Konkretheit gewonnen hat. Alle jene Begriffe sind bei ihrer Anwendung ambivalent. Gewaltenteilung, Demokratieprinzip und Chancengleichheit können sowohl herangezogen werden für die Zusammenlegung von Gemeinden zu größeren Einheiten, wie auch umgekehrt für die Erhaltung der Selbständigkeit kleinerer Gemeinden. Letztlich bleibt doch nur die politische Entscheidung des Gesetzgebers übrig, und nichts anderes. Sicher sind dieser Entscheidung Grenzen gezogen; sicher kann es dabei offensichtlichen Mißbrauch geben, und es kann vorkommen, daß Prognosen und Er-

wartungen des Gesetzgebers als offensichtlich verfehlt bezeichnet werden müssen. Es kann auch einmal überhaupt an jeder vernünftigen Begründung des Gesetzes fehlen. Dann kann und muß das Gericht eine Entscheidung des Gesetzgebers aufheben. Der Staatsgerichtshof hat denn auch in einem Fall aus solchen Sacherwägungen, ein anderes Mal wegen Verfahrensverstöße einen Gemeindegemeinschaftszusammenschluß für nichtig erklärt. Aber das sind seltene Ausnahmen. Daran zeigt sich, daß ein Begriff wie „öffentliches Wohl“ zwar mehr als nichts an Bindung hergibt, aber doch eben sehr wenig. Darin liegt das Problem. Wir unterstellen, wenn wir von der Bindung an das Gesetz sprechen, oft allzu selbstverständlich, daß die anzuwendende Gesetzesnorm hinreichend eindeutig und damit überhaupt bindungsfähig wäre. Sie ist es eben oft nicht. Wie ist das Verhältnis von Gesetzgeber und kontrollierendem Richter dann?

Eine Besonderheit dieses Verhältnisses liegt darin — damit schlagen wir übrigens schon den Bogen zum Thema von morgen —, daß der Verfassungs- (und der Verwaltungs-) Richter in der Regel nicht eine primäre Entscheidung trifft, sondern die bereits getroffene Entscheidung einer anderen Stelle kontrolliert. Ich glaube, das ist heute ein wenig zu kurz gekommen. Es ist m. E. ein grundsätzlicher Unterschied, ob ein Zivilrichter erstmalig Recht anwendet — er selbst muß als erster entscheiden und dabei interpretieren, Lücken füllen usw. — oder ob der Verfassungs- oder der Verwaltungsrichter die schon getätigte Interpretation nachvollzieht, indem er Entscheidungen kontrolliert, die das Parlament oder die Verwaltung bereits getroffen haben. Hier geht es zunächst einmal um die Bindung des Gesetzgebers oder der Verwaltung an das Gesetz, und erst sekundär um die Bindung des Richters an das Gesetz.

Der Bad.-Württ. Staatsgerichtshof hat in allen neueren Urteilen zur Gemeindereform fast schon stereotyp folgendes ausgeführt, was ich mich Ihnen vorzulesen fast geniere; aber bedenken Sie bitte, es ist nicht an Juristen gerichtet, sondern an die Gemeinden, die oft fälschlicherweise erwarten, das Verfassungsgericht könne und werde, gewissermaßen als eine Art Oberparlament, die politischen Erwägungen des Gesetzgebers unter ebenfalls politischen Gesichtspunkten korrigieren. Er hat also ausgeführt: „Der Staatsgerichtshof hat nicht darüber zu befinden, ob der Gesetzgeber unter mehreren denkbaren Lösungen der Neugliederung die sinnvollste und zweckmäßigste Lösung gewählt hat.“ (Ich würde heute, genauer, sagen: „ob er die sinnvollste und dem öffentlichen Wohl dienlichste Lösung gefunden hat“, denn *darum* geht es.) Das Gericht fährt fort: „Die-

se Auswahl zu treffen obliegt dem Parlament, welches ausschließlich die politische Verantwortung für die Zweckmäßigkeit der Gemeindereform trägt.“ (Auch hier würde ich heute genauer formulieren: „... die Verantwortung für die bestmögliche Verwirklichung des öffentlichen Wohls trägt.“) „Diese Verantwortung kann der Staatsgerichtshof dem Gesetzgeber nicht abnehmen, dessen Entscheidungen er aus anderen als aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht korrigieren kann.“

Das alles ist nichts Neues. Aber ich meine, daß darin zum Ausdruck kommt, was einmal ganz deutlich gesagt werden muß: Die Bindung des Verfassungs- (und des Verwaltungs-) Richters an Gesetz und Verfassung bedeutet nicht nur die Bindung an die im konkreten Fall anzuwendende Norm, sondern es bedeutet auch die Berücksichtigung von und damit die Bindung an diejenigen Normen, die die Stellung des Richters im Verfassungsgefüge fixieren. Diese Stellung im Verfassungsgefüge ist bei dem die Verfassungs- und die Verwaltungsorgane kontrollierenden Richter aber eine andere als beim erstentscheidenden Zivil- oder Strafrichter.

Oppermann: Ich habe eine Bitte um Erläuterung an Sie, Herr Roellecke, zu Ihren Ziffern 7, 16 und auch zu Ziffer 19, wo es ebenfalls etwas hineinspielt. Sie haben insbesondere in Ziffer 7 zunächst sehr stark auf die Abgeleitetheit und Außengesteuertheit der Entscheidungsbefugnis des Richters abgestellt. Wollten Sie damit eigentlich ein Spezifikum der richterlichen Tätigkeit umschreiben, oder was gibt heuristisch diese Feststellung letztlich her, wenn man den Richter mit den anderen Staatsfunktionen vergleicht? Ich meine, die Außengesteuertheit ist beim Angehörigen der Exekutive noch viel offensichtlicher, aber im demokratischen Verfassungsgefüge sicherlich auch beim Angehörigen der Legislative. Wieso haben Sie bei Ziffer 7 eigentlich so stark auf die Außensteuerung abgehoben, während Sie meines Erachtens sehr viel überzeugender bei Ziffer 19 doch die richterliche Unabhängigkeit als das eigentliche Spezifikum betonten? Also Unabhängigkeit, an sich eine Selbstverständlichkeit, mit sehr vielen Fragezeichen dahinter?

Hierzu eine weitere Frage an Sie: Sie hatten bei Ziffer 17 auf die starke Eingliederung des Richters in die Gerichtsorganisation abgehoben und dort gesagt, auch die Richterwahl vermöge nicht die Verbindlichkeit richterlicher Entscheidungen zu stärken. Meine Frage: Muß man nicht doch diese richterliche Unabhängigkeit, gerade wenn man den Richter in seiner Stellung im Verfassungsgefüge richtig begreifen will, als eine legitimier-

te Unabhängigkeit, als eine von den Grundvorstellungen der Verfassung her legitimierte Unabhängigkeit begreifen, und bringt nicht gerade die Art und Weise des Verfahrens der Richterbestellung hierzu ganz entscheidende Gesichtspunkte? So gesehen besteht vielleicht doch eine nicht ganz so scharfe Scheidung zwischen den „normalen“ Gerichtsbarkeiten und der Verfassungsgerichtsbarkeit, wie es Herr *Scheuner* anfangs aussprach. Ist es nicht eher eine durchaus logische Abstufung, wenn in denjenigen Bereichen der Gerichtsbarkeit, in denen die Bindung an das Gesetz mit all ihrer Relativität vielleicht doch stärker ist als in der Verfassungsgerichtsbarkeit, auch die demokratische Legitimation über das Ernennungsverfahren verhältnismäßig indirekt bleibt, während die Richterwahl sowohl bei den obersten Gerichtsbarkeiten im allgemeinen als ganz besonders beim Bundesverfassungsgericht stärker den Charakter — ich sage es in Anklang an das, was auch Sie, Herr *Roellecke*, sagten — des unmittelbar vom Souverän anvertrauten öffentlichen Amtes zum Ausdruck bringt? Nur über die dortige „demokratienähe“ Art der Richterbestellung wird eigentlich die gewisse Priorität erträglich, die das Grundgesetz im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit dem Rechtsstaatsgedanken vor dem Demokratiegedanken einräumt, etwa bei der Normenkontrolle.

Roellecke: Zur ersten Frage von Herrn *Oppermann*: Im Leitsatz 7 wollte ich betonen, daß der Richter in eine Staatsorganisation eingeordnet ist und von daher seine Macht oder einen Teil seiner Legitimation bezieht. Insofern ist Leitsatz 7 neben der Unabhängigkeit notwendig.

Was die Frage der Unabhängigkeit und der Richterwahl anlangt: Wenn man die Aufgabe des Richters ernst nimmt, das Gesetz zu verwirklichen, dann kann es unter keinen Umständen auf die Art seiner Bestellung ankommen. Mir ist auch keine Entscheidung bekannt, insbesondere nicht des Bundesverfassungsgerichts, in der sich irgend ein Richter auf die Art seiner Bestellung berufen hätte. Wenn die Art der Bestellung aber keine zulässige Begründung ist, dann muß die konkrete Entscheidung anders legitimiert werden als durch die Wahl der Richter.

Häberle: Dem differenzierten verfassungsrechtlichen Verständnis der Bindungsklausel „Gesetz und Recht“ von Herrn *Starck* (Leitsatz 13) stehe ich weit näher als dem Ansatz von Herrn *Roellecke*. Bindung an „Gesetz und Recht“ sehe ich als richterliche Aktualisierung der Verfassung durch Gesetz und

Recht hindurch, als entsprechenden Verfassungsauftrag unseres „Grund-Gesetzes“. Konkret: „Recht und Gesetz“ sucht das reiche Spannungsfeld einzufangen, das uns seit *Essers* „Grundsatz und Norm“ geläufig ist und hinter das wir nicht zurückkönnen. „Recht“ wäre dann ein postulatorischer, ein fordernder Begriff wie die soziale Gerechtigkeit. Deshalb vermag ich mich dem Entweder-Oder, den auf das Gesetz fixierten Gegenüberstellungen von Herrn *Roellecke* (Leitsätze 17, 21) nicht anzuschließen. Unter „Recht“ verstehe ich das, was *das* (konkrete) Gesetz — noch — werden kann, und das, was „Gesetz“ werden kann bzw. soll. Also ein stärker entwicklungsoffenes Verständnis mit richterlichen und legislativen Momenten, wobei dann die aus der Methodenlehre bekannten Kontrollen gegenüber der interpretatorischen Freiheit wie „Berechenbarkeit“ usw. einzuschalten sind.

Erlauben Sie mir noch eine Schlußfrage: Herr *Roellecke*, ich vermag den drei Thesen nicht zu folgen, in denen Sie eingangs in den Leitsätzen 2 bis 4 stark unterscheiden zwischen verfassungsrechtlicher Funktion hermeneutischer und kompensatorischer Funktion.

(Roellecke: Position!)

Meine Frage: Ist dieses Einteilungsmuster nicht zu grob geraten, das Sie uns in der *Form* eindrucksvoll geboten haben? Denn auch die verfassungsrechtliche Funktion hat, man denke an den Verbraucherschutz als Schutz der Schwachen, an den richterlichen Minderheitenschutz, an die Zeugen-Jehova-Fälle Herrn *Dürigs* und des Bundesverfassungsgerichts, eine stark „kompensatorische Position“. Auch können wir die „verfassungsrechtliche“ und richterliche Funktion bzw. Position ohne hermeneutische Arbeit gar nicht leisten bzw. vertreten.

Roellecke: Herr *Häberle*, es tut mir leid, daß ich unklar gesprochen habe. Es ging mir im ersten Teil meines Referates um die Darstellung der Diskussion in der Staatsrechtslehre. Ich habe mich mit Positionen auseinandergesetzt und meinte nicht bestimmte Funktionen. Insofern beruht Ihr Votum vielleicht auf einem Mißverständnis, das ich zu entschuldigen bitte.

Badura: Eine Zeit lang hatte es den Anschein, als wenn wir nur noch durch die Richter erfahren könnten, was der Inhalt des geltenden Rechts sei. Es hat eine Euphorie, einen Überschwang des Richterrechts und der Entdeckung der richterlichen Rechtsbildung gegeben. Die beiden Referenten haben dieser Tendenz, wie mir scheint, eine ziemlich deutliche Absage

erteilt. Es muß doch auffallen, daß hier in einer zum Teil ganz rigorosen Weise auf einen ziemlich estatistischen Standpunkt zurückgefallen worden ist, denn die Entscheidung für das Gesetz etwa in der Schärfe, wie sie in These 17 von Herrn Roellecke steht, ist eine Entscheidung, die eben für das staatliche Gesetz und für die Zurückführbarkeit aller Rechtsäußerungen und Bestandteile der Rechtsordnung auf den Staat spricht. Es ist ja auch nicht zufällig gerade von Herrn Roellecke sehr stark der Punkt hervorgehoben worden, der Richter sei „der Staat“, wenn er Recht spricht, wobei allerdings nicht hinzugesagt worden ist, was das eigentlich genau bedeutet.

Ich glaube, daß es sicherlich richtig ist, daß dort, wo es ein Gesetz gibt und soweit es eben eine politische Entscheidung des Parlamentes gibt, das Verhältnis des Gesetzes zum Richterspruch durch die Referate in der Richtung zutreffend wiedergegeben worden ist. Ich möchte nur bezweifeln, daß damit der gesamte Bereich des gestellten Themas abgeschritten ist, nämlich ob das Vertrauen gerechtfertigt ist, daß der Gesetzgeber in der Weise, wie es ihm gewissermaßen auferlegt wird, dem heutigen Regelungsbedürfnis der modernen Gesellschaft völlig nachzukommen sich in der Lage sehen kann, und daß insofern der Richter in der Tat jemand sein könnte, der immer nur aufgrund und im Rahmen des Gesetzes handeln könnte oder, wie es hier sogar bei Herrn Roellecke in These 17, Satz 3 heißt: „Ohne oder gegen das Gesetz ist der Richter daher im Unrecht.“

Die moderne Rechtsbildung scheint doch in einem nicht unbeträchtlichem Maße sich von diesem einfachen zentralistischen Bild der Rechtserzeugung durch das Parlament und durch den Staat zu entfernen. Ohne mich in theoretische oder philosophische Tiefen zu verlieren, möchte ich nur einen Punkt als Beispiel hervorheben, der als letzte These bei Herrn Starck einmal erscheint, nämlich das kollektive Arbeitsrecht und die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu diesem Problem.

„Gesetzesvertretendes Richterrecht“, so heißt es hier, „wie zum Beispiel im kollektiven Arbeitsrecht beruht auf einer Kompetenzüberschreitung des Richters, für die allein der Gesetzgeber Verantwortung trägt“, usw. Ich möchte diesen Satz für genauso zu weitgehend halten wie die These 17, die Herr Roellecke aufgestellt hat, zu weitgehend schon in der Prämisse, die in dem Begriff „gesetzesvertretendes Richterrecht“ liegt. Die Prämisse, die darin liegt, bedeutet, daß mangels Gesetzes eine Entscheidung offenbar gar nicht möglich ist. Nun heißt es glücklicherweise nach der Themenstellung des Vorstandes, oder

vielleicht auch durch die List der Vernunft, Bindung des Richters an Gesetz „und Verfassung“. Wenn man die Realität der modernen Rechtsprechung zwar nicht in allen ihren Zweigen, aber gerade im Zweige der Arbeitsgerichtsbarkeit betrachtet, so ist doch leicht erkennbar, daß die Verfassung, wenn auch vielleicht in gewisser Überanstrengung ihrer Inhalte, an die Stelle der kodifikatorischen Leistung des Gesetzgebers getreten ist, und wenn die Richter „gesetzvertretend“ in Bindung an die Verfassung entscheiden, ist, glaube ich, das nicht nur ein Unglück oder ein Unglücksfall oder ein Grenzphänomen. Eine Debatte des gestellten Themas unter modernen Verhältnissen müßte erkennen, daß es sich möglicherweise um ein strukturelles Problem unserer Rechtsordnung handelt, das auch in Verbindung mit der Bedeutung steht, die die Gruppen und Verbände auf Inhalt und Fortbildung der Rechtsordnung haben, zum Teil durch das Medium des Richters hindurch, vor allem gerade im Bereiche des Arbeitsrechtes, wo auf die Zusammensetzung des Bundesarbeitsgerichts hingewiesen werden muß. Man kann nicht einfach sagen — die These 30 von Herrn Starck — „Kompetenzüberschreitung des Richters“, wenn man nicht sogleich in der Lage ist, dem Gesetzgeber zu sagen, in welcher Weise er politisch überhaupt in der Lage sein sollte, die Inhalte zu regeln, die das Bundesarbeitsgericht teilweise, gerade im Bereich des Arbeitskampfrechtes, geregelt hat.

Vorsitzender: Ich darf nur darauf hinweisen, daß die Themen bislang bei uns jeweils durch den Vorstand beschlossen worden sind; eine Beteiligung der objektiven Vernunft ist mir jedenfalls nicht bewußt geworden. Aber vielleicht wäre das eine Anregung für den künftigen Vorstand.

Fleiner: Ich bin von diesen beiden Referaten außerordentlich beeindruckt. Ich habe aber vom Standpunkt des schweizerischen Rechts aus einige Fragen insbesondere an Herrn Roellecke zu richten. Bekanntlich legt Artikel 1 des Zivilgesetzbuchs fest, daß wenn der Gesetzgeber nicht entschieden hat, der Richter wie ein Gesetzgeber entscheiden muß. Der Gesetzgeber gibt also den Schwarzen Peter dem Richter weiter. Wie können wir in einer solchen Situation den Entscheid des Richters legitimieren?

Artikel 1 des Zivilgesetzbuches hat eine eminent praktische Bedeutung. Er führt nämlich dazu, daß der Gesetzgeber in der Regel immer mehr unbestimmte Rechtsbegriffe in die Gesetze aufgenommen hat, so daß der Richter sehr oft in die Lage kommt, kreativ entscheiden zu müssen. Ich will Ihnen das an-

hand eines Beispiels verdeutlichen: Vor einigen Jahren hat eine Frau ihren Mann getötet und verlangte nach dem Mord des Mannes die Ausrichtung der Sozialversicherungsleistung als Hinterbliebene des Mannes. Selbstverständlich hätte sie gemäß AHV-Gesetz Anspruch auf diese Sozialleistung gehabt. Der Richter hat entschieden, es wäre absurd und würde der Unvernunft entsprechen, wenn der Frau diese Sozialleistung gegeben werden müßte. Also müssen wir contra legem von einer Lücke im Gesetz ausgehen und festlegen, daß in solchen Fällen verschuldeter Herbeiführung des Hinterlassenenfalles kein Anspruch auf eine Rente besteht.

Ein weiteres Beispiel, das Ihnen die Situation in der Schweiz vielleicht noch mehr verdeutlichen kann: Unser Justizminister hat ungefähr vor einem Jahr in einem Referat vom Richter ausdrücklich gefordert, er solle seine Auslegungskompetenz soweit als möglich ausschöpfen, weil der Gesetzgeber in der heutigen Zeit derart belastet sei, daß er kaum mehr die Gesetze rechtzeitig an die veränderten Verhältnisse anpassen könne. Deshalb sei er darauf angewiesen, daß der Richter möglichst schöpferisch entscheide.

Die Verbände haben bei uns einen sehr großen Einfluß auf die Gesetzgebung. Die Gegensätzlichkeit ihrer Interessenlage führt zu Normen, die Leerformeln enthalten, da sie allen Interessen Rechnung tragen und so gar nichts entscheiden. Etwa Normen, die besagen: Im übrigen ist Rücksicht zu nehmen auf die allgemeinen Interessen der Landwirtschaft, der Landesverteidigung und der Industrie. Was macht der Richter in einem solchen Fall? Wird da der Satz: Der Richter ist an das Gesetz gebunden, nicht auch zu einer Leerformel? Müssen wir da nicht andere Legitimationsgründe für die Entscheidung des Richters finden? Wo ist die Legitimation des Schiedsgerichtes, das für uns Schweizer ja eine besonders große Bedeutung hat? Das Schiedsgericht erhält unter anderem seine Legitimation von den Parteien. In der Schweiz erhalten die Schiedsgerichte je länger je größere Bedeutung. Sehr viele wichtige Rechtsbereiche werden dadurch faktisch von der normalen Gerichtsbarkeit ausgeklammert. Wird in diesen Fällen die Entscheidung des Richters noch durch das Gesetz legitimiert?

Roellecke: Ich würde Artikel 1 des schweizerischen ZGB als Ausdruck des Rechtsverweigerungsverbotcs interpretieren und insgesamt als eine verfassungsrechtlich in der Tat von meinem Standpunkt aus bedenkliche Bestimmung betrachten.

Was die Frage der Schiedsgerichtsbarkeit anlangt: Die Statistiken sind ein bißchen dubios. Außerdem möchte ich darauf

hinweisen, daß aus schiedsrichterlichen Urteilen nur mit staatlicher Sanktion vollstreckt werden kann. Ich nehme an, das ist in der Schweiz auch so.

Krawietz: Wenn wir mit den Referenten nach den Bedingungen der Möglichkeit richterlicher Bindung an das Gesetz fragen, dann ist das sicherlich ein verfassungsrechtliches Problem. Es ist aber zugleich ein Problem der juristischen Methodik und damit der juristischen Methodenlehre dogmatischer Rechtswissenschaft. Ich möchte daher bei allem schuldigen Respekt vor Herrn *Scheuner* die bei der Gesetzesanwendung auftretende Frage nach der Auslegungsmethode nicht als eine bloße „Unterfrage“ ansehen, weil es keine Gesetzesanwendung gibt, die nicht methodologische Implikationen hätte. Selbst wenn wir sagen, ein Gesetz sei seinem Inhalt nach völlig klar, so ist das eine Interpretation. Der Satz *in claris non fit interpretatio* kann nicht als Regel juristischer Methodik gelten, weil die Feststellung, daß ein Gesetz seinem Wortlaut nach klar und eindeutig sei, die Auslegung des Gesetzes nicht überflüssig macht, sondern selbst Ergebnis einer Auslegung ist.

Ich teile nicht die von den Herren Referenten teils implizit genährte, teils explizit geäußerte Befürchtung, daß *die* Soziologie bzw. *die* Soziologen — wer immer das sein mag — imstande wären, das Rechtsdenken von der Methode her zu gefährden oder gar zu ersetzen. Soziologie setzt normatives Denken nicht matt, sondern voraus. Ich bin der Meinung, daß wir es hier vielmehr mit einem genuin juristischen Problem zu tun haben. Von da her meine Frage an beide Referenten, bezüglich der These 22 bei Herrn *Roellecke* und bezüglich der These 19 bei Herrn *Starck*.

Herr *Roellecke* ist ja davon ausgegangen, daß — soweit es um die juristische Methodik geht — der logisch-systematische Zusammenhang vor der historischen Auslegung stehe, während Herr *Starck* zu der Auffassung gelangt ist, der historischen Auslegungsmethode komme eine wichtige, ja „primäre Rolle“ zu. Es mag dahingestellt bleiben, ob darin nicht ein gewisser Widerspruch liegt. Tatsächlich beinhalten nach heute herrschender Auffassung in methodologischer Absicht unternommene Kanonisierungen à la *Savigny* weder Regeln noch Methoden juristischer Auslegung, sondern bloße Auslegungskriterien, Argumente oder Gesichtspunkte, die bei der juristischen Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften *nebeneinander* zu berücksichtigen sind, weil sie einander keineswegs ausschließen. Es hat sich — wenn ich recht sehe — auch keine a priori gel-

tende Rangordnung zwischen diesen Kriterien feststellen lassen. Offensichtlich hängt es von der rechtssprachlich bedingten Beschaffenheit des jeweiligen Rechtstextes und der erst bei der Anwendung der Rechtsnorm auf den Einzelfall in Erscheinung tretenden, mehr oder weniger weitreichenden Vagheit der Rechtsnorm ab, welchem Kriterium in der zu treffenden Entscheidung letztlich der Vorrang gebührt.

Deshalb, meine ich, muß man zu der Folgerung gelangen, daß der Schwerpunkt der Problematik und die eigentliche Achillesferse einer Gesetzesbindung in der juristischen Methodik liegt. Der Gesetzgeber macht, wie Herr *Starck* vorgetragen hat, ständig schöne, mehr oder weniger eindeutige Entscheidungsprogramme; die methodischen Regeln, d. h. die Normen richtigen Entscheidens, wie diese Entscheidungsprogramme anzuwenden sind, hat er nicht positiviert. Nun könnte man fordern, der Gesetzgeber möge sich doch mal anstrengen und versuchen, die methodischen Regeln, soweit wir sie kennen, zu positivieren. Wir hätten dann aber sogleich wieder das Problem, daß wir keine Regeln besäßen, wie diese positivierten methodischen Regeln anzuwenden sind. Offensichtlich landen wir auf diese Weise bei einem infiniten Regreß. Positivierte Regeln juristischer Methodik vermögen ihre eigene Auslegung ebenso wenig zu leisten wie kanonisierte Auslegungskriterien. Meine Frage an beide Referenten lautet, wie sie auf dieses Problem der juristischen Methodik sub specie einer Bindung des Richters an das Gesetz reagieren wollen. Ich meine, daß uns in diesem Punkt beide Referate noch etwas schuldig geblieben sind.

Starck: Wenn man die These 19 genau liest, Herr *Krawietz*, erkennt man, daß ich hier nur auf die richterliche Begründung abstelle. Es geht nicht um einen Vorrang bei der richterlichen Entscheidung. Dafür ist nicht die historische Auslegungsmethode vorrangig. Der Richter muß gerade dann, wenn er das Recht fortbildet, zunächst einmal den Regelungsansatz klären. Deshalb habe ich für diesen Begründungsweg den Vorrang der historischen Auslegungsmethode genannt. Im übrigen habe ich in meinem Referat gesagt, daß es einen allgemeinen Vorrang einer einzelnen Regel vor einer anderen nicht gibt und auch nicht geben kann.

Steiger: Herr *Roellecke*, Sie haben sich, so meine ich, als radikaler Demokrat erwiesen, angesichts der These 14 allerdings auch nur unter der gegenwärtig geltenden Verfassungslage. Sie machen diese radikale Demokratie am Gesetzgeber fest, als

demjenigen, der dieser radikalen Demokratie Ausdruck verleiht. Allerdings ist die Voraussetzung, die Sie dabei machen, die, daß allein der Gesetzgeber das richtige Recht setzt. Sie haben die Formulierung im Referat gebracht, es gebe keine vollkommenere Gerechtigkeit als die des Gesetzgebers. Diese Formulierung klingt natürlich an eine andere ähnliche an, es gebe keine vollkommenere Gerechtigkeit als die Gottes. Aber gerade, wenn man das in Parallele setzt, merkt man auch sofort den Unterschied. Herr *Scheuner* hat vorhin mit Recht darauf hingewiesen, daß der Richter als Souverän derjenige sei, der die absolute Einzelfallgerechtigkeit verwirkliche. So ist es wohl auch bei der vollkommenen Gerechtigkeit Gottes, die als absolute Gerechtigkeit gedacht ist, während die vollkommene Gerechtigkeit des Gesetzgebers, auch des demokratischen Gesetzgebers, doch wohl allenfalls nur eine relative sein kann.

In verschiedenen Diskussionsbeiträgen und schon vorher im Referat von Herrn *Starck* ist auf die Schwierigkeiten des Gesetzgebers bei der Gesetzgebung in qualitativer und quantitativer Hinsicht hingewiesen worden. Ich brauche darauf nicht noch einmal einzugehen. Ich möchte nur darauf hinweisen: Ist diese Schwierigkeit nicht auch ein Grund für eine Gefahr, daß der Richter, eben weil er teilweise an die Stelle des Gesetzgebers treten muß, in Ihrer Theorie völlig freigestellt wird, daß seine Funktion, weil er diese Aufgabe erfüllen muß, nun theoretisch überhaupt nicht mehr eingefangen werden kann und damit der Richter in einer Weise freigestellt wird, wie es in anderen Bemühungen, die versuchen, das miteinander zu verbinden, nicht der Fall ist. Andererseits, und auch das ist, glaube ich, schon von Herrn *Badura* angesprochen worden, haben wir in der Studienzeit und auch später immer wieder gelernt, daß es Rechtsgebiete gebe, in denen es des Richterrechts bedürfe als Vorformung dessen, was nachher der Gesetzgeber wirklich regeln kann. Insofern ist auch das Richterrecht nicht einfach nur ein Vollzug des Gesetzes und kann es gar nicht sein.

Meines Erachtens stellen sich zwei Probleme. Das eine Problem ist das der Zuständigkeit. In These 15 haben Sie, Herr *Roellecke*, gesagt, daß die Weisungsfreiheit zu nichts legitimiere. Herr *Oppermann* hat dazu auch schon gefragt, ob die Unabhängigkeit des Richters nicht auch eine Legitimationsgrundlage nach der Verfassung sei. Es ist von Artikel 20 Abs. 2, der natürlich in Zusammenhang mit Artikel 20 Abs. 3 zu lesen ist, ebenso von Artikel 92 keine Rede gewesen. Ich frage mich, ob im gewaltenteilenden Staat man heute noch die aus der Verfassungsgeschichte abgeleitete Charakterisierung des Richters

als Justizbedienten oder als Justizdiener aufrechterhalten kann oder ob nicht doch eine selbständigere Stellung impliziert ist.

Das zweite Problem ist die Frage des Grundgesetzes als Grenze für die Gerechtigkeit. Das ist allerdings eine sehr überraschende und, ich glaube, neue These. Die ganze Staatsrechtslehre und Verfassungsinterpretation seit 1949 ging wohl von einem gegenteiligen Aspekt aus, nämlich, daß das Grundgesetz einerseits wohl eine Art von Kodifikation von Gerechtigkeit sei, andererseits aber auch über Artikel 1 und die Grundrechte und andere Bestimmungen auf Gerechtigkeit hinweise. Woher kommen dann diese Grenzen in Ihrer These 21? Der These stimme ich in gewisser Weise zu, aber nicht so absolut, wie Sie sie gesetzt haben. Ist diese Grenze nicht gerade deswegen gegeben, weil sie um der Gerechtigkeit willen notwendig ist? Das heißt, ist sie nicht selbst an die Gerechtigkeit gebunden? Und zweitens, das spricht sich auch in Artikel 100 aus, meine ich doch, daß der Richter auf die materialen Verfassungsnormen in Artikel 1 und den Grundrechten verwiesen ist. Ich möchte das angesichts der knappen Zeit nicht weiter ausführen.

Kopp: Ich darf gleich an die letzten Bemerkungen anknüpfend zwei praktische Gesichtspunkte als Ergänzung oder Präzisierung erwähnen. Zunächst zur Frage der Nutzenanwendung unserer Überlegungen für den Richter: Was hat der Richter in der Wirklichkeit, in der Praxis, von dem, was Herr *Roellecke* ausgeführt hat, für einen Nutzen? Ich glaube, daß ein Großteil der Prozesse doch nicht so frivol ist, daß diese Prozesse ohne weitere Reflexion entschieden werden könnten, ohne weiteres Nach- und Zuendedenken des Gesetzes. Das bedeutet praktisch, daß man mit reinem Positivismus den Großteil der Fälle nicht lösen kann und daß die Frage eigentlich erst dort beginnt, wo das Referat aufgehört hat. Das bedeutet, daß man sich entscheiden muß, ob man hier dem Richter volle Freiheit läßt — wie denn überhaupt die reine Rechtslehre erklärt, das sei nicht mehr Wissenschaft, sondern Dezision, die uns nicht mehr zu interessieren hat —, oder ob man weiterfrägt, nach welchen Gesichtspunkten die bestehenden und nicht zu leugnenden primären und sekundären Lücken des positiven Rechts auszufüllen sind.

Der zweite praktische Gesichtspunkt ist der der Wirklichkeit der Gesetzgebung. Auch das ist bereits von mehreren Vorrednern erwähnt worden. Wer ist der Gesetzgeber und wie ist es mit der Weisheit des Gesetzgebers bestellt? Letzteres kann jeder aus eigener Erfahrung bestätigen, ebenso auch die Tatsache,

daß die Gesetze immer schlechter werden und immer mehr erst zu Ende gedacht werden müssen, bevor man sie anwenden kann. Der Gesetzgeber arbeitet in einer Hektik, die es notwendig macht, stärkeren Nachdruck auf die Rechtsprechung zu legen, die doch in einer gewissen Zurückgezogenheit am konkreten Fall die Problematik zu Ende denkt. Die Rechtsprechung hat einen gewissen Vorteil in der zurückgezogenen Reflexion und kann hier in etwa das machen, was eigentlich der Gesetzgeber tun sollte, nämlich die Probleme zu Ende zu denken. Die zurückgezogene Reflexion in der Rechtsprechung kann bis zu einem gewissen Grade den wirklichen, vernünftig gedachten Willen der Rechtsgemeinschaft herausdestillieren. Das ist sicherlich keine originäre Aufgabe, sondern ein Nachvollzug, ein Weiter- und Zuendedenken der Gesichtspunkte, die in der Rechtsordnung angelegt sind. Diese Gesichtspunkte sind aber nicht notwendig immer schon alle im einzelnen positiven Parlamentsgesetz vorgezeichnet. Vielmehr spielen bei der Erfüllung dieser Aufgabe, wie bereits erwähnt wurde, auch Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsprinzipien, wie sie in der Rechtsprechung und der Rechtslehre herausgearbeitet worden sind und laufend noch herausgearbeitet werden, eine ganz erhebliche Rolle. Also einerseits die positive Bindung ans positive Gesetz, andererseits doch auch die sachliche Richtigkeit.

Ich hatte beim ersten Referat eigentlich erwartet, nachdem das Beispiel von Salomon erwähnt wurde, daß dieser Ansatz noch weiter ausgeführt würde. Bei Salomon war offenbar der Legitimationsgrund die Überzeugungskraft seiner Entscheidung und nicht so sehr die Autorität und Macht des Königs. Es ist doch ein wesentliches Element der richterlichen Tätigkeit, daß der Richter nicht kraft Autorität, sondern kraft Überzeugung Recht schafft. Was er findet — *Jellinek* hat es einmal gesagt —, erscheint eigentlich selbstverständlich, wenn es richtig ist; es wird nicht als etwas Besonderes, Neues empfunden, sondern als etwas, was immer schon da gewesen ist, eigentlich schon immer gegolten hat. Dies bedeutet, daß das Recht gerade auch sachlich durch die Richtigkeit der Argumentation überzeugt und überzeugen muß, und auch darin, und nicht nur im positiven Anwendungsbefehl des Gesetzgebers, eine wichtige Grundlage seiner Geltung findet. Das ist, was auch vom Schweizer Kollegen bereits erwähnt worden ist und was wir in der Praxis ja wohl alle tun, auch der Grund dafür, daß man sich von der bewährten Rechtsprechung und Lehre leiten läßt, nicht weil diese binden, sondern weil sie das Ergebnis von Überlegungen und der Ausdruck von Überzeugungen sind, die Anhaltspunkte dafür geben (können), was die Rechtsgemeinschaft erwartet.

Ich darf in diesem Zusammenhang auch das relativ starke Vertrauen, das man in der Bevölkerung in die Rechtsprechung setzt, erwähnen. Die einfachen Leute kommen zum Verwaltungsgericht, weil sie Vertrauen haben und glauben, dort zu ihrem Recht zu kommen, selbst in Fällen, die relativ aussichtslos sind. Auch das ist eine praktische Legitimation, die nicht nur die Soziologie oder die Rechtssoziologie interessieren sollte, sondern auch für die Verfassungsauslegung Bedeutung hat: auch die Auslegung der Vorschriften der Verfassung über die Trennung von Gesetzgebung und Rechtsprechung und über deren jeweilige Aufgaben muß auf die praktischen Probleme und Möglichkeiten der Realisierung Rücksicht nehmen.

Noch einen letzten Gesichtspunkt zur Aufgabe des Richters. Es wurde erwähnt, im Mittelalter sei der Richter die maßgebliche Figur gewesen, auch die Staatsgewalt sei wesentlich Gerichtsgewalt gewesen. Das trifft aber doch wohl nur in gewissem Sinn zu. Gerade die richterliche Gewalt war nie reine Gerichtsgewalt im engeren Sinn, sondern immer, und vor allem auch im Mittelalter, zumindest zum Teil auch allgemeine originäre Staatsgewalt, eine Gewalt, die nicht nur Recht vollzogen hat, das anderwärts gesetzt worden war, sondern auch Recht, das der Richter in originärer Rechtsfindung „erkannt“ hat. Das gilt, trotz aller Fortschritte der Gesetzgebung, im Grunde für die richterliche Gewalt auch heute noch.

Püttner: Ich darf direkt daran anknüpfen: Mir ist aufgefallen, daß man bei den angeführten Quellen zwar auf viele wichtige Autoren zurückgegangen ist. Ich habe aber die Auseinandersetzung zwischen *Eugen Ehrlich* und *Hans Kelsen* um die Lücken im Recht vermißt. Hätte das nicht auch dazu gehört?

Wesentlich ist die Frage, ob wirklich die Bindung des Richters an das Gesetz im Grundgesetz so sehr als wesentliche Grundlage der Richtertätigkeit gesehen wird, wie das bei Ihnen, Herr *Roellecke*, im Vordergrund stand.

Ich habe drei Probleme: Einmal — was Herr *Bachof* schon sagte —: Wie weit ist es eigentlich mit der Bindungswirkung unserer vorhandenen Gesetze bestellt, denken Sie z. B. an das Bürgerliche Gesetzbuch. Oder nehmen Sie den Fall, der in der Rechtsprechung so häufig ist, daß sich der Richter in der Zivilgerichtsbarkeit fast ausschließlich mit Vertragsauslegung zu beschäftigen hat. Ist Vertragsauslegung Gesetzesverwirklichung?

Zweitens: Der These 30 von Herrn *Starck* stimme ich an sich zu. Das Grundgesetz verpflichtet wohl den Gesetzgeber, im not-

wendigen Umfang Gesetze zu schaffen. Aber es fehlt die Sanktion dafür. Wir haben bisher die gesetzesfreie Verwaltung und nach meiner Meinung auch die gesetzesfreie Rechtsprechung. Auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts gibt es, z. B. im Allgemeinen Verwaltungsrecht, Bereiche, in denen wir fast nur Richterrecht kennen. Ist das alles verfassungswidrig?

Wenn wir das Grundgesetz selbst in institutioneller Hinsicht befragen, stellen wir fest, daß die Obergerichte nicht nur dazu dienen, das Gesetz zu verwirklichen, sondern auch, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wahren. Hiermit gibt das Grundgesetz offenbar zu, daß in der Rechtsprechung ein Spielraum vorhanden ist, der im Sinne von Vereinheitlichung von einem gemeinsamen Obergericht ausgefüllt werden soll. Dies wäre wahrscheinlich überflüssig, wenn das Gesetz den Richter völlig in seiner Tätigkeit prädestinieren würde.

Drittens: Wir haben weiterhin immer noch die Erscheinung des ehrenamtlichen Richters oder des Laienrichters, über die ich im Kommentar von *Wieczorek* (B Ia zu § 1 GVG) gelesen habe, sie seien nicht an das Gesetz gebunden. Das war für mich eine Überraschung. Ich kann nur meine Verwunderung zum Ausdruck bringen, möchte aber sagen: Wie sollen eigentlich Richter an das Gesetz gebunden sein, die das Gesetz normalerweise gar nicht kennen und die gerade deshalb in die Gerichtsbarkeit berufen werden, weil sie es nicht kennen? Sie sollen doch unvoreingenommen die Stimme des Volkes oder die Verbandsstimme — Arbeitsgerichtsbarkeit, Sozialgerichtsbarkeit — zur Geltung bringen. Gibt das Grundgesetz, indem es diese Einrichtung toleriert, nicht offen zu, daß Abstriche zu machen sind, oder wie kann man, Herr *Roellecke* und Herr *Starck*, in Ihren Systemen solche Fakten unterbringen?

Soell: Herr *Roellecke*, ich möchte etwas zu der Stellung des Richters im Verfassungsgefüge und zur Gerechtigkeitsverwirklichung durch Gesetz an Hand Ihrer Ausführungen sagen: Sie scheinen doch stark von einer pluralistischen Harmonielehre bei der Gesetzgebung auszugehen in dem Sinne, daß Sie unterstellen, im pluralistischen Kräftespiel werde das Gerechte, das materiell Richtige, schon von selbst unten herauskommen. Ob das aber so unterstellt werden darf, scheint mir gemessen an der Wirklichkeit der Gesetzgebung sehr fraglich. Sie wissen, daß je allgemeiner die Interessen sind, um so schwieriger ihre Organisation und um so geringer ihre Durchsetzungschancen im Gesetzgebungsverfahren bisweilen sind. Ich meine, daß in der Wirklichkeit der Gesetzgebung bestimmte machtvoll orga-

nisierte Interessen — ich denke insbesondere an bestimmte Bereiche der Gesetzgebung, nämlich Wirtschaftslenkung, Leistungsgesetzgebung — eher zum Zuge kommen und daß unter Umständen die allgemeinen Interessen, etwa die der Steuerzahler — das wird uns bei der gegenwärtigen Finanzmisere ja ad oculos demonstriert —, im Gesetzgebungsverfahren häufig genug zu kurz kommen. Also muß man sich fragen: Soll nicht hier insbesondere das Bundesverfassungsgericht eine gewisse Korrekturmöglichkeit haben? Soll das Bundesverfassungsgericht nicht eine Gegengewichtsfunktion ausüben können gegen solche Gemeinwohldefizite, die im pluralistischen Kräftespiel häufig oder jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen nicht zu vermeiden sind? Ich glaube, diese völlige Abweisung des kompensatorischen Gedankens ist nicht berechtigt. Die Gegengewichtsfunktion — das hat auch Herr *Scheuner* schon angesprochen — zeigt sich übrigens auch im Minderheitenschutz, den insbesondere die Verfassungsgerichte zu leisten haben.

Nun haben Sie auf der anderen Seite auch betont, daß das Gemeinwohlrichtige oder das Materiell-inhaltlich-Richtige im Gesetzgebungsverfahren und als Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens wohl auch deshalb anzunehmen sei — ich weiß nicht, ob ich Ihnen da etwas unterstelle —, weil die Verfassung keine inhaltlich materiellen Richtlinien, die auch den Gesetzgeber binden, zur Verfügung stelle. Herr *Roellecke*, ich glaube, da würden Sie aber die Bemühungen der letzten 20 Jahre um materiell-inhaltliche Direktiven, etwa der Gemeinwohlbindung des Gesetzgebers durch verschiedene Verfassungsgrundsätze, verkennen.

Ein drittes Problem ist in diesem Zusammenhang ebenfalls anzusprechen. Ich komme nun auf das, was Herr *Bachof* gesagt hat, nämlich die häufig zu hörende Frage, wenn von Verfassungsgrundwerten die Rede ist: Gibt es denn überhaupt ein rationales Werteoptimierungsverfahren? Wir können oft feststellen, daß in einer verfassungsrechtlichen Grundbestimmung, etwa der des Gemeinwohls, eine Vielzahl von materiellen Richtlinien enthalten sind. Herr *Bachof* hat vorhin solche Richtlinien, die aus dem Text der baden-württembergischen Landesverfassung bei kommunalen Gebietsänderungen durch Gesetz herauszulesen sind, im einzelnen aufgeführt. Nun taucht häufig die These auf, zwischen ihnen habe der Gesetzgeber ein Wahlrecht. Ich frage mich aber doch, und das habe ich eigentlich in beiden Referaten vermißt, ob es nicht Verfahren der Werteoptimierung gibt, die eine gewisse Nachprüfbarkeit sicherstellen, etwa der Gleichrang der Staatszielbestimmungen, ferner die Folgerun-

gen, die aus dem Gleichrang zu ziehen sind, etwa das Verbot der Aufopferung eines Wertes, die Berücksichtigung des zurücktretenden Wertes je nach der konkreten Situation bei den angeordneten Maßnahmen, die Bedeutung des Übermaßverbots in diesem Zusammenhang und schließlich die ordnungsgemäße Ermittlung der Fakten, die der Gesetzesentscheidung zugrundezuliegen haben. Herr *Bachof*, es ist ja gerade um die Fragen vor dem Staatsgerichtshof gerungen worden, ob solche Regeln des Optimierungsverfahrens vom Gesetzgeber genügend beachtet worden sind und ob etwa der Gleichrang und die Folgerungen aus dem Gleichrang verschiedener Werte, die zur Konkretisierung des Gemeinwohlbegriffs herangezogen worden sind, richtig gezogen wurden und ob der Staatsgerichtshof nicht doch ein weiteres, breiteres Kontrollrecht hätte ausüben müssen gerade im Interesse des Minderheitenschutzes, den Herr *Scheuner* angesprochen hat und der bei der Gemeindereform auch ein wichtiger Gesichtspunkt war.

Kriele: Ich fühle mich provoziert durch den Begriff der Subjektivität, der hier aufgetaucht ist und zu dem Herr *Roellecke* auf seinen Leitsatz 22 verwiesen hat. Dieser „Gleichwohl-Satz“ scheint mir die totale Kapitulation vor dem Problem zu sein, das wir hier behandeln. Mit „gleichwohl“ ist es nicht zu schaffen, sondern wir müssen das rational aufarbeiten. Auch Herr *Starck* spricht an entsprechender Stelle in Leitsatz 20 von „persönlichen Vorurteilen und Wertvorstellungen“. Herr *Zacher* spricht von Aporie. Ich weiß nicht, ob er damit eine unaufheb- bare Aporie meint; dem würde ich widersprechen. Auch wenn wir in unsere Methodenlehrbücher schauen, so finden wir bei *Larenz* zu der Frage, wie denn nun die verschiedenen Methodenelemente in ein Rangverhältnis zu bringen seien, das sei letztlich eine „schöpferische Geistestätigkeit“ (Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., S. 335). *Friedrich Müller* sagt, das sei eben ein Element der Subjektivität der Entscheidung, das offengelegt werden müsse („Wertungen, deren subjektiver Charakter weder vermeidbar ist noch verschleiert werden darf.“ Juristische Methodik, S. 184). Dem widerspreche ich. Wir betreiben „Rechtswissenschaft“ und treffen nicht bloß subjektive Entscheidungen. „Rechtswissenschaft“ ist eine Übersetzung von „jurisprudentia“. Ich glaube, das geht auf *Thomasius* zurück. Wir müssen uns klar darüber sein, daß „prudentia“ etwas anderes ist als „scientia“. Die Eigentümlichkeit dieser prudentia bedeutet nicht, daß wir nicht rational argumentieren, sondern nur, daß unsere Methoden andere sind als die sowohl der Geistes- als auch der Naturwissenschaften. Ich möchte nur mit

einem Satz einen Vorschlag machen, obwohl auch er der Ausführung bedürfte. Was tun wir, wenn wir in diesen Bereich kommen, wo wir entscheiden müssen? Wir versuchen Vorstellung, Abschätzung und Abwägung der Konsequenzen, die es hätte, wenn wir auf die eine oder andere Weise entscheiden würden: „Wohin führt das“? Das erfordert zunächst einmal ein Einfühlen in die Situation der Betroffenen, auch der künftig von der Entscheidung Betroffenen, also unter Berücksichtigung der präjudiziellen Zukunftswirkung. Dieses Einfühlen ist nicht Gefühl, ist nicht Subjektivität, sondern ein sich in die Lage derer Versetzen, die etwa durch die Entscheidungsmaxime betroffen werden, und ein Abwägen gegen die Konsequenzen, die auf der anderen Seite in Frage stehen. Das heißt, wir versetzen uns in die Lage der betroffenen Menschen. Indem wir das tun, bringen wir nicht unsere Subjektivität ins Spiel, sondern bemühen uns im Gegenteil, soviel wie möglich von unserer Subjektivität zu abstrahieren und betätigen gerade dadurch die Unparteilichkeit unseres juristischen Denkens.

Zu dieser Vorstellung, Abschätzung und Abwägung gehört auch die Erwartung des Wahrscheinlichen aufgrund der Lebenserfahrung, die auch nicht „Gefühl“ ist. Da wir damit in einen komplexen Bereich kommen, der uns überfordert, so bedürfen wir erstens der Methoden der Reduktion dieser Komplexität, wie ich sie vorhin versucht habe, in fünf Punkten zu skizzieren, und zweitens der kooperativen Argumentation. „Rechtswissenschaft“ ist nicht „bloße Subjektivität“, sondern Diskussion mit rationalen Argumenten, die immer anfechtbar, vertretbar und diskutabel sind, aber „diskutabel“ auch in dem positiven Sinn, daß sie rational und vernünftig sind.

Starck: Herr *Kriele*, ich konnte nicht über alles reden. Sie können auch gewiß sein, daß ich Ihr Buch kenne. Ich habe versucht, zuerst einmal einen funktionsrechtlichen Rahmen aufzustellen, den Sie in Ihrem Buch nicht aufzustellen unternommen haben, weil Sie über andere Dinge geschrieben haben. Ich habe die Rechtsfortbildung betont, indem ich zum Beispiel auf die Begründungspflicht eingegangen bin. Ich habe auch zur Wirkung der Präjudizien Ausführungen gemacht und über das Verfahren gesprochen.

Sie haben das Beispiel gebracht, daß sich das BGB so fortentwickelt habe, daß man es heute gar nicht mehr wiedererkenne, wenn man sich auf den Standpunkt von 1900 stelle. Auch dieses Phänomen läßt sich in meinem funktionsrechtlichen Rahmen erklären, und zwar hat diese Änderung des BGB Schritt für

Schritt stattgefunden. Wir müßten jetzt im einzelnen prüfen, wie die Schritte vollzogen worden sind und könnten dann urteilen: dieser Schritt ist unter den von mir aufgestellten Kriterien eine unzulässige Rechtsfortbildung oder eine zulässige Rechtsfortbildung. Daß nach so vielen Jahren das BGB ganz anders aussieht als seinerzeit, ist eine Erscheinung, die in meinen funktionsrechtlichen Rahmen hineinpaßt.

Die Herren *Bachof*, *Püttner* und *Fleiner* haben auf ein sehr wichtiges Phänomen hingewiesen, nämlich auf die sog. offenen Gesetzesbegriffe. Es hätte sich in dem Referat tatsächlich angeboten, entsprechende Differenzierungen anzubringen. Ich habe mir erlaubt, diese wegzulassen, sie werden aber in der gedruckten Fassung nachzulesen sein¹⁾. Es geht hier um Maßstäbe, die außerhalb des Gesetzes gefunden werden müssen; z. B. „unbillige Härte“, „Zumutbarkeit“, „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“, „Eignung“ u. dgl. sind Maßstäbe, die außerhalb des Gesetzes liegen und die der Richter erst einmal auffinden und formulieren muß. Hier hat selbstverständlich die Sozialwissenschaft ihre Funktionen, wenn sie richtig eingesetzt wird. Auch insoweit habe ich auf eine nähere Ausführung verzichtet, weil ich darüber bereits etwas geschrieben habe.

Herr *Zacher* hat die große Aporie beschworen. Aber ich meine, daß man bei einem vernünftigen Verständnis dieses Themas darüber hinauskommen und eine praktische, brauchbare Lösung anbieten muß. Ich meine, daß ich die eine Seite, die er hervorgehoben hat, in meinem Teil über die Normativität von Gesetzen durchaus angesprochen habe, daß ich dann aber in dem Schlußkapitel über die Grenzen der Rechtsfortbildung auch die andere Seite genügend betont habe.

Herr *Badura* hat meine These 30 angegriffen. Auch mir ist bei dieser These 30 nicht ganz wohl. Daß das Bundesarbeitsgericht die Funktion des Gesetzgebers teilweise übernimmt, ist zunächst einmal ein Faktum. Wenn die Frage gestellt ist, ob das ein Verstoß gegen die Bindungsklausel ist, so muß man in irgend einer Weise dazu Stellung nehmen. Wir können uns mit dieser Faktizität allein nicht begnügen. Anderenfalls würden, wenn sich der Gesetzgeber vor seinen Pflichten drückt, automatisch die Gerichte in diese Pflichten hineinwachsen. Wenn dies auch in anderen Rechtsgebieten passiert, würde allmählich unsere ganze Verfassungsordnung umgestülpt werden. Ich habe diese überwältigende Faktizität, die Sie zu recht hier konstatiert haben, einzufangen versucht, indem ich sagte, der Gesetz-

¹⁾ Siehe § 14 des Mitberichts; Red.

geber hat die Pflicht zu regeln, aber wenn er die Pflicht nicht wahrnimmt, dann darf der Richter in bestimmten Bereichen auch ohne Gesetze entscheiden.

Zu Herrn *Soell* möchte ich eigentlich nur wenige Worte sagen, weil ich mich durch ihn weitgehend bestätigt fühle. Ich habe im Gegensatz zu Herrn *Roellecke* dem Bundesverfassungsgericht und auch der Verfassung eine ganz andere Funktion gegeben. Die Gerechtigkeit hat nicht der Gesetzgeber gepachtet, der durch die Verfassung bei deren Verwirklichung begrenzt wird, wie bei Herrn *Roellecke*. Eher wird die Gerechtigkeit im Gesetzgebungsverfahren und in dem möglicherweise anschließenden Normenkontrollverfahren verwirklicht. Da paßt alles hinein, was Herr *Soell* über die letzten 20 Jahre gesagt hat. Dem möchte ich voll zustimmen.

Roellecke: Ich bitte schon jetzt um Nachsicht, wenn meine Erwiderung nicht ganz klar ist; ich werde mich bemühen, der Reihenfolge der Votanten zu folgen. Erster Punkt: „Minderheit“. In der ersten Fassung meines Manuskriptes stand auf die Frage, wer ist die Minderheit?, die Antwort: Mörder und Minister. Was wollte ich damit sagen? Es kann sich doch nicht nur um Zahlen handeln. Deshalb ist das Wort „Minderheit“ schlicht ein falscher Ausdruck. Wenn es sich aber um inhaltliche Qualifikationen handelt, dann bitte ich um Angabe der einschlägigen Normen.

Der zweite Gesichtspunkt, die Frage nach der Gerechtigkeit. Herr *Soell* hat mir unterstellt, ich wäre Anhänger eines altliberalen Staatsverständnisses. Bis zu einem gewissen Grade ist das vielleicht richtig. Nur, Herr *Soell*, bereits auf der Speyerer Tagung habe ich Herrn *Kriele* gegenüber betont, daß es über eine Perfektion des Verfahrens hinaus nicht mehr sinnvoll ist, von materiellen Richtigkeiten zu sprechen. Für mein Verständnis fällt das materiell Richtige aus dem Verfahren nicht heraus, und es kann nicht heraustallen, weil es kein weiteres, kein Metaverfahren gibt, das materiell Richtige zu bestimmen; sondern die materielle Richtigkeit definiert sich durch das Verfahren. Damit ist gleichzeitig der Grund genannt, aus dem ich der Gesetzgebung diese überragende Stellung einräume. Ich habe während meines Referates schon darum gebeten, man möge doch das Verfahren, die Instanz, die Norm und die Abstimmung nennen, die irgend eine höhere Gerechtigkeit rechtfertigen könnten. Ich habe darüber nichts gehört. Herrn *Häberle* kann ich nur erwidern: seine Vorstellung von Recht.

scheint mir außerordentlich abstrakt zu sein. Ich könnte damit nichts anfangen.

Vielleicht noch eine grundsätzliche Bemerkung. Ich habe mich darüber gewundert, daß hier, insbesondere von Herrn *Badura*, das Mißtrauen in den Gesetzgeber betont und das Vertrauen in den Richter als selbstverständlich unterstellt wird. Ich will nicht politisch werden, aber mir scheint, daß man sich doch allmählich überlegen muß, ob unsere Richter auch morgen noch das Vertrauen verdienen, das sie vielleicht bis heute verdient haben. Und ob man nicht, wenn man sich schon um Rechtsverwirklichung bemüht, sagen muß: Wir als Bürger haben mehr Möglichkeiten, die Gesetzgebung zu beeinflussen als die Rechtsprechung. Deshalb ist die Gesetzgebung für uns ein geeigneteres Instrument, wirksam zu werden, als die Rechtsprechung.

Herrn *Bachof* möchte ich fragen, ob es diesen Unterschied zwischen der Zivilgerichtsbarkeit, der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Verfassungsgerichtsbarkeit auf der Abstraktionsebene, auf der wir argumentieren, wirklich gibt. Kann man ernsthaft sagen, der Richter der Zivilgerichtsbarkeit sei in der Regel der Erstentscheidende? Bei Klagen aus Verträgen hätte ich schon Bedenken, weil in diesen Fällen eine gewisse rechtliche Vorformung schon vorhanden ist, an der sich der Richter orientieren kann.

Auf der anderen Seite wurde immer wieder gesagt, die Verfassungsgerichtsbarkeit sei deutlich abgehoben von der anderen Gerichtsbarkeit. Ich meine: sie ist so deutlich von der übrigen Gerichtsbarkeit abgehoben wie die Verwaltungsgerichtsbarkeit von der Strafgerichtsbarkeit. Wenn Sie in die einzelnen Prozeßordnungen schauen, werden Sie feststellen, daß je nach der fachlichen Aufgabe der Gerichte den einzelnen Sparten besondere Instrumente zur Verfügung gestellt werden, besondere Verfahrensregeln. Selbiges ist auch beim Bundesverfassungsgericht der Fall. Aus dem Umstand, daß man eine der Verfassungsgerichtsbarkeit einigermaßen adäquate Verfahrensordnung geschaffen hat, kann man deshalb nicht folgern, daß sich die Verfassungsgerichtsbarkeit prinzipiell von den anderen Gerichtsbarkeiten unterscheidet.

Das Bundesverfassungsgericht versteht sich freilich anders und geht ziemlich souverän mit der Prozeßordnung um. Deshalb muß man einmal sagen dürfen: Ich persönlich halte die Praxis des Gerichts bei der Herbeiziehung von sachverständigen Auskunftspersonen, Meinungsäußerern und dergleichen schlicht

für rechtswidrig. Das beeinflußt nämlich den Prozeß ganz erheblich.

Zum Schluß ein Wort zu Herrn Kriele. Er hat mich in der Pause unmittelbar nach meinem Vortrag härter attackiert, als er es liebenswürdigerweise jetzt während der Diskussion getan hat. — Man kann natürlich an die Vernunft appellieren. Ich bin auch für vernünftige Diskussion. Dazu nur zwei Punkte. Erstens: Man muß an das Faktum anknüpfen, daß die Differenz zwischen Wort und Gegenstand nicht zu überwinden ist. Die Möglichkeit des Mißverständnisses, wenn Sie es flacher ausgedrückt haben wollen, muß der Ausgangspunkt der Diskussion bleiben. Zweitens, und insofern habe ich die methodologische Diskussion der letzten 20 Jahre sehr wohl verfolgt: Ich habe ausdrücklich nur ein Stichwort aufgegriffen, nämlich Paradigma. Ich habe gesagt, es habe keinen großen Sinn, sich in abstrakten Sätzen zu streiten; man solle vornehmlich mit Fällen argumentieren, weil die Fälle perspektiven- und materialreicher sind, was die Wahrheitsfindung, also die Einigung in der Diskussion ganz bestimmt erleichtert. Was die Frage der Konsequenzen anlangt, so meine ich, mich in meinem Referat ausführlich damit auseinandergesetzt zu haben. Mehr kann ich dazu nicht sagen.

Achterberg: Herr Roellecke, mir ist bei Ihren Ausführungen der Vorrang der Verfassung an einigen Stellen zu kurz gekommen. So haben Sie in Ihrer These 20 gesagt, das rechtsstaatlich-demokratische Gesetzgebungsverfahren sei einzige Gewähr für die materielle Richtigkeit der Gesetze. Mir will schwer einleuchten, wieso ein Verfahren das Kriterium für die materielle Richtigkeit sein kann. Wir haben doch andere Verfassungsnormen, etwa die Grundrechtsvorschriften, auch die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen, aus denen wir für diese sehr viel bessere Kriterien ableiten können.

Sie haben weiterhin in dieser These ausgeführt — und das scheint mir besonders bemerkenswert —, daß der Richter um seiner eigenen Legitimation willen Gesetze auf ihre formelle Verfassungsmäßigkeit prüfen können muß. Sie ziehen demnach die Prüfungsmöglichkeit des Richters zur Legitimation seines Handelns heran. Nun ist aber doch keineswegs jeder Richter befugt, Gesetze auf ihre formelle Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Daran schließt sich die Frage an: Kommt es auf diese Weise zu einem möglichen Legitimationsdefizit jener Richter, die diese Prüfungsmöglichkeit nicht haben, sondern eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht vornehmen müssen?

(**Roellecke:** Prüfungsrecht haben alle, nur keine Verwerfungskompetenz!)

Beides muß hier aber doch im Zusammenhang gesehen werden. Allein auf das Prüfungsrecht bezogen, stimme ich Ihnen zu; für die Legitimation kommt es aber vor allem auf die Verwerfungskompetenz an.

In These 21 sagen Sie ferner, das von Ihnen entwickelte Verfassungsverständnis mache es dem Richter unmöglich, sich gegen das Gesetz auf höheres Recht zu berufen. Meine Frage: Widerspricht die These 21 insofern nicht der gerade zitierten These 20, wonach der Richter um seiner eigenen Legitimation willen Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit prüfen kann und muß? Wenn dem so ist, kann man doch schwerlich behaupten, es sei dem Richter unmöglich, sich gegen das Gesetz auf höheres Recht zu berufen. Sie haben an „höheres Recht“ zwar angeschlossen mit „oder auf materiale Verfassungsnormen“. Das „oder“ steht aber nun einmal da, so daß die Berufung auf „höheres Recht“ jedenfalls ausgeschlossen werden soll, und hinsichtlich der materialen Verfassungsnormen meine ich, daß der Richter sich eben keineswegs nur auf formale, sondern auch auf materiale Verfassungsrechtssätze berufen können muß. Schließlich soll er als Richter „Recht sprechen“, und dieses „Recht-Sprechen“ wird vor allem materiell determiniert.

Kaiser: Eine Bemerkung zu Ziffer 30 der Thesen von Herrn *Starck*. Dazu hat Herr *Badura* schon gesprochen. Ich mache mir seine Bemerkungen zu eigen. In Anknüpfung an die Antwort von Herrn *Starck* möchte ich mir erlauben, sogleich in zwei Sätzen eine Gegenthese aufzubauen. Herr *Starck* sagte, daß wir uns mit der Faktizität dieser Art von Rechtsprechung nicht begnügen dürfen. Gerade weil ich seine Auffassung teile, meine ich, daß man etwa folgendermaßen formulieren könnte: So wie die Stellung des englischen Richters bestimmt wird durch den Charakter des englischen Rechts — das hat uns Herr *Scheuner* erklärt —, so wird der *Zuständigkeitsbereich* des Richters mitbestimmt durch den *Zustand* des von ihm anzuwendenden Rechts, jenes Rechts, das er vorfindet und das für den jeweils anhängigen Fall einschlägig ist.

Ich teile zwar die Auffassung von Herrn *Roellecke*, daß wir in unserem Vertrauen in den Richter auch von morgen nicht leichtfertig sein sollten. Nichtsdestoweniger halte ich den Richter durch die Verpflichtung aus dem *non liquet* für stärker gebunden als durch das formale positive Gesetz. In diesem Sinne möchte ich Herrn *Roellecke* fragen: Ist eine Rechtsprechung derart, wie sie Herr *Starck* in seiner *Ziffer 30* umschrieben hat,

wirklich Unrecht? Die Frage stelle ich im Hinblick auf den schon wiederholt zitierten letzten Satz in dem Leitsatz Ziffer 17 von Herrn *Roellecke*, und ich meine auch Herrn *Starck* fragen zu sollen: Kann man hier wirklich noch von Kompetenzüberschreitung sprechen? Liegt das nicht vielmehr, auch aus einem funktionalen Verständnis der Gewaltenteilung, gerade innerhalb der Zuständigkeit, die der Richter hat?

Wielinger: Ich möchte an beide Herren Referenten eine Frage stellen bzw. zu ihren Referaten eine Bemerkung machen: Mir hat bei Ihren beiden Referaten der Hinweis auf eine zentrale Institution unserer Rechtsordnungen gefehlt, nämlich der Hinweis auf die Rechtskraft. Denn mir erscheint die Infragestellung der Bindung des Richters an das Gesetz und das Phänomen Richterrecht überhaupt nur unter der Voraussetzung möglich, daß auch Entscheidungen, die inhaltlich aus keinem Gesetz ableitbar sind, unanfechtbar werden, sei es, weil die Parteien eines Rechtsstreits damit zufrieden sind, sei es, weil das Verfahren bei einer letzten Instanz angelangt war und kein Rechtsmittel mehr zur Verfügung steht, — also weil es die Institution der Rechtskraft gibt. Die Rechtskraft ist meines Erachtens das für die Diskussion des hier interessierenden Fragenkreises zentrale rechtliche Phänomen. Von da her gesehen, können all die Postulate, die im zweiten Referat aufgestellt wurden, nicht mehr als rechtliche, sondern lediglich als ethische Postulate an die Gerichtsbarkeit verstanden werden. Wenn ich sage „lediglich“, so fassen Sie das bitte nicht als Abwertung auf, sondern als eine Unterscheidung.

Das Phänomen der Rechtskraft scheint mir auch deshalb so erwähnenswert zu sein, weil die Frage nach der Legitimation richterlicher Entscheidungen weitestgehend unter Außerachtlassung der Rechtskraft diskutiert wird. Es wird nicht beachtet, — zumindest in der heutigen Diskussion wurde dies nicht beachtet — daß jede Entscheidung, ganz gleich wie unsinnig und wie gesetzwidrig sie sein mag, dann rechtskräftig, also unabänderlich und rechtens ist, wenn sie in letzter Instanz ergangen ist. Unter diesem Blickwinkel gesehen, bedeutet „Bindung des Richters an das Gesetz“ lediglich, — so schrecklich und brutal das zunächst klingen mag, — daß die Entscheidungen des Richters der unteren Instanz den Vorstellungen der höheren Instanz entsprechen müssen. Bei Gerichten der höchsten Instanz kann man von einer solchen Bindung nicht sprechen. „Bindung an das Gesetz“ bedeutet für diese Gerichte „Selbstbindung“, das heißt, daß sie davon ausgehen, heteronom determiniert zu sein, und daß sie daher nicht nach eigener Willkür

entscheiden, sondern ihre Entscheidungen dem „Sinn des Gesetzes“ — über diese besondere Problematik möchte ich mich nicht verbreiten — entsprechend gestalten.

Frowein: Herr *Starck* hat soeben das Problem der schrittweisen Weiterentwicklung von Recht kurz behandelt und uns deutlich gemacht, daß er an Hand des Bürgerlichen Gesetzbuches die Gesetzesbindung in der Weiterentwicklung nachweisen könne. Hier scheint mir ein entscheidendes und, wie ich meine, zu kurz gekommenes Problem zu liegen. In der These 10 von Herrn *Starck* wird auf den Traditionszusammenhang, die Erfahrung, die exemplarischen Konfliktsfälle in Präjudizien und die Juristenausbildung verwiesen. Herr *Starck* hat in seinem Vortrag, wenn ich es recht behalten habe, gesagt, daß die Minderheit bei solchen Fragen gehalten sei, sich an den Konsens der Mehrheit zu halten. Die Frage ist, ob es uns im Sinne von Herrn *Kriele* gelingt, das, was hier angesprochen ist, weiter zu rationalisieren und auch zu legitimieren. Ich meine, daß die Diskussion unter Juristen um den richtigen Entscheidungsvorschlag, der sich dann in einem gerichtlichen Verfahren durchsetzt, stärker ins Blickfeld gebracht werden muß. Diese Auseinandersetzung wird nicht einfach nach Mehrheit/Minderheit entschieden, sondern sie vollzieht sich in unterschiedlichen Formen, durch das Entstehen einer herrschenden Meinung, aber auch durch die Änderung einer herrschenden Meinung. Man wird die Frage stellen müssen, ob man das, was sich hier an Entscheidungsvorschlägen entwickelt, nicht auch verfassungsrechtlich legitimieren kann.

Ich möchte die Hypothese äußern, daß man das kann, weil Gerichtsbarkeit eine verfassungsrechtliche Funktion hat und überwiegend durch Juristen wahrgenommen werden muß. Diese Form der Konsensbildung hat daher eine verfassungsrechtliche Legitimation, die wir nicht ausklammern können. Hier wird ein Argumentationsrahmen geschaffen, der das, was Bindung des Richters an das Gesetz bedeutet, differenzierter, aber auch zutreffender umschreibt, als die, wie mir scheint, zu abstrakt einfache Argumentation an Hand der einfachen Gesetzesbindung. Von daher verdient das schöne Zitat von *Zoepfl*, mit dem Herr *Starck* angefangen hat, näher überdacht zu werden.

Rauschning: Ich möchte mich mit zwei Sätzen Herrn *Frowein* anschließen und auch auf die These 10 von Herrn *Starck* eingehen. Ich meine, hier feststellen zu sollen, daß Rechtssätze, Gesetze wie auch weitergeformtes Recht in viel weiterem Maße

Bindungswirkung haben oder bindungsfähig sind, als es zuweilen in der Diskussion vorausgesetzt wird. Wir alle haben die Erfahrung gemacht, daß wir zuweilen sogar in einem Gesetz nachgeschlagen haben, um festzustellen, wie eine Angelegenheit geregelt ist, und auf eine Frage, ob eine rechtliche Handhabung gegeben ist, auch eine Antwort gegeben haben. Es ist ja nicht alles wie in unserem juristischen Unterricht vertretbar, sondern es gibt auch richtig und falsch. Ich meine, daß sich gerade mit den Methoden und auch mit der Legitimation, worüber Herr *Frowein* gesprochen hat, ein Konsens und eine Bindung einstellt und daß wir an dieser Bindung auch für den Richter sicherlich festhalten und sie nicht in Frage stellen. Bei beiden Referenten dürfte Einigkeit darüber bestehen, daß eine Rechtsfortbildung, die über eine rechtliche Konkretisierung von Rechtssätzen hinausgeht, unzulässig ist, soweit sie sich gegen das erklärte Gesetz richtet.

Problematisch ist es nur, und hier meine ich, daß Herr *Roellecke* den Richter zu eng in seinem Richteramt, wie er formulierte, sieht, wenn man sagt, daß der Richter nicht mehr entscheiden könne, wenn er ohne Gesetz dasteht. Ich meine, gerade auch bei der historischen Wurzel, die Sie brachten, daß der Richter schon vor der materiellen Norm dagewesen ist und es mit dem Richteramt immer verbunden gewesen ist, Recht zu sprechen, selbst wenn die vorgeordnete oder normsetzende Instanz Rechtsnormen noch nicht produziert hat. Es ist lediglich die Frage, wie und in welchem Ausmaß diese Rechtsfortbildung oder auch Rechtsschöpfung mit den übrigen Kompetenzen in Einklang gebracht wird. Aber die Formulierung, ohne Gesetz könne der Richter nicht judizieren, wenn man nicht die Verfahrenszuständigkeit des Richters als eine solche gesetzliche Grundlage ansieht, würde ich für zu eng halten.

Dürig: Herr *Roellecke*, Sie bestreiten die kompensatorische Position der Rechtsprechung in Ihrem Leitsatz 4. Nachdem Sie auch bestreiten, daß die Rechtsprechung dazu da sei, Minderheitenschutz zu gewährleisten, frage ich Sie, ob es eine größere Minderheit gibt als den einzelnen. Der einzelne hat doch schließlich nach Artikel 19 Absatz 4 ein Grundrecht auf Justizgewährung. Das bedeutet auf der anderen Seite einen unvergleichlichen Entscheidungszwang für den Richter. Nicht einmal der Chirurg braucht zu operieren. Der Richter muß entscheiden. Der Bürger, der heute thematisch überhaupt zu kurz gekommen ist, verlangt es von ihm und zwingt ihn in diese Rolle. Meine Herren, ich kann Sie nur davor warnen, das alles, was der Bürger erwarten darf, in der Zulässigkeitsstation abzu-

schmettern oder mit einem *non liquet* als Verfahrensprinzip den Prozeß zu beenden. Die Rechtsprechung hat sich ihre starke Rolle, die heute merkwürdig niedriger gehängt wird, doch nicht usurpiert, sondern die originäre Verfassung, die durch die Abhörregelung mit der Änderung des Art. 19.4 etwas denaturiert worden ist, hat dem Richter diese Stellung gegeben; sie hat auch dem Bürger das Recht gegeben, Akte der Exekutive und, wie ich meine, weil ich unter öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 IV auch Gesetze verstehe, Akte der Legislative als These zu nehmen, denen der Bürger die Antithese entgegenzusetzen darf — das ist das uralte, Jahrtausende alte Modell des Prozesses —, um dann vom Richter mit befriedender Rechtskraft die Synthese zu verlangen. Das ist doch nicht eine Phantasiegewalt, sondern das ist anthropologisch, subjektiv-rechtlich, grundrechtlich begründet, was der Richter macht, und daß er dann auch versucht, alles effizient herauszuholen, was nicht nur in einfachen Gesetzen, sondern vor allen Dingen auch in der Verfassung enthalten ist.

Hans Meyer: Ich darf insofern Bedenken gegen die These 22 von Herrn *Starck* anmelden, als dort der Haushaltsverantwortung des Parlaments offensichtlich eine die Verfassung übersteigende Funktion zugesprochen wird. Wenn das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zu dem Ergebnis kommt, die Verfassung zwingt zu bestimmten Ausgaben, so kann meines Erachtens dagegen nicht die Haushaltsverantwortung des Parlaments ins Feld geführt werden. Denn in einem solchen Fall ist die Haushaltsverantwortung des Parlaments falsch ausgeübt worden. Ich glaube also nicht, daß dies eine funktionsrechtliche Grenze für die Verfassungsinterpretation ist. Im übrigen müßte man nicht nur die Haushaltsverantwortung des Parlaments, sondern neuerdings auch der Regierung nach Artikel 113 in die Überlegung einbeziehen.

Dieselben Bedenken habe ich gegen die Ziffer 27, obwohl es sich hier nicht um Verfassungsrechtsprechung handelt. Aber, wenn ich es recht verstanden habe, so hat Herr *Starck* die Rechtsfortbildung durch den Richter als eine Fortbildung aus dem Verfassungsrecht heraus bezeichnet. Dann gilt dasselbe, was ich soeben gesagt habe.

Eine weitere „wunde“ Stelle glaube ich in These 26 zu sehen, daß nämlich der allgemeine Gesetzesvorbehalt eine Grenze für Richterrecht darstelle. Ich weiß nicht, wie weit diese These mit der Tatsache zu vereinbaren ist, daß wir etwa in weiten Bereichen des allgemeinen Verwaltungsrechts, das ja auf Vorbehalts-

bereiche sehr stark ausstrahlt, bis jetzt jedenfalls kein Gesetzesrecht haben.

Die größte Schwäche sehe ich schließlich darin, daß in beiden Referaten die eigentliche Funktion der Gerichtsbarkeit nicht global angesprochen worden ist. Ich glaube, die Debatten haben ergeben, daß so etwas wie ein Zusammenspiel von Gesetzgebung und Rechtsprechung bei der Realisierung von Recht die derzeitige Situation kennzeichnet und daß, je weniger der Gesetzgeber an Recht setzt, umso mehr bei der Rechtsverwirklichung die Rechtsprechung Recht schöpfen muß.

Wenn ich an das anschließe, was Herr *Bachof* gesagt hat, dem ich nur zustimmen kann, so glaube ich, daß die Verfassungen in vielen Fällen durch eine Blankett-Bestimmung — die umfassendste und zugleich unbestimmteste dieser Blankett-Bestimmungen ist ja der Begriff „Gemeinwohl“ — die Entscheidung zu ihrer Ausfüllung im wesentlichen, bis auf gewisse Grenzen, dem parlamentarischen Gesetzgeber übertragen. Wenn Herr *Soell* dagegen anführt, daß 20 Jahre Bemühungen vorlägen, den Blankett-Begriff „Gemeinwohl“ zu füllen, so erinnert mich das sehr stark an die Bemerkung von *Karl Kraus*, der vom Feuilletonschreiben sagt, es sei die Kunst, auf einer Glatze Locken zu drehen.

Dürig: Ich bitte Sie, noch auf einen anderen Gedanken Ihre Aufmerksamkeit zu verschwenden: Wenn Sie die Rechtsverweigerung zum Prinzip erheben, kommen Sie in Kollision mit Artikel 20 Abs. 4 GG, mit dem diffusen Widerstandsrecht, das man uns in die Verfassung hineingejubelt hat. Denken Sie daran, daß diese Norm überhaupt nur dann sinnvoll ist, sonst werden wir unsere Wunder erleben, wenn wir die dort genannte „andere Abhelfemöglichkeit“ ernst nehmen, und das ist normalerweise die Rechtsprechung. Dieser Aspekt sei nur noch einmal als Schlaglicht in die Debatte geworfen. Ich habe heute das Gefühl, daß wir wieder fruchtlos in der Zulässigkeitsstation stecken bleiben und streiten wollen.

Kisker: Ich möchte an Herrn *Starcks* Betonung des Begründungszwanges anknüpfen und das in Verbindung zu dem setzen, was Herr *Bachof* ausgeführt hat. Mir scheint, daß viele von uns ein gewisses Unbehagen befällt, wenn wir manche Entscheidung, etwa des Bundesverfassungsgerichts, lesen. Da wird uns ein Prinzip präsentiert wie Güterabwägung, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz u. dgl., dann wird der Sachverhalt subsumiert. Aber man erfährt nicht genau, welcher Punkt im Sachverhalt eigentlich den Ausschlag gegeben hat. Das Ergebnis fällt gleichsam beiläufig heraus. Wie die Schlußfolgerung läuft,

ist nicht recht zu erkennen. Der Richter müßte, wenn er mit so vagen Formeln wie Güterabwägung oder Verhältnismäßigkeit arbeitet, genauer sagen, woran er anknüpft und warum er so und nicht anders abwägt. Das ist etwas anderes, Herr *Bachof*, als das, was Sie beanstandet haben. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, wehren Sie sich nur gegen eine gewisse Geschwätzigkeit in der Argumentation. Das ist berechtigt, sollte uns aber nicht daran hindern, vermehrt zu fordern, daß die entscheidungstragenden Elemente des Sachverhaltes präziser herausgehoben werden, so daß man bei späteren Entscheidungen sagen kann, ob man an diese oder jene Vorentscheidung anknüpfen kann. Man kann das heute vielfach deswegen nicht, weil man gar nicht weiß, was für das Gericht in einem konkreten Fall eigentlich ausschlaggebend gewesen ist.

Mir scheint in gewisser Weise charakteristisch, daß das Bundesverfassungsgericht es häufig nicht für nötig hält, seine eigenen früheren Entscheidungen — von denen man annehmen könnte, daß sie einschlägig sind — noch einmal aufzugreifen und ins Verhältnis zu dem zu setzen, was es jetzt entscheidet.

Knut Ipsen: Ein Problem, Herr *Roellecke*, das an sich in den Kontext Ihrer Ausführungen gehört hätte, scheinen Sie nicht berührt zu haben — bitte, korrigieren Sie mich, falls diese Annahme nicht zutrifft. Es handelt sich um die Frage, wie mittels Ihrer Deduktionskette zu entscheiden ist, wenn sich innerhalb der Verfassung scheinbare oder real vorhandene Widersprüche zeigen. Hierzu ein Beispiel: Der Artikel 4 Abs. 3 GG gewährleistet das Recht der Wehrdienstverweigerung. Der durch die 17. Änderungsnovelle eingefügte Artikel 12 a Abs. 3 GG gestattet, anerkannte Wehrdienstverweigerer im Verteidigungsfall nach dem Arbeitssicherstellungsgesetz sogar zu Dienstleistungen innerhalb der Streitkräfte zu verpflichten. Das ist ein real vorhandener Normwiderspruch. Wird von der Einheit der Rechtsordnung ausgegangen, so wird dieser Widerspruch sicher nicht mit dem hermeneutischen Instrumentarium zu beseitigen sein. Müßte ein solches Problem nicht doch — wie es das Bundesverfassungsgericht voraussichtlich nach seiner bisherigen Rechtsprechung tun würde — dadurch gelöst werden, daß von Rechtssätzen ausgegangen wird, die der Verfassung vorgegeben sind? Ich würde in dem Beispielsfall daran denken, die Lösung in einer Abwägung zwischen dem Individualschutz, der Artikel 4 Abs. 3 GG zugrunde liegt, und dem Allgemeininteresse, das in Artikel 12 a Abs. 3 GG zum Ausdruck kommt, zu suchen. Geht man von Ihrer Auffassung aus, daß die Verfassung selbst nur dazu dient, die Grenze der Gerechtigkeit gegenüber der

Rechtsmasse der einfachen Gesetze festzulegen, dann — so meine ich — wären dieser oder ähnliche Beispielsfälle nicht mehr rechtlich zu bewältigen.

Fromont: Ich möchte kurz auf die jüngste Entwicklung des französischen Rechts hinweisen. Im französischen Recht wird die Bindung des Richters an das Gesetz durch das Gesetz vom 16. 8. 1790 und durch Artikel 5 Code civil normiert. Diese Gesetze haben die sog. *arrêts de règlement* verboten. Dieses Verbot war eine Reaktion auf die Machtüberschreitungen der ordentlichen Gerichte im Ancien Régime. Seit der Revolution war der französische Richter nur an das einfache Gesetz gebunden. Das bedeutete einerseits, daß er nicht an die Verfassung gebunden war, weil allein der Gesetzgeber die Aufgabe hatte, die Verfassung fortzuentwickeln. Dies bedeutete andererseits, daß der Richter keine neuen Rechtsregeln setzen durfte.

Heute stellt sich die Lage anders dar. Die Bindung an die Verfassung hat sich allmählich entwickelt; umgekehrt hat sich die Bindung an das Gesetz gelockert. Ursprünglich war der Richter nicht an die Verfassung gebunden. Aber mit der Gründung des Conseil constitutionnel durch die Verfassung von 1958 hat sich diese Rechtslage etwas geändert. Zwar hat bis zum Jahre 1970 der Conseil constitutionnel nur diejenigen Regeln der Verfassung angewendet, die die Zuständigkeitsverteilung zwischen Regierung und Parlament betreffen. Seit 1970 betrachtet der Conseil constitutionnel die Präambel der Verfassung von 1958, die viele Rechtsgrundsätze beinhaltet, als positives Recht. Die Präambel verweist ausdrücklich auf die Déclaration universelle des droits de l'homme und auf die Präambel der Verfassung von 1946. Diese anerkennt neue Grundrechte und Grundsätze, die sog. *Principes plus particulièrement nécessaires à notre temps*, und verweist auch auf die *Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*. Das sind natürlich sehr ausfüllungsbedürftige Rechtssätze. Nun steht der Conseil constitutionnel vor der sehr großen und weitreichenden Aufgabe, diese Grundrechte und Grundsätze zu konkretisieren; das gilt insbesondere für den Begriff der *Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*.

Ich möchte auch zur Bindung des Richters an das Gesetz etwas sagen: Von Anfang an hat sich der Conseil d'Etat grundsätzlich geweigert, die Rechtsregeln des Code civil für die Verwaltung fruchtbar zu machen. Der Conseil d'Etat sah sich daher genötigt, für das französische Verwaltungsrecht in großem Umfang *suppletives* Recht zu entwickeln. Der Conseil d'Etat ist seit dem Jahre 1945 noch weiter gegangen und hat sog. Prin-

cipes généraux du droit aus der Rechtsordnung entwickelt. Diese Principes généraux du droit nehmen einen sehr hohen Rang ein und sind bei der Auslegung der Gesetze zu beachten.

Die französische Staatsrechtslehre steht nun vor der Aufgabe, das Verhältnis der Principes généraux du droit zu den Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République zu klären. Beide haben etwas Gemeinsames. Sie zeigen, wie die Bindung des Richters an das Gesetz sich zugunsten der Bindung an die Verfassung gelockert hat.

Häberle: Nur einen Satz, Herr Roellecke! Habe ich Sie richtig verstanden, daß Sie sagten, die derzeitige Verfahrenspraxis des Bundesverfassungsgerichts, sich Informationen auf vielerlei Weise zu verschaffen, sei schlicht rechtswidrig?

(Roellecke: Ja!)

— Dann muß ich Ihnen widersprechen und auf § 26 Bundesverfassungsgerichtsgesetz verweisen, wo allgemein die Pflicht zur Erhebung der zur Wahrheitserforschung erforderlichen Beweise gesetzlich normiert ist; ferner verweise ich auf die Fülle von raffiniert abgestuften speziellen Informations-, Anhörungs- und Partizipationsmöglichkeiten, die als juristische und Sachverhaltsaufklärungsinstrumente angepaßt sind an die verschiedenen Einzelverfahren nach diesem Gesetz. Ich halte es für eine große prätorische Leistung des Bundesverfassungsgerichts, seine auch verfassungstheoretisch abgesicherte Praxis zu diesen Instrumenten so entwickelt und verfeinert zu haben, daß sie die Verfahren der Verfassungsinterpretation mit tragen können.

Roellecke: Herr Häberle, vielleicht kann ich mich ein wenig vorsichtiger ausdrücken. Es gibt eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Beteiligung von Elternverbänden in einem Verfahren über hessisches Schulrecht. Diese Entscheidung halte ich für falsch.

Fritz Münch: Ich glaube, daß in den beiden Referaten einige Punkte doch etwas zu kurz gekommen sind, die ich aus der Sicht dessen behandeln möchte, der mehr dem Völkerrecht angehört. Ich habe es im Völkerrecht mit einer Rechtsordnung zu tun, aber nicht mit einem Gesetz. Die Kodifikationstexte sind keine Gesetze in demselben Sinne wie die innerstaatlichen Gesetze.

Ich möchte an die verschiedenen Artikel in den Einführungsgesetzen großer Kodizes erinnern, wo gesagt wird: Gesetz ist jede Rechtsnorm. Wie kann man dann einen Unterschied zwi-

schen Gesetz und Recht formulieren?! Auf jeden Fall kann man ihn in einer äußerlichen Weise formulieren: Gesetz ist dann eben das geschriebene Recht. Da haben wir die Hierarchie der Normen: Verordnung, Gesetz, Verfassung. Ich bin mit verschiedenen Diskussionsrednern der Auffassung, daß auch die Verfassung zum Gesetz gehört.

Ich möchte hier anmerken, daß unsere Verfassungen, die von 1919 und die geltende Verfassung, als Kompromisse aufzufassen sind, die seinerzeit geschlossen wurden und die 1949 wiederhergestellt worden sind. Denn das Grundgesetz ist eigentlich restaurativ, trotz aller Kritik am Weimarer System. Das bedeutet also, daß bestimmte Dinge, die in der Verfassung stehen oder in der Verfassung vorausgesetzt werden, nur mit qualifizierter Mehrheit geändert werden können und das Verfassungsgericht bei der Normenkontrolle darauf achten muß, daß diese Kompromisse gewahrt bleiben, also nicht ein Gesetz, das mit einfacher Mehrheit zustande gekommen ist, ohne formale Änderung eines Grundgesetzartikels, über den Sinn der Verfassung hinausgeht. Dies ist deswegen wichtig, weil nach Artikel 6 GG beurteilt werden muß, wie die Abtreibungsfrage oder die Scheidungsreform zu behandeln sind. Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen schon ein Bild von der Ehe gezeichnet, wie es sich aus dem Artikel 6 ableitet. Das ist die Auffassung der Ehe, die bei der Schaffung der Verfassung vorgeherrschte hat, und ich glaube, daß das Gericht daran festhalten wird.

Was ist denn nun Recht? Ich bin der Meinung, daß Rechtsordnung eine Lebensordnung ist, die man in eine logische Form gebracht hat und die, weil es eine Lebensordnung ist, auch von Wertvorstellungen bestimmt und unterlagert ist — von objektiven Wertvorstellungen zum Unterschied von subjektiven Wertvorstellungen des jeweiligen Richters. Die Frage der Wertvorstellungen haben, glaube ich, beide Referenten angeschnitten und ich halte das auch für ganz richtig.

Aus dem Völkerrecht möchte ich dazu beitragen, daß die Martens'sche Klausel im Vorspruch zur Mantelkonvention der Haager Landkriegsordnung für die Quellenlehre wichtig ist, daß also die Grundsätze des Völkerrechts aus der Übung der zivilisierten Staaten, aus den Gesetzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens hervorgehen. Sie haben hier die Quelle von Wertvorstellungen, und ich glaube, daß Wertvorstellungen auch das innerstaatliche Gesetz beherrschen. Nicht die empirische Lebensordnung ist also gemeint, sondern eine postulierte, „gute“ Lebensordnung, und diese in logische Sätze gefaßt, ist die Rechtsordnung.

Daraus kann sich ein Gegensatz zwischen Gesetz und Recht ergeben. Wir haben seinerzeit diese Formel „Gesetz und Recht“ als den Niederschlag einer Erfahrung aufgefaßt, die wir aus dem Dritten Reich bezogen haben, aber auch aus anderen totalitären Staaten. Dieses Problem ist noch kaum angesprochen worden.

Wo ist das Recht gegen das ungerechte Gesetz? Das gehört nicht einer traurigen Vergangenheit an, die wir heute nach dreißig Jahren vergessen könnten, sondern die Frage ist anderswo sehr akut. Denken Sie etwa an die Stellungnahme der indischen Justiz gegen die Machinationen Indira Gandhi's mit sogar einer Verfassungsänderung. Der indische Richter nimmt für sich in Anspruch, auch eine Verfassungsänderung darauf zu prüfen, ob sie mit dem Recht übereinstimmt. Das ist in diesem Zusammenhang durchaus nicht uninteressant.

Wenn ich noch eine Nebenbemerkung zu den Thesen 11 und 12 von Herrn *Roellecke* machen darf: Der Fürst ist meines Erachtens ursprünglich nicht der eigentliche Gerichtsherr gewesen, sondern er oder seine Richter sind nur die Vorsitzenden, die das Verfahren leiten, während das Recht auf der Schöffenbank gefunden wird. Der aufgeklärte Absolutismus ist es meines Erachtens wieder gewesen, der die Unabhängigkeit des Richters eingeführt hat und von woher sie datiert.

Kaiser: Darf ich kurz auf die letzte Bemerkung von Herrn *Münch* mit einem Satz Herrn *Roellecke* bespringen und sagen, daß nach meiner Überzeugung schon Friedrich II. von Hohenstaufen sich in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts so als Richter verstanden hat, wie es Herr *Roellecke* dargelegt hat.

Kriele: Eine Bemerkung zum Leitsatz 22 von Herrn *Starck*, wo er sagt, eine preferred-freedoms-Doktrin lasse sich aus dem Grundgesetz nicht nachweisen. Man kann darüber streiten und die preferred-freedoms-Doktrin mit der Sonderstellung des Art. 1 GG begründen. Aber wie dem auch sei: Die Ständige Rechtsprechung des Ersten Senats unterscheidet deutlich zwischen Fragen, die den wirtschaftspolitischen Bereich betreffen — hier gilt das judicial self-restraint verhältnismäßig weitgehend, die „wirtschaftspolitische Neutralität des GG“ in gewissen Schranken — und Grundrechten, die den privaten, persönlichen Bereich betreffen. Da differenzierte der Erste Senat auch innerhalb desselben Grundrechts, z. B. bei Art. 2 Abs. 1. Wird die Freiheit des Unternehmers aus Art. 2 I geltend gemacht, so scheitert die Verfassungsbeschwerde fast immer. Wenn man aber gegen die Beschlagnahme privater Akten klagt, so kommt Art. 2

Abs. 1 zum Zuge. Also die private Sphäre genießt eine „preferred position“. Dafür gibt es viele Gründe. Ich will mich darüber nicht lange verbreiten, sondern nur die Frage an Herrn *Starck* richten: Wenn Sie daran festhalten, daß sich diese Ständige Rechtsprechung nicht aus dem Grundgesetz ableiten lasse, dann ist sie aber dennoch für uns aus § 31 I BVerfGG verbindlich. Würden Sie das billigen und würden Sie in diesem Zusammenhang eine gewisse prägende Kraft der Ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch insofern anerkennen, als Sie sagen, diese lasse sich 'eigentlich nicht aus dem Grundgesetz ableiten?

Starck (Schlußwort): Herr *Kriele*, ich glaube, daß meine These sich halten läßt, weil das Bundesverfassungsgericht niemals mit einer allgemeinen preferred-freedoms-Doktrin arbeitet, und nur diese habe ich gemeint, sondern preferred freedoms immer positiv-verfassungsrechtlich nachweist. Beispiel Artikel 2: Wenn es um die Unternehmerfreiheit geht, wird die Freiheit eher als einschränkbar angesehen, weil eben keine weiteren verfassungsrechtlichen Normen vorliegen, während bei Intimbereichsfällen der Artikel 1 mit herangezogen wird. Ich würde in der Tat sagen, daß nach dogmatischer Aufarbeitung eine preferred-freedoms-Doktrin an Hand spezieller Verfassungsnormen durchaus entwickelt werden kann. Auf dieser Basis können wir uns sicher einigen, Herr *Kriele*.

Herr *Kaiser*, ich bedanke mich vielmals für die freundliche Formulierungshilfe. Ich halte nämlich die von Ihnen formulierte These „Die Zuständigkeit des Richters wird bestimmt durch den Zustand des Rechts, das er vorfindet“ für praktisch brauchbar, allerdings nur für den in These 30 angesprochenen Bereich, für den keine besonderen funktionsrechtlichen Grenzen vorliegen. Freilich halte ich an dem fest, was ich vorher schon zum Votum von Herrn *Badura* gesagt habe.

Herr *Wielinger* hat den extremen Entscheidungspositivismus über den Rechtskraftbegriff vertreten. Ich würde meinen, daß unsere Aufgabe als Gesetzes- und Verfassungsinterpreten darin besteht, den Richtern Hilfe zu leisten, die vor einer Letztentscheidung, die in Rechtskraft erwächst, stehen: Deswegen würde ich glauben, daß meine Thesen, die ich zum fünften Teil formuliert habe, keine ethischen, sondern rechtliche Postulate sind.

Herr *Frowein*, ich würde meinen, daß ich auf Ihre Bemerkungen bereits eine Antwort zu geben versucht habe, indem ich auf Herrn *Bachof* geantwortet habe. Der Konsens wird durch die Begründung hergestellt oder erhalten. Ich möchte noch einmal

auf das von mir im Vortrag gebrachte so eindrucksvolle Zitat von *Bachof* hinweisen, das später nachgelesen werden kann.

Herr *Dürig*, ich fühle mich von Ihnen nicht ganz verstanden. Sie haben mich in einen Topf mit Herrn *Roellecke* geworfen. Ich glaube, daß das, was Sie gesagt haben, weitgehend auch meine Thesen sind. Ich habe insbesondere nicht die Rechtsverweigerung zum Prinzip erhoben, sondern habe nur in ganz engen Fällen — das sind die Fälle, die den Bürger besonders betreffen, dessen Nichterwähnung Sie beklagt haben —, nämlich in Eingriffsfällen und in Strafverfahrensfällen davon gesprochen, daß hier der Richter die Entscheidung aufhebt im Falle eines Eingriffes, wenn ein Gesetz fehlt oder bei extremer Unbestimmtheit des Gesetzes ein Normenkontrollverfahren einleitet.

Herr *Meyer*, Sie haben als einziger meine Thesen 22 und 27 angegriffen hinsichtlich der funktionsrechtlichen Grenze der Haushaltsverantwortlichkeit. Das ist ein weites Feld, das eine eigene längere Bearbeitung lohnt. Ich will versuchen, noch einmal ganz kurz zu sagen, warum ich zu dieser These gekommen bin: Ich meine, daß die Gerichte immer nur eine isolierte Betrachtung vornehmen können und an Hand eines Grundrechtes, etwa des Artikel 12 oder möglicherweise auch des Artikel 5, wenn ich an die Pressesubventionierung denke, also hinsichtlich eines isolierten Lebensbereichs zu haushaltsbelastendem Richterrecht gelangen. Der Richter sieht aber weder die anderen Staatsaufgaben noch sieht er die Einnahmeseite; er hat auch gar keine Möglichkeit, hier Gewichtungen vorzunehmen oder auszugleichen. Herr *Meyer*, Sie müssen spätestens dann zu einer solchen Grenze kommen, wenn die verfassungsrechtliche Verschuldensgrenze für den Staatshaushalt überschritten wird. Dann ist es aber m. E. schon zu spät.

Herr *Münch*, ein ganz kurzes Wort zu Ihren Überlegungen zum Begriff „Gesetz und Recht“! Ich glaube, daß es für meine Ausführungen völlig gleichgültig ist, ob ich die Verfassung unter das Gesetz oder das Recht bringe. Ich habe diese ganzen langwierigen Überlegungen, die bei *Maihofer* dokumentiert sind, was eigentlich Recht im Sinne des Artikel 20 ist, ausgelassen, weil ich meinte, damit nicht auch noch den Vortrag belasten zu sollen. Möglicherweise sind meine Thesen etwas gesetzgläubiger formuliert als mein Vortrag. Ich habe in dem Vortrag eine ganze Menge Vorbehalte gebracht, die ich natürlich nicht in diese kurzen Thesen miteinflechten konnte. Das ist vielleicht auch der Grund, warum ich in vielen Fällen mit Herrn *Roellecke* zusammengeworfen worden bin, obwohl erhebliche Unterschiede zwischen Herrn *Roellecke* und mir bei der

Gewichtung des Verhältnisses von Gesetz und Richter vorliegen.

Ich habe mich auf der einen Seite bemüht, den engstirnigen Positivismus abzuwehren, der im Grunde genommen gar nicht mehr abzuwehren ist, weil er kaum noch vertreten wird. Auf der anderen Seite habe ich versucht, einem Entscheidungspositivismus entgegenzutreten, der auf der behavioristischen Überlegung beruht, die Normativität werde allein durch den Richter bestimmt. Ferner war eine vernunftrechtliche Vertrauensseligkeit abzuwehren, womit ich nicht in erster Linie Herrn *Kriele* meine.

Die Diskussionsbeiträge haben jedoch ganz deutlich gezeigt, daß wir uns immer in irgend einer Weise zwischen diesen drei extremen Positionen bewegen. Es kommt meines Erachtens darauf an, daß man ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der Kompetenz des Gesetzgebers und der Kompetenz des Richters herstellt; denn nur bei einem solchen ausgewogenen Grundverhältnis besteht die Möglichkeit, daß bei einem Versagen des Gesetzgebers der Richter einspringen kann, natürlich nur bis zu einer gewissen Grenze, Herr *Badura*. Bei einem Versagen des Richters — davon hat heute nur Herr *Roellecke* gesprochen — muß der Gesetzgeber, der direkt Legitimierte, möglicherweise wieder positivistischer normieren. Wir können nicht immer nur vom Vertrauen zum Richter sprechen und darauf unsere Thesen bauen; wir müssen auch einmal daran denken, daß möglicherweise dieses Vertrauen nicht mehr gerechtfertigt ist. Ich kann mir vorstellen, daß in zehn bis zwanzig Jahren noch einmal über dieses Thema gesprochen wird und dann die Akzente in der Diskussion möglicherweise ganz anders gesetzt werden.

Ich möchte mich zum Schluß herzlich für die Kritik und für die wohlwollenden Diskussionsbeiträge bedanken, aus denen ich auch vieles gelernt habe und durch die ich bestärkt worden bin, über dieses Thema weiter nachzudenken.

Roellecke (Schlußwort): Darf ich vielleicht einige Fragen, die ich nicht in einem größeren Zusammenhang bringen kann, vorweg behandeln. Das wäre zuerst die Frage von Herrn *Kaiser*, die mich aus zwei Gründen in eine gewisse Verlegenheit gebracht hat, einmal weil ich mich fachlich nicht ganz kompetent fühle — ich kenne die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes zum kollektiven Arbeitsrecht nicht so genau —, zum anderen, weil ich meine, daß in der Formulierung von Herrn *Starck* der Unterschied zwischen seiner und meiner Auffassung deutlich zum Ausdruck gekommen ist. Gesetzesvertretendes

Richterrecht wäre von meiner Konzeption aus eine unmögliche Vokabel. Nach meiner Ansicht liegt entweder eine gesetzliche Ermächtigung vor, dann gibt es kein gesetzestretendes Richterrecht, oder der Richter setzt sich an die Stelle des Gesetzgebers, und dann handelt er in der Tat verfassungswidrig. Ich weiß nicht, ob die Antwort sehr befriedigt.

Ein konkretes Beispiel wäre die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Verfallsklausel bei Pensionszusagen, die auch viel diskutiert worden ist in diesem Zusammenhang. Ich halte sie eindeutig für verfassungswidrig.

Herrn *Wielinger* bin ich für den Hinweis auf die Rechtskraftproblematik besonders dankbar. Ich muß bekennen, daß mir insoweit ein Versäumnis unterlaufen ist. Ich würde allerdings mit der Rechtskraft nicht so argumentieren wie Sie, sondern ich würde die Rechtskraftproblematik als ein Argument für meine Konzeption verwenden. Die Rechtskraft belegt, daß man nicht ohne weiteres von der Gerechtigkeit des richterlichen Urteils ausgehen kann, sondern daß im Grunde genommen das Spiel zwischen: hier Gerechtigkeit des Richters und dort Unvollkommenheit des Gesetzgebers, mit falschen Karten gespielt wird. Die Rechtskraftproblematik zeigt eben, daß wir bereit sind, uns mit unrichtigen richterlichen Urteilen abzufinden. Vielleicht darf ich in diesem Zusammenhang noch einmal auf Herrn *Kopp* zurückgreifen. Die Rechtskraftproblematik zeigt eben auch, daß man über die Plausibilität der richterlichen Urteile nur mit sehr vielen Vorbehalten sprechen kann.

Von Herrn *Meyer* fühle ich mich ein wenig mißverstanden, weil ich meine, ich hätte mich bemüht, das Zusammenspiel von Richter und Gesetzgebung darzustellen.

Die Fragen der Herren *Steiger*, *Achterberg*, *Dürig* und *Ipsen* darf ich zusammenfassend beantworten. Herr *Steiger* hat mich gefragt, ob nicht die Grundrechte, wenn man sie als Grenze versteht, jedenfalls eine gerechte Grenze sind. Vielleicht kann man so argumentieren. Man kann aber nicht verfassungsdogmatisch so argumentieren, und ich habe eindeutig — das habe ich vorher angekündigt — die verfassungsdogmatische Position eingenommen. Ich habe gefragt: Was ist innerhalb unseres geltenden Verfassungsrechtes gerecht. Ich bin zu dem Ergebnis gekommen, die Verfassung hat den Gesetzgeber mit den meisten Gerechtigkeitskriterien unter dem Aspekt der Allgemeinheit ausgestattet. Schlußfolgerung: der Gesetzgeber muß gerecht sein. Von dieser Position aus kann ich die Frage nach der Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit der Verfassung nicht mehr stellen. Ich könnte sie sinnvollerweise nur dann stellen, wenn

ich Gerechtigkeitskriterien hätte, die über die Verfassung hinausreichen. Darüber kann man diskutieren, aber nur in einem Diskussionshorizont, der über das positive Verfassungsrecht hinausreicht. Deshalb meinte ich, für diese Diskussion sei hier nicht der richtige Ort. Insofern, Herr *Dürig*, glaube ich auch, daß Sie mich mißverstanden haben, wenn Sie meinen, ich wolle die Leute bei der Zulässigkeitsstation abschmettern. Davon kann keine Rede sein. Vom Rechtsverweigerungsverbot bin auch ich ausgegangen. Mir ging es nur um die Frage der Legitimation der richterlichen Entscheidung, und ich sehe in unserer Verfassung keine andere Legitimation als das Gesetz. Wenn Sie sagen, was der Richter macht, ist grundrechtlich begründet, dann muß ich an die vielen Fälle erinnern, in denen es wahrlich nicht um Grundrechte geht; denken Sie nur an die kommunalen Verfassungstreitigkeiten und an alle Organstreitigkeiten.

Gegen die Reduktion der Minderheit auf den einzelnen bin ich natürlich machtlos. Daß der Richter auf Antrag eines Bürgers entscheiden muß, ist klar. Das steht im Gesetz. Aber das ist doch nicht unser Problem. Unser Problem ist, wie er entscheidet. Und dazu meine ich: Der Richter darf nicht das Vorurteil haben: ich entscheide zugunsten des Verwaltungsgerichtsklägers. Das werden auch Sie nicht sagen wollen, Herr *Dürig*. Auch der Verwaltungsrichter, der auf eine Klage gegen einen Verwaltungsakt entscheidet, muß die Entscheidung aus dem Gesetz begründen. Es kann ja sein, daß die Verwaltung im Recht ist.

Auf die Frage von Herrn *Münch*: Wo ist das Recht gegen das ungerechte Gesetz? kann ich nur die Gegenfrage stellen, und damit bin ich am Schluß meiner Überlegungen: Wo ist das Gesetz gegen den ungerechten Richter? Daß es ungerechte Richter gibt, ist nicht zu leugnen. Ich bin eigentlich dankbar, daß diese Frage so spät gekommen ist. Sie läuft auf die uralte Frage hinaus: Wer bewacht die Wächter? Ich gestehe, daß ich auf diese Frage keine Antwort gefunden habe. So bleibt mir nur, Ihnen für die liebenswürdige Behandlung, die Sie mir haben zuteil werden lassen, herzlich zu danken.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

1. Bericht von Professor Dr. *Rupert Scholz*, Berlin

Inhalt

	Seite
A. Fragestellung	146
B. Strukturen und Grundfunktionen von Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsrechtsschutz	149
I. Die Verwaltungsverantwortung	149
1. Gestalt und Legitimation	149
2. Verwaltungsverantwortung als gegliederter Entscheidungsgang	149
3. Verwaltungsverantwortung, Rechtsverwirklichung und Multidisziplinarität der Verwaltungszwecke	151
II. Der Verwaltungsrechtsschutz	154
1. Verwaltungsrechtsschutz als juristische und punktuell-individuelle Verwaltungskontrolle	154
2. Tendenzen defizitären Verwaltungsrechtsschutzes	156
3. Verwaltungsverantwortung und effizienter Verwaltungsrechtsschutz	159
C. Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsrechtsschutz im System des gewaltenteiligen Rechtsstaates	160
I. Allgemeines	160
1. Gewaltengliederung und Gewaltenkontrolle als funktionell offenes und bewegliches System	160
2. Effizienter Verwaltungsrechtsschutz als flexibler und funktions-akzessorischer Rechtsschutz	160
II. Verwaltungsverantwortung, Verwaltungsrechtsschutz und Gesetz	161
1. Gerichts- und Verwaltungsentscheidung als normergänzende Setzung aktual-konkreten Rechts	161
2. Konkrete Rechtsetzung als legitime Rechtssprechungs- und Verwaltungskompetenz	162
III. Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsrechtsschutz als kompetenzielle Konkretisierungsverfahren	163
1. Verwaltungsverantwortung als Konkretisierung gesetzlicher Verwaltungszwecke und Verwaltungsrechtsschutz als Konkretisierung gesetzlicher Rechtszwecke	163

2. Konkretisierungsverfahren, konkrete Rechtsetzung und Ermessen der Verwaltung	164
3. Das Konkretisierungsverfahren als kompetenzieller Auftrag der Verwaltung	170
IV. Verwaltungsrechtliches Konkretisierungsverfahren und gerichtliche Verwaltungskontrolle	174
1. Gerichtliche Kontrolle als Kompetenz- und Maßstabsproblem	174
2. Gerichtliche Kontrolle von Planungs-, Ermessens- und Prognoseentscheidungen	183
D. Sicherung des effizienten Rechtsschutzes im Verwaltungsprozeß	185
I. Verwaltungsrechtsschutz, Verwaltungseingriff und Handlungsform der Verwaltung	185
1. Verwaltungsgerichtliche Eingriffswehr und flexibles Rechtsschutzsystem	185
2. Verwaltungsrechtsschutz und verwaltungsgerichtliche Einzelaktkontrolle	187
3. Verwaltungsrechtsschutz und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle	191
4. Präventiver und vorläufiger Verwaltungsrechtsschutz	194
II. Verwaltungsrechtsschutz und rechtlicher Bürgerstatus	198
1. Systemfunktion und Krise des subjektiv-öffentlichen Rechts	198
2. Funktionale Öffnung von subjektiv-öffentlichem Recht und individuellem Rechtsschutz	203
3. Individualer und kollektiver Verwaltungsrechtsschutz	208
III. Kompensatorischer Rechtsschutz in der Verwaltung	211

A. Fragestellung

Das Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit gehört zu den dauernden Problemstellungen im gewaltenteiligen Rechts- und Sozialstaat moderner, verwaltungsstaatlicher Prägung. Die bisherige Diskussion dieser Thematik ist entsprechend breit und intensiv¹⁾. Inhaltlich hat sie sich vor allem um die institutionelle Abgrenzung von exekutivischer und

¹⁾ Vgl. allein die Tagungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1925, 1928, 1949, 1955 und 1971 mit den Referaten von W. Jellinek (VVDStRL 2, 8 ff.) und Lassar (VVDStRL 2, 81 ff.), Lauer (VVDStRL 5, 124 ff.) und E. v. Hippel (VVDStRL 5, 178 ff.), F. Klein (VVDStRL 8, 67 ff.) und Herrfahrdt (VVDStRL 8, 126 ff.), E. Becker (VVDStRL 14, 96 ff.) und Rumpf (VVDStRL 14, 136 ff.) sowie Bachof (VVDStRL 30, 193 ff.) und Brohm (VVDStRL 30, 245 ff.).

rechtsprechender Gewalt²⁾ sowie um die Sicherung eines möglichst effizienten Verwaltungsrechtsschutzes im Sinne der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG bemüht³⁾. So evident beide Fragestellungen sind, haben sie doch nicht verhindern können, daß die Diskussion manchmal auf einbahnige oder weniger realistische Geleise abglitt. Verwaltung und Verwaltungsschutz wurden allzu oft in scheinbar statisch vorgegebener Gegensätzlichkeit gesehen; und dies führte zur Kontroverse „eigenständige Verwaltung“ contra „Entfesselung der Dritten Gewalt“⁴⁾ bzw. „Schutz der eigenständigen Verwaltung“ vor dem „überbordenden ‚Justiz-‘ oder ‚Rechtswegestaat‘“⁵⁾.

Die tatsächliche Entwicklung ist indessen an Thesen und Befürchtungen dieser Art vorbeigegangen. Die „Eigenständigkeit

²⁾ Vgl. dazu u. a. und mit weiteren Nachweisen *Bettermann*, Jellinek-Gedächtnisschrift, 1955, S. 361 ff.; *Becker*, VVDStRL 14, 99 ff.; *Achterberg*, Probleme der Funktionenlehre, 1970, S. 48 ff.; *Wolff-Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, S. 82 ff.; *Menger*, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 21 ff., 28 ff., 36 ff.; *Ule*, Verwaltungsprozeßrecht, 6. Aufl. 1975, S. 5 ff.; *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I, 10. Aufl. 1973, S. 5 ff.; *König*, in: Studien über Recht und Verwaltung, 1967, S. 59 ff.

³⁾ Vgl. hierzu und mit weiteren Nachweisen zuletzt besonders *Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973.

⁴⁾ *van Husen*, AöR 78, 49 ff.

⁵⁾ Vgl. in dieser Richtung besonders *Forsthoff*, Rechtsstaat im Wandel, 1964, S. 213 ff.; *ders.*, VVDStRL 14, 187 f.; *ders.*, Lehrbuch, S. 5 ff., 59 ff., 79 ff.; *ders.*, Gehlen-Festschrift, 1974, S. 41 ff.; *Becker*, VVDStRL 14, 117 ff.; *Peters*, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, 1965, S. 19 ff.; *F. Klein*, VVDStRL 8, 117 ff.; *Nebinger*, DÖV 53, 626 ff.; *Jahrreiß*, in: Recht — Staat — Wirtschaft, II, 1950, S. 203 (213); *W. Weber*, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 1970, S. 29 f.; *K. Zeidler*, Staat 62, 321 (326 ff.).

Zusammenfassend zuletzt *Forsthoff*, der in der letzten Auflage seines Lehrbuchs des Verwaltungsrechts (10. Aufl. 1973) resignativ resümiert, die Verwaltung sei „innerhalb der Trias der Gewalten“, bei entsprechender Aufwertung der rechtsprechenden Gewalt, „zum schwächsten Glied“ geworden (S. 81).

Vgl. in entgegengesetzter Richtung und richtunggebender Differenzierung allerdings und grundlegend *F. Werner*, Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, bes. S. 139 ff., 156 ff., 176 ff., 196 ff., 259 ff., 304 ff., 367 ff.; vgl. weiterhin *K. Meyer*, DÖV 69, 162 (164 f.); *Menger*, DÖV 69, 153 (157 ff.); *Hoppe*, DVBl. 75, 684 ff.

Im Sinne einer Bedrohung der Verwaltungsgerichtsbarkeit dagegen und deren Kompetenzschwund vgl. nachdrücklich bes. *Rupp*, NJW 73, 1769 ff.

der Verwaltung“⁶⁾ besteht; und die Verwaltungsgerichte haben ihren Rechtsschutzauftrag größtenteils erfüllt — ohne die Eigenverantwortung der Verwaltung zu gefährden. Diese Bilanz ist nach mehr als 25jährigem Bestehen der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG zu ziehen; und ein maßgebendes Verdienst dafür gebührt den Richtern an den Verwaltungsgerichten. Sie haben der Verwaltung gegenüber — zumeist — nicht nur das nötige Maß an rechtlicher Entschiedenheit, sondern auch ein beträchtliches Maß an politischer Sensibilität bewiesen — eine Sensibilität, die nur den blinden Protagonisten jenes Bildes vom sog. „politisch aktiven“ oder „sozial engagierten (Verwaltungs-)Richter“⁷⁾ verborgen geblieben ist⁸⁾.

Die heutigen Probleme zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit liegen weniger in der grundsätzlichen Abgrenzung als in den *konkreten* Beziehungen beider Gewalten, namentlich bei der Frage nach der *konkreten* Verteilung verfassungs- und funktionsadäquater Verantwortung im sozialen Rechtsstaat. In dieser grundsätzlichen Beurteilung des Themas sind sich beide Referenten einig. Sie haben demgemäß einige der thematischen Schwerpunkte untereinander geteilt.

⁶⁾ Zur immanenten Kritik des Begriffs der „Eigenständigkeit“ vgl. H. Wagner, Die Vorstellung der Eigenständigkeit in der Rechtswissenschaft, 1967, bes. S. 33 ff., 60 ff., 95 ff., zur „Eigenständigkeit der Verwaltung“ vgl. S. 84 f. — Richtiger ist der Begriff der „Eigenverantwortung“ (der Verwaltung), der im folgenden zugrunde gelegt wird.

⁷⁾ Vgl. in dieser Richtung, wenngleich mit unterschiedlicher Ausrichtung u. a. Rasehorn, in: Wassermann, Justizreform, 1970, S. 32 ff.; Kaupen-Rasehorn, Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie, 1971; Hagen, ZRP 74, 286 ff.; Kaupen, Die Hüter von Recht und Ordnung, 1969; Lautmann, Justiz. Die stille Gewalt, 1972; Wassermann, Zur politischen Funktion der Rechtsprechung, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 47/74 ff.; ders., Der politische Richter, 1972; Wiethölter, ZRP 70, 155 ff.; Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, 1970, S. 9 f., 287 ff.; Düx, DuR 73, 223 ff.

⁸⁾ In richtiger Standortbestimmung von Richtertum und rechtssprechender Gewalt sowie zutreffender Abwehr einer solchen „Politisierung“ von Richtertum und Rechtsprechung vgl. zuletzt vor allem Dütz, ZRP 87, 361 (382 ff.); Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, S. 87 ff.; Rupp, NJW 73, 1770 ff.; Plassmann, JZ 75, 41 ff.; H. Klein, DRiZ 72, 333 ff.; Ule, in: Demokratie und Verwaltung, 1972, S. 663 ff.; Bachof, H. Huber-Festschrift, 1961, S. 26 (29 ff.); Henke, JZ 74, 729 (731 f.); ders., DRiZ 74, 173 ff.; Eyer-mann, Die Verwaltung 1975, 7 (8 ff.); Trondle, MDR 75, 617 ff.; W. Geiger, Schäfer-Festschrift, 1975, S. 79 (80, 91 f.); vgl. auch W. Zeidler, DVBl. 71, 565 ff.; ders., MDR 70, 713 ff.

B. Strukturen und Grundfunktionen von Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsrechtsschutz

I. Die Verwaltungsverantwortung

1. Als *Verwaltungsverantwortung* sind diejenigen Verantwortlichkeiten und Verfahren, Zuständigkeiten und spezifischen Handlungsspielräume zu verstehen, die das System „öffentliche Verwaltung“ rechtlich und politisch verfassen⁹⁾. Die Empirie dieses Systems ist an der realen politischen und sozioökonomischen Entwicklung orientiert. Sie definiert die Verwaltung nicht abstrakt, vermittelt aber konkrete Erkenntnisse von den typischen und legitimen Strukturen verwaltungsmäßiger Kompetenz und verwaltungsförmiger Entscheidung. Wesensbestimmendes Kernstück dieses Systems ist die *Eigenverantwortung*¹⁰⁾. Sie besteht unter der grundgesetzlichen Gewaltenteilung als prinzipialer Funktionsvorbehalt, ausgefüllt durch die einzelne Verwaltungskompetenz und ihre verantwortliche Wahrnehmung¹¹⁾.

2. *Verfahrensmäßig* erscheint die Verwaltungsverantwortung als Prozeß umfassender Informationsverarbeitung, komplexer Problemanalyse und Problemlösung, kurz: als Entscheidungsprozeß. Dieser Prozeß setzt sich aus dem Verfahren der Ent-

⁹⁾ Zu Begriff und Dimensionen der „Verwaltungsverantwortung“ vgl. eingehend und mit umfassenden Nachweisen Wilke, DÖV 75, 509 ff. — Zentraler Aspekt der Verantwortung ist die Kompetenz (vgl. auch Kröger, Die Ministerverantwortlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1972, S. 4; von Pestalozza, JuS 75, 366 (371 f.)). Zur öffentlichen Verwaltung als politischem System vgl. zuletzt Bartlsperger, VVDStRL 33, 221 (246 ff.).

¹⁰⁾ Zu ihr und ihrer Legitimation vgl. z. B. Peters, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, S. 6 ff.; ders., H. Huber-Festschrift, 1961, S. 206 (207 ff.); Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 187 ff.; Ryffel, in: Morstein-Marx, Verwaltung, 1965, S. 456 ff.; Bülck, ebenda, S. 52 (57 ff.); Ehmke, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, 1960, S. 7 ff., 35 ff.; Oettl, Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, 1971, S. 64 ff.; in grundsätzlich entgegengesetzter, aber gelegentlich mißdeuteter Position Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 104 ff., 273 f.

Zur Verantwortung in diesem Sinne gehört auch die (verwaltungsrechtliche Eigen-)Kontrolle als Nebenfunktion der (verwaltungsrechtlichen) Entscheidung (vgl. Brunner, Kontrolle in Deutschland, 1972, S. 74 ff.) und materieller Konnex von Verantwortung als organisierter Verantwortlichkeit (vgl. z. B. Ryffel, a. a. O., S. 457 f.; Scheuner, G. Müller-Festschrift, 1970, S. 379 (391 f.)).

¹¹⁾ Vgl. z. B. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 187 ff.; Peters, Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, S. 12 ff., 29 f.; Oettl, a. a. O., S. 66 ff., 78 ff.

scheidungsfindung und der Entscheidung als formalisiertem Verfahrensabschluß zusammen¹²⁾). Funktionell bilden beide Entscheidungsphasen eine Einheit; eine Einheit, die die prozesuale Forderung begründet hat, Verantwortungsverantwortung nicht nur im formalen Verfahrensabschluß, sondern im kompletten Entscheidungsvorgang zu kontrollieren¹³⁾). So berechtigt diese Forderung ist, juristische Kontrollfähigkeit bedingt den Entscheid als meßbaren Verfahrensabschluß¹⁴⁾). Kontrollfähige Verantwortungsverantwortung muß demgemäß *phasenmäßig gegliederter bzw. zu gliedernder („formeller“) Entscheidungsprozeß* heißen.

Die innere Organisation dieses Entscheidungsprozesses ist weitgehend offen; denn der Kanon der verwaltungsrechtlichen Handlungs- und Organisationsmittel ist nicht geschlossen. Die konkrete Handlungsform der Verwaltung folgt ihrer konkreten Handlungskompetenz. Ist sie mit dieser nicht gesetzlich fixiert, so liegt ihre Bestimmung beim prinzipiellen Zweckmäßigkeitsentscheid der eigenverantwortlichen Verwaltung^{15) 16)}.

¹²⁾ Zur in diesem Sinne organisations- und entscheidungstheoretischen Struktur der Verantwortungsverantwortung vgl. u. a. *Luhmann*, Theorie der Verwaltungswissenschaft, 1966, S. 67 ff.; *ders.*, Zweckbegriff und Systemrationalität, 1968/1973, S. 88 ff., 166 ff., 257 ff.; *Naschold*, PVS Sonderheft 1972, S. 13 ff.; *ders.*, Systemsteuerung, 1969; *Schlink*, in: Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, 1972, S. 322 ff.; *Reinermann*, Programmbudgets in Regierung und Verwaltung, 1975, S. 67 ff., 295 ff.; *Gäfigen*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, 3. Aufl. 1974, S. 95 ff., 240 ff., 461 ff.; *Cornides*, Rechtstheorie 1974, 11 ff.; *Brohm*, VVDStRL 30, 245 (276, 286 f.); *Schmitt-Glaeser*, VVDStRL 31, 179 (193 ff.); *W. Schmidt*, VVDStRL 33, 183 (200 ff.); *ders.*, AöR 96, 321 (327 ff., 336 ff.); *Bartsperger*, VVDStRL 33, 221 ff.; *Brunner*, Kontrolle, S. 54 ff.

¹³⁾ Vgl. *Brohm*, VVDStRL 30, 261, 280 ff., 289 ff.; *Blümel*, DVBl. 73, 441; 75, 695 (706 f.); *ders.*, Forsthoff-Festgabe, 1967, S. 133 (157 ff.). *Ossenbühl*, Gutachten 50. DJT, Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Band I, 1974, B 36, 177, 193 f.; *W. Schmidt*, VVDStRL 33, 200 f.; *Schmidt-Aßmann*, DÖV 74, 541 (545); *F. Wagener*, AfK 70, 47 (51); *Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 71 ff.; *Wahl*, DÖV 75, 373 (377 ff.); vgl. auch *Forsthoff-Blümel*, Raumordnungsrecht und Fachplanungsrecht, 1970, S. 22 f.; *Hoppe*, DVBl. 75, 689 f.; vgl. dazu weiter noch unten sub II 2 mit Nachw. N. 53.

¹⁴⁾ Vgl. in richtiger Differenzierung zwischen verwaltungswissenschaftlichem und rechtswissenschaftlichem Verwaltungsbegriff *Wimmer*, Die Verwaltung 75, 141 (158).

¹⁵⁾ Zur Formen- und Organisationsfreiheit der Verwaltung vgl. mit weiteren Nachweisen u. a. *Wolff-Bachof*, Verwaltungsrecht I, S. 104 ff.; *Neumann*, Wirtschaftslenkende Verwaltung, 1959, S. 19 ff.; *R. Scholz*, Wesen und Entwicklung der gemeindlichen öffent-

3. Materiell folgt die Verwaltungsverantwortung dem *Verwaltungszweck* und seiner kompetenziellen Gestaltung. Die spezifische „Gemeinwohlverantwortung“ der Verwaltung¹⁷⁾ basiert auf ihrem rechtlichen (gesetzlichen) und politischen Amtsauftrag. Beide formulieren den normativ gültigen Verwaltungszweck, wobei dem Element politischer Verwaltungsverantwortung heute zunehmend mehr Bedeutung anfällt¹⁸⁾. Mit dem Zurückweichen der gesetzgeberischen Ordnungsfunktion übernimmt die Verwaltung einen breiten Part in der aktiven und verantwortlichen Gestaltung von staatlicher und gesellschaftlicher Ordnung¹⁹⁾; ein Befund, der die Verwaltungsrechtstheorie zwingt, mehr auf die systembildende Kraft der Verwaltungszwecke, statt — wie bisher zumeist geübt — auf die bloß instrumentellen Funktionen verwaltungsrechtlicher Handlungsformen abzustellen^{19a)}.

Das System der Verwaltungszwecke ist zwar, wie das der Staatsaufgaben im sozialen Rechtsstaat überhaupt²⁰⁾, nicht ge-

lichen Einrichtungen, 1967, S. 22 ff.; zur Kritik vgl. bes. von Pestalozza, *Formenmißbrauch des Staates*, 1973, S. 123 ff., 166 ff.; Burmeister, *WiR* 72, 311 ff.

¹⁶⁾ Letzteres offenbart sich beispielsweise auch im Streit um die verwaltungsrechtliche Planungskompetenz. Als instrumentale „Technik vorwegnehmender Koordination“ (*Scharpf*, *Die Verwaltung* 1971, 1 (4)) birgt auch die Planung eine legitime und originäre Handlungskompetenz eigenverantwortlicher Verwaltung, die entweder als instrumentelle Annexkompetenz oder richtiger noch als Form (materieller) Kompetenzausübung zu verstehen ist (vgl. *Ossenbühl*, *Gutachten* 50. DJT, B 62 ff., 72; *Schmidt-Aßmann*, *DÖV* 74, 541; vgl. auch *Kaiser*, 50. DJT, II, 1974, I 9 (15)).

¹⁷⁾ Zu ihr vgl. bes. *Häberle*, „Öffentliches Interesse“ als juristisches Problem, 1970, S. 71 ff., 95 ff., 101 ff., 193 ff., 246 ff., 453 ff., 475 ff., 595 ff., 678 ff.; *ders.*, *JZ* 75, 297 (303); vgl. auch *W. Schmidt*, *VVDStRL* 33, 196 ff.; *Steiger*, *Wolff-Festschrift*, 1973, S. 385 ff.

¹⁸⁾ Zur politischen Verantwortung der Verwaltung vgl. z. B. *Friedrich*, *Zur Theorie und Politik der Verfassungsordnung*, 1963, S. 121 ff.

¹⁹⁾ Vgl. näher hierzu *H. Schneider*, *G. Müller-Festschrift*, 1970, S. 421 ff.; *Eichenberger*, *Schweiz.JZ* 65, 285 (286 f.); *Scheuner*, *G.-Müller-Festschrift*, 1970, S. 379 (384, 394 ff.); *Bäumlin*, *Schweiz.-Jur.Verein* 1966, S. 165 (171 ff.); *Vogel*, *VVDStRL* 24, 125 (172 f.); *Herzog*, *VVDStRL* 24, 183 (197 ff.); *Bülck*, in: *Morstein-Marx*, *Verwaltung*, S. 63 f.; vgl. auch *Diedrichsen*, *Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht*, 1974; *ders.*, *ZRP* 74, 53 ff.

^{19a)} Vgl. grundlegend hier *Badura*, *Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat*, 1966, S. 22 ff.

²⁰⁾ Vgl. näher z. B. *Bull*, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 1973, S. 90 ff., 369 ff.

geschlossen und zweckinhaltlich somit schwer zu definieren²¹⁾. Nicht ausgeschlossen ist aber eine *methodenkategoriale Erfassung der (typischen) Verwaltungszwecke*, die den einzelnen Zweck weniger in seiner kompetenziellen als in seiner disziplinären Typik anhand derjenigen (zweckhaften) Methoden verfolgt, die die Gestaltung und Erfüllung verwaltungsrechtlicher Aufgaben funktionell leitet und damit auch inhaltlich präformiert. Nach einer solchen *disziplinären Methodik* hat man bisher freilich kaum gefragt. Im Bezugsfeld eines dominant-normativen Verwaltungsverständnisses dominierte mit der Vorstellung von der Verwaltung als Rechtsverwirklichung (Gesetzesvollzug) auch die *juristische Methode*²²⁾. Verwaltung ist jedoch nicht ausschließlich Rechtsverwirklichung oder (subsumtionsmäßige) Rechtsanwendung²³⁾. Verwaltung ist vielmehr Verwirklichung von Staatszwecken rechtlicher wie außerrechtlicher Art; Verwaltungsverantwortung bedeutet maßgebend auch *metajuristische*, d. h. politische, ökonomische, soziale, technologische und kulturelle Verantwortung²⁴⁾. Das (*methodenkategorial gegliederte*) *System der Verwaltungszwecke* ist m. a. W. multi- und zum großen Teil auch interdisziplinär beschaffen.

Diese Multidisziplinarität ist gegenständlich gemeint, wenn von der „komplexen Verwaltung“ gesprochen wird. Gerade Verwaltungsaufgaben wie die der Raum-, Wirtschafts-, Bau- und Sozialplanung, der wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Vorsorge, aber auch der Bildung und Wissenschaft, offenbaren diese Komplexität, die in Wirklichkeit nur die ohnehin vorgegebene Multidisziplinarität der Verwaltungszwecke²⁵⁾

²¹⁾ Vgl. Ellwein, Regierung und Verwaltung, 1. Teil, 1970, S. 88 ff.; R. Scholz, in: Leisner, Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, 1975, S. 179 (186 f.); zu Schwierigkeit und Ansätzen der empirisch-verwaltungswissenschaftlichen Bestimmung administrativer Handlungs- und Entscheidungsspielräume vgl. u. a. Grottian-Murswieck, Handlungsspielräume der Staatsadministration, 1974, bes. S. 15 ff.

²²⁾ Grundlegend O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I, 3. Aufl. 1924, S. 21 u. a.; weitere Nachweise vgl. bei Bachof, VVDStRL 30, 193 (215 ff.).

²³⁾ Vgl. Bachof, VVDStRL 30, 216 ff.

²⁴⁾ Vgl. auch Bachof, VVDStRL 30, 207 ff., 215 ff.; K. Meyer, DÖV 69, 162.

²⁵⁾ An typischen Beispielen vgl. etwa die komplexen und hochspezialisierten Aufgabenstellungen von Raumordnung (vgl. dazu anschaulich bes. Raumordnungsbericht der Bundesregierung 1974, BT-Drucks. 7/3582) und Umweltschutz (vgl. mit Bezug gerade zur rechtlichen (Verwaltungs-)Verantwortung Umweltgutachten 1974, BT-Drucks. 7/2802; Bullinger, W. Weber-Festschrift, 1974, S. 665 ff.; Bullinger-Oberhauser-Rincke-Schmidt, Das Verursacherprinzip und

und ihres hohen Bedarfs an professionalisiertem Sachverstand ausdrückt²⁶⁾. Diese *methodenmäßige Verwaltungsvielfalt* bereitet dem Verwaltungsrechtsschutz erhebliche Probleme; denn die richterliche Verantwortung ist nicht *multi*²⁷⁾, sondern *monodisziplinär* (juristisch) verfaßt²⁸⁾.

seine Instrumente, 1974; Wädle, AöR 99, 585 ff.; Freitag-Hansen-Markert-Strauch, Umweltschutz in der Wettbewerbsordnung, 1973, S. 3 ff., 24 ff., 54 ff.; Kloepfer, Zum Umweltschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, o. J., S. 31 ff.; Wegener, DVBl. 75, 176 ff.; W. Müller, Umweltschutz und kommunale Bauleitplanung, 1975; Doran-Hinz-Mayer-Tasch, Umweltschutz — Politik des peripheren Eingriffs, 1974, S. 14 ff.); zum Verhältnis von Technik und (Verwaltungs-)Recht vgl. bes. klar Denninger, Universitas 1970, 1135 ff.

²⁶⁾ Die Organisation solchen Sachverstands führt zur partiellen „Pluralisierung der Verwaltung“ (vgl. Brohm, VVDStRL 30, 263), zur Einschaltung Privater (vgl. dazu bes. Dagtoglou, Der Private in der Verwaltung, 1964, bes. S. 30 ff.), zur Institutionalisierung wissenschaftlicher Fachberatung (vgl. dazu bes. Albach, Böhm-Festschrift, 1975, S. 45 ff.; Brohm, Forsthoff-Festschrift, 1972, S. 37 ff.; ders., VVDStRL 30, 261 ff.; Habermas, in: Krauch-Kunz-Rüttel, Forschungsplanung, 1966, S. 130 ff.; Ritter, Vom Wohlfahrtsaus-schluß zum Wohlfahrtsstaat, 1973, S. 69 (72 ff.); Borner, Wissenschaftliche Ökonomik und politische Aktion, 1975; Lompe, Wissenschaftliche Beratung der Politik, 1966; Sievert, in: Grundsatzprobleme wirtschaftspolitischer Beratung, Schriften des Vereins für Socialpolitik n. F. Bd. 49, 27 ff.; R. Scholz, DÖV 73, 843 ff.; Erichsen, VerwArch 1974, 311 ff.) und vor allem zur Relativierung des hierarchisch-bürokratischen Verwaltungssystems. An seine — und an die Stelle seiner funktionellen Orientierung an der weisungsmäßig — hierarchisch zu sichernden Entscheidungsrichtigkeit (zur amtsrechtlichen Funktion der Weisung vgl. hier recht klar Hansen, Fachliche Weisung und materielles Gesetz, 1971, S. 229 ff.) bzw. „einzig richtigen Verwaltungsentscheidung“ (juristische Verwaltungsmethode!) — Stelle treten teilweise (unabhängige) Kollegialgremien („Teams“) zwecks interdisziplinärer Sachverständnismsetzung — mit der Konsequenz nicht nur organisationsrechtlicher Probleme, sondern vor allem mit der Folge „pluralisierter“ (mehrheitlicher oder alternativer) Entscheidungsrichtigkeit (vgl. dazu u. a. Schnur, in: Demokratie und Verwaltung, 1972, S. 557 ff.; Laux, in: Aktuelle Probleme der Ministerialorganisation, 1971, S. 317 ff.; ders., Führung und Führungsorganisation in der öffentlichen Verwaltung, 1975, S. 12 ff., 19 ff., 35 ff., 94 ff.; Lepper, Die Verwaltung 1972, 141 ff.; Meinhold, in: Sachverstand und Verantwortung in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 122 ff.; Dagtoglou, Kollegialorgane und Kollegialakte in der Verwaltung, 1960; Schmidt-Jortzig, Die Pflicht zur Geschlossenheit der kollegialen Regierung (Regierungszwang), 1973, S. 12 ff.; W. Hoffmann, Rechtsfragen der Währungsparität, 1969, S. 146 ff.; Rauschnig, Die Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht, 1969, S. 77 ff.; Bachof, VVDStRL 30, 234 f.; Hartfiel, Ideologie und Arbeitsplatzstruktur der öffentlichen Verwaltung zwischen technischem Fortschritt und sozialem Wandel, 1971, S. 6 ff., 12 ff.; R. Scholz, VSSR 73, 283 ff.).

²⁷⁾ Vgl. allerdings auch Wannagat, SGb. 74, 361 (365 f.), der von der „interdisziplinären Ausrichtung der sozialgerichtlichen Arbeit“

II. Der Verwaltungsrechtsschutz

1. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit kontrolliert die Verwaltung nach Maßgabe der *subjektiv-rechtlich individualen Rechtsschutzgewähr*²⁹⁾. Prozessual im Ausschluß der Popularklage versinnbildlicht³⁰⁾, kennt der Verwaltungsrechtsschutz die objektiv-rechtliche Verwaltungskontrolle grundsätzlich nur als Inzidentkontrolle³¹⁾. Verfahrensmäßig funktioniert der Verwaltungsrechtsschutz prinzipiell *repressiv*³²⁾. Seine Kontrollfunktion schließt an die konkrete Verwaltungsentscheidung und ihre Handlungsform an; den Verwaltungszweck kontrolliert das Verwaltungsgericht meist nur mittelbar.

spricht und hiermit die umfassende (freilich instrumentelle) Einschaltung metajuristischen Sachverständes in der modernen Sozialrechtsprechung beschreibt.

²⁸⁾ Der Richter darf sich daher *legitim* auf die ihm ausbildungs- und funktionsmäßig vermittelten („juristischen“) Gedankenoperationen beschränken (vgl. *Diederichsen*, ZRP 74, 55). Der Verwaltung obliegt die spezifisch „sachverständige“ (metajuristische) Verantwortung; und dies nicht nur kraft eines „faktischen Sachkundenomopols“, wie *Eichenberger*, Schweiz.JZ 1965, 288, meint, sondern kraft legitimer Kompetenz (vgl. auch *Ritter*, Vom Wohlfahrtsausschuß zum Wohlfahrtsstaat, S. 70 ff.; *Forsthoff*, Lehrbuch, S. 74 ff.). Nicht unproblematisch sind demgemäß Bestrebungen, sogenannte „Informationsmängel“ oder „Sachverständisdefizite“ der Rechtsprechung etwa durch gemeinsame bzw. für Verwaltung und Gerichtsbarkeit einheitliche (metajuristische) Informationssysteme zu überwinden (zu Überlegungen dieser Art vgl. z. B. *Bender*, ZRP 73, 134 ff.).

²⁹⁾ Vgl. z. B. *Bettermann*, Schima-Festschrift, 1969, S. 71 (73 ff.); *ders.*, VVDStRL 17, 118 (168); *Ule*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 5; *Mühl*, Bärman-Festschrift, 1975, S. 687 (690); *Becker*, VVDStRL 14, 114; *Rumpf*, VVDStRL 14, 136 (137 ff.); *Bachof*, VVDStRL 14, 177; *H. Bauer*, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, 1973, S. 50 ff.; *Menger*, Grundrechte III/2, 1959, S. 717 (727 ff.).

³⁰⁾ Vgl. z. B. BVerwGE 17, 87 (91); 19, 269 (271); 27, 181 (182); *Bettermann*, Imboden-Gedenkschrift, 1972, S. 37 ff.; *Ule*, in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, 1970, S. 20 (35); *Ossenbühl*, Gutachten 50. DJT, B 172; *Eyermann*, BayVBl. 74, 237 (243).

³¹⁾ Vgl. *Becker*, VVDStRL 14, 114; *Ule*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 5; *Menger*, a. a. O.; vgl. auch *Bachof*, VVDStRL 14, 177; *König*, in: Studien über Recht und Verwaltung, S. 65; *Hesse*, in: *Forsthoff*, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 557 (564); *Brohm*, VVDStRL 30, 299 ff.

³²⁾ Vgl. z. B. *Bettermann*, Imboden-Gedenkschrift, S. 37; *ders.*, VVDStRL 17, 172; *ders.*, in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, 1970, S. 185 (191); *Ossenbühl*, Gutachten 50. DJT, B 165, 191; *Menger*, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 259; *Kopp*, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, 1971, S. 2, 149, 240; *Brunner*, Kontrolle in Deutschland, S. 255 ff.; BVerwGE 40, 323 (326).

Im Gegensatz zur Verwaltungsverantwortung bedeutet *Verwaltungsrechtsschutz primär Rechtsanwendung und -verwirklichung* (durch konkrete Streitentscheidung). Auch die Verwaltung trifft zwar konkret verbindliche Rechtsentscheidungen³³); deren Funktion ist aber primär die der — auch metajuristischen — *Zweckverwirklichung*³⁴). Die gerichtliche Entscheidung hat nur *juristischen*, die Verwaltungsentscheidung hat auch *metajuristischen Richtigkeitsansprüchen* zu genügen. Soweit die Verwaltung Zuständigkeiten namentlich mit metajuristischem Regelungsauftrag besitzt, verfügt sie über eigenverantwortliches und legitimes Ermessen. Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit sind demgemäß *kompetenziell* geschieden. Vor allem im metajuristischen bzw. ermessensmäßigen Gestaltungsbereich verfügt die Verwaltung über die prinzipielle *Entscheidungsprärogative*³⁵). Im Bereich *juristischer Richtigkeitsgewähr* gilt dagegen der (kompetenzielle) *Vorrang der richterlichen Entscheidung*. Er erfüllt sich im streitigen Prozeß als jenem hochformalisierten — und deshalb vom Verwaltungsverfahren prinzipiell geschiedenen — Verfahren³⁶), das die Grundlage und Garantie für eine konfliktlösende und verbindliche Rechtsverwirklichung bildet³⁷). In der Verwaltung ist die Rechtsanwen-

³³) Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts legt für den individuellen Streitfall autoritativ fest, was in Anwendung des geltenden Rechts auf einen bestimmten Sachverhalt konkret Rechtens ist (Becker, VVDStRL 14, 105).

³⁴) Vgl. z. B. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 5 f.; K. Meyer, DÖV 69, 162; E. Becker, VVDStRL 14, 101 ff.

³⁵) Nicht aber, mit Ossenbühl, DVBl. 74, 309 ff. gesprochen, über das Recht zur „letzterverbindlichen“ Entscheidung.

³⁶) Zur Methodik und (formalisierten) Struktur des gerichtlichen (Erkenntnis-)Verfahrens vgl. z. B. den interessanten Versuch Rödigs, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1973, bes. S. 3 ff., 32 ff., 148 ff., 252 ff. (vgl. dazu auch die eingehende Rezension von Grunsky, JZ 74, 750 ff.); zur Technik prozessualer Formstrenge vgl. zuletzt Vollkommer, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, 1973, bes. S. 12 ff., 247 ff.

³⁷) Das Prinzip der *rechtlichen Richtigkeit* ist dabei weniger im Sinne materialer Einzigrichtigkeit als im Sinne kompetenzieller Verbindlichkeit zu verstehen (Vorrang richterlicher „Richtigkeits“-erkenntnis, legitimiert durch entsprechende Erkenntnisverfahren). Zur Kritik an der Vorstellung materialer Einzigrichtigkeit vgl. m. w. Nachw. zuletzt z. B. Dreier, Rechtstheorie 1974, 189 (191 ff.); Hoffmann-Riem, Staat 74, 335 (347 f.); W. Schmidt, AöR 96, 349 f.; Rupp, NJW 73, 1773; Mes, Der Rechtsschutzanspruch, 1970, S. 63; vgl. auch Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, 1973, S. 89 ff., sowie BVerwGE 39, 197 (205 f.); zum richterlichen „Beurteilungsspielraum“ vgl. bes. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 279 ff.). Da auch die Verwaltung für Rechtsverwirklichung und Rechtmäßigkeit zuständig ist, können sich

dung dagegen nicht Hauptzweck³⁸⁾; hier erfüllt sie sich nur innerhalb jener Verfahren und nach jenen Sachgesetzmäßigkeiten, die für die spezielle Zweckverwirklichung maßgebend sind³⁹⁾.

2. Auf diese kompetenziellen und verfahrensmäßigen Unterschiede zwischen Verantwortlichkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit⁴⁰⁾ gründen sich — neben der Befürchtung, daß eine allzu extensiv verstandene Gerichtsverantwortung die Eigen- und Zweckverantwortung der Verwaltung gefährde — die Befürchtungen eines *partiell defizitären Rechtsschutzes*.

Wo früher, verkörpert im Verwaltungsakt, die klassisch-punktueller Einzelfallentscheidung dominierte, dort wirken in der heutigen Verwaltung *vielfältig veränderte Entscheidungs-, Handlungs- und Eingriffsmuster*, namentlich in der planenden und gestaltenden Verwaltung. Die Vorstellungen von individual meßbarer Unmittelbarkeit und adressatenmäßiger Rechtsbetroffenheit fangen die Typik heutiger Verwaltungseingriffe nicht mehr in voller Bandbreite ein. Denn Verwaltungseingriffe wirken heute ebenso mittelbar (und das in vielfältiger Vermittlung) wie unmittelbar, ebenso individual wie kollektiv und ebenso gezielt wie „zufällig“-anonym⁴¹⁾.

Verwaltungsverantwortung heißt heute verstärkt nicht nur mikro-, sondern auch makroadministrative Zuständigkeit, und die Erfüllung solcher Zuständigkeit fordert den Einsatz verstärkt generalisierender und typisierender Verfahren. Ein-

zwischen gerichtlicher und verwaltungsmaßiger Rechtserkenntnis „Richtigkeitskonkurrenzen“ ergeben; deren Lösung obliegt dem richterlichen Entscheid kraft kompetenziellen Vorrangs. Etwas anderes gilt nur in jenen Bereichen, in denen die Verwaltung selbst rechtsetzende Maßstabsbefugnisse besitzt (vgl. dazu unten IV 1). Hier muß sich das kontrollierende Verwaltungsgericht auf die Kontrolle rechtlicher „Vertretbarkeit“ bzw. maßstabsimmanenter „Richtigkeit“ beschränken (vgl. näher dazu noch unten N. 136, 268).

³⁸⁾ Vgl. die Nachweise N. 34.

³⁹⁾ In diesem Sinne ist „jede Norm des Verwaltungsrechts für die Verwaltungsbehörde *Verhaltensnorm*, nicht *Beurteilungsnorm*“ wie für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (*Bettermann*, VVDStRL 17, 120).

⁴⁰⁾ An dieser Stelle werden weiterhin die — aus Zeitgründen nicht zu verfolgenden — Fragen von juristischer Ausbildung der Verwaltungsrichter und von partiell interdisziplinärer Besetzung richterlicher Spruchkörper akut (vgl. hierzu bes. *Rudolph*, JZ 75, 316 ff.; *Ulrich*, GRUR 64, 292 ff.; *Zeller*, GRUR 53, 459 ff.; 60, 213 ff.; *Faber*, DRiZ 75, 49 ff.; *J. Blomeyer*, ZRP 70, 153 ff.; *Rasehorn*, ZRP 71, 52 f.). Zur Funktionsfrage der ehrenamtlichen Verwaltungsrichter vgl. die aufschlußreichen Daten bei *Schiffmann*, Die Bedeutung der ehrenamtlichen Richter bei Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1974; vgl. dazu auch *Presting*, DÖV 75, 155 ff.

⁴¹⁾ Vgl. dazu unten D I 1.

griffsrechtlich korrespondieren solchen Verfahren aber „Breiten-“ und „Tiefenwirkungen“⁴²⁾, deren vollständige, individualrechtliche Folgenrelevanz kaum vorab zu kalkulieren ist⁴³⁾. Im Zuge dieser Tendenz droht auch das subjektiv-öffentliche Recht seinen systematischen Stellenwert als vorab bestimmbare, bewußt-gewollte Individualbegünstigung zu verlieren⁴⁴⁾. Gerade allgemeinere und kollektive Rechtsbetroffenheiten begründen den Ruf nach mehr kollektiv- und objektivrechtlich angelegtem Rechtsschutz⁴⁵⁾.

Zwischen den von mehrseitig wirksamen Verwaltungsmaßnahmen betroffenen Bürgern entwickeln sich — wie im „Planungsverbund“⁴⁶⁾, Nachbarschutz⁴⁷⁾, Konkurrentenschutz⁴⁸⁾ usw. — verwaltungsrechtlich vermittelte Rechtsbeziehungen⁴⁹⁾, die die für den Verwaltungsrechtsschutz evidente, individuelle Staat-Bürger-Beziehung relativieren⁵⁰⁾. Begriffsschöpfungen wie die vom Verwaltungsakt mit Doppelwirkung erweisen sich als begriffstheoretische Krücken, die das Gerüst jenes Relationsverständnisses nur mühsam aufrechterhalten⁵¹⁾.

⁴²⁾ Vgl. R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, S. 46.

⁴³⁾ Vgl. auch Brohm, VVDStRL 30, 259 ff.; Schmidt-Aßmann, DVBl. 72, 627 (633); ders., Grundfragen des Städtebaurechts, 1972, S. 157 (166); Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, S. 251 ff.; R. Schmidt, AöR 99, 529 (553 ff.); Bartlsperger, VVDStRL 33, 253; Badura, BayVerfGH-Festschrift, 1972, S. 157 (166).

⁴⁴⁾ Vgl. dazu unten D II 1, 2.

⁴⁵⁾ Vgl. dazu D I 3, II 3.

⁴⁶⁾ Vgl. BVerwGE 27, 29 (33); 32, 173 (176 f.); Schmidt-Aßmann, Grundfragen des Städtebaurechts, S. 97 f.; Redeker, JZ 68, 537 (542); vgl. auch Badura, BayVerfGH-Festschrift, S. 166; Imboden, VVDStRL 18, 113 (123 ff.).

⁴⁷⁾ Vgl. näher z. B. Timmermann, Der baurechtliche Nachbarschutz, 1969, S. 25 ff., 99 ff.; Bartlsperger, VerwArch 1969, 35 ff.; Weyreuther, BauR 75, 1 ff.; Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 43 ff.; Sandler, WiR 72, 453 ff.

⁴⁸⁾ Vgl. dazu R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 104 ff., 172 ff.; ders., WiR 72, 35 ff.; Zuleeg, Subventionskontrolle durch Konkurrentenklage, 1974; Rüber, NJW 71, 2097 ff.; Bühren, DVBl. 75, 328 ff.; BVerwGE 30, 191 (192 ff.).

⁴⁹⁾ Vgl. zuletzt auch Bothe, JZ 75, 399 ff., und von Pestalozza, JZ 75, 625 ff., der sogar zur Anerkennung einer Kategorie des „Privatverwaltungsrechts“ neigt.

⁵⁰⁾ Vgl. Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, S. 24.

⁵¹⁾ Überdies entwickeln sich die Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürger immer stärker zu Dauerbeziehungen, weshalb zu Recht die Forderung nach dogmatisch stärkerem Abstellen auf das *Verwaltungsrechtsverhältnis* erhoben wird (vgl. z.B. Henke, VVDStRL 28, 149 (159 ff.); Rübner, VVDStRL 28, 183 (215 f.); Bachof, VVDStRL 30, 231 f.; Zacher, DÖV 70, 3 (11 f.); Schmidt-

Rechtsschutzprobleme werfen weiterhin gestufte Entscheidungsprozesse auf, wie sie mit Teilgenehmigungs- und bestimmten Planungsverfahren⁵²⁾ akut geworden sind⁵³⁾. Hier kommt eine am verfahrensbeendenden Verwaltungsentscheid haftende Rechtskontrolle zeitlich oft zu spät und gewährt kraft Präklusion⁵⁴⁾ ebenso oft nur inhaltlich beschränkten Schutz⁵⁵⁾. Denn richtiger Rechtsschutz bedingt prinzipiell auch rechtzeitigen Schutz⁵⁶⁾.

Im System der gestaltenden Verwaltung stellen sich weiterhin die Probleme der gerichtlichen Kontrolle des Planungsermessens⁵⁷⁾, das überwiegend als Phänomen eigener Art gedeu-

Aßmann, Grundfragen des Städtebaurechts, S. 65 f.). Auch solchen Dauerbeziehungen gegenüber kann ein allein am punktuellen Rechtsentscheid haftender Rechtsschutz schnell ins Defizit geraten.

⁵²⁾ Vgl. z. B. die Verfahren gemäß §§ 7 ff. AtomG, 4 ff. BImSchG, 6 ff. LuftVG, 16 ff. BFStrG, 3 ff. StBFG, 5 ff., 8 ff. BBauG, 13 ff. BWaStrG, 6, 56 ff. FlurBG.

⁵³⁾ Vgl. näher bes. Blümel, Forsthoff-Festgabe, 1967, S. 133 (139 ff.); ders., DVBl. 72, 796 ff.; 73, 436 (442 f.); Forsthoff-Blümel, Raumordnungsrecht und Fachplanungsrecht, S. 22 ff.; Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, S. 71 ff.; Wahl, DÖV 75, 373 ff.; aus der Rechtsprechung vgl. bes., wenngleich mit überwiegender Verneinung stufenmäßig vorverlegten Rechtsschutzes: BVerwG, NJW 69, 340 (341 f.); DVBl. 72, 678 ff.; 73, 34 (35 ff.); 73, 448 ff.; 74, 562 (563 ff.); OVG Lüneburg, DVBl. 72, 795 f.; 75, 190 (191 ff.); BayVGh, DVBl. 72, 790 (792); VG Freiburg, DVBl. 75, 343 ff.

⁵⁴⁾ Vgl. z. B. §§ 7 b AtomG, 14 FlurBG, 21, 22, 24 bis 26 AbfG, 18, 18 a BFStrG, 10, 11, 14 BImSchG, 6, 9 LuftVG.

⁵⁵⁾ Daß Rechtsschutz auch gegenüber „faktischem Planvollzug“ bzw. gegenüber der „Neigung, es bei dem einmal Verlautbarten zu belassen“, gewährt werden muß, erkennen immerhin im Grundsatz an BVerwGE 17, 269 (281 f.); 40, 323, (326 f.).

⁵⁶⁾ Oder genauer anders ausgedrückt: Schwere und Inhalt eines Eingriffs lassen sich nie ohne Rücksicht auf die Zeit erfassen und beheben. Zum Erfordernis des rechtzeitigen Rechtsschutzes vgl. bes. BVerfGE 35, 263 (273 f.); BVerwGE 17, 279 (281 f.); 40, 323 (326 f.); Kaiser, 50. DJT II, I 18 ff.; ders., NJW 71, 585 (588); Blümel, Forthoff-Festgabe, 1967, S. 137 ff.; Ossenbühl, Gutachten 50. DJT, B 165, 191 ff.; Schmidt-Aßmann, DÖV 74, 547; Lerche, ZZP 78, 1 (17); R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 118; H. Bauer, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, 1973, S. 97 ff.; vgl. allgemein auch und besonders Kloepfer, Staat 74, 457 ff.; ders., Vorwirkung von Gesetzen, 1974, S. 213 ff., 251 ff.; Häberle, DÖV 74, 111 (114 ff.); Kirchhof, Verwalten und Zeit, 1975, S. 12 ff.; zum spezifischen Zusammenhang von Planung und Zeit vgl. bes. Ipsen, in: Kaiser, Planung II, 1966, S. 63 (79 f.); Kaiser, in: Kaiser, Planung II, 1966, S. 11 (23); ders., 50. DJT, II, I 18 ff.; zum Verhältnis von Rechtsschutzeffektivität und Zeit vgl. weitere Nachweise in N. 63.

⁵⁷⁾ Zu seiner Struktur, Legitimation und Überprüfbarkeit vgl. bes. BVerwGE 34, 301 (304 ff.); 36, 352 (356); 42, 331 (338); 45, 112 (113

tet wird⁵⁸), und des prognostischen Entwicklungsspielraums⁵⁹), der der Verwaltung das — mit legislativen Einschätzungsbefugnissen vergleichbare⁶⁰) — Recht zur verbindlichen Ein- und Abschätzung künftiger Tatsachen einräumt⁶¹). Im gleichen Zuge stellen sich die alten Probleme von (Rechtsfolge-)Ermessen und Beurteilungsspielraum in neuerem Lichte⁶²).

3. Solange die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf diese hier nur grob skizzierten Problemstellungen keine adäquate Antwort

ff.); 45, 309 (312 ff.); BVerwG, DVBl. 72, 895 f.; OVG Lüneburg, BRS 17, 14 (15); 20, 1 f.; 22, 16 (17); 23, 43 (44 f.); HessVGH, BRS 23, 7; BayVGH, BayVBl. 75, 168 (169); Hoppe, DVBl. 74, 641 ff.; ders., Scupin-Festschrift, 1973, S. 121 ff.; Schmidt-Aßmann, DÖV 74, 541 ff.; Ossenbühl, Gutachten 50. DJT, B 183 ff.; Redeker, DVBl. 71, 369 (372); ders., JZ 68, 537 ff.; Badura, BayVerfGH-Festschrift, S. 160 ff.; Kaiser, 50. DJT, II, I 9 ff.; Rietdorf, 50. DJT, II, 1974, I 25 ff.; Blümel, Forsthoff-Festgabe 1967, S. 137 ff.; ders., DVBl. 75, 699 ff., M. Schröder, DÖV 75, 308 ff.

⁵⁸) Vgl. Badura, BayVerfGH-Festschrift, S. 167; Ossenbühl, a. a. O., B 184 ff.; Schmidt-Aßmann, Grundfragen des Städtebaurechts, S. 161 ff.; vgl. allerdings auch Hoppe, DVBl. 74, 644.

⁵⁹) Vgl. hierzu bereits R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 107 ff.

⁶⁰) Vgl. hier bes. BVerfGE 16, 147 (181 ff.); 18, 315 (332); 25, 1 (12 f.); 30, 250 (263 f.); BVerfG, NJW 75, 31 (33 f.); vgl. hierzu näher auch R. Scholz, a. a. O.; Philippi, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 28 ff., 56 ff., 124 ff.; Seetzen, NJW 75, 429 ff.

⁶¹) Vgl. R. Scholz, a. a. O.; Ossenbühl, Gutachten 50. DJT, B 160, 188 ff.; ders., DVBl. 74, 313; BVerwG, DVBl. 72, 895 f.; BVerwGE 16, 285 (287); 41, 1 (4 ff.); 45, 112 (113 ff.); BayVGH, BayVBl. 75, 168 (170); vgl. auch BadWüStGH, NJW 75, 1205 (1213); DÖV 73, 163 (166); NRWVerfGH, OVG 25, 310 (315); zur planerischen Prognose vgl. z. B. Lompe, Gesellschaftspolitik und Planung, 1971, S. 234 ff.

⁶²) In organisationsrechtlicher Richtung potenzieren sich die Rechtsschutzprobleme dort, wo wesentlich metajuristische Angelegenheiten durch fachspezifische oder gesellschaftlich-repräsentativ besetzte, unabhängige (ministerialfreie) Kollegialgremien entschieden werden. Als Beispiele vgl. bes. Filmbewertungsstelle, Bundesprüfstelle, Prüfungsausschüsse etc. Zum Sonderstatus der Bundesbank vgl. Faber, Wirtschaftsplanung und Bundesbankautonomie, 1970; Uhlenbruck, Die verfassungsmäßige Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank und ihre Grenzen, 1968; von Mangoldt-Klein-Wilke, GG, 2. Aufl. 1970, Art. 88 Anm. IV 3; Samm, Die Stellung der Deutschen Bundesbank im Verfassungsgefüge, 1967, S. 76 ff., 122 ff., 148; R. Schmidt, Zeros-Festschrift, II, 1973, S. 655 ff.; R. Scholz, ZHR 133, 276 ff.; — weitere Beispiele vgl. z. B. bei Laux, Führung und Führungsorganisation in der öffentlichen Verwaltung, S. 94 ff.; E. Klein, Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raums, 1974, S. 73 ff.

Zum Ganzen vgl. allgemein schon oben N. 26; unter den hiesigen Aspekten vgl. näher vor allem BVerwGE 39, 197 (203 ff.); Ossenbühl, DVBl. 74, 309 (311 ff.); VG Berlin, NJW 73, 1148 ff.; vgl. weiterhin zum Ganzen unten sub D III.

gefunden hat, solange bleibt eine *defizitäre Rechtsschutz Tendenz* unabweisbar. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG verspricht zwar *effizienten Rechtsschutz, Rechtzeitigkeit und Fairneß im Verfahren* eingeschlossen⁶³). Dieses Versprechen genügt jedoch nicht. Denn ein verfassungsgerechter Verwaltungsrechtsschutz hat nicht nur — dem Bürger gegenüber — *effizienzgerecht*, sondern — der kontrollierten Verwaltung gegenüber — auch *kompetenzgerecht* zu sein.

C. Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsrechtsschutz im System des gewaltenteiligen Rechtsstaates

I. Allgemeines

1. Den (auch) kompetenzgerechten Verwaltungsrechtsschutz fordert das *Prinzip der Gewaltenteilung* (Art. 20 II 2 GG). Seine Ordnungsidee unterstellt die drei Staatsgewalten keinem System statischer Trennung oder rein mechanischer Balance, sondern einem System wechselseitiger Zuordnung, gegenseitiger Kooperation und beweglicher Dekonzentration⁶⁴). Die gemeinsame Verantwortung für die rechtsstaatlich-demokratische Einheit des Staates⁶⁵) verpflichtet sämtliche Staatsgewalten zur *gegenseitigen Anpassung, wechselseitigen Kompensation* sowie zum *prinzipiellen Offensein für Wandlungen* bei der jeweils anderen Staatsgewalt.

2. Diese Grundsätze verfassen den Verwaltungsrechtsschutz — im Zusammenwirken mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG — zum effizienz- und kompetenzgerechten Rechtsschutz. Kompetenzuell wird dieser durch die Eigenverantwortung der Verwaltung begrenzt; auf die Wirkungsformen der

⁶³) Vgl. BVerfGE 35, 382 (401); 38, 105 (111); BVerfG, NJW 75, 1597; Lorenz, Rechtsschutz, S. 16 f., 150 f.; Lerche, ZZP 78, 16 ff.; Ossenbühl, Gutachten 50. DJT, B 147, 165, 191 ff.; Blümel, Forst-hoff-Festgabe, 1967, S. 137 ff.; R. Scholz, JZ 72, 725 (729 f.); ders., Wirtschaftsaufsicht, S. 118 ff.; H. Bauer, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, S. 60 ff., 97 ff.; Dütz, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 1970, S. 115 ff.

⁶⁴) Vgl. näher sowie auch zum folgenden Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 1975, S. 194 ff.; Bäuml, Schweiz. JurVerein 1966, S. 228; Kägi, H. Huber-Festschrift, 1961, S. 151 (164 ff.); Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 187 ff.; Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 62 ff.; Jarass, Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung, 1975, S. 6, 10 f., 99; W. Geiger, Schäfer-Festschrift, S. 79 ff.; vgl. in gleicher Richtung auch die Vorstellung H. Krügers von der Gewaltenteilung als „Richtigkeitsgewähr“ (Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 869 f.); vgl. weiterhin schließlich Pötter, Peters-Gedächtnisschrift, 1967, S. 907 ff.

⁶⁵) Zu ihr vgl. bes. Hesse, a. a. O.

Verwaltung hat er aber adäquat zu reagieren. *Der Verwaltungsrechtsschutz muß somit flexibel sein und seine Verfahren an den Wirkungsformen der zu kontrollierenden Verwaltung ausrichten* (Verwaltungsrechtsschutz als „akzessorische Funktion“). Denn erst solche Beweglichkeit im System gewährleistet über das dauerhaft „sachgerechte Verfahren“⁶⁶⁾ den wirklich effizienten Rechtsschutz. Die Erreichung und Sicherung solcher *Systembeweglichkeit* ist vornehmlich Aufgabe des rechtsschutz-gestaltenden Gesetzgebers, zugleich aber Aufgabe der rechtsschutzgewährenden Verwaltungsgerichtsbarkeit.

II. Verwaltungsverantwortung, Verwaltungsrechtsschutz und Gesetz

1. Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstehen dem Gesetz; seine Entscheide haben sie in konkretisierender Rechtsanwendung zu verwirklichen. Normstrukturell verläuft dieser Prozeß der konkretisierenden Rechtsanwendung stets auf die gleiche und für Verwaltung wie Rechtsprechung einheitliche Weise⁶⁷⁾: Als subsumtionsmäßige *Erkenntnis* wird abstrakt-generelles Recht vollzogen, und als sachverhaltsbezogene *Dezision* wird konkret-individuelles Recht geschöpft⁶⁸⁾. Dieser rechtstheoretische Befund weist in jeder richterlichen wie exekutivischen Entscheidung die *Setzung konkreten* (Rich-

⁶⁶⁾ *Lerche*, ZSP 78, 6.

In diesem Sinne läßt sich die Vorstellung des „*due process*“ für das System des deutschen Verwaltungsrechtsschutzes fruchtbar machen. Zum amerikanischen System des *due process* in der Verwaltungskontrolle und zu seinen Unterschieden zum System der deutschen Verwaltungskontrolle vgl. *Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970, S. 15 ff.

⁶⁷⁾ Vgl. *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 144; *Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970, S. 265; *Bettmann*, VVDStRL 17, 138; auch *W. Schmidt*, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, 1969, S. 114 ff.

⁶⁸⁾ Vgl. *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, S. 27 ff., 47 ff., 197 ff.; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Rechts, 2. Aufl. 1964, S. 283 ff.; *ders.*, Methodik des Privatrechts, in: Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, S. 7 ff., 27 ff.; *W. Schmidt*, Gesetzesvollziehung, S. 114 ff.; *Säcker*, ARSP 72, 215 (216 ff., 218 ff.); *Starck*, Gesetzesbegriff, S. 257 ff., 260 ff.; *ders.*, JZ 72, 609 (612); *Dütz*, ZSP 87, 366 ff.; *R. Scholz*, DB 72, 1771 (1776 ff.); *Buchner*, Dietz-Gedächtnisschrift, 1973, S. 175 (184 ff.); *Leibholz*, Das Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauchs im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten, 1964, S. 43; vgl. auch BVerfGE 34, 269 (287).

Zum Verhältnis von Entscheidung und Erkenntnis vgl. allgemein z. B. *Michaelis*, E. R. Huber-Festschrift, 1973, S. 311 ff.; *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 2. Aufl. 1969, S. 55 ff.

ter- bzw. Verwaltungs-)Rechts nach⁶⁹⁾. Die Schöpfung solchen (konkreten) Rechts vollendet den Prozeß der Rechtsbildung insgesamt, indem sie den abstrakten Gesetzesentscheid rechtlich aktualisiert und damit auch (konkret-)tatbestandlich komplettiert^{70) 71)}.

2. Dieser Prozeß von abstrakter und konkreter Rechtsbildung überlagert das formale Begriffsschema von (abstrakt-genereller) Normsetzung sowie (konkret-individueller) Normvollziehung⁷²⁾ und beschränkt dessen Geltung auf die Abgrenzung von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung im Prozeß

⁶⁹⁾ Zum Richterrecht vgl. bes. Esser, Grundsatz und Norm, S. 14 ff.; Kriele, Theorie, S. 243 ff.; Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, bes. S. 86 ff.; Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971; Sacker, ARSP 72, 215 ff.; H. P. Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, S. 10 ff.; ders., DÖV 75, 443 ff.; Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, 1971, S. 63 ff.; Werner, Recht und Gericht in unserer Zeit, S. 139 ff., 176 ff., 196 ff.; Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953, S. 181 ff.; Redeker, NJW 72, 409 ff.; A. Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, 1972, S. 135 ff.; Buchner, a. a. O.; Richardi, Dietz-Gedächtnisschrift, 1973, S. 269 (272 ff.); Starck, Gesetzesbegriff, S. 256 ff., 260 ff.; ders., JZ 72, 609 ff.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 350 ff.; ders., E. R. Huber-Festschrift, 1973, S. 291 (292 ff.); ders., Henkel-Festschrift, 1974, S. 33 ff.; Wannagat, SGB. 74, 361 (362 ff.); Ditz, ZZP 87, 366 ff.; Hilger, Larenz-Festschrift, 1973, S. 109 ff.; Rüthers, JZ 74, 625 ff.; Kruse, Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, 1971; H. H. Klein, DRiZ 72, 333 ff.; Badura, in: Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, 1973, S. 40 ff.; J. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975; Rottleuthner, Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, 1973, S. 11 ff.; R. Scholz, DB 72, 1776 ff.

⁷⁰⁾ Vgl. Kriele, Theorie, S. 27 ff., 47 ff., 197 ff., 203 ff.; Esser, Grundsatz und Norm, S. 283 ff.; Sacker, ARSP 72, 224 ff.; Geitmann, Bundesverfassungsgericht und „offene Normen“, 1971, S. 48 ff., 149 ff., 163; H. P. Schneider, DÖV 75, 450; Starck, Gesetzesbegriff, S. 268 ff.; Zippelius, NJW 75, 914 f.; Bäuml, Staat, Recht und Geschichte, 1961, S. 35 f.; R. Scholz, DB 72, 1777 f. Vgl. in diesem Sinne auch die Vorstellung der „individuellen Norm“ Kelsens (vgl. Nipperdey-Festschrift, I, 1965, S. 57 (69 f.); Reine Rechtslehre, 1934, S. 79 f.; Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 1934, S. 9 (10 ff.)); entsprechend aus rechtssoziologischer Sicht Th. Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1964, S. 242 ff.

⁷¹⁾ Zur verfassungsrechtlichen Legitimation des konkreten (Richter-)Rechts vgl. BVerfGE 34, 269 (286 ff.) mit Anm. von Kübler, JZ 73, 667 f.; Schwabe, DVBl. 73, 788 ff., und Menger, VerwArch 1974, 195 ff.; BVerfG, NJW 75, 968 (969).

⁷²⁾ Zum Bedeutungsverlust des Schemas Normsetzung — Normvollzug vgl. Scheuner, DÖV 69, 585 (589 f.); Badura, BayVerfGH-Festschrift, S. 167 f.

abstrakter Rechtsetzung. Hier ist die Legislative prärogativ⁷³⁾; im übrigen ist der Prozeß der Rechtserzeugung aber funktions- und arbeitsteilig verfaßt⁷⁴⁾. Im System der grundgesetzlichen Gewaltengliederung tragen alle drei Staatsgewalten in kompetenzieller und kooperativer Gliederung die Verantwortung für das Recht und seine Gestaltung⁷⁵⁾.

III. *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsrechtsschutz als kompetenzielle Konkretisierungsverfahren*

1. Verfügen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit über qualitativ gleichartige Kompetenzen zur Setzung konkreten Rechts, so sind ihre Konkretisierungskompetenzen im übrigen aber verschieden. Denn wo richterliche Konkretisierung *Konkretisierung von Rechtszwecken* heißt, dort heißt verwaltungsmäßige Konkretisierung nur *sekundär* Konkretisierung von Rechtszwecken und *primär* *Konkretisierung von Verwaltungszwecken*, gleichgültig, ob diese rechtlicher oder außerrechtlicher Art sind.

Anerkennt man weiterhin, daß Verwaltungsverantwortung primär (eigen)verantwortliche Zweckerfüllung ist, so erweist sich auch die Rechtsform, in der die exekutive Konkretisierung eines Verwaltungszwecks erfolgt, als sekundär, angefangen von der Rechtsverordnung⁷⁶⁾ bis hin zum Verwaltungsakt⁷⁷⁾. Als typisches Beispiel exekutivischer Zweck- und Rechts-

⁷³⁾ Vgl. Kriele, Theorie, S. 60 ff.; vgl. auch R. Scholz, DB 72, 1776; H. P. Schneider, DÖV 75, 448.

⁷⁴⁾ Vgl. H. P. Schneider, DÖV 75, 449; ders., Richterrecht, S. 33; J. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, S. 240; R. Scholz, DB 72, 1777.

⁷⁵⁾ Vgl. A. Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, S. 170; H. P. Schneider, Richterrecht, S. 31 ff.; ders., DÖV 75, 449 f.; R. Scholz, DB 72, 1777.

Verwaltung und Rechtsprechung besitzen demgemäß ursprüngliche, legitime Kompetenzen auch im (materiell-)rechtsetzenden Bereich (vgl. Kriele, Theorie, S. 60 ff.; Achterberg, Probleme der Funktionenlehre, S. 93, 149 ff.; Vogel, VVDStRL 24, 166).

⁷⁶⁾ Vgl. Art. 80 GG als spezifischen Konkretisierungsauftrag. Für die Satzung ergibt sich prinzipiell Gleiches aus der jeweiligen Selbstverwaltungsermächtigung (z. B. Art. 28 II GG für die kommunale Satzung).

⁷⁷⁾ In den gleichen Zusammenhang gehören die Verwaltungsvorschriften. Soweit sie die Funktion des normativen „Ordnungssurrogats“ (Zacher, VVDStRL 25, 308 (312 f.)) übernehmen, sind sie Form verwaltungsmäßiger Zweckkonkretisierung (so namentlich im Bereich von ermessensleitenden Verwaltungsvorschriften) und zugleich materielle Rechtsnormen (zum letzteren vgl. — gegen die noch überwiegende Meinung — Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 553 ff., 567 f.; ders., AöR 92, 1 (22 f.);

konkretisierung figuriert in diesem Zusammenhang auch die Planung als strukturelle Einheit von (final-programmierender) Rechtsfindung und (impliziter) Rechtsvollziehung⁷⁸⁾.

Die empirisch wie normativ begründete Vorstellung einer derartigen, *verfahrensmäßig funktionierenden Zweckkonkretisierung* charakterisiert *jede Verwaltungsverantwortung*. Als spezifischer Konkretisierungsprozeß mit sowohl rechtlichem wie außerrechtlichem Zweckbezug erscheinen demgemäß auch alle Ermessensentscheidungen sowie alle die Entscheidungen, die in „wertender“ Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe „Beurteilungsspielräume“ ausfüllen.

2. Dieses Bild der *konkretisierenden Verfahren* vermittelt im Verwaltungsrecht zwei miteinander verbundene, logisch aber zu trennende Vorgänge: einmal den Vorgang der realen, d. h. auch außerrechtlich wirksamen, Erfüllung von Verwaltungszwecken und zum anderen den Vorgang der Setzung konkreten Rechts durch die rechtsanwendende Verwaltung. Zugleich verdeutlicht das Bild des konkretisierenden Verfahrens den *spezifisch prozeßhaften Charakter* beider Vorgänge, dem man bisher zu wenig Beachtung geschenkt hat.

Kennzeichnendes Beispiel dafür ist die tradierte *Ermessenslehre*⁷⁹⁾. Seit Jahrzehnten wird sie fast einseitig vom Streben

Böckenförde-Grawert, AöR 95, 1 (18 ff.); Ipsen, VVDStRL 25, 257 (296); Lorenz, Rechtsschutz, S. 40 ff.; Vogel, VVDStRL 24, 156 ff. — zur Gegenposition vgl. bes. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 119 ff.).

⁷⁸⁾ Zu dieser Struktur der Planung vgl. u. a. Kaiser, in: Kaiser, Planung I, 1965, S. 11 (19); Planung II, 1966, S. 11 (26); Badura, BayVerfGH-Festschrift, S. 159 ff., 167 ff.; ders., W. Weber-Festschrift, 1974, S. 911 (922 ff.); Schmidt-Aßmann, Grundfragen des Städtebaurechts, S. 161 ff.; Steiger, Wolff-Festschrift, S. 393 ff., 406 f., 422; Hoppe, DVBl. 74, 641 ff.; Blümel, Forsthoff-Festgabe, 1967, S. 143; Redeker, DVBl. 71, 372; Ossenbühl, Gutachten 50. DJT, B 33, 183 ff.; Imboden, VVDStRL 18, 113 ff.; Oberndorfer, Die Verwaltung 1972, 257 (260 ff.); vgl. auch die Vorstellung des Plans als „Vollzugsnorm“ (Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, 1959, S. 52 ff.). Vgl. weiterhin und näher zum Planungsprozeß Klages, Planungspolitik, 1971, S. 76 ff.; Lompe, Gesellschaftspolitik und Planung, 1971, S. 37 ff., 221 ff.; Gresser, Probleme der mehrjährigen öffentlichen Finanzplanung, 1974, S. 70 ff.; Mayntz-Scharpf, Planungsorganisation, 1973, S. 91 ff., 107 ff.; Scharpf, PVS 1972 Sonderheft 4, S. 168 (175 ff.); ders., in: Naschold-Väth, Politische Planungssysteme, 1973, S. 167 (169 ff.) = Die Verwaltung 1971, 1 ff.; Ellwein, Regierung und Verwaltung, 1. Teil, S. 200 ff.; Herzog, in: Regierungsprogramme und Regierungspläne, 1973, S. 37 (39 ff.).

⁷⁹⁾ Aus dem fast unübersehbaren Schrifttum vgl. bes. Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, 1973, S. 63 ff.; Ehmke, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, 1960;

nach möglichst viel Justiziabilität beherrscht. So leugnete man das Tatbestandsermessen zugunsten des bloßen *Rechtsfolgeermessens*⁸⁰⁾ und verdrängte auch letzte Relikte tatbestandsorientierten Ermessens über die Lehre vom *Beurteilungsspielraum* auf die Ebene angeblichen Nicht-Ermessens⁸¹⁾. Und doch mußte das kunstvolle Gebäude dieser Doktrin im gleichen Maße schwankend werden wie ihre Prämisse, die Vorstellung von der

W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, S. 114 ff., 149 ff.; ders., NJW 75, 1753 ff.; Bachof, JZ 55, 97 ff.; Jesch, AöR 82, 163 ff.; Bettermann, Staat 62, 79 ff.; Badura, BayVerfGH-Festschrift, S. 157 ff.; Ule, Jellinek-Gedächtnisschrift, 1955, S. 309 ff.; Kopp, DÖV 66, 317 ff.; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 311 ff.; ders., DÖV 68, 618 ff.; 70, 84 ff.; 72, 401 ff.; ders., DVBl. 74, 309 ff.; Stern, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, 1964; Schmidt-Salzer, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, 1968; ders., VerwArch 1969, 261 ff.; Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 177 ff.; ders., NJW 69, 1273 ff.; ders., ZRP 71, 233 f.; Redeker, DÖV 71, 757 ff.; Jarosch, DÖV 74, 123 ff.; Lohmann, Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip, 1972; Schmidt-Eichstaedt, AöR 98, 173 ff.; Bullinger, NJW 74, 769 ff.; ders., Jahrreiß-Festschrift, 1974, S. 19 ff.; Weigel, Beurteilungsspielraum oder Delegationsbegriff?, 1971; Kellner, DÖV 69, 309 ff.; 72, 801 ff.; Obermayer, BayVBl. 75, 257 ff.; Rittner, H. Kaufmann-Festschrift, 1972, S. 307 ff.; Hoppe, DVBl. 74, 641 ff.; Schröder, DÖV 75, 308 ff.; Stürer, DVBl. 74, 314 ff.

⁸⁰⁾ Vgl. z. B. BVerwGE 1, 138 (139); 3, 279 (283 f.); 15, 207 (208 ff.); 29, 140 (141 ff.); 40, 237 (247); 40, 353 (356 ff.); Bachof, JZ 55, 98; Jesch, AöR 82, 204 ff., 220 ff.; Stern, Ermessen, S. 20 ff.; Kellner, DÖV 62, 572 (574); 69, 309 f.; Obermayer, BayVBl. 75, 260; ders., NJW 63, 1177 ff.; Schmidt-Salzer, VerwArch 1969, 262 ff.; Ossenbühl, DÖV 70, 86; Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 33; Becker, VVDStRL 14, 125 ff.; Korbmacher, DÖV 65, 696 (697).

⁸¹⁾ Zur Lehre vom prinzipiell voll kontrollfähigen unbestimmten Rechtsbegriff vgl. Bachof, JZ 55, 97 ff.; Rupp, Grundfragen, S. 212 ff.; Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum, S. 16 ff., 42 ff., 90 ff.; Kellner, DÖV 72, 802 ff.; BVerwGE 5, 153 (162 f.); 15, 39 (40); 16, 116 (129 f.); 23, 112 (114); 26, 65 (74 f.); 29, 279 (280); 35, 69 (75). Zum nicht voll kontrollfähigen Beurteilungsspielraum vgl. bes. Ule, Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 309 ff.; Bachof, JZ 55, 98 ff.; Jesch, AöR 82, 230 ff.; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 328 ff.

In diesem Sinne wird ein entsprechender Beurteilungsspielraum von der Rechtsprechung anerkannt für pädagogisch-prüfungsmäßige Beurteilungen (BVerwGE 5, 162 f.; 8, 272 (273 f.); 11, 165 (166 f.); 12, 29 (34); 12, 359 (363); 38, 105 (109 ff.); BadWüVGH, ESVGH 24, 225 (226 ff.)) und dienstliche Eignungsbeurteilungen bzw. Wertungen (vgl. BVerwGE 8, 192 (195); 11, 139 f.; 12, 20 (26 ff.); 12, 29 (34); 15, 3 (5 ff.); 15, 39 (40 f.); 15, 128 (131 f.); 17, 267 (271, 276 ff.); 21, 127 (129); 26, 65 (73 ff.); 32, 237 (238 ff.); 43, 342 (344) — vgl. allerdings auch BVerwGE 18, 298 (299 f.); 29, 279 (281)).

Verwaltung als gesetzlich programmierter Vollzugsfunktion, ins Schwanken geriet⁸²). Nur dort, wo der Gesetzgeber der Verwaltung konditionale Entscheidungsprogramme vorgibt⁸³), lassen sich für eine entsprechend programmierte Verwaltung auch so enge Spielraumvorstellungen wie die vom bloßen Rechtsfolgeermessen und Beurteilungsspielraum aufrechterhalten. Wenn der Gesetzgeber der Verwaltung solche Programme aber nur (noch) begrenzt vorgibt und die Verwaltung im übrigen zur eigenen (finalen) Programmbildung beruft, so muß ihr auch tatbestandliches Ermessen zu eigener Kompetenz eröffnet sein⁸⁴).

Zuerst hat sich dies beim sog. *Planungsermessen* gezeigt. Sein ausholendes Gestaltungsmandat umfaßt Programmbildung wie Programmvollzug⁸⁵), ermessensrechtlich gedacht also Tatbestand und Rechtsfolge⁸⁶). Der gleiche Effekt kennzeichnet (beispielsweise) die wirtschaftspolitische — und hier namentlich die makroökonomisch lenkende⁸⁷) — Verwaltungsentscheidung. Bei ihr wie bei der Planung spielt zudem die *Prognoseentscheidung* mit, die der Verwaltung prärogativ auch tatsächliche Entwicklungseinschätzungen erlaubt⁸⁸); auch der hiermit anerkannte „Entwicklungsspielraum“ liegt außerhalb der Begriffskategorien von Beurteilungsspielraum und Rechtsfolgeermessen⁸⁹). Endlich hat sich die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen selbst, weil logisch und normstrukturell nicht genügend vollziehbar, als fiktiv erwiesen⁹⁰).

⁸²) Zur Kritik vgl. Ehmke, „Ermessen“, S. 23 ff.; W. Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 133 ff., 149 ff.; ders., NJW 75, 1754 ff.; Jarosch, DÖV 74, 124 ff.; Soell, Ermessen, S. 173 ff., 205 ff.; Schmidt-Eichstaedt, AöR 98, 176 ff., 186 ff.; Redeker, DÖV 71, 760 ff.; vgl. auch bereits Ossenbühl, DÖV 68, 619 ff.; ders., DVBl. 74, 310 ff.

⁸³) Zur Unterscheidung zwischen konditionaler und finaler Programmierung vgl. Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaft, S. 60 f.; ders., Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 100 ff.; ders., VerwArch 1964, 1 ff.; ders., AöR 94, 1 (2 ff.).

⁸⁴) Vgl. auch Bullinger, NJW 74, 770 f.; Ossenbühl, DVBl. 74, 310 f.; Hoppe, DVBl. 74, 643 ff.; W. Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 157 ff., 161 f.; ders., NJW 75, 1754 f., 1757 f.

⁸⁵) Vgl. die Nachweise oben N. 78.

⁸⁶) Vgl. auch Steiger, Wolff-Festschrift, S. 422.

⁸⁷) Vgl. dazu sehr klar Bullinger, NJW 74, 770 f.

⁸⁸) Vgl. z. B. BVerwGE 16, 285 (287); 35, 291 (293); 39, 197 (203 ff.); 45, 112 ff.; BVerwG, DVBl. 72, 895 f.; vgl. weiterhin schon die Nachweise oben N. 59, 61.

⁸⁹) Vgl. näher schon R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 106 ff.

⁹⁰) Vgl. Ehmke, „Ermessen“, S. 28, 40; Schmidt-Eichstaedt, AöR 98, 179 ff., 186 ff., 189; Soell, Ermessen, S. 205 ff.; W. Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 157; ders., NJW 75, 1754 ff.; aus rechtstheoretischer Sicht vgl. allgemein Schreiber, Die Geltung von Rechtsnormen, 1966, S. 24 ff.

Eine flexible Rechtsprechung hat dieser überfälligen Einsicht inzwischen Bahn gebrochen⁹¹⁾ und die Ermessenslehre damit der erforderlichen Gesamtrevision zugeführt.

Diese muß von folgenden Daten ausgehen: Legitimation und Grenzen verwaltungsrechtlichen Ermessens bilden ein Problem des gewaltenteiligen Rechtsstaats⁹²⁾. Seine Garantie eigenverantwortlicher Verwaltung gewährleistet auch das Verwaltungsermessen⁹³⁾. Hiernach legitimes Ermessen läßt sich nicht auf die Kategorien von Beurteilungsspielraum und Rechtsfolgeermessen reduzieren. Denn Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen sind nicht voll voneinander scheidbar und die Differenzierung zwischen Beurteilungsspielraum und Tatbestandsermessen hat sich als Scheinlösung erwiesen; in Wirklichkeit handelt es sich auch bei der „wertenden“ oder „beurteilenden“ Ausfüllung unbestimmter Gesetzesbegriffe um — freilich begrenztes — Tatbestandsermessen⁹⁴⁾.

In der Konsequenz führt dies zur Anerkennung eines *prinzipiell einheitlichen Verwaltungsermessens*, das typologisch — unter Aufgabe der Lehre vom Beurteilungsspielraum⁹⁵⁾ — in *Tatbestands-, Rechtsfolge- und Gestaltungsermessen* zu gliedern ist. Diese Kategorien besitzen zwar fließende Grenzen; die allein quantitativen Unterschiede zwischen den einzelnen Er-

Für die Praxis ist dies zuerst am sog. Kopplungstatbestand deutlich geworden (vgl. zu § 131 AO GemSoGB, in: BVerwGE 39, 355 (357 ff.); vgl. weiterhin BVerwGE 45, 162 (164 ff.); vgl. auch Redeker, DVBl. 72, 609).

⁹¹⁾ Vgl. bes. GemSoGB, in: BVerwGE 39, 355 ff. zu § 131 AO; BVerwGE 34, 301 (304 ff.); Planungsermessen; BVerwG, DVBl. 72, 895 f. zu § 12 AWG (mit Anm. Redeker); BVerwGE 39, 197 (203 f., 207 ff.) gegen BVerwGE 23, 112 ff.; 28, 223 ff. zu § 1 GjS; BVerwGE 41, 1 (4 ff.) zu § 3 WahrG; BVerwGE 45, 309 (312 ff.) — Flachglas —.

⁹²⁾ Vgl. Ossenbühl, DÖV 68, 626; ders., DVBl. 74, 311; Schmidt-Eichstaedt, AöR 98, 190 ff.

⁹³⁾ Vgl. BVerfGE 9, 137 (148); Ossenbühl, DÖV 68, 626; 70, 85 ff.; ders., DVBl. 74, 311; Ehmke, „Ermessen“, S. 45 ff.; Bullinger, NJW 74, 770; Bachof, VVDStRL 12, 67 f.; Redeker, DVBl. 71, 369 (371); Kassimatis, Der Bereich der Regierung, 1967, S. 45 f.; im Sinne einer einschränkenden, aber differenziert zu verstehenden Position vgl. vor allem Rupp, Grundfragen, S. 178 ff., 193 ff., 201 ff.

⁹⁴⁾ Vgl. W. Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 139, 142 f., 157; ders., NJW 75, 1755 ff.; Schmidt-Eichstaedt, AöR 98, 186 ff., 189; Häberle, Öffentliches Interesse, S. 595 ff. (691 ff.); Geitmann, Bundesverfassungsgericht und „offene Normen“, S. 52 ff., 57, 108; Ehmke, „Ermessen“, S. 23 ff.; Soell, Ermessen, S. 207 ff.; vgl. auch Ossenbühl, DÖV 72, 404; Jarosch, DÖV 74, 124 ff.; BVerwGE 11, 165 (166 f.).

⁹⁵⁾ Vgl. bes. deutlich jetzt W. Schmidt, NJW 75, 1755 ff.; vgl. auch Obermayer, BayVBl. 75, 258 ff., der gleichfalls für eine einheitliche Konzeption des Verwaltungsermessens, wenngleich mit engerer Reichweite, eintritt.

messensermächtigungen fangen sie begrifflich aber auf. Die danach umfassendste Ermessenskompetenz liegt im Gestaltungsermessen, dem das Planungsermessen und die Prognoseentscheidung mit ihrem Entwicklungsspielraum zuzurechnen sind.

Gegen eine solche Bereinigung der Ermessenslehre ließe sich nicht der Einwand erheben, daß damit einseitig oder gar rechtsstaatswidrig der Verwaltungsverantwortung die Vorhand gegenüber dem Verwaltungsrechtsschutz gegeben würde. Im Gegenteil, das Ermessensproblem würde aus der Sackgasse bloßen Strebens nach Justiziabilität heraus- und in die (allein zuständige) Verantwortung des Gesetzgebers zurückgeführt⁹⁶⁾. Denn jedes *Verwaltungsermessen* bedarf der rechtlich ermächtigenden *Delegation*⁹⁷⁾: Der Gesetzgeber beruft die gesetzesanwendende Verwaltung zur konkretisierenden Vervollständigung einer in Tatbestand und/oder Rechtsfolge nicht kompletten (erst von konkretisierender Rechtsanwendung aktuell zu kompletierenden) Gesetzesnorm⁹⁸⁾.

*Ermessen bedeutet somit konkrete Rechtsetzung*⁹⁹⁾ im beschriebenen Sinne¹⁰⁰⁾. Der Gesetzgeber hat angesichts dessen

⁹⁶⁾ Ermessen, unbestimmter Rechtsbegriff etc. sind primär Aufgaben rechtsstaatlicher und demokratischer Gesetzgebung (Rechtsstaatsprinzip, Art. 80 GG) und nicht Aufgaben der gerichtlichen Verwaltungskontrolle (vgl. auch W. Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 133 ff., 159 ff.; für das Planungsermessen vgl. nachdrücklich vor allem Badura, BayVerfGH-Festschrift, S. 175).

⁹⁷⁾ Vgl. W. Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 142 f., 157; Weigel, Beurteilungsspielraum oder Delegationsbegriff?, S. 168 ff.; Schmidt-Eichstaedt, AöR 98, 179 ff., 186 ff.

⁹⁸⁾ Vgl. Soell, Ermessen, S. 173 ff., 204 ff.; W. Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 142 f., 157; ders., NJW 75, 1755; Bäumlín, Staat, Recht und Geschichte, S. 35 f.; Starck, Gesetzesbegriff, S. 263 ff., 277 ff.; Weigel, Beurteilungsspielraum oder Delegationsbegriff?, S. 168 ff.; Ossenbühl, DÖV 72, 403 (für den Beurteilungsspielraum); ders., DÖV 70, 86 ff. (für Ermessen und Beurteilungsspielraum); ders. auch DVBl. 74, 310 ff.; Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum, S. 90 ff. (für den Beurteilungsspielraum); vgl. dens. auch VerArch 1969, 267 ff. für das Ermessen (mit allerdings verfassungsrechtlich unrichtiger Verortung des Ermessens — „Verbot des Einzelfallgesetzes“! — [S. 269] und damit im Ergebnis nicht voll zutreffender Lösung). Vgl. auch Lorenz, Rechtsschutz, S. 23; Selmer, in: Steuerkongreß-Report 1974, S. 83 (111); Rupp, Grundfragen, S. 212; Bettermann, Staat 62, 85; Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 142 ff.

⁹⁹⁾ Diese Qualifikation des Ermessens als verwaltungsmäßiger Rechtskonkretisierung ist von primärer Bedeutung; sie rangiert dogmatisch noch vor der Qualifikation „Ermessen“; vgl. Bäumlín, Staat, Recht und Geschichte, S. 36, mit der an sich konsequenten, freilich wenig praktikablen Schlußfolgerung, daß „der Ermessenbegriff im Verwaltungsrecht sogar entbehrlich“ wäre.

zu prüfen, welcher Konkretisierungs- oder Ermessensspielraum der Verwaltung im einzelnen offenstehen soll. Wenn er dieser Pflicht nicht immer genügt (hat), so läßt sich ein daraus (etwa) resultierendes Defizit an materieller Rechtsstaatlichkeit nicht über die rechtsprechende Gewalt und ihre juristische Kontrollfunktion ausgleichen. Denn die zu kontrollierende Ermessensentscheidung ist typischerweise metajuristischen Zielen, Wertungen oder Erkenntnissen verpflichtet¹⁰⁰); und die Kompetenz zu solcher Zweckkonkretisierung liegt im Verhältnis von Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltung vorrangig bei der letzteren¹⁰²).

¹⁰⁰) Bes. beispielhaft etwa in jeder Interessenabwägung im planerischen oder sonstig gestaltenden Bereich dokumentiert. Denn in jeder Interessenabwägung aktualisiert sich der konkret-rechtsetzende und politisch-dezisionäre Entscheid über bestimmte (divergente) Interessen, der sich als solcher den Kategorien von (subsumtionsmäßiger) Rechtsanwendung oder (schlichter) Gesetzesvollziehung entzieht. In diesem Sinne ist die planerische Entscheidung typischerweise Akt prospektiver Interessenkoordination. Vgl. in diesem Sinne und näher BVerwGE 34, 301 (304 ff.); 34, 352 (356); 41, 67 (68 ff.); 42, 331 (338); 44, 1 (6 ff.); 45, 25 (38 f.); 45, 112 (113 ff.); 45, 309 (312 ff.); BVerwG, DVBl. 69, 697 (699); 72, 895 f.; 75, 492 (493 ff.); BVerwG, DÖV 75, 101 f.; vgl. zuvor auch schon BVerwGE 4, 284 (285 f.); 10, 202 (205); 18, 247 (250 ff.); vgl. weiterhin OVG Lüneburg, BRS 17, 14 (15); 24, 11 f.; 23, 43 (44 f.); HessVGH, BRS 23, 7; OVG Berlin, BRS 23, 1 (5 f.) — anders vgl. bes. BadWüVGH, BRS 17, 16 (18 f.); 18, 2 f.; 20, 14 (15); 22, 27; 24, 37 (38) — Dogmatisch vgl. zur Rechtsnatur und Wirkung der (planerischen) Interessenabwägung bes. Steiger, Wolff-Festschrift, S. 385 ff.; Papier, DVBl. 75, 461 ff.; Badura, BayVerfGH-Festschrift, S. 179 ff.; Hoppe, Scupin-Festschrift, S. 124 ff.; Schmidt-Aßmann, Grundfragen des Städtebaurechts, S. 87 ff.; Weyreuther, BauR 75, 1 ff.

¹⁰¹) Vgl. allgemein z. B. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 321 ff.; Redeker, DÖV 71, 760; Stüer, DVBl. 74, 317 f.; Jesch, AöR 82, 208, 211; F. Mayer, Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, 1963, S. 16; Stern, Ermessen, S. 26; Hoppe, Scupin-Festschrift, S. 122, 125 f., 130 f.; vgl. auch Badura, BayVerfGH-Festschrift, S. 164 f.; Kassimatis, Bereich der Regierung, S. 42 ff.

Aus der Rechtsprechung zum Rechtsfolgeermessen und zum Beurteilungsspielraum vgl. u. a. BVerwGE 1, 92 (96); 2, 313 (314); 3, 279 (283 f.); 4, 89 (91 ff.); 4, 298 (300); 6, 186 (187 f.); 8, 272 (273 f.); 9, 284 (285 f.); 15, 251 (253 f.); 21, 187 (188 f.); 32, 148 (155 f.); 39, 197 (202 ff.); 41, 253 (259); 45, 13 (24); 45, 112 ff.; 45, 162 (164 ff.); BayVerfGH, VGHE 27, 47 (57 f.); anders allerdings BVerwGE 21, 184 (186 f.); 23, 112 (114); 23, 194 (200 f.); 24, 60 (63 f.); 28, 223 (224).

Zum Verhältnis von Verwaltungsrecht und Technik vgl. richtig OVG Münster, DB 74, 2106 („Einschätzungsspielraum“); zur „pädagogischen (Ermessens-)Freiheit des Lehrers“ vgl. Evers, VVDStRL 23, 147 (177 ff.); zur geringen Justiziabilität von Lehr- und Bildungsplänen vgl. Wimmer, DVBl. 70, 305 ff.; Dietze, DVBl. 75, 389 (392 ff.).

Die kompetenzrechtliche Struktur aller verwaltungsrechtlichen Ermessensentscheidungen erweist sich damit als ambivalent: Als *Verfahren konkreter Rechtsetzung* ist jede Ermessensentscheidung rechtlicher Akt und damit justiziabel. Als *Verfahren konkreter Zweckverwirklichung* ist sie inhaltlich aber auch außerrechtlicher Akt und daher nur soweit justiziabel, wie die inhaltliche Zweckverfehlung Folge gerade fehlerhafter *Rechtskonkretisierung* ist. Für den kompetenzgerechten Verwaltungsrechtsschutz bedeutet dies, daß zur Kontrolle von Ermessensentscheidungen nach Maßstäben gesucht werden muß, die methodisch auch beim juristisch meßbaren *Entscheidungsverfahren* und nicht nur beim häufig injustiziablen *Entscheidungsinhalt* ansetzen. Dieses Erfordernis wird freilich erst im Lichte jener Ermessensentscheidungen bewußter, die sich nicht in der momentanen Statik punktueller Rechtsfolgebestimmungen erschöpfen, sondern die ganze Dynamik kompletter Ziel- und Vollzugsprogramme aufnehmen¹⁰³).

3. *Strukturgebiet* der *Verwaltungsverantwortung* ist die *Zweck- und Rechtskonkretisierung*. Sie bildet die typische Verfahrensform der Verwaltung und zugleich deren kompetenzielle Aufgabe im System der gewaltengegliederten Staatszwecke¹⁰⁴). Das Prinzip des konkretisierenden Verfahrens formuliert damit auch ein *materielles Rechtsgebot*, nämlich den *verfahrensrechtlich organisierten Auftrag zur möglichst ermächtigungs-, sach-*

¹⁰²) Nicht richtig ist daher jene Auffassung, derzufolge auch die „Zweckmäßigkeit“ des Verwaltungshandelns — und hinter diesem traditionellen, freilich recht farblosen Begriff verbirgt sich die Summe aller metajuristischen Entscheidungselemente oder Entscheidungsdeterminanten — gerichtlich voll zu überprüfen sei (vgl. so Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, S. 268 f.; Lohmann, Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip, S. 91 ff.; auch Obermayer, BayVB1. 75, 260; zum Begriff der Zweckmäßigkeit und dessen Differenz zur Rechtmäßigkeit vgl. eingehend und kritisch bes. Soell, Ermessen, S. 66 ff., 76 ff.). Daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht zur Zweckmäßigkeitskontrolle zuständig ist, ist mit Recht herrschende Auffassung (vgl. statt vieler nur W. Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 139, 258; Ossenbühl, Gutachten 50. DJT, B 164; differenzierend allerdings auch Brunner, Kontrolle in Deutschland, S. 243 ff.).

¹⁰³) Richtig ist deshalb der vom BVerwG bei der Beurteilung planerischer Interessenabwägungen gewählte, dogmatisch freilich noch auszubauende Ansatz von der Differenzierung zwischen dem Abwägen als *Vorgang* und dem Abgewogensein als *Zustand* (vgl. BVerwGE 41, 67 (71); 45, 25 (35 ff.); 45, 309 (312 ff.); BVerwG, BauR 74, 181 (184 ff.)).

¹⁰⁴) Vgl. auch Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 3 ff.; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 189 ff.; Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, S. 35 f.

*verhalts- und individualgerechten*¹⁰⁵⁾ — kurz: *maximalen — Konkretisierung der gesetzlich aufgegebenen Staatszwecke*¹⁰⁶⁾. Dieser Auftrag verpflichtet jede Verwaltungsfunktion und benennt folglich auch deren prinzipialen Verhaltensmaßstab. Dieser gilt für alle Verwaltungsaufgaben und eröffnet so auch den Weg zum wirksamen Kontrollmaßstab für die Verfahrensweisen verwaltungsmäßiger Verantwortung.

Daß die gesetzesegebundene Verwaltung ihren gesetzlichen Vollzugauftrag vollständig erfüllen, d. h. subsumtionsmäßig abschließend konkretisieren muß, ist selbstverständlich und rechtlich voll überprüfbar. Für die gesetzessfreie, gestaltende und Ermessensverwaltung ist das Maß der rechtlichen Nachprüfbarkeit dagegen beschränkt. Nicht beschränkbar ist aber auch hier die Kontrolle des von der Verwaltung zu leistenden Maßes *verfahrensmäßiger* Konkretisierung — eine Kontrolle, die bis zum Verdikt des — gegebenenfalls rechtswidrigen — Konkretisierungsdefizits führen kann, so z. B. bei Ermessensunter- und Ermessensüberschreitung: Die zur Ermessensentscheidung ermächtigte Verwaltung erfüllt den gesetzlichen Konkretisierungsauftrag nicht, weil sie das *Verfahren* ermessensmäßiger Zweckkonkretisierung unterläßt oder überdehnt¹⁰⁷⁾,¹⁰⁸⁾.

¹⁰⁵⁾ Konkretisierung in diesem Sinne bedeutet allerdings nicht nur tatsächliche Individualisierung. Der Verwaltung stehen als Konkretisierungsverfahren auch die (normative) Generalisierung und Typisierung zur Verfügung. Im Verhältnis zum Gesetz funktionieren diese aber als Form und Verfahren der Konkretisierung, bedürfen allerdings prinzipiell der gesetzlichen Ermächtigung. Zur Typisierung bzw. zum Verhältnis von typisierendem Gesetzesvollzug und gesetzmäßiger Verwaltung vgl. *Isensee*, *StuW* 73, 199 (201 ff.); vgl. auch *Selmer*, *Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht*, 1972, S. 285 ff. (Verhältnis von typisierendem Gesetzesvollzug und Übermaßverbot bzw. rechtsstaatlicher Eingriffskontrolle). Vgl. hierzu auch noch unten N. 108.

¹⁰⁶⁾ Verfassungsrechtlich stützt sich das Konkretisierungsgebot auf mehrere Grundlagen: (1) auf das demokratische Prinzip, soweit dies den Vorbehalt und (konkretisierungsrechtlichen) Vollzugauftrag des Gesetzes konstituiert; (2) auf das rechtsstaatliche Prinzip, soweit dies im Verhältnis von Exekutive und Gesellschaft die möglichst konkret- und individualgerechte Verwaltungs- oder Vollzugsmaßnahme fördert; (3) auf das Gewaltenteilungsprinzip und den ihm immanenten Funktionsauftrag der Verwaltung (Konkretisierung der gesetzlich definierten Staatszwecke).

¹⁰⁷⁾ Vgl. in dieser Richtung auch den Versuch *W. Schmidts*, *NJW* 75, 1755 f., die Kontrolle von Ermessensentscheidungen phasenmäßig zu systematisieren.

¹⁰⁸⁾ Als typisches Konkretisierungsdefizit in diesem (verfahrensrechtlichen) Sinne erweist sich auch das *planungsrechtliche Abwägungsdefizit* (zu ihm vgl. bes. *BVerwGE* 34, 301 (305 ff.); 42, 331

Der spezifisch verfahrensmäßige Aspekt des rechtlichen Gebots maximaler Zweck- und Rechtskonkretisierung ermöglicht auch die adäquate *Kontrolle ganzer Entscheidungsprozesse* in der Verwaltung¹⁰⁹) — unter Einschluß des Faktors Zeit. Dies zeigt sich z. B. bei Entwicklungsplanungen und Prognoseentscheidungen, die bestimmte (faktische) Entwicklungsziele oder -erwartungen zur prospektiven Basis einer momentanen Verwaltungsentscheidung erheben. Bei Fehlprognosen oder entwicklungsbedingten Zielabweichungen müssen solche Entscheidungen nachträglich zur Korrektur oder angepaßten Fortschreibung verpflichtet werden¹¹⁰). Die Grundlage dafür bietet das

(338); 45, 25 (35 ff.); 45, 309 (312 ff.); BVerwG, NJW 75, 1373 (1374 ff.); Hoppe, Scupin-Festschrift, S. 125 ff., 133 ff.; ders., DVBl. 74, 644 f.; Papier, DVBl. 75, 461 ff.; Sendler, WiR 72, 454 ff.; Weyreuther, BauR 75, 1 ff.). Soweit die Abwägung unter gleichzeitiger — wie für den planungsrechtlichen Zusammenklang von Programmbildung und -vollzug typisch — Definition und koordinierender Bewertung von Interessen erfolgt, kann eine wirksame („immanente“) Kontrolle nur derjenige Maßstab gewährleisten, der wie das Konkretisierungsgebot nach der tatsächlichen Definition und Koordination gegebenenfalls kollidierender Interessen im Planungs- und Abwägungsverfahren selbst fragt. Von vornherein *materiell-rechtliche* Kontrollen sind nur insoweit möglich, als es um die Kontrolle der konkreten Planentscheidung anhand übergeordneten Verfassungs- oder Gesetzesrechts geht.

Als weiteres Beispiel sei auf die Begrenzung von verfahrens- oder ermessensleitenden Verwaltungsvorschriften hingewiesen, sofern diese in allzu einseitiger Sachverhaltstypisierung einen gesetzlichen Auftrag zur konkret-individualen Einzelfallgerechtigkeit verfehlen. Zu den Grenzen und statthaften Möglichkeiten derart typisierender Verwaltung vgl. bes. Isensee, StuW 73, 199 ff.; Selmer, Steuerinterventionismus, S. 285 ff.; ders., DOV 72, 551 ff.; allgemein zu den Grenzen (gesetzlicher) Typisierung vgl. BVerfGE 25, 236 (251); 30, 292 (327); BVerfG, NJW 74, 1127 (1129); zur Legitimation verwaltungsrechtlicher Typisierung vgl. im übrigen bereits oben N. 105.

¹⁰⁹) Als Beispiel vgl. die im Ergebnis richtige Kontrollfragestellung in BVerwG, NJW 75, 1373 (1374 ff.), derzufolge die planerische Gestaltungsfreiheit für eine Straßenplanung nach dem BFStrG in Verbindung mit dem BImSchG 1. durch die behördeninterne (!) Bindung an die vorbereitende Planentscheidung des Bundesministers für Verkehr, 2. durch das Erfordernis einer der fernstraßenrechtlichen Zielsetzung entsprechenden Rechtfertigung des konkreten Planvorhabens, 3. durch die gesetzlichen Planungsleitsätze und 4. durch die Anforderungen des Abwägungsgebots beschränkt wird. Mit diesen, rechtlich wie systematisch differierten, lediglich verfahrensmäßig verbundenen Elementen eines (rechtmäßigen) Planungsvorgangs folgt das BVerwG richtig der Linie, einen kompletten Planungsprozeß nach Maßgabe von dessen verfahrensmäßigen Konkretisierungsphasen zu überprüfen.

¹¹⁰) Vgl. für die Entwicklungsplanung Kaiser, 50. DJT, II, I 18 f.; ders., in: Kaiser, Planung II, S. 25 f.; Ossenbühl, Gutachten 50. DJT,

Konkretisierungsgebot mit seiner Pflicht für die Verwaltung, frühere, auf Zukunftsgestaltung oder -erwartung gerichtete Entscheidungen auch „in die Zeit hinein“¹¹¹⁾ hinsichtlich des (noch) bestehenden sach- und gesetzesgerechten Konkretisierungsgehalts zu überprüfen¹¹²⁾, ¹¹³⁾.

Verfahrensrechtlich werden durch solche Überprüfungs- und konkretisierenden Anpassungspflichten zugleich viele der Mängel an *rechtlicher Bestimmtheit* kompensiert, die für die gesetzliche Organisation gerade planender oder sonstig gestaltender Verwaltung charakteristisch sind. Der prozeßhafte Charakter von Gestaltungsmaßnahmen der Verwaltung schließt die a priori-gesetzgeberische Bestimmung vorhersehbarer Zweck- und Folgeinhalte vielfach aus; denn diese aktualisieren sich erst auf Zeit innerhalb konkretisierender und gegebenenfalls wechselnder Zweck-Mittel- und Folgenrelationen. Der gerichtlichen Kontrolle muß sich dieser Prozeß entziehen, wenn diese nur ex post nach der Rechtmäßigkeit des verfahrensabschließenden Entscheidungsakts, gemessen an der ursprünglichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, fragen darf. Der zweck- wie eigentlich folgenbestimmende Konkretisierungsprozeß droht m. a. W. aus dem disziplinierenden Rahmen von gesetzlicher Vorabbestimmung und gerichtlicher Kontrolle herauszufallen — beispielhaft verkörpert im Kontrolldilemma um stufenförmige Planungs- und Genehmigungsverfahren. Diesem Dilemma wirksam zu begegnen, vermag allein ein kontrollrechtlich verdichtetes Konkretisierungsgebot, das auch die einzelnen Phasen eines Entscheidungsprozesses auf ihre jeweilige Konkretisierungsgerechtigkeit prüft¹¹⁴⁾.

B 160, 163; für die (sonstige) Prognoseentscheidung vgl. bereits R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 105 f.

¹¹¹⁾ Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, S. 15.

¹¹²⁾ Die verfahrensrechtliche Konsequenz lautet gegebenenfalls Wiederaufnahme des Verwaltungsverfahrens mit entsprechender Restitution oder Entscheidungsänderung. Vgl. zur Fehlprognose bereits näher R. Scholz, a. a. O., mit der prozessualen Forderung auf Zulassung von präventivem Verwaltungsrechtsschutz. Zur Wiederaufnahme von Verwaltungsverfahren vgl. allgemein näher bes. Betermann, Wolff-Festschrift, 1974, S. 465 ff.; aus der Rechtsprechung vgl. z. B. BVerwGE 15, 155 (156 ff.).

¹¹³⁾ Mit dieser kontrollfähigen Erfassung des Faktors Zeit wirkt das Gebot der maximalen Konkretisierung überdies und gleichsam als Ergänzung des — mit Recht aus Art. 19 IV GG abgeleiteten (vgl. Lorenz, Rechtsschutz, S. 14 ff.) — Verrechtlichungsgebots.

¹¹⁴⁾ Vgl. auch Wahl, DÖV 75, 375 f., der für die Kontrolle mehrstufiger Verwaltungsverfahren ähnlich verfährt und den jeweiligen „Konkretisierungsprozeß“ mit Recht sowohl unter dem Aspekt der stufenförmigen „Verfeinerungsbedürftigkeit“ als auch unter dem Aspekt des „Abschneidens von Alternativen“ zu überprüfen sucht.

IV. Verwaltungsrechtliches Konkretisierungsverfahren und gerichtliche Verwaltungskontrolle

1. Die *gerichtliche Kontrolle* der zweck- und rechtskonkretisierenden Verwaltungsentscheidungen ist soweit beschränkt, wie deren Gegenstand (auch) *außerrechtlich* beschaffen ist. Hier stößt die Prüfungskompetenz des Verwaltungsgerichts an die vorrangige Zweckkompetenz der Verwaltung¹¹⁵). Prozessual äußert sich diese Kontrollbeschränkung in der Bindung des Verwaltungsgerichts an denjenigen Maßstab, den die Verwaltung für ihre metajuristische oder Ermessensentscheidung selbst aufgestellt hat. Die Verwaltung verfügt insoweit über eine *legitime Maßstabskompetenz*¹¹⁶), die — verfassungsrechtlich gesehen — typische *implied power einer zur konkreten Rechtssetzung ermächtigten Exekutive* ist¹¹⁷).

Die Aufstellung solcher Verwaltungsmaßstäbe erfolgt mittels der den (partiell-) offenen Zweckentscheid des Gesetzes konkretisierenden, d. h. (konkret-) rechtlich komplettierenden Verwaltungsentscheidung. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG wird durch diese Maßstabskompetenz der Verwaltung nicht berührt; denn in der Anerkennung verwaltungseigener Maßstabsbildung liegt keine Anerkennung rechtsfreier „Maßstabsautonomie“. Als konkrete Rechtsetzung muß sich auch die verwaltungseigene Maßstabsbildung an die gesetzliche Ermächtigung (eingeschlossen die Frage nach der richtigen Qualifikation der Außerrechtlichkeit eines Verwaltungszwecks!) und ihre

¹¹⁵) Dies ist auch der — legitime — Grund, weshalb z. B. Gnadenentscheidungen und sog. „Regierungsakte“ nur beschränkt justizabel sind; denn Gnadenakt und rein politischer Leitungsakt sind wesentlich metajuristisch bestimmt (ungenau: Bezeichnung: „justizfreie Hoheitsakte“). Zur beschränkten Justiziabilität von Gnadenentscheidungen vgl. mit freilich etwas unterschiedlicher Ausrichtung BVerfGE 25, 352 (358 ff.); HessStGH, NJW 74, 791 ff.; Schätzler, NJW 75, 1249 ff.; Petersen, JuS 74, 502 ff.; Bettermann, AöR 96, 537 ff.; Lorenz, Rechtsschutz, S. 157 ff.; H. Bauer, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, S. 150 ff.; zum Regierungsakt vgl. z. B. Lorenz, a. a. O.; H. Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, 1951; F. Klein, VVDStRL 8, 108 ff.; Becker, VVDStRL 14, 115 f.; H. Bauer, a. a. O., S. 144 ff.

¹¹⁶) Vgl. auch BVerwGE 6, 177 (182); W. Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 139, 161, 258 f.; Ossenbühl, DÖV 68, 622; 70, 87; allgemeiner vgl. z. B. E. Stein, Die Wirtschaftsaufsicht, 1967, S. 114 ff.; zur Maßstabskompetenz z. B. der Bundesbank vgl. Herzog, VVDStRL 24, 183 (191).

¹¹⁷) Zur implied-powers-Lehre als Rechtfertigung entsprechender Funktionsverschränkungen vgl. Achterberg, Probleme der Funktionenlehre, S. 213 ff., 220 ff.; Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 87.

„Ermessensdirektiven“¹¹⁸⁾ halten. Ob sie dem genügt, kontrolliert das Verwaltungsgericht ebenso wie es im übrigen — in Anwendung des verwaltungseigenen Maßstabs — prüft, ob die Verwaltung selbst maßstabskonform gehandelt hat. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle namentlich von Ermessens- und Planungsentscheidungen zerfällt mithin (1.) in die *Kontrolle der konkreten Maßstabsbildung* (Frage nach dem verfassungs- und gesetzeskonformen Maßstab) und (2.) in die *maßstabsimmanente Kontrolle* der konkreten Verwaltungsentscheidung (Frage nach der maßstabskonformen Entscheidung). Je weiter die gesetzliche Ermächtigung der Verwaltung zur Selbstprogrammierung¹¹⁹⁾ oder metajuristischen Zweckverfolgung reicht¹²⁰⁾, desto enger fällt die gerichtliche Kontrolle des verwaltungseigenen Handlungsmaßstabs aus. Besonders eng gesteckte Kontrollmöglichkeiten bestehen demgemäß bei den komplexen Zielformeln der Raum-¹²¹⁾, Wirtschafts-¹²²⁾ und Entwicklungs-

¹¹⁸⁾ Zu diesem Begriff vgl. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 319; ders., DÖV 68, 626; Badura, BayVerfGH-Festschrift, S. 174.

¹¹⁹⁾ Zur Technik gesamtwirtschaftlicher Zielprojektion in der Wirtschaftsplanung vgl. Schlecht, in: Kaiser, Planung III, 1968, S. 111 ff.; aus ökonomischer Sicht vgl. z. B. H. K. Schneider, Wessels-Festschrift, S. 37 ff.

¹²⁰⁾ Vgl. hier bereits die Nachweise oben N. 101.

¹²¹⁾ Vgl. im Bundesrecht nur z. B. §§ 1, 2 I/2 II RaumOG, 1 FlurBG, Bundesraumordnungsprogramm (BT-Drucks. 7/3584); im Landesrecht vgl. z. B. §§ 1 I HessLPiG vom 4. 7. 62 (GVBl. I, S. 311) i. d. F. vom 28. 1. 75 (GVBl. I, S. 19), 1 I lit. a SchlHLPiG vom 13. 4. 71 (GVBl. S. 152), 1 BadWüLPiG i. d. F. vom 25. 7. 72 (GBl. S. 460), 1 NdsRLPiG vom 30. 3. 66 (GVBl. S. 69) i. d. F. vom 24. 1. 74 (GVBl. S. 49), 1 I, 2 RhPfRLPiG vom 14. 6. 66 (GVBl. S. 177), 2 BayLPiG vom 6. 2. 70 (GVBl. S. 9) — etwas anders lediglich § 1 I NrWLPiG vom 7. 5. 62 (GVBl. S. 229) —.

Rechtsschutzmäßig sind hier vor allem die Fragen des gemeindlichen Bestandsschutzes gegenüber staatlichen Neugliederungsmaßnahmen aktuell geworden. Die Rechtsprechung hat dem Staat hier einen breiten Gestaltungsspielraum zuerkannt und sich wesentlich auf die Kontrolle der Frage beschränkt, ob die planerischen „Wertungen und politischen Erwägungen“ „eindeutig widerlegbar oder offensichtlich fehlerhaft sind oder der verfassungsrechtlichen Wertordnung widersprechen“ (BadWüStGH, NJW 75, 1205 (1207); BadWüStGH, DÖV 73, 163 (166); entspr. NrWVerfGH, OVGE 25, 310 [315]) bzw. der gesetzlichen Ermächtigung widersprechen (vgl. BayVGH, BayVBl. 75, 168 (169 f.); entspr. VG Freiburg, DVBl. 74, 916 (917) mit Anm. Ule). — Zum Ganzen vgl. näher und m. w. Nachw. Hoppe-Rengeling, Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform, 1973, S. 7 ff., 31 ff., 35 ff., 64 ff., 78 ff., 85 ff., 134 ff., 167 ff.; Hoppe, Hefermehl-Festgabe, 1972, S. 91 ff.; Ule, G. Müller-Festschrift, 1970, S. 529 (535 ff.); ders., VerwArch 1969, 101 ff.; F. Mayer, Geiger-Festschrift, 1974, S. 735 ff.; Seibert, Selbstverwaltungsgaran-

planung¹²³), bei den offenen Ermächtigungen zur planerischen Interessenabwägung¹²⁴), bei den makroökonomischen Prozeßbegriffen im StWG¹²⁵), GWB¹²⁶) usw.¹²⁷), bei allen kompetenzziel-

tie und kommunale Gebietsreform, 1971, S. 58 ff.; *Schnur*, Die Verwaltung 1970, 257 ff.; *Tettinger*, JR 73, 407 ff.; *Stüer*, DVBl. 74, 314 ff.

¹²³) Vgl. im Bundesrecht z. B. §§ 1 I, II, 2 I, II Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ vom 6. 9. 69 (BGBl. I, S. 1861); §§ 1 I, 2 Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ vom 3. 9. 69 (BGBl. I, S. 1573) in Verbindung mit dem 4. Rahmenplan der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ für den Zeitraum 1975 bis 1978 (BT-Drucks. 7/3601) und dem Rahmenplan der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ für den Zeitraum 1975 bis 1978 (BT-Drucks. 7/3563); zum Ziel- und Begriffssystem des Rechts der regionalen Strukturpolitik vgl. vor allem R. Schmidt, AöR 1974, Beiheft 1 Deutsche öffentlich-rechtliche Landesberichte zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, S. 86 ff.; *ders.*, AöR 99, 529 (547 ff.) mit der richtigen Kritik an der bisherigen Ermessens- und Beurteilungsspielraumslehre, deren undifferenzierte Anwendung zu „absoluten Ungereimtheiten“ führe (AöR 99, 552). Vgl. weiterhin § 1 II InvestitionszulagenG vom 18. 8. 69 (BGBl. I, S. 1211) i. d. F. vom 30. 12. 74 (BGBl. I, S. 3726); zur Auslegung der hiesigen Zielformel „volkswirtschaftlich besonders förderungswürdig“ vgl. nicht richtig OVG Münster, GewArch 74, 244 (245 ff.); VG Köln, BB 72, 870 (871 f.): keine Beurteilungsermächtigung, sondern prinzipiell volle Justiziabilität; vgl. weiterhin zu eng noch *Heinze*, WiR 72, 267 (280 ff.): „unbestimmter Rechtsbegriff“; richtig dagegen R. Schmidt, AöR 99, 548 ff.; vgl. weiterhin hierzu *Pfeifer*, DVBl. 75, 323 ff., und jetzt auch mit richtiger Tendenz, BVerwG, DVBl. 75, 723 ff. — Vgl. weiterhin §§ 1 I, 18 SteinkohleAnpG vom 15. 5. 68 (BGBl. I, S. 365) i. V. m. §§ 1 ff. VO über die Maßstäbe für die Ermittlung der optimalen Unternehmensgrößen im Steinkohlenbergbau vom 7. 1. 69 (BGBl. I, S. 16); vgl. hierzu richtig *Seidler*, Rechtsschutz bei staatlicher Wirtschaftsplanung, 1973, S. 57 ff., 88 ff.: nicht unbestimmte Rechtsbegriffe, sondern (ermessensmäßige) „Prozeßbegriffe“ wie im Falle des § 1 StWG; vgl. weiterhin mit richtiger Fragestellung auch *Streckel*, Die Ruhrkohle-AG. Entstehungsgeschichte und Zulässigkeit, 1973, S. 132 ff.; zu eng dagegen H. Schneider, BB 69 Beilage 2, S. 1 (5 ff.).

¹²³) Vgl. im Bundesrecht z. B. §§ 1 I—IV, 3 I—III, 10 I StBFG, 1 I, IV—V, 5 I—IV, VI, 8 I BBauG, 2, 7 AbfG.

¹²⁴) Vgl. dazu mit Nachweisen schon oben N. 100.

¹²⁵) Vgl. § 1 StWG — Die Begriffe des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ sind ökonomische Prozeß- oder Ablaufbegriffe, weil sie auf eine bestimmte Dynamik wirtschaftlich-realen Geschehens wie wirtschaftspolitischer Steuerung Bezug nehmen (vgl. *Friauf*, VVDStRL 27, 1 (37 f.); *Scheuner*, H. Schäfer-Festschrift, 1975, S. 109 (116 f.); *Biedenkopf*, BB 68, 1005 (1006 f.); *Seidler*, Rechtsschutz bei staatlicher Wirtschaftsplanung, S. 62 f.; *Kitterer*, DÖV 75, 23 (32 f.); vgl. auch *Schmidt-Preuß*, DVBl. 70, 535 ff.; aus ökonomischer Sicht vgl. z. B. *Enke*, in: *Gahlen-H. K. Schneider*, Grundfragen der Stabilitätspolitik, 1974, S. 3 (11 ff.)). Für sie paßt daher der „un-

bestimmte Rechtsbegriff“ im überkommenen (oft zu statischen) Begriffsverständnis nicht (vgl. anders allerdings *Stern-Münch-Hansmeyer*, StWG, 2. Aufl. 1972, Einführung C III 2 d, § 1 Erl. VIII 2, § 15 Erl. II 2, § 19 Erl. II 2; *Möller*, StWG, 2. Aufl. 1969, § 1 Rdnr. 13; *Wiebel*, Wirtschaftslenkung und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz des Wirtschafters nach dem Erlaß des Stabilitätsgesetzes, 1971, S. 74). § 1 StWG konstituiert vielmehr eine wirtschaftspolitische (makroökonomische) Gestaltungsermächtigung, der ein breites (metajuristisches Gestaltungs-)Ermessen der zuständigen Organe zu eigen ist, mit der Folge entsprechender Justiziabilitätsgrenzen (vgl. auch *Vogel*, Finanzverfassung und politisches Ermessen, 1972, S. 28 ff.; *Vogel-Wiebel*, Bonner Kommentar, Art. 109 Rdnr. 140).

¹²⁶⁾ Vgl. bes. §§ 8 II, 24 III GWB — Das GWB setzt in § 70 IV 2 auch ausdrücklich eine Grenze in der Justiziabilität von Ermessensentscheidungen, indem es erklärt, daß „die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung ... der Nachprüfung des Gerichts entzogen“ ist. Zu dieser Bestimmung vgl. bes. *Soell*, Ermessen, S. 26 ff.; *R. Scholz*, Wirtschaftsaufsicht, S. 106 ff.; *Gleiss*, WuW 70, 39 ff.; *Halbey*, WRP 68, 349 ff.; *Würdinger*, Rechtskontrolle der Verfügungen der Kartellbehörden durch die Gerichte (§ 70 Abs. 4 GWB), 1958; *Rittner*, H. Kaufmann-Festschrift, S. 310 ff. So wenig glücklich diese Bestimmung gefaßt ist, bringt sie doch ein grundsätzlich legitimes Ziel zum Ausdruck: nämlich der Kartellaufsicht dort ein gestaltungspolitisches Ermessen einzuräumen, wo es um makroökonomische Zusammenhänge geht, und ihr zugleich einen prognostischen Entwicklungsspielraum zu sichern (zum ersteren vgl. bes. *Soell*, a. a. O., S. 54 ff., 377; zum letzteren vgl. *R. Scholz*, a. a. O.).

Zur Justiziabilität und kontrollpolitischen Problematik der Regelungen aus §§ 8 II, 24 III GWB vgl. *R. Scholz*, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, 1971, S. 91 ff.; *Rittner*, DB 70, 669 ff., 717 ff.; vgl. auch *Hoppmann*, Jb. f. Nationalökonomie und Statistik, Bd. 184, S. 397 ff. mit der scharfsinnigen, aber wohl zu weitgreifenden Analyse staatlicher Wettbewerbspolitik als potentieller bzw. übermäßiger Mikrosteuerung.

¹²⁷⁾ Vgl. weiterhin bes. § 3 WährG mit der richtigen Qualifikation in BVerwGE 41, 1 (4 ff.) zugunsten eines breiten (ermessensmäßigen) Handlungsspielraums der Verwaltung; § 12 AWG mit der gleichfalls richtigen Beurteilung in BVerwG, DVBl. 72, 895 f. (mit Anm. Redeker), derzufolge der Begriff „Berücksichtigung der handels- und sonstigen wirtschaftspolitischen Erfordernisse“ wegen seiner entwicklungsmäßigen Offenheit einen Ermessens- und keinen unbestimmten Rechtsbegriff enthalte (vgl. auch BVerwGE 21, 187 (188 ff.)); § 42 S. 1 BVFG mit BVerwGE 45, 13 (24): agrarpolitische Ermessenserwägungen; § 4 IZHO mit der Qualifikation des Tatbestandsmerkmals „zur Wahrung der Interessen der Gesamtwirtschaft des Bundesgebiets“ als Ermessensermächtigung in BVerwGE 18, 336 (338 ff.); zu den §§ 13 II Nr. 1 u. 2, IV PBefG i. d. F. vom 13. 6. 74 (BGBl. I, S. 1281), 7 I—II, 13 a II GüKG i. d. F. vom 10. 3. 75 (BGBl. I, S. 685) vgl. richtig im Sinne gestaltungspolitischer Ermessensermächtigungen *K. Lange*, Verkehr und öffentliches Recht, 1974, S. 129 ff. m. Nachw. (N. 5 S. 129) zu entgegengesetzter Rechtsprechung (unbestimmte Rechtsbegriffe); vgl. weiterhin schon § 9 I PBefG a. F. mit richtiger Würdigung durch BVerwGE 9, 284 (285 f.).

len „Gemeinwohl“-Entscheidungen¹²⁸⁾ sowie bei Entscheidungen über pädagogische und wissenschaftlich-künstlerische Zweckgehalte¹²⁹⁾.

Die rechtliche *Kontrolle solcher verwaltungseigenen Maßstabsbildung* kann freilich am System eines Verwaltungsrechtsschutzes scheitern, dessen juristische Relationstechnik die individuell meßbare Rechtsfolge voraussetzt und kontrollmäßig erst auf der Ebene der exekutivischen *Maßstabsanwendung* einzusetzen pflegt. Unproblematisch ist dies nur dann, wenn Maßstabsbildung und Maßstabsanwendung in der konkreten Verwaltungsentscheidung, z. B. im angefochtenen Verwaltungsakt, unmittelbar zusammenfallen. Ist dies aber, wie namentlich bei vollzugsmäßig „gleitenden“ Planungsverfahren, nicht der Fall, so drohen bei bloßer Kontrolle der Maßstabsanwendung nicht nur zeitlicher Kontrollverzug¹³⁰⁾, sondern auch inhaltlich-präkludierende Kontrollbegrenzung¹³¹⁾. Ein effizienter Verwaltungsrechtsschutz muß daher auch die (vorangegangene) *Maßstabsbildung* der Verwaltung erfassen.

Neben der Frage nach der inhaltlichen Reichweite solcher gerichtlichen Kontrollkompetenzen (metajuristische Zweckkompetenzen der Verwaltung!) stellt sich die Frage nach dem *gerichtlichen Kontrollmaßstab*. Das hierzu meist bemühte Übermaßverbot bietet allein wenig Kontrolleffizienz; denn seine Maßstabstechnik fordert die individual meßbare Rechtsfolge¹³²⁾, greift also erst bei der Maßstabsanwendung. Wirksamer ist dagegen das verfahrensrechtliche, also rechtsfolgenunabhängige

¹²⁸⁾ Zur kompetenzrechtlichen Struktur des (offenen) Begriffs des „öffentlichen Interesses“ oder „Gemeinwohls“ vgl. bes. Häberle, Öffentliches Interesse, S. 60 ff., 71 ff., 85 ff., 193 ff., 453 ff., 595 ff., 691 ff.; ders., AöR 92, 259 (271); 95, 86 ff., 260 ff. (279 ff.); Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 186 ff.; Lerche, AöR 90, 341 (367 f.); Ossenbühl, DÖV 70, 87; R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 88; ders., Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 83 ff. Zum ermessensrechtlichen Kompetenzgehalt von „öffentlichem Interesse“ und „Gemeinwohl“ vgl. BVerwGE 10, 202 (205); 18, 247 (250 ff.); BVerwG, NJW 75, 180 f.; BadWüStGH, NJW 75, 1205 ff.; NrWVerfGH, OVG 25, 310 (314); NrWVerfGH, DVBl. 70, 794 (796); VG Freiburg, DVBl. 74, 916 (917) mit zust. Anm. Ule; Häberle, Öffentliches Interesse, S. 193 ff., 595 ff., 691 ff.; Ossenbühl, DÖV 70, 87; R. Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 84; W. Schmidt, NJW 75, 1753.

¹²⁹⁾ Vgl. dazu bereits die Nachweise oben N. 101.

¹³⁰⁾ Zum Parallelerfordernis der „begleitenden“ Plankontrolle vgl. Schmidt-Aßmann, DÖV 74, 541 (547).

¹³¹⁾ Vgl. dazu bereits die Nachweise oben N. 53, 54.

¹³²⁾ Vgl. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 140 ff.; Selmer, Steuerinterventionismus, S. 286 f.; Grabitz, AöR 98, 568 (581, 600 f.); Schröder, Planung auf staatlicher Ebene, 1974, S. 41 ff.

Kriterium der maximalen Zweck- und Rechtskonkretisierung. Seine Kontrolle begleitet den gesamten Prozeß der exekutivischen Maßstabsbildung und kann die Frage nach dem Grad erreichter bzw. erreichbarer Konkretisierung der zum Vollzuge vorgegebenen Gesetzesentscheidung auf Dauer und in justizabler Form stellen¹³³), ohne die inhaltliche Zweckkompetenz der Verwaltung und deren „autonome“ bzw. zweckorientierte *Richtigkeitsgewähr* anzutasten. Auch die Ermessensentscheidung hat zwar den juristischen Richtigkeitsanspruch des Gesetzes zu wahren. Dessen Justiziabilität vermittelt aber erst das verfahrensrechtliche Konkretisierungsgebot. Über- oder unterschreitet die Verwaltung ihr Ermessen, so verletzt sie den ihr obliegenden Konkretisierungsauftrag, mißachtet deshalb das Gesetz und untersteht daher der aufhebenden Entscheidung des Verwaltungsgerichts (§ 114 VwGO)¹³⁴). Dies kassiert dabei auch den verwaltungseigenen (ermessensmäßigen) Handlungsmaßstab, darf dies aber nur kraft seiner Kompetenz zur *verfahrensmäßigen* Konkretisierungskontrolle. Denn wie das Verwaltungsgericht sein inhaltliches Ermessen nicht positiv an die Stelle des inhaltlichen Ermessens der Verwaltung setzen darf¹³⁵), so darf es dies auch negativ nicht. Die *inhaltliche* Kassation einer Ermessensentscheidung rechtfertigt sich erst mittelbar als (implizite) Folge des gerichtlich festgestellten (und kompetenziell feststellbaren) Fehlers im Konkretisierungsverfahren¹³⁶).

¹³³) Vgl. in ähnlicher Richtung auch Wahl, DÖV 75, 375 f.

¹³⁴) Anders im Falle des inhaltlichen Verstoßes gegen übergeordnetes Recht; hier besteht einmal der (verfahrensrechtliche) Verstoß gegen den gesetzlichen Konkretisierungsauftrag bzw. „innerhalb“ desselben und daneben der materiell-rechtliche Verstoß gegen jenes Recht (Konkretisierung gleichsam „außerhalb“ des gesetzlichen Konkretisierungsauftrages).

¹³⁵) Unstreitig — vgl. nur z. B. GemSoGB in: BVerwGE 39, 355 (369); BVerwGE 11, 95 (98); Bettermann, Wacke-Festschrift, 1972, S. 233 (238 ff.) zugleich zur Sonderregelung der §§ 96 I 1 FGO/217 AO, derzufolge den Finanzgerichten Schätzungsermessen hinsichtlich der „Besteuerungsgrundlagen“ eröffnet ist.

¹³⁶) Grundlage dieser Prüfung ist die angefochtene Verwaltungsentscheidung auf der Grundlage ihrer Begründung. Der Begründungszwang erfüllt in diesem Sinne nicht nur eine *rechtsstaatliche Schutzfunktion* im Verhältnis zum betroffenen Bürger (vgl. z. B. BVerfGE 6, 32 (44 f.); BVerwGE 10, 37 (43 f.); 22, 215 (217 f.); Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, S. 420 f.), sondern auch eine *kompetenzielle Abgrenzungsfunktion* im Verhältnis zum Verwaltungsgericht: Dessen Kontrolle ist auf den speziellen Begründungszusammenhang beschränkt, es sei denn, daß dieser *evident fehlerhaft* ist, d. h. die betreffende Entscheidung offensichtlich nicht zu tragen oder rechtfertigen vermag (im Sinne einer entsprechenden Evidenzkontrolle gerade gegenüber planerischen Maßnahmen vgl. z. B. BVerwGE 45,

Diese Differenzierung zwischen inhaltlicher und verfahrensmäßiger Ermessenskontrolle hat man bisher kaum beachtet; aus kompetenziellen Gründen ist dies aber geboten. Die Rechtsprechung scheint dies neuerdings zu spüren, wenn sie (bestimmte) Ermessensentscheidungen einer bloßen Vertretbar-

25 (36); BayVerfGH, VGHE 27, 14 (27); NrWVerfGH, OVGE 25, 310 (312 ff.); BadWuStGH, NJW 75, 1205 (1211 ff.); BayVGH, BayVBl 75, 168 (169 f.); *Papier*, DVBl. 75, 465; *Ossenbühl*, Gutachten 50. DJT, B 190 f.; allgemein vgl. *Kaiser*, 50. DJT, II, I 12). Diese Einschränkung ergibt sich daraus, daß auch die (dogmatische) Begründung noch keine (absolute) Richtigkeitsgewähr vermittelt (vgl. *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 168); auch die „plausible“ Begründung vermittelt nur relative Richtigkeit (vgl. zum Ganzen bes. *Esser*, a. a. O., S. 168 ff.). Ist diese aber offenkundig nicht gegeben, so kann auch das Verwaltungsgericht nicht entsprechend gebunden sein. Seine Entscheidungskompetenz ist aber erneut begrenzt: Das Verwaltungsgericht darf die betreffende Verwaltungsentscheidung lediglich kassieren oder als nichtig qualifizieren, zu deren Rechtfertigung aber nicht eigene, die Entscheidung eventuell tragende Begründungen entwickeln.

Vor allem ein ohne Begründung verkündeter Plan ist danach rechtswidrig bzw. nichtig; denn gerade der Plan bedarf der (final-programmierenden) Begründung (vgl. bes. BVerwGE 45, 305 (330 f.); vgl. weiterhin dazu BVerwG, DVBl. 68, 276 f.; BayVGH, GewArch 75, 160 (161); *Schmidt-Aßmann*, Grundfragen des Städtebaurechts, S. 81 f.; *ders.*, DÖV 74, 546; *Forsthoff*, in: *Kaiser*, Planung III 1968, S. 21 (30 f.)). Die Evidenzkontrolle der einem Plan oder einer sonstigen Verwaltungsentscheidung beigegebenen Begründung ist rechtsmethodisch aber und zunächst verfahrensmäßig angelegt. Denn den Zusammenhang von Verwaltungsentscheidung und Begründung auf seine immanente Plausibilität zu befragen, heißt nichts anderes, als nach dem (verfahrensrechtlichen) Kontrollmaßstab „vertretbarer“ Konkretisierung vorzugehen.

Daß auch materiell das Prinzip der „rechtlich einzig richtigen Entscheidung“ anfechtbar ist bzw. nur relative Gültigkeit besitzt (vgl. oben N. 37), ist nur von sekundärem Belang. Denn das Verhältnis von entscheidender Verwaltung und kontrollierender Verwaltungsgerichtsbarkeit ist zunächst kompetenzrechtlich bestimmt; und die kompetenzielle Abgrenzung beider führt zunächst zum (verfahrensrechtlichen) Prinzip von entscheidungsrechtlicher Zweckkonkretisierung bzw. kontrollrechtlicher Konkretisierungsgerechtigkeit. Entsprechend ist die Sachlage bei der Kontrolle von Ermessensentscheidungen; Pflicht und Befugnis der Verwaltungsgerichte zur Aufklärung und Spruchreifmachung gem. § 86 I, 113 IV VwGO beschränken sich hier auf die Umstände, die die Verwaltung ihrer Ermessensentscheidung selbst zugrunde gelegt hat (vgl. BVerwGE 3, 279 (281 f.); 10, 202 (204); 11, 95 (98 ff.)).

Der verfahrensrechtliche Charakter der Vertretbarkeitskontrolle wird noch deutlicher dort, wo sich die „Unvertretbarkeit“ der verwaltungsrechtlichen Entscheidung schon aus dem spezifischen Verfahren der Entscheidungsfindung durch (partiell) unabhängige Prüfungs-, Fach- bzw. Kollegialausschüsse ergibt (vgl. bes. BVerwGE 39, 197 (203 ff.); VG Berlin, NJW 73, 1148 (1149 f.); vgl. dazu vor allem *Ossenbühl*, DVBl. 74, 311 f. m. w. Nachw.).

keitskontrolle, also keiner inhaltlich vollen *Richtigkeitskontrolle* unterstellt¹³⁷). Eine solche Vertretbarkeitskontrolle kann nach der rechtlichen „Plausibilität“ der angefochtenen Verwaltungsentscheidung fragen; wegen des kompetenziellen Vorbehalts verwaltungseigener Ermessens- und (metajuristischer) Zweckhoheit darf sie jedoch nie qualitativ gleichartige Maßstabs- oder Inhaltskompetenzen von Verwaltung und Gericht behaupten. Wenn der von der Verwaltung ermessensmäßig bestimmte Handlungsmaßstab den gesetzlichen Konkretisierungsauftrag wahrt, muß die verwaltungsgerichtliche Entscheidungskontrolle *maßstabsimmanent* erfolgen; und dies bedeutet, daß das Verwaltungsgericht die Entscheidung der Verwaltung als (inhaltlich) „*richtig*“, weil kraft verwaltungseigener Maßstabskompetenz *verbindlich*, zu akzeptieren hat. *Maßstabsimmanente Verwaltungskontrolle* heißt Kontrolle *verwaltungseigener Maßstabsgerechtigkeit*. Selbst wenn das Verwaltungsgericht — angesichts der Bandbreite möglicher, maßstabskonformer Entscheidungen — auch andere Entscheidungsalternativen erkennt, muß es doch die von der Verwaltung vorgezogene Entscheidungsalternative als (allein) gültig anerkennen, sofern sich diese im Rahmen übergeordneten Rechts hält und deshalb vor Gesetz und Verfassung „zu vertreten“ ist.

Im übrigen bedarf die Kontrolle verwaltungseigener Maßstabsgerechtigkeit erneut vermittelnder Kriterien, die die maßstabsimmanente Urteilsfindung erlauben. Kriterien dieser Art finden sich in Begriffsbildern wie denen von *Sach-*¹³⁸) und *Systemgerechtigkeit*¹³⁹), *Folgerichtigkeit*¹⁴⁰) und *Marktkonformi-*

¹³⁷) Vgl. BVerwGE 39, 203 ff.; 45, 25 (35 ff.); 45, 305 (326); OVG Münster, GewArch 75, 243 (245); BayVGh, BayVbl. 75, 168 (169 f.); VG Berlin, NJW 73, 1149 f.; BayVerfGH, VGHE 27, 14 (27).

¹³⁸) Zu Begriff und Funktion der „Sachgerechtigkeit“ in Verwaltung und Verwaltungsrecht vgl. informativ Kunze, in: *Morstein-Marx*, Verwaltung, 1965, S. 229 ff.

¹³⁹) Zur mangelnden Rechtsgutqualität (keine absolute Maßstabsqualität) der Systemgerechtigkeit vgl. K. Lange, Die Verwaltung 1971, 259 ff.; Hoppe-Rengeling, Rechtsschutz, S. 114 ff.; R. Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 27 ff.; Lerche, Fernsehgebühren und Bundeskompetenz, 1974, S. 54 ff.; ders., DÖV 61, 486 ff.; Evers, Städtebund 1970, 235 ff.; Seibert, Selbstverwaltungsgarantie und kommunale Gebietsreform, S. 74 f.; vgl. auch BVerfGE 13, 215 (224); 18, 315 (334); 24, 112 (118 f.); 30, 367 (388); BadWüStGH, DÖV 73, 163 (165); BadWüStGH, NJW 75, 1205 (1213).

¹⁴⁰) Für die Vorstellung der Folgerichtigkeit gilt als Inhalt maßnahmeimmanenter Rationalität zunächst das Gleiche wie für die Vorstellung der Systemgerechtigkeit; vgl. allerdings auch Forstthoff, in: Kaiser, Planung III, S. 35.

tät bzw. -*inkonformität*¹⁴¹⁾. Solche Kriterien bergen keine für sich stehenden Rechtsgüter¹⁴²⁾, da keine abstrakte (absolute) Pflicht der Verwaltung zur System- oder Sachgerechtigkeit etc. besteht¹⁴³⁾. System-¹⁴⁴⁾ und Sachgerechtigkeit¹⁴⁵⁾, Folgerichtigkeit und ordnungspolitische Maßnahmekonformität¹⁴⁶⁾ können aber mit Rechtsgütern wie dem Willkürverbot¹⁴⁷⁾, dem Vertrauensschutz¹⁴⁸⁾, der Gleichbehandlung¹⁴⁹⁾, dem Verhältnis-

¹⁴¹⁾ Zu dieser vgl. demnächst R. Scholz, in: Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft; vgl. auch BayVerfGH, VGHE 27, 14 (27): „Konzeptionskonformität“ raumordnender Maßnahmen.

¹⁴²⁾ Es handelt sich um typische — Normativität und Faktizität — gegebenenfalls „konkret“ vermittelnde Zwischen- oder Kontaktbegriffe (vgl. zu dieser Interpretationskategorie bereits R. Scholz, ZHR 132, 97 (119 N. 118, 129); vgl. auch Oberndorfer, Die Verwaltung 1972, 257 (261)).

¹⁴³⁾ Dementsprechend gibt es auch keine hinreichend justiziable Bindung der Verwaltung an Kriterien wie die von Optimalität, Rationalität oder Effektivität; vgl. auch z. B. Badura, BayVerfGH-Festschrift, S. 165; Papier, DVBl. 75, 466 f. Zur Effizienz als (relativem) Rechtsprinzip vgl. allgemein namentlich Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S. 6 ff.; Derlien, Die Verwaltung 1974, 1 ff.; Häberle, AöR 98, 625 ff.; zur Effizienz als dienstrechtliches und verwaltungsinternes Rechtsprinzip vgl. z. B. Bettermann-Papier, Die Verwaltung 1975, 23 (30 f.); Isensee, JZ 71, 73 (75); ders., Beamtenstreik, 1971, S. 153; R. Scholz, in: Öffentlicher Dienst und Gesellschaft — eine Leistungsbilanz, 1974, S. 170 (179 ff.).

¹⁴⁴⁾ Vgl. K. Lange, Die Verwaltung 1971, 268 ff.; vgl. auch den von Bullinger, Jahrreiß-Festschrift, S. 27 f., mit Recht hervorgehobenen Aspekt von Systemgerechtigkeit einmal als Maßstab widerspruchsfreier und gleichmäßiger Programmanwendung und zum anderen als Maßstab zur pflichtweisen Programm(fort-)entwicklung. Vgl. hier auch BadWüstGH, NJW 75, 1205 (1213) mit richtiger Abgrenzung zur nicht schematisch-starren Systemordnung raumordnender Maßnahmen. Vgl. weiterhin auch Lerche, in: Freiheit und Bindung im Recht der sozialen Sicherheit, 1972, S. 94 (108); Martens, Wolff-Festschrift, 1973, S. 429 (438).

¹⁴⁵⁾ Vgl. richtig die Fragestellung in BVerwG, NJW 75, 841 (843), derzufolge das Verwaltungsgericht gegenüber Abwägungsakten gem. § 1 IV, V BBauG zu prüfen habe, „ob sachgerechte, d. h. an den Planungsleitsätzen orientierte ... Gründe es rechtfertigen, den einen Belang hinter den anderen zurücktreten zu lassen“.

¹⁴⁶⁾ Vgl. näher demnächst R. Scholz, in: Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft.

¹⁴⁷⁾ Vgl. zum Zusammenhang von Willkürverbot, Sach-, Systemgerechtigkeit und Maßnahmekonformität BVerfGE 6, 55 (70, 77); 12, 151 (164); 18, 315 (334); 26, 1 (10 f.); R. Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 28 ff.; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 152, 208 ff.; Lerche, DÖV 61, 488; Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 267 f.; Badura, BayVerfGH-Festschrift, S. 180 f.

¹⁴⁸⁾ Zum Verhältnis von Vertrauensschutz und Sachgerechtigkeit vgl. BVerwGE 46, 89 (90 ff.); vgl. dazu auch Lerche, Maunz-Festgabe, 1971, S. 292 ff.; ders., Fernsehabgabe, S. 56; R. Scholz, Konzen-

mäßigkeits-¹⁵⁰) und Eignungsgebot¹⁵¹) konkrete Verbindungen eingehen und gemeinsam mit diesen die volle Justitiabilität von Verwaltungsentscheidungen auch im maßstabsimmanenten Bereich gewährleisten¹⁵²).

2. Bei der Kontrolle *planerischer Entscheidungen* unterstützt das Gebot der maximalen Zweck- und Rechtskonkretisierung die Forderung auf einen etappenmäßig gestuften Rechtsschutz¹⁵³), weil erst die Fixierung derart verfahrensmäßiger Zwischenstufen den effizienten Rechtsschutz verspricht¹⁵⁴).

trationskontrolle und Grundgesetz, S. 29 f.; vgl. weiterhin BGHZ 45, 83 (87 ff.).

¹⁴⁹) Vgl. die Nachweise N. 147; vgl. weiterhin z. B. BVerfGE 19, 101 (111); 18, 224 (233); 21, 54 (65); *Lerche*, Fernsehabgabe, S. 56. Vgl. für das Verhältnis von Gleichbehandlung und Folgerichtigkeit bei der Planung auch *Imboden*, VVDStRL 18, 119 ff., 123 ff., mit der wesentlichen Feststellung, daß im Plan die Zweckrationalität die rechtsatzmäßige Folgerichtigkeit formaler Gleichheit überlagert. Allerdings ist damit die Anwendung des Gleichheitssatzes nicht, wie *Imboden* wohl annimmt, verdrängt. Sie erfolgt vielmehr modifiziert und in verschiedenen Phasen nach folgendem Kontrollmuster: (1) Vereinbarkeit der *Planaufstellung* mit Art. 3 GG? Hier ergeben sich für die Vergleichbarkeit von Planbetroffenen und Nicht-Planbetroffenen wenig Ansätze. Der Gleichheitssatz kommt voll zum Tragen erst in Kontrollstufe (2), d. h. auf der Stufe der *vollzugsmäßigen Einzelfallreduktion*: Vereinbarkeit der planungsmäßigen Rechtsfolgen immanent mit Art. 3 GG?

¹⁵⁰) Zu ihm gehört z. B. die im Planungsbereich mitunter praktizierte Schaden-Nutzen-Kontrolle (vgl. in deren Sinne z. B. BadWü-StGH, NJW 75, 1205 (1212); *Stuer*, JR 73, 409). Nicht justiziabel ist dagegen die Kosten-Nutzen-Analyse (vgl. aber auch *Hoppe*, DVBl. 74, 644; *Schmidt-Aßmann*, DÖV 74, 546; *Wimmer*, Die Verwaltung 1974, 465 (477)).

¹⁵¹) Zum Eignungsgebot als inhaltlichem (aber beschränktem) Kontrollmaßstab im wirtschaftspolitischen Bereich vgl. z. B. *Kloepfer*, NJW 71, 1585 ff.; vgl. weiterhin den auch im Verwaltungsrecht fruchtbaren Ansatz einer „Economic-Question-Doctrin“, wie ihn *Spanner*, DÖV 72, 217 (220) für das Verhältnis von wirtschaftspolitischer Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit vorgestellt hat.

¹⁵²) Vgl. weiterhin auch den verwandten Systematisierungsversuch von *Hoppe-Rengeling*, Rechtsschutz, S. 106 ff., 124 ff., 130 ff., die zwischen finalen Maßstäben, wie Systemgerechtigkeit, Sachgerechtigkeit usw., instrumentalen Maßstäben, wie Verhältnismäßigkeit, Eignung etc., und prozeduralen Maßstäben, wie Abwägung etc., zu differenzieren suchen.

¹⁵³) Vgl. dazu die Nachweise oben N. 13.

¹⁵⁴) Zu solcher Stufenbildung liegen Vorschläge bereits vor, erprobt sind diese bisher jedoch kaum. Am praktikabelsten erscheint hier das von *Ossenbühl* entwickelte Dreiphasenmodell mit den Hauptstufen von Planaufstellung, Planausführung und Erfolgskontrolle sowie Rückkopplung (vgl. Gutachten 50. DJT, B 36; zu sehr aufgespalten erscheint dagegen das von *Wagener* vorgeschlagene

Besonderheiten ergeben sich bei der Kontrolle von planerischen wie (sonstigen) *Prognoseentscheidungen*. Hier fordert das Konkretisierungsgebot zunächst die richtige Diagnose zum gegebenen Sachverhalt, d. h. zur auch gerichtlich voll nachprüfbar Sachlage (§ 86 I VwGO)¹⁵⁵. Die hieran anschließende Prognose läßt sich — vergleichbar mit der gesetzgeberischen Prognose¹⁵⁶ — aber nur auf offensichtliche Fehlsamkeit (evidenter Fehlschluß) prüfen (prinzipiell freier Entwicklungsspielraum)¹⁵⁷. Vor der Fehlprognose i. ü. kann nur der präventive

Modell (vgl. AfK 70, 47 (50 ff.); vgl. allerdings auch *Schmidt-Aßmann*, DÖV 74, 545). Prozessual sind in dieses Verfahrensschema die rechtsschutzfähigen Bürgerpositionen einzubauen. Mit dem verfahrensrechtlichen Pflichtengehalt des Konkretisierungsgebots sind auch diese zunächst verfahrensrechtlicher Natur. Sie fallen in den weiteren Rahmen von Anhörung und rechtl. Gehör. Auch diese verfahrensrechtlichen Gewährleistungen eröffnen dem angerufenen Verwaltungsgericht aber die Möglichkeit, potentielle Konkretisierungsdefizite, z. B. in der Sachverhaltsaufklärung wie in der Interessenabwägung, festzustellen (zu entsprechenden Verfahrensbeteiligungen und deren Folgen vgl. noch unten sub D II 2, III). Ob es im weiteren der Entwicklung einer eigenständigen planungsrechtlichen Fehlerlehre bedarf (vgl. in diesem Sinne und mit viel erwägenswerten Vorschlägen *Hoppe*, DVBl. 74, 644; *ders.*, *Scupin-Festschrift*, S. 128; *Hoppe-Rengeling*, Rechtsschutz, S. 43 ff., 106 ff., 130 ff.; vgl. auch *Badura*, BayVerfGH-Festschrift, S. 167) oder ob nicht die allgemeinen Kontrollaspekte namentlich des § 114 VwGO ausreichen (in diesem Sinne offenkundig BVerwGE 34, 301 (304)), mag offenbleiben. Gewisser eigenständiger Systembildung bedarf es aber jedenfalls bei der Vermittlung immanenter Kontrollen anhand verwaltungseigener Maßstababildung. Im übrigen ergeben sich deutliche Parallelen zur Ermessenskontrolle, insbesondere in Gestalt von Willkür- und Evidenzkontrolle.

¹⁵⁵) Wenn die Diagnose oft die fachlich-wissenschaftliche Beurteilung fordert, so muß das Verwaltungsgericht seine Prüfung mit den Mitteln und Methoden des modernen (anerkannten) Wissenschaftsstandes vornehmen (vgl. richtig z. B. *Belke*, ZHR 139, 129 (132 f.) zu wirtschaftspolitischen Diagnosen im Rahmen der Kartellaufsicht und deren gerichtlicher Kontrolle). Nicht richtig dagegen BVerwG, DVBl. 72, 678 (680) — *Würgassen* —, das auf den Wissenschaftsstand im Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung zurückgreift; insofern geht es nämlich nicht um den „maßgeblichen Zeitpunkt der Sachlage“, sondern um den methodischen Stand gegebener — gegebenenfalls fortentwickelter — Erkenntnismittel (richtiger deshalb OVG Lüneburg, DVBl. 75, 190 (195 ff.)).

Als Methode der *Sachverhaltsbewertung* funktionieren ähnlich auch metajuristische Auslegungsgebote im Gesetz, wie etwa die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ (vgl. näher *Teichmann*, *Bartholomeyczik-Festschrift*, 1973, S. 377 (388 ff.)).

¹⁵⁶) Vgl. hier BVerfGE 16, 147 (181 ff.); 18, 315 (332); 25, 1 (12 f.); 30, 250 (263); BVerfG, NJW 75, 31 (33 f.); vgl. dazu weiterhin auch *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 28 ff., 56 ff., 124 ff.; *R. Scholz*, Wirtschaftsaufsicht, S. 107 ff.

Rechtsschutz in Gestalt von vorbeugender Feststellungs- oder Unterlassungsklage schützen — jeweils auf Einschätzungs- und Plankorrektur¹⁵⁸⁾ sowie Unterlassen von entwicklungswidrigen Vollzugsmaßnahmen gerichtet¹⁵⁹⁾.

D. Sicherung des effizienten Rechtsschutzes im Verwaltungsprozeß

I. Verwaltungsrechtsschutz, Verwaltungseingriff und Handlungsform der Verwaltung

1. Das Kontrollsystem der Verwaltungsgerichtsbarkeit schließt an die konkrete Verwaltungsmaßnahme an und mißt deren Folgen am betroffenen (subjektiven) Recht. Als zentrale Handlungsform der Verwaltung galt und gilt danach der Verwaltungsakt; auf seine Kontrolle konzentrierte sich folgerichtig das System von verwaltungsgerichtlicher Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 42 VwGO). Aus der Sicht effizienten

¹⁵⁷⁾ NrWVerfGH, OVGE 25, 310 (315); 26, 286 (293 f.); BadWüStGH, NJW 75, 1205 (1213); BayVGH, BayVBl. 75, 168 (170); R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 107 ff.; Schmidt-Aßmann, DÖV 74, 546; Ossenbühl, Gutachten, 50. DJT, B 160, 188 ff.; Stürer, DVBl. 74, 320.

¹⁵⁸⁾ Vgl. R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 112 f.

¹⁵⁹⁾ Vgl. Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, S. 75 ff.: „Vollzugsunterlassungsklage“.

Vgl. weiterhin richtig BVerwG, DÖV 71, 639 f. mit der prinzipiellen Eröffnung der vorbeugenden Unterlassungsklage gegen erwartete Baugenehmigungen aufgrund eines mit § 1 IV, V BBauG für unvereinbar erachteten Bebauungsplans; kritisch hierzu Eyermann, BayVBl. 74, 237 (240 f.), in entsprechender Richtung aber bzw. auch Redeker, DVBl. 68, 7 ff.

In positiver Richtung stellt sich das Problem einer *Planerfüllungsklage* in Gestalt des materiellen Plangewährleistungsanspruchs (zum letzteren vgl. bes. Ipsen, in: Kaiser, Planung I, S. 62; Planung II, S. 106 ff.; Oldiges, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, 1970, bes. S. 174 ff., 186 ff., 199 ff.; Kriele, DÖV 67, 531 (532 ff.); Egerer, Der Plangewährleistungsanspruch, 1971; Burmeister, Die Verwaltung 1969, 21 ff.; Ossenbühl, Gutachten 50. DJT, B 196 ff.; R. Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 29 f.). Angesichts der planerischen Gestaltungsfreiheit der Verwaltung kann ein solcher Anspruch nur kraft voll konkretisierter Planung mit entsprechend beschränktem Gestaltungsspielraum in Betracht kommen; vgl. in dieser Richtung zutreffend BVerwG, DVBl. 70, 61. — Zur mangelnden und als solche justiziablen Fortgeltung von (Flächennutzungs-)Plänen mangels „Brauchbarkeit“ vgl. in richtiger Fragestellung BVerwGE 45, 25 (35 ff.). Wie Ossenbühl, a. a. O., gezeigt hat, wird sich die weitere Theorie um das Plangewährleistungsrecht weniger um die Entwicklung von planbedingten Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen als um die Entwicklung positiver Ansprüche auf Plananpassung etc. bemühen müssen.

Rechtsschutzes steht jedoch jede Prozeßordnung unter dem Vorbehalt der funktionsfähigen Eingriffswehr¹⁶⁰). Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG überläßt die prozessuale Organisation des Verwaltungsrechtsschutzes zwar dem Gesetzgeber. Über die materiell gebotene Eingriffskontrolle darf dieser jedoch ebensowenig wie die Verwaltung disponieren. Wenn Form und Technik der potentiell eingriffswirksamen Verwaltungsmaßnahme im Zweckmäßigkeitssentscheid von Gesetzgeber und Verwaltung liegen, so muß auch das System der verwaltungsprozessualen Rechtsschutzmöglichkeiten flexibel sein und auf veränderte Eingriffsformen der Verwaltung reagieren¹⁶¹).

Solange im Verwaltungsrecht der Verwaltungsakt als unmittelbar und individuell wirksame Regelung im sog. Außenverhältnis Staat—Bürger dominierte, durfte das geltende Rechtsschutzsystem der VwGO als effektiv gelten. Im System der gestaltenden Verwaltung häufen sich jedoch Eingriffe, die nicht individuell (punktuell), sondern generell, die nicht unmittelbar, sondern mittelbar und die nicht nur im Außenverhältnis, sondern auch im verwaltungsmäßigen Innenverhältnis wirksam sind. Verwaltungseingriffe erfolgen ebenso durch aktives Tun wie durch schlichtes Unterlassen¹⁶²), sie geschehen ebenso durch rechtliche Anordnungen wie durch faktische Einwirkungen¹⁶³); als Beispiel für Eingriffe letzterer Art sei nur an die sich häufenden Rechtsbeeinträchtigungen durch staatliche Konkurrenz¹⁶⁴) oder verwaltungswirtschaftlich genutzte Marktmacht¹⁶⁵) erinnert.

¹⁶⁰) Vgl. auch *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 19 IV Rdnr. 18; *Maurer*, Kern-Festschrift, 1968, S. 275 (285).

¹⁶¹) Vgl. bereits oben sub C I 2.

¹⁶²) Dies ist das Grundsatzproblem der leistenden Verwaltung. Ihr begegnet man nach wie vor bzw. vorrangig mit dem Maßstab der Gleichheit. (Formale) Gleichbehandlung wehrt jedoch den materiellen Unterlassungseingriff nicht ab. Hier bedarf es anderer Maßstäbe, für die — neben sozial- bzw. leistungsrechtlich relevanten Grundrechtstatbeständen — das Übermaßverbot den richtigen, von *Lerche* (vgl. *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, S. 276 ff.) schon lange aufgewiesenen Ansatz bietet (vgl. auch *R. Scholz*, *Wesen und Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen*, S. 223, 231 ff.).

¹⁶³) Vgl. dazu vor allem und mit weiteren Nachweisen *Gallwas*, *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte*, 1970, S. 125 ff., 139 ff.; *Gronefeld*, *Preisgabe und Ersatz des enteignungsrechtlichen Finalitätsmerkmals*, 1972, S. 36 ff., 117 ff.; *R. Scholz*, *Wirtschaftsaufsicht*, S. 39 ff., 46 ff.

¹⁶⁴) Vgl. näher bereits *R. Scholz*, *AöR* 97, 301 (305 f.); *ders.*, *WRP* 68, 315 (317); *R. Scholz* (*-Isensee*), *Zur Krankenversicherung der Studenten*, 1973, S. 7 ff., 12 ff.; vgl. auch *Friauf*, *VVDStRL* 27, 19; zu

2. Vor allem *mittelbare und faktische Rechtseingriffe* fordern den verstärkten Einsatz von Leistungs-, Unterlassungs- und Feststellungsklage¹⁶⁶). Die Verwaltungsgerichte zögern indessen, ihr prozessuales Instrumentarium voll zugunsten einer solchen allgemeineren Eingriffskontrolle einzusetzen. Ihr Aufgabenverständnis haftet oft zu sehr am tradierten Begriffsbild des Verwaltungsakts¹⁶⁷) und seiner kontrollpolitischen Dominanz. Eben diese sind jedoch fraglich geworden¹⁶⁸).

Als hoheitlicher Einzelakt ist der *Verwaltungsakt* zunächst vom Rechtssatz abzugrenzen; die Grenzen zwischen beiden sind inzwischen aber so flüssig geworden, daß allseits sichere Diffe-

verwaltungsprozessualen Konsequenzen vgl. etwa *Lerche*, JurA 70, 821 ff.; im Sinne der prinzipiell entgegengesetzten Position vgl. etwa *Bettermann*, Hirsch-Festschrift, 1968, S. 1 ff.

Eine Wende bedeutet jetzt BVerfG, NJW 75, 1265 (1266): Anerkennung des (potentiellen) Grundrechtseingriffs durch Konkurrenz im Falle der Einrichtung staatlicher Arbeitskammern.

¹⁶⁵) Die bisherige Rechtsprechung von Verwaltungsgerichten (vgl. bes. BVerwGE 39, 329 (337 f.)) und Zivilgerichten (vgl. bes. und zuletzt OLG Köln, NJW 74, 802 ff.) führt hier zu echten Rechtsschutzlücken: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit verweist unter Berufung auf das wettbewerbliche Agieren staatlicher Verwaltungswirtschaften auf das Wettbewerbsrecht und den für dies zuständigen ordentlichen Rechtsweg; die ordentlichen Gerichte verweisen auf den ihnen verschlossenen Eingriff in die materiell-hoheitliche Verwaltungsfunktion solcher Wirtschaftseinheiten und wenden das Wettbewerbsrecht nicht oder nur beschränkt an. Diese Rechtsprechung verstößt sowohl gegen Wettbewerbsrecht und materielle Grundrechte wie gegen Art. 19 IV GG (vgl. näher bereits *R. Scholz*, NJW 74, 781 f.). Eine Wende könnte sich allerdings mit dem Vorlagebeschluß des I. Zivilsenats des BGH von 21. 3. 75 abzeichnen (vgl. Leitsatz NJW 75, 1480); vgl. weiterhin BSG, BB 74, 187 ff.; Gerichtshof für Kompetenzkonflikte beim BayObLG, DVBl. 75, 370 ff.

¹⁶⁶) Daß gegen mittelbare Eingriffe etc. Rechtsschutz gewährt werden muß, entspricht heute wohl schon der überwiegenden Meinung (vgl. z. B. und mit weiteren Nachweisen *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen, S. 125 ff., 139 ff.; *Gronefeld*, Preisgabe und Ersatz des enteignungsrechtlichen Finalitätsmerkmals, S. 36 ff., 117 ff.; *R. Scholz*, Wirtschaftsaufsicht, S. 39 ff., 46 ff.; *Brohm*, VVDStRL 30, 271 ff.). Nur die prozessualen Konsequenzen sind noch wenig geklärt. — Zum negatorischen Rechtsschutz in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte vgl. die Nachweise bei *Martens*, Negatorischer Rechtsschutz im öffentlichen Recht, 1973, S. 7 ff., 12 ff., 26 ff., 36 ff.

¹⁶⁷) Vgl. § 31 EVwVfG.

¹⁶⁸) Vgl. ausführlich hierzu und mit umfangreichen Nachweisen *P. Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 70 ff., 115 ff., 235 ff., 329 ff.; zur Rechtsschutzproblematik der Anfechtung von Verwaltungsakten insgesamt vgl. bes. die umfassende und kritische Bestandsaufnahme von *Bettermann*, Böttcher-Festschrift, 1969, S. 13 ff.

renzierungen kaum noch möglich erscheinen¹⁶⁹⁾ 170). Nicht nur gesetzgeberische Inkonsequenzen wie im Planungsrecht fordern neue, funktionale Abgrenzungsversuche, die mehr bei der (*typischen*) Einzelrechtsfolge als bei der (typischen) Einzelregelung ansetzen¹⁷¹⁾. Praktisch fordert dies jedoch neben der begrifflichen Revision die prozessuale Öffnung in der Zulässigkeit von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (auch typisierende, nicht nur individualisierende Rechtsfolgekontrolle auf der Ebene der Klagezulässigkeit)¹⁷²⁾ 173).

¹⁶⁹⁾ Vgl. dazu z. B. *Brohm*, VVDStRL 30, 281 ff.; *ders.*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S. 229 ff.; *von Mutius*, Wolff-Festschrift, 1973, S. 167 ff.; *Volkmar*, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, 1962, S. 149 ff., 165 ff., 176 ff.

¹⁷⁰⁾ Dies gilt auch hinsichtlich möglicher Doppelnaturen von Verwaltungsakt einerseits und Normsetzung andererseits (vgl. hierzu BVerwGE 16, 83 ff. und einerseits *Bettermann*, Nipperdey-Festschrift II, 1965, S. 723 ff., sowie *Bachof*, W. Weber-Festschrift, 1974, S. 515 ff. andererseits).

¹⁷¹⁾ Vgl. in dieser Richtung überzeugend *von Mutius*, a. a. O., S. 187 ff., 216 ff.

¹⁷²⁾ Das typische Beispiel hierfür bildet der makroadministrative, aber konkrete Akt, wie etwa (makroökonomisch lenkende) Akte der Bundesbank. Deren kreditpolitische Beschlüsse sind zwar von einem breiten Raum gestaltungspolitischen Ermessens getragen; dies ändert aber nichts daran, daß diese Akte, soweit sie verbindliche Rechtsfolgen setzten, grundsätzlich als Verwaltungsakte (Allgemeinverfügungen) zu qualifizieren sind (vgl. BVerfGE 34, 307 (315); Bay-VGH, BayVBl. 75, 171 f.; *Kindermann*, Die Anfechtung von kreditpolitischen Beschlüssen der Bundesbank, 1974, S. 82 ff., 101 ff., 109 ff., 113 ff.; *Mühl*, Bärmann-Festschrift, 1975, S. 687 (702 f.)) und deshalb auch anfechtbar sind (anders allerdings *Samm*, Die Stellung der Deutschen Bundesbank im Verfassungsgefüge, S. 208 ff.; für die Anweisung über Mindestreserven auch BVerwGE 41, 334 (337) — dies jedoch zu Unrecht, vgl. *Püttner*, DÖV 73, 642; *Stern*, JuS 63, 68 (71); *Mühl*, a. a. O., S. 703); vgl. anders allerdings auch *Spindler-Becker-Stärke*, Die Deutsche Bundesbank, 4. Aufl. 1973, § 2 Anm. 3, § 16 Anm. 1, 2).

Zur eingriffsrechtlich analogen Problematik von Auf- und Abwertungsmaßnahmen vgl. *W. Hoffmann*, Rechtsfragen der Währungsparität, 1969, S. 70 ff.; in grundsätzlich anderer Blickrichtung zu globalsteuernden Maßnahmen *Wagner*, VVDStRL 27, 47 (63 ff.). Im gleichen Zusammenhang vgl. die Differenzierungen zwischen imperativen, indikativen und influenzierenden Planungsakten (zu dieser Unterscheidung vgl. *Ipsen*, in: *Kaiser*, Planung II, S. 81 f.; *Kaiser*, in: *Kaiser*, Planung I, 1965, S. 23 f.; *Brohm*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 234 ff.; *Redeker*, JZ 68, 537). Alle diese Wirkungsmechanismen sind prinzipiell nur graduell sowie nach Unmittelbarkeit bzw. Mittelbarkeit voneinander geschieden. An der Möglichkeit verwaltungsaktmäßiger Rechtsfolgenwirksamkeit ändert dies aber und prinzipiell nichts.

Vgl. weiterhin als aktuelles Problembeispiel die verwaltungsmäßige „Information“ mit (potentiellem) Eingriffscharakter, relevant geworden z. B. im Kartellrecht (= anfechtbare „Verfügung“?) — vgl.

Ähnliche Probleme offenbart der sog. Verwaltungsakt mit Doppelwirkung¹⁷⁴). Hinter seiner Begriffsfigur steht weniger die mehrseitig wirksame Einzelfallregelung als die komplexe Regelung differenter Rechtsbeziehungen, deren Verbindungsstück die mehrseitige *Rechtsfolge* ist.

Das Begriffselement der rechtlichen „Regelung“ weist den Verwaltungsakt als verbindlichen Abschluß eines Verwaltungsverfahrens aus. Auch diese Funktion des Verwaltungsakts besitzt indessen nur noch partielle Geltung. Denn Verwaltungsverfahren tendieren verstärkt zur Begründung von Dauerbeziehungen¹⁷⁵) und — bedingt durch höhere Problemkomplexität — zu Formen gestufter Entscheidung¹⁷⁶). Stichworte wie Teilgenehmigung, Vorbescheid, Zweitbescheid, Zusage usw. dokumentieren dies äußerlich; Begriffsbildungen wie die eines „Verwaltungsvorakts“ und „Verwaltungsendakts“¹⁷⁷) oder eines „Kettenverwaltungsakts“¹⁷⁸) reflektieren diese Entwicklung dogmatisch¹⁷⁹).

Für den Verwaltungsrechtsschutz resultieren aus alledem erhebliche Probleme. Deren Lösung scheint mir jedoch weder

dazu Kloepfer, Information als Intervention in der Wettbewerbsaufsicht, 1973; R. Scholz, NJW 73, 481 ff.; Erlinghagen-Zippel, NJW 73, 10 ff.; zum Problem der Information als rechtsrelevanter Maßnahme in noch allgemeinerer Sicht vgl. auch R. Scholz, DÖV 73, 843 ff.; Scheuner, W. Weber-Festschrift, 1974, S. 369 (370).

¹⁷³) Die Popularklage wehrt das Kriterium der (tatsächlichen) *Beschwer* ab, deren Voraussetzung für die Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO *Bettermann* (vgl. in: Staatsbürger und Staatsgewalt, II, 1963, S. 449 (464 ff.); *ders.*, Schima-Festschrift, S. 80 ff.; vgl. auch *dens.*, Die Beschwerde als Klagevoraussetzung, 1970) nachgewiesen hat (vgl. weiterhin auch BVerwGE 28, 131 (132 f.); BVerwG, DVBl. 69, 263 (264); BSGE 26, 237 (238 f.); R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 76 ff.; *ders.*, WiR 72, 50 f.).

Die Beschwerde vermittelt die individuelle Komponente der Klagebefugnis. Die typisierende Rechtsfolgekontrolle setzt die konkret verletzte (als verletzt gerügte) Norm hierzu in Bezug (rechtliche Komponente der Klagebefugnis).

¹⁷⁴) Zu ihm vgl. bes. *Laubinger*, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 1 ff., 5 ff., 28 ff.; *Fromm*, VerwArch 1965, 26 ff.; *Dörffler*, NJW 63, 14 ff.; *Sellmann*, NJW 64, 1545 ff.; *Friauf*, Jura (Öffr.) 69, 3 (4 ff.); R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 44 ff.

¹⁷⁵) Aus diesem Grunde ist die Forderung, dogmatisch wie verfahrensrechtlich mehr auf das *Verwaltungsrechtsverhältnis* als auf die (punktuelle) *Verwaltungsentscheidung* abzustellen, unbedingt begründet (vgl. in diesem Sinne schon die Nachweise oben N. 51).

¹⁷⁶) Vgl. hierzu die Nachweise oben N. 52, 53.

¹⁷⁷) *Achterberg*, DÖV 71, 397 ff.; vgl. auch *Merten*, VSSR 73, 66 (78 ff.).

¹⁷⁸) *Kloepfer*, DVBl. 72, 371 ff.

¹⁷⁹) Vgl. ausführlich zum ganzen *P. Krause*, Rechtsformen, S. 288 ff., 329 ff.

beim Verzicht auf den Verwaltungsakt noch bei seiner begrifflichen Reduktion auf einen „für die *Verwaltung* verbindlichen“ Entscheidungsabschluß¹⁸⁰⁾ zu liegen. Wechseln muß allein der begriffsausschließende Kontext von (bezweckter) „Regelung“ und „Einzelfall“ zugunsten einer funktionalen Verbindung von „Maßnahme“ und individual-typischer „Rechtsfolge“. Wann eine solche Rechtsfolge anzuerkennen ist, beantwortet das strukturelle Verfahrensprinzip von der maximalen Konkretisierung: Eine individualtypische Rechtsfolge in der Regelungsform des Verwaltungsakts ist gegeben, wenn ein *Verwaltungsverfahren seinen spezifischen Endpunkt abschließender und höchstmöglicher Konkretisierung im Verhältnis zum Einzelnen* erreicht hat; und dies ist auch auf der „bloßen Verfahrensstufe“ der Fall — sofern diese einen rechtlich eigenständigen Konkretisierungsvorgang verkörpert.

Das Begriffsmerkmal der rechtlichen „Außenwirkung“ des Verwaltungsakts ist gleichfalls fragwürdig geworden. Denn auch verwaltungsinterne Einzelakte lösen relevante Individualrechtsfolgen aus, bedürfen also verwaltungsgerichtlicher Anfechtbarkeit¹⁸¹⁾. Dies ist schon beim besonderen Gewaltverhältnis der Fall, das vom allgemeinen Gewaltverhältnis grundrechtlich¹⁸²⁾ und damit auch rechtsschutzmäßig nicht mehr (völlig) abgeschieden werden kann¹⁸³⁾. Die überkommene Unterscheidung zwischen Verwaltungsakt und verwaltungsinternem (innerdienstlichem) Rechtsakt läßt sich in allgemeinerer Form

¹⁸⁰⁾ So *Brohm*, VVDStRL 30, 285 ff. in Anlehnung an Begriffsmaterial der Entscheidungstheorie.

¹⁸¹⁾ Vgl. als bes. charakteristisches Beispiel die Anfechtbarkeit von einzelnen (Schul-)Zensuren, die früher als unselbständige und interne Maßnahmen für nicht gesondert anfechtbar erachtet wurden (vgl. z. B. OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 56, 631; VG Wiesbaden, NJW 63, 2140; vgl. auch VG Berlin, NJW 64, 939; VGH Bebenhausen, JZ 59, 67 (69)). Heute zeigt sich, daß diese Qualifikation nicht voll aufrechtzuerhalten ist (vgl. i. S. d. Anfechtbarkeit von Einzelzensuren richtig OVG Berlin, DÖV 75, 570 f.; HessVGH, DVBl. 74, 469 f.; i. S. d. allgemeinen Leistungsklage ebenso OVG Münster, DÖV 75, 358 f.). Vgl. zum Ganzen m. w. Nachw. auch *Schramm*, Beurteilungen im Prüfungs-, Schul- und Beamtenrecht, 1975, S. 3 ff., 38 ff.; vgl. auch *Pietzcker*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung staatlicher Prüfungen, 1974, S. 66 ff.; *Stüer*, JR 74, 445 ff.

¹⁸²⁾ Grundlegend BVerfGE 33, 1 (9 ff.); 34, 165 (192 ff.); an verwaltungsgerichtlich relevant gewordenen Einzelfällen vgl. z. B. BVerwG, DÖV 75, 347 (348 f.); 75, 349 f.; vgl. weiterhin z. B. OVG Münster, DÖV 75, 360; BayVerfGH, BayVBl. 75, 298 ff.

¹⁸³⁾ Vgl. näher und m. w. Nachw. hierzu *Lorenz*, Rechtsschutz, S. 29 ff. (35 ff.).

nicht mehr aufrechterhalten¹⁸⁴); dementsprechend müssen Anfechtungs- und Verpflichtungsklage auch für solche Einzelakte — bei entsprechend relevanter Rechtsfolge bzw. prozessual gesprochen: Beschwer — zulässig sein. Das gleiche gilt für die Anfechtung von verwaltungsinternen Organisationsakten, sofern diese relevante Folgen für den individuellen Rechtsstatus äußern¹⁸⁵). Solche Fälle häufen sich sehr — angefangen von Regelungen auf dem Gebiet schulischer Organisation¹⁸⁶) bis zu inneruniversitären Kollegialentscheidungen und ihren Auswirkungen für einzelne Hochschul- oder Kollegialmitglieder¹⁸⁷). Den prozessual richtigen Weg weist auch hier § 42 VwGO — vermittelt durch ein entsprechend modifiziertes Verständnis des Verwaltungsakts.

3. Nicht nur begriffliche Probleme zwischen Verwaltungsakt und Rechtssatz fordern die *prinzipale Normenkontrolle* gegenüber materiellen Rechtsetzungsakten der Verwaltung¹⁸⁸). Von

¹⁸⁴) Unterschiede ergeben sich allein auf der Ebene der (grund-) rechtsrelevanten *Rechtsfolgen*. Hier kann ein verwaltungsinterner Einzelakt bestimmte Duldungspflichten implizieren; diese müssen aber im Wege der üblichen Anfechtbarkeit definitiv festgestellt werden — mit der Konsequenz der gegebenenfalls unbegründeten, aber nicht unzulässigen Anfechtungsklage. Vgl. an tatsächlichem Material weiterhin etwa P. Krause, Rechtsformen, S. 301 ff.

¹⁸⁵) Vgl. auch bereits Brohm, VVDStRL 30, 286 ff.; ders., DÖV 64, 238 (240 ff.); BVerwGE 18, 40 (41 ff.) — zu den grundsätzlichen Grenzen subjektiv-rechtlicher Beeinflussung staatlicher Organisationsformen vgl. BVerfGE 11, 310 (321).

¹⁸⁶) Vgl. im Schulrecht z. B. BVerwGE 18, 40 (41 f.); BVerwG, DÖV 75, 347 (348 f.); 75, 349 f.; BadWüVG, DÖV 74, 858 (859 f.); 75, 568 (569 f.); VG Hamburg, XV G 874/75; vgl. zum Ganzen auch Löhning, Der Vorbehalt des Gesetzes im Schulverhältnis, 1974, S. 84 ff., 141 ff.

¹⁸⁷) Vgl. hierzu bes. Kimminich, WissR 1970, Beiheft 4, S. 119 ff.; Fuß, WissR 72, 97 ff.; Hoffmann-Becking, DVBl. 72, 299 ff.; an Einzelfällen vgl. z. B. BVerwGE 45, 39 (41 ff.); BadWüStGH, DÖV 74, 632 f.; OVG Berlin, DÖV 75, 571 f.

Zum *Kollegialverfassungsverstreit* als grundsätzlich auszubauendem Klageinstitut vgl. R. Scholz, DÖV 73, 843 (845 f.).

Je mehr der Private in verwaltungsrechtliche Organisationsverhältnisse eingebunden wird, desto mehr muß sich der Verwaltungsprozeß — auch in seinem Verständnis von subjektiv-öffentlichem Recht und Klagebefugnis — den organisationsrechtlich gebundenen oder vermittelten Bürgerpositionen öffnen. Vgl. die richtigen Ansätze hierzu bei Lorenz, AöR 93, 308 (324 ff.); Hoppe, Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten, 1970, S. 82 ff., 132 ff., 166 ff., 177 ff.; Böckenförde, Wolff-Festschrift, 1973, S. 269 (277 ff.).

¹⁸⁸) Im Sinne dieses Erfordernisses vgl. z. B. Stern, Schäfer-Festschrift, 1975, S. 59 (61 ff.); von Engelhardt, Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, 1971, S. 145 ff., 244 ff.; K. Meyer, AöR 97, 12 (28 f.); Ossenbühl, Gutachten 50. DJT, B 176 ff.; Bartlsperger, DVBl. 67, 360

der Ermächtigung des § 47 VwGO haben jedoch nur einige Bundesländer Gebrauch gemacht; für die übrigen stellt sich der Streit um ein verfassungsrechtliches Normenkontrollanfordernis bzw. um die Entwicklung eventueller Rechtsschutzsurrogate¹⁸⁹). Das Prinzip des effizienten Rechtsschutzes fordert heute die Eröffnung der prozessualen Eingriffswehr gegen Verwaltungsnormen, soweit diese ihren Vollzug schon implizieren bzw. einen bereits rechtsfolgerelevanten Konkretisierungsgrad erreicht haben¹⁹⁰). Der — auch vom BVerfG¹⁹¹) — angestellte Gegenverweis¹⁹²) auf die *inzidente Normenkontrolle* bei der Anfechtung des normvollziehenden Einzelakts ist bei Normen wie dem Bebauungsplan und der den Anschluß- und Benutzungszwang verfügenden Gemeindefestsetzung etc.¹⁹³) nicht haltbar; denn er verweist in Wahrheit auf vollzugsmäßig schon Geschehenes. Das Argument, daß die Legislative nicht zur öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 IV GG gehöre¹⁹⁴), hat der rechtsetzenden Verwaltung gegenüber keine Geltung¹⁹⁵); denn diese könnte sonst mit der Wahl der Eingriffsform über die eigene Kontrolle entscheiden¹⁹⁶). Art. 19 IV GG garantiert zwar nicht die rechtsschutzeffektivste Handlungsform der Verwaltung¹⁹⁷),

(368 ff.); Wilken, DVBl. 69, 532 ff.; Blümel, Forsthoff-Festgabe, 1967, S. 160 f.; Lorenz, Rechtsschutz, S. 153 ff.

¹⁸⁹) Vgl. näher von Engelhardt, Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, S. 145 ff., 244 ff.; Maurer, Kern-Festschrift, S. 275 ff.; Siemer, Normenkontrolle durch Feststellungsklage?, 1971; Stern, Schäfer-Festschrift, S. 59 ff.; Bettermann, AöR 86, 129 (157 f.); Bachof, AöR 86, 186 (188 ff.); Bartlspurger, DVBl. 67, 360 ff.; Wilken, DVBl. 69, 532 ff.; Oldiges, WiR 74, 277 ff.; Obermayer, in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, 1970, S. 143 ff.; K. Meyer, in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, 1970, S. 161 ff.; ders., AöR 97, 12 (28 f.); Renck, JuS 66, 273 ff.

¹⁹⁰) denn dann ist das (beschränkte) Rechtsetzungsermessen des Verordnungsgebers kompetenzgerecht gewahrt (vgl. auch z. B. Lersch, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, II, 1963, S. 59 (81)).

¹⁹¹) BVerfGE 31, 364 (367 ff.); auch BVerfGE 24, 33 (49 ff.); 24, 367 (401).

¹⁹²) Vgl. BVerwG, DÖV 74, 426 f.; BVerwGE 26, 251 (252 f.); 30, 287 (290 ff.); Bettermann, AöR 86, 157 f.; 96, 528 (531 ff.); F. Klein VVDStRL 8, 106 f.

¹⁹³) Weitere Beispiele z. B. bei Stern, Schäfer-Festschrift, S. 66.

¹⁹⁴) Vgl. BVerfGE 24, 49 ff.; 24, 401; offenlassend für die exekutive Rechtsetzung BVerfGE 31, 368.

¹⁹⁵) Vgl. in richtiger Kritik u. a. Renck, JuS 66, 273 ff.; Lorenz, DVBl. 69, 145; Stern, Schäfer-Festschrift, S. 61 ff.

¹⁹⁶) Dagegen schützt auch der vom BVerwG angeführte, prinzipiell richtige Gesichtspunkt der mißbräuchlichen Formenvertauschung (vgl. DÖV 74, 426) nicht hinreichend. Vgl. auch Stern, Schäfer-Festschrift, S. 63 f.; Blümel, DVBl. 72, 122 ff.; Maurer, Kern-Festschrift, S. 285; Obermayer, DVBl. 65, 625 (627).

¹⁹⁷) BVerfGE 10, 89 (105); BVerwG, DÖV 74, 426 (427).

garantiert aber gegenüber jeder Handlungsform den adäquaten — vom Prozeßrechtsgesetzgeber zu realisierenden — Rechtsschutz¹⁹⁸⁾. Art. 19 IV GG eröffnet die prinzipiale Normenkontrolle daher nicht selbst, fordert aber ihre gesetzliche Institutionierung¹⁹⁹⁾ 200).

Die prinzipiale Normenkontrolle verspricht auch *verwaltungs-politisch den zweckmäßigsten Rechtsschutz*. Denn sie konzentriert den Rechtsschutz²⁰¹⁾, öffnet ihn der Prävention²⁰²⁾ und sorgt über die Rechtskraft *inter omnes* für ein Maß an objektivrechtlicher Sicherheit, das neben dem rechtsschutzsuchenden Bürger auch der Verwaltung, etwa im planerischen Gestaltungsprozeß, wesentlich zustatten kommt. *Effizienteren* Rechtsschutz verspricht eine solche objektiv-rechtliche Verwaltungskontrolle, weil die „Vollzugsnorm“ typischerweise kollektive, d. h. allgemeinere Rechtsbetroffenheiten auslöst, denen der rein individual- oder subjektiv-rechtliche Gerichtsschutz, wie die verschiedentlich empfohlene Feststellungsklage, nicht vergleichbar gewachsen ist²⁰³⁾.

¹⁹⁸⁾ Deshalb müssen auch Verwaltungsvorschriften im Bereich von Selbstbindung und Ermessensgestaltung materiell als „Rechtssätze“ qualifiziert und entsprechendem Rechtsschutz (namentlich auch aus § 47 VwGO) unterstellt werden (vgl. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 553 ff.; K. Meyer, in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, S. 165; Redeker, JZ 68, 538 f.).

¹⁹⁹⁾ Inhaltlich brauchte diese nicht soweit wie § 47 VwGO zu gehen; es genügte auch die subsidiäre Normenkontrolle gegenüber Normen mit nachgewiesenem Selbstvollzug.

²⁰⁰⁾ Rechtsschutzsurrogate wie die vielfach vertretene Feststellungsklage (vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 19 IV Rdnr. 18; Renck, JuS 66, 278 f.; Maurer, Kern-Festschrift, S. 305 ff.; Bachof, AöR 86, 188 ff.) versprechen keinen adäquaten Rechtsschutz. Denn sie verfügen weder über das nach § 43 I VwGO erforderliche „Rechtsverhältnis“ (vgl. Stern, Schäfer-Festschrift, S. 67 f.; BVerwG, DÖV 64, 169; sehr klar zuletzt auch Oldiges, WiR 74, 305), noch führen sie darüber hinweg, daß die rechtskräftige Entscheidung *inter partes* eine relative (vgl. Bettermann, AöR 86, 165 f.; ders., in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, S. 200 f.; Maurer, Kern-Festschrift, S. 303 f.) oder partielle (Bachof, AöR 86, 191; Oldiges, WiR 74, 307) Geltungseinschränkung der Norm verfügte, die aus Gründen der Rechtssicherheit kaum zu vertreten wäre. Auch die präventive Feststellungsklage hilft hierüber nicht hinweg (vgl. allerdings auch BVerwGE 26, 252 f.; 30, 292).

²⁰¹⁾ Vgl. Schmidt-Aßmann, DVBl. 72, 627 (633 mit N. 51); Ossenbühl, Gutachten 50. DJT, S. 195.

²⁰²⁾ Vgl. Bettermann, in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, S. 187 f.

²⁰³⁾ Von wesentlicherer Bedeutung ist aber, daß die prinzipiale Normenkontrolle neben der Effektivität im Rechtsschutz auch der verwaltungspolitischen Zweckmäßigkeit dienlich sein kann. Die Beachtung solcher *Interessenkoinzidenz* sichert die kompetenzielle

4. Einer interessenmäßigen Zusammenschau von Verwaltungsrechtsschutz und Verantwortlichkeit bedarf es auch beim *präventiven und vorläufigen Rechtsschutz*²⁰⁴). Beide unterstehen zwar der Garantie des Art. 19 IV GG²⁰⁵), geben aber zunehmend mehr Probleme auf. Einerseits wächst das Bedürfnis, den Bürger vor unzumutbaren Gefährdungen und irreparablen Eingriffen rechtzeitig zu schützen²⁰⁶); andererseits verstärken sich Tendenzen, durch vorbeugende Rechtsschutzgewährung allgemein-bedeutsame Verwaltungsverfahren übermäßig zu verzögern²⁰⁷). Konflikte dieser Art erwachsen gleichermaßen bei der vorbeugenden Unterlassungs- und Feststellungsklage wie bei der Suspendierung bzw. sofortigen Vollziehung angefochtener Verwaltungsakte (§ 80 VwGO).

Vorbeugender wie vorläufiger Rechtsschutz orientieren sich, der Grundtypik des individualen Rechtsschutzes gemäß, am punktuellen und unmittelbar wirkenden bzw. drohenden Eingriff. In der Kontrolle solcher Eingriffe leisten die Institute

Ausgewogenheit von Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsrechtsschutz und wahrt die Prinzipien von flexiblem Rechtsschutz und kooperativer Verantwortung im gewaltenteiligen Rechtsstaat.

²⁰⁴) Zum strukturellen Zusammenhang bzw. zur mehr formalen Differenz von vorbeugendem und vorläufigem Rechtsschutz vgl. Lorenz, Rechtsschutz, S. 143.

²⁰⁵) Vgl. für den vorbeugenden Rechtsschutz z. B. Naumann, Jellinek-Gedächtnisschrift, 1955, S. 391 (405); Ruckdäschel, DÖV 61, 875 (682); Renck, DÖV 64, 651 (655); Ule, VerwArch 1974, 291 (299 ff.); Lorenz, Rechtsschutz, S. 138 ff.; H. Bauer, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, S. 97 ff.

Für den vorläufigen Rechtsschutz vgl. z. B. BVerfGE 35, 263 (272 ff.); 35, 382 (402); BVerfG, DVBl. 74, 79 (81) — zu eng aber BVerfG, NJW 74, 1079 f. für den Rechtsschutz im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG —; Lorenz, Rechtsschutz, S. 138 ff.; H. Bauer, a. a. O.; Finkelnburg, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 1973, S. 1; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 19 IV Rdnr. 14; Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, S. 25 ff.

²⁰⁶) Vgl. z. B. BVerfGE 35, 263 (272 ff.); BayVGfH, VGHE 22, 91 (94); OVG Berlin, JR 73, 518 f.; OVG Hamburg, DVBl. 75, 207 ff.; OVG Lüneburg, DVBl. 75, 190 (192 ff.); VG Freiburg, DVBl. 75, 343 (347); vor allem vgl. Blümel, Forsthoff-Festgabe, 1967, S. 134 ff.; vgl. allgemein hierzu auch schon die Nachweise oben N. 56.

²⁰⁷) Dies gilt namentlich für Raumplanungen und für die Zulassung beispielsweise von Flughäfen (vgl. dazu BVerwG, NJW 69, 340 ff.; BVerwG, DVBl. 73, 448 ff.; OVG Lüneburg, DVBl. 72, 795 f.; BayVGfH, DVBl. 72, 790 ff.) und von Kernkraftwerken (vgl. hierzu vor allem die Fälle Würigassen — BVerwG, DVBl. 72, 678 ff. —, Wyhl, VG Freiburg, DVBl. 75, 343 ff., Bayernwerk — BayVGfH, DVBl. 75, 199 ff., bes. S. 205 f. —, Stade — OVG Lüneburg, DVBl. 75, 190 ff., bes. 195 ff. —). Vgl. weiterhin den Fall Reynolds (OVG Hamburg, DVBl. 75, 207 ff.).

des vorbeugenden und vorläufigen Rechtsschutzes — die einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO eingeschlossen — in- zwischen einen recht effizienten Rechtsschutz²⁰⁸⁾. Kompetenziel- le Probleme im Verhältnis zur Verwaltung treten relativ selten auf²⁰⁹⁾. Häufiger ist dies dagegen bei gestuften und mehrseitigen Verwaltungsrechtsverhältnissen der Fall; hier drohen bei

²⁰⁸⁾ Zum vorbeugenden Verwaltungsrechtsschutz vgl. bes. die Grundsätze in BVerwGE 26, 23 (25); 34, 69 (73); 40, 323 (326 f.); 45, 99 (105); BVerwG, DVBl. 71, 746; 73, 448 f.; vgl. weiterhin und grundlegend Naumann, Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 391 ff.; Ule, VerwArch 1974, 294 ff.; Schenke, AoR 95, 223 (226 ff.); Ruckdäschel, DÖV 61, 675 ff.; vgl. einschränkend zuletzt allerdings Bettermann, in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, S. 185 (188 ff.).

Zum vorläufigen Verwaltungsrechtsschutz vgl. näher und m. w. Nachw. Obermeyer, Peters-Gedächtnisschrift, 1967, S. 875 ff.; Quaritsch, VerwArch 1960, 210 ff.; Finkelnburg, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 3 ff., 13 ff., 25 ff., 91 ff., 147 ff.; Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, bes. S. 34 ff., 77 ff., 174 ff., 213 ff.; Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1971, S. 187 ff.

²⁰⁹⁾ Derartige Probleme können freilich unter dem Aspekt der Vorwegnahme der endgültigen Entscheidung auftreten. In diesem Sinne findet der vorläufige Rechtsschutz an einer solchen Vorwegnahme seine prinzipielle Grenze (vgl. BVerwGE 33, 42 (44); HessVGH, ESVGH 10, 125 (127); 10, 154 (155); 20, 30 (32); 23, 215 (216); HessVGH, VerwRspr. 74, 940 f.; BadWüVGH, VerwRspr. 75, 145; BadWüVGH, ESVGH 18, 31 (38); BayVGH, VGHE 17, 34 (35); BayVGH, BayVBl. 75, 419 (420); OVG Lüneburg, AS 18, 387 (388 f.); OVG Saarland, AS 9, 32 (34); OVG Bremen, DÖV 75, 280 f. — nicht haltbar dagegen BayVGH, BayVBl. 75, 144). Dieser Grundsatz besteht jedoch nicht ohne Ausnahme. Er gilt namentlich dort nicht, wo ein effektiver Rechtsschutz auch eine vorläufige Regelung mit dem Inhalt einstweiliger Endgültigkeit fordert (vgl. richtig HessVGH, ESVGH 11, 10 (11); 12, 97 (98); 14, 240 (241 f.); BadWüVGH, ESVGH 10, 73 (74); 14, 131 (133 ff.); 16, 102 (103); BayVGH, VGHE 22, 91 (94); OVG Lüneburg, AS 18, 387 (390 f.); OVG Berlin, AS 7, 144 (147); 11, 210 (211); OVG Berlin, DVBl. 75, 266 f.; OVG Berlin, JR 73, 518 ff.; VG Freiburg, NJW 75, 1089 ff.).

Zwischen repressivem, präventivem und vorläufigem Rechtsschutz ist in diesem Sinne nicht statisch zu differenzieren. Entscheidend ist die effektive Sicherung des geschützten materiellen Rechtsguts; sein Schutz entscheidet prinzipiell über die adäquate Rechtsschutzform und ihre prozessuale Reichweite. Aus kompetenziellen Gründen müssen der präventive und der vorläufige Rechtsschutz zwar dort zurücktreten, wo das Verwaltungsgericht die Entscheidung der Verwaltung vorwegnehmen würde. Wo dies aber nicht der Fall ist, gelten nur noch die Aspekte des effektiven Rechtsschutzes. Partielle Vorwegnahmen endgültiger Gerichtsentscheidungen sind vor allem dort zuzulassen, wo es um die Regelung von verwaltungsrechtlichen Dauerbeziehungen geht; denn hier gilt zunächst deren zeitliche Dimension; sie kann rechtsschutzmäßig nicht auf die „Momentaufnahme“ punktueller Entscheidung und „augenblicklicher Entscheidungsvorwegnahme“ reduziert werden (unzulässige Entscheidungsvorwegnahme erst bei vorweggenommener Dauerentscheidung).

voll durchgesetzter Rechtsschutzpräventivität auch Übergriffe in laufende (nicht abgeschlossene) oder mehrseitig wirksame Verwaltungsverfahren.

Der Anfechtungsproblematik des Verwaltungsakts mit Doppelwirkung wird die Praxis inzwischen zwar — sei es über § 80²¹⁰⁾, sei es über § 123 VwGO²¹¹⁾ — einigermaßen gerecht²¹²⁾ ²¹³⁾. Bei der Anfechtung von Teilgenehmigungen setzt sich die richtige, pragmatische Tendenz durch, den Konflikt zwischen individuellem Rechtsschutz- und verwaltungsmäßigem Vollzugsinteresse weniger über die (zeit- und problemverschiebende) Zwischenlösung einer Interessenabwägung strikt nach § 80 II Nr. 4 VwGO als über die summarische Prüfung der klägerischen Erfolgsaussicht zu lösen²¹⁴⁾; unter dem Aspekt koinzidenter Verfahrensinteressen von Rechtsschutz und Verwaltung ein legitimes Vorgehen, weil auch der Verwaltung an möglichst frühzeitiger Information über die Rechtmäßigkeit des von ihr beabsichtigten Handelns gelegen sein muß (kann).

Ansonsten tendiert man gegenüber stufenförmigen Planungs- und Genehmigungsverfahren — im an sich richtigen Bestreben, nicht zu früh auf Entscheidungsprozesse der Verwaltung einzuwirken — eher zur Zurückdrängung präventiven Rechtsschutzes. Die Anfechtung etwa späterer Planfeststellungsbe-

²¹⁰⁾ Vgl. hier und hiesiger Auffassung richtig z. B. BVerwG, NJW 69, 202 (203); BayVGh, VGHE 11, 93 f.; BadWuVGh, ESVGH 18, 65 f.; OVG Berlin AS 10, 103 (104 f.); vgl. auch BVerfGE 35, 263 (278 ff.).

²¹¹⁾ Vgl. hier z. B. OVG Münster, NJW 66, 2181 ff.; OVG Koblenz, BRS 18 Nr. 140; HessVGh, NJW 66, 2183 (2184); HessVGh, DÖV 68, 504 f.; vgl. auch den wohl praktikablen, aber gesetzlich kaum vorgezeichneten Zwischenweg des OVG Lüneburg, NJW 70, 963.

²¹²⁾ Vgl. systematisch hierzu u. a. Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 219 ff.; Finkelnburg, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 152 ff.; Gelzer, NJW 70, 1352 ff.; ders., in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, 1970, S. 203 ff.; Papier, VerwArch. 1975, 283 ff., 399 ff.; Schenke, NJW 70, 270 ff.

²¹³⁾ Zur Antragsbefugnis eines Genehmigungsempfängers auf sofortige Vollziehbarkeitserklärung gem. § 80 V VwGO als kompletierender Rechtsschutzkonstellation im Bereich vorläufigen Drittentereantenrechtsschutzes vgl. richtig Papier, VerwArch. 1975, 413 ff. — kritisch dagegen Eyermann, BayVBl. 74, 237 (239 f.).

²¹⁴⁾ Vgl. bes. OVG Hamburg, DVBl. 75, 207 ff.; OVG Lüneburg, DVBl. 75, 190 (192 ff.); OVG Saarland, AS 12, 420 ff.; BayVGh, BayVBl. 75, 273 (275 f.); OVG Bremen, DÖV 75, 280 (281) — vgl. im Weg über § 123 VwGO ähnlich auch OVG Rheinland-Pfalz, GewArch. 75, 165 f.

Strukturell wird damit eine gewisse Harmonisierung der Entscheidungen nach § 80 und § 123 VwGO hergestellt; zur immanenten Sachgerechtigkeit dessen vgl. Leipold, Grundlagen, S. 207 ff.

schlüsse im mehrstufigen Planungsverfahren kommt indessen oft zu spät²¹⁵). Folglich muß auch hier ein Rechtsschutz gewährleistet sein, der rechtzeitig, also präventiv, und auch kompetenzgerecht im Verhältnis zur entscheidungsverantwortlichen Verwaltung ist. Der richtige Lösungsansatz liegt im Zusammenhang von präventivem Rechtsschutz und hinreichender Eingriffsbestimmtheit. Dieser Bestimmbarkeit bedarf es zur inhaltlichen *Rechtmäßigkeitskontrolle*²¹⁶) sowie auch aus kompetenziellen Gründen. Wenn die zu kontrollierende (künftige) *Verwaltungsentscheidung* nämlich nicht wenigstens *präfixiert* ist, fehlt es schon an der kompetenziell ausgeübten Verwaltungsverantwortung und damit am rechtlichen Kontrollobjekt. Den Maßstab für eine kompetenzgerechte Präfixierung vermittelt das Verfahrensprinzip der Rechts- und Zweckkonkretisierung: Hat die Verwaltung die Richtung der von ihr konkret vorgesehenen Entscheidung bereits inhaltlich offenbart, oder ist offenkundig nur eine einzige Konkretisierungsalternative denkbar, so ist die präventive Gerichtskontrolle auch kompetenzmäßig eröffnet²¹⁷).

Unter diesen Voraussetzungen ist ein vorbeugender Rechtsschutz prinzipiell gegen jeden Eingriff statthaft, gleichgültig, in welcher Rechtsform und auf welcher Verfahrensstufe²¹⁸) dieser droht. Das gilt auch für die prinzipale Normenkontrolle des § 47 VwGO: Wenn die Verwaltung ihr (beschränktes) Rechtsetzungsermessen nämlich schon so weit (vor)konkretisiert hat,

²¹⁵) Vgl. hierzu nach wie vor maßgebend und mit unwiderlegten Belegen, *Blümel*, Forsthoff-Festgabe 1967, S. 137 ff.

²¹⁶) In dieser Blickrichtung vgl. die Nachweise zum vorbeugenden Rechtsschutz N. 208.

²¹⁷) Effektive Gerichtskontrolle ist auch institutionell nie ohne Bezug zum Faktor Zeit zu verstehen. Aus diesem Grunde bedarf es des vorbeugenden und vorläufigen („vorwirkenden“) Rechtsschutzes ebenso, wie es des zeitlich fortwirkenden („nachwirkenden“) Rechtsschutzes bedarf. Der Gesetzgeber hat dem mit der Fortsetzungsfeststellungsklage des § 113 I 4 VwGO Rechnung getragen; und die Rechtsprechung neigt mit Recht zur auch erweiternden Praktizierung dieser Form „nachwirkenden Rechtsschutzes“ (vgl. bes. BVerwGE 16, 194 (196 ff.); 26, 161 (165 f.); 28, 233 (234 ff.)).

²¹⁸) Ein wichtiges Beispiel hierfür bildet der (präventive) Rechtsschutz (von Gemeinden) gegen Maßnahmen gem. §§ 6 LuftVG, 16 BFStrG, 13 BWaStrG, die dem Planfeststellungsverfahren vorgelagert sind (vgl. *Blümel*, DVBl. 72, 796 ff.; *ders.*, Forsthoff-Festgabe, 1967, S. 159, gegen BVerwG, NJW 69, 340 (341 f.); BVerwG, DVBl. 73, 448 ff.; BayVGh, DVBl. 72, 790 (791 ff.); OVG Lüneburg, DVBl. 72, 795 f. zu § 6 LuftVG).

Entsprechend ist vorläufiger Rechtsschutz gegen Teilgenehmigungen statthaft (vgl. richtig OVG Lüneburg, DVBl. 75, 190 (192 ff.); VG Freiburg, DVBl. 75, 343 ff.).

daß das Maß rechtsbeeinträchtigenden „Selbstvollzuges“ für den Richter bereits abschätzbar ist, dann ist die Normsetzungskompetenz der Verwaltung (inhaltlich) gewahrt (präventiver Rechtsschutz allein gegen „Vollzugsnormen“ bzw. entsprechend unmittelbar wirksame Rechtsetzungsakte)²¹⁹⁾ ²²⁰⁾.

II. Verwaltungsrechtsschutz und rechtlicher Bürgerstatus

1. Verfassung²²¹⁾ und Gesetz²²²⁾ verpflichten den Verwaltungsrechtsschutz den Prinzipien von *individueller Eingriffswehr* und (primär) *subjektiv-rechtlicher Verwaltungskontrolle*²²³⁾. Diese Ausrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit funk-

²¹⁹⁾ Vgl. Kloepfer, Vorwirkung von Gesetzen, 1974, S. 269 ff.; vgl. mit richtigem Ansatz auch BVerwG, DVBl. 73, 34 (35 f.) und VG München, BayVBl. 74, 198 (199 f.).

A. A. allerdings die h. M.; vgl. nur z. B. Bettermann, in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, S. 193; BVerwG, DVBl. 63, 441 (442); BadWüVGH, ESVGH 12, 152 (154); BayVGH, VGHE 17, 57 (65); OVG Lüneburg, DVBl. 71, 322 (323 f.); VG Ansbach, DVBl. 75, 150 (151 f.); Schmitt, BayVBl. 74, 253 (259).

Im gleichen Sinne ist im Rahmen der prinzipialen Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO vorläufiger Rechtsschutz nach Maßgabe des § 123 VwGO zu gewähren; vgl. so BadWüVGH, ESVGH 13, 81; BayVGH, VGHE 24, 126 (127); Sojka, MDR 74, 448 (449 ff.); Redeker-von Oertzen, VwGO, 5. Aufl. 1975, § 47 Anm. 24; Engelken, DÖV 71, 331 (332 ff.); Klotz, DÖV 66, 186 (188 f.); Quaritsch, VerwArch. 1960, 210 — a. A. allerdings HessVGH, NJW 70, 1619; BadWüVGH, ESVGH 16, 31 (33); Eyermann-Fröhler, VwGO, 6. Aufl. 1974, § 47 Rdnr. 37, § 123 Rdnr. 16; Czermak, BayVBl. 74, 612 f.

²²⁰⁾ Das gleiche gilt im Ergebnis für den präventiven Rechtsschutz im Bereich von Drittinteressenklagen.

²²¹⁾ Dies ist die Systemwirkung des Art. 19 IV GG. — Vgl. näher bes. Lorenz, Rechtsschutz, S. 11 ff., 51 ff., 133 ff.

²²²⁾ Vgl. § 42 II VwGO.

²²³⁾ Zur Systemfunktion des subjektiv-öffentlichen Rechts vgl. eingehend z. B. Lorenz, Rechtsschutz, S. 51 ff.; vgl. weiterhin z. B. R. Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 78 f.; Brohm, VVDStRL 30, 299; aus rechtssoziologischer Sicht vgl. namentlich J. Schmidt, in: Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1970, S. 300 (306 ff.); Luhmann, ebenda, S. 322 (323).

Auf dem subjektiv-öffentlichen Recht ist auch gegenüber jenen Bestrebungen zu beharren, die statt seiner lieber auf das „rechtlich geschützte Interesse“ abstellen wollen (vgl. z. B. Scheuner, VVDStRL 11, 1 (56, 63); Redeker-von Oertzen, VwGO, 5. Aufl. 1975, § 42 Anm. 125). Denn dessen Begriff ist entweder — im Verhältnis zur unzulässigen Popularklage — zu farblos oder er bezeichnet im Grunde nichts anderes als eben ein subjektiv-öffentliches Recht. Für dessen begriffliche und funktionelle Beibehaltung vgl. demgemäß z. B. Bachof, VVDStRL 12, 72 ff.; R. Scholz, WiR 72, 51 f.; vgl. richtig auch z. B. BVerwG, DVBl. 74, 910 (912); BVerwGE 30, 135 (136 f.); — nicht richtig dagegen BVerwGE 10, 122 (123); 30, 191 (197). Hiermit wird naturgemäß nicht die begriffliche und funktionelle

tioniert allerdings nur so lange, wie die grundsätzliche Distanz zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Funktion, zwischen verwaltungsrechtlichem Ordnungsmandat und bürgerlichem Freiheits- oder Teilhaberecht bzw. zwischen öffentlichem und privatem Interesse besteht²²⁴). Denn das juristische Instrument „subjektiv-öffentliches Recht“ ist Ausfluß und Vermittler eben dieser grundsätzlichen Dichotomien. Erst sie erlauben, das subjektiv-öffentliche Recht — im Gegensatz zum objektiven Recht — als gesetzlich „gewollte“ Individualbegünstigung oder gesetzgeberisch „ausgegrenztes“ Privatinteresse zu begreifen²²⁵).

Im System des sozialen Rechts- und Verwaltungsstaates lassen sich diese strukturellen Voraussetzungen indessen nur noch bedingt aufrechterhalten. Denn mit der relativierten Distanz

Öffnung des subjektiv-öffentlichen Rechts ausgeschlossen. Sie ist, wie im folgenden zu zeigen sein wird, erforderlich, und im Einklang mit der instrumentellen Systemfunktion des subjektiv-öffentlichen Rechts als formaler Statuskategorie möglich (anschaulich zu letzterer vgl. P. Hofmann, Subjektives Recht und Wirtschaftsordnung, 1968, bes. S. 4 ff., 10 ff. mit der vergleichenden Projektion der Begriffsfigur des subjektiven Rechts auf das Wirtschafts- und Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland einerseits und auf das planwirtschaftliche System der DDR andererseits — zum insoweit analog wirksamen Begriff des „Interesses“ vgl. auch Pleyer, Reinhardt-Festschrift, 1972, S. 291 ff.).

Die These vom „rechtlich geschützten Interesse“ könnte sich nur dann wirklich vom subjektiv-öffentlichen Recht lösen, wenn sie den Begriff des „Interesses“ etwa rein prozessual als spezifisches Rechtsschutzinteresse außerhalb des subjektiv-öffentlichen Rechts verstünde (vgl. in dieser Richtung für den Schweizer Verwaltungsprozeß Gygi, Verwaltungsschutz und Verwaltungsverfahren im Bund, 2. Aufl. 1974, S. 40). Dies wäre jedoch mit der gegebenen Systematik des deutschen Verwaltungsrechtsschutzes kaum zu vereinbaren.

²²⁴) Zum rechtsstaatlichen Erfordernis prinzipieller — in sich zwar beweglicher und relativer — Distanzierung von Staat und Gesellschaft in dieser Art vgl. Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973, S. 7 ff.; ders., Hefermehl-Festgabe, 1972, S. 12 ff.; R. Scholz, in: Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1974, Kap. II, Tz. 266; ders., Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 151 ff.; in teilweise anderer Richtung vgl. zuletzt hierzu Hesse, DÖV 75, 437 ff.

²²⁵) So die herrschende „Schutznormtheorie“ — vgl. z. B. BVerwGE 2, 290 (294); 10, 122 (123 f.); 27, 29 (33); BVerwG, DVBl. 58, 391 (392); BVerwG, DÖV 58, 558; BGHZ 51, 61 (66); Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl. 1968, S. 63; Bühler, Jellinek-Gedächtnisschrift, 1955, S. 269 (274 ff.); Bettermann, NJW 61, 1097 (1098) — zur parallelen Sicht des subjektiven Rechts im Zivilrecht vgl. mit kritischer Bestandsaufnahme zuletzt Schmiedel, Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht, 1. Teil, 1974, bes. S. 138 ff.; zur Struktur des subjektiven Rechts allgemein

von Staat und Gesellschaft weicht auch die *Divergenz* von öffentlichem und privatem Interesse deren partieller (latenter) *Konvergenz*²²⁶); und der Gegensatz von objektivem und subjektivem Recht rückt von der Ebene abstrakter *Tatbestandlichkeit* auf die Ebene konkreter *Rechtsfolgen* oder — anders ausgedrückt — auch auf die Ebene vor allem verfassungsrechtlicher *Eingriffs- und Gesetzesanwendungskontrolle*²²⁷). Das Beispiel der mehrseitigen Verwaltungsrechtsverhältnisse kraft Verwaltungsakts mit Doppelwirkung hat diesen Vorgang wohl zuerst verdeutlicht; unter Rückgriff auf grundrechtliche Eingriffsschranken und eine hieran anschließende Zulassung von Drittinteressentenklagen²²⁸) (Nachbar-, Konkurrentenklagen etc.)²²⁹) vgl. m. w. Nachw. bes. Kasper, Das subjektive Recht — Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit, 1967.

²²⁶) Vgl. näher Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S. 60 ff., 95 ff.; Leisner, DÖV 70, 217 ff.; R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 87 ff.

²²⁷) Vgl. dazu bereits R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 122 ff., 152 ff., 172 ff.; ders., WiR 72, 49 ff., 56; vgl. weiterhin Brohm, VVDStRL 30, 272 ff.; vgl. grundsätzlich in dieser Richtung auch, wenn gleich mit unterschiedlicher Akzentsetzung, Lorenz, Rechtsschutz, S. 34 ff.; Henke, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S. 60 ff.; ders., W. Weber-Festschrift, 1974, S. 495 (501 ff., 509 ff.); Bartlsperger, VerwArch. 1969, 35 (47 ff.); ders., VVDStRL 33, 252 ff. — zu diesen letzteren Auffassungen vgl. auch bereits R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 123 ff.

Die für das subjektiv-öffentliche Recht maßgebende Eingriffs- bzw. Gesetzesanwendungskontrolle greift freilich erst sekundär. Primär ist nach dem „objektivierten“ Willen einer gesetzlichen Norm zur Individualbegünstigung zu fragen (Schutzzweck der Norm). Ist dieser nicht feststellbar, was vor allem bei massenmäßig wirksamen Rechtsnormen oft der Fall ist (hier verzichtet auch das BVerfG, NJW 75, 31 (32 f.) folgerichtig auf die Bestimmbarkeit des (begünstigten) Adressaten), so muß die individuelle Rechtsfolgenrelevanz der Norm anhand vor allem der Grundrechte gemessen werden; aus ihnen folgt gegebenenfalls die Anerkennung des subjektiv-öffentlichen Rechts auf der Ebene des konkreten Gesetzes bzw. seiner Anwendung. Als Grundrecht in diesem Sinne kann freilich nicht ein zur allgemeinen „Eingriffsfreiheit“ uminterpretiertes (formelles Haupt-)Grundrecht aus Art. 2 I GG verwandt werden; denn die Folge dessen wäre der subjektiviert-allgemeine Gesetzesvollziehungsanspruch o. ä., den das System der grundgesetzlichen Grundrechtsgarantien nicht intendiert bzw. anerkennt (vgl. näher dazu bereits R. Scholz, AöR 100, 88 ff., 265 ff. (111 ff. m. N. 174)).

²²⁸) Zu diesem Begriff vgl. R. Scholz, WiR 72, 39; vgl. auch Bettermann, Schima-Festschrift, S. 91, und Lerche, JurA 70, 862 f.: Interessentenklage.

²²⁹) Zur *Nachbarklage* vgl. näher bes. sowie m. w. Nachw.: Timmermann, Der baurechtliche Nachbarschutz, 1969, S. 25 ff., 99 ff.; Laubinger, Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, S. 43 ff.; Henke, Recht, S. 81 ff.; Bartlsperger, VerwArch. 1969, 35 ff.; Weyreuther, BauR 75, 1 ff.; Sandler, WiR 72, 453 ff.; Grundel, NJW 70, 833 ff.; Evers, JuS 62, 87 ff.; ders., DVBl. 70, 12 ff.

fand sich jedoch der richtige Lösungsansatz²³⁰). Dessen prozessuale Durchsetzung fiel nicht schwer, weil die Drittinteressenklage sich noch zwanglos in das Ordnungsschema eines individual-rechtlich konzipierten Rechtsschutzsystems einfügen ließ. Ungleich schwerer fällt dies hingegen dem Bereich planerischer und sonstig makroadministrativer Gestaltung. Hier werden die meßbaren Rechtsfolgen individueller Eingriffsbetroffenheit von einer oft unübersehbaren Vielfalt kollektiver Betroffenheit (rechtlicher wie faktischer Art)²³¹) oder allgemeiner Interessiertheit überlagert²³²); zum Beleg seien nur die Stichworte „Masseneinwendungen“ und „Massenverfahren“ genannt²³³).

Zur *Konkurrentenklage* vgl. bes. R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 104 ff., 172 ff.; ders., WiR 72, 35 ff.; Zuleeg, Subventionskontrolle durch Konkurrentenklage, 1974; Mössner, JuS 71, 131 ff.; Rüber, NJW 71, 2097 ff.; Bühren, DVBl. 75, 328 ff.; Weinhardt, Die Klagebefugnis des Konkurrenten, 1974; zum Europarecht vgl. bes. Weidinger, Der Rechtsschutz betroffener Dritter im Kartellverwaltungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1968, bes. S. 10 ff., 109 ff.

²³⁰) Aus der Rechtsprechung vgl. zur Nachbarklage bes. BVerwGE 11, 95 ff.; 45, 309 ff.; BVerwG, DVBl. 69, 754 f.; 70, 57 ff.; 70, 60; 70, 61 f.; 70, 66; BVerwG, NJW 75, 1373 (1374 ff.); zur Konkurrentenklage vgl. bes. BVerwGE 30, 191 ff.; vgl. zuletzt auch VG Berlin, DÖV 75, 134 ff. m. Anm. R. Scholz = DVBl. 75, 272 ff. m. Anm. Henke zur pressesubventionsrechtlichen Konkurrentenklage.

²³¹) Vgl. allgemein auch Brohm, VVDStRL 30, 280 ff.; R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 39 ff.; ders., demnächst in: Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft; zu Gruppenbetroffenheit und fehlendem Gruppenrecht im Subventionswesen vgl. Gotz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 251 ff.; zum Planungswesen etc. vgl. anschließend N. 232.

²³²) In *materiell-rechtlicher* Hinsicht lassen sich schon aus den gesetzlichen Tatbeständen oft keine abgrenzbaren Adressatenkreise, geschweige denn Inhalte individualisierbaren Rechtsgüterschutzes, ausmachen. Am wohl eklatantesten ist dies im Bereich des Fachplanungsrechts (vgl. näher Forsthoff-Blümel, Raumordnungsrecht und Fachplanungsrecht, S. 30, 67 ff., 162 ff.; Blümel, DVBl. 75, 706 ff.; Wahl, DÖV 75, 373 (377)) der Fall.

In *verfahrensrechtlicher* Hinsicht verstärkt diesen Vorgang das mehrstufige Planungs- oder Genehmigungsverfahren, wenn dies sich nur um stufenmäßige Zweckrationalität, nicht aber um auch stufenmäßigen Interessenschutz bemüht (vgl. näher wiederum Wahl, a. a. O.; Blümel, a. a. O.; Schmidt-Aßmann, DÖV 74, 547), und die Rechtsprechung schließlich noch auf eine angeblich gebotene, in Wahrheit aber die Rechtsschutzeffektivität ernsthaft gefährdende „Rechtsschutzkonzentration“ zugunsten einer Gerichtskontrolle erst auf der letzten oder einer der letzten Stufen (z. B. Planfeststellungsbeschluß) verweist bzw. drängt (vgl. so z. B. BVerwG, NJW 69, 340 ff.; auch BVerwG, DVBl. 72, 678 (679 f.) — zur Kritik vgl. Wahl, DÖV 75, 374 ff.; Blümel, DVBl. 72, 798 f.; 73, 441 f.).

In *tatsächlicher* Hinsicht stellen sich schließlich die Probleme der realen Abgrenzung materiell-rechtlich relevanter Betroffenheit. Als

Beispiel sei etwa auf die An- und Umlieger eines projektierten Atomkraftwerks hingewiesen, deren Betroffenheit sich naturgemäß nicht nach exakten räumlichen Abständen bestimmen läßt; vgl. paradigmatisch dazu die Problemstellungen in BVerwG, DVBl. 72, 678 f. — Würgassen — Klagebefugnis für Anlieger von ca. 4 km Entfernung zum Atomkraftwerk; VG Freiburg, DVBl. 75, 343 (344) — Klagebefugnis für Landwirte bis zu ca. 8 km Entfernung vom Atomkraftwerk Wyhl bejaht —; BayVGh, DVBl. 75, 199 (203 ff.) — ebenso für ca. 7,5 km Abstand, zweifelnd aber für 50 km Abstand; vgl. weiterhin OVG Lüneburg, DVBl. 75, 190 (193) — Stade — und OVG Hamburg, DVBl. 75, 207 ff. — Reynolds —.

Gegenüber dieser Sachlage bedarf es mehrerer Vorkehrungen: Einmal ist die rechtliche Schutzwirkung der zugrunde liegenden Gesetze durch Rückgriff auf solche Verfassungswerte (Grundrechte) zu konkretisieren, die durch die betreffenden Maßnahmen rechtlich berührt werden können (Frage nach der typisch-möglichen Eingriffsfolge). Denn wenn der Gesetzgeber, wie unstreitig ist, vor der Verfassung nicht über Bestand und Zuerkennung von subjektiven Rechten (frei) disponieren kann, dann darf er dies auch nicht indirekt, indem er den gesetzlichen Regelungs- bzw. Planungszweck so vage und offen faßt, daß jegliche Schutz- bzw. (potentielle) Eingriffswirkungen unbestimmbar bleiben. Planungsgesetze sind zwar auf derart „offene“ Tatbestände angewiesen; ihre Zielbestimmung erfolgt wesentlich erst auf der Ebene der Rechtsanwendung. Dementsprechend muß aber auch mit der subjektiv-rechtlichen Schutzwirkung solcher Gesetze verfahren werden. Auch diese ist gegebenenfalls erst auf der Ebene der Rechtsanwendung bzw. ihrer gerichtlichen Durchsetzung (Kontrolle) zu konstituieren — und zwar, wie im folgenden zu zeigen sein wird (vgl. sub 2), durch entsprechendes (interpretatorische) typisierende Rechtsfolgekontrollen.

Zu deren Zwecken bedarf es weiterhin der Pflicht der (gesetzesanwendenden, planenden oder teilgenehmigenden) Verwaltung zur möglichst konkretisierungsgerechten (Stufen-)Entscheidung (vgl. bereits oben und speziell hierzu Wahl, DÖV 75, 375 f.). Denn erst von hier aus gelingt es, dem Erfordernis eines — nach Planungs- bzw. Genehmigungsstufen differenzierenden — „Stufensystems der Betroffenheit“ (Ossenbühl, Gutachten 50. DJT, B 177) gerecht zu werden. Eine solche Stufenbestimmung kann nicht abstrakt bzw. a priori vorgenommen werden; sie muß vielmehr konkret, d. h. je nach konkretem Gesetz und nach konkret-möglicher Rechtsfolge, erfolgen. „Stufenmäßige Betroffenheit“ bedeutet in diesem Sinne nichts anderes als einen formalen Kontrollmaßstab, der jeweils erst im Einzelfall zu aktualisieren ist. — Auf das Problem „tatsächlicher“ Betroffenheitsunterschiede kann es schließlich nur insoweit ankommen, als sich nach typisierender Rechtsfolgekontrolle (Prüfung der Frage, welche Rechtsfolgen sind typischerweise zu erwarten oder möglich?) gegebenenfalls bestimmte Betroffenheiten definitiv ausschließen lassen. Daß es hierbei — dem summarischen Charakter einer solchen Prüfung ebenso wie dem Gebot eines möglichst effizienten Rechtsschutzes gemäß — sehr großzügiger Kriterien bedarf, liegt auf der Hand (namentlich bei den vorstehenden Beispielen von Atomkraftwerken oder Industriensiedlungen mit entsprechenden, schwer kalkulierbaren Umweltgefährdungen).

Vgl. zum Ganzen weiter auch noch im Folgenden N. 240.

²³⁹⁾ Vgl. hierzu bes. Blümel, W. Weber-Festschrift, S. 539 ff.

2. Ein Verzicht auf das *subjektiv-öffentliche Recht* und seine *Systemfunktion* scheidet dennoch²³⁴⁾ aus. Die Krise des subjektiven Rechts ist vielmehr über dessen funktionsgerechte Öffnung zu lösen²³⁵⁾: Wo das (einfache) Gesetz das subjektiv-öffentliche Recht nicht mehr allseits verbindlich abzugrenzen vermag, dort ist das einseitige Beharren auf den Kriterien der sog. Schutznormtheorie unstatthaft. Wo ein konkreter Eingriff sich häufig erst im Rahmen objektiv-rechtlicher Gesetzesanwendung aktualisiert, dort ist das subjektiv-öffentliche Recht aus der Relation von subjektiver Rechtsfolge und verfassungsrechtlicher (grundrechtlicher) Eingriffskontrolle zu bestimmen. Verstärkt gilt dies dort, wo eine zur (partiellen) Eigenprogrammierung berufene Verwaltung selbst individuelle Schutzpositionen aufbauen und beseitigen kann. Das subjektiv-öffentliche Recht schützt zwar das private Interesse, kann (latent) aber auch öffentliche Interessen vertreten oder diesen bei inhaltlicher Kongruenz dienlich sein. Im Gegensatz zur Schutznormtheorie darf solche Kongruenz nicht zur Verneinung subjektiver Rechte führen. Das subjektiv-öffentliche Recht kann vielmehr und legitimerweise auch öffentliche Interessen repräsentieren und begrifflich aufnehmen, wenn diese *Repräsentation als inhaltlich typische Rechtsfolge eines Gesetzes nicht nur Ausdruck faktischer Zufälligkeit, sondern Ausdruck einer auch grundrechtlich Begünstigung des jeweils betroffenen Individuums* ist²³⁶⁾.

Diese funktionale Erweiterung des subjektiven Rechts bietet die Grundlage zur erforderlichen Öffnung des individuellen Rechtsschutzes: Der einzelne kann auch klagebefugt sein, wenn ihn objektiv-rechtliche Zweckmaßnahmen — in grundrechtsrelevanter Weise — als „Repräsentanten“ eines öffentlichen

²³⁴⁾ Selbst so massives Argumentationsgeschütz wie das vom subjektiv-öffentlichen Recht und von der individualen Beschwer als angeblich traditionalistischem Anachronismus o. ä. (vgl. so *Doran-Hinz-Mayer-Tasch*, Umweltschutz — Politik des peripheren Eingriffs, 1974, S. 47) öffnet keinen Weg zum objektiv-rechtlichen oder popular-klägerischen Rechtsschutz. Im Kompetenzsystem der grundgesetzlichen Gewaltenteilung und ihrer Rechtsschutzorganisation bleibt das Prinzip der subjektiv-rechtlichen Verwaltungskontrolle maßgebend.

²³⁵⁾ Vgl. auch *Bartlsperger*, VVDStRL 33, 252 ff.

²³⁶⁾ Als subjektiv-öffentliches Recht gilt danach nicht nur die willentliche und tatsächliche Begünstigung eines bestimmten Privatinteresses durch das Gesetz, sondern im Rahmen objektiven und nur tatsächlich privatbegünstigenden Rechts auch die Repräsentation öffentlicher Interessen bei entsprechender grundrechtlicher Legitimation oder grundrechtlichem Eingriffsschutz zugunsten eines tatsächlich (mit-)begünstigten Privatinteresses (vgl. bereits *R. Scholz*, Wirtschaftsaufsicht, S. 164 ff.; *ders.*, *WiR* 72, 55 f.).

Interesses treffen, das mit seinem Privatinteresse inhaltlich übereinstimmt²³⁷⁾. Als Beispiel sei etwa auf eigentumsrelevante Konstellationen im Bereich von Bau-, Raum- oder Wirtschaftsplanung verwiesen²³⁸⁾. Im Rahmen derart geschützter Individualbelange kann das Verwaltungsgericht auch allgemeine oder drittbetreffende Belange berücksichtigen, soweit sie der klägerisch-individuale Interessenschutz inhaltlich mit zu repräsentieren vermag²³⁹⁾. Selbst für die Masseneinwendung zeichnen sich von hier aus Lösungsansätze ab, die den Einzelnen auch

²³⁷⁾ Vgl. näher und m. w. Nachw. R. Scholz, *Wirtschaftsaufsicht*, S. 164 ff.

²³⁸⁾ Vgl. bes. eindeutig anerkannt bzw. praktiziert im baurechtlichen Nachbarschutz; vgl. z. B. die Fallbildungen in BVerwG, DVBl. 70, 57 ff.; 70, 60; 70, 61 f.; 70, 66; BVerwG, BauR 75, 191 ff.; BVerwGE 45, 309 (312 ff.); weitere Nachweise bes. bei Weyreuther, BauR 75, 1 ff.

Im Bereich der Wirtschaftsplanung bestehen vorerst nur Ansätze, die wie im Bau- und Raumrecht auf der Ebene mikroadministrativer („eingriffsrechtlich meßbarer“) Ausführung ansetzen (vgl. z. B. im Subventionsrecht BVerwGE 30, 191 ff.; im Verkehrsrecht BVerwGE 2, 141 f.; 9, 340 ff.; 10, 310 ff.; 16, 187 ff.; 30, 347 ff.; 30, 352 ff.; 31, 133 ff.; 31, 184 ff.); im makroökonomischen Lenkungsbereich typisch für die Verneinung von individuellen Klagebefugnissen VGH Mannheim, NJW 74, 2150.

²³⁹⁾ Vgl. in richtigem Ansatz danach BVerwGE 2, 141 f.; 9, 340 (341 f.); 16, 187 ff.; 27, 176 (180); 30, 347 (348 ff.); 30, 352 (353 ff.); 31, 133 (135 ff.); 31, 184 (185 ff.); BayVGh, BayVBl. 75, 273 (274 ff.); — nicht richtig bzw. zu eng dagegen z. B. BVerwGE 21, 338 (340); 30, 135 (136 ff.); 39, 345 (349); BVerwG, DVBl. 72, 678 (679 f.); BVerwG, NJW 75, 1373 (1374 f.); VGH Mannheim, NJW 74, 2150. — Dies bedeutet nicht den Schritt zur Popularklage, weil der einzelne nur kraft seiner individuellen Beschwer klagebefugt ist (vgl. im Gegensatz dazu in tatsächlich popularklägerischer Richtung Rehlinger-Burgbacher-Knieper, *Bürgerklage im Umweltrecht*, 1972, S. 118 ff.). Daß sich die Rechtsordnung derartige Interessenkoinzidenzen von privatem und öffentlichem Interesse zur Durchsetzung gerade auch des öffentlichen Interesses zunutze macht, ist nichts Neues. Dies beweisen z. B. die Fälle wirtschaftsrechtlicher Verbandsklagen (vgl. dazu anschließend sub 3.) oder die Fälle nach Art der §§ 11 I, II WZG, 13 II, IV PBefG. — Vgl. dazu schon R. Scholz, *Wirtschaftsaufsicht*, S. 72 ff., 83 f., 145 ff.; auch Wäldle, ZRP 75, 105 (106 ff.) und zum Subventionsrecht jetzt Zuleeg, *Subventionskontrolle durch Konkurrentenklage*, S. 62 ff.

Für die beispielhafte Rechtsgütertypik des Kartellrechts und seine bisher zu einseitig „objektiv-rechtliche“ (ordnungspolitische) Handhabung vgl. R. Scholz, *Wirtschaftsaufsicht*, S. 172 ff., und jetzt auch Sondergutachten der Monopolkommission Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, 1975, S. 23 ff.; ungleich offener und rechtsschutzeffektiver vgl. hier auch EuGH, EuR 74, 369 (373 f.) zum europäischen Kartellrecht; zum nationalen Kartellrecht vgl. neuerdings auch — als Wende? — BGH, NJW 75, 1223 f.

als mittelbaren „Sachwalter“ für allgemeinere oder gruppenmäßig gleichartige Interessen aktivlegitimieren²⁴⁰).

²⁴⁰) Dabei ist an die Feststellungen oben N. 232 anzuschließen und dementsprechend nach der potentiellen (typischen) Eingriffswirksamkeit der konkreten Maßnahme zu fragen. Dies erkennt auch prinzipiell das BVerwG im Flachglas-Urteil, wenn es für einen Bebauungsplan gegenüber Emissionsgefahren „stets ein hohes Maß an typisierender Betrachtung“ als „deshalb unerlässlich“ erklärt, „weil nach aller Erfahrung nur dadurch Aussicht besteht, eine beginnende Fehlentwicklung frühzeitig in den Griff zu bekommen“ (vgl. DÖV 75, 92 (98)). In diesem Sinne ist also bei der Typisierung bzw. typisierenden Vorausschau bestimmter, individual-rechtlich relevanter Rechtsfolgen anzusetzen (Gebot der individual-rechtlichen Folgediskussion). Der entgegengesetzte Weg, lediglich beim gesetzlichen Tatbestand selbst anzusetzen und dessen mögliche Rechtsfolgen außer Betracht zu lassen, verfängt dagegen nicht. Deshalb erweist sich beispielsweise auch der zuletzt von W. Schmidt, VVDStRL 33, 207 f. — noch deutlich in Anlehnung an die Schutznormtheorie — angestellte Differenzierungsversuch als nicht tragfähig; Schmidt sucht zwischen den folgenden drei Betroffenheitstypen zu unterscheiden: (1) Inhaber von Individualrechten (z. B. Eigentümer), (2) Entscheidungs- und Planungsbetroffene, die (sonstige) Schutznormen auch zu eigenen Gunsten anführen können, und (3) sonstige Betroffene, die nur „Einwendungen“ erheben können. Auch Schmidt erkennt, daß die Übergänge hier fließend sind (a. a. O., S. 208). Das Entscheidende ist aber, daß sich die konkret gegebene Form der Betroffenheit eben nicht vorab oder allein am gesetzlichen Tatbestand, sondern erst auf der Ebene der verwaltungsmäßigen Rechts- und Zweckkonkretisierung bzw. auf der Ebene der Rechtsfolgen — gleichsam rückschließend — feststellen läßt. Deshalb erscheint jeder Versuch, der vom gesetzlichen Tatbestand her nach dem Grad der Begünstigung Einzelner bzw. privater Interessen fragt, zu eng und damit ungeeignet. Stattdessen sollte umgekehrt verfahren werden und der einzelne Rechts- oder Einwendungsträger auch in seiner potentiell repräsentativen Stellung für alle in rechtlich relevanter Form Betroffenen gesehen und gegebenenfalls als klagebefugt anerkannt werden. Einen demgemäß richtigeren Weg beschreibt der Abgrenzungsversuch in: K. Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Stadtentwicklung — Von der Krise zur Reform, 1973, S. 186 ff. Dieser stuft inhaltlich „nach Sachgebieten“ (S. 187 f.) sowie nach der „Intensität der Planbetroffenheit“ (S. 188 ff.) ab und erschließt sich so eine recht umfassende Anwendbarkeit namentlich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Dieser (richtige) Grundansatz wird jedoch nicht durchgehalten; es wird dann doch zu schnell bzw. wieder zwischen „vorhandenen Besitzständen“ etc. und „allgemeinen Bürgerinteressen“ unterschieden; und dies, obwohl beispielsweise richtig erkannt wird, daß gerade das StBFG diese (traditionelle) Differenzierung als Schutzgütermaßstab (mit Recht) aufgegeben hat (vgl. a. a. O., S. 189). Übersehen wird überdies das Erfordernis des eingriffskontrollierenden Rückgriffs auf die Grundrechte und ihrer konkreten Wirkung für die jeweilige Betroffenheit. Maßgebend ist danach zunächst das konkrete Gesetz und seine gegebenenfalls planerische Umsetzung. Aus ihr und ihren Wirkungen für die tatsächliche Position des Einwendungsführers ergibt sich der rechtliche Bezug zu Gesetz und

Sogar *institutionelle Verbindungen* von öffentlichem und privatem Interesse kennzeichnen das subjektiv-öffentliche Recht in jenen Bereichen, in denen der Gesetzgeber verstärkt auf Verwaltungsermessen und verwaltungseigener Programmbildung vertraut, namentlich also im planerischen Bereich. Hier wechselt das subjektive Recht — häufig und durchaus konsequent — aus der Dimension der materiellen Rechtsgewährleistung in die der bloß formellen Verfahrensbeteiligung über²⁴¹).

Dem betroffenen und interessierten Bürger werden Rechte auf Anhörung, Einwendung, Information oder sonstige Beteiligung (Beiladung) im Verwaltungsverfahren gewährt; und dies geschieht zum Schutze privater wie zur Unterstützung öffentlicher Interessen. Privatnützig sind solche Verfahrensrechte, wenn sie den Verlust und die mangelnde Fixierung materieller

Grundrecht (beispielsweise Art. 14 GG). Aus der Relation beider — unter Einschluß einer gegebenenfalls auch nur hypothetisch — typisierenden Eingriffskontrolle — ergibt sich das Maß rechtlich zulässiger Betroffenheit. Das tatsächlich betroffene Eigentumsrecht eines Eigentümers steht dabei naturgemäß im spezifischen Zusammenhang mit anderen, gleichermaßen betroffenen Eigentumsrechten („Planungsverbund“); es repräsentiert diese mit wie umgekehrt diese es selbst mitrepräsentieren. Und dieser repräsentative Betroffenheitsgehalt ist maßgebend mit Betroffenheitsmaßstab; er wird prozessual zum Bestandteil der klägerischen Aktivlegitimation. Den Weg zur interpretativen Umsetzung dessen zeichnet z. B. die Rechtsprechung zum situationsbefangenen Eigentum und seiner legitimen wie illegitimen Beschränkungsmöglichkeiten vor (vgl. hier namentlich BVerwGE 4, 57 (60 f.); 5, 143 (144 f.); 26, 111 (119); 29, 357 (364); 32, 173 (178 f.); 35, 256 (260 f.) u. a.; zur Planung als Aktualisierung gerade dieser Situationsgebundenheit des Grundeigentums vgl. *Badura*, BayVerfGH-Festschrift, S. 182).

²⁴¹) Denn wenn das Gesetz mit der konkreten Zielsetzung auch die schutzwürdigen Interessen des Individuums nicht verbindlich präfixiert, dies vielmehr der verwaltungsmäßigen Programmkonkretisierung überläßt, muß dem Bürger als Kompensation verstärkt die Verfahrensbeteiligung zwecks eigener Interessenartikulation eingeräumt werden. Dieser Vorgang bildet weniger eine Form radikal-demokratischer Partizipation, sondern viel eher und prinzipiell eine Form rechtsstaatlich-kompensatorischer Rechtsgewährleistung (vgl. hierzu noch weiter unten sub III).

Als Beispiel sei auf die kommunale Raumordnung verwiesen (Anhörungsrecht der betroffenen Gemeinden): vgl. z. B. BayVerfGH, DVBl. 75, 28 (35); SaarVerfGH, DVBl. 75, 35 f.; *Hoppe-Rengeling*, Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform, S. 149 ff. — Im Wirtschaftsrecht vgl. z. B. R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 120 ff.; ders., Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 101. Allgemein vgl. bes. Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, S. 75 ff.; *Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 108; weitere Nachweise vgl. schließlich unten N. 260.

Rechte kompensieren oder anteziptierten Rechtsschutz gewähren sollen. Dem öffentlichen Interesse dienen solche Verfahrensrechte, wenn es um Effizienzfragen im Verwaltungsverfahren, wie umfassende Sachaufklärung und beschleunigte Sachentscheidung kraft Präklusion späterer Einwendungen, geht. Die interpretative Unterscheidung zwischen derart öffentlichen und privaten Interessen hat praktisch jedoch wenig Bedeutung. Vor allem inhaltlich offene (ermessensmäßige, planerische etc.) Verwaltungsverfahren bauen häufig auf die Kombination oder gar Substitution von öffentlichen und privaten Interessen²⁴²). Wenn der Gesetzgeber dafür, in Gestalt verfahrensrechtlicher Bürgerbeteiligung, organisatorische Voraussetzungen schafft, so müssen diese auch vom Verwaltungsgericht in ihrer interessenmäßigen Ambivalenz praktiziert werden. Der Versuch, hier zwischen privatem und öffentlichem Interesse zu differenzieren, würde den Zweck solcher Verfahrensrechte verkennen und damit auch zur inhaltlichen Rechtsschutzverkürzung beitragen. Denn wenn das Gesetz dem Bürger Rechte auf Beteiligung im Verwaltungsverfahren gewährt, so sind diese Rechte in ihrer spezifischen *Öffentlichkeits- und Privatinteresse verbindenden Sinnrichtung* einklagbar²⁴³)²⁴⁴).

²⁴²) Vgl. z. B. die Beteiligungsrechte in §§ 1 IV 3 u. 4, 4 I 2, II, 8 II, 9 I—IV, 10 IV StBFG; § 18 IV, V BFStrG, § 14 PBefG, §§ 10, 11 BImSchG, § 10 III—VII LuftVG, § 7 b AtomG, § 3 AtomAnlVO, § 31 WHG. Vgl. dazu im Zusammenhang bes. K. Lange, DVBl. 75, 130 (131 ff.); Battis, Partizipation im Städtebaurecht, Habilitationsschrift Berlin (MS); Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahren, S. 24 ff., 217 ff.; Blümel, W. Weber-Festschrift, S. 548 ff.; R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 79 ff., 120 f.; Mayntz, in: Demokratie und Verwaltung, 1972, S. 341 ff.; vgl. in richtiger Blickrichtung auch z. B. BayVG, DVBl. 75, 199 (202).

²⁴³) Dies gilt auch dann, wenn die Beiladung zum Verwaltungsverfahren im Ermessen der Verwaltung steht (so § 13 II EVwVfG, § 51 II Nr. 4 GWB). Vgl. bereits R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 79 ff., 197 f. (in verfassungskonformer Auslegung des § 51 II Nr. 4 GWB); aus anderer Blickrichtung vgl. auch Soell, Wahl-Festschrift, 1973, S. 439 (440 ff.); ders., Die Verwaltung 1973, 499 (503 f.); vgl. weiterhin — aber zu pauschal — Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahren, S. 22 ff. (Anspruch auf Beiladung im Verwaltungsverfahren kraft Art. 1 I GG); vgl. weiterhin richtig sowie weiterführend die Vorstellung einer „Partizipationsklage“, wie sie Battis, Partizipation im Städtebaurecht, a. a. O., ders., ZRP 75, 111 (112 f.), vorgestellt hat. Nicht richtig dagegen BVerwG, DÖV 75, 92 (93); 75, 99 f.

Verfassungswidrig ist die Regelung der §§ 48, 60 III 2 FGO, soweit diese die Klagebefugnis beschränkt (vgl. Entwurf eines Verwaltungsgerichtsgesetzes, 1969, S. 223 f. m. w. Nachw.).

Aus dem spezifischen Sinnzusammenhang von privatem und öffentlichem Interesse entsprechender Beteiligungsrechte folgt zugleich, daß diese nicht aus einer erweiternden — auf das Verwaltungsver-

3. Durch die Öffnung des subjektiv-öffentlichen Rechts zur legitimen Repräsentation auch öffentlicher Interessen und durch die verwaltungsverfahrensmäßige Verbindung von privatem und öffentlichem Interesse gelingt es dem individualen Verwaltungsrechtsschutz, auch *kollektive Rechtsschutzanliegen* zu vermitteln. Die grundsätzliche Berechtigung solcher Anliegen steht mit der Zunahme gruppenmäßiger Rechtsbetroffenheit und den wachsenden Schwierigkeiten individueller Rechtsverfolgung außer Streit. Problematisch sind jedoch die aktuell diskutierten Rechtsschutzformen von *Popular-* und *Kollektiv-* bzw. *Verbandsklage*²⁴⁵).

fahren erstreckten — Anwendung des Prinzips des rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) zu erklären sind. Denn abgesehen davon, daß das Gebot des Art. 103 I GG nur im Ausnahmefall des quasi-justiziell gestalteten Verwaltungsverfahrens angewandt werden kann (vgl. weitergehend allerdings z. B. Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, S. 75 ff.; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 103 I Rdnr. 92 m. w. Nachw.; zuletzt vgl. dazu Schickedanz, ZRP 75, 182 ff. — vgl. dazu auch schon R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 121 m. N. 60), der eigentliche Standort derartiger Beteiligungsrechte liegt aus Rechtsschutzsicht bei der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG bzw. deren Effektuierung oder Kompensation (vgl. Lerche, ZZP 78, 2 ff., 23 ff., und weiter noch anschließend sub 3).

Aus der Rechtsprechung vgl. richtig vor allem BVerwGE 2, 141 f.; 9, 340 (341 f.); 16, 187 (188 f.); 30, 347 (348).

²⁴⁴) Die spezifische Verbindung von öffentlichem und privatem Interesse gestattet dem Verwaltungsgericht erneut auf die Pflicht der Verwaltung zur Beachtung aller verfahrens- wie materiell-rechtlich relevanten Umstände zu erkennen, soweit die klägerische Anhörung, Einwendung oder Belladung diese (mit-)zurepräsentieren vermag.

²⁴⁵) Vgl. näher M. Wolf, Die Klagebefugnis der Verbände, 1971; Faber, Die Verbandsklage im Verwaltungsprozeß, 1972; Rehbinders-Burgbacher-Knieper, Bürgerklage im Umweltrecht, 1972; Bleckmann, VerwArch 1972, 183 ff.; Rupp, ZRP 72, 32 ff.; Naumann, DÖV 71, 378 ff.; Blümel, W. Weber-Festschrift, S. 564 f.; Bettermann, ZZP 85, 133 ff.; ders., AöR 99, 501 ff.; Redeker, DVBl. 73, 744 ff.; R. Scholz, ZHR 137, 266 ff.; ders., Wirtschaftsaufsicht, S. 83 ff.; Brohm, VVDStRL 30, 300 f.; W. Schmidt, VVDStRL 33, 210 f.; Bartlspurger, VVDStRL 33, 259 ff.; Stelkens, DVBl. 75, 137 ff.; Hofmann, BayVBl. 72, 524 ff.; 73, 265 f.; von Mutius, VerwArch 1973, 311 ff.; Wäldle, ZRP 75, 105 ff.; Lorenz, Rechtsschutz, S. 72 ff.; H. Krüger, MDR 53, 518 ff.; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 6. Aufl. 1975, S. 158 f.; Streckel, in: Rehbinders, Recht im sozialen Rechtsstaat, 1973, S. 329 (352 ff.); Eyermann, BayVBl. 74, 237 (242 f.); Doran-Hinz-Mayer-Tasch, Umweltschutz — Politik des peripheren Eingriffs, S. 41 ff.

Aus der Rechtsprechung vgl. bes.: VGH Mannheim, NJW 72, 1101 ff.; OVG Koblenz, ZBR 73, 109 ff.; BayVGH, BayVBl. 75, 420 f.; OVG Lüneburg, KStZ 75, 56 f. (mit dem — nicht verallgemeinerungsfähigen — Kriterium der Verbandsvertreterbefugnis in „berufsstandsspezifischen Angelegenheiten“).

Für die Popularklage sollte rechtsschutzpolitisch nur dort Raum sein, wo es um die prozessuale Durchsetzung gesetzlich-popularer Einwendungsrechte im Verwaltungsverfahren selbst geht²⁴⁶⁾. Für eine allgemeine bzw. materiell-rechtlich orientierte Popularklage spricht hingegen wenig²⁴⁷⁾. Sie wäre vor allem nicht geeignet, die drohenden Massenklageverfahren zu bewältigen²⁴⁸⁾. Dies vermöchte eher die Verbandsklage. Auch gegen diese sprechen jedoch zumindest insoweit viele Gründe, als es um „altruistische“ (nicht „egoistische“) Kollektivklagen geht. Denn sie vertreten keine subjektiv-rechtliche Klageposition²⁴⁹⁾; und eine demokratisch-partizipative Klagebefugnis ist dem System von Verwaltungsprozeß und Rechtsschutzgarantie fremd²⁵⁰⁾. Verbandsklagen setzen ein *rechtlich*, nicht nur fak-

²⁴⁶⁾ Vgl. z. B. die Einwendungsrechte aus § 18 III, IV BFStrG lt. BT-Ausschuß für Verkehr (BT-Drucks. 7/1828, S. 5).

Vgl. in dieser Richtung auch den erwägenswerten Vorschlag von *Blümel*, W. Weber-Festschrift, S. 564 f., die Verbandsklage an das förmliche Verwaltungs- und Planfeststellungsverfahren als kollektive Verfahrensbeteiligung anzubinden; vgl. ebenso *Hofmann*, Bay-VBl. 72, 525.

²⁴⁷⁾ Dies gilt auch für den Umweltschutz. Die hiesigen Befürworter der Popularklage (vgl. bes. *Rehbinder-Burgbacher-Knieper*, Bürgerklage im Umweltrecht, passim; *Doran-Hinz-Mayer-Tasch*, Umweltschutz, S. 41 ff.) übersehen vor allem, daß solche Klagen den Umweltschutz kompetenziell weitgehend auf die Verwaltungsgerichte überwälzen würden; und diese sind für eine solche, wesentlich metajuristische Verantwortung kaum geeignet (vgl. richtig *Bartlisperger*, VVDStRL 33, 263). Zur Individual-Popularklage im Wettbewerbsrecht vgl. skeptisch jüngst *Schricker*, ZRP 75, 189 ff.

²⁴⁸⁾ Solche Verfahren drohen vor allem im Rahmen von Planfeststellungsverfahren jedweder Art, von Immissionsschutz und Genehmigungungsverfahren zur Errichtung von Atomkraftwerken. Zur tatsächlichen Breitenwirkung namentlich von Finanzprozessen vgl. *Voß*, DRiZ 75, 70 (71); für die Sozialgerichtsbarkeit vgl. entsprechend *Wannagat*, SGB. 74, 361 (363) — in kritischer Distanz vgl. hierzu auch *Larenz*, Henkel-Festschrift, 1974, S. 33 (35 ff.).

²⁴⁹⁾ Sondern nur faktisch gebündelte Interessen, die nicht in entsprechend subjektive Rechtspositionen „umschlagen“ (vgl. bereits *R. Scholz*, ZHR 137, 267 ff.; *Bettermann*, ZRP 85, 134 ff. gegen *M. Wolf*, Klagebefugnis der Verbände, S. 7 ff., und *Bettermann*, AöR 99, 502 ff. gegen *Faber*, Verbandsklage, S. 59 ff.).

Auch aus dem Status der „Öffentlichkeit“ von Verbänden ergibt sich nichts Gegenteiliges (a. A. aber *H. Krüger*, MDR 53, 520); denn „Öffentlichkeit“ in diesem Sinne impliziert kein rechtlich legitimierendes Repräsentationsmandat der Verbände (vgl. näher und m. w. Nachw. hierzu *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 195 ff.).

²⁵⁰⁾ Vgl. allgemein dazu und bes. *Blümel*, Forsthoff-Festschrift, 1972, S. 23 ff.; *Schmitt-Glaeser*, VVDStRL 31, 217 ff., 221 ff., 240 ff.; *Rupp*, NJW 73, 1769 (1772); vgl. in dieser Richtung wohl auch *BVerfG*, JZ 74, 377 (378 f.) — a. A. insbes. *Faber*, Verbandsklage, S.

tisch *legitimiertes Repräsentationsmandat* sowie dessen prozessuale Umsetzbarkeit — etwa durch Rechtskrafterstreckung auf die Verbandsmitglieder — voraus²⁵¹). Beides ist jedoch nicht gewährleistet²⁵²; und für ein Institut nach Art der amerikanischen class action²⁵³) fehlen hiesigen Orts fast alle Voraussetzungen²⁵⁴). Soweit das geltende Recht dennoch Verbandsklagen anerkennt²⁵⁵), handelt es sich um *objektive Beanstandungsklagen*, die als tatsächliche Popularklagen *neben* dem individuellen Rechtsschutz stehen²⁵⁶) ²⁵⁷). Solche Verbandsklagen ließen sich

59 ff. (vgl. dagegen bereits R. Scholz, JR 72, 397); vgl. hier auch W. Schmidt, VVDStRL 33, 210.

²⁵¹) Vgl. R. Scholz, ZHR 137, 267 f.; Bettermann, ZJP 85, 144; von Mutius, VerwArch 1973, 315 ff.

Zum Verhältnis des Rechtsschutzbedürfnisses eines Verbandes und dem seiner Mitglieder vgl. außerordentlich problematisch OLG Hamburg, MDR 75, 321.

²⁵²) Dem läßt sich auch nicht über die gesetzliche Zwangsverbandsbildung abhelfen. Denn selbst wenn man solche Zwangsorganisationen im Falle einer sog. „legitimen öffentlichen Aufgabe“ mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 10, 89 (102); 10, 354 (363); 15, 235 (241) u. a.) zulassen wollte (zur Kritik vgl. m. w. Nachw. bereits R. Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 270 ff.; ders., AöR 100, 124 ff.), so wäre eine solche doch jedenfalls dort nicht gegeben, wo kollektiv-rechtliche Klagebefugnisse zu Lasten oder unter (partieller) Verdrängung individual-rechtlichen Rechtsschutzes eingeführt werden sollten; und dies wäre bei (vorrangiger und rechtlich verbindlicher) Repräsentation wie bei zwingender Rechtskrafterstreckung der Fall. Anders wären entsprechende Zwangszusammenschlüsse nur dort zu beurteilen, wo sie lediglich neben oder im Vorfeld des individuellen Rechtsschutzes fungierten (vgl. in dieser Richtung auch Blümel-Ronellenfisch, Die Planfeststellung in der Flurbereinigung, 1975, S. 82 ff.).

²⁵³) Vgl. Rule 23, Federal Rules of Civil Procedure for the US District Courts. Die Besonderheit der class action besteht vor allem in der Rechtskrafterstreckung auf die class-Angehörigen und im partiellen Verzicht auf die Dispositionsmaxime (vgl. näher an deutschem Schrifttum Witzsch, JZ 75, 277 ff.; Steindorff, ZHR 138, 504 (511 ff.); Wäldle, ZRP 75, 107 ff.; Buxbaum, Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen, 1972, S. 18 ff.).

²⁵⁴) Zu entsprechenden Reformüberlegungen im Wettbewerbsrecht vgl. allerdings Steindorff, a. a. O.

²⁵⁵) Vgl. §§ 8 IV HandwO, 13 I UWG, 35 II GWB, 2 I ZugabeVO, 12 I RabattG. Zur wirtschaftsrechtlichen Verbandsklage nach diesen Regelungen vgl. bes. Schrickler, GRUR Int. 73, 453 (454 ff.); E. von Hippel, Verbraucherschutz, 1974, S. 72 ff., 87; Hadding, JZ 70, 305 ff.; Bußmann, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1969, S. 312 ff.; R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 83 f.

²⁵⁶) Vgl. R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 83 f.; Rupp, ZRP 72, 35.

²⁵⁷) Eine weitere Frage ist, inwieweit *gemeindliche* „Verbandsklagen“ zugunsten der Gemeindeeinwohner gegenüber staatlichen Planungsmaßnahmen oder staatlichen Umweltgefährdungen zugelassen

auch im Verwaltungsrecht denken, namentlich in planerischen, umweltschützenden, wettbewerbs- und konsumpolitischen Ordnungsbereichen. Die Probleme des individuellen Verwaltungsschutzes lösten solche Kollektivklagen indessen nicht. Mehr Rechtsschutzeffektivität und Systemkonformität verspricht ein Abstellen auf den individuellen Rechtsträger und seine potentielle Repräsentanz auch gruppentypischer Rechtsgefährdungen²⁵⁸).

III. Kompensatorischer Rechtsschutz in der Verwaltung

Gestatten Sie zum Schluß noch einige Bemerkungen zum *kompensatorischen Rechtsschutz in der Verwaltung*.

Ein solcher Rechtsschutz ist vor allem dort zu diskutieren, wo — wie im planerischen, gestaltenden und metajuristischen Zweckbereich — gerichtliche Ex-post-Kontrollen zeitlich oft zu spät kommen oder inhaltlich zu eng ausfallen²⁵⁹). Hier können

werden. Da die Gemeinden insoweit auch über ein verfassungsrechtlich legitimates, demokratisches Repräsentationsmandat verfügen (vgl. dazu m. w. Nachw. R. Scholz, Wesen und Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, S. 42 ff.), können solche Klagen durchaus — jenseits der rechtsstaatlichen Verteidigung subjektiver (Individual-)Rechte — in Betracht kommen (vgl. auch Schmidt-Aßmann, DÖV 74, 547; Papier, DVBl. 75, 463; zu eng BayVGh, BayVBl. 75, 114 ff.; offener dagegen VG Freiburg, DVBl. 75, 343 (344); zum Ganzen vgl. auch Pankoke, Die Verwaltung 1971, 395 ff.). In diesem Zusammenhang ist weiterhin auch die Zulassung zwischengemeindlicher Planungsnachbarklagen zu sehen, zugelassen durch BVerwG, DVBl. 73, 34 ff. mit dem richtigen Ansatz einer subjektiv-rechtlichen Klagebefugnis (vgl. dazu näher auch noch Hoppe, Wolff-Festschrift, 1973, S. 307 ff.).

²⁵⁸) Dies zeigt sich auch beim Umweltschutz. Da ein Verband (juristische Person) als solcher nicht subjektiv-rechtlich betroffen ist, dies nur seine Mitglieder kraft individueller Berechtigungen sein können, sollte prinzipiell von deren (zugleich „repräsentierender“) Klagebefugnis — gegebenenfalls durch prozessuale Erleichterungen unterstützt (im Kostenrisiko etc. — vgl. hier vor allem die Grundlage im Würgassen-Urteil des BVerwG, DVBl. 72, 678 (682); auch BayVGh, BayVBl. 75, 273 (276 f.) — ausgegangen werden. Vgl. in dieser Richtung auch Kloepfer, Zum Umweltschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, o. J., S. 29 f. mit dem insoweit richtigen Plädoyer für ein (Individual-)Grundrecht auf ungefährdete Umwelt; zu einem solchen Grundrecht vgl. kontrovers im übrigen BVerwG, DÖV 75, 605; Umweltprogramm der Bundesregierung (BT-Drucks. VI/2710); H. Klein, W. Weber-Festschrift, 1974, S. 643 ff.; E. Reh-binder, ZRP 70, 250 ff.; Rupp, JZ 71, 401 ff.; zur im übrigen wesentlich analogen Fragestellung des Art. 141 III BayVerf. vgl. BayVGh, BayVBl. 75, 420 f. (kein Recht juristischer Personen; ebenso VG Ansbach, DVBl. 75, 150 (151 f.)), BayVGh, DVBl. 75, 545 ff. mit kritischer Anm. Bettermann; BayVerfGH, BayVBl. 75, 419 f.; VG München, BayVBl. 75, 421 ff.; 75, 425 ff.

²⁵⁹) Vgl. hierzu schon die Nachweise oben N. 54, 55, 56.

quasi-justiziell gestaltete Verwaltungsverfahren und bürgerliche Rechte auf Anhörung, Einwendung oder Beiladung im Verwaltungsverfahren *antecipatorischen Rechtsschutz* gewähren und so einige Effizienzverluste im gerichtlichen Rechtsschutz ausgleichen²⁶⁰). Ein derart *antecipatorischer Rechtsschutz* findet in den Grundsätzen des *effektiven Rechtsschutzes* und der *offenen, funktionsteiligen Gewaltengliederung* seine prinzipielle Legitimation, zugleich aber auch seine zwingende — sprich kompetenzrechtliche — Begrenzung²⁶¹). Denn jedes Verwaltungsverfahren ist zunächst der zweckrationalen Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe verpflichtet. Dem Rechtsschutz kann es nur insoweit und inzident dienen, wie dies die konkrete Zweckverantwortung erlaubt²⁶²).

Diese kompetenzrechtlichen Grenzen jedes kompensatorischen Rechtsschutzes in der Verwaltung werden freilich oft übersehen. Vor allem die Faszinationen einer nicht nur demokratie-, sondern auch rechtsstaatlich begründeten Partizipationsidee²⁶³) haben hier manchen Blick getrübt²⁶⁴). Reduziert

²⁶⁰) Vgl. mit allerdings unterschiedlicher Ausrichtung *Blümel*, Forsthoff-Festschrift, 1972, S. 23 ff.; *Lerche*, ZZP 78, 2 ff.; *Battis*, Partizipation im Städtebaurecht, a. a. O.; *Haberle*, VVDStRL 30, 43 (86 ff., 125 ff.); *ders.*, JZ 75, 297 (303 f.); *Schmitt-Glaeser*, VVDStRL 31, 200, 204 ff., 240 ff.; *W. Schmidt*, VVDStRL 33, 207 ff., 210 ff.; *Seidler*, Rechtsschutz bei staatlicher Wirtschaftsplanung, S. 144 ff., 147 ff.; *Schmidt-Aßmann*, DÖV 74, 547; *Soell*, Wahl-Festschrift, S. 454 f.; *Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, S. 58 ff.; *R. Scholz*, Wirtschaftsaufsicht, S. 109 ff., 120 ff.

²⁶¹) Vgl. dazu bereits oben C I 1.

Zur verfassungsrechtlichen (grundrechtlichen) Position und Strukturierung der Kompensation vgl. allgemein *R. Scholz*, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, 1974, S. 110 ff. m. w. Nachw.

²⁶²) Deshalb gehört auch die Staatsaufsicht, selbst wenn sie (auch) Rechtmäßigkeitskontrolle ist, nicht in den Kontext des kompensatorischen Rechtsschutzes. Denn Rechtmäßigkeitsverantwortung dieser Art in der Verwaltung ist zweckorientierte Selbstkontrolle und kann allein indirekt auch den Interessen betroffener Bürger dienen. Rechtsschutzkompensatorische Intendenzen bestehen daher nicht. Verwaltungsinterne Kontrollen haben generell zunächst die Aufgabe, eine verantwortliche und als solche auch rechtmäßige Exekutive zu sichern (vgl. richtig *Schwarze*, DVBl. 74, 893 (899)). Eine Rechtsschutzfunktion übernimmt die Staatsaufsicht lediglich dort, wo sie (gleichzeitig) Widerspruchsinanz gemäß §§ 68 ff. VwGO ist.

²⁶³) Vgl. näher bes. *Walter*, VVDStRL 31, 147 ff.; *Schmitt-Glaeser*, VVDStRL 31, 179 ff.; *Blümel*, Forsthoff-Festschrift, 1972, S. 9 ff.; *Rupp*, NJW 72, 1537 ff.; *Battis*, Partizipation im Städtebaurecht, a. a. O.; *W. Schmidt*, VVDStRL 33, 207 ff., 210 ff.; *Ossenbühl*, Gutachten 50. DJT, B 119 ff., 130 ff., 192 ff.; *Grauhan*, PVS 1972 Sonderheft 4, S. 84 ff.; *Dienel*, Die Verwaltung 1971, 151 ff.; *Dagtoglou*, DVBl. 72, 712 ff.; *Mayntz*, in: Demokratie und Verwaltung, 1972, S. 341 ff.; *Riedl*, Städtetage 73, 207 ff.

man die Vorstellung der Partizipation aber auf ihren verfassungsrechtlich tragfähigen (allein grundrechtlichen) Kern, so zeigt sich bald, daß die Gleichungen *effektiver* = *antezipatorischer Rechtsschutz* und *antezipatorischer* = *partizipatorischer Rechtsschutz* nicht aufgehen.

Einen ungleich effektiveren sowie kompetenzgerechteren Rechtsschutzansatz versprechen dagegen Verwaltungsverfahren, in denen sich die Verwaltung schon aus eigenen, zweckautonomen Gründen quasi-justizieller Verfahrensformen bedient²⁶⁵). Dies geschieht vor allem dort, wo die Nutzung metajuristischen („unvertretbaren“) Sachverständes kollegiale und (partiell) unabhängige Verwaltungseinheiten fordert. Organisationen dieser Art finden sich ebenso in unabhängigen Prüfungsausschüssen wie in den speziellen Beschlüssen der Patent-, Kartell- und Versicherungsaufsicht²⁶⁶). Status und Verfahren dieser Organisationen werfen zwar andere Rechts- und Verfassungsprobleme — wie die Frage nach Statthaftigkeit und Grenzen ministerialfreier Räume²⁶⁷) — auf; unter dem Aspekt antezipatorischen Rechtsschutzes tragen sie aber gerade dort, wo die Kontrollkompetenz der Verwaltungsgerichte an die Grenzen metajuristischer Verwaltungsverantwortung stößt, zu

²⁶⁴) Vgl. im Ergebnis auch Ossenbühl, Gutachten 50. DJT, B 125 ff., 174 f., 193 f.; Blümel, Forsthoff-Festgabe, 1967, S. 157 ff.; ders., Forsthoff-Festschrift, 1972, S. 26 ff.; Rupp, NJW 73, 1769 (1972); R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 121; vgl. auch Bettermann, VVDStRL 17, 170; Bartlsperger, VVDStRL 33, 260 ff.; W. Zeidler, DVBl. 73, 719 (720).

²⁶⁵) Zum entsprechenden Zusammenhang von Verwaltungsprozeß und Verwaltungsverfahren bzw. zur prinzipiellen Möglichkeit gegenseitiger Ergänzung vgl. mit freilich unterschiedlicher Akzentuierung Bettermann, VVDStRL 17, 168 ff.; Ule, DVBl. 57, 597 ff.; 58, 9 f.; Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, S. 35 ff., 44 ff., 50 ff., 58 ff.; Schmitt-Glaeser, VVDStRL 31, 241; auch Bachof, DVBl. 58, 6 ff.

²⁶⁶) Vgl. §§ 17, 18, 26 ff. PatG i. d. F. v. 2. 1. 68 (BGBl. I, S. 2), §§ 48, 51 ff. GWB i. d. F. v. 4. 4. 74 (BGBl. I, S. 869), §§ 1 ff. BAG v. 31. 7. 51 (BGBl. I, S. 480) in Verb. m. §§ 2 ff. DVO-BAG vom 25. 3. 53 (BGBl. I, S. 75).

Zum Verfahren von Versicherungsaufsicht und Kartellaufsicht siehe vergleichend z. B. Rittner, H. Kaufmann-Festschrift, 1972, S. 307 (315 ff.); zur Öffentlichkeit dieser Verfahrensformen als „Instrument präventiver Rechtmäßigkeitskontrolle“ vgl. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 57; R. Scholz, NJW 73, 481 (485).

²⁶⁷) Vgl. dazu BVerfGE 9, 268 (282); BremStGH, NJW 74, 2223 (2228 ff.); E. Klein, Die verfassungsrechtliche Problematik des Ministerialfreien Raums, 1974, S. 36 ff., 43 ff., 58 ff., 73 ff., 144 ff.; Fichtmüller, AöR 91, 297 ff.; Dahlgrün, in: Demokratie und Verwaltung, 1972, S. 317 ff.; Loening, DVBl. 54, 173 ff.

wirksamer und kompetenzgerechter Rechtsschutzkompensation bei²⁶⁸⁾ 269).

²⁶⁸⁾ Vgl. näher *Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, S. 62 f.; *Bachof*, VVDStRL 30, 235; *Ossenbühl*, DVBl. 74, 311 ff.; BVerwGE 39, 197 (203 ff.) — nicht richtig dagegen die Blickrichtung bei *Rittner*, H. Kaufmann-Festschrift, S. 320 ff.

Das Entscheidende ist hier allerdings nicht die „Unvertretbarkeit“ der kollegialen Entscheidung, die das BVerwG in seiner Entscheidung zur Bundesprüfstelle betont hat (BVerwGE 39, 203 f.). Denn organisatorisch ist jedes Verwaltungsverfahren anders als das Gerichtsverfahren gestaltet — ohne damit für dessen Kontrollkompetenz „unvertretbar“ zu werden. Sollte damit aber die spezifische Unabhängigkeit und Kollegialität des entscheidenden Verwaltungsgremiums gemeint sein, so darf erst recht nicht auf „Unvertretbarkeit“ im Sinne von Kontrollbeschränkung geschlossen werden; denn die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG würde jede Organisationsmaßnahme dieser Art dann als potentielle Umgehung ihrer selbst ansehen. Die Kontrollbeschränkung ergibt und legitimiert sich allein aus der (partiell-)metajuristischen Maßstabskompetenz der Verwaltung. Aus ihr folgt, vom juristischen Kontrollmaßstab her gesehen, in der Tat die vom BVerwG in Anschluß an *Redeker*, DÖV 71, 757 (762) beschworene „Bandbreite der (vom Gericht zu akzeptierenden) Entscheidungsmöglichkeiten“ (vgl. a. a. O., S. 203). Innerhalb dieser Entscheidungsalternativen ist jede Entscheidung rechtmäßig, wenn sie sich im Rahmen der gesetzlichen Entscheidungsermächtigung hält (begrifflich nicht genau BVerwGE 39, 205: „mehrere rechtmäßige Entscheidungen (sind) möglich“); hierauf ist jedoch jede konkret getroffene Entscheidung überprüfbar. Deshalb kommt es hier auf eine besonders sorgfältige Begründung der Verwaltungsentscheidung an (dies betont zu Recht für Entscheidungen der Filmförderung VG Berlin, NJW 73, 1148 (1149 f.)).

Im metajuristischen Entscheidungsbereich soll das Verfahren der spezifischen kollegialen Sachverständnisumsetzung die möglichst sachgerechte („zweckrichtige“) Entscheidung gewährleisten. Hierin liegt der spezifisch kompensatorische Effekt. Ungeklärt ist jedoch noch die Frage, inwieweit die Einführung derartiger Verfahren und Organisationsformen ihrerseits auf deren Eignung kontrollierbar ist. Vgl. weiterhin die auch demokratiestaatlichen Bedenken von *Papier*, DVBl. 75, 463, die gleichfalls nicht ohne weiteres übergangen werden dürfen.

²⁶⁹⁾ Nicht sachgerecht erscheint daher der Vorschlag im Zwischenbericht der Enquête-Kommission für Fragen der Verfassungsreform, das Widerspruchsverfahren in der Verwaltung einer Widerspruchsinstanz zu überantworten, die mit richterlicher Unabhängigkeit und (doch) voller Verantwortungskompetenz für das beanstandete Verhalten Recht- und Zweckmäßigkeit kontrollieren kann (vgl. BT-Drucks. VI/3829, S. 34). Denn hiermit wird kein Mehr an rechtlicher Verantwortung und kein höheres Maß an fachlicher Verantwortung erreicht. Im Gegenteil, das System verantwortlicher Verwaltungsorganisation wird in gerade verantwortungshindernder Weise relativiert. Das Prinzip der Unabhängigkeit hat hier nicht den spezifisch legitimierenden Gehalt wie beim Gericht gemäß Art. 97 GG (zum legitimatorischen Gehalt richterlicher Unabhängigkeit vgl. bes. *Eichen-*

Im übrigen liegt die Verantwortung für den juristischen Rechtsschutz prinzipiell bei den Gerichten und ihren institutionellen, gegebenenfalls fortzuentwickelnden, d. h. nicht zu ersetzenden Verfahren spezifischer Rechtsverwirklichung. Zwischen gerichtlichem und verwaltungsmäßigem Rechtsschutz besteht kein Verhältnis gegenseitiger Substituierbarkeit und kein Verhältnis der Subsidiarität²⁷⁰). Der Rechtsschutz in der Verwaltung kann einzig unterstützende Funktionen im *Vorfeld des gerichtlichen Rechtsschutzes* übernehmen (*Verhältnis der Supplementarität*). Denn Verwaltungsrechtsschutz und Verwaltungsverantwortung stehen im Verfassungsstaat nebeneinander und bedingen einander gegenseitig. Ihr „Spannungsverhältnis muß“ — um mit einem Worte *Fritz Werners*²⁷¹) zu schließen, dessen Name über dem heutigen Thema gestanden haben könnte — „durchgestanden werden“ und dieses Spannungsverhältnis wird sich stets als „fruchtbar“ erweisen, „wenn es auf Seiten der Verwaltung nicht zu Ressentiments der unterlegenen Prozeßpartei und auf Seiten der Verwaltungsgerichte nicht zur richterlichen Hybris führt.“

berger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S. 83 ff.).

²⁷⁰) Zu weitgehend insofern Schwarze, DVBl. 74, 901; ohne Aussagekraft insoweit BVerfGE 30, 1 (24 f.) — vgl. richtig Ossenbühl, Gutachten 50. DJT, B 174.

²⁷¹) Vgl. in: Recht und Gericht in unserer Zeit, S. 318.

Leitsätze des Berichterstatters über:

Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

I.

1. Die *Verwaltungsverantwortung* umfaßt diejenigen *Verantwortlichkeiten und Verfahren, Zuständigkeiten und spezifischen Handlungsspielräume*, die das System der öffentlichen Verwaltung rechtlich und politisch verfassen.

2. Kernstück der *Verwaltungsverantwortung* ist der *Verwaltungszweck*. Funktionsmäßig ist das System der *Verwaltungszwecke* nicht geschlossen (Offenheit der *Verwaltungszwecke*); in der Methodik ist es multi- (und teilweise) interdisziplinär (Methodenvielfalt oder Pluralität der *Verwaltungsdisziplinen*).

3. Als — organisations- und verfahrensrechtlich prinzipiell offener — Entscheidungsprozeß hat das *Verwaltungsverfahren* den konkreten *Verwaltungszweck* zu verwirklichen.

Im Gegensatz zum *verwaltungsgerichtlichen Verfahren* dient das *Verwaltungsverfahren* primär der Konkretisierung von (juristisch wie metajuristisch bestimmten) *Verwaltungszwecken* und nur sekundär der Konkretisierung von (juristischen) *Rechtswirken*.

4. Im Gegensatz zum *verwaltungsgerichtlichen Verfahren* hat das *Verwaltungsverfahren* nicht nur juristischen, sondern auch metajuristischen *Richtigkeitsansprüchen* zu genügen.

Im Bereich metajuristischer *Richtigkeitsgewähr* gilt der kompetenzielle Vorrang der *Verwaltungsentscheidung*; im Bereich juristischer *Richtigkeitsgewähr* gilt der kompetenzielle Vorrang der *gerichtlichen Entscheidung*.

II.

5. Die verfassungsrechtliche *Rechtsschutzgarantie* des Art. 19 IV GG gewährleistet im Verhältnis Bürger — Staat den effizienten *Rechtsschutz*. Das Verfassungsprinzip der Gewaltenteilung fordert im Verhältnis *Verwaltungsgerichtsbarkeit* — Verwaltung den kompetenzgerechten *Rechtsschutz*.

6. *Verwaltungsrechtsschutz* heißt grundsätzlich subjektiv-rechtliche (nur inzident objektiv-rechtliche), individuelle („punktueller“) und repressive *Rechtsschutzgewähr*.

Der Verwaltungsrechtsschutz orientiert sich prinzipiell an den konkreten Entscheidungsformen der Verwaltung.

7. Das Prinzip des effizienten Verwaltungsrechtsschutzes fordert den flexiblen Rechtsschutz. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit muß auf veränderte Wirkungsformen und Eingriffsmuster in der öffentlichen Verwaltung reagieren und die Typik ihrer Klagesysteme entsprechend offenhalten.

8. Das Prinzip des effizienten Verwaltungsrechtsschutzes fordert ebenso die Kontrolle makro- wie mikroadministrativer Verwaltungsentscheidungen; auch gestaltende, planende, „mittelbare“, „verwaltungsinterne“ und „gruppenförmige“ (kollektive) „Eingriffe“ der öffentlichen Verwaltung bedürfen der effektiven Gerichtskontrolle.

9. Kompetenziell wird der Verwaltungsrechtsschutz durch die eigene (politische) Zweckverantwortung der Verwaltung und den Maßstab allein juristischer (nicht auch metajuristischer) Verwaltungskontrolle beschränkt. Im Bereich (auch) metajuristischer, gestaltender und planender Verwaltungsentscheidungen etc. endet die (juristische) Kontrollkompetenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit an der prinzipiell vorrangigen Zweckkompetenz der Verwaltung.

III.

10. Öffentliche Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstehen dem Gesetz. Seinen Entscheidung „vollenden“ sie in konkretisierender Rechtsverwirklichung.

Konkretisierende Rechtsverwirklichung impliziert stets konkrete Rechtsetzung (konkretes „Richter“- und „Verwaltungs-Recht“).

11. Das Verfahren konkreter Rechtsetzung überlagert — verfassungsgerecht — das formale Schema von Normsetzung und Normvollzug.

Als Verfahren konkreter, die (partielle) Offenheit gesetzlicher Tatbestände (ermächtigungskonform) schließender Rechtsetzung stellen sich namentlich auch Verwaltungsentscheidungen mit Ermessens- oder sog. Beurteilungsspielraum dar.

12. Im Bereich eigener Verantwortung verfügt die öffentliche Verwaltung über legitimes Ermessen (vor allem bei Zuständigkeiten mit metajuristischem Zweckgehalt).

Legitimes Verwaltungsermessen erschöpft sich nicht im bloßen Rechtsfolgeermessen. Die öffentliche Verwaltung verfügt auch über Tatbestandsermessen — vornehmlich in der Zone gestaltungsrechtlicher Zuständigkeiten („Planungsermessen“ etc.) sowie auch im Bereich unbestimmter Rechtsbegriffe („Be-

urteilungsspielraum“ als begrenztes Tatbestandsermessen). Daneben kennt die öffentliche Verwaltung das Recht zur prognostischen Entscheidung mit entsprechendem „Entwicklungsspielraum“.

Dogmatisch ist eine einheitliche Ermessenskompetenz der öffentlichen Verwaltung anzuerkennen. Die Lehre vom „Beurteilungsspielraum“ im Rahmen unbestimmter Gesetzesbegriffe sollte aufgegeben werden.

Das (einheitliche) Verwaltungsermessen gliedert sich in gradueller Abstufung in die Ermächtigungsformen von Rechtsfolge-, Tatbestands- und Gestaltungsermessen.

13. Die rechtsstaatliche Begrenzung des Verwaltungsermessens obliegt dem Gesetzgeber. Rechtsstaatswidrige Ermächtigungsdefizite sind deshalb weder durch Leugnung oder kompetenzwidrige Begrenzung legitimen Verwaltungsermessens noch — mittels zu weit vorgerückter Justiziabilitätsgrenzen — durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu kompensieren.

14. Namentlich im gestaltenden und ermessensrechtlichen Entscheidungsbereich verfügt die öffentliche Verwaltung über die (konkret-rechtsetzende) Kompetenz zur Aufstellung eigener Handlungsmaßstäbe. Die ermächtigungs-(gesetzes- und verfassungs-)konforme Ausübung dieser Maßstabskompetenz bindet auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit; die verwaltungsgerichtliche Kontrolle maßstabsvollziehender Verwaltungsentscheidungen kann prinzipiell nur maßstabsimmanent erfolgen (Kontrolle verwaltungseigener Maßstabsgerechtigkeit).

IV.

15. Zentrales Strukturprinzip der Verantwortlichkeit ist die — empirisch wie normativ begründete — Vorstellung des zweck- und rechtskonkretisierenden Verfahrens. Sie kennzeichnet jede Form sowie jeden Inhalt verwaltungsmäßiger Verantwortung und bildet daher den prinzipialen Verfahrenswie Handlungsmaßstab der Verwaltung.

16. Die formal-verfahrensförmige Qualität dieses Handlungsmaßstabs ist materiell-rechtlich mit dem Auftrag der öffentlichen Verwaltung zur möglichst ermächtigungs-, sachverhalts- und individualgerechten — „maximalen“ — Konkretisierung der aufgegebenen Verwaltungszwecke verbunden; sie aktualisiert diesen Auftrag im Wege der verfahrensrechtlichen Umsetzung.

17. Der verfahrensrechtliche Maßstab der „maximalen Konkretisierung“ vermittelt die dogmatische Grundlage für den

kompetenz- und effizienzgerechten Verwaltungsrechtsschutz (auch kontrollrechtliche Maßstabsqualität).

18. Kontrollrechtlich überprüft das Prinzip der „maximalen Konkretisierung“ den gesamten Prozeß konkreter Verwaltungsentscheidung im Hinblick auf eventuelle Konkretisierungsdefizite.

Unter dem Aspekt des rechtzeitigen Verwaltungsrechtsschutzes ermöglicht das Prinzip der „maximalen Konkretisierung“ die Kontrolle kompletter (auch gestufter oder mehrphasiger) Entscheidungsprozesse bzw. deren dauerhaft begleitende Kontrolle.

Unter dem Aspekt des inhaltlich kompetenz- und effizienzgerechten Verwaltungsrechtsschutzes ermöglicht das Prinzip der „maximalen Konkretisierung“ auch die wirksame Kontrolle metajuristischer, gestaltender (planender), prognostischer und (sonstig) ermessensmäßiger Verwaltungsentscheidungen.

19. Als objektiver Kontrollmaßstab vermittelt das Prinzip der „maximalen Konkretisierung“ keine subjektiv-rechtlich geschützten (unmittelbar rechtsschutzfähigen) Rechtspositionen.

V.

20. Die Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Gestaltung ihrer Klagetypen unterstehen dem verfassungsrechtlichen Vorbehalt einer funktionsfähigen Eingriffswehr (Art. 19 IV GG).

21. Die funktionsfähige Eingriffswehr fordert die begriffliche Öffnung des Verwaltungsakts; neben das Kriterium der (typischen) Einzel-(fall-)regelung muß das Kriterium der (typischen) Einzelrechtsfolge treten.

Die funktionsfähige Eingriffswehr fordert die allgemeine Einführung der prinzipialen Normenkontrolle i. S. d. § 47 VwGO.

Die funktionsfähige Eingriffswehr fordert den adäquaten, d. h. den effizienz- und kompetenzgerechten Ausbau von vorbeugendem und vorläufigem Verwaltungsrechtsschutz.

22. Als Form prinzipiell individueller Eingriffswehr und subjektiv-rechtlicher Verwaltungskontrolle darf der Verwaltungsrechtsschutz auf die Systemfunktion des subjektiv-öffentlichen Rechts nicht verzichten; der Weg zum objektiv-rechtlichen oder allgemein poplärklägerischen Verwaltungsrechtsschutz ist nicht eröffnet.

23. Die Begriffsfigur des subjektiv-öffentlichen Rechts ist in systemgerechter und rechtsschutzeffektiver Weise zu erwei-

tern; die Kriterien der sog. Schutznormtheorie erweisen sich als zu eng.

Wo sich konkrete Rechtseingriffe häufig erst im Rahmen objektiv-rechtlicher Gesetzesanwendung aktualisieren, dort muß das subjektiv-öffentliche Recht (auch) aus der Relation von subjektiver Rechtsfolge (Betroffenheit) und grundrechtlicher Eingriffskontrolle bestimmt werden.

Angesichts vielfältiger Kongruenzen von öffentlichem und privatem Interesse (nur relativer Gegensatz von öffentlichem und privatem Interesse) ist das subjektiv-öffentliche Recht aus dem einseitigen Begriffsbezug zur („bewußt-gewollten“) Begünstigung von privaten Interessen zu lösen. Auch das ein öffentliches Interesse inhaltstypisch repräsentierende Privatinteresse kann subjektiv-rechtlich legitimiert sein.

24. Der Forderung nach mehr kollektivem Verwaltungsrechtsschutz läßt sich mangels repräsentationsrechtlicher Legitimation von Verbänden etc. nur in Ausnahmefällen über die Anerkennung von Verbandsklagen oder sonstigen Kollektivklagen entsprechen.

Als Typus objektiver Beanstandungsklagen vermag die („altruistische“) Verbandsklage den individualen und subjektiven Verwaltungsrechtsschutz nicht zu substituieren.

Mehr systemkonforme Rechtsschutzeffektivität verspricht die individuelle Klagebefugnis und deren Repräsentanz auch gruppentypischer Rechtsbeeinträchtigungen.

25. Ein kompensatorischer Rechtsschutz innerhalb der öffentlichen Verwaltung kann den gerichtlichen Verwaltungsrechtsschutz weder kompetenziell noch verfahrensmäßig ersetzen. Institute antezipatorischen Rechtsschutzes in der Verwaltung können nur supplementäre Funktionen im Vorfeld des gerichtlichen Verwaltungsrechtsschutzes übernehmen.

Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

2. Mitbericht von Professor Dr. *Eberhard Schmidt-Aßmann*,
Bochum

Inhalt	Seite
Erster Abschnitt:	
Komplexe Verwaltungsentscheidungen als Brennpunkte derzeitiger Verwaltungssituation und des Rechtsschutzauftrages (Bestandsaufnahme)	222
I. Komplexe Verwaltungsentscheidungen: Strukturen und Genese	223
II. Rechtsschutzprobleme komplexer Verwaltungsentscheidungen	225
Zweiter Abschnitt:	
Verwaltungsverantwortung und verwaltungsrichterliche Verantwortung (verfassungsrechtlicher Standort, Wesensmerkmale, Beziehungen)	227
I. Die Verantwortung der Zweiten Gewalt	229
1. Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt	229
2. Typologie zur Verwaltungsverantwortung	231
II. Die verwaltungsrichterliche Verantwortung	233
1. Das normative Denken des Verwaltungsrichters	234
2. Art. 19 Abs. 4 GG: Gerichtsschutz und polygonaler Rechtsschutz	234
3. Die Bezogenheit der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die Zweite Gewalt	237
4. Außergerichtlicher Rechtsschutz	238
III. Aufgaben und Entscheidungssituation als Kriterium administrativ-richterlicher Verantwortungsverteilung	239
Dritter Abschnitt:	
Konkrete Zuordnungsprobleme	239
A. Kontrollzugänglichkeit und Kontrollverfahren	239
I. Rechtsform und Rechtsschutzform	239
1. Prinzipale Normenkontrolle, § 47 VwGO	240
2. Rechtsschutz gegen Einzelakte	243
II. Individualrechtsschutz und andere Rechtsschutzverfahren	245
1. subjektives öffentliches Recht	245
2. Massenverfahren	248
3. Verbandsklagen, Körperschaftsklagen	250
B. Intensität verwaltungsgerichtlicher Kontrolltätigkeit (Ermessen und Beurteilungsspielraum)	251
I. Programmbegriffe als Abwägungsdirektiven	254
II. Kontrolle des Abwägungsvorgangs und des Abwägungsergebnisses	257

	Seite
C. Sicherung und Begrenzung der Urteilswirkungen	259
I. Die Sicherung rechtzeitigen Rechtsschutzes	259
II. Urteilswirkungen und administrative Folgenverantwortung	261
1. Urteilsbegrenzende Folgenverantwortung (Kapazitätsprobleme)	261
2. Urteilsergänzende Folgenverantwortung (Entschädigungsausgleich)	263
 <i>Vierter Abschnitt:</i>	
Komplementäre Rechtsschutzeinrichtungen und Änderungen der Gerichtsorganisation	264
I. Die Komplementärfunktion des Verwaltungsverfahrens	265
II. Änderungen der Gerichtsorganisation (Sachverständigenproblem)	267

Erster Abschnitt: Komplexe Verwaltungsentscheidungen als Brennpunkte derzeitiger Verwaltungssituation und des Rechtsschutzauftrages (Bestandsaufnahme)

Die Berichterstattung zum Verwaltungsrechtsschutz, mit der unsere Vereinigung seit ihrer Jenaer Tagung über 50 Jahre hin die Verwaltungsgerichtsbarkeit begleitet hat¹⁾, kann heute mit der Feststellung fortgeführt werden, daß die Verwaltungsgerichte auf das Ganze gesehen ihren Standort im Spannungsfeld zwischen Bürger und Verwaltung gefunden haben²⁾. Die

¹⁾ Referate von *Walter Jellinek* und *Gerhard Lassar* zum Thema: Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, VVDStRL 2 (1925), 9 ff., 81 ff.; ferner *Erich Becker* und *Helmut Rumpf*, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14 (1955), 96 ff., 136 ff. Rechtsschutzfragen jeweils themenbezogen sind auf nahezu jeder Tagung der Vereinigung besprochen worden.

²⁾ *Menger*, Rechtsschutz im Bereich der Verwaltung, DÖV 1969, 153 ff.; *K. Meyer*, Betrachtungen über die Verwaltung aus der Sicht der Rechtsprechung, DÖV 1969, 102 ff.; *K. Zeidler*, Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, Staat 1 (1962), 321 ff., 326. *Blümel*, Planung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1975, 696, spricht davon, daß sich „das Pendel zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit im allgemeinen auf eine vernünftige Mittellage“ eingestellt habe. Für die Eingriffsverwaltung konnte *Becker*, VVDStRL 14, 96 ff., 99, schon 1955 Ähnliches feststellen. Inzwischen darf das positive Urteil auf die seinerzeit noch wenig entwickelte Rechtsprechung zur Leistungsverwaltung ausgedehnt werden. Heute hat sich das Interesse den gleichermaßen hinter der Eingriffs- wie der Leistungsverwaltung stehenden administrativen Gestaltungs- und Verteilungsentscheidungen zuzuwenden.

Phase des Ausbaus einer umfassenden gerichtlichen Verwaltungsrechtspflege mit ihren koordinatensetzenden Entscheidungen liegt hinter uns. Auf insgesamt gesicherter Basis gewähren die Gerichte dem Bürger Schutz, ohne daß es zu der früher befürchteten Lähmung der Administration gekommen wäre³⁾. Von einer akuten Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann nicht die Rede sein!

1. Komplexe Verwaltungsentscheidungen: Strukturen und Genese

Es sind in den letzten Jahren allerdings zunehmend Urteile eines Typs ergangen, der fern aller punktuellen Kritik die Frage nach wirkungsvollem Rechtsschutz und nach angemessener Verantwortungsteilung zwischen Justiz und Verwaltung erneut aufgeworfen und gewisse Symptome struktureller Mängel im Verhältnis der Zweiten zur Dritten Gewalt freigelegt hat. Hierher gehören die Industrieansiedlungs- und Straßenbaufälle ebenso wie Urteile zu Raumordnungsverfahren, zur Wirtschaftsförderung, zur Verteilung von Hochschulkapazitäten und zu staatlichen Organisationsakten.

³⁾ Es geht uns hier um ein Gesamturteil. Nicht übersehen werden sollen kritische Punkte in einzelnen Rechtsprechungsgebieten, z. B. die Zersplitterung der Judikatur zum Erschließungsbeitragsrecht, vgl. *Thierfelder*, Einige Grundprobleme der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1967, 900 ff. Nicht übersehen werden soll ferner die Verbesserungsbedürftigkeit einer Reihe prozeßrechtlicher Vorschriften; dazu *Maetzel*, Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, DÖV 1970, 28 ff., der aber die VwGO insgesamt als „bewährt“ bezeichnet (S. 33). Nicht übersehen werden sollen die von der „Krisenliteratur“ der sechziger Jahre herausgestellten Gravamina: das Instanzenübermaß, die Rechtswegzersplitterung und die Dauer der Prozesse. Dazu *Ehrig*, Die Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 1959, 217 ff. und NJW 1961, 196 ff.; *G. Brunner*, Kontrolle in Deutschland, 1972, 283 ff. m. w. Nachw. Fn 522 ff. Auf das Ganze gesehen aber hat die Behutsamkeit der Verwaltungsrechtsprechung die in Art. 19 Abs. 4 GG angelegten Gefahren extremer Justizstaatlichkeit gebannt, so daß es selbst in Zeiten großer Kontrollfreudigkeit, wie sie am zeitweisen Abbau des administrativen Ermessens und Beurteilungsspielraums ablesbar sind (vgl. *Ossenbühl*, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, 618 ff.), zu nachhaltigen Verletzungen des verwaltungseigenen Verantwortungsbereichs nicht gekommen ist; *W. Weber*, VVDStRL 14, 193 (Diskussionsbeitrag); *Ule*, Gerichtliche Kontrolle in: Verwaltung (hrsg. v. *Morstein-Marx*), 1965, 433 ff., 451–454; *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, 691 ff.; ferner die Vorträge und Diskussionsbeiträge der 38. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung — Bewährung und Reform, 1970. Kritischer dagegen *Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaates, 1970 bes. 38 ff.

Gemeinsam ist allen diesen Urteilen ihr Bezug auf hochkomplexe Verwaltungsvorgänge: Das gilt einmal für den vom Gericht beurteilten engeren Sachverhalt, den Begriffe und Daten außerjuristischer Wissenschaften besetzt halten und komplizierte technische Prognosen unüberschaubar machen. Komplex vor allem aber ist der weitere Sachverhalt, von dem der eigentliche Prozeßstoff nur einen Ausschnitt, gleichsam die Spitze des Eisbergs, bildet. Vorentscheidungen, flankierende Maßnahmen, Richtzahlen und Rahmenprogramme erweisen sich als ein engmaschiges Netz, in das der engere Sachverhalt eingespant ist und das in einzelnen Punkten nicht aufgeknötet werden kann, ohne weitläufige Folgewirkungen zu bedenken. Der verwickelten materiellen Fallstruktur entspricht die Vielzahl der Beteiligten: Nicht einzelne Adressaten mit gleichgerichteten oder schlicht gegenläufigen — jedenfalls aber überschaubaren — Interessen, sondern Gruppen privater Beteiligter mit vielfach verschränkten Belangen sind hier betroffen, und dieser Breitenwirkung korrespondiert auf Seiten der Verwaltung eine Tiefenwirkung, die hinter der letztentscheidenden Behörde andere Verwaltungsträger sichtbar macht und so Verwaltungsorganisation und Verwaltungsinnenbereich in den Blick rückt.

Vorgänge solcher Art werden die Gerichte künftig in steigendem Maße beschäftigen; denn sie erweisen sich als die Brennpunkte der derzeitigen Verwaltungssituation überhaupt. Diese Situation wird gekennzeichnet durch eine stärkere Berücksichtigung der Interdependenzen allen Verwaltungshandelns — eine Veränderung gegenüber früherem Vorrang punktuellen Entscheide⁴⁾, die die einzelnen Eingriffs- und Leistungsvorgänge bereichsweise in größere Zusammenhänge stellt: Ausdruck administrativer Gestaltungs- und Verteilungsaufgaben.

⁴⁾ W. Weber, Planende Verwaltung als Aufgabe der Gegenwart, Forschungs- und Sitzungsberichte der Akademie für Raumforschung und Landesplanung, Bd. 78, 1972, 9 ff.; Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30, 245 ff., bes. 258 ff.; Ipsen, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL 25, 257 ff., 264 ff.; Ossenbühl, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung?, Gutachten für den 50. DJT, Bd. 1 (Gutachten) 1974, Teil B, 25 ff.; Scheuner, Zur Entwicklung der politischen Planung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für W. Weber, 1974, 369 ff.; Schmidt-Aßmann, Planung unter dem Grundgesetz, DÖV 1974, 541 ff.

Bewirkt ist diese Veränderung primär durch eine Verknappung der Verwaltungsmittel, die die faktischen Grenzen des Verwaltens spürbar macht und Raum, Zeit, Finanzen und Personal in ein System kommunizierender Röhren gebracht hat⁵⁾. Bewirkt ist sie zweitens durch eine stärkere Verwissenschaftlichung des praktischen Verwaltungshandelns⁶⁾. Bewußt wird sie schließlich durch einen Rückstand der Verfassungsentwicklung, die die immer deutlicher hervortretende planende Staatstätigkeit bisher nicht angemessen zwischen Parlament und Exekutive aufteilt⁷⁾. So bleibt die Zweite Gewalt einstweilen belastet mit ausgreifenden Entscheidungen, die komplex eben auch deshalb erscheinen, weil die entflechtende Wirkung parlamentarischer Leitlinien zu gering ist.

II. Rechtsschutzprobleme komplexer Verwaltungsentscheidungen

Die den komplexen Verwaltungsentscheidungen anhaftende Unüberschaubarkeit hat unter den Schlagworten vom „Rechtsstaats- und administrativen Legitimationsdefizit“ den Ruf nach dem Richter verstärkt⁸⁾. Die Verwaltungsgerichte sehen sich so Kontrollaufgaben gegenüber, die die Routine, die Ausstattung, vor allem aber die mit dem einzelnen Prozeß gegebenen Erkenntnis- und Steuerungsmöglichkeiten weit überschreiten. Die Schwierigkeiten lassen sich mit fünf Punkten umreißen:

⁵⁾ Joseph H. Kaiser: „Planung als Tochter der Krise“ in Planung III (hrsg. von Joseph H. Kaiser), 1968, 7; Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971 bes. 30 ff.; Dürig, VVDStRL 30, 291 (Diskussionsbeitrag) zur Verwaltung des Mangels.

⁶⁾ Brohm, VVDStRL 30, 258 f.

⁷⁾ Zusammenfassend Ossenbühl, DJT-Gutachten (Fn 4), 56 ff.

⁸⁾ Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, 1970, 260 ff.; Rehbinden-Burgbacher-Knieper, Bürgerklage im Umweltrecht, 1972, pass.; Wälde, Recht und Umweltschutz, AöR 99 (1974), 585 ff., 624 ff.; Schmidt-Salzer, DVBl. 1972, 391 f. (Urteilsanmerkung); Blümel, DVBl. 1975, 695 ff. Referierend ferner: Schmitt Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1972), 179 ff.; 204—207, der jedoch zutreffend die Grenzen der Justiz gegenüber der gestaltenden Verwaltung betont, bes. S. 244 („Gerichtskontrolle als ultima ratio“); W. Schmidt, Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung, VVDStRL 33 (1974), 183 ff., 205 f. mit Kritik der „Defizit“-Lehren in Anm. 68. Roters, Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen, 1975, 77. Hierherzurechnen sind auch die vielen Neugliederungsprozesse, von denen die meisten allerdings wegen der Gesetzesform der Neugliederungsmaßnahmen vor den Verfassungsgerichtshöfen der Länder ablaufen. Zu Versuchen, im Rahmen solcher Prozesse dem Richter immer wieder eine möglichst weitreichende Überprüfung der Neugliederungsentscheidung anzuempfehlen, vgl. Hoppe-Rengeling, Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform, 1973.

(1) Als Ausdruck gestaltender Verwaltung basieren komplexe Entscheidungen regelmäßig auf nur grobmaschig vorgeformten gesetzlichen Grundlagen, deren Weitläufigkeit durch die Dynamik der Vorgänge noch gesteigert wird, weil die Statik juristischer Begriffsbildung und die filternde Wirkung der Rechtssprache⁹⁾ verloren gehen.

(2) Der Rechtsschutz setzt gegenüber den sich fortlaufend entwickelnden Verwaltungsvorgängen zu spät ein, weil Gericht und Verwaltung nicht mehr nur phasenverschoben, sondern phasenverzerrt arbeiten¹⁰⁾ (Probleme der zeitlichen Dimension).

(3) Die von Verteilungsentscheidungen betroffenen privaten Interessen divergieren schon unter sich so sehr¹¹⁾, daß sie in den Formen einfachen zweipoligen Prozeßrechts, gebildet etwa nach einem „in dubio pro civi“¹²⁾, nicht angemessen verfaßt werden (Probleme polygonalen Rechtsschutzes).

(4) In den Verflechtungen begegnen sich die Institute des klassischen „Außenrechts“ mit Rechtsakten und Organisationsformen des Verwaltungsinnenbereichs. Gerichtsschutz verlangt hier, den Vordergrund der Eingriffs- und Leistungsverwaltung zu durchschreiten, den dahinterliegenden, die Verflechtungen

⁹⁾ Zur Bedeutung der Rechtssprache *Hans Huber*, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats, Festgabe für Giacometti, 1953, 59 ff., 79 ff.; *F. Werner*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht (1959), in: *F. Werner*, Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, 212 ff., 214 f.

¹⁰⁾ Grundlegend *Blümel*, Raumplanung, vollendete Tatsachen und Rechtsschutz, Festgabe für Forsthoff (1967), 133 ff., *ders.*, DVBl. 1975, 695 ff.; zur Diskrepanz von Sachgehalt und Rechtsgehalt vorzüglich *Wahl*, Der Regelungshaushalt von Teilentscheidungen in mehrstufigen Planungsverfahren, DÖV 1975, 373 ff., 376 f.

¹¹⁾ Die Auseinandersetzungen, die sich in der Öffentlichkeit mittlerweile um jeden größeren Anlagenbau abspielen, zeigen diese Divergenzen recht deutlich: da streiten Umweltschützer gegen Bauherren, betroffene Nachbarn gegen verkaufswillige Eigentümer, Arbeitnehmer, denen es um nahe und gesicherte Arbeitsplätze geht, gegen Rentner, Betroffene alternativer Standorte untereinander. Dazu *Knöpfle*, Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung, DVBl. 1974, 709 ff., 714. Zu den Divergenzen privater Interessen bei städtebaulichen Sanierungen z. B. *Herlyn-Schaußelberger*, Innenstadt und Erneuerung, 1971.

¹²⁾ Fälle solcher in-dubio-Rechtsprechung: zur Rechtsform und Rechtsschutzform (BVerwGE 18, 154 ff.); zur fraglichen öffentlich-rechtlichen Natur einer Maßnahme (BVerwG, DÖV 1961, 148); zu Mißverständlichkeiten von Erklärungen (BVerwG, DÖV 1972, 759 f.; BVerwG Bucholz 238.90 Nr. 47); zur Auslegung des § 80 Abs. 6 VwGO (BVerfGE 35, 263 ff.), dazu *Lichtenberg*, Der Grundsatz der Waffengleichheit auf dem Gebiet des Verwaltungsprozeßrechts, Diss. Münster, 1974, 58 ff.

konstituierenden Innenbereich zu erfassen¹³⁾ und die Verbindungsstücke zwischen beiden Sphären¹⁴⁾ dogmatisch zu durchdringen (Gerichtsschutz im makroadministrativen¹⁵⁾ Bereich).

(5) Die Verflechtungen des Sachverhalts steigern die Urteilswirkungen in einem vom einzelnen Prozeß her kaum überschaubaren, geschweige denn steuerbaren Ausmaß. Wird durch diese Potenzierung ein ganzes Verwaltungsprogramm von einem gesetzlich nicht sicher unterfangenen Urteil gefährdet, so erscheinen Konflikte zwischen Zweiter und Dritter Gewalt künftig nicht ausgeschlossen (Problem der Steuerbarkeit).

Übertragen auf das Prozeßrecht werden diese fünf Punkte Überlegungen erfordern

- zu den Rechtsschutzformen (Normenkontrolle, Verwaltungsakt, Anfechtungslast und Präklusion)
- zum gerichtlichen Verfahren (Klagebefugnis, Beiladung, Massenverfahren, Sachverständige)
- zur Kontrolldichte (Ermessensüberprüfung, administrative Definitions- und Beurteilungsspielräume, Evidenzvorbehalt)
- zu den Kontrollergebnissen (Kapazitätsverteilung und Prioritätensetzung, Sicherung rechtzeitigen Gerichtsschutzes, komplementärer Rechtsschutz durch Verwaltungsverfahren).

Zweiter Abschnitt: Verwaltungsverantwortung und verwaltungsrichterliche Verantwortung — verfassungsrechtlicher Standort, Wesensmerkmale, Beziehungen

Diese Fragen führen dazu, das Verhältnis der Zweiten zur Dritten Gewalt von ihren jeweiligen Verantwortungsbereichen her zu überdenken. Verantwortung wird dabei dem allgemeinen Wortsinne folgend¹⁶⁾ als Begriff verstanden, der sich zu-

¹³⁾ Zur Notwendigkeit einer Beschäftigung mit dem Organisationsrecht *Bachof*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30, 193 ff., 233 f.; *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, 19 ff.

¹⁴⁾ Z. B. Raumordnungsklauseln (§ 1 Abs. 3 BBauG), Ableitungsklauseln (§ 8 Abs. 2 S. 1 BBauG) mit dem Begriff des „Entwickelns“, dazu jüngst BVerwG, Urt. vom 28. 2. 1975 = BauR 1975, 257 ff.

¹⁵⁾ Begriff bei *Bullinger*, Ermessen und Beurteilungsspielraum, NJW 1974, 769 ff., 771.

¹⁶⁾ Dazu mit zahlreichen Varianten der Formulierungen *Hauschildt*, „Verantwortung“, in: Handwörterbuch der Organisation (hrsg. von *Grochla*), 1969, Sp. 1693; *Beck*, „Verantwortung“, in: Lexikon der Pädagogik, Bd. 4, 1971, 283; *Ryffel*, Eigenverantwortlichkeit, in: Verwaltung (hrsg. von *Morstein-Marx*), 1965, 456 ff.; grundlegend *Weischedel*, Das Wesen der Verantwortung, 1933.

sammensetzt aus den Elementen der Aufgabe, der Eigenständigkeit und der Einstandspflicht im Sinne einer Kontroll- und Steuerungsabhängigkeit. In diesem Sinne etwa benutzt ihn das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 2 und Art. 65¹⁷⁾, ohne ihm einen definitorisch exakten Inhalt zuzuweisen¹⁸⁾. Verantwortung ist kein normativer Begriff, sondern kennzeichnet ein differenziertes Ausgleichssystem, in dem sich Rechtssätze, Sachgesetzmäßigkeiten und Institutionen mit ihrem Selbstverständnis begegnen: ein heuristischer Begriff also. Auf Verfassungsebene ist er überall dort angesiedelt, wo es um die Zuordnung von Gewalten geht, mit Vorrang bei den Maximen föderaler Ordnung und einem als Leitsatz funktionsgerechter Organisation¹⁹⁾ verstan-

¹⁷⁾ K. Kröger, Die Ministerverantwortlichkeit in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1972, S. 4: „Ohne Aufgabe und Befugnis kennt die freiheitlich-rechtsstaatliche Ordnung keine Verantwortung, wie sie umgekehrt ohne Verantwortlichkeit keine Kompetenz und Befugnis duldet“. K. unterscheidet dann die Rechenschafts- und die Prästationspflicht als Teilinhalte der Ministerverantwortlichkeit (S. 17 ff.). Beide setzen „prinzipielle Eigenständigkeit“ voraus (S. 18, 22 ff.). Die Einstandspflicht knüpft „eng an die Rechenschaftspflicht“ an. Sie bedeutet, daß man sich „Versäumnisse, Fehler und Mißerfolge als eigenes politisches Versagen anrechnen lassen“ muß, was unvermeidlich eine „politische Vertrauenseinbuße“ bedeutet (S. 23). Die unter rechtsdogmatischen Gesichtspunkten auffällige Unbestimmtheit dieser Formulierungen nimmt Rücksicht auf die Flexibilität und Sensibilität der Zentralbegriffe der Verfassungsordnung die eben primär gelebte, und erst sekundär geschriebene Verfassung wiederzugeben haben. Letzter Gesichtspunkt besonders deutlich bei Scheuner, Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: Festschrift für Gebhard Müller, 1970, 379 ff. Folglich sucht man auch in den Kommentierungen zu Art. 65 GG vergeblich nach einer zusammenfassenden Definition der Verantwortung. Ähnlich steht es mit den Erläuterungen zu Art. 28 Abs. 2 GG. Das im Begriff der Verantwortung angelegte Spannungsverhältnis von Aufgabe, Eigenständigkeit und Bindung wird deutlich am ehesten in der Umschreibung, die Becker, Kommunale Selbstverwaltung, in: Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte Bd. IV 2. Halbband, 1962, 673 ff., 718 f. gibt: „Die Eigenverantwortlichkeit ist das Kernstück der kommunalen Selbstverwaltung. Sie erstreckt sich auf die Entscheidungsfreiheit der kommunalen Gemeinwesen, die Aufgaben, die zur Verbandskompetenz gehören, ohne Weisung und Vormundschaft des Staates so zu erfüllen, wie dies nach Maßgabe der Rechtsordnung zweckmäßig erscheint.“ Ebenso Stern, Bonner Kommentar, Art. 28 Rdnr. 94. Zum gleichen Aspekt allgemein Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1972), 244.

¹⁸⁾ D. Wilke, Über Verantwortungsverantwortung, DÖV 1975, 509 ff., 511: „Verantwortung oder Verantwortlichkeit stellt kein festgefügtes Rechtsinstitut oder auch nur einen halbwegs klaren Begriffskomplex dar.“ Dort Nachw. zur Verwendung des Begriffs in der Gesetzes- und Verwaltungssprache; zur heuristischen Funktion dort 514.

¹⁹⁾ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl., 1975, 194 ff.; Achterberg, Probleme der Funk-

denem Gewaltenteilungsschema und verdeutlicht hier Befugnisse, Bindungen und Entlastungen²⁰). Als einen Zentralbegriff des letzteren, des Gewaltenteilungsschemas, haben wir Verantwortung in der vom Thema vorgegebenen Relation zu verstehen, als externe Verantwortung, als Beziehung zu den anderen Gewalten und zum Träger der Staatsgewalt selbst.

I. Die Verantwortung der Zweiten Gewalt

1. Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt

Verwaltungsverantwortung ist verfassungsrechtlich gegründet in der Position der Zweiten Gewalt als einer eigenständigen Staatsgewalt, wie sie das Grundgesetz in Art. 20 Abs. 2, 91 a, 109, und für den wichtigsten Teilbereich der kommunalen Verwaltung in Art. 28 Abs. 2 konstituiert²¹). Verwaltung als System zur tagtäglichen Verwirklichung der sozialrechtsstaatlichen Verfassung, als „Arbeit“ und Leistung, an der sie als Institution wiederum gemessen wird und von der sie eine starke institutionelle Legitimation²²) empfängt.

tionenlehre, 1970; Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, 86 f.

²⁰) Zur Entlastungsfunktion der Verantwortung Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1964, 172 ff.

²¹) H. Peters, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, 1965; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, 93 f.; Badura, Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1968, 446 ff., 452; Vogel, Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL 24, 125 ff., bes. 156 ff.; Herzog, Gesetzgeber und Verwaltung, dort S. 193 ff., bes. 191 f.; Kaufmann, dort 219 (Diskussionsbeitrag); Ipsen, dort 222 (Diskussionsbeitrag); Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, 187 ff.; W. Weber, Planende Verwaltung als Aufgabe der Gegenwart, (Fn 4), 9 ff.; Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, 1971, 234; Oettle, Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, 1971, 65 ff.; W. Schmidt, VVDStRL 33, 195 mit Anm. 36; Bartlsperger, Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung, VVDStRL 33, 221 ff., 246 ff.; Böckenförde, dort 297 ff. (Diskussionsbeitrag); Bachof, dort 312 ff., 315 (Diskussionsbeitrag); Wimmer, Der juristische und der verwaltungswissenschaftliche Verwaltungsbegriff, Verwaltung 1975, 141 ff. Speziell zur kommunalen Verwaltung Stern, Bonner Kommentar Art. 28 Rdnr. 98.

²²) Zur institutionellen Legitimation Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften (Fn 22), 196 ff. Es ist zwar richtig, daß die Gemeinwohlverantwortung der öffentlichen Verwaltung die administrative Legitimation noch nicht hinreichend vermittelt (Böckenförde, VVDStRL 33, 299), doch ist gerade für die leistende, vorausplanende und spontane Verwaltungstätigkeit Effektivität ein wesentliches Element dafür, wie Verwaltung vom Bürger „angenommen“ wird. Dazu etwa Laux, Kommunale Selbstverwaltung im Staat der siebziger Jahre, AfK 1970, 217 ff., 226 f.; W. Weber, Planende Verwal-

Verwaltungsverantwortung ist wirksam nicht nur in den Hauptzügen der Staats- und Kommunalverwaltung, sondern ebenso in der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Selbstverwaltung, in den Ausschüssen und Sachverständigengremien, in den Verschränkungen föderaler und instantieller Art. Wie dieses Gefüge für die Verwaltung neben der parlamentsabgeleiteten zahlreiche zusätzliche Legitimationsquellen erschließen kann²³⁾, so gliedert es Verantwortung in ihren Bezügen zu den umgebenden Funktionsträgern, aber auch nach innen hin dergestalt auf, daß der externen Verantwortung innewohnende Geltungsanspruch von der internen Verantwortungserfüllung²⁴⁾ vielfältig mitbestimmt wird.

Am deutlichsten sichtbar werden die Arten der Verantwortungsverantwortung im Spiegel des Gesetzes. Vierfach prägt das Gesetz das Verwaltungshandeln²⁵⁾: als Organisations- und Verfahrensregelung, als Rahmen, als Richtpunkt und materielle Leitlinie und schließlich als Eingriffsermächtigung. In ihren Steuerungswirkungen sind diese Aufgaben des Gesetzes wenigstens teilweise wechselseitig substituierbar²⁶⁾. Gesetzesfreie

tung (Fn 4), 12. Wichtig z.B. für den Gebietszuschnitt der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften (§ 5 GemeindeO/NW). Allgemein zu Leistung und Effizienz Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 43 ff., 53 ff.; ders., Effizienz und Verfassung, AÖR 98 (1973), 625 ff. als Besprechung von Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971.

²³⁾ W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl., 1967, bes. 142 ff. mit vielfältigen Differenzierungen, wie sie allein der historischen Entwicklung, den Aufgaben und Verfassungsbezügen der genannten Institution entsprechen und wie sie auch hier der Textausgabe zugrunde gelegt sein sollen. Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, 243 ff.; ders., VVDStRL 30, 1971, 245 ff., 269 f.; BVerfGE 33, 125 ff., bes. 156—158 (Verleihung von Satzungsautonomie, um bestimmten gesellschaftlichen Gruppen die Regelung der sie betreffenden Angelegenheiten „eigenverantwortlich“ zu überlassen, dazu Häberle, „Berufsständische“ Selbstverwaltung und staatliche Gesetzgebung, DVBl. 1972, 909 ff. Zur sozialen Selbstverwaltung Henke, Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL 28, 149 ff., 163—172. Ablehnend hinsichtlich der Legitimation durch ein „Verbandsvolk“ Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, 217 f.

²⁴⁾ Bis hin zur innerbehördlichen Verantwortung; dazu Beispiele aus der Gesetzespraxis bei Wilke, DÖV 1975, 509 ff.

²⁵⁾ Grundlegend Scheuner, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 1969, 585 ff.; instruktiv die Typologie der Leistungsgeetze bei Häberle, VVDStRL 30, 43 ff., 49 ff.

²⁶⁾ Besonders die Richtlinien materiellen Verwaltens, die die Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder heute geben, müssen wegen der Schlusselform des Finanzwesens hier stärker einbezogen werden, als das bisher geschehen ist: dazu die Aussagen

Räume kennt die heutige Verwaltung nicht mehr, sondern nur unterschiedliche Dichtegrade, inwieweit ihr Handeln gesetzlich vorgezeichnet ist²⁷⁾: *gesetzesdirigierte Verwaltung*²⁸⁾. Darunter möchten wir ein der heutigen Verwaltung durchgängig zukommendes Attribut verstehen.

Administratives Handeln kann soweit gesetzlich vorgezeichnet sein, daß alle anderen Aspekte in der Norm bereits mit eingeschlossen sind, die Entscheidung demnach mittels rechtswissenschaftlichen Verfahrens aus dem Gesetz zu gewinnen ist. Die Übergänge zu lockeren Formen gesetzlicher Vorzeichnung sind gleitend²⁹⁾. Spätestens in den Höhenlagen verdünnter gesetzlicher Luft, dort wo die gestaltende Verwaltung angesiedelt ist, treten Überlegungen ökonomischer, sozialer und organisatorischer Art als eigenständige hervor, mit gesetzlichen Linien und Richtpunkten verflochten zwar, nicht aber absorbiert. Diese Vielfalt der Zwecke und Aspekte prägt das normative Denken der Verwaltung ebenso wie sie es transzendiert — auch insofern aber abgesichert durch die verfassungsrechtliche Einsetzung der Verwaltung zu umfassender Aufgabenerfüllung.

2. Typologie zur Verwaltungsverantwortung

Eine aufgabenbezogene Typologie der Verwaltungsverantwortung³⁰⁾ nimmt diese Vielfalt der Zwecke und Bedingungen auf:

des HaushaltsgrundsätzG vom 19. 8. 1969 (BGBl. I, S. 1273), z. B. § 6 Abs. 1 (Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit), § 6 Abs. 2 (Kosten-Nutzen-Analysen), § 26 (Bindungen bei Zuwendungen), § 40 (öffentliche Ausschreibung), Änderung und Aufhebung von Verträgen (§ 31).

²⁷⁾ *Bachof*, Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, JZ 1972, 641 ff., 642.

²⁸⁾ Wir übernehmen diesen Ausdruck von *Ossenbühl*, Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentcheidung, DVBl. 1974, 309 ff., möchten ihn aber nicht auf die planende Verwaltung beschränkt wissen (so dort Anm. 6), sondern jeder Art von Verwaltungstätigkeit zuordnen, also auch der streng gesetzlich gebundenen: Eingriffsermächtigungen als präziseste Art gesetzlicher Direktiven.

²⁹⁾ Das soll gegenüber der im Anschluß an *Luhmann*, z. B. Rechtssoziologie, 1972, 227 ff. und 234 ff., heute zuweilen überbetonten Trennung von gesetzlich „konditional“ und „final“ programmierter Verwaltung deutlich herausgestellt werden. Zur Erklärung konkreter Vorgänge herangezogen, läuft gerade diese Trennung Gefahr, die Gesetzgebungspraxis zu verkennen und Lösungsansätzen Zäsuren zugrunde zu legen, die es in Wirklichkeit nicht gibt. Krit. zu *Luhmanns* Trennung *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, 1972, 142 ff.; *Badura*, Die Verwaltung als soziales System, DÖV 1970, 18 ff., 21; *Schmidt-Aßmann*, DÖV 1974, 541 ff., 546. Zu Programm-

- **Verwaltungsverantwortung ist einmal Vollzugsverantwortung in den Bindungen des Gesetzes.** Verantwortung für gleichmäßigen, rechtmäßigen aber auch rechtzeitigen Vollzug, für effektiven Vollzug.
- **Verwaltungsverantwortung bedeutet weiter Entfaltungsverantwortung dort, wo ein gesetzgeberisches Programm nur in Umrissen vorgezeichnet ist; Verantwortung, wirksam durch Normen und Pläne in den Formen der originären und derivativen Rechtssetzung, in Rechtsverordnungen, Satzungen und Verwaltungsverordnungen.**
- **Verwaltungsverantwortung ist ferner Verantwortung für Programmverwirklichung mit den Untergliederungen der Prognoseverantwortung, der Verantwortung für die Methodenwahl, Stimmigkeits- und Ausgleichsverantwortung bei konnexen Maßnahmen, Kontinuitätsverantwortung bis hin zu Vertrauensschutz, Entschädigungspflichten und Ausgleich bei Härtefällen.**
- **Verwaltungsverantwortung umschließt Initiativverantwortung³¹⁾ im Angesicht neuer Lagen und in der vorausschauenden Erfassung von Veränderungen: Aktion, nicht nur Reaktion! Spontaneität, Pflicht des ersten Zugriffs, der Selbstprogrammierung bis hin zur Schaffung eigener Handlungsinstrumente³²⁾; aber auch Verantwortung für**

verschränkungen König, Programmsteuerungen in komplexen politischen Systemen, Verwaltung 1974, 137 ff., 141 f.

³⁰⁾ Zu entwickeln primär nach einem System öffentlicher Aufgaben; dazu die KGSt-Gutachten: Verwaltungsorganisation der Gemeinden, Teil 1 (Aufgabengliederungsplan), 4. Aufl., 1967, Verwaltungsorganisation der Kreise, Teil 1 (Institutionelle Organisation), 1972. Pflichtaufgaben der Kreise in Nordrhein-Westfalen (Aufgabenkatalog), hrsg. vom Landkreistag, NW 1967; Bericht der Interministeriellen Projektgruppe zur „Zuständigkeitsverteilung zwischen Kreisen und kreisangehörigen Gemeinden in Nordrhein-Westfalen und Abschluß der kommunalen Neugliederung“, Düsseldorf 1974 (hektographiert). Ellwein, Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre, 1966, 31 ff.; ders., Zur Entwicklung der öffentlichen Aufgaben, DÖV 1972, 13 ff.; Becker, Verwaltungsaufgaben in: Verwaltung (hrsg. v. Morstein-Marx), 1965, 187 ff.; ders., Die vollziehende Gewalt nach der demokratischen Verfassung des Grundgesetzes, in: Demokratie und Verwaltung, 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1972, 497 ff.; König, Öffentliche Verwaltung und soziale Differenzierung, VerwArch, 1973; Mäding, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung, Verwaltung 1973, 257 ff.; Wimmer, Verwaltung 1975, 141 ff.

³¹⁾ Dazu Ellwein, Politik, Regierung, Verwaltung, Bd. 1 (1966), 80 ff. und 195 f.; Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, 201, 213.

³²⁾ Z.B. die Ausbildung eines differenzierten Durchführungsinstrumentariums der Wirtschaftsplanung dazu Ipsen, Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, in: Joseph H. Kaiser (Hrsg.), Planung II,

die Vorbereitung gesetzgeberischer Entscheidungen, für Information, und damit überhaupt Vermittlungsverantwortung zwischen den Staatsfunktionen, indem daraufhingearbeitet wird, staatlicher Aufgabenerfüllung gesetzliche Strukturen einzuziehen, die Impuls, Leitlinie und Kontrollmaßstab bieten: Verantwortung für Verrechtlichung.

- Verwaltungsverantwortung hat schließlich zu sehen auf die Eingliederung der Einzelmaßnahmen in den Zusammenhang und erweist sich gerade bei komplexen Entscheidungen als Verpflichtung auf das Ganze — Gesamtverantwortung.

Das alles sind keine festen Begriffe der Dogmatik; aber sie kennzeichnen die Situation des Verwaltungshandelns und wirken hinein bis in die administrative Handhabung des Rechts^{32a}).

II. Die verwaltungsrichterliche Verantwortung

Die verwaltungsrichterliche Verantwortung wird konstituiert durch Art. 92, 97 und 19 Abs. 4 GG: durch Unabhängigkeit also und durch Aufgaben und Bindungen in der Verpflichtung zu positiver Wahrung des Rechts³³).

1966, 63 ff., bes. 82—86; W. Haase, Formen regionaler Wirtschaftsförderung im Zusammenhang mit der Gründung der Ruhrkohle AG, 1972; ferner im Bereich kommunaler öffentlicher Einrichtungen, dazu Scholz, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, 1967; bis hin zu den Formen interkommunaler Zusammenarbeit; Rothe, Das Recht der interkommunalen Zusammenarbeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1965.

^{32a}) Zum eigenständigen normativen Denken der Verwaltung und gegen eine simple Philosophie der Einheit des juristischen Denkens eindringlich König, Erkenntnisinteressen der Verwaltungswissenschaft, 1970, 73 ff. und 206 ff.; auch schon Becker, VVDStRL 14, 101 f.; zum Topos der „Sachzugewandtheit“ wohlfahrtsstaatlicher Verwaltung Badura, DÖV 1968, 446 ff., 453.

³³) Grundlegend Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960; Bettermann, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 3. Bd. 2. Halbband, 1959 (zit.: Grundrechte III/2), S. 523 ff. „Aktive Wahrung des Rechts“ umfaßt beides: die Bindung an das Gesetz, aber auch die „Eigenverantwortlichkeit der Justiz für die Positivierung des Rechts“ von der Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, 192 spricht; s. dort auch S. 17 ff. Speziell zur aktiven Wahrung des Rechts durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, 8 ff., 39; Redeker, Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, 757 ff.

1. Das normative Denken des Verwaltungsrichters

Verwaltungsrichterliches Denken ist Denken von Recht her³⁴⁾, ist Bemühen, den Sachverhalt mit dem speziellen rechtswissenschaftlichen Instrumentarium in den Griff zu bekommen. Richterliches Handeln bedeutet methodengeprägtes Handeln³⁵⁾. Der Richter bedarf dieser Rückbindung. Sie ist das Korrelat seiner Unabhängigkeit und seine zweite Legitimationsbasis³⁶⁾. Hier zeigt sich, daß das im Grundgesetz verankerte Berufsrichtertum, das den Kern der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausmacht, nicht ein die politische Situation frei gestaltendes Richtertum sein kann³⁷⁾. Hier zeigt sich ferner, daß jene Modelle³⁸⁾ zu kurz greifen, die der Justiz Legitimationseffekte gerade dort zuweisen wollen, wo die gesetzlichen Einbindungen der Verwaltung nachlassen; denn sie eignen sich die Erscheinungsform einer Institution an, ohne ihr Essentiale, die Rechtsbindung, zu respektieren.

2. Art. 19 Abs. 4 GG: Gerichtsschutz und polygonaler Rechtsschutz

Verwaltungsgerichtsbarkeit wird geprägt vom Rechtsschutzauftrag des Art. 19 Abs. 4 GG, der zwar nicht der einzige, wohl

³⁴⁾ *Bettermann*, Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 96, 1971, 528 ff., 551; *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1964, 750; *Becker*, VVD-StRL 14, 105; *Eichenberger*, Richterliche Unabhängigkeit (Fn 33), 174, s. aber auch 184; *Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, 11, 17, s. aber auch 151 f.; *H.-P. Schneider*, Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung, DÖV 1975, 443 ff., 448.

³⁵⁾ *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, 1958, 8 ff.; *ders.*, Über strenge und unstrenge Verfahren der Rechtsfindung, Festschrift für W. Weber, 1974, 421 ff.; *W. Zeidler*, Richter und Verfassung, DÖV 1971, 6 ff., 12 ff.; *Badura*, Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts — Verfassungsrechtliche Überlegungen — Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Bd. X, 1973, 40 ff., 49; *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, 87 ff., 89 mit Anm. 4 und 94 und die Referate von *Roellecke* und *Starck* in diesem Heft.

³⁶⁾ Zusammenfassend *J. Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, bes. 196 ff.

³⁷⁾ *Esser*, Vorverständnis (Fn 33), 21; *Kruse*, Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, 1971, 14; *H. H. Klein*, Richterrecht und Gesetzesrecht, DRiZ 1972, 333 ff.; *Badura*, Richterrecht (Fn 35), 56; *Lorenz*, Rechtsschutz (Fn 34), 184; *Böckenförde*, Verfassungsfragen (Fn 35) 71, 87 ff.; etwas weitergehend *Redeker*, Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtssetzung, NJW 1972, 409 ff., der aber ebenfalls betont, daß es eine „rechtliche Gestaltungsaufgabe“ (DÖV 1971, 757 ff., 760) sei.

³⁸⁾ *Görlitz* (Fn 8), 260 ff. bes. 265: Legitimations-, Partizipations- und Entdifferenzierungsgarantie; *Wälde*, AöR 99 (1974), 585 ff., 624 ff.

aber der Hauptpfeiler der gesamten Institution ist. Zu leisten ist danach primär der Schutz subjektiver Rechte, während der Schutz des objektiven Rechts, erheblich in seiner Bedeutung zwar, regelmäßig nur inzidenter erbracht wird, insofern subjektives und objektives Recht ein gutes Stück gemeinsamen Weges gehen³⁹⁾. Zu leisten ist Schutz gegen erkennbare⁴⁰⁾ Rechtsverletzungen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit arbeitet grundsätzlich reaktiv⁴¹⁾, und sie arbeitet nur auf individuellen

³⁹⁾ *Becker*, VVDStRL 14, 144; *Rumpf*, dort S. 159; *Ule*, Verwaltungsprozeßrecht, 6. Aufl., 1975, 1 ff.; *Menger*, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Grundrechte III/2, 727—732; *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 749. *Lorenz*, Rechtsschutz (Fn 34) 130 ff., der betont, daß die Alternative subjektiver-objektiver Rechtsschutz sich in voller Schärfe gar nicht stellt. Auf diese zweite objektiv-rechtswahrende Funktion weisen besonders hin *Scheuner*, VVDStRL 14, 186 (Diskussionsbeitrag); *Bachof*, dort 197 („doppeltes Gesicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit“); *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften (Fn 23), 192 Anm. 29. Weitergehend *Ipsen*, VVDStRL 14, 193 (Diskussionsbeitrag), der der Verwaltungsgerichtsbarkeit „mit gleicher Legitimierung“ die Funktionen der Verwaltungskontrolle zuerkennen will; ferner *Eichenberger*, Richterliche Unabhängigkeit (Fn 33), 166. Im Grunde sollte an der Zweispurigkeit der verwaltungsrechtlichen Aufgabenerfüllung kein Zweifel bestehen. Sie fügt die Entwicklungslinien des norddeutschen und süddeutschen Systems (dazu *Menger*, Grundrechte III/2, 723 ff.; *Erichsen*, Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß, 1971, 280 ff.) auch historisch sinnvoll zusammen. Nur scheint im Augenblick die subjektiv-rechtsschützende Komponente der Hervorhebung bedürftig, nachdem sie als Relikt bürgerlicher „Privatisierungsstrategie“ (so *Rehbinder-Burgbacher-Knieper*, Bürgerklage — Fn 8 —) abgewertet worden ist; für objektive Kontrolle des Verwaltungshandelns, für die die Privatinitiative nur als Anstoß „mobilisiert“ wird, auch *Manfred Wolf*, Die Klagebefugnis der Verbände, 1971, 50. Dagegen zutreffend *Lorenz*, Rechtsschutz (Fn 34), 131 mit Hinweis auf die grundlegende Entscheidung der Verfassung für den materiellen Rechtsstatus des Individuums.

⁴⁰⁾ Das sind bereits eingetretene und sichtbar bevorstehende Rechtsverletzungen; dazu *Ule*, Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, VerwArch 1974, 291 ff., 298 f.

⁴¹⁾ Unter diesem Begriff werden der „repressive Standardrechtsschutz“ (*Lorenz*, Rechtsschutz, S. 136) und die Fälle anerkannter präventiver Klagemöglichkeiten (dazu unten S. 259 f.) zusammengefaßt. Auch diese präventiven Klagen lassen den Richter reaktiv handeln, und heben seine Distanz zum Verwaltungsgeschehen nicht auf. Das Gleiche gilt schließlich für die wenigen Fälle eines „Richtervorbehalts“ (*Bettermann*, Grundrechte III/2, 872 ff.), z. B. in Art. 13 Abs. 2, Art. 104 GG, der sich, gemessen an den präventiven Klagen, zwar als eine weitere Vorverlagerung des Rechtsschutzes in den Ablauf des Verwaltungshandelns hinein darstellt, den Richter aber trotzdem nicht in dieses Handeln inkorporiert. Die besondere Schutzwirkung dieser Vorbehalte beruht gerade in der Einschaltung

Anstoß hin in einer Weise, die dem Kläger die Disposition über den Streitgegenstand erhält. Auch das gehört zu ihrem verfassungsfesten Bilde; denn ihr Schutzeffekt beruht eben nicht nur auf der organisatorischen Trennung von der Zweiten Gewalt, sondern auch auf jener Distanz zum Verwaltungsgeschehen⁴²⁾, die nur ein repressives Verfahren gewährt. Eigenständige Verfahren ausschließlich objektiver Rechtskontrolle bleiben zulässig⁴³⁾, sofern sie nicht typusverändernd wirken. Nicht möglich dagegen ist es, die Verwaltungsjustiz als Institution in eine objektive, verfahrensbegleitende, aktive Kontrollinstanz umzu-deuten⁴⁴⁾.

Verwaltungsgerichtsbarkeit zielt auf Effektivität subjektiver Rechte. Das heißt aber nicht notwendig exzessives Prozessieren gerade um klägerische Rechte. Die für zweipolige Prozeßverhältnisse oft übertriebene Konstruktion immer neuer Rechtsschutzfinessen muß aufhören in Anbetracht polygonaler Verwaltungsverhältnisse⁴⁵⁾, in denen subjektive Rechte auch untereinander in Frontstellung stehen. Wenn Rechtsverwirklichung heute zunehmend von administrativer Verteilung abhängt, wenn sie termingebunden und mehr als Erhaltung eines status

eines Organs „institutionalisierter Distanz“. Sie zu wahren, muß ein Leitpunkt aller rechtsschutzorganisatorischen Überlegungen sein. Zu Recht wurden die Richtervorbehalte des Grundgesetzes als abschließend normierte Ausnahmeregelungen angesehen (*Bettermann*, AöR 96, 1971, 528 ff., 558 f.)

⁴²⁾ Zu den Begriffen der Distanz, Passivität, Unbeteiligtheit als Bausteine richterlicher Unabhängigkeit nachdrücklich immer wieder *Bettermann*, Gedächtnisschrift für Jellinek, 1955, 361 ff., 371 f.: „Vielmehr sind Initiative und Aktivität für die Verwaltung typisch, wie es Passivität für die Rechtsprechung ist“; *ders.*, Grundrechte III/2, 525 ff. und AöR 92 (1967), 496 ff. Allgemein zum Richter als „unbeteiligten Dritten“ BVerfGE 27, 312 ff., 322; *Lorenz*, Rechtsschutz (Fn 34), 202 ff.

⁴³⁾ BVerfGE 22, 106 ff., 110 mit dem Hinweis, Art. 19 Abs. 4 GG garantiere ein Minimum an subjektiven Rechtsschutz, schließe aber daneben „In-Sich-Prozesse“ der Verwaltung nicht aus. Bisher sind solche Verfahren auf Randpositionen beschränkt, vgl. die Aufstellung bei *Ule*, Verwaltungsverfahren (Fn 39), § 33 V. Zur Entwicklung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle vom vorwiegend objektiven Kontrollverfahren (*Menger*, Grundrechte III/2, 729) über ein Mischinstitut subjektiv-objektiver Prägung (*v. Engelhardt*, Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, 1971, 160 ff.); zum vorwiegend subjektiven Rechtsschutzverfahren ohne Behördenantragsrecht, wie es im Referentenentwurf zur Änderung des § 47 VwGO (Stand 1975) erscheint.

⁴⁴⁾ Zu den sehr begrenzten Möglichkeiten eines „vorverlegten“ verfahrensbegleitenden Gerichtsschutzes vgl. *Ossenbühl*, DJT-Gutachten (Fn 4), 191 f. Zutreffend der Hinweis bei *Kopp*, Verwaltungsverfahren (Fn 22), 248 mit Anm. 692.

⁴⁵⁾ Zu diesem Phänomen *Häberle*, VVDStRL 30, 43 ff., 87.

quo ist, dann können prozeßbedingte Verzögerungen, dann können Umfang und Dauer eines gerichtlichen Verfahrens nicht rechtsneutral bleiben. Dann wird man sich an den Gedanken gewöhnen müssen, daß Art. 19 Abs. 4 GG als Gerichtsschutzanspruch des einen durch materiell-grundrechtliche Rechtsverwirklichungsansprüche anderer Beteiligter Einschränkungen erfahren kann. Effektiver Schutz aller beteiligten Rechte wird hier nicht durch Steigerung, sondern durch angemessene Verteilung gerichtlicher Kontrollansätze gewährt⁴⁶⁾.

3. Die Bezogenheit der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die Zweite Gewalt

Verwaltungsgerichtsbarkeit ist zum anderen geprägt durch ihre spezielle Bezogenheit auf die Zweite Gewalt. Dieses Merkmal hebt sie aus dem Kreis der Gerichtszweige heraus und gebietet Vorsicht dort, wo es um die Übernahme von Rechtsanwendungslehren geht, die für andere Gerichte, insbesondere für die Zivilgerichtsbarkeit entwickelt worden sind. Rechtsanwendung des Verwaltungsrichters ist stets ein dreipoliges Kompetenzproblem.

Verwaltung und Verwaltungsgericht begegnen sich in ihrer gemeinsamen Verantwortung für das Recht, die sie arbeits teilig wahrnehmen⁴⁷⁾. Das geschieht in einem Zusammenspiel, das Züge gleichartiger, gegensätzlicher und komplementärer Aufgabenerfüllung trägt.

(a) Antinomisch wirkt dabei vor allem die unterschiedliche Entscheidungssituation; denn der Richter erhält den Sachverhalt:

⁴⁶⁾ Gerade unter den Bedingungen eines Massenrechtsschutzes erweist sich *Bachofs* These als zutreffend (VVDStRL 12, 37 ff., 76): „Rechtsstaatlichkeit heißt zu einem ganz wesentlichen Teil: geordnetes, klares und übersichtliches, leicht zugängliches und mit größtmöglicher Beschleunigung zum Ziele führendes Verfahren.“ Zum verfassungswidrig eingerichteten, da grundrechtshindernden Gerichtsschutz die Entscheidung des BVerfG vom 23. 4. 1974 = BVerfGE 37, 132 ff.: Dem Richter steht es nicht frei, das materielle Recht mit Hilfe verfahrens-rechtlicher Vorschriften zu ändern. Effektiver Rechtsschutz gebietet es, die sich unmittelbar aus dem betroffenen Grundrecht ergebende Interessenabwägung nachzuvollziehen (148).

⁴⁷⁾ *Häberle*, Öffentliches Interesse (Fn 3), 692; *Bullinger*, Unbestimmte Gesetzesbegriffe in der neueren deutschen und französischen Verwaltungsrechtsprechung, Festschrift für Jahrreiß, 1974, 19 ff., 32. Zum parallelen Problem der Zuordnung von Legislative und richterlicher Gewalt *H.-P. Schneider*, DÖV 1975, 443 ff., 449 („Prinzip koordinierter Arbeitsteilung“); *J. Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, 240; *Badura*, Richterrecht (Fn 35), 42.

- vorgeprägt durch einen anderen staatlichen Funktions-träger,
- occasionell und segmentarisch, im Umfang bestimmt durch den Kläger,
- zur Beurteilung *ex post*,
- in einem Verfahren, das auf die Dimensionen des Einzel-falles zugeschnitten ist, deshalb weder alle Beteiligten noch alle Bezüge des größeren Zusammenhangs aufnimmt und diesen auch nur begrenzt steuern kann, weil Parallel- und Divergenzfälle nicht Gegenstand des Prozesses sind.

Daraus folgt eine mediatisierte Situation richterlichen Entscheidens, die die Ausmaße der im Grundfall wirkenden administrativen Verantwortung weder in Initiative, Information und Prognose, noch in Selbstprogrammierung, Abwicklung oder Folgen erreichen kann⁴⁸⁾.

(b) Auf der anderen Seite vermag der Richter durch das Medium des Rechts Entlastungsfunktionen für die Verwaltung auszuüben, indem er Standards entwickelt und größere Entscheidungszusammenhänge durch sukzessive Teilprüfungen stabilisiert⁴⁹⁾. Mehr noch, selbst nicht Empfänger der Verantwortungs-verantwortung, aktualisiert der Richter doch das der Verantwortung innewohnende Pflichtenmoment und schafft der Zweiten Gewalt dadurch „legitimierende Fundierung im Recht“⁵⁰⁾. Hier manifestiert sich die von Werner Weber hervorgehobene Wirkungseinheit von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit⁵¹⁾.

4. Außergerichtlicher Rechtsschutz

Wesentlich für das Bild der Verwaltungsjustiz ist schließlich, daß sie kein universales Rechtsschutzorgan darstellt. Sie steht vielmehr in einem Verbund mit anderen öffentlichen Rechts-

⁴⁸⁾ Dazu auch Kopp, *Verwaltungsverfahrenrecht* (Fn 22), 153; H.-P. Schneider, *DÖV* 1975, 443 ff., 447, 450 f.

⁴⁹⁾ W. Weber, *Staats- und Selbstverwaltung* (Fn 24), 13; Scheuner, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1860—1960*, Bd. 2, 1960, 229 ff., jetzt auch in: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit* (hrsg. von Forsthoff), 1968, 461 ff., (danach hier zit.); Badura, *Richterrecht* (Fn 35), 48. Eichenberger, *Richterliche Unabhängigkeit* (Fn 33), 165 ff.; Hoppe, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsrechtsschutz*, *DVBl.* 1975, 648 ff.

⁵⁰⁾ Eichenberger, *Richterliche Unabhängigkeit* (Fn 33), 166; vgl. K. Meyer, *DÖV* 1969, 162 ff., 169.

⁵¹⁾ W. Weber, *VVDStRL* 14, 188 ff., 191 (Diskussionsbeitrag).

Verwaltungs- und Finanzkontrollen⁵²). Erst der richtig verfaßte Zusammenhang aller dieser Institutionen als spezifisch, überlappend und ergänzend tätiger Systemteile macht den Rechtsschutz insgesamt aus, innerhalb dessen der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine ihren Besonderheiten entsprechende, institutions-spezifische Rolle zufällt.

III. Aufgaben und Entscheidungssituation als Kriterium administrativ-richterlicher Verantwortungsverteilung

Die weitaus meisten verwaltungsgerichtlichen Urteile haben die administrativ-richterliche Verantwortungsverteilung durchaus zutreffend im Sinne einer Angleichung der Entscheidungsstrukturen erfaßt. Das ist möglich, weil das Gros der Fälle in Sachverhalt, Beteiligten und Folgen übersichtlich ist und bei Sachverhaltsreihungen schon die Singularität der klagbar gewordenen Fälle nachhaltige Beeinträchtigungen des administrativen Verantwortungsbereichs ausschließt. Wo die Gerichte dagegen über verflochtene Verwaltungsentscheidungen zu befinden haben, gehen die Grundlagen dieser Angleichung verloren, da die Überschaubarkeit, die Einsichtigkeit der Wertungen und die Filterwirkung der Sachverhaltsreihung nachlassen und dadurch die Unterschiede der Entscheidungssituationen aufbrechen. Wenn heute nach angemessenem Rechtsschutz gerade gegenüber komplexen Vorgängen gesucht wird, dann müssen primär Überschaubarkeit und Einsichtigkeit zurückgewonnen, dann müssen die Strukturen des richterlichen und des administrativen Entscheidens in den Kontrollgegenständen und -verfahren wieder angenähert werden.

Ich möchte das an einigen für den Verwaltungs- und den Kontrollvorgang wichtigen Rechtsinstituten zeigen. Die Überprüfung dieser Institute hat sich an der skizzierten Verantwortungstypologie auszurichten und zu versuchen, Überschaubarkeit mit den Mitteln der Entflechtung alter und der Kontraktion neuer Zusammenhänge, sowie durch Reduktion und Einpassung zu erzielen.

Dritter Abschnitt: Konkrete Zuordnungsprobleme

A. Kontrollzugänglichkeit und Kontrollverfahren

I. Rechtsform und Rechtsschutzform

Entflechtungen und Ansätze zu neuer Bündelung sind zunächst bei den Rechtsschutzformen notwendig. Die überkom-

⁵²) Darstellung bei Brunner, Kontrolle in Deutschland, 1972, 139 ff.; Schwarze, Zum Nutzen einer Systembildung für die Kontrolle der Staatsgewalt, DVBl. 1974, 893 ff.; weitergehend Loewenstein, Verfassungslehre, 1959, 127 ff.

menen, nach wie vor primär gegen Einzelmaßnahmen mit Außenwirkung gerichteten Klagetypen werden der Kontrolle komplexer Maßnahmen nicht gerecht, weil solche Entscheidungen häufig in einer historisch zufälligen Rechtsform ergehen⁵³). Die Diskrepanz zwischen Rechtsform und Rechtsschutzform nimmt zu, je weiter die Vorgänge in den Verwaltungsbereich verlagert sind. Vor allem paßt das Dogma⁵⁴), den Gesamtzusammenhang über die Inzidentprüfung zu kontrollieren, hier nicht: Es verzögert für Bürger und Verwaltung die rechtzeitige Kontrolle und belastet dadurch die weitere Entwicklung mit Unsicherheiten. Es trägt in den Einzelprozeß zu viel Konfliktstoff hinein und läßt ihn oft zwischen Parteien spielen, die materiell nicht die Hauptbeteiligten sind⁵⁵). Schließlich steigert es die Rechtswegezersplitterung⁵⁶). Die letzteren Gesichtspunkte sprechen auch dagegen, Individualklagen wie die Feststellungsklage zum prinzipialen Normenkontrollinstrument⁵⁷) umzumünzen.

1. Prinzipale Normenkontrolle, § 47 VwGO

Als eine erste Neuordnungsmaßnahme ist die prinzipiale Kontrolle untergesetzlicher Rechtssätze bundesgesetzlich auszubauen⁵⁸). Die Prozeßordnungen müssen für Einzelmaßnahmen und für Entscheidungen mit normativ-programmhaftem Gehalt zwei im wesentlichen gleichwertige Rechtsschutzformen vorse-

⁵³) Beispiele bei *Ossenbühl*, DJT-Gutachten (Fn 4), 45 ff.; v. *Mutius*, Rechtsnorm und Verwaltungsakt, Festschrift für Hans J. Wolff, 1972, 167 ff. Zum Formenproblem allgemein *Pestalozza*, Formenmißbrauch des Staates, 1973, 2 ff.

⁵⁴) BVerfGE 31, 364 ff.; 368 f.; dazu krit. v. *Mutius*, VerwArch 1972, 207 ff. m. w. Nachw.

⁵⁵) Das ist überall dort der Fall, wo normvollziehende und normsetzende Behörde nicht identisch sind.

⁵⁶) Z. B. bei Inzidentkontrollen eines Bebauungsplanes, dessen Vollzugsakte teilweise (Baugenehmigungen) von den Verwaltungsgerichten, teilweise (Enteignungs- und Umlegungsmaßnahmen) von den Baulandkammern (§§ 157 ff. BBauG) kontrolliert werden.

⁵⁷) *Siemer*, Normenkontrolle durch Feststellungsklage?, 1971; *Maurer*, Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, Festschrift für Kern, 1968, 275 ff., 305 ff. („Feststellungsklage eigener Art“): ausführliche Darstellung und Kritik dieser Versuche jüngst bei *Schenke*, Rechtsschutz bei normativem Unrecht (Habilitationsschrift Mainz 1973, maschinenschriftl.), 175 ff.

⁵⁸) Zu dieser vielfach erhobenen Forderung jüngst *Stern*, Zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle — Ein Plädoyer für ihre Ausweitung, Festschrift für H. Schäfer, 1973, 59 ff. m. w. Nachw. Als berechtigtes Postulat anerkannt auch im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesbaugesetzes, Bundestags-Drucks. 7/2496, S. 34 sub 9 (Begründung). Ausführlich v. *Engelhardt*, Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, 1971.

hen. Nur eine solche Doppelgleisigkeit des Rechtsschutzes kann dem Gesetzgeber seine Befugnis, die dem Rechtsakt angemessene Form zu bestimmen, wenigstens teilweise zurückgeben. Das aber ist umso notwendiger, als vor allem polygonale Verwaltungsverhältnisse ohne die klarstellende Wirkung der Rechtsformen nicht verfaßt werden können⁵⁹⁾.

Inzwischen liegt ein Regierungsentwurf zur Novellierung des § 47 VwGO (Bundestags-Dr. 7/4324) vor, der für einige Hauptfälle komplexer Entscheidungen, für Bebauungspläne, Sanierungssatzungen und die Festlegung von Hochschulkapazitäten die oberverwaltungsgerichtliche Normenkontrolle von Bundes wegen einführen will. Im übrigen sollen die Länder wie bisher die Möglichkeit behalten, § 47 VwGO zu aktualisieren. Der Bund beschränkt sich insoweit darauf, einige Streitfragen zu klären, die bisher die Normenkontrolle belasten⁶⁰⁾.

⁵⁹⁾ Besonders belastend und unergiebig der Qualifikationsstreit bei Plänen; dazu zusammenfassend v. Mutius, Festschrift für Hans J. Wolff, S. 167 ff., 175 m. w. Nachw. Die Auseinandersetzungen haben viel zu lange ausschließlich unter Rechtsschutzgesichtspunkten gestanden. Die differenzierte Aussageweise der Pläne und ihr programmhafter Charakter sind dabei oft genug nicht richtig gesehen worden. Weder gibt es „den Plan“ als Rechtsform (Erichsen, in: *Erichsen-Martens*, Allgemeines Verwaltungsrecht 1975, 199 ff.), noch hat der einzelne Plan eine einheitliche Konsistenz seiner Festlegungen. Sehr häufig mischen sich bis in die einzelne Aussage hinein generell-abstrakte mit individuell-konkreten Elementen; vgl. OLG Lüneburg, DVBl. 1973, 151 ff., 153 (betr. Raumordnungsplan); Bay-VGH BayVbl. 1975, 168 ff. (betr. eine Rechtsverordnung zur Bestimmung zentraler Orte). In diesem „Zwischenbereich“ kommt der gesetzlichen Einordnung in der Tat wesentliche Bedeutung zu. Diese Einordnung aber muß u. U. nach anderen Gesichtspunkten (Publizität, Erlaßverfahren, Beteiligung) vorgenommen werden als nach Rechtsschutzrücksichten; dazu *Ossenbühl*, DJT-Gutachten (Fn 4), 49; *Schmidt-Aßmann*, Grundfragen des Städtebaurechts, 1972, 149 ff. Selbst wenn man mit dem BVerwG, DÖV 1974, 426 f. davon ausgeht, daß Verfassungsrecht enthalte kein Gebot, die Form hoheitlicher Maßnahmen so zu wählen, daß der einzelne dagegen einen möglichst umfassenden Rechtsschutz hat, bleibt ein Rechtsstaatsdefizit solange bestehen, wie nicht die Grundzüge des Rechtsschutzes formabhängig ausgestaltet sind. Vgl. *Brohm*, VVDStRL 30, 245 ff., 283 f., dessen These, der Ausschluß der abstrakten Normenkontrolle für untergesetzliche Normen in einigen Ländern verstoße gegen Art. 19 Abs. 4 GG (dazu die weitere Lit. Anm. 114), allerdings zu allgemein gehalten ist und allenfalls für einige besonders krasse Gruppen von Plänen aufrechterhalten werden kann.

⁶⁰⁾ So vor allem das Problem des Prüfungsmaßstabes, das der Entwurf im Sinne umfassender, das Verfassungsrecht einbeziehender Prüfung löst; dazu *Stern* (Fn 58), 73 ff. — Gestrichen werden soll dagegen das bisherige Behördenantragsrecht. Der Entwurf begründet diese Maßnahme damit, § 47 VwGO solle in erster Linie dem Rechtsschutz des einzelnen dienen.

Mit Allgemeinverbindlichkeit ausgestattet bleibt allein die normverwerfende Entscheidung. Rechtsmittel gibt es nicht.

Wir dürfen diesem Entwurf einige Ergänzungsvorschläge anfügen: So erscheint der Katalog der obligatorischen Kontrollgegenstände zu eng. Nach aller Erfahrung kann nicht damit gerechnet werden, daß die bisher hartnäckig kontrollfeindlichen Länder⁶¹⁾ den Minimalkatalog landesgesetzlich auffüllen werden. Die Zweispurigkeit der Rechtsschutzform aber bleibt unvollständig, wenn nicht auch die Festlegung städtebaulicher Entwicklungsbereiche⁶²⁾ und Regionalpläne⁶³⁾ prinzipal kontrolliert werden können. Desgleichen müssen bestimmte Sätze des bisherigen Innenrechts als kontrollfähig anerkannt werden⁶⁴⁾, weil gerade höherstufige Pläne sich oft dieser Rechtsform bedienen. Einer Ausuferung des Instituts, wie sie nach der Statistik zur bisherigen Kontrollpraxis⁶⁵⁾ ohnehin nicht zu befürchten ist, läßt sich mit der an die Gefährdung rechtlicher Interessen⁶⁶⁾ gebundenen Antragsbefugnis gegensteuern.

⁶¹⁾ Zu den jüngsten erfolglosen Bemühungen um Einführung der Normenkontrolle nach § 47 VwGO in Bundesländern *Redeker*, Einführung des Normenkontrollverfahrens in Nordrhein-Westfalen, NJW 1974, 1648 f.

⁶²⁾ Festlegung durch RechtsVO der Landesregierung, § 53 StBauFG. Zum Rechtsschutz hiergegen *Oldiges*, Gerichtlicher Rechtsschutz gegen Gebiets- und Bereichsfestlegungen nach dem Städtebauförderungsgesetz, Wirtschaftsrecht 1974, 277 ff.

⁶³⁾ Gerade diese Pläne sind in Inhalt und Form länderspezifisch so unterschiedlich geregelt (vgl. Aufstellung bei *Ernst-Zinkahn-Bielenberg*, BBauG, Stand 1975, § 1 Rdnr. 20), daß nur eine Zweispurigkeit willkürlich wirkende Differenzierungen vermeiden kann.

⁶⁴⁾ Dazu b.-w. VGH ESVGH 23, 90 ff. (betr. Festsetzung des Regelstundensatzes); *Ossenbühl*, Ministerialerlasse als Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Normenkontrolle, DVBl. 1969, 526 ff. mit zutreffender Einschränkung auf Verwaltungsvorschriften eigenständigen, rechtsergänzenden Inhalts. *Lorenz*, Rechtsschutz (Fn 34), 37 ff. Ablehnend OVG Lüneburg DVBl. 1973, 151 ff. und die h. M. (Nachw. bei *Lorenz*, S. 38 Anm. 1).

⁶⁵⁾ Nach Angaben in der Begründung des Regierungsentwurfs (S. 6) waren zwischen 1970 und 1974 in Baden-Württemberg 259 Verfahren anhängig, in Bayern 147, in Bremen 4, in Hessen 123, in Schleswig-Holstein 31. Das Gros betraf Verfahren zur Überprüfung von Bebauungsplänen (ca. 55 %). Weitere Angaben zur Statistik bei *Schlez*, Die Fehlerquelle beim Bebauungsplan und das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 4 S. 2 BBauG, BauR 1974, 289 ff.; *K. Meyer*, Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung (Fn 3), 161 ff.

⁶⁶⁾ So die ganz h. M.; bayVGH BayVBl. 1975, 168 ff., 169; *Redeker-v. Oertzen*, VwGO § 47 Rdnr. 13; *B.-F. Hoffmann*, Antragsbefugnis im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, Diss. Heidelberg 1974.

Die präventive Entlastungs- und Stabilisierungswirkung des Normenkontrollverfahrens ließe sich wesentlich steigern, wenn auch der normbestätigenden Entscheidung Allgemeinverbindlichkeit zukäme⁶⁷⁾. Trotzdem kann eine entsprechende Erstreckung der Urteilswirkungen nicht empfohlen werden, weil die revisionslose Kontrollentscheidung des Oberverwaltungsgerichts instantiell nicht hoch genug verortet ist, um abweichende Inzidententscheidungen anderer Gerichte auszuschließen⁶⁸⁾. Das Gericht wäre zudem überfordert, sollte es im Rahmen eines einzigen Verfahrens den formellen und den gesamten materiellen Regelungsgehalt von Planungsnormen in allen Auswirkungen überprüfen. Hier läßt auch die prinzipiale Normenkontrolle Lücken, die sich nur in sukzessiver Prüfung schließen. Zu überlegen ist allerdings, ob nicht wenigstens die formelle Rechtmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung ein für allemal umfassend geprüft und allgemeinverbindlich festgestellt werden sollte.

2. Rechtsschutz gegen Einzelakte

Im Rechtsschutz gegen Einzelakte läßt sich die notwendige Verfahrenskonzentration nur durch ein Maßnahmebündel erzielen, zu dem Anfechtungslast, Fristen und Ausschlußwirkung gehören und dessen Kern der Verwaltungsakt bildet. Dieses Institut hat zwar seine rechtsschutzeröffnende Schlüsselfunktion eingebüßt⁶⁹⁾. Unverzichtbar aber sind die prozeßrechtlichen Ausstrahlungen seines materiellen Anliegens, verbindliche und bündelnde, der Bestandskraft fähige Regelung zu sein⁷⁰⁾. Ja, es erweist sich als eine adäquate Rechtsform gerade dort, wo es die zeitliche Abfolge mehrerer Entwicklungsphasen eines Planungsprozesses zu verfassen gilt, von denen die nachfolgende

⁶⁷⁾ K. Meyer, (Fn 65) 171; Bettermann, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Burgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt, AöR 86 (1961), 129 ff., 161

⁶⁸⁾ Auf längere Sicht muß die Frage einer Revisibilität der oberverwaltungsgerichtlichen Entscheidung erneut überdacht werden, zumal dann, wenn es sich bei zunehmenden bundesrechtlichen Planungsmaßnahmen (z. B. Bundesraumordnungsprogramm Bundestags-Drucks. 7/3584, Rahmenpläne für Gemeinschaftsaufgaben, z. B. Bundestags-Drucks. 7/3563 und 3601) als notwendig erweisen sollte, Bundesrecht als prüfungsfähiges Recht in § 47 VwGO einzu beziehen. Vgl. Stern (Fn 58), S. 69 ff.

⁶⁹⁾ Frotscher, Rechtsschutz nur gegen Verwaltungsakte?, DÖV 1971, 259 ff.; zu neueren Fällen Rspr.-Übersicht DÖV 1975, 174 f. Nr. 31—36.

⁷⁰⁾ Dazu Rübner, Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL 28, 187 ff., 204—206; Vogel, dort 268 (Diskussionsbeitrag); Bachof, VVDStRL 30 (1971), 153 ff., 230—233; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Auflage, 1974, 46 I a.

die früher getroffenen Rahmenentscheidungen nicht wieder zur Disposition stellt, sondern ausfüllend weiterführt⁷¹⁾. Das alles gehört bereits heute zur Praxis der Vor- und Teilbescheide⁷²⁾. Nur ist diese Praxis zu sehr von historischen Zufälligkeiten geprägt, bei denen Verfahrenszergliederungen und nicht voll verarbeitetes Zusammenwachsen ursprünglich selbständiger Verwaltungsverfahren unvermittelt nebeneinander stehen⁷³⁾. Das bewirkt, wie die Flughafen-Urteile⁷⁴⁾ zeigen, Unsicherheiten des Rechtsschutzes, indem man zu einer zu spät ansetzenden, phasenverzerrenden Konzentration seine Zuflucht nimmt⁷⁵⁾. System läßt sich in dieses Dickicht nur mit Hilfe des Gesetzgebers bringen, der vor allem mehrstufige Planfeststellungsverfahren präziser gliedern muß⁷⁶⁾. Dabei sind drei Punkte beachtlich:

⁷¹⁾ Wahl, DÖV 1975, 373 ff., 375—377; auch Brohm, VVDStRL 30, 285 ff., der allerdings die Außenwirkung des regelnden Gehalts eines Verwaltungsaktes zu gering veranschlagt. Zum Begriff des „Entwickelns“ eines Planes aus dem nächsthöherstufigen BVerwG Urt. vom 28. 2. 1975 = BauR 1975, 257 ff.

⁷²⁾ Z. B. Vorbescheide im Baugenehmigungsverfahren, dazu Scheerbarth, Bauordnungsrecht, 2. Auflage, 1966, § 125; speziell zur Bebauungsgenehmigung, BVerwG DÖV 1969, 143; ferner §§ 8, 9 BImSchG, § 7 a AtomG; § 21 BBauG (Zusammenwachsen von Bodenverkehrs- und Baugenehmigung); zu Teilgenehmigung und Vorbescheid instruktiv Sellner, Die Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, NJW 1975, 801 ff., bes. 804; BVerwGE 24, 23 ff.; Anschauungsmaterial bietet auch das Verwaltungsvollstreckungsrecht, das gleichsam das klassische Gebiet „gestufter Verwaltungsentscheidungen“ ist, dazu G. Arndt, Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung, 1967; zu einem atypischen Vollstreckungsfall OVG Münster BauR 1973, 308 ff.

⁷³⁾ Vollends das neuere Fachplanungsrecht zeigt eine deutliche Tendenz, Entscheidungsstufen zu formulieren, z. B. § 16, §§ 17 ff. BFStrG, § 13, §§ 14 ff. WaStrG; § 6, §§ 7 ff. AbfallbeseitigungsgG; §§ 28 ff. PBefG. Hoppe, Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen, 1971, Rdnr. 25 ff.; Badura in: Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1975, 290 ff.; Wahl, DÖV 1975, 373 ff. und Blümel in zahlreichen Beiträgen, jüngst DVBl. 1975, 695 ff., 702 mit Nachw. Anm. 173.

⁷⁴⁾ Aus der großen Zahl von Entscheidungen: BVerwG Urt. vom 22. 3. 1974 = DVBl. 1974, 562 = DÖV 1974, 418; Beschl. vom 21. 3. 1973 = DVBl. 1973, 448 = DÖV 1973, 344; Urt. v. 11. 10. 1968 = DÖV 1969, 283, bayVGH DVBl. 1972, 790; weitere Nachw. bei Blümel, a. a. O.

⁷⁵⁾ Kritik bei Wahl, DÖV 1975, 373 ff.; Blümel, DVBl. 1975, 703 ff.

⁷⁶⁾ Dazu die eingehende Ausarbeitung eines gestuften flurbereinigungsrechtlichen Planfeststellungsverfahrens von Blümel-Ronellenfitsch, Die Planfeststellung in der Flurbereinigung, 1975, 62—85. Die Ausführungen zeigen, wie sehr eine bereichsspezifische gesetzl. Regelung notwendig und wie sehr sie von den Sachbezügen des jeweiligen Rechtsgebiets abhängig ist. Aussagen allgemeiner Dogmatik lassen sich zur Zeit nur wenig treffen.

- Diejenigen Einschnitte, die den Eintritt der Verbindlichkeit markieren, sind mit Regelungsgehalt so auszustatten, daß in den dazwischenliegenden Phasen eine Beschränkung der Angreifbarkeit zumutbar ist, „dazwischenschießenden“ Klagen daher typischerweise das Rechtsschutzbedürfnis abgesprochen werden kann.
- Der Kreis der Anfechtungsberechtigten und -verpflichteten muß aus dem Gesetz bestimmbar sein.
- Mit Anfechtungslast, materieller Ausschlußwirkung und Bestandskraft muß Ernst gemacht werden⁷⁷⁾. Gesetzlich hinreichend verdeutlicht, sind diese Institute nicht rechtsstaatwidrig⁷⁸⁾, sondern notwendig, um große Verwaltungsverfahren administrativ steuerbar zu halten und die rechtzeitige Erfüllung der in ihnen angelegten Verteilungsaufgaben nicht zu gefährden⁷⁹⁾. Die divergierenden Interessen in polygonalen Verwaltungsverhältnissen zwingen hier dazu, allen Beteiligten Obliegenheiten zuzuweisen und ihnen für den Schutz ihrer Rechte auch selbst Verantwortung zu übertragen. *Iura vigilantibus!*

II. Individualrechtsschutz und andere Rechtsschutzverfahren

1. Subjektives öffentliches Recht

Die Überschaubarkeit des Rechtsschutzes hat gelitten durch Ausweitungen des subjektiven öffentlichen Rechts⁸¹⁾, die nur zum Teil notwendige Reaktionen auf die zunehmende Breiten-

⁷⁷⁾ Dazu BVerwG DVBl. 1970, 65; *Weyreuther*, Probleme der Rechtsprechung zum Enteignungsverfahren, DVBl. 1972, 93 ff., 99 f.: „Jede zwischen- oder vorgeschaltete förmliche Entscheidung schafft also, weil sie die Anfechtungslast auslöst, für die nachfolgenden Verfahren gesicherten Boden.“ *Blumel*, Anm. DVBl. 1972, 796 ff., 798; *Schwarze*, Rechtsfragen bei der Errichtung von Kernkraftwerken, DÖV 1973, 700 ff., 703 f. m. w. Nachw.; *Wahl*, DVBl. 1975, 373 ff., 378. OVG Münster Urt. vom 20. 2. 1975 — VII A 911/69 — (unveröffentlicht), AU S. 23 f. Ausdrückliche Regelung in § 7 b Abs. 2 AtomG; § 11 BImSchG, dazu *Ule*, Umweltschutz im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, DVBl. 1972, 437 ff., 442. Zur Präklusion innerhalb eines Verwaltungsverfahrens § 10 Abs. 3 BImSchG; BVerwG DVBl. 1973, 645 mit abl. Anm. *Zuck*; *Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler*, Gewerbeordnung, Stand 1969, § 17 Rdnr. 12 m. w. Nachw.

⁷⁸⁾ Unbegründet daher Bedenken und Einschränkungen in OVG Lüneburg DVBl. 1975, 190 ff., 193.

⁷⁹⁾ Dazu oben bei Fn. 45, 46.

⁸⁰⁾ Vgl. BVerwGE 10, 47 ff., 48; ferner BVerwGE 44, 294 ff.; dazu *Menger*, Die Grundsätze von Treu und Glauben im Gerichtsverfahrensrecht, VerwArch 1975, 85 ff.; ferner BVerwG BRS Bd. 27 Nr. 167 und BVerwG Urt. vom 15. 10. 1974 = AgrarR 1975, 101 ff., 102.

⁸¹⁾ Grundlegend *Bachof*, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek 1955, 287

wirkung des Verwaltungshandelns sind. Auf makroadministrative Vorgänge, auf die Tiefenwirkung übertragen, laufen die Ausdehnungen Gefahr, über den Einzelprozeß Aspekte in die Verwaltungsentscheidung hineinzuschleusen, die auf dieser Stufe noch keine Rolle spielen und so die Gesamtentscheidung verfälschen.

Eingrenzungen des subjektiven Rechts lassen sich nur über seine nach wie vor gültige normative Ableitung⁸²⁾ erzielen⁸³⁾. Bei der danach notwendigen rechtssatzbezogenen Sinnermittlung können auch Sachbezüge des Betroffenenbereichs eine Rolle spielen⁸⁴⁾. Das ist aber nur die eine Seite. Beachtlich sein

ff.; *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, 146 ff.; *Henke*, Das subjektive öffentliche Recht, 1968; Meinungsstand zusammengefaßt bei *Lorenz*, Rechtsschutz (Fn 34), S. 50 ff. *Henke*, Zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, Festschrift für W. Weber, 1974, 495 ff. Zur Rechtsprechungspraxis in den wichtigsten Gebieten subjektiver Rechte bei mehrpoligen Verwaltungsverhältnissen vgl. *Gelzer*, Bauplanungsrecht, 1972, Rdnr. 650 ff., 945 f.; *Schrödter*, BBauG, 3. Aufl., 1973, § 31 Rdnr. 4 ff.; *Bender-Dohle*, Nachbarschutz im Zivil- und Verwaltungsrecht, 1972; *Friauf*, Der Rechtsschutz des sog. Dritten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, *JurAnalysen* 1969, 1 ff.; 1970, 652 ff.; *Scholz*, Wirtschaftsrecht 1972, 35 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Grundfragen des Städtebaurechts, 99 ff.; *Sendler*, Industrieansiedlung, Umweltschutz, Planungs- und Nachbarrecht, *WiR* 1972, 453 ff.

⁸²⁾ *Wolff-Bachof*, Verwaltungsrecht I § 43 I b; *Bachof*, VVDStRL 33, 312—315 (Diskussionsbeitrag). Der normativen Ableitung annähert jetzt auch *Henke*, Festschrift für W. Weber (Fn 81), S. 510 ff.; nicht ganz klar *Bartsperger*, VVDStRL 33, 327 (Schlußwort) zu seinen Ausführungen dort S. 252 f. und früheren Beiträgen (Nachw. dort Anm. 127).

⁸³⁾ Dabei kann eine differenzierende grundrechtliche Schrankensystematik rechtsverdeutlichend wirken; *Scholz*, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, 122 ff.; ihm folgend *Lorenz*, Rechtsschutz (Fn 34), S. 62 ff. Doch sollte der gesetzesunabhängige Aussagegehalt gerade der im Bereich komplexer Verwaltungsentscheidungen einschlägigen Art. 2 Abs. 1, 12, 14 GG nicht überschätzt werden. So *Wolff-Bachof*, § 43 I b 2, S. 323 gegen *Lorenz*; zu weit auch *Scholz*, a. a. O., S. 139 unten, 145 („subjektivierende Grundtendenz“ als „idealtypischer Zug der Vorhofsprägung“); gänzlich unbestimmt *Rehbinder-Burgbacher-Knieper* (Fn 8), 39. Zu Problemen des Art. 5 GG bei Pressesubventionierung VG Berlin DÖV 1975, 134 ff. mit Anm. *Scholz*, dort S. 136 f.

⁸⁴⁾ Die bleibende Bedeutung der insbesondere von *Henke* zunächst vertretenen Lehre, auf das faktische Betroffensein abzustellen, liegt darin, die Schutznotwendigkeit einer Position zu verdeutlichen und im Rahmen der teleologischen Bedeutungsermittlung Interpretationsgesichtspunkte beizutragen; vgl. BVerwG vom 13. 6. 1969 = DVBl. 1970, 57, ferner Urt. vom 14. 12. 1973 = DVBl. 1974, 358 mit Anm. von *Schrödter*, dort S. 362, das ohne einfach-gesetzliche nachbarschützende Norm den Nachbarschutz (ausnahmsweise) direkt aus Art. 14 GG herleitet (schwer und betroffen). Die Zumutbarkeitslehre

kann auch ein institutionelles Element aus dem Administrativbereich, die Frage nämlich, wie der verpflichtete Verwaltungsträger nach Aufgabe, Organisation und Verwaltungskraft eingerichtet ist. Dieses Element kann für das subjektive Recht entstehungsfördernd wirken, etwa dort, wo die Verwaltung auf eine neue und umfassende Art Aufsicht über Sozialbereiche praktiziert⁸⁵). Es kann aber auch entstehungshindernd wirken, indem es zeigt, daß die Aufgaben der Verwaltung in einem bestimmten Gebiet nicht die für die Begründung subjektiver Individualrechte notwendige Dichte besitzen. Auf diesen Aspekt hinzuweisen besteht Veranlassung, weil die den makroadministrativen Bereich dirigierenden gesetzlichen Abwägungs- und Koordinationsklauseln mit ihren weitläufigen Katalogen beachtlicher Interessen⁸⁶) zum Teil eine überschießende subjektivrechtliche Tendenz vorspiegeln, die sie aus institutioneller Sicht weder durchhalten können noch wollen. Komplexe Entscheidungen haben großflächig skizzierte Interessen zum Gegenstand⁸⁷). Nur auf sie ist die Verwaltung in der Sachaufklärung und Informationsverarbeitung eingerichtet. Höhere Dichte und subjektive Individualrechte ließen sich nur um den Preis des Verwaltungsstaates begründen. Das institutionelle Element der bereichsspezifischen Verwaltungsaufgabe hat hier die notwendige teleologische Reduktion zu weit gefaßter Rechtssätze zu leisten.

zu Art. 14 GG vollzieht hier die Vermittlung von Faktizität und Rechtssatz.

⁸⁵) Dazu die an der Amtshaftungsrechtsprechung ablesbare Erweiterung bauaufsichtlicher Pflichten; BGHZ 59, 358 ff., 362; BGH NJW 1969, 234; BGHZ 60, 112 ff. Wichtig z. B. auch die gesetzliche Zuständigkeitszuweisung an technisch spezialisierte und entsprechend ausgestattete Gewerbeaufsichtsämter oder an die allgemeine Ordnungsverwaltung. Vgl. auch Scholz, Wirtschaftsaufsicht (Fn 83), 16 ff.

⁸⁶) Z. B. § 2 BROG, § 1 StabG, § 2 Abfallbeseitigungsg; § 1 Kohleanpassungsg v. 15. 5. 1968 (BGBl. I, S. 365), dazu Seidler, Rechtsschutz bei staatlicher Wirtschaftsplanung 1973, 62 mit Anm. 74. BayVGH Beschluß vom 21. 11. 1974 = DVBl. 1975, 550 f.; Urt. vom 11. 6. 1975 = DVBl. 1975, 665; aber auch die inzwischen überholte Ansicht im Urt. des 1. Senats vom 15. 2. 1974 = DVBl. 1975, 545 mit abl. Anm. Bettermann, dort 548 ff.; alle zur Frage, ob Art. 141 Abs. 3 S. 1 BV dem einzelnen ein subjektives Recht auf Erhaltung von Naturschönheiten gibt; ferner VG Ansbach DVBl. 1975, 150 ff.

⁸⁷) Wahl, DÖV 1975, 373 ff., 378 f.: „aggregierte Interessen“; dazu auch Ossenbühl, DJT-Gutachten (Fn 177): „Stufensystem der Betroffenheit“; Schmidt-Aßmann, DÖV 1974, 543 ff., 547; Hinweis auch bei Bettermann, DVBl. 1975, 549. Kritisch dagegen Blümel, DVBl. 1975, 705 ff.

2. Massenverfahren

Selbst wenn es gelänge, das subjektive öffentliche Recht vor weiteren Ausdehnungen zu bewahren, werden sich die Gerichte künftig Verfahren gegenübersehen, an denen Hunderte, vielleicht Tausende beteiligt sind⁸⁸). Die Probleme dieser Verfahren sind materieller und prozessualer Natur. Materiell geht es darum, wie die Gerichte jene vertiefende und individualisierende Aufbereitung noch sollen bewältigen können, die sie bisher als eine Art der Kompensation gegenüber schon bekannten administrativen Massenvorgängen etwa im Steuerrecht geleistet haben⁸⁹). Die prozessualen Probleme betreffen die praktikable prozeßtechnische Verfassung der beteiligten Massen. Dabei wird man zu unterscheiden haben zwischen denjenigen Verfahren, die nach wie vor die Grundstruktur der klassischen Baunachbarklage haben, bei der nur eine „Ecke“ von einer Vielzahl mit gleichen Interessen Beteiligter besetzt wird, und einem vielgliedrigen Massenverfahren, in dem praktisch jeder gegen jeden kämpft, wie das bei der Verteilung geschlossener Fonds⁹⁰) denkbar ist.

Die derzeitige Diskussion richtet sich auf die prozeßrechtliche Bewältigung der „einfachen“ d. h. dreieckigen Massenverfahren des Straßen- und Anlagenbaus, auf die Schwierigkeiten der richtigen Ladungen, Zustellungen, der Akteneinsicht und Durchführung der mündlichen Verhandlungen⁹¹). Sie bezieht die Möglichkeit ein, daß das Verfahren bewußt als Kampfmittel eingesetzt und Fehler und Verzögerungen provoziert werden, um bestimmte Projekte um jeden Preis zu verhindern.

Hier Lösungen gegen eine drohende Immobilität der Verwaltung anzubieten, fällt schwer; denn alle Mittel einer strafferen Zusammenfassung der mit gleichen Interessen Beteiligten müssen sich auf dem Grat zwischen der unzulässigen Kollektivierung individuellen Rechtsschutzwillens⁹²) einerseits und der Unpraktikabilität andererseits bewegen, mit der jeder Ansatz

⁸⁸) *Laubinger*, Gutachten über eine künftige gesetzliche Regelung für Massenverfahren im Verwaltungsverfahren und im Verfahrensrecht für die Verwaltungsgerichte, 1975, S. 7 f. mit statistischem Material; *Blümel*, Masseneinwendungen im Verwaltungsverfahren, Festschrift für W. Weber, 1974, 539 ff.; *Redeker*, Zum neuen Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes DVBl. 1973, 744 ff., 747.

⁸⁹) Dazu sehr instruktiv *Isensee*, Verwaltungsraison gegen Verwaltungsrecht, *StuW* 1973, 199 ff.; zur „typischen Betrachtungsweise“ im Steuerrecht *Kruse*, *Steuerrecht* I, 3. Aufl. 1973, 110 ff.

⁹⁰) Z. B. im Flurbereinigungsverfahren, §§ 10 ff. *FlurbG*.

⁹¹) Dazu *Laubinger* (Fn 88) 11 f.

⁹²) *BayVerfGE* 20, 167 ff.; vgl. *BVerfGE* 14, 263 ff., 287.

einer Zusammenfassung deshalb belegt ist, weil er selbst wiederum eine mit Rechtsmitteln angreifbare Entscheidung darstellt. Auf diesem schmalen Terrain zulässig⁹³⁾ sind etwa die gerichtliche Bestellung eines gemeinsamen Prozeß- oder eines Zustellungsbevollmächtigten, sofern das Recht zur individuellen Prozeßführung nicht ausgeschlossen wird⁹⁴⁾. Auch öffentliche Zustellungen und Ladungen sind rechtsstaatlich unbedenklich, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind und auf sie in hinreichender Weise aufmerksam gemacht wird⁹⁵⁾.

Erleichtert werden sollte außerdem die Gerichtspraxis, ein Verfahren als Musterprozeß zu behandeln. Dazu bedarf es einer Lockerung der Beiladungsvorschriften⁹⁶⁾. So sollte dort, wo der

⁹³⁾ Im einzelnen wird auf die ausführlichen Erörterungen *Laubingers* (Fn 88), 23 ff. verwiesen. Als denkbare Lösungsansätze untersucht L.: Genehmigungserteilung und Planfeststellung durch Rechtssatz, Beschränkung des Beteiligtenkreises, Bildung von Zwangsverbänden, Zulassung freiwillig gebildeter Verbände, Umweltschutzbeauftragter, Sonderregelung für standardisierte Einwendungen, Bestellung gemeinsamer Vertreter oder Bevollmächtigter, Bestellung gemeinsamer Empfangsbevollmächtigter, öffentliche Zustellung von Ladungen und Entscheidungen sowie Sonderregelungen für das Recht auf Teilnahme an der mündlichen Verhandlung, für die Verhandlungsniederschrift, für die Akteneinsicht, die Zuleitung von Gutachten und das Rubrum.

⁹⁴⁾ *Laubinger* (Fn 88), 41 ff.; BayVerfGHE 20, 167 ff.

⁹⁵⁾ *Laubinger* (Fn 88), 56 ff.; für dasungsverfahren vorgesehen z. B. in § 22 Abs. 1 S. 3 Abfallbeseitigungsg; § 10 Abs. 4 Nr. 2 BImSchG; § 17 Abs. 6 S. 3 BwAstraG; § 18 Abs. 5 S. 2 Nr. 3 BFernStrG. Die von *Blümel*, Festschrift für W. Weber, S. 559 ff. dagegen erhobenen rechtsstaatlichen Bedenken überzeugen nicht. Eine für die verfahrensrechtliche Behandlung wesentliche, d. h. also schon zu Beginn des Verfahrens zu treffende Unterscheidung zwischen den unmittelbar Betroffenen (und Klagebefugten) und den übrigen Beteiligten, wie sie *Blümel*, S. 560 vorschlägt, ist in großen Verfahren nicht praktikabel. Keineswegs sind nur Grundstückseigentümer (vgl. *Blümel*, S. 558) betroffen. Der funktionelle Nachbarbegriff reicht weiter und schließt es nicht aus, daß auch Mieter und Pächter „unmittelbar betroffen sind“. Der Kreis ist zunächst unüberschaubar; jedenfalls rechtfertigt sich eine Sonderbehandlung der Grundeigentümer nicht. Die Probleme des Massenrechtsschutzes zwingen dazu, daß auch die „evident“ Betroffenen hier soweit zurückstecken, wie es notwendig ist, um den Prozeß mobil zu halten und wie es möglich ist, ohne den Rechtsschutz wesentlich zu erschweren. Auch die hohe Publizität derartiger Massenvorgänge, z. B. in der örtlichen oder regionalen Presse, läßt öffentliche Ladungen und Zustellungen tragbar erscheinen.

⁹⁶⁾ In der klassischen Konstellation der Nachbarklage bedarf es zwar nur der Beiladung des Bauherrn, nicht anderer Nachbarn (BVerwG DVBl. 1974, 767 ff., 768, allerdings zu weitgehend mit der Anregung zur einfachen Beiladung). Schon die einfach verschränkte Konstellation einer Verpflichtungsklage des Bauwilligen auf Erteilung eines Dispenses und ebenso die Anfechtungsklage gegen nach-

Kreis notwendig Beizuladender unüberschaubar wird, Beiladung nur auf Antrag erfolgen, dem eine befristete Aufforderung mit Ausschlußwirkung voranzugehen hätte.

3. Verbandsklagen, Körperschaftsklagen

Wenig Positives zur Problematik des Massenverfahrens tragen Verbandsklagemodelle bei, einerlei, ob man sie als eine Art überhöhter subjektiver Klage oder als verbandsinitiiertes objektives Beanstandungsverfahren konstruiert⁹⁷⁾. Ihre Vorteile, Einzelkläger zu entlasten und dadurch eine faktische Verfahrens Bündelung zu erreichen, werden aufgezehrt von der nachteiligen Beliebigkeit selbstbeigelegter Rechtswahrschaft⁹⁸⁾. Sollte der Gesetzgeber in zeitgenössischer Verbandseuphorie sich trotzdem entschließen, Verbandsklagen in gewissen Bereichen einzuführen⁹⁹⁾, muß jedenfalls sichergestellt sein¹⁰⁰⁾, daß Klagebefugnisse nur solche Verbände erhalten, die eine übersichtliche Verfassung der von ihnen vertretenen Interessen und dauerhaften Bestand gewährleisten. Klagen sog. ad-hoc-Gruppen¹⁰¹⁾ dagegen würden den Prozeß mit vielen technischen Unsicherheiten der Vertretung, Zustellung und Ladung belasten und dann, wenn andere Individualberechtigte auf das Verfah-

barschützende Auflagen (dazu BVerwG DÖV 1974, 318) aber verlangen die notwendige Beiladung aller betroffenen Nachbarn, denn die Entscheidung kann ihnen allen gegenüber nur einheitlich ergehen. Fehlt es an auch nur einer einzigen notwendigen Beiladung, so entfaltet das Urteil nach Ansicht der Rechtsprechung allen gegenüber keine materielle Rechtskraft; *Redeker-v. Oertzen*, VwGO § 65 Rdnr. 22, 24 m. w. Nachw.; einschränkend *Bettermann*, Anm. MDR 1967, 951 f.

⁹⁷⁾ Systematisierung der Konstruktionen bei *Bartlsperger*, VVDStRL 33, 259 ff.; *Rupp*, Popularklage im Umweltrecht?, ZRP 1972, 32 ff.

⁹⁸⁾ Zur bisher durchgängig ablehnenden Rechtsprechung *v. Mutius*, Zulässigkeit der Verbandsklage?, VerwArch 1973, 311 ff.; ferner VG Ansbach DVBl. 1975, 150 ff.; OVG Münster NJW 1975, 463; b.-w. StGH DÖV 1975, 62 ff. In der Literatur positiv: *Manfred Wolf* (Fn 39); *Faber*, Die Verbandsklage im Verwaltungsprozeß, 1972; *Rehbinder-Burgbacher-Knieper* (Fn 8), *Brohm*, VVDStRL 30, 300 f. Weitere Nachw. bei *Blumel*, Festschrift für W. Weber, 564 Fn. 143; *ders.*, Flurbereinigung (Fn 78); *Wälde*, AöR Bd. 99 (1974), 585 ff., 622 f. Ablehnend *Bettermann*, Zur Verbandsklage, ZZP 1972, 133 ff.; *ders.*, AöR Bd. 99 (1974) 501 ff.; *Wolff-Bachof*, Verwaltungsrecht I § 43 I b 2; s. auch Fn 97; *W. Schmidt*, VVDStRL 33, 210.

⁹⁹⁾ Gemeinsamer Entw. des BMI, BMJ und BML (Stand Juni 1975); Initiativentwurf der FDP-Fraktion im b.-w. Landtag, Landtags-Drucks. 6/2153.

¹⁰⁰⁾ Zum folgenden auch *Stelkens*, Einige verwaltungsprozessuale Fragen zur Verbandsklage, DVBl. 1975, 137 ff.

¹⁰¹⁾ So aber *Rehbinder-Burgbacher-Knieper* (Fn 8), 151.

ren angewiesen sind, sehr schnell an die Grenze eines rechts-hindernden, verfahrenswidrigen Gerichtsschutzes führen.

Ohne Gesetzesänderung, allein durch eine präzisere Fassung der Selbstverwaltungsaufgaben, lassen sich dagegen Klagen von Gemeinden und Gemeindeverbänden in Fällen begründen, in denen höherstufige Planungen das Wohl der Einwohner berühren, private Klagen jedoch mangels faßbarer individueller Betroffenheit ausscheiden¹⁰²). Die Gemeinden sind im Rahmen dessen, was sie durch öffentliche Einrichtungen betreuen dürfen, originäre Sachwalter zum Wohle ihrer Einwohner. Entsprechende kommunale Klagen scheinen weit eher als Verbandsklagen geeignet, eine Art präventiven und faktisch bündelnden Rechtsschutzes zu gewähren¹⁰³).

B. Intensität verwaltungsgerichtlicher Kontrolltätigkeit

Die Maßstäbe der gerichtlichen Kontrolle hat das Erstreferat ausführlich behandelt. Ich beschränke mich auf Bemerkungen zum Kontrollumfang, denen ich folgende Feststellungen vorausschicke:

(1) Verwaltungsermessen und Planungsermessen dürfen nicht als qualitativ Verschiedenes verstanden werden, schon deshalb nicht, weil sie sich in den gesetzlichen Tatbeständen nicht trennen lassen¹⁰⁴). Beide Typen finden zusammen in der Maxime, daß Verwaltungshandeln nur unter umfassender Ermittlung und Abwägung aller einschlägigen Gesichtspunkte er-

¹⁰²) *Schmidt-Aßmann*, DÖV 1974, 541 ff., 547; *Blümel*, DVBl. 1975, 708 ff.; *Wahl*, DÖV 1975, 373 ff., 379 Anm. 36; zur Notwendigkeit eines „Systems gestufter Betroffenheit“ *Ossenbühl*, DJT-Gutachten (Fn 4), 177. Die Rechtsprechung ist bisher auch hier zurückhaltend: Ansätze in BVerwGE 40, 323 = DVBl. 1973, 34 („Krabbenkamp II“); ausführlich erörtert, aber nicht abschließend entschieden BayVGH DVBl. 1975, 199 ff., 202—204 („Grafenrheinfeld“); positiver VG Freiburg DVBl. 1975, 343 ff., 344 („Wyhl“).

¹⁰³) De lege ferenda könnte überlegt werden, auch andere Körperschaften öffentlichen Rechts in ganz bestimmten, eng mit ihren Aufgaben verbundenen Beziehungen mit Klagebefugnissen auszustatten, wie das in § 8 Abs. 4 HdwO geschehen ist; z. B. für Teilnehmergemeinschaft im Flurbereinigungsverfahren vgl. *Blümel*, Flurbereinigungsrecht (Fn 76), 82 ff.

¹⁰⁴) Z. B. das baurechtliche Dispensationsermessen (§ 31 Abs. 2 BBauG), das zunehmend als „kleiner Planungsakt“ erscheint; vgl. *Schmidt-Aßmann*, Grundfragen des Städtebaurechts (Fn 59), 175 ff. Ältere gewerberechtliche Tatbestände werden mit planerischem Gehalt angefüllt, z. B. im Verkehrswirtschaftsrecht, dazu *Lange*, Verkehr und öffentliches Recht, 1974, 127 ff. Jüngst *W. Schmidt*, Ab-schied vom „unbestimmten Rechtsbegriff“, NJW 1975, 1753.

folgen darf. Abwägen als rechtliche Chiffre rationalen Handelns schlechthin, als Essentiale gesetzesdirigierter Verwaltung¹⁰⁵! Die quantitativen Unterschiede zwischen Planungs- und Verwaltungsermessen liegen in der Genauigkeit der vorhandenen Gesetzaussagen und in der Überschaubarkeit möglicher Abwägungsfolgen¹⁰⁶).

(2) Ähnlich sind Beurteilungsspielräume und Ermessen nicht kategorial getrennt¹⁰⁷), sondern Differenzierungen, herausgearbeitet für Bereiche gesetzlich eng gebundener Verwaltung und hier zur rechtlichen Durchdringung nach wie vor geeignet, weil sie unterschiedliche Einstellungen zum Gesetz kennzeich-

¹⁰⁵) BVerwG Urt. vom 11. 10. 1968 = *Buchholz* 442, 60, § 6 LuftVG Nr. 1; BVerwG Urt. vom 30. 4. 1969 = DVBl. 1969, 697 ff., 699; BVerwG Urt. vom 20. 10. 1972 = BRS 25 Nr. 25; BVerwG Urt. vom 14. 2. 1975 = NJW 1975, 1373 ff., 1375; s. auch *Häberle*, Öffentliches Interesse (Fn 3), 691 ff.

¹⁰⁶) *Wolff-Bachof*, Verwaltungsrecht I, § 31 II b 2 und III; *Badura*, Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des bayerischen Verfassungsgerichtshofs, 1972, 157 ff. mit dem zutreffenden Hinweis, daß „das Planungsermessen nicht einfach den Regeln des als Rechtsfolgeermessen definierten Verwaltungsermessens unterworfen werden“ kann (167); *Häberle*, Öffentliches Interesse (Fn 3), 692; für eine stärkere Trennung *Ossenbühl*, DJT-Gutachten (Fn 4), 183 ff. *Hoppe*, Zur Struktur von Normen des Planungsrechts, DVBl. 1974, 641 ff., 644 will den Begriff „Planungsermessen“ ganz vermieden wissen, weil er eine deutliche Absetzung vom Verwaltungsermessen für notwendig hält; seine Ansicht beruht jedoch auf einer Überbewertung der Trennung von final und konditional programmiertem Verhalten (vgl. dazu Fn 29). Das Planungsermessen ist in sich kein einheitliches Phänomen, sondern tatbestandsweise unterschiedlich ausgebildet mit konditional und final determinierten Bezügen. So wirken auf das Ermessen bei der Bauleitplanung (§ 1 BBauG) sowohl zielgerichtete Aussagen (Abs. 4 und 5) als auch landesplanerische Aussagen ein (Abs. 3), die sehr wohl auch konditional programmiert sein können; dazu auch *Oberndorfer*, Strukturprobleme des Raumordnungsrechts, Verwaltung 1972, 257 ff.

¹⁰⁷) *Ehmke*, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, 1960; *Häberle*, Öffentliches Interesse (Fn 3), 693; *Schmidt-Eichstaedt*, Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung, AöR 99 (1974), 173 ff.; *Soell*, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung 1973, 205 ff.; *Obermayer*, Die Beurteilungsfreiheit der Verwaltung, BayVBl. 1975, 257 ff.; GemSen. OVG Beschl. vom 19. 10. 1971 = BVerwGE 39, 355 ff. = NJW 1972, 1411 = DVBl. 1972, 604 ff. *W. Schmidt*, NJW 1975, 1755. Anders die noch h. M. s. *Wolff-Bachof*, Verwaltungsrecht I § 31 II a (vgl. auch III a.E.) m. w. Nachw.; *Redeker*, DVBl. 1972, 608 f. und 896 f. Klar stellt *Bachof*, JZ 1972, 641 ff., 642 heraus, daß er selbst die Grenze zwischen beiden Phänomenen nicht als „absolut“ verstanden wissen will.

nen¹⁰⁸). In der gestaltenden Verwaltung dagegen läßt sich die Aufteilung nicht durchhalten¹⁰⁹).

Diese Relativierung bisheriger Zasuren ist notwendig, um die gleitenden Übergänge in den Dichtegraden gesetzlicher Aussagen in die gerichtlichen Kontrollmechanismen aufnehmen zu können. Die kontrollgerechte Neubündelung freilich hängt nicht allein von der Genauigkeit gesetzlicher Maßstäbe, sondern auch noch von zwei weiteren Aspekten ab:

- den bereichsspezifischen Rechtsschutznotwendigkeiten¹¹⁰),
- der administrativen Kompetenz zu eigenverantwortlicher Sachwalterschaft und ihrer speziellen Organisation¹¹¹).

¹⁰⁸) Grundlegend *Bachof*, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97 ff. Zur unterschiedlichen Einstellung des Rechtsanwenders auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1975, 281 f.; *Bachof*, JZ 1972, 641 ff., 644. In der Rspr. ist jedenfalls gegenüber überschaubaren Zusammenhängen die alte, zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Tatbestands- und Ermessen auf der Rechtsfolgenseite unterscheidende Konstruktion der „Koppelungstatbestände“ auch nach der Entscheidung des GemSenats (Fn 107) beibehalten worden; z. B. BVerwG Urt. vom 21. 5. 1974 = DVBl. 1974, 849 ff. („Gründe öffentl. Gesundheitsinteresses“ i. S. § 3 Abs. 3 BÄO); Hess. VGH Beschl. vom 10. 4. 1974 = DVBl. 1974, 877 ff.

¹⁰⁹) BVerwG Urt. vom 21. 1. 1972 = DVBl. 1972, 895 („Importquoten“); *Ossenbühl*, DVBl. 1974, 309 ff., 313. Hinweise auch in BVerwG Urt. vom 5. 7. 1974 = BVerwGE 45, 309 ff., = DVBl. 1974, 767 ff. = DÖV 1975, 92 = NJW 1975, 70 („Flachglas“), das die Planungsnorm des § 1 Abs. 4 und 5 BBauG zwar im alten Sinne eines zweiseitigen Koppelungstatbestandes interpretiert, aber gleitende Übergänge zwischen „Bestimmung und Gewichtung des Abwägungsmaterials“ in der Praxis anerkennt (774). Früher schon *Kellner*, Einiges zum behördlichen Ermessen, DÖV 1969, 309 ff., 312 mit Nachw. zur älteren Rspr.; *ders.*, Neue Erkenntnisse zum sogenannten Beurteilungsspielraum?, DÖV 1972, 801 ff., 807.

¹¹⁰) Diese Notwendigkeiten können sich aus differenziert ermittelten grundrechtlichen Schutzaussagen (dazu *Seetzen*, Der Prognose-spielraum des Gesetzgebers, NJW 1975, 429 ff.), aber auch aus einer beanstandenswerten Verwaltungspraxis ergeben; so auch *Bullinger*, NJW 1974, 769 ff., 772 („im Wege einer Art Schocktherapie“). Der letztere Gesichtspunkt muß dazu anleiten, die bisher häufig unterbliebene gebietsweise Realanalyse praktischen Verhaltens nachzuholen und in die Dogmatik einzubeziehen; v. *Welck*, Rechtstatsachenuntersuchungen zum Verwaltungsermessen, DÖV 1973, 732 ff.

¹¹¹) Der Gesichtspunkt der administrativen Verantwortung ist in diesem Zusammenhang vor allem von *Redeker*, Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, 757 ff. und *Ossenbühl*, Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung, DÖV 1972, 401 ff.; *ders.*, DVBl. 1974, 309 ff. hervorgehoben worden. Das Indizierungs-Urteil (BVerwG Urt. vom 16. 12. 1971 = BVerwGE 39, 197 ff. = DVBl. 1972, 388 = DÖV 1972, 419 = NJW 1972, 596) beruht auf der gleichen Überlegung. Die

Erst diese Trias konstituiert die Problemlösung insgesamt¹¹²⁾. Zwischen ihren Bezugspunkten ist das Kontrollproblem nach Zeit und gesetzlichem Standort dogmatisch nicht festgeschrieben¹¹³⁾, sondern bewegt sich in Abgrenzungszonen. Die folgenden Erörterungen stellen daher, sofern sie allgemein sind, auch nur „Rahmenüberlegungen“ dar.

I. Programmbegriffe als Abwägungsdirektiven

Gesetzliche Tatbestände, auf denen komplexe Verwaltungsentscheidungen basieren, lassen sich regelmäßig aufgliedern in einen Teil, der die Abwägungsdirektiven, und einen zweiten Teil, der den Abwägungsvorgang umfaßt. Die Abwägungsgesichtspunkte erscheinen dabei in der Form unbestimmter Gesetzesbegriffe, weisen aber Merkmale auf, die im Problem der Beurteilungsermächtigung nur unzureichend erfaßt werden. Es geht um eine typische Bezogenheit solcher Gesetzesbegriffe auf vorgängige, begleitende oder künftige administrative Program-

Überlegung bedarf jedoch der *Präzisierung*: ein überzeugendes Argument zur Kontrollbeschränkung liefert sie nicht schon in jedem Fall administrativer Selbstständigkeit, sondern nur dort, wo die Weitläufigkeit der von der Begriffshandhabung ausgelösten Folgen weit über den Einzelfall hinaus die administrative Vorbereitungs-, Stimmigkeits- und Folgenverantwortung trifft, d. h. wo ein Verwaltungsprogramm empfindlich gestört wird. In einfachen, singulären Fallkonstellationen dagegen bietet der Hinweis auf die administrative Eigenverantwortung für sich noch kein kompaktes Argument, weil hier die Filterwirkung des Einzelfalles ein nachhaltiges, in Abwägung zu Rechtsschutzüberlegungen unzumutbares „Hineinregieren“ der Gerichte regelmäßig verhindert. Als Beispiel einer flexibel auf alle drei Aspekte reagierenden Gerichtspraxis die Rspr. des französischen Conseil d'Etat, dazu *Bullinger*, Unbestimmte Gesetzesbegriffe in der neueren deutschen und französischen Verwaltungsrechtsprechung, Festschrift für Jahrreiß, 1974, 19 ff.

¹¹²⁾ Auf die Bedeutung aller drei Gesichtspunkte hinzuweisen, besteht Veranlassung, weil nach einer Seite, die das Problem zu stark erkenntnistheoretisch sah und dabei die hermeneutische Leistungsfähigkeit der Gesetzesbegriffe überschätzte, heute rechts- und verwaltungspolitische Aspekte zu sehr in den Vordergrund gestellt werden; zu beiden Gesichtspunkten *Jarosch*, Die Fiktion des unbestimmten Rechtsbegriffs, DÖV 1974, 123 ff. Die Leistungsfähigkeit der Gesetzesbegriffe bildet, wie nicht übersehen werden darf, nach wie vor die Basis; sie kann mit zunehmender Erfahrung im Verwaltungsbereich, aber auch durch Präjudizien wachsen. Berühmtestes Beispiel einer solchen „Disziplinierung“ ist die polizeiliche Generalklausel des § 10 II 17 preuß. ALR, die von der Rechtsprechung nach und nach durchdrungen worden ist; dazu *Soell*, Ermessen (Fn 107), 122 ff. Hier scheint uns auch die eigentliche und künftige Bedeutung der vom derzeitigen Kenntnisstand zu § 1 Abs. 4 und 5 BBauG aus gesehen allerdings zu weit gehenden Entscheidung des BVerwG vom 5. 7. 1974 — „Flachglas“ — (Nachw. Fn. 109) zu liegen.

¹¹³⁾ W. Weber, VVDStRL 14, 192 (Diskussionsbeitrag).

me, die das Gesetz mit Blankettbegriffen wie dem der „Ziele der Raumordnung und Landesplanung“^{113a)} rezipiert¹¹⁴⁾. Diese Begriffe sind „mehrstöckig“: Sie kennzeichnen administrative Entfaltungsverantwortung und nehmen dabei regelmäßig auf instantielle Gliederungen des Organisationsgefüges Bezug¹¹⁵⁾.

^{113a)} § 1 Abs. 3 BBauG; § 1 Abs. 3 StBauFG; § 2 S. 2 AbfällG; zu diesen Raumordnungsklauseln *Forsthoff-Blümel*, Raumordnungsrecht und Fachplanungsrecht, 1970; *G. Klein*, Zur Rechtsnatur und Bindungswirkung der Ziele der Landesplanung, 1972.

¹¹⁴⁾ Treffend *Kellner*, DÖV 1969, 309 ff., 312: „Allen Entscheidungen ist gemeinsam, daß jene Rechtsbegriffe weder als Ermessensermächtigung gedeutet werden können noch einen Beurteilungsspielraum einräumen.“ Auf diese von *Kellner* sog. *Faktorenlehre* nimmt auch *Redeker*, DVBl. 1972, 896 f. Bezug.

¹¹⁵⁾ (1) Der administrative Programmbezug dieses Begriffs tritt schon in ihrer Formulierung ausdrücklich hervor: „Verdichtungsraum“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 BROG); „Entwicklungsbereich“ (§ 53 StBauFG); „Entwicklungsschwerpunkte und Entwicklungssachsen“ (§ 21 n.-w. LandesentwicklungsG vom 19. 3. 1974, GVBl. S. 96); „Belastungsgebiete“ (§ 44 BImSchG). — (2) Bald nimmt das Gesetz mit solchen Begriffen inzidenter auf Planvorstellung der Verwaltung Bezug: die „städtebaulichen Mißstände“ (§ 1 Abs. 2, § 3 StBauFG; dazu VG Aachen, Städte- und Gemeindebund 1974, 116), die „Funktionsfähigkeit“ und die „Versorgungsfunktion im Verflechtungsbereich“ (§ 3 Abs. 3 Nr. 2 StBauFG), „die anzustrebende Entwicklung des Landesgebiets“ (§ 53 Nr. 1 StBauFG) beziehen sich auf administrative Zielvorgaben. Zum Begriff „sozialer Brennpunkt“ (§ 14 Abs. 2 n.-w. KindergartenG vom 21. 12. 1971, GV S. 534), vgl. den begriffsausfüllenden Erlaß des Sozialministers vom 20. 9. 1972 (MBL NW S. 1765) und die Anfrage zur Weiterentwicklung dieses Begriffs (Landtags-Drucks. 8/84). Zu den Begriffen des Kohleanpassungsgesetzes eingehend *Seidler*, Rechtsschutz bei staatlicher Wirtschaftsplanning (Fn 86), 46 ff. Hierher gehört auch der Begriff „volkswirtschaftlich besonders förderungswürdig“ (§ 1 Abs. 4 InvestitionszulagenG 1969 BGBl. I, S. 1211); dazu VG Frankfurt Urteile vom 13. 3. 1974, 26. 6. 1974, 4. 12. 1974, VG Köln Urt. vom 22. 2. 1972 (alle unveröffentl.); OVG Münster Urt. vom 9. 4. 1973 = GewArch. 1974, 244 ff.; BVerwG Urt. v 7. 5. 1975 = DVBl. 1975, 723 ff. Die in sich variantenreiche Rspr. zu diesem Begriff kann hier nicht referiert werden: Im Sinne einer Begriffsausfüllungsermächtigung VG Frankfurt im Urt. vom 4. 12. 1974 (AU S. 6 f.) mit Hinweis auf die Dynamik des Realvorganges. Das OVG Münster lehnt einen Vorrang der Verwaltung bei der Auslegung und Anwendung des Begriffs zwar ab, hat aber keine Bedenken, zur Definition auf Verwaltungsvorschriften zurückzugreifen, die „in Kenntnis und mit Billigung des Parlaments“ praktiziert worden sind. Das BVerwG schließlich läßt es offen, ob ein Beurteilungsvorgang bei der Anwendung besteht; die Begriffsauslegung nimmt es selbst vor, allerdings in Übereinstimmung mit der Ansicht der Verwaltung. — (3) Teilweise unterscheiden sich solche Programmbegriffe äußerlich von voll kontrollierbaren Rechtsbegriffen nicht. Die Mehrschichtigkeit wächst hier erst später, mit zunehmender Planung in den Begriff hinein. Ein Beispiel bildet der ursprünglich aus dem baupolizeilichen Bereich stammende Begriff „erforderlich“ (§ 2 Abs. 1 BBauG). BVerwG Urt. vom 7. 5. 1971

Der Verwaltung wird hier nicht eigentlich, oder jedenfalls nicht ausschließlich, ein Beurteilungsvorrang im Subsumtionsbereich, sondern primär die Kompetenz zu sukzessiver Begriffsbildung und Definition, bei technischen Begriffen auch der Methodenwahl¹¹⁶⁾ eingeräumt. In einem weiteren Sinne hat man diese Vorgänge dem Problem ermessenslenkender Verwaltungsvorschriften zuzurechnen. Genauer betrachtet sind sie gesetzliche Bestätigungen originärer administrativer Maßstabssetzung für den Innenbereich, die erst über eine Kette von Koordinationsklauseln¹¹⁷⁾ auf das Staat-Bürger-Verhältnis einwirken.

Das erfordert ein zweistufiges gerichtliches Kontrollschema: Die normativen Begriffsausfüllungen der Verwaltung genießen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform den Vorrang der klassischen Außenrechtssätze, nur daraufhin untersucht zu werden, ob sie den gesetzlich gesteckten Rahmen wahren¹¹⁸⁾. Gerechtfertigt ist diese Privilegierung der ersten Stufe, weil auf ihr durch die allgemeine Fassung der Normativaussagen Vorhersehbarkeit gewährleistet wird und weil die regelmäßige instantielle Trennung von Maßstabssetzung und -anwendung Sicherungen verwaltungsinterner Gewaltengliederung, sowie häufig besonderen Sachverstand bietet.

Innerhalb des administrativ verdichteten Begriffsgefüges kann die konkrete Anwendung dann schon die Genauigkeit bloßen Normenvollzugs haben, dessen gerichtliche Kontrolle auf der 2. Stufe keine Schwierigkeiten bereitet. Das muß allerdings nicht so sein. Häufig wird es sich auch bei der sog. Sub-

= DÖV 1971, 633 ff., 634 bestimmt ihn jetzt als „nach der planerischen Konzeption (!) der Gemeinde erforderlich“.

¹¹⁶⁾ Die Bedeutung des Vorrangs der Methodenbestimmung läßt sich ablesen an der Methodenvielfalt für die Bestimmung des Begriffs „zentralörtliche Gliederung“ (§ 20 n.-w. Landesentwicklungsg vom 19. 3. 1974 GVBl. S. 96); dazu *Hellberg*, Zentrale Orte als Entwicklungsschwerpunkte in ländlichen Gebieten, 1972. Erst die Methode entscheidet hier über das Programm.

¹¹⁷⁾ Hierüber dringen Entwicklungen des Verwaltungsinnenbereichs in die Außensphären, die Überlegungen zu einem selbständigen Verordnungsrecht der Exekutive notwendig machen; dazu jüngst *H. H. Klein*, Erwägungen der Enquête-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages zu einer Neufassung des Art. 80 GG, DÖV 1975, 523 ff. Kennzeichnend die Entwicklung im Bereich des Schulwesens (Bestimmung der Lehrinhalte), dazu *BVerwG DVBl.* 1975, 421 ff. und 423 ff.; *bayVerfGH DVBl.* 1975, 425 ff.; *Dietze*, Verfassungsfragen lernzielorientierter Curricula, *DVBl.* 1975, 389 ff.

¹¹⁸⁾ In diese Richtung weist § 70 Abs. 4 S. 2 GWB; dazu *Soell*, Er-messen (Fn 107), 54 ff.; *Seidler*, Rechtsschutz (Fn 86) 62 f.; zu eng *BGHZ* 49, 367 ff.

sumtion weniger um Anwendung als um Anpassung und Entwicklung handeln, die ihrerseits normativ nicht exakt vorgezeichnet sind. Für die gestaltende Verwaltung ist dieses Anpassen die typische Form der Anwendung eigengesetzten Rechts, weil sie allein den Flexibilitätsanforderungen zeitlich fortschreitender Entscheidungsbildung gerecht wird¹¹⁹⁾. Sie involviert durchgängig und nicht nur ausnahmsweise Einschätzungsmargen im Bereich der Subsumtion¹²⁰⁾, die nach dem zum Beurteilungsspielraum entwickelten Kontrollschema¹²¹⁾ überprüfbar sind.

II. Kontrolle des Abwägungsvorgangs und des Abwägungsergebnisses

Die konkrete Gestaltung innerhalb der Zielvorgaben vollzieht sich im Abwägen. Auch ihm gegenüber ist die gerichtliche Kontrolle zweistufig ausgebildet¹²²⁾: (1) Voll überprüfbar sind

¹¹⁹⁾ Anschauungsmaterial dazu in der Kommentarliteratur zu § 1 Abs. 3 BBauG („Die Bauleitpläne sind den Zielen der Raumordnung und Landesplanung anzupassen“) und in der Rspr. zu § 8 Abs. 2 S. 1 BBauG („Bebauungspläne sind aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln“), b.-w. VGH BRS Bd. 27 Nr. 1, 2, hess. VGH BRS Bd. 27 Nr. 172, *Schmidt-Aßmann*, Grundfragen des Städtebaurechts, 120 ff. und jüngst BVerwG Urt. vom 28. 2. 1975 = BauR 1975, 257 ff.

¹²⁰⁾ Anders BVerwG Urt. vom 5. 7. 1974 (Fn 109) „Flachglas“, das die in § 1 Abs. 4 und 5 BBauG verwandten Rechtsbegriffe für voll kontrollierbar hält. Dem Urteil ist darin zuzustimmen, daß sich aus der „Indizierungsentscheidung“ (Fn 111) nichts für die Behandlung des § 1 BBauG ableiten läßt. Nicht zwingend erscheint mir aber die Verabsolutierung des Rechtsschutzarguments, die das Flachglasurteil mit dem Hinweis auf die eigentumsgestaltende Funktion des Bebauungsplanes vornimmt. Der Überhang an allgemeinen Aussagen wird allerdings durch den Hinweis des Gerichts auf die Verschränkung von voll kontrollierbaren Abwägungsdirektiven und beschränkt kontrollierbarem Abwägungsvorgang gemildert. Auf die Verhältnisse höherstufiger Planungen ist das Urteil nicht unbesehen übertragbar. Zu einer positiven „Vorgreiflichkeit“ der Entscheidung vgl. oben Fn 112. Gegen die volle Überprüfung des Abwägungsmaterials *Redeker*, DÖV 1971, 757 ff.; *Hoppe*, Zur Rechtskontrolle von Bebauungsplänen, Festschrift für Scupin, 1973, 121 ff., 129–133 (mit Anerkennung auch eines Auslegungsvorrangs der Verwaltung); *Ossenbühl*, DJT-Gutachten (Fn 4), 187; *Schröder*, Die richterliche Kontrolle des Planungsermessens, DÖV 1975, 308 ff.; *Papier*, Die rechtlichen Grenzen der Bauleitplanung, DVBl. 1975, 461 ff.

¹²¹⁾ Dazu *Erichsen*, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, VerwArch 1972, 337 ff.

¹²²⁾ Dazu im einzelnen BVerwGE 34, 301 ff.; ausführlich BVerwG Urt. vom 5. 7. 1974 (Fn 109); *Gelzer*, Bauplanungsrecht, 2. Aufl., 1972, Rdnr. 33 ff. *Hoppe*, Rechtskontrolle (Fn 120); *ders.*, DVBl. 1974, 641 ff., 644 mit weiteren Differenzierungen, die jedoch Gefahr laufen, in der Vielzahl ihrer Kontrollansätze von der eigentlich freien Gestaltung der Verwaltung im Ergebnis nichts mehr übrigzulassen.

die prozeduralen Vorgänge, d. h. der Ablauf des Verfahrens, Form und Begründung, die Informationsverarbeitung und die Abwägungsmotivation — letztere jedoch nicht als „anständige Gesinnung“ der betreffenden Organwalter fehlgedeutet! (2) Die verbleibenden materiellen Entscheidungsbereiche dagegen kann das Gericht nur in einem äußeren Rahmen kontrollieren, weil es hier um Bewertung und Gewichtung von Varianten geht, die ihrerseits mit anderen Sektoren des Finanz- und Organisationswesens rückgekoppelt sind und so über Folgen und Stimmigkeit auf die administrative Gesamtverantwortung¹²³⁾ verweisen, die die Dimensionen des einzelnen Prozesses übersteigt. Die Vielzahl möglicher Abwägungsvarianten macht das gerichtliche Kontrollinstrumentarium, die Fragen nach Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismaßigkeit unscharf, so daß es nur noch auf grobe Verstöße reagiert¹²⁴⁾. Alternativen (z. B. der Standortwahl oder Trassenführung), wie sie bei einer Erforderlichkeitsprüfung *sensu stricto* zu behandeln wären, fallen aus dem Prozeß praktisch gänzlich heraus. Die Frage nach der zweckmäßigeren Entscheidung wird zum Kompetenzproblem, das im Blick auf die Verantwortlichkeit für den Gesamtzusammenhang im Sinne eines administrativen Abwägungsvorrangs unter Evidenzvorbehalt¹²⁵⁾ zu lösen ist.

Auch hier können Verwaltungsvorgaben die Abwägung allerdings eingrenzen und dem Gericht dadurch zusätzliche Kon-

¹²³⁾ Vgl. BVerwG vom 14. 2. 1975 = NJW 1975, 1373 ff., 1374 zur Planungsbefugnis und planerischen Gestaltungsfreiheit.

¹²⁴⁾ Brohm, VVDStRL 30, 257 f.; Badura, Planungsermessen (Fn 106), 181; Papier, DVBl. 1975, 461 ff., 465. Zur Angewiesenheit des Übermaßverbots aus überschaubare Verhältnisse Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, 135.

¹²⁵⁾ Ossenbühl, DJT-Gutachten (Fn 4), 190 f.; Papier, DVBl. 1975, 461 ff., 464 f.; Stüer, Zum autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraum von Gesetzgeber und Verwaltung, DVBl. 1974, 314 ff., 320; W. Schmidt, NJW 1975, 1756; stark einschränkend Hoppe, DVBl. 1975, 692 f. Die Rspr. (Fn 109, 123) macht diesen Evidenzvorbehalt nicht hinreichend deutlich, obwohl er ihr zugrundeliegt. So muß „Abwägungsdisproportionalität“ verstanden werden als klar erkennbare Unverhältnismäßigkeit. Nicht genügt, daß nach Ansicht des Gerichts Schaden und Nutzen der Maßnahme sich die Waage halten oder der erstere nur leicht überwiegt (Unzweckmäßigkeit); zutreffend Sandler, WiR 1972, 453 ff., 469; zur französischen Evidenzpraxis Bullinger, Festschrift für Jahrreiß, 26. Aber auch bei der Abwägungsfehleinschätzung kann es, worauf vor allem Papier (a. a. O.) hinweist, nur um einen evidenten Fehler gehen, weil eine objektive Rangordnung der Abwägungsbelange, auf die das Gericht zurückgreifen könnte, nicht besteht. Der Evidenzvorbehalt sichert der richterlichen Entscheidung gegenüber komplexen Maßnahmen jene Einsichtigkeit ihrer Aussagen, die sie bei überschaubaren Sachverhalten und Wertungen auch in tiefergreifender Kontrolle durchhalten kann, dazu oben S. 13; Kruger, Allgemeine Staatslehre, S. 752.

trollmaßstäbe an die Hand geben. Doch darf man auch bei solchen Vorgaben Gesichtspunkte der Gleichheit und Systemgerechtigkeit nicht als Vollzugsgleichheit mißverstehen¹²⁶⁾.

Als Hilfsmittel gerichtlicher Kontrolle werden schließlich wirtschaftswissenschaftliche Methoden wie Kosten-Nutzen- oder Nutzwertanalysen in Betracht gezogen¹²⁷⁾. Zur Zeit ist von solchen Anleihen allerdings nicht viel zu erwarten. Ihre Anwendbarkeit auf hochkomplexe Verwaltungsentscheidungen ist bisher nicht hinreichend erprobt¹²⁸⁾. Als Kontrollmethoden des Gerichts eigneten sie sich nur dann, wenn die originäre Verwaltungsentscheidung entsprechend zustande gekommen oder das Gesamtgebiet über „operational formulierte“ Ziele verfügte. Nachträglich im gerichtlichen Verfahren mobilisiert, stiften solche Methoden nach aller Erfahrung mehr Verwirrung als Nutzen. In die Zukunft hinein allerdings kann das Verrechtlichungsgebot als Gebot exakterer Bestimmbarkeit hier auf eine stärkere Verwissenschaftlichung drängen¹²⁹⁾, die jedoch im Verwaltungsbereich anzusetzen hat.

C. Sicherung und Begrenzung der Urteilswirkungen

I. Die Sicherung rechtzeitigen Rechtsschutzes

Rechtzeitiger Rechtsschutz ist vorrangig mit jenen Institutionen¹³⁰⁾ zu erstreben, die auch sonst dem uneffektiven Dogma der Inzidentprüfung entgegenwirken sollen, also der prinzipialen Normenkontrolle, den Verfahrenszäsurierungen und den darauf ausgerichteten störungspräventiven Klagen¹³¹⁾.

¹²⁶⁾ Zu den Mutationen des Gleichheitssatzes gegenüber der Planung *Imboden*, VVDStRL 18, 112 ff.; *Brohm*, VVDStRL 30, 277 mit Nachw. Anm. 91.

¹²⁷⁾ *Schmidt-Aßmann*, DÖV 1974, 541 ff., 546; *Blümel*, DVBl. 1975, 695 ff. Zu solchen Techniken vgl. *Zangemeister*, Nutzwertanalyse in der Systemtechnik, 1970; *Eekhoff*, Nutzen-Kosten-Analyse und Nutzwertanalyse als vollständige Entscheidungsmodelle, Raumforschung und Raumordnung, 1973, 93 ff.

¹²⁸⁾ Dazu *Sellnow*, Kosten-Nutzen-Analyse und Stadtentwicklungsplanung, 1973; *Bullinger*, Festschrift für Jahrreiß, 24.

¹²⁹⁾ § 6 Abs. 2 HGrG: Kosten-Nutzen-Analyse für Maßnahmen von erheblicher finanzieller Bedeutung. *Hoppe*, DVBl. 1974, 641 ff., 646: „Postulat der operationalen Formulierung“.

¹³⁰⁾ Zu ihrer Systematik *Bettermann*, Vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung (Fn 3), 185 ff.; *Ule*, Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, VerwArch 1974, 291 ff.; 294—298.

¹³¹⁾ Vgl. oben S. 240; ferner *Bartlsperger*; Subjektives öffentliches Recht und störungspräventive Baunachbarklage, DVBl. 1971, 723 ff.; *Friauf*, „Latente Störung“, Rechtswirkungen der Bauerlaubnis und vorbeugende Nachbarklage, DVBl. 1971, 713 ff.; BVerwG DVBl. 1971, 746 ff.

Die vorbeugenden Unterlassungs- und Feststellungsklagen müssen demgegenüber auf eine Hilfsfunktion beschränkt bleiben¹³²⁾. Sie sind zwar grundsätzlich anerkannt¹³³⁾, in ihrer prozessualen Verwendung aber mit starken Unsicherheiten belastet, weil das bei ihnen positiv festzustellende Rechtsschutzbedürfnis mit den Elementen der konkreten Gefährdung und der Unzumutbarkeit des Zuwartens¹³⁴⁾ stark auf den Einzelfall ausgerichtet ist. Die Literatur versucht, die vorbeugenden Klagen durch Typenbildung zum Rechtsschutzinteresse einsatzfähiger zu machen¹³⁵⁾. Doch wird man gerade bei mehrpoligen Rechtsverhältnissen auf eine noch exaktere Fassung dieser Klagetypen zu sehen haben und ihre Ausweitung dort nicht befürworten können, wo sie ein angemessen strukturiertes Verwaltungsverfahren in Zwischenphasen ohne zwingenden Grund stören.

Die größten Belastungen für das Verhältnis der Verwaltung zur Justiz bringen die Instrumente des *vorläufigen* Rechtsschutzes — vor allem die Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO¹³⁶⁾. Das Gericht muß hier interimistisch Verantwortung für weitreichende Sachentscheidungen übernehmen, ohne durch eine eigene gründliche Prüfung der materiellen Rechtslage abgesichert zu sein. Auf der Suche nach festen Merkmalen der Verantwortungssicherung bemüht sich die Praxis, die Abwägung der Beharrungs- und der Vollziehungsinteressen durch eine eingehende Prüfung der Erfolgsaussichten des Hauptverfahrens

¹³²⁾ *Bettermann* (Fn 130), 201 ff.

¹³³⁾ *Erichsen*, Vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklage, *Verwaltungsarch* 1971, 418 ff.; *Ule*, *VerwArch* 1974, 291 ff. mit Nachw. aus der Rspr. dort Anm. 14, 15; *Maetzel*, Bemerkungen zum vorbeugenden Rechtsschutz gegen künftige Verwaltungsakte, *DVBl.* 1974, 335 ff.

¹³⁴⁾ *Bettermann* (Fn 130), 151 ff.; vgl. BVerwG Urt. vom 21. 2. 1973 = BRS Bd. 27 Nr. 15.

¹³⁵⁾ *Schenke*, Vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß, *AöR* Bd. 95 (1970), 223 ff., 250 ff.; *Ule*, *VerwArch* 1974, 291 ff., 305 ff.

¹³⁶⁾ Zur Systematik und Tragweite dieser Institute allgemein *Baur*, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967; *Leipold*, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1971; *Rohmeyer*, Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, 1967; *Wieseler*, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967; *Finkelnburg*, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 1973. Speziell zum vorläufigen Rechtsschutz in polygonalen Rechtsverhältnissen BVerfGE 35, 263 ff.; *Papier*, Ungelöste Fragen beim vorläufigen Rechtsschutz im öffentlich-rechtlichen Nachbarrecht, *VerwArch* 1973, 283 ff. und 399 ff.; *Erichsen*, Zur Anordnung der sofortigen Vollziehung durch das Verwaltungsgericht, *VerwArch* 1974, 99 ff.

zu unterfangen¹³⁷⁾. Vorab bewertet werden nicht mehr nur offensichtliche, sondern zunehmend mehr auch hinreichende Erfolgsaussichten des Hauptverfahrens¹³⁸⁾. Diese Tendenz ist richtig, weil bei Großprojekten vollendete Tatsachen volkswirtschaftlich sinnvoll nicht zu beseitigen sind¹³⁹⁾. Sie wird aber erkaufte mit einer Ausweitung des summarischen Verfahrens und einer Verlängerung des Hauptprozesses, der während des Eilverfahrens regelmäßig nicht vorangetrieben wird. Als unergiebig erweist sie sich schließlich, wenn sich die Erfolgsaussichten nach summarischer Prüfung nicht beurteilen lassen und nun doch nach der Interessenlage entschieden werden muß. Jedenfalls bei Großvorhaben mit unüberschaubaren Umweltauswirkungen sollte die Behörde von Vollzugsanordnungen absehen, das summarische Verfahren nicht ausreizen, und die normale Dauer eines gerichtlichen Verfahrens erster Instanz von vornherein in die Zeitplanungen einstellen¹⁴⁰⁾. Diese Rückverlagerung der Verantwortung für den zeitlichen Ablauf in den Administrativbereich bewahrt zugleich vor psychologischen Entscheidungszwängen, denen sich ein Gericht, das sich im summarischen Verfahren festgelegt hat, im Hauptverfahren nur schwer wird entziehen können.

II. Urteilstwirkungen und administrative Folgenverantwortung

Urteile zu verflochtenen Verwaltungsvorgängen lassen sich in den Gesamtzusammenhang regelmäßig nur mittels einer speziellen administrativen Folgenverantwortung eingliedern.

1. Urteilsbegrenzende Folgenverantwortung

Das gilt einmal für diejenigen Urteile, die in Vorgänge der Kapazitätsverteilung oder der Prioritätensetzung hinein entscheiden, bei denen die dem Kläger günstige Entscheidung ein „Einsparen“ an anderer Stelle erzwingt. Als nicht verallgemei-

¹³⁷⁾ D. h. es vollzieht sich ein Übergang vom Typ der „offenen“ zur „materiell-akzessorischen“ oder „vorausprüfenden Eilentscheidung“, dazu *Leipold* (Fn 136), 52 ff. und 187 ff.; BayVGH VerwRspr. Bd. 25 S. 27 ff., 29 f.

¹³⁸⁾ OVG Münster OVGE 29, 113 = BauR 1974, 265; OVG Hamburg, DVBl. 1975, 207 ff., 208 („Reynolds“); ältere Rspr. des OVG Lüneburg zit. bei *Hoppe*, Rechtsschutz (Fn 73), Rdnr. 229 ff.; im Ergebnis auch BayVGH DVBl. 1975, 199 ff., 202; BVerwG Urt. vom 29. 4. 1974 = DVBl. 1974, 566 führt die materiell-akzessorische Prüfung dagegen nur bis zu den „offensichtlichen“ Erfolgsaussichten der Hauptanträge.

¹³⁹⁾ Zustimmung auch *Blümel*, DVBl. 1975, 695 ff., 701 ff.

¹⁴⁰⁾ *Gelzer*, Die Industrieansiedlung unter Berücksichtigung des Planungsrechts und des Immissionsschutzes, BauR 1975, 145 ff., 156 f.; VG Freiburg DVBl. 1975, 343 ff., 346 („Wyhl“).

nerungsfähig erweist sich hierbei die Lösung des Flurbereinigungsrechts, die schon auf eine Klage hin den Prozeß auf die Dimensionen eines Verwaltungsverfahrens erweitert und das Gericht ermächtigt, den Flurbereinigungsplan insgesamt nach eigenem Ermessen umzustellen¹⁴¹). Auf weitere Planungsfälle übertragen, entzöge eine solche Lösung über die jeder Kapazitäts- oder Prioritätenfrage eigenen Zeit- und Finanzverflechtungen der Verwaltung die Verantwortung für den Bereich insgesamt und wäre daher unzulässig¹⁴²). Verwaltungsverantwortung wirkt hier urteilsbegrenzend¹⁴³). Das Gericht darf die primäre Vergabe partiell aufheben und für die Neuverteilung rechtliche Richtlinien vorzeichnen. Weiter ist die Sache regelmäßig aber nicht entscheidungsreif. Bei geschlossenen Fonds mit einer sich nicht erneuernden Masse muß das Gesetz der Verwaltung die Möglichkeit vorbehalten, alle gewährten Begünstigungen neu in die Überprüfungen mit einzubeziehen, ohne durch Grundsätze des Vertrauensschutzes gebunden zu sein. Bei Verteilungsmassen mit großem Beteiligungskreis dagegen erweist sich die Revision der abgeschlossenen Vorgänge als undurchführbar. Dem obsiegenden Kläger erwächst dafür das Recht, bei der nächsten routinemäßigen Neuverteilung vorrangig berücksichtigt zu werden¹⁴⁴). Auch hier hat die Verfahrensherrschaft grundsätzlich aber bei der Verwaltung zu liegen¹⁴⁵).

¹⁴¹) Nach § 146 Nr. 2 FlurbG prüft das Flurbereinigungsgericht auch, ob die Flurbereinigungsbehörden bei der Gestaltung des Flurbereinigungsplanes in zweckmäßiger Weise von ihrem Ermessen Gebrauch gemacht haben. Das Gericht ist gem. Nr. 1 an Anträge der Beteiligten nicht gebunden. *Steuer*, Flurbereinigungsgesetz, 2. Aufl., 1967, § 144 Anm. 3 und § 146 Anm. 4.

¹⁴²) Nur als eine aus den Besonderheiten des Flurbereinigungswesens erklärbare Ausnahmeerscheinung läßt sich § 146 Nr. 2 FlurbG unter Gewaltenteilungsgesichtspunkten überhaupt rechtfertigen, vgl. BVerwGE 4, 191 ff., 194.

¹⁴³) Zu weitgehend daher die eigenen Prioritäts- und Kapazitätsberechnungen des VG Hannover DVBl. 1974, 785 ff., betr. den Umfang der aus einem Raumordnungsplan ableitbaren gemeindlichen Eigenentwicklung, dazu meine Urteilsanmerkung DVBl. 1974, 787 f.

¹⁴⁴) So z. B. im Hochschulzulassungsrecht § 12 Abs. 4 n.-w. VO zur Durchführung des Staatsvertrages über die Vergabe von Studienplätzen i. d. F. vom 21. 10. 1974 (GV NW S. 1442).

¹⁴⁵) Das gilt vor allem für die gerichtliche Kapazitätskontrolle. Sie darf nicht dazu führen, daß das Gericht die Rangfolge der kapazitätsbildenden Ressourcen anstelle der Verwaltung bestimmt (z. B. Änderungen in einem Universitätshaushalt, Personalentscheidungen); vgl. Fn. 143. Zur Gefahr gerichtlichen „Hineinregierens“ über Leistungsgrundrechte *Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 ff., 1536; *Martens*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 7 ff., 35 f. — Aber auch auf einer zweiten Stufe, bei zulässigerweise gerichtlich ergänzter Kapazitäts-

Die bei dieser Verantwortungsverteilung unvermeidbaren Lücken zwischen gerichtlichem und administrativem Handeln müssen durch eine Zentralisierung beider Verfahren ausgefüllt werden¹⁴⁶).

2. Urteilsergänzende Folgenverantwortung

Eine urteilsergänzende Folgenverantwortung der Verwaltung wird dort wirksam, wo das Gericht Genehmigungen aufhebt, auf Grund derer schon Investitionen vorgenommen worden sind. Mit dem Urteil steht nur die Rechtswidrigkeit der bisherigen Genehmigung, nicht aber die Notwendigkeit einer dauerhaften Stilllegung oder Beseitigung der Anlage fest. Das Über-

bestimmung durch Aufdeckung von Reserven, muß die Verteilung grundsätzlich administrativ vorgenommen werden, weil sie den einzelnen Prozeß jedenfalls dann sprengt, wenn mehrere Bewerber vorhanden sind, so BVerwG Urt. vom 22. 6. 1973 = DVBl. 1973, 805 ff., 808 = DÖV 1974, 62 ff.; OVG Münster DVBl. 1970, 930; OVG Berlin, OVGE 11, 210 ff. = JR 1972, 38 ff., 40 f.; vgl. auch *Barbey*, Rechtliche Aspekte der Zulassungsbeschränkung für das Hochschulwesen (numerus clausus), JZ 1971, 473 ff., 483 f. Unbefriedigend bleibt allerdings, daß freie Plätze dabei häufig nicht besetzt werden, weil die Einbeziehung des nicht klagenden rangnächsten Bewerbers in das gerichtliche Verfahren nicht möglich ist. Die Gegenmeinung (VGH Mannheim, DVBl. 1969, 935 ff., 938; OVG Koblenz, DVBl. 1970, 324 ff., 328; früher VGH München, BayVBl. 1970, 66 ff., 69; *Czermak*, Verfahrensfragen zur Studienzulassung bei Zugangsbeschränkungen, NJW 1973, 1783 ff.; *Schmidt*, Aktuelle Probleme der Zulassungsbeschränkungen an den Hochschulen, NJW 1974, 773 ff., 777; *Haas*, Zur Rangfrage in Numerus-Clausus-Prozessen, DVBl. 1974, 22 ff.; *Naujoks* Anm. DÖV 1974, 65 ff.) läßt mit Rücksicht auf die Eilbedürftigkeit die Rangfolge der Bewerber außer acht und teilt freie Plätze den klagenden Bewerbern zu. Ihr hat sich das BVerfG Beschl. vom 9. 4. 1975 = NJW 1975, 1504 angeschlossen. Das kann allenfalls als „richterliche Nothilfe“ zur übergangsweisen Effektivierung der Grundrechtsverwirklichung gerechtfertigt sein. Grundsätzlich dagegen bleibt die Überspringung eines erneuten zusammenfassenden Verwaltungsverfahrens bedenklich.

¹⁴⁶) Auch insoweit weist das Hochschulzulassungsrecht noch Mängel auf. Zur widerspruchlichen Judikatur der Obergerverwaltungsgerichte über die Verwaltungszuständigkeit zur Vergabe frei gebliebener Studienplätze VGH Mannheim, NJW 1974, 1211 und NJW 1975, 1427; anders OVG Münster, DVBl. 1974, 946; OVG Koblenz, NJW 1975, 991; insgesamt BVerfG Beschl. vom 9. 4. 1975 = NJW 1975, 1501 = DÖV 1975, 564; krit. dazu *Roellecke*, Verfassungsrechtliche Verwirrung der Numerus-Clausus-Praxis, DÖV 1975, 561 ff. Behoben durch Änderungsg zu § 52 Nr. 3 VwGO vom 26. 2. 1975 (BGBl. I, S. 617) sind immerhin die nach der Entscheidung des BVerfG vom 7. 5. 1974 = BVerfGE 27, 191 ff. aufgetretenen Mängel einer zentralen örtlichen Zuständigkeit der Gerichte in Zulassungssachen, soweit die ZVS entschieden hat; dazu auch *Menger*, Örtliche Gerichtszuständigkeit bei Klagen gegen die Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen, VerwArch 1974, 441 ff.

maßverbot, das zugunsten des Genehmigungsempfängers im Prozeß bisher nicht berücksichtigt worden ist, erweist im erneuten Verwaltungsverfahren seine bei komplexen Vorgängen charakteristische mehrdimensionale Wirkung, bei der einschichtiges Werten durch umfassende Abwägung ersetzt wird. Es zwingt die Verwaltung dazu, einen von Grund auf neuen Ausgleich aller beteiligten Belange zu suchen, bei dem neben Auflagen auch kombiniert planungs-entschädigungsrechtliche Lösungen bedacht werden müssen: Die klägerischen Nachbarrechte werden in einen neuen Abwägungsprozeß einbezogen, dessen Ergebnis auch einmal die entschädigungsrechtlich abgesicherte Aufopferung dieser Rechte, etwa die umwidmende Einbeziehung des Grundstücks in einen Schutzstreifen, bedeuten kann¹⁴⁷). Der obsiegende Kläger muß unter Umständen also letztlich der von ihm bekämpften Nutzung weichen. Keine Renaissance des „Dulde und Liquidiere!“, sondern eine Konsequenz der Tatsache, daß die Verantwortung der gestaltenden Verwaltung über das einzelne Gerichtsverfahren hinausgeht und die punktuellen Ergebnisse des Individualrechtsschutzes mit einem angemessenen Ausgleich aller Interessen zu überwölben hat.

Vierter Abschnitt: Komplementäre Rechtsschutzeinrichtungen und Änderungen der Gerichtsorganisation

Es unterliegt keinem Zweifel, daß auch dann, wenn die Dogmatik und einige Gesetzesänderungen die Instrumente des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes den geänderten Kontrollobjekten anpassen, die Verwaltungsgerichte komplexen Vorgängen gegenüber den Rechtsschutz nicht werden in dem Maße leisten können, in dem das gegenüber einfachen Entscheidungen üblich ist. Zu unterschiedlich sind Verantwortungsverteilung und Entscheidungssituation, als daß die richterliche Beurteilung komplexe Entscheidungen in ihren Vor- und Folgewirkungen erreichen konnte. Das lenkt die Gedanken auf andere Rechtsschutzeinrichtungen und auf die Frage, ob Änderungen der Gerichtsorganisation hier helfen können.

¹⁴⁷) BVerwG Urt. vom 1. 11. 1974 = DVBl. 1975, 492 ff., 497 („Stellung“). Als Entschädigungstatbestände kommen §§ 40–44 BBauG in Betracht. Darüber hinausgehende enteignende Wirkungen darf sich der Plan nicht beilegen, weil es für andere als die dort genannten Umwidmungen am notwendigen formell-gesetzlichen Entschädigungsjunktum fehlt. Vgl. auch Gelzer, BauR 1975, 145 ff.; BGH BauR 1975, 270 ff.

I. Die Komplementärfunktion des Verwaltungsverfahrens

Unter den Einrichtungen, die komplementäre Funktionen zum gerichtlichen Rechtsschutz ausüben, nimmt das Verwaltungsverfahren in der Diskussion eine favorisierte Stellung ein¹⁴⁸). Allerdings ist vieles von dem, was zum funktionellen Zusammenhang zwischen administrativem und gerichtlichem Verfahren heute gesagt wird, nicht so neu, wie es manchmal erscheint. Vieles ist in der Entstehungszeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit¹⁴⁹), in den Auseinandersetzungen, die sich mit den Namen *Gneist* und *Bähr* verbinden¹⁵⁰), bereits gesehen worden und hat ähnlich die Erarbeitung der Verwaltungsgerichtsordnung begleitet¹⁵¹). Vieles geht auf Anregungen aus Nachbarländern zurück¹⁵²) oder ist in Gesetzen und Dogmen längst verarbeitet.

Der Gedanke, Verwaltungsverfahren komplementär zum Verwaltungsprozeß einzusetzen, wird gespeist aus rechtsstaatlichen und demokratischen Quellen, die sich begegnen in Überlegungen der Partizipation¹⁵³), in den praktischen Beobachtungen zur Aufbereitungs-, Informations- und Filterfunktion vor-

¹⁴⁸) Häberle, VVDStRL 30, 43 ff., 87 f., 112; Brohm, VVDStRL 30, 245 ff., 279 f.; eingehend Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974; ders., Zum Nutzen einer Systembildung für die Kontrolle der Staatsgewalt, DVBl. 1974, 893 ff.; Ule, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, VerwArch 1971, 144 ff.; Lorenz, Rechtsschutz (Fn 34), 178 ff.; Badura, in: Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1975, 233 ff., 237.

¹⁴⁹) Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats (Fn 49), 461 ff.; Erichsen, Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen (Fn 39), 207 ff.

¹⁵⁰) Vor allem Gneist, Über die rechtliche Natur, die Zuständigkeit und die Verhandlungsformen der Verwaltungsjurisdiktion, Verhandlungen des 12. DJT, Bd. 3, 1875, 220 ff.

¹⁵¹) Bettermann, Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17, 118 ff., bes. 164 ff.; Bachof, Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz, 1957; Ule, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1957, 597 ff.; dazu die Erwiderung Bachofs, DVBl. 1958, 6 ff. und die Gegenäußerung Ules, dort 9 f.

¹⁵²) Besonders Österreich, dazu Melichar, Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17, 183 ff.; Winkler, Der gerichtliche Rechtsschutz des einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in Österreich, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive (hrsg. von Mosler), Bd. 2, 1967, 413 ff. Zum amerikanischen Recht, Scharpf, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970, 14 ff. Reh binder-Burgbacher-Knieper (Fn 8), 74 ff. Mitchell, Verwaltungskontrolle in Großbritannien, VerwArch 1973, 162 ff.; Hahn, Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Schweden, VerwArch 1974, 335 ff.; Lammich, Die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung in den sozialistischen Verfassungssystemen, VerwArch 1973, 246 ff.

¹⁵³) Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, 179 ff., 240 ff. mit weit. Nachw.

geschalteter Verwaltungsverfahren¹⁵⁴) und in den Feststellungen, daß Überzeugung das beste Mittel der Entscheidungsverwirklichung bildet. Innerhalb der Komplementärfunktion des Verwaltungsverfahrens ist zu trennen nach sichernden, ergänzenden und verdrängenden Wirkungen.

(1) *Sichernd* sind alle diejenigen Verfahrensausprägungen, ohne die der nachfolgende Gerichtsschutz wesentlich erschwert würde. Bei komplexen Entscheidungen zählen hierzu neben bekannten Punkten (Rechtsmittelbelehrung, Begründung¹⁵⁵) vor allem Einrichtungen, die die Übersichtlichkeit und die Erkennbarkeit der Klageansätze und -aussichten verbessern sollen (Zentralisierungen und Zasurierung verschachtelter Regelungsgelalte). Sichernde Institute genießen den Schutz eines vorwirkenden Art. 19 Abs. 4 GG.

(2) *Ergänzende* Einrichtungen sind rechtspolitisch wünschenswert, um Verwaltungsbereiche einsichtig und kontrolliert zu machen. Hierher zählen die Absicherung von Bewertungs- und Prognosevorgängen durch Sachverständigengremien¹⁵⁶), die disziplinierenden Wirkungen von Anhörungen¹⁵⁷), die qualifizierten Verwaltungsverfahren und die verwaltungsinternen Aufsichtsverfahren. Steigende Bedeutung kommt dabei den Haushalts- und Finanzkontrollen zu¹⁵⁸). Sie müssen jene Effektivitätsprüfungen leisten, die aus dem gerichtlichen Rechtsschutz so gut wie gänzlich herausfallen¹⁵⁹), die aber in einer „Verwaltung des Mangels“ auch aus Gründen individueller Rechtssicherung zunehmend wichtig werden. Es sind die er-

¹⁵⁴) Dazu *Ule*, DVBl. 1957, 597 ff.; *Kopp*, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, 1971, 200 ff.

¹⁵⁵) *Kopp*, Verwaltungsverfahrensrecht, 67 ff. *Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31, 244 f. jeweils mit weiteren Beispielen: Anhörung, Beratung, Akteneinsicht. Abwendungsrecht zu hinreichender Fristbestimmung BVerwG, DÖV 1973, 785 f.

¹⁵⁶) Gedanke des Indizierungsurteils BVerwGE 39, 197 ff. (Nachw. Fn 111); *Ossenbühl*, DVBl. 1974, 309 ff., 312. Allerdings sollte die rechtsschutzsichernde Kompensation gerade gruppenrepräsentierender Sachverständigengremien mit Vorsicht beurteilt werden. Der Sachverhalt des auf den gleichen Gedanken zurückgreifenden Urteils des VG Berlin, DVBl. 1974, 375 ff. bietet ein wenig ermutigendes Bild, wie das Verfahren in einem solchen Gremium ablaufen kann.

¹⁵⁷) Dazu überzeugend *Lange*, Zur Anhörung im verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahren, DVBl. 1975, 130 ff.

¹⁵⁸) *Piduch*, Bundeshaushaltsrecht, Stand: November 1971, zu §§ 88 ff. BHO; *Neitzel*, Die kommunale Rechnungsprüfung Diss. Göttingen, 1969; *A. Schmid*, Möglichkeiten und Probleme der fiskalpolitischen Effizienzkontrolle, 1975; *Brunner*, Kontrolle (Fn 3), 184 ff.

¹⁵⁹) Zu diesem Mangel *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 753 f.: „Atrophie“ der Prüfung der Sachfragen. *Brunner*, Kontrolle (Fn 3), 288 ff.

gänzenden Kontrolleinrichtungen, die in ein gezieltes Verhältnis zum verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gebracht werden müssen.

(3) *Verdrängen* dagegen können Verwaltungsverfahren den Gerichtsschutz vor Verfassungen wegen nicht. „Verfahren und Beteiligung statt Individualrechtsschutz“ umschreibt keine zulässige Kompensation¹⁶⁰). Aber auch gegenüber Lösungen einer stark beschränkten gerichtlichen Inhaltsüberprüfung bei ausgreifender Verfahrenskontrolle¹⁶¹) ist Distanz zu halten. Nach Verfassungsauftrag und Tradition hat unsere Verwaltungsgerichtsbarkeit stets auch materielle Kontrolle zu leisten. Überhaupt scheint bei der derzeitigen Faszination des Verfahrensgedankens mittlerweile ein Wort der Vorsicht geboten — Vorsicht vor Überspannungen dieses Gedankens; denn extensive Verwaltungsverfahren können auch in Formalismus¹⁶²), Einschränkungen der Verwaltung und in Verzögerung des Gerichtsschutzes ausarten.

II. Änderungen der Gerichtsorganisation (Sachverständigenproblem)

Bei Überlegungen zur Änderung der Gerichtsorganisation geht es um das Problem, wie der außerjuristische Sachverstand, den Gerichte gegenüber komplexen Verwaltungsentscheidungen aufwenden müssen, organisatorisch angemessen zu verfassen ist. Anders als die Gerichte verfügt die Verwaltung über einen weit ausgebauten Apparat technischen und ökonomischen Sachverständes, der bei komplizierten Spezialfragen um Kommissionen und Beiräte ergänzt zu werden pflegt¹⁶³). So unverkennbar gerade solche Gremien Sachangemessenheit der Entscheidung verbürgen und ergänzende Rechtsschutzfunktionen ausüben mögen, entbinden sie die Gerichte nicht einer Tatsachenprüfung, die Art. 19 Abs. 4 GG nun einmal verlangt¹⁶⁴). Es kann andererseits nicht übersehen werden, daß der alte Satz,

¹⁶⁰) Ossenbühl, DJT-Gutachten (Fn 4), 193 f.; auch Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, 242 ff. Auch Bettermann, VVDStRL 17, 168 f. fügt seinen berühmten „Gleichungen“ den Satz an: „Aber die Justizförmigkeit der Verwaltung macht die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht entbehrlich.“

¹⁶¹) So die Überlegungen von Scharpf, Die Politischen Kosten des Rechtsstaats, pass.

¹⁶²) Z. B. die überspannte Rechtsprechung zu den Auslegungsfristen des § 2 Abs. 6 BBauG, vgl. Schmidt-Aßmann, Grundfragen des Städtebaurechts, 77 mit Anm. 61.

¹⁶³) Dazu instruktiv die Antwort der BReg, betr. friedliche Nutzung der Kernenergie in der Bundesrepublik Deutschland, Bundestags-Drucks. 7/3871, bes. S. 27 ff.

¹⁶⁴) BVerfGE 15, 275 ff., 282; Bettermann, AöR 96 (1971), 528 ff., 550. BVerwG Urt. v. 16. 3. 1972 = DVBl. 1972, 681 („Würgassen“)

Sachverhaltsermittlung sei eine originär richterliche Aufgabe, gegenüber technisch und ökonomisch schwierigen Zusammenhängen zum neuralgischen Punkt der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird¹⁶⁵), weil es dem Richter schon schwer fällt, an Sachverständige und Gutachten mit der richtigen Fragestellung heranzutreten. Daher liegt das Modell einer sachkundigen Besetzung der Richterbank¹⁶⁶) nicht ganz fern, das im Blick auf das Bundespatentgericht¹⁶⁷) nicht vorbildlos dasteht. Gerade dieses Beispiel zeigt aber auch die Grenzen des Modells: Es ist anwendbar nur auf Gerichte mit eng umgrenztem Tätigkeitskreis¹⁶⁸), nicht aber für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die in allen ihren Zweigen so breit gestreute Aufgaben wahrzunehmen hat, daß die Einbeziehung hochspezialisierter Sachverständiger in den Spruchkörper nicht in Betracht kommt. Auch sachverständige Laienrichter helfen hier nicht weiter¹⁶⁹). Überlegt werden sollte allerdings, inwieweit die Bildung von Spezialkammern das Problem richterlichen Sachverständnisses entschärfen kann.

Schluß

Tiefgreifende, abrupte Änderungen der Verwaltungsjustiz in Organisation oder Funktion sind auf jeden Fall zu vermeiden¹⁷⁰). Wir verstehen Verwaltungsgerichtsbarkeit vielmehr als dauerhafte Aufgabe, an deren Erfüllung sie selbst, aber ebenso auch die Verwaltung, der Gesetzgeber (vor allem im Bereich des materiellen Rechts) und die Wissenschaft fortlaufend zu arbeiten haben. Institutionen von Größe und Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erhalten ihren Wert nur durch kontinuierlichen Ausbau ihrer Arbeitstechniken, ihrer Anerkennung und ihres Selbstverständnisses.

verlangt, daß das Tatsachengericht die administrativen Gutachten in einem Genehmigungsverfahren nicht nur entgegennimmt, sondern sich mit ihnen „näher auseinandersetzt“; dazu *Schwarze*, DÖV 1973, 700 ff., 704 f. und das 2. Berufungsurteil des OVG Münster vom 20. 2. 1975 („Würgassen“) — unveröffentl. — AU S. 29 ff.

¹⁶⁵) *Redeker*, DÖV 1971, 757 ff., 759 f.; *Bachof*, VVDStRL 27, 96 ff., 98 (Diskussionsbeitrag).

¹⁶⁶) *Rudolph*, Möglichkeiten und Grenzen einer sachkundigen Besetzung der Richterbank, JZ 1975, 316 ff.

¹⁶⁷) §§ 36 b ff. PatG.

¹⁶⁸) Für die Kartellgerichte gefordert von *Th. Raiser*, Ökonomen im Bundeskartellamt und in den Kartellgerichten, BB 1972, 421 ff.

¹⁶⁹) Zum Laienrichtertum in der Verwaltungsjustiz *Schiffmann*, Die Bedeutung der ehrenamtlichen Richter bei Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1974.

¹⁷⁰) *Bettermann*, VVDStRL 17, 118 ff., 167.

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

I.

Bestandsaufnahme: Komplexe Verwaltungsentscheidungen als Brennpunkte der derzeitigen Verwaltungssituation und des Rechtsschutzauftrages

1. Verwaltungsgerichte und Verwaltung haben heute auf das Ganze gesehen eine Zuordnung gefunden, die dem Bürger Rechtsschutz gewährt, ohne die Administration zu lähmen.

2. Neue, strukturelle Schwierigkeiten sind dem gerichtlichen Rechtsschutzauftrag und dem Verhältnis der Dritten zur Zweiten Gewalt in den letzten Jahren jedoch aus dem Typ komplexer Verwaltungsentscheidungen erwachsen, wie sie die Gerichte zu beschäftigen beginnen (Urteile zu Industrieansiedlungen, Verkehrswegebauten, Raumordnungsverfahren, Hochschulkapazitäten, staatlichen Organisationsakten).

3. Diese in Sachverhalt, Bezügen, Beteiligten und Folgen verflochtenen Entscheidungen erweisen sich als die Brennpunkte der derzeitigen Verwaltungssituation überhaupt. Sie kennzeichnen die hinter den einzelnen Eingriffs- und Leistungsvorgängen stehende administrative Verteilungs- und Gestaltungsfunktion.

4. Schwierigkeiten eines angemessenen Rechtsschutzes ergeben sich gegenüber komplexen Entscheidungen

a) aus der ihnen eigenen Dynamik, die die normativen Grundlagen in Begriffsbildung und Systematik häufig undeutlich bleiben und Gerichtsschutz außerdem zu spät einsetzen läßt (Probleme der zeitlichen Dimension),

b) aus der Tatsache, daß die von solchen Entscheidungen betroffenen privaten Interessen unter sich schon so stark divergieren, daß sie mit den Mitteln überkommenen zweipoligen Prozeßrechts nicht richtig erfaßt werden (Probleme polygonalen Rechtsschutzes),

c) aus der Notwendigkeit, mit den Instrumenten eines bisher am „Außenrecht“ orientierten Rechtsschutzes in den Verwaltungsinnenbereich, in die Zentren höherstufigen Entscheidens vorzudringen, ohne die unterschiedlichen Ausmaße administra-

tiver und richterlicher Verantwortung in der Folgensteuerung zu übersehen (Rechtsschutz im makroadministrativen Bereich).

II.

Verwaltungsverantwortung und verwaltungsrichterliche Verantwortung (verfassungsrechtlicher Standort, Typologie, Relationen)

5. Verantwortung wird konstituiert aus den Elementen der Aufgabe, der Eigenständigkeit und der Einstandspflicht im Sinne einer Kontroll- und Steuerungsabhängigkeit. Das Grundgesetz versteht Verantwortung als heuristischen Begriff zur Kennzeichnung eines Ausgleichssystems von Rechtssätzen und Institutionen, das Befugnisse, Bindungen und Entlastungen verdeutlicht.

6. Verwaltungsverantwortung gründet sich verfassungsrechtlich in der Position der Verwaltung als eigenständiger Staatsgewalt (Art. 20 Abs. 2, 28 Abs. 2 GG): Verwaltung als System tagtäglicher Verwirklichung der sozial-rechtsstaatlichen Verfassung, als „Arbeit“ und Leistung.

7. Verwaltung ist heute durchgängig eine vom Gesetz dirigierte Verwaltung. Gesetze lenken die Verwaltung als Organisations- und Verfahrensregelungen, als Rahmen, als Leitlinien und Richtpunkte und als Eingriffsermächtigungen. Die gesetzlichen Direktiven differieren in den Graden exakter Vorzeichnung; in ihren Wirkungen sind sie partiell wechselseitig substituierbar.

8. Im Spiegel dieser Direktiven zeigt eine aufgabenbezogene Typologie Verwaltungsverantwortung als

- Vollzugsverantwortung
- Entfaltungsverantwortung
- Stimmigkeits-, Ausgleichs- und Kontinuitätsverantwortung
- Initiativ- und Vermittlungsverantwortung
- Gesamtverantwortung.

9. Verwaltungsrichterliche Verantwortung ist gegründet in der richterlichen Unabhängigkeit und in der Verpflichtung zu positiver Wahrung des Rechts. Verwaltungsrichterliches Denken wird geprägt von dem Bemühen, den Sachverhalt mit dem speziell rechtswissenschaftlichen Instrumenten in den Griff zu bekommen. Diese Rückbindung an das Recht ist das Korrelat richterlicher Unabhängigkeit.

10. Verwaltungsgerichtsbarkeit ist zum einen bestimmt durch ihren Auftrag, subjektive Rechte in einem reaktiv arbeitenden Verfahren zu schützen (Art. 19 Abs. 4 GG). Die hierin wirk-

same Distanz zum Verwaltungsgeschehen gehört zu ihrem verfassungsfesten Bilde.

11. In Anbetracht polygonaler Verwaltungsverhältnisse tendiert subjektiver Rechtsschutz, verstanden als effektiver Schutz materieller Rechtsverwirklichung, allerdings nicht notwendig zu einem Höchstmaß an gerichtlichem Verfahren, sondern kann auch Beschränkungen des Gerichtsschutzanspruchs eines Beteiligten aus Rücksichten materiell-grundrechtlicher Rechtsverwirklichungsansprüche anderer verlangen.

12. Verwaltungsgerichtsbarkeit ist zum anderen bestimmt durch ihre Bezogenheit auf die Zweite Gewalt. Verwaltung und Verwaltungsjustiz begegnen sich in ihrer Verantwortung für das Recht, die sie arbeitsteilig (antithetisch und komplementär) wahrnehmen. Antithetisch wirken dabei die Unterschiede der Entscheidungssituationen, die es dem Richter verwehren, in der Sachzugewandtheit mit der Exekutive zu konkurrieren. Komplementär dagegen wirken die Entlastungsfunktionen, die der Richter für die Verwaltung über das Recht ausübt.

13. Die weitaus meisten Urteile haben die richterlich-administrative Verantwortungsverteilung zutreffend erfaßt im Sinne einer Angleichung der Entscheidungsstrukturen, wie sie bei überschaubaren Vorgängen möglich und geboten ist. An komplexen Vorgängen und der ihnen eigenen Unüberschaubarkeit dagegen brechen die Unterschiede zwischen der administrativen und der richterlichen Entscheidungssituation, vor allem in den Möglichkeiten der Information und Folgensteuerung auf. Die daraus resultierenden Belastungen des Rechtsschutzauftrages und der Verantwortungsverantwortung lassen sich nur dann abtragen, wenn es gelingt, für Kontrollgegenstände und -verfahren jene Überschaubarkeit und Einsichtigkeit zurückzugewinnen, auf die richterliches Handeln angewiesen ist.

III.

Konkrete Zuordnungsprobleme

A. Rechtsschutzform und Verfahren

14. Komplexen Verwaltungsentscheidungen gegenüber müssen die Rechtsschutzformen in ihrer zeitlichen Abfolge übersichtlicher gegeneinander abgesetzt werden. Die bisher geübte Praxis der Inzidentkontrollen erweist sich einem abschnittsweise sich entwickelnden Entscheidungsprozeß gegenüber als unzulänglich.

15. Notwendig ist der bundesgesetzliche Aufbau der prinzipalen Normenkontrolle (§ 47 VwGO), um eine Überprüfung

normativ-programmhafter Entscheidungen in einem frühen Stadium zu ermöglichen.

16. *Notwendig ist ferner die Aufgliederung großer Entscheidungszusammenhänge in Abschnitte, deren Regelungsgehalt in einem Verwaltungsakt zusammengefaßt wird. Dem haben Anfechtungslast und materielle Ausschlußwirkungen zu korrespondieren, um eine sukzessive Stabilisierung der Verfahrensabschnitte zu ermöglichen.*

17. *Erforderliche Eingrenzungen des subjektiven öffentlichen Rechts lassen sich nur über seine normative Ableitung erreichen. Die Bedeutungsermittlung höherstufiger Planungsrechtsnormen muß dabei mit überschießenden subjektiv-rechtlichen Tendenzen des Wortlauts rechnen, die sich jedoch durch den Auslegungsgesichtspunkt der „bereichsspezifischen Verwaltungsaufgabe“ auf ihren wirklichen Gehalt reduzieren lassen.*

18. *Als prozeßtechnische Erleichterungen gerichtlicher Massenverfahren sind zulässig öffentliche Zustellungen und Verkündungen, sowie die gerichtliche Bestellung gemeinsamer Prozeßbevollmächtigter für solche Beteiligten, die gleiche Interessen verfolgen. Außerdem sollte die Behandlung einzelner Verfahren als Musterprozeß durch eine Lockerung der Beiladungsvorschriften erleichtert werden.*

19. *Die gesetzliche Einführung von Verbandsklagebefugnissen kann nicht empfohlen werden. Wo sich der Gesetzgeber trotzdem zu einem solchen Schritt entschließt, muß eine dauerhafte Organisation des klagebefugten Verbandes gewährleistet sein. Ausbaufähig dagegen sind Klagemöglichkeiten von Verbänden öffentlichen Rechts, insbesondere solche kommunaler Körperschaften.*

B. Kontrolldichte

20. *Die Frage nach der Intensität gerichtlicher Kontrolle läßt sich nicht mit festen Formeln beantworten. Entscheidend sind vielmehr die Genauigkeit des jeweiligen gesetzlichen Tatbestandes, sowie die spezifischen Rechtsschutznotwendigkeiten und die administrative Gesamtverantwortung in dem betreffenden Bereich. Zwischen diesen drei Bezugspunkten variiert die Kontrolldichte auch in der Zeit.*

21. *Beurteilungsspielraum und Rechtsfolgenermessen sind Differenzierungen, herausgearbeitet für die gesetzlich eng gebundene Verwaltung, und in diesem Bereich nach wie vor sinnvoll. In der planenden Verwaltung dagegen läßt sich die Trennung nicht aufrecht erhalten.*

22. Für die gesetzlichen Direktiven der planenden Verwaltung charakteristisch sind zum einen Programmbegriffe. Sie kennzeichnen eine administrative Kompetenz zu letztverantwortlicher sukzessiver Programmumgestaltung (Definition, Begriffsbildung, Methodenwahl). Normativ-allgemeine Entfaltungsakte werden gerichtlich nur darauf überprüft, ob sie den Gesetzesrahmen wahren.

23. Die gesetzlichen Direktiven der planenden Verwaltung werden zum anderen gekennzeichnet durch Abwägungsklauseln. Sie ermächtigen die Verwaltung dazu, unter nicht harmonisierbaren Teilzielen den Vorrang zu bestimmen, Kapazitäten zu verteilen und Prioritäten zu setzen. Dieses Abwägen kann vom Gericht voll nur in verfahrensmäßiger Hinsicht, im übrigen nur daraufhin überprüft werden, ob die Gewichtung der relevanten Belange und die Schaden-Nutzen-Relation offensichtlich verfehlt worden sind (Evidenzvorbehalt).

C. Sicherungen und Begrenzungen der Urteilswirkungen

24. Rechtzeitiger Rechtsschutz gegenüber komplexen Verwaltungsentscheidungen muß primär mit den Mitteln der prinzipalen Normenkontrolle und der auf Verfahrensabschnitte bezogenen Anfechtungsklage (LS 15, 16) nachgesucht werden. Vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklagen sind auf Ausnahmefälle zu beschränken.

25. Die erheblichen Belastungen, die Entscheidungen nach § 80 Abs. 5 VwGO für das Verhältnis der Justiz zur Verwaltung mit sich bringen, lassen sich mindern durch eine intensivere materiell-akzessorische Prüfung der Erfolgsaussichten des Hauptverfahrens, wie sie die Gerichte zunehmend üben. Bei Großprojekten mit unüberschaubaren Umweltauswirkungen sollte die Verwaltung ihrerseits von Vollzugsanordnungen absehen und die Dauer eines erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens in ihre Zeitplanungen einstellen.

26. Urteile in Angelegenheiten administrativer Kapazitätsverteilung oder Prioritätensetzung können eine für notwendig befundene Neuverteilung regelmäßig nicht selbst vornehmen, sondern haben eine urteilsbegrenzende Folgenverantwortung der Verwaltung, der die Neuvergabe obliegt, zu respektieren.

27. Eine urteilsergänzende Folgenverantwortung trifft die Verwaltung dort, wo das Gericht, z. B. durch Aufhebung einer Anlagengenehmigung, einen von der Verwaltung versuchten Ausgleich widerstreitender Interessen annulliert. Die Verwaltung hat hier die Ergebnisse des Individualrechtsschutzes durch einen neuen Ausgleich aller beteiligten Belange zu überwöl-

ben, der auch planungs-entschädigungsrechtliche Lösungsmöglichkeiten einzubeziehen hat.

IV.

Komplementäre Rechtsschutzeinrichtungen und Problematik gerichtlichen Sachverständes

28. Lücken des gerichtlichen Rechtsschutzes können und müssen durch komplementäre Einrichtungen ausgefüllt werden. Unter ihnen kann dem Verwaltungsverfahren besondere Bedeutung zukommen.

a) Gerichtsschutzsichernd wirken solche Verfahrensregelungen dort, wo sie die Ansatzpunkte des Gerichtsschutzes in komplexen Verwaltungsverfahren klarstellen. Sichernde Institute genießen den Schutz eines vorwirkenden Art. 19 Abs. 4 GG.

b) Als gerichtsschutzergänzende Verfahrenseinrichtungen haben vor allem die Haushalts- und Finanzkontrolle jene Effektivitätsprüfungen der Verwaltung zu leisten, die aus dem gerichtlichen Verfahren herausfallen.

c) Verdrängen können Verwaltungsverfahren möglichen Gerichtsschutz in keinem Falle. Insgesamt dürfen die Erwartungen, die man heute im Blick auf den Rechtsschutz an den Verfahrensgedanken stellt, nicht überspannt werden.

29. Besondere Schwierigkeiten erwachsen den Gerichten aus den vielfach hochkomplizierten technischen und ökonomischen Bezügen komplexer Verwaltungsentscheidungen (Sachverständigenproblem). Die Bewältigung des Tatsachenmaterials wird daher immer mehr zum neuralgischen Punkt gerichtlicher Kontrolltätigkeit. Trotzdem kann eine gerichts-organisatorische Verfassung des Sachverständes nach dem Modell sachkundiger Besetzung der Richterbank nicht empfohlen werden.

3. Aussprache und Schlußworte

Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

Vorsitzender (Ossenbühl): Ich brauche nicht auf den engen Zusammenhang zur Thematik von gestern besonders hinzuweisen. Heute werden wir die Diskussion von gestern eine Stufe tiefer und damit vielleicht auch um einige Grade konkreter und konfliktreicher fortsetzen müssen.

In dem gestellten Thema „Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit“ bündeln und konzentrieren sich, wie leicht erkennbar ist, zahlreiche Themata und Problembereiche, die wir schon in früheren Tagungen behandelt haben. Dies als Überlastung der Thematik von heute zu werten, würde die Intention, die hinter der Themenfassung steht, verkennen. Denn mit der Gegenüberstellung von Verwaltung und Verwaltungsrechtsschutz sollte der Schlußpunkt in der Themenreihe gesetzt werden, die der Vorstand in seinem Zweijahresprogramm als Zwischenbilanz grundgesetzlicher Ordnung ins Auge gefaßt hat.

Ich glaube, daß beide Referate den damit angesprochenen Problemkomplex in ausgezeichneter Weise aufgezeigt, analysiert und diagnostiziert haben. Über die angebotenen Therapien kann man selbstverständlich streiten. Und dafür ist ja auch der heutige Nachmittag ausdrücklich vorgesehen. Beide Referate sind sehr exekutivfreundlich, und, um eine Bemerkung von Herrn Ipsen von heute früh fortzusetzen, ich glaube, Herr Peters hätte nicht nur Herrn Scholz, sondern auch Herrn Schmidt-Aßmann nach diesem Vortrag an seine Brust gedrückt.

Bachof: Die Referate des heutigen Tages haben uns eine so reiche Palette an Überlegungen geboten, daß es schwer fällt, daraus einige Punkte herauszugreifen. Ich muß das deshalb ein wenig willkürlich und sehr subjektiv tun.

Beachtenswert scheint mir als erstes die weitgehende Übereinstimmung in der Bejahung der „Eigenständigkeit der Verwaltung“ zu sein. Herr Ossenbühl hat schon festgestellt, welche Freude Herr Peters an den Referenten gehabt hätte. Diese Übereinstimmung mag überraschen, zumal mir scheint, daß sie nicht nur die beiden Referenten verbindet, sondern, wie ich

Gesprächen in der Mittagspause entnehmen zu können glaube, von der großen Mehrheit der Mitglieder unserer Vereinigung geteilt wird; sicher gibt es Ausnahmen. Solche Übereinstimmung hat mich nach der Bielefelder Tagung freilich nicht mehr überrascht; aber es muß eigentlich für denjenigen überraschend sein, der doch wohl noch vor drei oder vier Jahren sehr andere Meinungen als vorwiegend ansehen mußte.

Mir scheint, wir können eine Art von Wellenbewegung feststellen, wenn wir auf die Zeit seit 1945 sehen; man kann dabei auch auf noch frühere Jahre zurückgreifen. Eine Wellenbewegung: einmal eine Intensivierung des Verwaltungsrechtsschutzes, eine Zurückdrängung aller — ich sage das jetzt ganz allgemein und untechnisch — Ermessens- oder sonstigen Freiräume der Verwaltung; dann wieder eine stärkere Betonung der Eigenständigkeit der Verwaltung unter Anerkennung jener Freiräume: ein Auf und Ab. Im Augenblick scheinen wir uns wieder einmal auf einer Woge der Eigenständigkeitsbetonung zu befinden. Wir sollten dabei freilich nicht übersehen, daß uns heute morgen in den Referaten nur ein Teil der Verwaltung — der sicher auch stärker interessierende Teil — vorgeführt wurde, nämlich die gestaltende, die sozialordnende Verwaltung; daß es aber daneben auch weite Bereiche der Verwaltung gibt, die nach wie vor strikt gesetzgebunden sind: die Steuerverwaltung etwa. Man könnte noch eine Reihe anderer Verwaltungszweige anführen.

Ein zweites: Einigkeit besteht zwischen den Referenten — ich würde ihnen hierin voll beipflichten — darüber, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit ihrer Aufgabe als Mittler zwischen Verwaltung und Bürger, aufs Ganze gesehen, gerecht geworden ist. Das gilt m. E. jedenfalls für die Ergebnisse der Verwaltungsrechtsprechung; es gilt wohl nicht in gleichem Maße für die sehr unterschiedlichen und zum Teil gegensätzlichen dogmatischen Begründungen dieser Ergebnisse.

Drittens: Wenn in den Referaten sichtbar wurde, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit ihrer Aufgabe bisher im wesentlichen gerecht geworden ist, so doch auch, daß sie sich jetzt in einer zunehmend schwieriger werdenden Lage befindet. Das deshalb, weil die quantitativ wie qualitativ gewandelten Aufgaben der Verwaltung (Schlagwort: Komplexität der Verwaltung), weil auch das veränderte Verhältnis der Verwaltung zur Gesetzgebung und insbesondere die immer stärkere Amalgamierung zwischen beiden Gewaltträgern — vor allem auf dem Gebiet der Planung — auch an die Verwaltungsgerichtsbarkeit ganz neue Aufgaben herantragen, die sie mit den bisherigen Mitteln und mit den bisherigen Formen des Rechtsschutzes

nicht mehr voll zu bewältigen vermag. Die Verwaltungsgerichte versuchen, u. a. mit Hilfe des Art. 19 Abs. 4 GG, durch eine in vieler Hinsicht schöpferische Rechtsgestaltung — Herr *Roellecke* wird vielleicht fragen, ob sie das dürfen — die an sie herantretenden neuen Aufgaben und Probleme so gut wie möglich zu bewältigen. Aber ich meine, daß hier auf lange Sicht nur der Gesetzgeber helfen kann und muß; und zwar mit mehr als mit bloßem Flickwerk an der Verwaltungsgerichtsordnung. Er muß die Formen des Rechtsschutzes, er muß auch das Verhältnis der Verwaltungsgerichtsbarkeit zum kompensatorischen Rechtsschutz innerhalb der Verwaltung neu überdenken und muß diese Fragen — wenn auch nicht durch eine Änderung von Grund auf, aber doch mit Mut zur Reform — energisch anpacken. Es scheint mir rückblickend so zu sein, daß die Verwaltungsgerichtsordnung, die letztlich auf die maßgeblich von *Walter Jellinek* beeinflussten süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetze von 1946 zurückgeht, ein — fast möchte ich sagen: genialer — Wurf für die damalige Zeit gewesen ist; daß sie aber den Anforderungen der Gegenwart nicht mehr voll gerecht wird und daß wir uns deshalb gerade in der verpflichtenden Nachfolge dessen, was damals geleistet wurde, um eine Reform bemühen müssen. Ich halte die konkreten Vorschläge, die beide Redner gemacht haben, für außerordentlich dankenswert. Ich würde vieles unbesehen unterschreiben, anderes mit gewissen Vorbehalten, so etwa bezüglich der inhaltlichen Ausweitung des § 47 VwGO. Ich habe übrigens von Herrn *Zacher* gehört — ich weiß nicht, ob er hier ist und es bestätigen kann —, der Entwurf zur bundeseinheitlichen Einführung der Normenkontrolle des § 47 VwGO sei schon wieder unter den Tisch gefallen; ich würde das sehr bedauern.

So sehr ich also jene Vorschläge für wertvoll und wichtig halte, so meine ich doch, daß wir uns in der Diskussion nicht in deren Details verlieren sollten. Das bedeutet keine Abwertung. Aber es handelt sich um Fragen, die eine spezielle Kenntnis der Prozeßordnungen voraussetzen und mit denen nicht alle Anwesenden gleichermaßen vertraut sind wie die Redner des Vormittags.

Viertens: Ich war erfreut, daß sich die Redner nicht an Begriffen festgehakt haben. Begriffe wie Beurteilungsspielraum, gestaltendes Ermessen, Rechtsfolgeermessen, Auswahlermessen und dergleichen mögen nützlich sein, vielleicht nach Meinung mancher auch unnütz. Sie sind jedenfalls nicht entscheidend. Das Entscheidende ist in beiden Referaten herausgekommen: daß es hier um die Frage geht, welches Maß an Freiheit — oder, da dieses Wort von manchen in unserem Zusammenhang nicht

geschätzt wird — welchen Raum (Konkretisierungsraum, oder wie immer man das nennen will) die Verwaltung hat und haben muß, um ihrer Aufgabe und ihrer Verantwortung gerecht zu werden; ihrer Verantwortung für die Folgen ihres Handelns.

Wenn ich hier aber doch ein paar Worte zum Beurteilungsspielraum sagen darf, so folgendes: Diese Lehre — ebenso die Vertretbarkeitslehre von Herrn Ule, beide Lehren decken sich ja weitgehend — ist stets von zwei genau entgegengesetzten Seiten her angegriffen worden. Das habe ich fast als Bestätigung ihrer Richtigkeit betrachtet. Die eine Seite wirft ihr vor, sie wolle das gerade erst — zum Glück, wie diese Seite meint — auf der Tatbestandsseite des Rechtssatzes ausgeräumte Ermessen durch eine Hintertür wieder hereinmogeln, es habe sich also gar nichts geändert. Die andere Seite — zu der nach seinem Referat auch Herr Scholz gehört, nur deshalb gehe ich auf die Frage ein — meint, das Anliegen der Lehre vom Beurteilungsspielraum gehe dahin, den Handlungsfreiraum der Verwaltung zu minimalisieren. Beides ist falsch. Es ging mir vielmehr von Anfang an darum, zwei extremen Ansichten entgegenzutreten. Die Situation im Jahre 1955 war die, daß die sogenannten unbestimmten Begriffe — trotz Herrn Schmidt möchte ich an diesem Ausdruck festhalten, weil das Austauschen von Begriffen an der Sache nichts ändert; daß wir „offene“ Tatbestände und „offene“ Begriffe haben, läßt sich nicht bestreiten, und daran ändert eine Umbenennung oder eine Eliminierung des Begriffes „unbestimmt“ nichts —, es war also so, daß die unbestimmten Begriffe vom Bundesverwaltungsgericht ziemlich willkürlich in „Ermessensbegriffe“ und „Rechtsbegriffe“ eingeteilt wurden mit der Folge, daß die einen gerichtlich *voll* überprüfbar und die anderen praktisch *überhaupt nicht* überprüfbar sein sollten. Diesem Entweder-Oder, dieser der Verantwortung der Verwaltung nicht gerecht werdenden schematisierenden Zweiteilung sollte entgegengetreten werden. Diese „Verantwortung“ war schon in meinem Aufsatz von 1955 und auch in allen späteren einschlägigen Ausführungen der entscheidende Ansatzpunkt für die ganze Lehre: die der Verwaltung nicht zu nehmende Verantwortung für die Folgen ihres Verhaltens sei es, die es notwendig mache, ihr in der Beurteilung der Voraussetzungen ihres Verhaltens einen gewissen Spielraum einzuräumen — vor allem dort, wo dieses Verhalten von ungewissen Prognosen über künftige Ereignisse, insbesondere über die Auswirkungen der Verwaltungsentscheidung abhängt. Ich meine, daß mit den Worten „Prognosen“ und „Erwartungen“, die auch in der Rechtsprechung des Bun-

desverfassungsgerichtes und der Landesverfassungsgerichte heute eine zunehmende Rolle spielen, entscheidende Stichworte sowohl für die Verfassungs- wie für die Verwaltungsgerichtsbarkeit angesprochen sind. Prognosen zu stellen, Erwartungen zu hegen und diese hemmend oder fördernd zur Grundlage des zukunftsorientierten Verhaltens zu machen, das macht ja im Grunde das *politische* Handeln aus. Verwaltungshandeln ist aber in weitem Umfang politisches Handeln. Wir sprechen z. B. nicht umsonst von Kommunal-„Politik“. Bebauungsplanung, Landesplanung, Regionalplanung usw. — zum Teil dem Gesetzgeber, zum Teil der Verwaltung überantwortet — sind politisches Handeln. Politisches Handeln *muß* von Prognosen und Erwartungen ausgehen, gerade sie machen solches Handeln aus. Prognosen sind stets mit einer gewissen Unsicherheit behaftet. Weder der Politiker noch der Verwaltungsbeamte kann seine Erwartungen wie ein Naturwissenschaftler durch Experimente verifizieren oder falsifizieren, er muß es vielmehr auf den erhofften Erfolg ankommen lassen. Deshalb meine ich, hat die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen — ob man ihr nun in vollem Umfange folgt oder nicht — doch mindestens einen richtigen Kern. Der Verwaltungsbeamte, der vor die Frage polizeilichen Einschreitens gegen eine Gefahr gestellt ist, überlegt zunächst, ob wirklich eine Gefahr besteht; denn nur dann *darf* er (und muß er eventuell) einschreiten. Er stellt also eine Prognose, er fragt sich: Wie wird sich der Zustand — ohne oder mit meinem Zutun — entwickeln? Danach muß er dann handeln. Diese Prognose ist oft nicht absolut sicher; aber weil den Beamten die Verantwortung für die Folgen von Tun oder Nichttun trifft, muß der Verwaltungsrichter ihm hier eine gewissen Vorrang in der Beurteilung überlassen. Soweit also zur ersten Überlegung, die dahingeht, was der Beamte *darf*. Auch wenn dieses Dürfen nur durch einen sehr „offenen“ gesetzlichen Tatbestand begrenzt ist, so hat es dennoch Grenzen; könnte man einem Gesetzesbegriff solche Grenzen nicht mehr entnehmen, dann wäre dieser Begriff kein „unbestimmter“, sondern überhaupt kein „Rechts“-Begriff mehr. Nur wenn der Beamte zur Erkenntnis gelangt ist, daß er — unter Berücksichtigung solchen Beurteilungsspielraums oder -ermessens oder wie Sie es nennen wollen (am Wort hängt nichts!) — handeln *darf*, ist die weitere Überlegung sinnvoll, ob er das Gedurfte auch tun *soll und will*. Das hängt z. B. davon ab, ob er überhaupt die zur Gefahrenbekämpfung notwendigen Mittel hat, ob diese Mittel vielleicht im Augenblick anderweitig zur Bekämpfung einer noch schwereren Gefahr eingesetzt werden müssen, usw. Es handelt sich also um

zwei verschiedene gedankliche Überlegungen (die freilich Hand in Hand gehen). Die erste lautet: Darf ich handeln?, die zweite: Will ich handeln? An dieser Unterscheidung halte ich fest. Ich habe als Landrat, als Bürgermeister, als Ministerialrat hunderte Male ähnliche Überlegungen angestellt, und alle Verwaltungsbeamten machen das so und werden das auch weiter so machen. Daran werden sie sich jedenfalls durch eine Auswechslung von Begriffen nicht hindern lassen!

Aber zurück zur Prognose! Die Prognose des politisch Handelnden, ob des Verwaltungsbeamten oder des Politikers, des Abgeordneten oder des Regierungsmitglieds, muß, soweit sie nicht (mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts) „eindeutig widerlegbar“ ist, um der unaufgebbaren politischen Verantwortung der Handelnden willen vom kontrollierenden Richter in den genannten Grenzen akzeptiert werden. Und ebenso müssen wertende Urteile der politisch Handelnden — etwa bei der Frage, was dem öffentlichen Wohl am besten dient — dann akzeptiert werden, wenn sie nicht (wieder mit der Formulierung des Bundesverfassungsgerichtes) „offensichtlich fehlsam“ sind. —

Ein fünfter und letzter Punkt betrifft die „Austauschbarkeit der Formen“. Die weitgehende Austauschbarkeit von Handlungsformen — innerhalb der Verwaltung z. B. zwischen Verordnung und Verwaltungsakt mit daraus folgenden Unterschieden der Beteiligtenstellung, der Kontrolldichte, des Verfahrenszeitpunktes usw. — bereitet den Gerichten große Schwierigkeiten. Noch schwieriger wird es beim Formenaustausch zwischen Gesetz und Verwaltungsmaßnahme. Dazu nur ein Beispiel, die Gemeindegebietsreform in Baden-Württemberg: Der zwangsweise Zusammenschluß zu Verwaltungsgemeinschaften erfolgt durch Gesetz, aufgelöst werden können die so gebildeten Verwaltungsgemeinschaften durch Rechtsverordnung des Innenministeriums. Rechtsschutz gewährt im einen Fall das Verfassungsgericht, im anderen das Verwaltungsgericht — zwei hinsichtlich der Kontrolldichte, der Beteiligtenstellung, der Antragsbefugnis u. a. m. völlig verschiedene Verfahren! Man kann aber nicht sagen, daß solche Formenvariationen schlechthin willkürlich seien. Sie hängen damit zusammen, daß heute bei allen solchen Planungen von Anfang an Exekutive und Legislative eng zusammenwirken. Zunächst werden von der Regierung Kommissionen eingesetzt, mitunter auf Grund von Initiativen des Landtages, die die Situation analysieren und Programme entwickeln sollen. Dann entwickelt — so jedenfalls bei der erwähnten Gebietsreform — zunächst das Innenministerium eine „Zielplanung“, die sich die Regierung zu eigen

macht. Der Landtag übernimmt sie im wesentlichen, bei Änderungen im Detail, die z. T. auf Vorschläge des mittlerweile eingeschalteten Landtagsausschusses für Verwaltungsreform zurückgehen. Das Ergebnis alles dessen findet schließlich seinen Niederschlag im Gesetz. Was aber geschieht nun, wenn das Gesetz vor dem Verfassungsgericht angefochten wird? Man sollte doch annehmen, es sei der Gesetzgeber, der sein Gesetz auch vor dem Staatsgerichtshof verteidigen werde. Das ist aber nicht so. Gewiß, auch der Landtag beteiligt sich förmlich am Verfahren, aber er beschränkt sich in aller Regel auf sehr allgemein gehaltene Ausführungen über die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und über die Grenzen verfassungsrichterlicher Kontrolle. Die konkrete Begründung und die konkrete Verteidigung der angegriffenen Maßnahmen, ja auch schon der allgemeinen Zielvorstellungen, übernimmt die Regierung; genauer gesagt, der Vertreter des Innenministeriums. Hier zeigt sich mit aller Deutlichkeit, daß nicht nur bei der Entstehung der Planung, sondern auch in den weiteren Stadien die beiden Gewalten völlig ineinander verzahnt sind. Noch deutlicher zeigt sich das bei der etwaigen späteren Auflösung der Verwaltungsgemeinschaften: es ist, wie schon gesagt, das Innenministerium, das durch Verordnung eine durch Gesetz gebildete Verwaltungsgemeinschaft wieder auflösen kann. Mir ist heute morgen in einem Gespräch von einem Teilnehmer gesagt worden, das erinnere ja an die Nazizeit: daß nämlich der Gesetzgeber dazu ermächtige, ein Gesetz durch eine Verordnung zu ändern. So würde ich das nicht sehen. Denn es handelt sich ja nicht um die Ermächtigung zur Korrektur des Gesetzgebers *ex tunc*, sondern es handelt sich darum, daß die Verwaltung ermächtigt wird, einen einst vom Gesetzgeber geschaffenen Zustand im Falle einer späteren Entwicklung, die diesen Zustand als nicht mehr angemessen erscheinen lassen kann, *ex nunc* zu ändern. Das mag auch deshalb angehen, weil es sich dabei nur um Einzeländerungen handelt, während der Gesetzgeber einen Gesamtkomplex geregelt und seine Maßnahmen im Zusammenhang getroffen hat. Aber man sieht doch sehr deutlich, daß hier Dinge, die im Grunde eng zusammenhängen, verfahrensrechtlich auf ganz verschiedene Geleise geleitet werden. Denn die Kardinalfrage, ob die vom Landtag oder vom Ministerium getroffene Maßnahme, nämlich die Bildung der Verwaltungsgemeinschaft einerseits oder ihre Auflösung bzw. deren Ablehnung andererseits, das Selbstverwaltungsrecht der von der Maßnahme betroffenen Gemeinden verletzt oder nicht, ob insbesondere Gründe des öffentlichen Wohles die Entscheidung rechtfertigen, ist im einen wie im anderen Fall voll und ganz

dieselbe! Hier sehen wir das ganze Problem der Komplexität von Gesetzgebung und Exekutive, von Parlament, Regierung und Verwaltung in Reinkultur vor uns, aufgezeigt an seinen Folgen.

Lassen Sie es mich bei diesen Bemerkungen bewenden. Sie waren notgedrungen kursorisch und gewissermaßen „quer durch“. Ich habe Detailfragen bewußt ausgeklammert. Die Grundsatzfragen werden uns genug Stoff zur Diskussion bieten.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Bachof*! Sie haben mit Recht lobend hervorgehoben, daß die Referenten nicht in eingefahrenen Begriffen gedacht haben und nicht dem Kästchendenken verfallen sind. Ich darf bemerken, daß dies auch von uns beabsichtigt war. Anregend sollte insofern der ungebräuchliche Begriff der Verantwortlichkeit wirken. — Es ist ja doch, wie ich meine, recht merkwürdig! Wenn man einem gebildeten Laien sagen würde, daß im Verwaltungsrecht der Begriff der Verantwortlichkeit so gut wie unbekannt ist, daß er als Kategorie dort eigentlich nicht gebräuchlich ist, wie im Schrifttum gesagt wurde, dann würde das bei einem Unbefangenen sicherlich einige Verwunderung auslösen.

(Bachof: So unbekannt war der Begriff, mir jedenfalls, nicht!)

— Ja, Herr *Bachof*! Sie haben den Begriff seit 1955 mehrfach verwendet. Aber er hat sich gleichwohl nicht durchsetzen können. Und das ist doch zunächst ein merkwürdiges Phänomen. Es war die Absicht, vom Begriff der Verantwortlichkeit ausgehend, das herkömmliche Kategoriensystem und die herkömmlichen Begriffe zu übergehen, um auf das zentrale Kompetenzproblem vorzustoßen.

Ich würde doch sehr bitten, vielleicht das Augenmerk nochmals auf diesen ungebräuchlichen Begriff zu richten und zu überlegen, ob man aus ihm nicht einen sehr gebrauchsfähigen machen kann.

Lerche: Ich darf vielleicht aufgreifen das Stichwort von Herrn *Bachof* über die Austauschbarkeit der Formen und es verbinden mit der Anregung, die gerade Sie, Herr Vorsitzender, ausgesprochen haben.

Im Grunde haben — wenn ich es recht sehe — beide Referenten eine Vorstellung mit in den Mittelpunkt gestellt: den „adäquaten“ Rechtsschutz, eine begriffliche Vorstellung, die ja gewöhnlich nur begleitend der Vorstellung des „effektiven“

Rechtsschutzes folgt. Auch in den Formulierungen der einzelnen Referate wird mehr summierend von effektivem und adäquatem Rechtsschutz gesprochen, ebenso in der Judikatur. Was aber, wenn ich die Referenten richtig verstehe, sie in der Sache selbst wollen, ist, daß sie den Begriff des effektiven Rechtsschutzes im Grunde ersetzen wollen durch die Vorstellung der Adäquanz. Das kommt besonders heraus bei dem Leitsatz, ich glaube es ist die Nummer 11, von Herrn *Schmidt-Aßmann*, aus dem sich ergibt, daß gerade durch die Orientierung an der Adäquanz auch Abstriche von Effektivität legitimiert werden können. Im Gedanken der Effektivität liegt eine isolierende Blickrichtung auf den einzelnen Betroffenen, auf den einzelnen Rechtsschutzsuchenden. Das reicht nicht aus, wie die beiden Referenten uns veranschaulicht haben. Entscheidend muß sein die Ausgestaltung des Rechtsschutzes so, daß eine Angemessenheit herauskommt, die über die bloße individuelle Rechtsschutzposition hinausführen kann und daher auch mit gewissen Abstrichen von ihr verbunden sein kann.

Auf der anderen Seite aber haben die Referenten, wenn ich mich recht entsinne, diese Vorstellung des angemessenen, wie Herr *Schmidt-Aßmann* sagt, oder des adäquaten, wie Herr *Scholz* sagt, Rechtsschutzes doch nur gesehen im Sinne der Forderung, daß die Rechtsschutzformen, die Rechtsschutztypik sich anpassen soll den rechtlichen Strukturen des Verwaltungshandelns. Nun hat aber doch Herr *Forsthoff* mit Gewicht darauf hingewiesen, daß diese Formtypik, also gerade auch die Formtypik des Rechtsschutzes, nicht nur die des Verwaltungshandelns, nicht beliebig veränderbar ist, daß sie in ihren Grundelementen erhalten bleiben muß aus Gründen der Praktikabilität, aber auch der Erfahrung, der dogmatischen Sicherheit und dergleichen.

Ich könnte mir daher vorstellen, daß sich die Frage der Adäquanz auch in umgekehrter Richtung stellt, das heißt mit der Fragestellung: Wie ist das Verwaltungshandeln seinerseits rechtlich zu strukturieren, um mit der vorgegebenen (freilich flexibel gedachten) Rechtsschutztypik zurechtzukommen, also so, daß die Rechtsschutztypik dann auch wirklich greift, daß die Instrumente, die wir schließlich zur Verfügung haben und die nicht beliebig austauschbar und ersetzbar sind, dann auch passen?

Also, ich würde meinen, daß auch diese Seite des Verhältnisses oder des Begriffs des adäquaten Rechtsschutzes mitbedacht werden soll, gewissermaßen die spiegelbildliche Seite, diese andere Dimension, wenn man — und darauf zielt gerade

das Stichwort vom „Austausch der Rechtsformen“ — das Verhältnis von Verantwortungsverantwortung und Verwaltungsschutz im Auge behalten will.

Zacher: Ich möchte auf einen Gesichtspunkt aufmerksam machen, von dem ich glaube, daß er einer von den ganz wenigen ist, die mir einerseits einfallen und die andererseits in den Referaten nicht angesprochen sind: die Frage nach der personellen Substanz. Ich möchte es so formulieren: Wer soll wofür verantwortlich sein? Ich glaube, diese Frage muß auch gestellt werden. Ich möchte sie zunächst für die Verwaltung stellen an Hand der Rechtmäßigkeitsverantwortung. Herr *Schmidt-Aßmann* hat in einem Leitsatz formuliert, daß die Verantwortung für das Recht die Verantwortung ist, in der beide Institutionen konkurrieren: die Verwaltung und die Verwaltungsgerichtsbarkeit. *Forsthoff* hat früher schon einmal die Prognose gestellt: Wenn man die Verwaltungsgerichtsbarkeit so entwickeln wird, wie das mit der Generalklausel verbunden ist, dann wird die Rechtsverantwortung an die Verwaltungsgerichtsbarkeit abwandern. Und da sehe ich auch ein personales Substanzproblem. Wenn wir heute die Verwaltung betrachten — wir kennen die Stichworte wie das „Juristenmonopol“ —, da haben wir eine sehr differenzierte Gesellschaft, um mit Herrn *Häberle* zu sprechen, eine offene, mitunter auch eine schlechte Gesellschaft der Verwaltungsrechtsausleger, die in der Verwaltung unter sehr verschiedenen Bedingungen arbeitet. Wir haben Verwaltungshandlungen, die von Juristen ausgehen, solche, die von reinen Politikern ausgehen, und solche, die von Laienpolitikern, von angelernten Leuten, von Angestellten usw. ausgehen; da haben wir eine sehr große Spannbreite. Wir können also die Verwaltung auch in dieser Hinsicht der personellen Substanz nicht als eine Einheit betrachten.

Und die Frage ist: Was kann geschehen, um eine personale Adäquanz von Handelndem und Kompetenz herzustellen? Was kann geschehen, um unter Umständen eine gewisse Homogenisierung zu erreichen? Ich möchte als Beispiel des Ungenügens und der Scheinlösung die Vorlagepflicht des Beamten heranziehen. Wenn der Beamte eine Maßnahme für rechtswidrig hält, muß er nach oben vorlegen. Das trifft heute von allen in Betracht kommenden Verwaltungsfunktionären, von den Gemeinderäten und anderen Selbstverwaltungsorganen bis zu den Angestellten usw., nur noch einen ganz kleinen Ausschnitt. Nur ein relativ kleiner Teil der potentiell Handelnden ist dadurch überhaupt unter irgendeine Rechtmäßigkeitskontrolle zu bringen. Diese Innenstruktur der Verantwortungsverantwortung

scheint mir also ein Punkt zu sein, dem wir noch weiter nachgehen müßten, der jedenfalls hier noch ins Bild gehört.

Dazu gehört dann im weiteren Sinne aber auch die Frage der richtigen Ausbildung, natürlich die Frage der richtigen Juristenausbildung, aber auch der richtigen Verwaltungsausbildung. Dann gehört dazu auch die Frage der Außeneinflüsse, vom Problem des contempt of court, übertragen auf die Verwaltung, bis zu den parlamentarischen Einflüssen — genauer: Parlamentarier-Einflüssen — usw. Ich will nicht sagen, daß man eine heile Welt schaffen kann. Ich will nur sagen, daß man diese Probleme einbeziehen muß.

Unter dem Aspekt „Wer ist wofür verantwortlich?“ muß man auch in die Gegenrichtung sehen, daß es auch bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht nur eine Verwaltungsrechtsverantwortung gibt, sondern auch so etwas wie eine Verwaltungsverantwortung. Das Verwaltungsrecht hat den Zweck, daß die Verwaltung ihre Aufgabe verrichten kann. So muß auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit diesem Zweck dienen. Und die Frage ist: Was kann nun auf Seiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit geschehen? Und hier stellt sich wiederum die Personalfrage: Wer kann diesen Dienst wirklich verrichten? Kann es eine Gerichtsbarkeit mit Assessoren leisten, die ohne vielfältige juristische Rollenerfahrung sind oder nur eine Rollenerfahrung haben, die sie in den 2 $\frac{1}{2}$ Jahren Referendarzeit gesammelt haben, mit der sie in das Geschäft eintreten, in dieser Gerichtsbarkeit bleiben und dann eigentlich in eine Selbstbehauptung dieser Gerichtsbarkeit hineinwachsen? Oder müßte nicht eine gesteigerte, diversifizierte juristische Rollenerfahrung vorhanden sein, damit diese Verwaltungsverantwortung von der Verwaltungsgerichtsbarkeit getragen werden kann?

Zur Verwaltungsrechtsverantwortung innerhalb der Verwaltung noch eine andere Frage: ob nicht doch Verfahrens- und Organisationskomplikationen dazu beitragen könnten, innerhalb der Verwaltung gerade die Verwaltungsrechtsverantwortung zu steigern. Das würde ich nicht so skeptisch sehen, wie Herr Schmidt-Aßmann das getan hat. Vor allem möchte ich auf den Begründungszwang, von dem gestern so sehr die Rede war, auch im Verwaltungsbereich aufmerksam machen. Er könnte wahrscheinlich die Verwaltungsrechtsverantwortung steigern.

Eine kleine Bemerkung schließlich noch zu der Frage der Klagen in polygonen Verhältnissen. Hierzu möchte ich nur das Stichwort geben: Man muß Klagen in polygonalen Verhältnissen auch als Eingriffe der Kläger gegen die anderen Beteiligten betrachten. Ich glaube, ohne diese Einsicht kommt man auf lan-

ge Sicht nicht mehr aus. Man muß gerade bei der Verbandsklage sehen, daß hiermit jemand befugt würde einzugreifen, indem er Verwaltungshandlungen auf lange Sicht inhibiert, und diejenigen, die diese Verwaltungshandlungen erwarten, die davon begünstigt werden können, die darauf angewiesen sind, praktisch um ihr Recht bringen kann. Wo steckt die Kontrolle, wo steckt die Legitimation des Klägers? Es genügt nicht, daß man wie bei einem normalen Prozeß unter unmittelbar Beteiligten davon ausgeht, daß einer ein Recht gegen den anderen hat. Wenn sich jemand zum Wächter für die Öffentlichkeit aufwirft, dann wird diese Klage zum Eingriff. Und wir müssen nach einer Eingriffslegitimation in der Sache fragen.

Dürig: Ich möchte doch den Nerv, den Herr *Lerche* getroffen hat, noch einmal anbohren. Bisher war es doch so, daß die Verwaltungsformen keine logischen A-priori-Kategorien waren, sondern, wie etwa der „Verwaltungsakt“-Begriff, vom Rechtsschutz her konzipiert waren. Ist es tatsächlich so — das wäre ja eine „Sternstunde“ unserer Wissenschaft —, wie die beiden Referenten heute doch wohl einhellig gesagt haben, daß in Zukunft die Rechtsschutzformen den Verwaltungsformen anzupassen seien? Das wäre ein Richtungswechsel unserer bisherigen Verwaltungsrechtsentwicklung.

Bettermann: Ich würde meinen, Herr *Dürig*, daß diese Sternstunde spätestens im Jahre 1960 stattgefunden hat, als die Verwaltungsgerichtsordnung in Kraft trat, die sich nämlich vom „Verwaltungsakt“ gelöst hat. Der Verwaltungsrechtsschutz hängt eben nicht mehr am Verwaltungsakt, sondern nur noch eine ganz bestimmte Klageform, nämlich die Anfechtungsklage. Bei der Verpflichtungsklage ist es schon streitig. Wir müssen nur die Konsequenzen des Gesetzes ziehen und die anderen Rechtsschutzformen, die unsere Verwaltungsgerichtsordnung in breiter Palette bietet, adäquat anwenden.

Vorsitzender: Es hat sich aber in der Praxis noch nicht ganz herumgesprochen, daß wir über den Zustand vor 1960 hinausgekommen sind.

Rupp: Ich möchte zunächst zu der „Wellenbewegung“, die Herr *Bachof* angesprochen hat, etwas sagen: Wenn es tatsächlich wahr ist, daß eine solche Wellenbewegung von Verwaltungsfreundlichkeit, Verwaltungsfeindlichkeit, Verwaltungsfreundlichkeit stattgefunden haben sollte — was ich nachdrücklich bezweifle; man kann jedenfalls nicht aus dem Tenor der

jeweiligen Referate unserer Tagungen auf eine solche allgemeine Wellenbewegung schließen —, dann sollte man nach meiner Ansicht auch den ideologiekritischen Aspekt nicht außer acht lassen und sich fragen, woher es wohl komme, daß diese Wellenbewegungen stattfinden. Denn es ist natürlich ganz klar, daß derjenige, der in einer bestimmten politischen Linie die Gewähr des Richtigen sieht, sorgsam darauf bedacht ist, von der Staats- und Verwaltungsgerichtsbarkeit kein Störfeuer zu erhalten, wenn jeweils diese politische Linie gerade an der Macht ist.

In der Sache möchte ich auf folgendes hinweisen: Herrn *Bachof* bin ich für die Anregung außerordentlich dankbar, man möge sich doch nicht um Begriffe streiten. Man sollte deshalb von folgenden *inhaltlichen* Einsichten ausgehen:

a) Die Unterscheidung nicht nur zwischen Verwaltungsermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen ist hinfällig — insofern stimme ich Herrn *Walter Schmidt* und Herrn *Scholz* zu —, sondern auch hinsichtlich der sogenannten bestimmten Rechtsbegriffe ist der Unterschied kein qualitativer, sondern allenfalls ein quantitativer. Das hat allerdings schon die Wiener Rechtsschule gewußt, daraus aber entsprechende Konsequenzen gezogen. Damit bricht nicht nur das ganze Theorem der Ermessens- und Beurteilungsspielräume einerseits und der „einzig richtigen Entscheidung“ andererseits in sich zusammen, sondern das ganze Denkgebäude erweist sich als praxis- und theoriefern. Um es zu wiederholen: Man kann, wie dies Herr *Scholz* getan hat — vergleichen Sie bitte seine Thesen Nummer 10, 11 und 12, wo *expressis verbis* von der rechtssetzenden Funktion der Verwaltungsentscheidung die Rede ist —, die Wiener Stufenlehre neuentdecken, man muß dann aber auch die rechtspositivistischen Konsequenzen ziehen, die die Wiener Schule gezogen hat. Aus diesem Aspekt gibt es praktisch keine Interpretationstheorie mehr, alle Rechtsanwendung — einschließlich derjenigen des Richters — ist zugleich Rechtssetzung, nämlich Setzung von durch das Gesetz nicht vorgegebenen autonomen Determinanten. Ich verwende hier nur die Terminologie der Wiener Rechtsschule. Gestern haben wir allerdings — wie ich meine zu Recht — das genaue Gegenteil von dieser Konzeption gehört.

b) Alle Rechtsanwendung ist, jedenfalls erkenntnistheoretisch, Rechtsverwirklichung innerhalb mehr oder weniger weiter subjektiver Divergenzspannen. Und dies ist — wie ich an anderer Stelle ausgeführt habe — zugleich eines der tragenden Elemente des gewaltenteiligen Rechtsstaates. Rechtlich

gebunden ist der Rechtsanwender allemal, aber diese Gebundenheit erzeugt, weil sie ein hochindividuelles Medium durchlaufen muß, niemals objektive „Eindeutigkeit“ oder absolute „Richtigkeit“.

c) Die Verwaltungsgesetze sind für die Verwaltung Handlungsprogramme, also *Handlungsnormen*. Für den die Verwaltung kontrollierenden Richter sind sie Kontrollparameter, also *Kontrollnormen* — um eine von Herrn Forsthoff verwendete Formulierung zu gebrauchen. Das heißt: Der Richter hat eine bereits *getroffene* Entscheidung vor sich liegen und darf sie nur danach überprüfen, ob sie im Rahmen der Divergenzspanne liegt, die allemal vorhanden ist, auch bei den „bestimmten“ Rechtsbegriffen. Entgegen der Auffassung Herrn Bachofs gilt dies selbstverständlich auch für den Zivilrichter, wenn er beispielsweise eine Ehe scheidet oder ein Konkursverfahren eröffnet. Auch hier kann der Richter natürlich demjenigen, der geschieden sein will, oder dem Firmeninhaber, der die Konkurseröffnung beantragt, niemals die Verantwortung für sein Handeln abnehmen. Es ist meines Erachtens völlig falsch zu meinen, hier werde der Richter, nur weil er erstmalig als staatliche Instanz tätig werde, nicht mit dem Problem der Verantwortung und der Grenzen richterlicher Kontrolle konfrontiert.

Ein zweiter Aspekt hängt damit zusammen: Was ist nun eigentlich „Verantwortung“? Mir scheint, daß heute „Verantwortung“ häufig schlicht gleichgesetzt worden ist mit bloßer „Zuständigkeit“. Ich bin Herrn Zacher sehr dankbar dafür, daß er dieses Zentralproblem des heutigen Vortragsthemas aufgegriffen und darauf hingewiesen hat: Verantwortung ist ein personenbezogener Begriff. Die personale Verantwortung des einzelnen Verwaltungsbeamten wird aber, wie ich meine, nicht so sehr beeinträchtigt durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit, sondern weit mehr durch die Verwaltung selbst, beispielsweise durch generelle Richtlinien, die gerade die Spannweite fallgerechter Konkretisierung des Gesetzes verstopfen. Oder denken Sie an elektronische Programmierungen, die dem Einzelfall ihr Schema aufzwingen.

Erlauben Sie mir noch eine kritische Schlußbemerkung: Ich fürchte, daß auch die neuen Kategorien begrifflicher und inhaltlicher Art, die uns heute beispielsweise in Gestalt „meta-juristischer“ Verwaltungszwecke oder von „Evidenzvorbehalten“ angeboten worden sind, genauso wenig wie die alten Kategorien des „bestimmten“ oder des „unbestimmten“ Rechtsbegriffs oder des „Ermessens“ mitsamt ihren „Spielraum“-Theorien und „Eindeutigkeits“-Kriterien einen Schritt weiter-

führen und sich damit das rechtselementare Problem nicht erfassen läßt, daß Handlungskontrolle anders beschaffen ist als Handlungsentscheidung, daß im Grunde die neue Etikettierung nur alten Wein in neue Schläuche füllt und daß — das befürchte ich jedenfalls — am Schluß nur wieder die Sentenz übrigbleibt, der Richter dürfe eben nur die angeblich „exakt“ bestimmbaren Rechtsbegriffe zum Kontrollmaßstab nehmen. Und dann haben wir wieder den Rechtspositivismus wie etwa vor 70 Jahren.

Vogel: Erlauben Sie mir, Herr *Rupp*, zu fragen, ob Sie neben Theorie und Praxis, die Sie nannten, auch der Dogmatik einen Ort einräumen? Man kann gewiß begründen, daß verschiedene Formen rechtlichen Handelns einander strukturell gleich seien — Norm und Verwaltungsakt, Ermessensausübung und Rechtsanwendung —, es gibt dafür immer gute Gründe. Aber sind nicht doch einige „gleicher“ als andere?

Mir ist gerade an dem Referat von Herrn *Schmidt-Aßmann* so sympathisch — neben vielem anderen —, daß er sich zwar die Möglichkeit eröffnet, über die Unterscheidung von Ermessen und Beurteilungsspielraum hinauszugehen, daß er aber doch zugleich diese Unterscheidung für die traditionellen, regelmäßig also: für die einfacheren Formen des Verwaltungshandelns aufrechterhält.

Bachof: Zu zwei Punkten in den Ausführungen von Herrn *Rupp*:

Erstens: Daß der Zivilrichter dem die Scheidung Begehrenden die Verantwortung nicht abnehmen kann, hat mit meiner gestrigen Bemerkung nichts zu tun. Es ging vielmehr darum, daß der Zivilrichter die erste mit *staatlicher Autorität* begabte Instanz ist, die über die Rechtmäßigkeit entscheidet. Dagegen liegt für den Verwaltungsrichter bereits eine staatliche Entscheidung einer Verwaltungsbehörde vor, die nachvollzogen wird. — Das gleichzeitig auch zu Herrn *Roellecke* als Antwort auf seine gestrige Frage an mich. Herr *Roellecke* hätte mir übrigens mit mehr Grund die Verwaltungsverträge entgegenhalten können. Aber auch in deren Abschluß liegt m. E. seitens der Verwaltung eine „Entscheidung“; dafür kann ich auf Früheres Bezug nehmen.

Zweitens: Daß es eine gleitende Skala von (fast) ganz unbestimmten bis hin zu (fast) ganz bestimmten Begriffen gibt, das wußte nicht nur die Wiener Schule, das haben wir alle seit langem gewußt. Aber das nimmt mir nicht die Möglichkeit, trotz-

dem diese Begriffe zu verwenden. Daß es zwischen klein und groß jede denkbare Skala gibt, verbietet mir doch nicht, ein Ding klein oder groß zu nennen.

Rupp: Zuerst die Frage von Herrn Vogel: Ich habe Ihre Fragestellung nicht recht verstanden, weil bei ihr ganz offensichtlich die Dogmatik zwischen Theorie und Rechtspraxis fungiert. Das scheint mir ein völlig neues Verständnis von Dogmatik zu sein, zu dem ich nicht Stellung nehmen kann. Dogmatik — wie ich sie verstehe — ist der Fundus dessen, was als geltendes Rechtsgerüst mit Einschluß des gesamten Rechtsmaterials vorhanden ist. Insofern ist die Summe der Rechtsprechung Teil der Dogmatik und kann dieser nicht entgegengesetzt werden. Ich habe daher die Frage in dieser Alternative nicht verstanden und kann deshalb auch keine Antwort geben.

Nun zu Herrn Bachof: Es freut mich, Sie sagen zu hören, Sie hätten gestern etwas anderes gemeint. Nur: Der Begriff der Verantwortung, der hier im Mittelpunkt steht, ist ja wohl nicht davon abhängig, daß es sich um *staatliche* Verantwortung handelt. „Verantwortung“ hat ihren Platz im Bereich des Zivilrechts und der Privatautonomie noch viel stärker als im Bereich staatlicher Verwaltung. Man kann auch nicht sagen, der Zivilrichter sei, weil er sozusagen als erste mit staatlicher Autorität begabte Instanz dem Problem fremder Verantwortung begegne, in einer gänzlich anderen Situation als der Verwaltungsrichter, der es mit der Verantwortungsverantwortung, also bereits mit einer sich in Hoheitsakten präsentierenden Verantwortung zu tun habe. Für das Problem der Verantwortung ist dieser Unterschied irrelevant.

Zum Schluß: Zwischen groß und klein kann natürlich unterschieden werden. Nur: Wenn man schon so weit geht, den qualitativen Unterschied zwischen Ermessen — als Rechtsfolgeermessen — und Beurteilungsspielraum — als Tatbestandsermessen — fallenzulassen, dann ist es meines Erachtens unumgänglich, daß Sie auch die These von der „Eindeutigkeit“ der sogenannten bestimmten Rechtsbegriffe und damit jene Theorie aufgeben, die gerade auf dem qualitativen Unterschied zwischen „Ermessen“, „Beurteilungsspielräumen“ und „einzig richtiger Kognition“ aufbaut. Denn Sie sagen mit Recht, daß auch die sogenannten „bestimmten“ Begriffe in Wahrheit unbestimmt sind. Dann müssen Sie aber nach anderen Kriterien Ausschau halten, weil die bisherigen Kriterien nicht mehr tragen und die Verwaltungsgerichte nur in die Irre führen. Sie messen ja auch groß und klein nach derselben Maßeinheit.

Knöpfle: Anknüpfend an das, was Herr *Rupp* eben gesagt hat, möchte ich zurückkommen auf das Referat von Herrn *Scholz*: Er hat unter Berufung auf das Verfassungsprinzip der Gewaltenteilung im Verhältnis Verwaltungsgerichtsbarkeit-Verwaltung von einem „kompetenzgerechten Rechtsschutz“, der durch die Eigenverantwortlichkeit der Verwaltung begrenzt wird, gesprochen und unter Abschnitt I Ziffer 4 seiner Leitsätze die These vom kompetenziellen Vorrang der Verwaltungsentscheidung im Bereich metajuristischer Richtigkeitsgewähr formuliert. In der Sache stimme ich ihm zu; hinzuweisen ist aber auf das Problem einer strengen, kategorialen Unterscheidbarkeit juristischer und außerjuristischer Maßstäbe, von der die Systematisierung des Referenten ausgeht. Die Schwierigkeit einer begrifflich-dogmatischen Trennung beider Maßstäbe steigert sich in dem Maße, in dem sich der Gesetzgeber des Mediums des unbestimmten Rechtsbegriffes bedient, um auf diese Weise nicht selten ein ganzes — wie man in der Verwaltungslehre heute sagt — implementationsbedürftiges Programm, eine Fülle mehr oder weniger konkretisierbarer Zielvorstellungen zu umgreifen, die außerrechtlicher Art sind; diese werden so in Elemente auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe umgemünzt. Ein solches Vorgehen führt dann bei der Rechtsanwendung zu einer Aporie, die sich besonders deutlich aufzeigen läßt an den in vielen Rechtssätzen verwendeten Begriffen „Gemeinwohl“ und „öffentliches Interesse“; so stellen viele Gesetze ab auf das „Wohl der Allgemeinheit“, auf „dringende Gründe des öffentlichen Wohls“ oder auf „öffentliche Interessen“, so besonders im Enteignungsrecht. Das Bemühen, diese Begriffe mit den Methoden der juristischen Hermeneutik mit konkretem Inhalt zu füllen, führt bald zu der Erkenntnis, daß sie sich einer Interpretation mit Hilfe der bis heute entwickelten Methoden der Auslegungslehre entziehen, daß in ihnen Komponenten enthalten sind, die in Wirklichkeit Verweisungen auf die jeweiligen außerrechtlichen Richtigkeitsvorstellungen und den jeweiligen Konsens der maßgeblichen politischen Kräfte darstellen. Auf der Speyerer Tagung des Jahres 1968 über „Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen“ (Band 39 der Schriftenreihe der Hochschule Speyer) hat Herr *Ule* in seinem Referat über die Anwendung dieser Begriffe in der Rechtsprechung aufgezeigt, daß sich grundsätzliche Erörterungen darüber, was unter dem Begriff der öffentlichen Interessen oder Belange zu verstehen ist, in der Judikatur kaum finden und daß die Ausführungen der Gerichte zur Methodik der Bestimmung des Inhalts dieser Begriffe erst recht unergiebig sind. Hat man erkannt, daß die Aufnahme dieser Be-

griffe in Rechtssätze den unzulänglichen Versuch darstellt, außerrechtliche Gehalte in die Sphäre des rechtlich Normierbaren umzusetzen, dann verwundert einen die Hilflosigkeit der Rechtsprechung im Umgang mit ihnen nicht mehr. Das Streben nach einer materiellen Bestimmung ihres Inhalts, die dem Richter in einer Vielzahl von Fällen als Entscheidungskriterium dienen könnte, führt begreiflicherweise nicht zum Erfolg; möglich ist nur, eine „Leerformel“ durch eine andere, etwas ausführlichere zu ersetzen. Wie soll das Verwaltungsgericht in einem Verfahren über die Zulässigkeit einer Enteignung für Universitätsneubauten vorgehen, wenn der Betroffene einwendet, in der gegebenen Situation diene der Ausbau einer Universität nicht dem Gemeinwohl, oder wenn er vorbringt, der Bau von Gymnasien oder Grundschulen liege weit mehr im öffentlichen Interesse als der Hochschulbau? Ist es hier berechtigt und verpflichtet, das gesamte Bildungskonzept des Landes zu überprüfen und eine bestimmte Prioritätenordnung — als Akt der Rechtsanwendung — aufzustellen? Obwohl es sich formal um „Anwendung“ von Gesetzesrecht handelt, stößt man hier an Grenzen des Judiziablen. Wo bei der Prüfung der Frage, ob ein Vorhaben dem Gemeinwohl dient, die Grenze der von der Verwaltungsgerichtsbarkeit anzustellenden Erwägungen liegt, ist weithin ungeklärt. Die Praxis verfährt in solchen Fällen, wenn ich recht sehe, vielfach ähnlich wie bei einer Enteignung, der ein Planfeststellungsverfahren vorausgegangen ist: hier steht der festgestellte Plan im Enteignungsverfahren nicht mehr zur Diskussion. Würde sich in dem Beispielfall einer Enteignung für Universitätszwecke das Verwaltungsgericht im wesentlichen nicht darauf beschränken zu prüfen, ob die Maßnahme in einer für den Betroffenen weniger einschneidenden Weise verwirklicht werden kann, sondern die Frage der Gemeinwohlbezogenheit des Projekts in ihrer ganzen Breite aufzurollen gehalten sein, dann müßte es in der letzten Konsequenz das Regierungsprogramm mit all seinen Zielvorstellungen und Prioritätsentscheidungen seiner Jurisdiktion unterstellen. Einen fundierten Rechtsspruch zu erlassen, wird vollends unmöglich, wenn sich herausstellen sollte, daß es an einem vernünftigen Konzept überhaupt fehlt. Dann müßte die Verwaltungsgerichtsbarkeit ihrerseits unter dem Deckmantel der Rechtsauslegung Gemeinwohlvorstellungen entwickeln und für die Beurteilung des konkreten Projekts relevante Maßstäbe setzen.

Damit würde aber der Ansatz für einen „kompetenzgerechten Rechtsschutz“ — mit diesem Begriff soll die verwaltungsgerichtliche Kontrolle eingeschränkt werden —, wie ihn Herr

Scholz fordert, wohl entfallen. Es wäre nicht mehr möglich, der Verwaltungsentscheidung, soweit sie sich an außerrechtlichen Maßstäben orientiert, den Vorrang vor ebensolchen Erwägungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit einzuräumen.

Erlauben Sie mir abschließend, noch kurz einen anderen Aspekt der Problematik anzureißen: Setzt das Gewaltenteilungsprinzip, das ja auch einen genuinen eigenständigen Bereich der Exekutive verfassungskräftig normiert, einer zunehmenden apokryphen „Verrechtlichung“ ursprünglich außerrechtlicher Maßstäbe und politischer Zielvorstellungen — mit der Folge einer entsprechenden Ausweitung der Kontrollmöglichkeiten der Judikative — durch das Rekurren auf das Gemeinwohl und auf öffentliche Interessen in Rechtsnormen eine Grenze?

Badura: Aus den beiden Vorträgen des heutigen Vormittags hat man wohl doch etwas mehr an Neuem lernen können, als Herr *Rupp* gehört hat. Ich meine damit nicht die Relativierung der Unterscheidung zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum. Beide Referenten haben in gewisser Anknüpfung an die Referate von *Bachof* und *Brohm* das Problem der gestaltenden, der planenden Verwaltung in den Vordergrund gestellt und haben versucht, für einige Problembereiche, vor allem für den Bereich der Ermessensfragen und der Kontrollmöglichkeiten, eine Art neuen Grundriß zu zeichnen, dessen Haltbarkeit meiner Ansicht nach in der Diskussion heute überprüft werden müßte. Hinter dem allgemeinen Wort „gestaltende“ oder „planende Verwaltung“ verbirgt sich allerdings eine große Menge zum Teil ganz unterschiedlicher Vorgänge: Gesamtplanungen, die mit einbezogen waren — ich erinnere an die Regionalprogramme, an die Bauleitpläne, die erwähnt worden sind —, aber auch Fachplanungsentscheidungen, die ja zum Teil ganz anderen Grundsätzen folgen.

Ich möchte hier als einen Punkt, der meiner Ansicht nach etwas zu kurz gekommen ist, erwähnen, daß es in diesem Bereiche Entscheidungen gibt, die zugleich Planungsentscheidungen und Unternehmergenehmigungen sind, wie z. B. die Genehmigung eines Atomkraftwerkes oder eines Flughafens, wo es vielleicht mit dem allgemeinen Gesichtspunkt polygonaler Rechtsverhältnisse nicht sein Bewenden haben darf, sondern die besondere Rolle des Antragstellers, der eine Erlaubnis oder eine Genehmigung begehrt, auch rechtlich einen Ausdruck finden müßte.

Ich finde es weiter richtig, daß beide Referenten in betonter Weise, vor allem Herr *Scholz*, von der Aufgabe der Verwal-

tung und von den Verwaltungszwecken ausgegangen sind und damit den Versuch unternehmen, diesen Bereich des Verwaltungsrechtes mit einigen neuen Gedanken anzureichern, um damit sowohl der Verwaltung wie der Verwaltungsgerichtsbarkeit wie auch denjenigen, die ihr Recht vor den Verwaltungsgerichten nehmen müssen, zu helfen. Weniger deutlich ist mir allerdings die Frage geworden, wer diese Entscheidungen im Bereich der Verwaltung trifft. Ich meine damit nicht nur den Punkt, den Herr *Zacher* bereits erwähnt hat, nämlich die personale Seite der Verantwortung, sondern auch die Träger. Denn es macht einen Unterschied, ob eine bürokratische Planungsentscheidung getroffen wird oder ob sie auf der Basis von so oder anders organisierten Selbstverwaltungskörpern erfolgt. Also müßten insofern vielleicht doch Unterschiede gemacht werden zwischen Planungsentscheidungen, die von einer Gemeinde stammen (im Rahmen der Bauleitplanung), die von einem Regionalverband ausgehen oder die rein administrativ, im Planfeststellungsverfahren beispielsweise, getroffen werden.

Ein ganz zentraler Punkt ist schließlich die Frage der Maßstäbe und die Frage, inwieweit solche Maßstäbe für die Kontrolle von gestaltenden oder Planungsentscheidungen überhaupt zur Verfügung stehen. Ich glaube, es war notwendig und richtig, daß beide Referenten die Bedeutung des Gesetzes und der Notwendigkeit einer möglichst spezifischen gesetzlichen Ausprägung sowohl der zu realisierenden Gestaltungsaufgabe als auch der Maßstäbe oder der Richtlinien herausgehoben haben. Selbst dort, wo Herr *Scholz* von den autonomen Maßstabbildungen der Verwaltung spricht, glaube ich ihn doch richtig verstanden zu haben, daß er so weit wie möglich eine rechtsstaatliche Bestimmtheit der gesetzlichen Ermächtigung vor Augen hat und insofern möglicherweise die Umarmung von Herrn *Peters* doch nicht so herzlich ausgefallen wäre. Das Gesetz also und die Möglichkeit der gesetzlichen Normierung dieser Maßstäbe ist zunächst einmal eine staatsrechtliche und verfassungsrechtliche Prämisse für die dann darauf möglicherweise aufzubauende Lehre eines Planungs- oder Gestaltungsermessens.

Ich finde weiter auch richtig, wenn zwischen dem Verfahrensermessen und dem sachlichen Ermessen unterschieden wird. Gerade wenn man dem Verfahren eine so große Bedeutung bei der Formung der Verwaltungsentscheidungen, der Gestaltungsentscheidungen der Verwaltung zumißt, muß man bemerken, daß natürlich auch allein in der Gestaltung des Verfahrens selbst — Beispiel Teilgenehmigung im atomrechtlichen Ver-

fahren — ein wesentliches Element des Ermessens steckt, das ebenfalls einer sachgemäßen Kontrolle unterworfen werden muß.

Zum Schluß ein Wort zu den Thesen selbst hinsichtlich der Maßstäbe, der Kontrolldichte, nämlich was unter IV, Thesen 15 ff. von Herrn *Scholz* und in den Thesen 21 bis 23 von Herrn *Schmidt-Aßmann* steht: Ich glaube, es ist noch nicht voll verständlich geworden, was es bedeutet, wenn Herr *Scholz* von der „Konkretisierungsgerechtigkeit“ und dem Prinzip der „maximalen Konkretisierung“, von der „verwaltungseigenen Maßstabsbildung“ und ähnlichem spricht, vor allem dann auch, was in den Thesen 18 und 19 von den Grenzen gesagt ist, die der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle gesetzt sind. Es ist zwar im Prinzip akzeptabel, aber es ist, glaube ich, für den Hörer noch nicht ohne weiteres verständlich geworden, was das praktisch eigentlich heißt. Es ist zu fragen, nur um ein Beispiel zu nehmen, unter welchen Maßstäben die Standortentscheidung eines Flughafens — bei der Genehmigung nach § 6 des Luftverkehrsgesetzes — oder einer Atomanlage verwaltungsgerichtlich überprüfbar ist oder welche Maßstäbe da von Gesetzes wegen nach Auffassung der Referenten bestehen oder bestehen sollten. Herr *Schmidt-Aßmann* hat diesen Punkt der Standortentscheidung in seiner These 23 berührt; ich habe ihn so verstanden, daß dieser Punkt auch unter seinen Evidenzvorbehalt fällt. Nach meiner Auffassung wird an dieser Stelle die Möglichkeit der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zu weit zurückgenommen. Auch die bisher vorliegende Praxis sowohl des Bundesverwaltungsgerichts wie der Oberverwaltungsgerichte hat sich auf eine derartig weit zurückliegende Verteidigungslinie des einzelnen nicht bezogen, daß also lediglich „evident unrichtige“ Entscheidungen überprüft werden könnten.

Und die letzte Bitte, die ich daran anknüpfen würde, wäre die, daß doch die beiden Referenten sich erklären mögen, ob und inwieweit sie mit der dazu vorliegenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 34, 301 und später) übereinstimmen oder aber abweichen.

Thieme: Ich möchte meine Ausführungen mit dem Begriff der Verantwortung beginnen. Das ist das Thema, das uns gestellt ist. Es geht davon aus, daß die Verwaltung eine spezifische Verantwortung hat, die wir ausloten müssen. Das Thema verlangt eine Antwort darauf, wie diese Verantwortung aussieht und wie sie durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit relativiert wird. Sie wird relativiert. Denn wer kontrolliert wird,

antizipiert unwillkürlich die Kontrolle und verändert sein Verhalten, stellt es auf die Kontrolle ein. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit übernimmt mit ihrer Kontrolle ein Stück Verantwortungs- und Verantwortung. Insofern scheinen mir die beiden Arten der Verantwortung, um die es hier geht, nicht etwas prinzipiell Unterschiedliches zu sein. Ich möchte daher auch Herrn Scholz widersprechen, wenn er von einem Dualismus von Verwaltungszweck und Rechtszweck spricht. Es handelt sich in beiden Fällen um dasselbe, das zwar in einem anderen Stück unserer Staatsorganisation wahrgenommen wird, aber auf denselben Zweck bezogen ist. Denn schließlich ist die Rechtsnorm ein Mittel, mit dem die Staatszwecke verwirklicht werden, wer immer die Norm handhabt.

Nach den heutigen Referaten stellt man sich die Frage, wo wir stehen. Stehen wir dort, wie es Herr Bettermann angedeutet hat, an einem Punkt, an dem es nur darum geht, die Verwaltungsgerichtsordnung von 1960 noch besser zu verwirklichen? Oder stehen wir an einem Punkt, den man etwas pointiert als „Götterdämmerung“ der Verwaltungsgerichtsordnung bezeichnen könnte, wozu man sich veranlaßt fühlt, wenn man die lange Liste von Reformvorschlägen von Herrn Schmidt-Aßmann betrachtet?

Ich will die Punkte, bei denen wir mit der heutigen Konzeption der Verwaltungsgerichtsordnung — bezogen auf die Problematik unseres Themas — nicht fertig geworden sind, nicht im einzelnen ausbreiten. Das werden wir wahrscheinlich auch nicht sehr schnell leisten können, sondern werden die Spannung zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit dogmatisch so oder so formuliert weiterhin ertragen müssen. Aber — und das ist von beiden Rednern heute morgen übereinstimmend gesagt worden — das Bild des materiellen Verwaltungsrechts hat sich gewandelt. Es ist weitgehend ein Planungsrecht geworden. Eines wurde aber heute nicht gesagt: Der Entwurf des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes enthält, als besonderes Verfahren, das Planungsverfahren. Auch hier ist der Wandel sichtbar. Daher stellt sich die Frage, ob nicht auch die Verwaltungsgerichtsordnung das, was im materiellen Recht und im Verwaltungsverfahrensgesetz geschieht, nachvollziehen muß, indem hier der noch fehlende Planungsrechtsschutz neben den Vollzugsrechtsschutz und den Normenrechtsschutz gestellt wird. Ich möchte meinen, daß in unsere Verwaltungsgerichtsordnung ein ganz neues Kapitel hineingeht, ebenso wie auch bei der Verfassungsrevision versucht wird, die Planung in das Grundgesetz einzubeziehen, was ja schon in Ansätzen gelungen ist. Insofern stehen wir durchaus

an einem Punkt, an dem viel Neues geschieht. Darauf sollten wir unsere Aufmerksamkeit richten.

Denninger: Einen Teil dessen, was ich bemerken möchte, hat Herr *Knöpfle* bereits vorweggenommen. Ich frage mich und möchte auch Herrn *Scholz* fragen im Hinblick auf seine These 4 im I. Teil und auf den Leitsatz 9, ob es wirklich eine solche genaue begriffliche Abscheidung der beiden Verantwortungsbereiche, der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Verwaltung, nach dem Kriterium der metajuristischen bzw. der juristischen Richtigkeitsgewähr gibt. Wenn das der Fall ist, dann müßte man daran eine ganze Reihe von konkreten Folgen knüpfen können. Es ist mir in Ihrem Referat, Herr *Scholz*, nicht deutlich geworden, welche konkreten dogmatischen Folgerungen Sie nun etwa an den Begriff des kompetenziellen Vorrangs knüpfen wollen. Ich habe auch Bedenken, ob man in dieser Weise die Verantwortungsbereiche voneinander abscheiden kann, und möchte das an einem Beispiel exemplifizieren:

Herr *Knöpfle* hat ja schon die unbestimmten Rechtsbegriffe des „Gemeinwohls“ und des „öffentlichen Interesses“ genannt. Ich möchte noch auf eine andere Erscheinung aufmerksam machen. Es gibt in einigen Bereichen ein doppelspuriges Aufsichtsverfahren, etwa der Art, daß eine Beanstandung aus Zweckmäßigkeitsgründen ebenso möglich ist wie eine Beanstandung aus Rechtmäßigkeitgesichtspunkten. In der Praxis zeigt sich nun, daß derjenige, der die Beanstandungskompetenz hat, häufig wirklich würfeln kann, ob er den einen oder den anderen Weg wählen will. Er kann häufig mit beiden Möglichkeiten zum Ziele kommen. Und es wird dann von seiner Auffassung von der Verantwortung der Verwaltung oder der Verwaltungsgerichtsbarkeit abhängen, ob er qua Exekutivbehörde die Justiz in einem eingeschränkteren oder aber in einem weiteren Umfang zum Zuge kommen lassen will. Ich möchte Sie also fragen: Was heißt in diesem Zusammenhang bei Ihnen „metajuristisch“?

In diesem Zusammenhang ein weiteres: Ich glaube auch, da ich zwischen Verantwortung und Kompetenz, die letztere verstanden als bloße Zuständigkeit, einen Unterschied machen möchte, daß man sich durchaus überlegen sollte — Herr *Zacher* hat das in einer etwas anderen Richtung angedeutet —, ob nicht auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit Verantwortung für die Respektierung und Durchsetzung der Verwaltungszwecke oder des Verwaltungszwecks, wie Sie sagen, trägt. Hier beginnt, meine ich, das Problem der Sachverständigen in der Justiz.

Götz: Ich stimme gern ein in den Chor derer, die es für richtig und fruchtbringend empfinden, daß beide Referenten den ihnen aufgetragenen Begriff der Verantwortlichkeit nicht nur aufgenommen, sondern mit Leben erfüllt haben. Ich gehe allerdings nicht davon aus, daß der eigentliche Gewinn aus der Aufbereitung des Begriffes der Verantwortlichkeit darin zu erblicken ist, daß wir nun wieder die Verwaltung als eine eigenständige Staatsgewalt ansehen. Ich bin auch nicht der Meinung, daß die Mehrheit in unserem Kreise vor drei Jahren die Verwaltung noch nicht als eine eigenständige Staatsgewalt angesehen hätte. Das war eigentlich nie streitig, bestimmt nicht bei einer Mehrheit in unserem Kreise. Ich meine, daß den Ausführungen beider Referenten die Tatsache der Verwaltung als einer eigenständigen Staatsgewalt oder eines eigenständigen Teiles der Staatsgewalt vorgegeben war. Aber was vor wenigen Jahren feststand, war doch dies, daß wir im Gesetz sowohl Auftrag wie auch Schranke der Verwaltungstätigkeit sahen. Und daran ist meines Erachtens festzuhalten. Deshalb habe ich Zweifel, ob wir mit Ihnen, Herr Scholz, von metajuristischen und außerrechtlichen Zwecksetzungen oder, wie Sie es an anderer Stelle tun, von Zuständigkeiten mit metajuristischem Zweckgehalt sprechen können oder gar von der Grenze der metajuristischen Verantwortlichkeit, an die die Verwaltungsgerichtsbarkeit stoße. Ich gehe davon aus, daß dann, wenn unsere Gesetze der Verwaltung aufgeben, gleichzeitig für die Sicherstellung der Energieversorgung und für optimale Umweltbedingungen zu sorgen, oder die deutsche Seeschifffahrt oder die Landwirtschaft zu fördern usw., diese aufgetragenen Zwecksetzungen gesetzliche und rechtliche sind. Auf einem ganz anderen Blatt steht es, daß die Ausfüllung dieser Aufgaben der Verwaltung in einer Weise übertragen sein kann, die von der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht in vollem Umfang nachzuvollziehen ist, daß hier also ein Raum eigenständiger oder, wenn Sie so wollen, ermessensmäßiger Ausfüllung bleibt.

Ein Kernstück des Begriffes der Verantwortlichkeit, wie ihn uns Herr Scholz heute dargelegt hat, bildet der Umbau des gesamten Systems von Ermessen, unbestimmten Rechtsbegriffen und Beurteilungsspielraum. Ich halte es durchaus für eine fruchtbare Methode, diese Begriffe einmal beiseite zu lassen oder sich nicht von ihnen als vorgegebenen Schubkästlein unbedingt führen zu lassen. Aber ich glaube, wir sollten uns nicht geradezu dafür belobigen, daß wir die Probleme auch außerhalb dieser begrifflichen Einteilung angehen. Daß sich hinter diesen Begriffen auch eine bestimmte

Lösung der Kompetenzfrage zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit verbirgt, ist allgemein bekannt. Wir müssen in diesen Begriffen je gerade den Versuch einer nuancierten und differenzierten Lösung auch der Kompetenzfrage zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit sehen. Um diese Begriffe ist gerungen worden. Sie haben sich doch, wie ich meine, im wesentlichen bisher als ein geglückter Abgrenzungsversuch erwiesen. Sie haben jedenfalls mit dazu beigetragen, daß heute beide Referenten — und darin stimme ich ihnen voll zu — zu dem Urteil gekommen sind, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit den Anforderungen, denen sie sich stellen muß, im wesentlichen — im ganzen, wie es Herr *Schmidt-Aßmann* eingangs gesagt hat — gerecht geworden ist.

Gestatten Sie mir noch eine kurze weitere Bemerkung zum Komplex Ermessen — unbestimmter Rechtsbegriff — Beurteilungsspielraum: Auch wenn wir diese Unterscheidungen beiseite lassen, müssen wir uns doch den Fragen stellen, die sich hinter ihnen verbergen. Hierzu meine ich, daß wir vielleicht die Fragen des Ermessens und der planenden Verwaltung im Referat von Herrn *Scholz*, vielleicht auch in dem Referat von Herrn *Schmidt-Aßmann*, zu stark in den Vordergrund gestellt finden. Lassen Sie mich doch ein Beispiel nennen! Wir haben vom Februar dieses Jahres eine Entscheidung des Oberverwaltungsgerichtes Münster zum Kernkraftwerk in Würgassen. Es handelt sich um die Anfechtung der Genehmigung, oder genauer einer der Teilgenehmigungen für das Kernkraftwerk Würgassen. Die Rechtsnorm, die in diesem Verfahren anzuwenden war, der § 7 des Atomgesetzes, lautet an der einschlägigen Stelle sinngemäß etwa so: ein Kernkraftwerk muß der Anforderung genügen, daß die Gefahrenvorsorge für die Bevölkerung sichergestellt ist. Das war alles, was dem Gericht an normativer Grundlage vorgegeben war. Das Urteil des Oberverwaltungsgerichtes Münster, dessen Begründung etwa Dissertationsstärke hat, ist in der Tat den Weg gegangen, alle Sicherheitsfragen, die sich hier stellen, im Wege des Sachverständigenbeweises zu ermitteln und eine selbständige, eigene Antwort des Gerichts auf die Frage, ob die technische Sicherheit dieses Kernkraftwerks gewährleistet ist, zu geben.

Obwohl dieses Beispiel in den Zusammenhang der Planung gehört, sind es, wie offensichtlich wird, nicht im technischen Sinn die Fragen des Ermessens und der Plangestaltungsfreiheit, welche dem Oberverwaltungsgericht solche Schwierigkeiten gemacht haben, sondern es ist so, wie Herr *Schmidt-Aßmann* in seiner These 29 sagt, daß die Bewältigung des Tatsachenmaterials schlechthin zum neuralgischen Punkt gericht-

licher Kontrolltätigkeit geworden ist. Wir könnten aus dem Bereich der unbestimmten Rechtsbegriffe andere Beispiele anführen. Jedenfalls müssen wir uns aber der Frage stellen, ob die Verwaltungsgerichte nach wie vor, wie sie das tun, selbst abschließend entscheiden, auch wenn prognostische Elemente vorliegen, was natürlich, Herr *Bachof*, der Fall ist. Aber wir müssen die Fragen beantworten: Ist es die Aufgabe des Verwaltungsgerichts, eine abschließende eigene Entscheidung zu treffen, oder hat es sich mit der Vertretbarkeitsaussage zu begnügen?

Scholz: Ich darf auf die mehrfach an mich gerichtete Frage nach meiner Unterscheidung zwischen juristischer und metajuristischer Verantwortung kurz zu präzisieren versuchen. Im Grundsätzlichen sind wir, Herr *Knöpfle*, Herr *Denninger* und Herr *Götz*, nicht wesentlich auseinander. Gerade Ihre Beispiele und die Art, wie Sie diese verwaltungsgerichtlich behandelt wissen wollen, entsprechen meinem Anliegen. Wesentlich scheint mir auf der anderen Seite eines zu sein: Beim Verständnis von Verwaltungsverantwortung hat die klassische juristische Methode bisher zu einseitig und in allzu verengender Weise dominiert. Sicherlich sind jeder gesetzliche Auftrag und jede gesetzliche Ermächtigung der Verwaltung auch juristischer Auftrag und juristische Ermächtigung, sind als solche zu handhaben und als solche auch in die Dimension der juristischen Kontrollmaßstäbe der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu übersetzen. Verwaltung ist jedoch nicht ausschließlich in diesem Sinne juristischer Normvollzug. Die Aufträge der Verwaltung liegen auch auf außerjuristischem Gebiet und außerhalb rein juristisch verstandenen Normvollzugs. Das Stichwort metajuristischer Sachverstand ist von Ihnen, Herr *Denninger*, völlig zu Recht hervorgehoben worden. In diesem Sinne unterscheide ich zwischen Juristischem und Metajuristischem, so weit dies kompetenziell oder verantwortungsmäßig so vorgegeben ist. Die Verwaltung ist natürlich immer rechtlich gebunden und bedarf stets der rechtlichen Ermächtigung. Funktionell verwirklicht sie aber nicht nur Recht; sie betreibt ebenso beispielsweise Wirtschaft, Soziales usw. Sie betreibt etwa Raumplanung aufgrund von Ermächtigungen, deren funktioneller Inhalt für eine rein juristische Methodik kaum oder doch nur teilweise faßbar ist. Auch metajuristischer Sachverstand bestimmt das Verwaltungshandeln; metajuristischer Sachverstand bildet damit eine legitime Verwaltungskompetenz. Konfrontiert man diese Kompetenz mit der juristischen Kontrollkompetenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit, so sind die funktionel-

len Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu erkennen; es sei denn, man wolle den umgekehrten Weg gehen und sagen: Alles, was die Verwaltung macht, ist zwingend und immer voll juristische Tätigkeit, ist voll juristische Kompetenz. Dann muß die Verwaltung auch gerichtlich voll, d. h. auch in eigentlich außerrechtlichen Funktionsbereichen, kontrollierbar sein. Für die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat dies aber zur Konsequenz, daß die Gerichte aus Gründen des dann erforderlichen umfassenden Sachverständes mit den entsprechenden Spezialisten besetzt werden müßten. Dann wäre eines Tages vielleicht nur noch der Vorsitzende Richter eines Verwaltungsgerichts Jurist, die anderen Richter wären Spezialisten auch außerrechtlicher Herkunft. Verwaltungsgerichtsbarkeit hieße dann aber nicht mehr wirklich juristische, gerichtliche Tätigkeit im bisher geltenden Sinne.

Wenger: Ich habe eine Zwischenfrage: Was macht der Richter, der eine Obduktion anordnet, weil wegen Mordverdachts ein Sachverständigengutachten von Ärzten und Chemikern eingeholt werden soll. Und wenn dieses Kollegium dann feststellt, das nachgewiesene Gift sei tödlich gewesen. Ist das Rechtsanwendung, ist das metajuristisch und wo liegt hier der Unterschied zwischen Gerichtsbarkeit und Verwaltung?

Scholz: Das ist einfach zu beantworten. Das ist nichts anderes als Sachverhaltsaufklärung unter Zuhilfenahme von Sachverständigen. Das ist kein Problem.

Walter Schmidt: Eine Zwischenfrage an Herrn Scholz zur Terminologie: Könnte man statt „metajuristisch“ nicht einfach „politisch“ sagen?

Scholz: Ich glaube, daß man das teilweise sagen kann. Auf der anderen Seite hätte ich große Bedenken, das Wort „politisch“ hier allgemein einkehren zu lassen. Denn der Begriff des „Politischen“ ist einerseits weiter und andererseits auch enger. Es gibt politisches Recht, es gibt politische Rechtsanwendung mit rein juristischem Funktionsgehalt; es gibt politische Verwaltungstätigkeit aber auch mit metajuristischem Funktionsgehalt. Es gibt weiterhin Verwaltungsbereiche und Verwaltungsfunktionen mit metajuristischem Funktionsgehalt ohne politischen Inhalt, z. B. im Prüfungsbereich. Eine Prüfung in gleich welchem Bereich ist sicherlich keine Tätigkeit der Verwaltung, die genuin politisch ist. Wir würden die Prüfungsverwaltung nicht als politische Verwaltung bezeichnen. Auf der

anderen Seite ist die Prüfungstätigkeit der Verwaltung nicht nur juristischer Normvollzug, weil bei ihr auch metajuristische Wertungen im Spiel sind. Deshalb würde ich im Ergebnis sagen: Das Wort „politisch“ sollte man nicht an die Stelle des Begriffs „metajuristisch“ setzen.

Hans Meyer: Herr *Scholz*! Wie würden Sie es mit § 1 des Bundesbaugesetzes halten, wo diese ganzen Zwecke als Auftrag dem das Bundesbaugesetz ausführenden Verwaltungsbeamten aufgegeben sind? Metajuristische Zwecke nach Ihrer Definition. Würden Sie dem zustimmen?

(**Scholz** stimmt zu.)

— Wenn ja, frage ich mich, warum Sie dann praktisch über die Thesen 16 ff. die Rechtsprüfung doch wieder hineinnehmen, indem Sie die These von der maximalen — es muß wohl „optimalen“ heißen — Konkretisierung aufstellen und daran die Kontrolle anknüpfen. Dies scheint mir ein Widerspruch zu sein.

Scholz: Zunächst zu § 1 Abs. 4 des Bundesbaugesetzes. Ich bin völlig einig mit Ihnen; hier sind in der Tat Ermächtigungen und Spielräume gegeben, über deren materiell metajuristischen Inhalt man sich im klaren sein sollte.

Zweitens: Einen Widerspruch würde ich bestreiten, Herr *Meyer*. Zum Thema Konkretisierung, das auch Herr *Badura* angeschnitten hat, möchte ich gleichfalls noch kurz antworten, ohne jetzt in einen Dialog verfallen zu wollen. Der Begriff der Konkretisierung und das, was ich als Auftrag der Verwaltung zur maximalen Konkretisierung bezeichnet habe, bilden für mich ein wesentlich formales Verfahren, eine methodenmäßige Verfahrenstechnik, mit der ich das gesetzes- und maßstabsgerechte Verwaltungshandeln gerade in so offenen Ermächtigungs- und Begriffsbereichen wie denen des § 1 Abs. 4 des Bundesbaugesetzes messen kann. Gerade hier vollziehen sich stufenförmige Prozesse von Maßstabsbildung und Maßstabsanwendung, deren wirksame Kontrolle mir allein über die Vorstellung eines entsprechend formalen Konkretisierungsverfahrens möglich zu sein scheint.

Herr *Badura*, ich würde diese Theorie durchaus auf der Linie des Bundesverwaltungsgerichts sehen. Die Vorstellung von Abwägungsdefiziten, vom Abwägen als Vorgang wie als Zustand — dies alles scheint mir am ehesten über das formale Kriterium der Konkretisierung bzw. einer — ich würde am

Wort „maximalen“ festhalten, Herr *Meyer* — maximalen Konkretisierung aufzufangen sein.

Maurer: Es geht hier wohl mehr um einen Streit um Worte. Die gesamte Verwaltungstätigkeit dient Verwaltungszwecken. Es kann sich sonach nur noch um die Frage handeln, ob und inwieweit die Verwaltungstätigkeit — und damit die Verwirklichung von Verwaltungszwecken — durch gesetzliche Regelungen determiniert ist.

Bettermann: Ich meine auch, Herr *Scholz*, daß Sie durch Ihre Begriffe von metajuristischer und juristischer Richtigkeitsfeststellung und -prüfung das Problem nicht in den Griff kriegen, sondern davon fortführen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat in ihren klassischen Bereichen der repressiven Verwaltungskontrolle die Funktion der Rechtmäßigkeitskontrolle. Und die richtige Abscheidung ist die: Was fällt unter die Rechtmäßigkeit und was ist Zweckmäßigkeit, Angemessenheit, Sachgerechtigkeit, Billigkeit? Die Schwierigkeit liegt darin, ob alle die Begriffe und Maßstäbe, die Handlungsmaßstäbe, die in juristischen Normen für die Verwaltung enthalten sind, auch alle Kontrollmaßstäbe für die Gerichte sind. — Herr *Rupp*, die Unterscheidung von Handlungsmaßstab und Kontroll- oder Beurteilungsmaßstab stammt nicht von Herrn *Forsthoff*, sondern von *James Goldschmidt*. Herr *Knöpfle*, ich würde meinen, daß das Gemeinwohl, das ja auch Herr *Bachof* als Maßstab für die Kommunalreform genannt hat, für die Verwaltung eine ganz wichtige Handlungsnorm bildet. Die Gemeinwohlverpflichtung ist aber für das Verwaltungsgericht oder das Verfassungsgericht, je nachdem, wer für die Kontrolle berufen ist, ein ungeeigneter Maßstab ist, um daran die Rechtmäßigkeit oder gar Richtigkeit, die Gemeinwohladäquanz der Eingemeindung oder Umgemeindung, zu prüfen — aus dem einfachen Grunde, weil weder ein Verfassungsgericht noch ein Verwaltungsgericht kompetenter, sachverständiger und legitimierter ist, darüber zu entscheiden, was dem Gemeinwohl entspricht, als das Parlament, die Regierung oder die Aufsichtsbehörde, die den Eingemeindungsvorgang angeordnet hat.

Bachof: Genau dazu, Herr *Bettermann*! Der Staatsgerichtshof von Baden-Württemberg hatte noch im Kreisreformurteil (DÖV 1973, 163) gesagt, der Gesetzgeber habe das von der Verfassung nicht näher umschriebene öffentliche Wohl erst selbst zu finden und zu konkretisieren. Der Staatsgerichtshof hätte sich auch damals nicht gescheut, einen offenbaren Mißbrauch

zu korrigieren; aber nur das. Er hat in den — zeitlich späteren — Gemeindereformurteilen versucht, den Gemeinwohlbegriff in eine ganze Zahl von spezielleren Begriffen aufzulösen; ich habe schon gestern meine Skepsis gegenüber diesem Unternehmen bekundet. Im Kreisreformurteil steht etwa folgendes: Anders als der Gesetzgeber sei die Verwaltung an ein inhaltlich schon ausgefülltes Gemeinwohlgebot gebunden; sie bekomme ja regelmäßig genauere gesetzliche Direktiven mit, welche *speziellen* Gemeinwohlinteressen sie zu berücksichtigen habe. (Ich meine übrigens, der Gesetzgeber *müßte* der Verwaltung solche Direktiven mitgeben, wenn er seine Aufgabe richtig erfüllt.) Demgemäß enthält z. B. § 1 Abs. 4 Bundesbaugesetz die Aussage, daß diese und jene namentlich aufgeführten Interessen besonders zu berücksichtigen und abzuwägen sind. Andere Normen lassen sich dahin auslegen, daß mit dem „öffentlichen Interesse“, auch wenn es nicht näher benannt ist, etwa speziell das Verkehrsinteresse oder das regionale oder das kommunale oder das örtliche Interesse gemeint ist. Das sind dann Konkretisierungen. Diese Begriffe — das meine ich entgegen Herrn Scholz — kann man nicht als „metajuristisch“ bezeichnen; sie enthalten vielmehr, so weit und so offen sie auch sind, rechtliche Grenzen.

Das „Politische“ beginnt meines Erachtens dann, wenn diese Begriffe bzw. die sie enthaltenden Normen in die Praxis umgesetzt werden sollen und die Verwaltung sich fragt: Was dient nun wirklich am besten dem Umweltschutz, was dient am besten dem Verkehr, was dient am besten der sozialen Ordnung der Wohngebiete? Das ist nun eine Frage wertender Beurteilung und einer niemals ganz sicheren Prognose, deren Richtigkeit nur in engen Grenzen gerichtlich überprüft werden kann. An dieser Stelle also würde ich das Politische ansiedeln oder meinetwegen das „Metajuristische“, aber nicht schon in den grenzziehenden Begriffen.

Ule: Ich wollte nur einen dogmengeschichtlichen Hinweis geben: Die österreichische Verwaltungsrechtslehre der 80er Jahre des vorigen Jahrhunderts hat diesem Problem zu begegnen versucht mit dem Begriff technisch-administrativer Begriffe, in dem die ganze Problematik enthalten ist. Und ich verstehe, daß Sie, Herr Scholz, sich dagegen gewehrt haben, daß Ihre metajuristischen Begriffe als politische Begriffe bezeichnet werden. Das wäre in gewisser Weise eine Verengung oder auch eine Erweiterung, jedenfalls träfe es, glaube ich, nicht den Kern dessen, was Sie gemeint haben.

Aber da ich nun schon einmal am Mikrophon stehe, darf ich mir noch einen Hinweis erlauben. Ich darf das vielleicht später bei anderer Gelegenheit näher ausführen. Eine Wellenbewegung, von der in den Ausführungen von Herrn *Bachof* die Rede war, würde ich, wenn ich die Rechtsprechung betrachte, nicht erkennen. Aber das müßte ich ausführen, und das kann ich im Augenblick nicht tun.

Schnur: Ich möchte Herrn *Scholz* und Herrn *Schmidt-Aßmann* im meisten zustimmen, vor allen Dingen in dem erfolgreichen Bemühen, den Verwaltungsrechtsschutz adäquat zu machen zur planerischen Verwaltung.

Aber ich glaube, in einem Punkt haben beide Referenten das darin liegende Problem etwas verharmlost, nämlich als sie einen Begriff im Verwaltungsrechtsschutz gegenüber planerischer Verwaltung weiterführen wollen, der aus der traditionellen Verwaltung kommt, wenn ich das summarisch so sagen darf. Sie sagen: Natürlich muß es dabei bleiben, daß das rechtliche Korrektiv bei der „offensichtlichen Fehlsamkeit“ des angegriffenen Aktes zieht. Ich glaube, daß dieses Korrektiv bei planerischen Entscheidungen, insbesondere wenn es um das vorhin von Herrn *Bachof* erwähnte Prognoseelement geht, ganz anders aussieht als im traditionellen Sinn. Hier nämlich ist der Kontext der „offensichtlichen Fehlsamkeit“ — um jetzt Herrn *Roellecke* zu zitieren — so dicht und so eng, daß der Konsens darüber in der Regel sehr schnell hergestellt ist. Der Konsens ist leicht zu fällen, weil im traditionellen Verwaltungsakt das Prognoseelement meistens keine entscheidende Rolle spielt. In dem Augenblick aber, wo in der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung das Prognoseelement entscheidende Bedeutung erhält, frage ich mich, wo denn dieser Kontext ist, in dem die „offensichtliche Fehlsamkeit“ noch festgestellt werden kann. Ich bleibe bei dem Beispiel von Herrn *Bachof*: Wenn man versucht, bei einem planerischen Gesetz, zum Beispiel einem Organisationsplanungsgesetz wie der umfassenden Gebietsreform, die „offensichtliche“ Fehlsamkeit der zugrundegelegten Prognosen in den Griff zu bekommen, so werden Sie verstehen, was ich damit meine. Wenn wir mehr Gesetze oder Rechtsverordnungen ähnlicher Struktur bekommen, werden wir, so fürchte ich, feststellen, daß bei echter Planung mit stark prognostischem Element diese letzte Bremse rechtlicher Kontrolle möglicherweise nicht mehr greift. Dann kann dieser Begriff, den die Referenten als Bremse eingebaut haben, auch im Verwaltungsrechtsschutz gegenüber planerischer Verwaltung nur noch eine Feigenblattfunktion haben.

(**Bachof:** Es fragt sich, ob der Gesetzgeber nicht in solchen Fällen der Verwaltung mehr Instruktionen an die Hand geben muß.)

Der Gesetzgeber wird dann, wenn das durch Planung gesteuerte Handeln, Herr *Bachof*, so stark prognostisch in die Zukunft geht, nichts machen können, eben weil auch der Gesetzgeber eine so weitgehende Prognose nicht präziser fassen kann — das gerade ist ja die objektiv unveränderbare Eigenart von Planung. Das unterscheidet auch diesen Fall von dem, den eben Herr *Götz* zitiert hat, weil man dort das Unsicherheitselement der Zukunft durch Sachverständige so reduzieren kann, daß man eine richterliche Entscheidung fällen kann. Wenn jedoch Prognosen zugrundeliegen wie z. B. ob in fünf Jahren die Finanzmittel auch dazu reichen werden, den Zweck des jetzigen Eingriffes in die kommunale Struktur zu sichern, so findet man gar keinen Sachverständigen. Herr *Bachof* hätte mit Recht gesagt: Sollen wir hier etwa den Wissenschaftlichen Beirat beim Bundesministerium der Finanzen einschalten? Die werden wahrscheinlich auch nur sagen: *Wenn* die und die Voraussetzungen vorliegen, wird das und das eintreten.

Ich befürchte also, daß der Begriff „offensichtliche Fehlsamkeit“ als angebliches Kontrollinstrument in diesen Fällen den Sachverhalt verdecken wird, daß bei planerischer Verwaltung letztlich der gesamte Verantwortungsbegriff ins Schwimmen kommt. Eben ist schon erwähnt worden, daß versucht wird, von der parlamentarischen Seite her die *politische* Verantwortung zu greifen. Aber bei prognostischen Handlungen ist der Verantwortungsbegriff gar nicht mehr realisierbar, weil nur im Nachhinein das „Richtig“ oder „Falsch“ festgestellt werden kann, während dann, wenn die richterliche Entscheidung so früh gefällt werden kann wie jetzt bei dem Planungsgesetz der Gebietsreform, diese Frage völlig offen ist. Ich befürchte also — um es noch einmal zu sagen — trotz aller Bemühungen der Referenten, die ich bis zu diesem Punkt unterschreibe und die ich für einen großen Erfolg beim Ausbau des Rechtsschutzes halte, daß wir bei stark planerischen Elementen wahrscheinlich auf das letzte Mittel des Rechtsschutzes, die „offensichtliche Fehlsamkeit“, verzichten müssen. Damit nehme ich nicht für oder gegen Planung Stellung. Doch wollte ich auf diese Kehrseite der Planung, die vom Art. 19 Abs. 4 GG faktisch nicht mehr erfaßt wird, nachdrücklich hinweisen. Deshalb nur noch diese Bemerkung: Ich halte es nicht für pure Ideologie, wenn politische Systeme mit vollendeter Planung auf Verwaltungsrechtsschutz in unserem Sinne verzichten; sie müssen

von der Sache her, d. h. der Eigenart der Planung her, darauf verzichten. Das staatliche Handeln dieser Art gerät außer Kontrolle. Deshalb halte ich die Beantwortung der Frage für unausweichlich, ob Art. 19 Abs. 4 GG dem Staat ein Handeln verbietet, mit dem die Entscheidenden außerhalb sowohl der politischen als auch der rechtlichen Kontrolle geraten. Anders gesagt: Liegt hier eine verfassungsgesetzliche Grenze des Planens?

Häberle: Im Sinne des von Herrn *Dürig* rechtzeitig inaugurierten „konzertanten“ Diskussionsstils möchte ich auf eine Bemerkung von Herrn *Zacher* eingehen. Er hat gesagt, daß auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit dafür sorgen müsse, daß die Verwaltung ihrer Verantwortung gerecht werden könne. Diesen Gedanken möchte ich projizieren auf Ebene und Funktion der Gesetzgebung und fragen, ob nicht von einer *Gesetzgebungslehre* her, gesetzgebungspolitisch, durch entsprechende Verfahrensnormen, Abstufungen und entsprechende Verwendung gesetzlicher Begriffe dafür zu sorgen ist, daß die Verwaltung die gerade ihr *vorbehaltene* Verantwortung optimal erfüllen kann. Ich beziehe mich auf die Leitsätze 7, 22 und 23 Herrn *Schmidt-Aßmanns*, wo er eindrucksvoll von der sog. gesetzesfreien Verwaltung Abschied nimmt und von der komplexen Entfaltung der Abwägungsklauseln, der mehrstöckigen Programmbegriffe als gesetzlichen Direktiven der planenden Verwaltung spricht. Jetzt ist doch wohl zu sagen, daß der „dirigierende“ Gesetzgeber von Verfassungs wegen gehalten ist, jeweils an der *richtigen* Stelle, gemäß dem unterschiedlich entwicklungs offenen Sachgebiet und Problembereich, diese, nach richterlicher Kontrolldichte und Offenheit unterschiedlichen Blankettformeln, Rahmen- und Abwägungsklauseln usw. einzusetzen: zur guten, verantwortlichen Erfüllung der gerade der eigenständigen Verwaltung anvertrauten Aufgabe.

Im übrigen bin ich beeindruckt von der *methodischen*, verwaltungsrechtlichen und verwaltungswissenschaftlichen Art, in der der auch mir werthin unbekannte Begriff „Verwaltungsverantwortung“ von beiden Referenten herausgearbeitet wurde (Herr *Scholz*, Leitsätze 1 bis 4, Herr *Schmidt-Aßmann*, 5 f.), nämlich einerseits außerordentlich wirklichkeitsnah, differenziert, flexibel und sensibel für Interdependenzen und Entwicklungen mit den entsprechenden konkreten Folgerungen bis in die späteren einzelnen Leitsätze hinein, andererseits auf der Höhe der Verfassungs- und Verwaltungslehre.

Partsch: Den ersten Diskussionsbeitrag zum heutigen Thema hat eigentlich der Gastgeber gestern abend geliefert, der Herr bayerische Staatsminister, indem er sich stolz dazu bekannt hat, daß er auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig ist. Der skeptische Gast von außerhalb Bayerns kann sich natürlich fragen, ob das auf derselben Ebene liegt wie der Vorgang der Einführung des 9. Schuljahres in Bayern. Aber ich glaube, daß dieser Skeptizismus hier unangebracht ist.

Ich habe eine Frage an Herrn *Schmidt-Aßmann*: Müssen Sie aus den Forderungen, die Sie hier erhoben haben für eine gewisse Parallelität hinsichtlich der Ausgestaltung der Verantwortungs- und der Verwaltungskontrolle nicht zu der Folgerung kommen, daß in allen deutschen Ländern die Verwaltungsgerichtsbarkeit wieder in die Zuständigkeit der Verwaltungsminister, also der Innenministerien, übergeht?

Scholler: Ich darf gleich dort anschließen, wo Herr *Partsch* aufgehört hat, und zu den Leitsätzen II 5 und 9 von Herrn *Scholz* und 6 und 7 von Herrn *Schmidt-Aßmann* etwas sagen.

Verwaltungsverantwortung hat eine personale Seite, was Herr *Zacher* bereits festgestellt hat, aber auch eine personelle. Verantwortung ist in diesem Sinne ein Teil einer „verwaltungs-politischen Theologie“, die offenbar noch nicht ganz abgebaut ist und Rudimente hinterlassen hat, trotz der Entmythologisierung, die sich überall breit macht. Ein solches Rudiment ist die Vorstellung der Verantwortung des Gottes der Verwaltung vor den Halbgöttern der Verwaltungsgerichtsbarkeit oder, wenn wir die Schwankungsbreite einbeziehen, von der Herr *Bachof* gesprochen hat, die Verantwortung der Halbgötter der Verwaltung vor dem Gott der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ich will gleich zu den Niederungen dieser Theologie kommen. Die Verwaltungsrichter rekrutieren sich zum größten Teil aus Verwaltungsbeamten. Es ist ein Prozeß der Regeneration. Vor allem beziehe ich mich auf die Verhältnisse hier in Bayern, wo nicht nur die Verwaltungsgerichtsbarkeit noch beim Innenminister ressortiert, sondern wo auch die Rekrutierung des Stammes der Verwaltungsrichter aus den Verwaltungsbeamten erfolgt.

Zur personellen Seite gehört auch das Laienelement der Gerichtsbarkeit. Dabei haben wir vielleicht auch folgendes übersehen: nämlich die Bedeutung des Laienelements in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ich frage mich, der ich selbst Verwaltungsrichter gewesen bin: Wie können wir das, was wir heute gesagt haben, in einem konkreten Verwaltungsgerichtsprozeß den Laienbeisitzern klarmachen? Bedeutet nicht gerade das

Laienelement, das ich für sehr wertvoll und wichtig halte, doch, daß die Verantwortung nicht nur im rein juristischen Bereich liegt, sondern darüber hinaus auch ins gesellschaftlich-politische ausstrahlen muß?

Von hier aus, glaube ich, sollte man sich überlegen, ob man vielleicht drei hypothetische Modellvorstellungen durchdiskutieren müßte mit der Frage, welche Einwirkungen sie auf eine Reform haben würden:

1. Auswechselbarkeit der Verwaltungsrichter innerhalb der gesamten Gerichtsbarkeit.
2. Verstärkung des Laienelements, aber in dem Sinne, daß der qualifizierte Laie mit entscheidet. Ich darf darauf hinweisen, daß man in Bayern diskutiert, die Kammern auf das Niveau eines Einzelrichters abzustufen, die Senate auf 3 Richter zu beschränken. Möglicherweise wird man auch das Laienelement auf der Ebene des Senats einführen wollen.
3. Eine stärkere Heranführung — im Zusammenhang mit diesen personellen Aspekten — der Verwaltungsgerichtsbarkeit an die übrigen Gerichtsbarkeiten, um damit zu einer wirklichen dritten Gewalt zu kommen.

Ich darf die Herren Referenten fragen: In Ihren Referaten war nicht die Rede vom historischen Zweifel an der Verwaltungsgerichtsbarkeit, der ja Ausdruck fand in dem Entwurf der Paulskirchenverfassung, der die Verwaltungsrechtspflege für beendet erklärte, ein Zweifel, der fortlebt in der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auf Gebieten der Verwaltungsrechtspflege und der, glaube ich, heute nicht zuende ist. Ich glaube, daß in der Stärkung der dritten Gewalt ein wesentliches Element für die Verwaltungsverantwortung liegen sollte.

Menger: Ich glaube, Herr Scholler unterliegt einem Irrtum. Die Verwaltungsrechtspflege, gegen die die Paulskirche sich wendet, ist die sogenannte Administrativjustiz, also Entscheidung von Prozessen durch Verwaltungsbehörden. Nur deswegen, weil keine andere Gerichtsbarkeit existierte, wurden alle Prozesse, auch öffentlich-rechtliche, den Justizgerichten überlassen. Die weitere Frage, ob dann innerhalb der Justiz differenziert werden sollte, ist von der Paulskirche gar nicht gestellt und auch nicht entschieden worden.

Scholler: Herr Menger, das ist mir natürlich bekannt. Aber wir haben ja doch im angelsächsischen Bereich das Fortleben dieser Vorstellung, daß nur ordentliche Gerichte berufen sein

sollen, in den Fragen der Verwaltung zu entscheiden. Das Mißtrauen ist ja auch dann noch vorhanden, wenn wir erkennen, daß die Paulskirche natürlich ein ganz anderes Konzept vor sich gehabt hat. Das Mißtrauen dokumentiert sich doch in Zuweisungen von Zuständigkeiten an die ordentlichen Gerichte.

Ule: Ich habe vorhin angekündigt, daß ich zu dem Problem der Wellenbewegung zwischen 1950 und 1975 etwas sagen wollte. Ich würde Herrn *Bachof* zustimmen, wenn er damit lediglich die Lehre im Auge hat. Wenn man die Lehre betrachtet, so kann man in der Tat wohl von einer solchen Wellenbewegung sprechen. Aber die Erörterungen heute und hier nötigen, meine ich, auch zum Aufwerfen der Frage nach dem Verhältnis von Lehre und Rechtsprechung. Mir scheint es ein sehr dunkles Kapitel dieser Beziehungen zu sein, das ich aufschlage, wenn ich dazu einige Ausführungen mache.

Nach 1945, also mit der Errichtung der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Einführung der Generalklausel, kam es zunächst zur Entdeckung der unbestimmten Begriffe als Rechtsbegriffe schlechthin. Damit war das gebundene Ermessen, das man früher im Unterschied zu dem freien Ermessen gekannt hatte, durch diese unbestimmten Rechtsbegriffe ersetzt. Und wenn ich recht sehe, taucht das heute wieder auf in dem Referat von Herrn *Scholz*, wenn er von einem begrenzten Tatbestandsermessen spricht. Das ist doch etwas Ähnliches wie jenes gebundene Ermessen, das durch Begriffe in den Gesetzen gebunden war. Die Konsequenz, die aus dieser Feststellung gezogen wurde, war die volle gerichtliche Nachprüfung. Sie führte in den Jahren zwischen 1950 und 1955 zu einer gewissen Spannung, wenn ich das einmal so sagen darf, zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die im Jahre 1955 entwickelten Theorien vom Beurteilungsspielraum und von der Vertretbarkeit haben versucht, diese Spannung in gewisser Weise zu mildern. Einfluß auf die Rechtsprechung, vor allem auf die höchstrichterliche Rechtsprechung, haben diese Theorien nur in einem sehr beschränkten Maße gehabt. Einige Obergerichte haben sich ihnen angeschlossen. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Lehre jedoch prinzipiell abgelehnt und sie lediglich für den Bereich der Schul- und Hochschulentscheidungen, der Prüfungsentscheidungen und der Beamtenentscheidungen akzeptiert mit einer, wie ich meine, theoretisch unzulänglichen Beschränkung gerade auf diese Rechtsgebiete. Auf allen anderen Rechtsgebieten, und gerade auf denen, die uns heute besonders interessieren, also im Baurecht, im Planungsrecht, im Umweltschutzrecht, hat das Bundesverwal-

tungsgericht bis heute die unbeschränkte Nachprüfungscompetenz in Anspruch genommen.

Es ist heute noch nicht erwähnt worden, ich darf es hier tun: Die Entscheidung des I. Senats des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Dezember 1971, die im verwaltungsrechtlichen Schrifttum ein breites Echo ausgelöst hat, war ein Schritt von diesem Wege, allerdings, wie auch die Vertreter der Lehre vom Beurteilungsspielraum und von der Vertretbarkeit sagen müssen, ein höchst unzulänglicher Schritt. Ich würde sagen, daß das zwiespältige Echo, das diese Entscheidung gefunden hat, durchaus berechtigt gewesen ist. Das Urteil hat im Bundesverwaltungsgericht keinen Nachfolger gefunden. Die anderen Senate haben sich dieser Auffassung nicht angeschlossen, und der I. Senat hat so getan, als ob diese Entscheidung nie von ihm gefällt worden wäre, und ist stillschweigend zurückgekehrt zu der These der vollen gerichtlichen Nachprüfung.

Und damit bin ich beim heutigen Zeitpunkt angelangt. Mir scheint die Bedeutung dieser beiden Referate und wohl auch der bisherige Gang der Diskussion darin zu bestehen, daß nun erneut ein Zeichen gesetzt wird für eine Einschränkung der gerichtlichen Überprüfung bestimmter Verwaltungsentscheidungen, und zwar nicht beschränkt auf die Rechtsgebiete, die das Bundesverwaltungsgericht bisher akzeptiert hat. Ich darf auf die These von Herrn *Scholz* verweisen, Nr. 12, in der er von einem begrenzten Tatbestandsermessen gesprochen hat. Auch Herr *Schmidt-Aßmann* spricht in seiner These 21 von einem Beurteilungsspielraum.

Die Hoffnung, der man hier am Schluß dieser Bemerkung Ausdruck geben kann, ist die, daß in den nächsten 25 Jahren die Anstöße, die von dieser Tagung ausgehen können, fruchtbarer sein mögen, als das bisher der Fall gewesen ist.

Fritz Münch: Es trifft sich schlecht, daß ich gerade jetzt spreche, weil ich eigentlich eine präliminare Frage hatte behandeln wollen. Als Justizjurist, als der ich aufgewachsen bin, habe ich erst bei *Peters* lernen müssen, daß das Wort „Exekutive“ falsch und daß die Verwaltung eigentlich eine vorverfassungsmäßige Institution ist, die die Infrastruktur und die Abwehr der Gefahren vom Kollektiv zu sichern hat, Dinge, die gar nicht in jeder Verfassung stehen, die sich aber von selbst verstehen.

Das Anliegen der Verwaltung selbst und die Forderung, die das Publikum an die Verwaltung stellt, ist Effizienz. Und das verstehe ich hinter dem Wort „Verwaltungsverantwortung“, das von einem Autor eines Aufsatzes und auch hier von einigen

Rednern nicht ganz verstanden ist. Die Effizienz der Verwaltung ist jetzt in einer Krise. Ich hätte gemeint, daß wir den Ursachen der Krise nachgehen. Denn die Krise der Effizienz ist eingebettet in die Frage nach dem Verhältnis dieser Verwaltung zu dem Recht überhaupt; ein Problem, das auch beim Strafverfahren auftaucht, ein Problem, das jeder erlebt, der einmal als Jurist in der Wirtschaft gearbeitet hat, wo er dauernd mit den Technikern und mit den Kaufleuten in Konflikt kommt. Es ist dasselbe Problem, das im humanitären Kriegerecht mit der „militärischen Notwendigkeit“ gestellt ist. Die militärische Notwendigkeit ist seit der Haager Landkriegsordnung erfolgreich eingebunden in ein Ganzes. Und so ist an und für sich auch die Effizienz der Verwaltung eingebunden in das Recht des Staates. Wir haben gestern aus dem Munde des Herrn Innenministers und heute — so fasse ich beide Referate auf — eine prästabilisierte Harmonie zwischen Verwaltung und Recht, speziell Verwaltungsgerichtsbarkeit, gezeichnet gefunden und daran geglaubt. Ich würde aber doch meinen, daß die Krise da ist und daß das Problem vertieft werden müßte.

Kirchhof: Die Problematik von Eigenverantwortung und Gesetzesbindung der Verwaltung ist schon von den klassischen Verwaltungsweisen her geläufig. Dort stellt sich die Schwierigkeit einer Grenzziehung zwar weniger komplex, könnte aber gerade deswegen in aller Deutlichkeit die Frage beantworten, ob es beim eigenverantwortlichen Verwalten um ein Problem der Bindungsintensität geht, wie es Herr *Schmidt-Aßmann* angedeutet hat, oder um ein Problem der Bindungsferne, wie es Herr *Scholz* vorgetragen hat, oder gar um Bindungsfreiheit. Die klassische Prognoseentscheidung ist die polizeiliche Gefahrenabwehr. Der Polizeibeamte ist verpflichtet, auf Vermutung und Verdacht hin zu handeln. Polizeiliches Einschreiten nach Wahrscheinlichkeit sucht man hinreichend zu mäßigen, indem man das Verhalten einem strengen Rechtsmaßstab — insbesondere gesteigerten Sorgfaltspflichten — unterwirft und ein verbleibendes Erfolgsunrecht weitgehend auf die bloße Entschädigung verweist. Die klassische Planungsentscheidung ist die Haushaltsplanung. Die Ermächtigung des Haushaltsgesetzgebers ermöglicht zwar ein planausfüllendes und planergänzendes Verwalten. Art. 114 GG verpflichtet dabei aber zu „wirtschaftlicher Haushalts- und Wirtschaftsführung“, macht damit die Wirtschaftlichkeit zu einem Rechtsbegriff und schafft so eine Rechtsbindung. Diese Verantwortlichkeit wird in der Regel nicht von den betroffenen Bürgern, sondern vom Bundesrechnungshof eingefordert; Herr *Schmidt-Aßmann* hat den

Rechnungshof ja bereits als Parallele oder zumindest als Beispiel rechtsstaatlicher Kontrolle eines in die Breite wirkenden Verwaltens angeführt.

Schließlich gibt es auch beim kooperativen Verwalten, z. B. beim mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt oder bei der verwaltungsrechtlichen Verständigung in vertragsähnlichen Formen, Entscheidungsfreiheit, die rechtliche Bindung jedoch nicht ausschließt. Ich erinnere nur an das Stichwort „Kopplungsverbot“. Man hat insbesondere versucht, die einzelne Verwaltungsentscheidung dem Binnenraum des jeweiligen Besonderen Verwaltungsrechtes oder dem Anwendungsbereich eines bestimmten Grundrechts zuzuordnen und so materiell zu binden. Eine Ausnahme gilt dort für den Gleichheitsgrundsatz, der eben diese Binnenstrukturen übergreift.

Im Gegensatz dazu muß schließlich bezweifelt werden, ob es überhaupt je nur eine rein gesetzesvollziehende Verwaltung gegeben hat. Herr *Bachof* hat als Beispiel strikten Gesetzesvollzugs das Steuerrecht angesprochen. Aber gerade das Steuerrecht benötigt eine weitreichende Normenkonkretisierung durch die Verwaltung, etwa bei der Bewertung von Wirtschaftsgütern.

(Bachof: Richtig; es gibt vielleicht bessere Beispiele aus anderen Bereichen, aber das Steuerrecht ist jedenfalls relativ strikt normgebunden.)

— Aber selbst dann ist die Frage, ob die Rechtsbindung der Steuerverwaltung nicht gelegentlich weniger intensiv ist, wenn man sie auf das Gesetz und nicht auf die Verwaltungsvorschrift bezieht. Zu denken ist etwa an die Zurechnung eines Wirtschaftsvorgangs zur Privatsphäre oder zum Betriebsvermögen, an die Zuordnung zu bestimmten Zeiteinheiten — Kalenderjahr — oder an die Aufteilung eines grenzüberschreitenden Wirtschaftsvorgangs je nach Anwendungsbereich einer Steuerrechtsnorm.

Soell: Ich möchte zunächst Herrn *Scholz* sehr unterstützen in seiner Ansicht, daß es sich bei der Frage Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, jedenfalls was die Eingriffsverwaltung anlangt, um ein einheitliches Problem, und zwar einheitlich nach Bindung, Denkvorgängen und nach Funktionen, handelt. Das habe ich an anderer Stelle näher ausgeführt; ich will das hier nicht wiederholen.

Zweitens: Die Eigenverantwortlichkeit der Verwaltung im Ermessensbereich. Ich habe immer betont, daß jedes Ermessen

einen Restraum subjektiven Für-richtig-Haltens voraussetzt. Aber ich frage doch, ob in der gesetzessvollziehenden Verwaltung, also in jener Verwaltung, deren Akte zur Grundrechtsbetroffenheit führen, diese Eigenverantwortlichkeit eine eigenständige in dem Sinne ist, daß die Verwaltung neben oder anstelle des Gesetzes eigene Maßstäbe zu setzen hat. Ich verstehe die These von Herrn Scholz mit den metajuristischen Maßstäben in dieser Richtung, daß es eigene Maßstäbe der Verwaltung sein sollen. Denn hier, meine Herren — und ich spreche hiermit sowohl Herrn Schmidt-Aßmann als auch Herrn Scholz an —, kann man sich nicht allein auf das Gewaltenteilungsprinzip als Rechtfertigung einer solchen These berufen. Denn daneben steht ja auch das Gesetzmäßigkeitsprinzip, insbesondere der Gesetzesvorbehalt. Artikel 80 Abs. 1 Satz 2 verlangt ja, daß der Gesetzgeber — Herr Badura hat das mit Recht schon herausgestellt — die Verwaltung auch bei Einzelakten mit Eingriffscharakter nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bindet. Der Gesetzgeber ist also verfassungsrechtlich verpflichtet, ein Zielprogramm aufzustellen, das in sich klar ist. Auf der Grundlage dieses Zielprogramms hat dann die Verwaltung zu handeln, wobei auch bei mehreren gleichrangigen Zielen gewisse Grundsätze für die Zielharmonisierung bestehen; auch das habe ich an anderer Stelle des näheren zu begründen versucht.

Man muß zudem auf folgendes Rücksicht nehmen: Die Bedeutung einer inhaltlichen Bindung der Verwaltung im Ermessensbereich kann nicht hoch genug veranschlagt werden, auch zum Schutz der Verwaltung selbst. Ich denke hier an den Umweltschutz und an das Stichwort Vollzugsdefizit im Umweltschutz. Häufig hat ja das Opportunitätsprinzip bisher im Umweltschutz dazu gedient, als Feigenblatt herhalten zu müssen, zur Rechtfertigung für die Verfolgung von Zwecken, die das konkrete Umweltschutzgesetz an sich nicht gestattet. Ich denke an fiskalische Zielsetzungen, etwa bei Gemeinden, die zugleich Ordnungsbehörden sind; ich denke an Kooperationsabkommen mit großen Unternehmungen, die etwa auf 10 Jahre die Nichtverfolgung von rechtswidrigen Abwassereinleitungen zum Gegenstand haben. Die Verwaltung, das dürfen wir nicht verkennen, ist ja viel stärker noch als der Gesetzgeber einem massierten Interessentendruck ausgesetzt; sie ist viel weniger fähig, innerhalb des Verwaltungsverfahrens zu einem Ausgleich zu kommen, als das im Gesetzgebungsverfahren möglich ist, weil die Verwaltung in unserem pluralistisch-demokratischen Staat kein politisches Eigengewicht hat. Und gerade die Bindung auch im Ermessensbereich, nämlich der Rekurs auf die gesetzliche Programmierung, bietet einen gewissen Schutzwall

für die Verwaltung, um solchem Interessentendruck wenigstens teilweise widerstehen zu können.

Ein letztes Wort zur Prognose:

Herr *Schmidt-Aßmann*! Muß man nicht bei dem Evidenzvorbehalt, den Sie gemacht haben, eigentlich schärfer nach der Rechtsschutznotwendigkeit differenzieren — darauf weisen Sie an anderer Stelle hin —, nämlich nach der Stärke des Eingriffs und den Folgen, die ein Verwaltungshandeln auslöst, beispielsweise irreparable Schaden? Das müßte doch mit bedacht werden.

Und noch eine Bemerkung zu den Ausführungen von Herrn *Bachof*. Herr *Bachof*, das Bundesverfassungsgericht hat den Prognosegedanken nie so undifferenziert verwendet. Ein Spielraum für Versuch und Irrtum ist etwa der Wirtschaftsgesetzgebung zugebilligt worden. Es ist aber dafür auch ein Kompensat zur Verfügung gestellt worden, nämlich die Restitutionspflicht, die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, wenn die Prognose nicht gestimmt hat. Wie steht es aber bei irreversiblen Folgen, die nicht mehr beseitigt werden können? Ich meine, daß das doch wohl auch auf die Kontrollierbarkeit von Prognoseentscheidungen Rückwirkungen haben müßte, dergestalt, daß hier unter Aufbietung jeglichen Sachverständes, auch des außergerichtlichen, nachgeprüft werden sollte, ob Diagnose und prognostische Erwartungen wirklich zutreffend sind. Sonst wird die Prognose, meine Herren, zum trojanischen Pferd des Rechtsstaates.

Wenger: Ich wollte eigentlich zur Frage „metajuristische und juristische Verwaltungszwecke“ etwas sagen. Aber das ist ohnehin schon erörtert worden. Ich meine, beide Thesenpapiere stimmen darin überein, daß öffentliche Verwaltung — ich sage es jetzt vereinfacht — Konkretisierung von rechtlichen Vorschriften ist. Wenn das der Fall ist, dann, glaube ich, kann man letzten Endes auch nicht mehr sagen, die Verwaltungsverantwortung unterscheide sich von der Verantwortung des Richters dadurch, daß die Verwaltungsorgane mehr oder minder frei zu entscheiden hatten, während der Richter an das Gesetz gebunden sei. Ich glaube, der Unterschied liegt lediglich darin, daß der Bindungsgrad unterschiedlich ist. Wenn aber dieser Unterschied nur in der Unterschiedlichkeit des Bindungsgrades und des Konkretisierungsgrades gelegen ist, dann muß man sich wohl fragen: Worin gipfelt letzten Endes der Unterschied zwischen der Staatsfunktion Verwaltung und der Staatsfunktion Gerichtsbarkeit bzw. Rechtsprechung? Letztlich doch nur

darin, daß die Gerichtsbarkeit von Organen ausgeübt wird, die keinen Weisungen unterliegen und in eigener Verantwortung das Gesetz anwenden, während dies bei den Verwaltungsorganen nicht der Fall ist. Ich weiß, daß das nichts Neues ist; es steht in jedem Lehrbuch. Aber ich wiederhole es deshalb, weil die Frage nach der politischen Implikation der Verwaltung in der Diskussion zumindest angeklungen ist. Und ich meine, es war richtig, daß diese Frage angeklungen ist. Denn letzten Endes entscheiden im demokratischen Rechtsstaat über Verwaltungsfragen politisch und rechtlich verantwortliche oberste Organe. Es ist ja auch in der Diskussion schon mehrfach darauf hingewiesen worden, daß für diese Entscheidung eben ein Richter nicht das geeignete Organ ist. Aber das sollte man auch klar aussprechen.

Daher ist die Frage Verantwortlichkeit auf der einen und richterliche Verantwortung auf der anderen Seite, wenn man Verantwortung als eine personale Kategorie auffaßt, doch letzten Endes die: Wer wird für eine falsche Entscheidung haftbar gemacht? Dazu braucht man ein Kriterium. Dieses Kriterium kann meiner Meinung nach nur ein rechtliches Kriterium sein. Die politische Verantwortung im Sinne des politischen Vertrauens ist eine ganz andere Sache. Wir haben im österreichischen B-VG in Artikel 142 die rechtliche Verantwortung der obersten Organe statuiert; diese haben sich zu verantworten. Und daher müßte man in die Frage nach der Verantwortlichkeit auch die Frage nach der Rechtsstellung der obersten Organe einbeziehen.

Dann zum Verwaltungsverfahren und zum Verwaltungsgerichtsverfahren: Ich darf nur darauf hinweisen, daß der österreichische Verwaltungsgerichtshof grundsätzlich nach dem Verwaltungsgerichtshofgesetz entscheidet. Wenn sich aber dort keine andere Regelung findet, nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen (§ 62 VwGG), also genau nach den Vorschriften, nach denen die Verwaltung zu entscheiden hat. Daher kann man den Gegensatz zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren weder verabsolutieren noch generalisieren.

von Unruh: Anknüpfend an das eben Gesagte, sollte die Ambivalenz der Verwaltungs-Verantwortung stärker im Hinblick auf den von administrativen Maßnahmen Betroffenen zum Ausdruck gebracht werden. Die Verwaltungsgerichtsordnung enthält sogar für gewisse Fälle eine Verpflichtung der Verwaltung hierfür, nämlich bei der Behandlung des Widerspruchsverfahrens. Das ist bisher in den Referaten und in den Dis-

kussionen nicht hinreichend genug hervorgehoben worden. Hier liegt in der Praxis noch manches im argen. Manchmal gewinnt man den Eindruck, daß die Angehörigen der Verwaltung nicht hinreichend bereit sind, Irrtümer, auch wenn sie erkannt sind, zu korrigieren, sondern darüber lieber die Verwaltungsgerichtsbarkeit entscheiden lassen.

Zum Schluß möchte ich noch im Zusammenhang damit an den Gedanken anknüpfen, der ganz zu Beginn von Herrn *Lerche* und von Herrn *Zacher* angesprochen wurde, nun aber leider aus Gründen des Zeitablaufs nicht mehr vertieft werden kann: Um sowohl die Stellung der Verwaltung als auch ihr Ansehen beim Bürger — die, meine ich, von entscheidender Bedeutung im heutigen Staate sind — zu festigen, sollte in ihr der Jurist eine unabhängigere und bestimmende Stellung erhalten. Wie das geschehen kann, ist letzten Endes nur eine organisatorische Frage. Um hierfür noch konkrete Vorschläge zu machen, ist die Zeit zu fortgeschritten. Deshalb möchte ich nur zu bedenken geben, daß heute, wo — wie verschiedentlich gesagt wurde — manche Verwaltungsentscheidung nicht mehr so unabhängig erfolgt wie einst, um so mehr hier Stellung, Wert und Verantwortung des Juristen auf ihren angemessenen und notwendigen Rang hin überprüft und verbessert werden müssen.

Bartlspenger: Ich will die Erwartung von Herrn *Bachof* nicht enttäuschen, der Ausnahmen von der weitgehenden Zustimmung für die Referenten in der Frage eines Verwaltungsermessens angekündigt hat. Meine Kritik zu diesem Punkt ist etwas pointierter und stärker dogmatisierend als es bisherige Beiträge waren.

Zunächst möchte ich die von Herrn *Badura* eingeleitete Befragung zu den Leitsätzen von Herrn *Scholz* wieder aufnehmen. Es herrscht offenbar der Eindruck vor, daß *Hans Peters* nach dem heutigen Tag im verwaltungsstaatlichen Himmel bleiben konnte. Ich hätte jedoch gerne noch eine Aufklärung von Herrn *Scholz* gehabt zu seiner These 18 (Absatz 1). Dort heißt es, daß das Prinzip der maximalen Konkretisierung den gesamten Prozeß konkreter Verwaltungsentscheidungen umfaßt. Absatz 3 derselben These stellt ferner fest, daß eine wirkliche Kontrolle metajuristischer, gestaltender, prognostischer und sonst ermessensmäßiger Verwaltungsentscheidungen stattfinden müsse. Wenn man das liest, muß sich der Eindruck einstellen, als sei *Hans Peters* doch ein Stück aus dem verwaltungsstaatlichen Himmel herabgestürzt. Diese Frage sehe ich noch als klärungsbedürftig an.

Vielleicht bietet sich in These 15 von Herrn *Scholz* ein Ansatz für eine Antwort. Dort ist nämlich dargelegt, daß das Strukturprinzip der Verwaltung in der Vorstellung von einer sowohl zweck- als auch rechtskonkretisierenden Verwaltung liege. Das verstehe ich so, daß jede Zweckverwirklichung innerhalb der Verwaltung zugleich Rechtsverwirklichung ist. Das würde eine völlige Kongruenz beider Funktionsbereiche bedeuten und inhaltlich dem nahekommen, was die bekannte Staatsfunktionenlehre über die gleichzeitige Verwirklichung des Verwaltungs- und des Rechtswertes sagt.

Daran möchte ich eine These anschließen, die Äußerungen von Herrn *Kriele* und Herrn *Dürig* bei der gestrigen Aussprache aufnimmt. Herr *Kriele* hat zutreffend ausgeführt, daß es außerhalb des öffentlichen Rechts anerkannt sei, auch die über den sogenannten deduktiven Rechtsvollzug hinausgehenden Entscheidungen als rationalisierbar und damit als gerichtlich kontrollierbar zu betrachten. Herr *Dürig* hat es ferner als bedenklich bezeichnet, daß die Türe zu den Verwaltungsgerichten vielfach zu Unrecht bereits bei der Prüfung der Zulässigkeit von Klagen zugeschlagen wird. Diese Bedenken erscheinen berechtigt, allerdings mit der Maßgabe, daß bezüglich der Fragen des Verwaltungsermessens und des Beurteilungsspielraums die verwaltungsgerichtliche Kontrolle erst bei der Prüfung der Begründetheit von Klagen versagt wird.

Angesichts dieses sozialpsychologischen Sachverhalts ist folgende Frage zu stellen: Ware es nicht sinnvoller, wenn sich die Wissenschaft vom öffentlichen Recht und die Verwaltungswissenschaft von der Problematik des Verwaltungsermessens und des Beurteilungsspielraums abwenden und stärker der Frage widmen würden, wo sich die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus der Sache ergeben? Damit sind die Grenzen der Rationalisierbarkeit von Rechtsentscheidungen gemeint. Die Verwaltungsrechtslehre würde sich auf diese Weise besser in die allgemeine Entwicklung im Zivilrecht und im Strafrecht einfügen. So hat man im Strafrecht deutlich dem Beurteilungsspielraum den Abschied gegeben, etwa im Bereich der Strafzumessungslehre.

Hierzu will ich mit dem Zitat eines Rechtslehrers schließen, der dem öffentlichen Recht mit einer gesunden Distanz gegenübersteht. *Engisch*, der schon gestern zitiert wurde, hat einmal festgestellt: „Da das freie Ermessen die Seele der Verwaltung ist, ist nicht zu erwarten, daß der hier heimischen Unbestimmtheit ein Ende bereitet wird.“

Zuletzt sei noch eine weitere Frage an Herrn *Scholz* erlaubt, die einen Bogen über sein Referat spannen kann: Wie weit

kommt man mit seiner extensiven Ansicht zur Annahme subjektiver öffentlicher Rechte, wenn man gleichzeitig ein weitgehendes Verwaltungsermessen und damit eine Gerichtsfreiheit der Verwaltung annimmt?

Barbey: Die beiden heutigen Referate haben mich als vornehmlich praktisch arbeitenden Juristen sehr beeindruckt, weil sie das, was wir vor Ort versuchen — dabei auch versagen — zu begrifflicher Prägnanz gebracht haben.

Aus meiner Sicht nur zwei Ergänzungen: Die erste zu These 7 des Referats von Herrn *Scholz*: Die Anpassung des gerichtlichen Rechtsschutzes an die Handlungsformen der Verwaltung hat die Verfassungsmäßigkeit dieser Handlungsformen zur unabdingbaren Voraussetzung. Dort, wo der gerichtliche Rechtsschutz auf nicht verfassungsmäßige Handlungsformen stößt — die er nicht verändern kann —, wird er unvollständig. Er mag vielleicht dem einzelnen Kläger innerhalb des Bezugsrahmens dieser Handlungsformen sein „Recht“ geben, aber er verortet den Rechtsspruch nicht mehr hinlänglich in der Verfassungsordnung und verfehlt deshalb auf das Ganze der Verfassung gesehen seine Funktion.

Dazu zwei Beispiele: Das eine ist die gerichtliche Kontrolle der Leistungsvergabe ohne gesetzliche Grundlage, nur notdürftig abgedeckt durch das Schamschürzchen der haushaltsrechtlichen Ermächtigung und durch die Bezugnahme auf den Gleichheitssatz. Sie hat zwar einerseits Willkür verhindert, andererseits aber dazu beigetragen, daß tiefgreifende gesellschaftspolitische Entscheidungen dem verfassungsmäßigen Gesetzgebungsverfahren auf die Dauer entzogen worden sind und selbst heute — in Notzeiten — als kaum noch auflösbar erscheinen.

Das andere Beispiel: In den Numerus-Clausus-Verfahren mußten die Gerichte anfangs zentrale Zulassungsentscheidungen infolge einer unsachgemäßen Verwaltungsorganisation als dezentralisierte Entscheidungen nachprüfen. Damit war weder ein effektiver noch ein adäquater Rechtsschutz möglich. Nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 9. April 1975 — die den funktionsspezifischen Problemen der nachträglichen gerichtlichen Kontrolle der im Verbund aller Bewerbungen zentral zu treffenden Zulassungsentscheidungen nicht gerecht werden — steht die Erörterung fast wieder an der Ausgangsposition.

Meine zweite Bemerkung gilt den Thesen 14 und 16 des Referats von Herrn *Schmidt-Aßmann* in Verbindung mit These 23 des Referats von Herrn *Scholz*. Der Versuch, komplexe Verfah-

ren auch hinsichtlich des Rechtsschutzes abschnittsweise zu gliedern, ist zu begrüßen. Diese Gliederung muß allerdings so beschaffen sein, daß die gerichtliche Kontrolle des vorangegangenen Verfahrensabschnitts endgültig abgeschlossen sein kann, wenn der nächste Abschnitt einsetzt: Die Kapazitätsfestsetzung muß rechtskräftig überprüft sein, wenn das Verteilungsverfahren beginnt. Die isolierte Kontrolle von Verfahrensabschnitten, in denen über Individualinteressen weder unmittelbar noch abschließend entschieden wird, läßt nun die Frage entstehen: Wie kann die Klagebefugnis in diesem Vorfeld verortet werden, obwohl dort ein spezifisches materielles Individualinteresse und ein vom Individualrechtsschutz geprägtes Rechtsschutzbedürfnis möglicherweise noch gar nicht feststellbar sind?

Ferner: Selbst wenn der Jurist schon in diesem Vorfeld „das ein öffentliches Interesse inhaltstypisch repräsentierende Privatinteresse“ im Sinne der These 23 von Herrn Scholz als legitimierenden Anknüpfungspunkt für Klagebefugnis und Rechtsschutzbedürfnis undeutlich auszumachen vermag, bleibt doch offen, ob der potentielle Kläger dieses legitimierende Interesse so intensiv als Eigeninteresse erkennt und erlebt, daß es ihn tatsächlich zur Einleitung eines Rechtsschutzverfahrens — z. B. einer Normenkontrolle gegen eine Kapazitätsfestsetzung — bewegen könnte. Hier gibt es Schwellen und Hemmungen auch dann, wenn — was in der Konsequenz der erwähnten These 23 liegt — die Durchführung derartiger Rechtsschutzverfahren kostenrechtlich erleichtert würde.

Abschließend möchte ich zu Herrn Ule sagen, daß er, wie ich meine, das von ihm konstatierte Schweigen des I. Senats des Bundesverwaltungsgerichts vielleicht doch etwas überbewertet hat.

Adamovich: Ich kann mich um so kürzer fassen, als ich weitgehend mit dem übereinstimme, was mein Wiener Kollege Wenger schon gesagt hat. Ich möchte sagen, daß ich mich am Vormittag als Österreicher hier geradezu in eine andere Welt versetzt gefühlt habe. So unterschiedlich ist der Zugang, den man in Österreich zu den Dingen hat, gegenüber dem, wie es hier gesehen wurde. Nur die Relativierung: Ermessen — unbestimmter Gesetzesbegriff, das kam mir schon bekannter vor. Am Nachmittag hat sich die Distanz wiederum um ein sehr Beträchtliches verringert.

Der Unterschied liegt nicht nur darin, daß die österreichische Rechtslage in vielen wesentlichen Punkten anders ist, sondern er ist natürlich auch sehr weitgehend methodisch begründet.

Es liegt aber auch an der Rechtslage. Die österreichische Bundesverfassung wird verstanden im Sinne einer Verpflichtung des Gesetzgebers, die Verwaltung zu binden; also nicht nur im Sinne einer Bindung der Verwaltung an das Gesetz, sondern umgekehrt auch im Sinne einer Verpflichtung des Gesetzgebers, die Verwaltung zu binden, und zwar ohne Rücksicht auf die Materie, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Eingriffe oder um die Gewährung von Leistungen handelt. Von da her ist auch begreiflich, daß man zwischen Verwaltung und Rechtsprechung nur einen quantitativen Unterschied zu sehen vermag.

Ich wollte auch ganz kurz noch etwas sagen zu der Frage „metajuristisch“ — „juristisch“. Ich glaube aber, daß mittlerweile in der Diskussion die Problematik geklärt ist. Es ist auch das ein methodisches Problem. Die ganze Unterscheidung ist offenbar nur verständlich auf dem Hintergrund des Kontrollmaßstabs. Der Sachverstand wird hier ins Spiel gebracht. Dazu aber möchte ich noch eine Bemerkung machen. Gibt es denn überhaupt ein Gebiet der staatlichen Tätigkeit, sei es nun Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltung, das heute ohne Sachverstand auszukommen vermag? Die Prognose ist ins Spiel gebracht worden; kann der Gesetzgeber auf eine solche verzichten? Man denke an Wirtschaftsgesetze und insbesondere an das Steuerrecht! Und dann ist die Planung ins Spiel gebracht worden; dazu ist zu sagen, daß ein planendes Element auch in Form eines formellen Gesetzes realisiert werden kann.

Außerdem möchte ich abschließend noch ganz kurz sagen, daß der sehr rigore und ausgeprägte Standpunkt, den man in Österreich hinsichtlich der Gesetzesgebundenheit der Verwaltung einnimmt, mir durch die beiden Referate jedenfalls nicht in dem Sinn widerlegt zu sein scheint, daß man notwendigerweise annehmen müßte, eine so weitgehende rechtliche Bindung mit anschließender verwaltungsgerichtlicher Kontrolle sei gar nicht möglich.

Krause: Ich meine, man sollte die Abgrenzung der Verwaltungsverantwortung von der Verwaltungsgerichts-Verantwortung auch unter dem Aspekt der Kompetenz im Sinne einer spezifischen Leistungsfähigkeit versuchen, weil die Fähigkeit zwar auch von den Entscheidungszuständigkeiten, aber eben nicht allein von ihnen abhängt. Dieser Gesichtspunkt ist vielleicht heute etwas zu wenig beachtet worden. Es geht darum, daß das Substrat der Entscheidung, der Entscheidungsträger, jeweils in bestimmter Weise strukturiert ist und daß offenbar die Vermutung besteht, ein Entscheidungsträger der einen

Struktur sei besser geeignet, bestimmte Entscheidungen unter bestimmten Umständen zu treffen, als der der anderen Struktur. Demnach wären die organisatorischen, personellen, verfahrensmäßigen Strukturen festzustellen, die jeweils die Verwaltung oder die Rechtsprechung besser dazu befähigen, eine Entscheidungsaufgabe zu übernehmen. Ich kann dem hier nicht im einzelnen nachgehen, sondern es nur als Frage stellen.

Ein zweites Problem, das ich in die Diskussion werfen will, hängt damit zusammen, es ist gleichsam ein Anwendungsfall. Einen Hintergrund der Thematik der beiden Verhandlungstage bildet, glaube ich, daß der Gesetzgeber sich offenbar — ob zu Recht oder zu Unrecht — zunehmend der Aufgabe versagt, potentielle Konflikte der Interessen der Bürger untereinander und der Einzelinteressen mit dem Gemeinwohl abschließend zu regeln, indem er subjektive Rechte begründet. Soweit damit nicht irgendwelche außerstaatlichen Konfliktbehebungsprozesse in Gang gesetzt werden, fällt die Aufgabe, mit einer geringen Anleitung durch das Gesetz diese Konflikte aufzulösen, auf den Richter oder auf die Verwaltung. Sie müssen jetzt die normativ nicht erfolgte Zuteilung vornehmen. Und damit kommt es zu einem neuen Konflikt, diesmal zwischen der Verwaltung und der Gerichtsbarkeit, wer von ihnen dazu berufen ist, wer die Kompetenz des Reservegesetzgebers besitzt. Dieser Streit kann mit der Formel des Artikels 19 Abs. 4 GG meines Erachtens nicht behoben werden; denn diese Formel setzt voraus, daß subjektive Rechte bestehen, sie mag auch fordern, daß der Gesetzgeber seiner Pflicht nachkommt, dort wo Interessenkonflikte drohen, die Entscheidung durch Zuteilung und Abgrenzung von subjektiven Rechten zu treffen. Wenn er das aber nicht tut, so muß der Streit um die Kompetenz entstehen, und es kann letztlich nur danach entschieden werden, ob Justiz oder Verwaltung besser in der Lage sind, den Konflikt unter diesen Umständen zu einer befriedigenden Lösung zu führen. Das schließt an das bereits Gesagte an.

Wenn aber das Gesetz kein subjektives Recht gewährt und die Verwaltung deshalb gegebenenfalls selbst entscheidet, ohne an eine materielle Vorzeichnung von Ideallösungen gebunden zu sein, dann — und hier komme ich zu einem gewissen Widerspruch zu Herrn *Schmidt-Aßmann* — sind verfahrensrechtliche Bindungen erforderlich. Es handelt sich dabei nicht um komplementäre Rechtsschutzeinrichtungen, die der Absicherung subjektiver Rechte dienen, sondern um Substitute des fehlenden materiellen subjektiven Öffentlichen Rechts durch subjektive öffentliche Verfahrensrechte, die eine Bindung der Ver-

waltung ermöglichen und sie in den Stand setzen, die Entscheidungen abschließend zu treffen.

Kriele: Sie haben sich beide sehr reserviert gegenüber dem Problem der Verbandsklage geäußert. Das Problem ist wichtig und auch aktuell, weil es den Gesetzgeber in Bonn gegenwärtig beschäftigt.

Der Grund dafür ist folgender: Man will das Problem des sogenannten „Vollzugsdefizits“ steuern, das uns Herr *Soell* eindringlich vor Augen geführt hat. Nehmen Sie als Beispiel die Wasserverschmutzung. Sie liegt nicht an unseren Wassergesetzen, sie liegt auch nicht an Gesetzesverletzungen durch einzelne Wassereinleiter, sondern man schätzt, daß mindestens 80 % darauf zurückgehen, daß Genehmigungen zu Wassereinleitungen erteilt worden sind. In der Summe muß also § 6 Wasserhaushaltsgesetz ständig verletzt worden sein. Und dem kann man bisher nicht beikommen. Das liegt u. a. an politischen Pressionen, denen auch die politische Aufsicht unterworfen ist. Ein Klagerecht für kommunale Körperschaften hilft auch nicht, da diese denselben politischen Pressionen unterliegen. Individualklagen, die gleichzeitig Allgemeininteressen wahrnehmen, können das Problem auch nicht lösen, weil ja Individualrechte meistens nicht betroffen sind. Man denkt daran, einzelnen Verbänden die Klagebefugnis besonders zu verleihen, wenn diese sachkundig, kompetent, bundeseinheitlich und dauerhaft sind, um damit erstens den Verwaltungen Rückhalt gegen diese politischen Pressionen zu geben und zweitens das Argument, die Drohung zu entkräften: Wenn ihr uns die rechtswidrige Genehmigung nicht erteilt, gehen wir woanders hin. Denn diese Verbände mit ihrer Klagemöglichkeit sind überall im Bundesgebiet präsent.

Meine Frage wäre, ob es unter Berücksichtigung dieser Erwägungen auch noch durchschlagende Einwände gegen die Verbandsklage gibt. Dazu hätte ich gerne noch eine kompetente Äußerung.

Püttner: Im Anschluß an Herrn *Kriele* eine ganz kurze Bemerkung: Die Referenten haben von der Verteilung der Verantwortung auf Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, zumindest inzidenter, gesprochen. Dazu nur eine Warnung: Meiner Ansicht nach muß die Verwaltung die volle Verantwortung für ihr Handeln tragen. Es darf nicht etwa der Eindruck entstehen, daß ein Teil der Verantwortung von der Verwaltungsgerichtsbarkeit übernommen wird, was nämlich in der Praxis dazu führt, daß es zu einem Abschieben der Verant-

wortung kommt, so wie es Herr *Kriele* gerade schilderte. Man behandelt nicht die Sache, die unangenehm ist, sondern sagt: Laßt doch einen klagen! Und wo dann kein Kläger ist, kommt es zu einem Verlust der notwendigen Verantwortung.

Steiger: Ich wollte auch zur Verbandsklage etwas sagen; das Wesentliche hat Herr *Kriele* schon ausgeführt. Ich möchte deswegen nur auf die Verbindung zur erweiterten Normenkontrolle, die Sie, Herr *Schmidt-Aßmann*, angesprochen haben, noch einmal hinweisen: Wer soll da eigentlich klagen, wer soll da eigentlich ein Interesse geltend machen? Kann man nicht gerade dafür die Verbände einsetzen? Es geht, wohlgemerkt, weder Herrn *Kriele* noch mir darum, allgemein Verbandsklagen einzuführen, sondern nur in den Fällen, wo Individualinteressen unter Umständen gar nicht in Frage kommen, wie etwa im Naturschutzrecht. Man kann ja dann sehen, ob das in anderen Fällen auch notwendig ist.

Suhr: Mich hat besonders beeindruckt, wie entschieden Herr *Bachof* im Streit um die unbestimmten Rechtsbegriffe und das Ermessen an den beiden Prüfungsetappen festhalten will: „Darf ich?“ und: „Will ich?“ Wenn man diese prozedurale Schrittfolge einmal so betrachtet, wie Herr *Scholz* es uns heute für die hier erörterten Probleme empfohlen hat, nämlich verfahrenstechnisch, stößt man auf Fundamentalstrukturen des Verwaltungshandelns und wird bis zu Einsichten zum Stichwort „Verantwortung“ hingeführt:

In Herrn *Bachofs* Fragen: „Darf ich?“ und: „Will ich?“ zeigt sich nämlich der Unterschied zwischen Konditionalprogrammen und Finalprogrammen, den die Verwaltungswissenschaft herausgearbeitet hat und der auch in den heutigen Referaten berücksichtigt worden ist. Geht man von dieser Unterscheidung aus, so zeigt sich: Offene Begriffe tauchen sowohl bei der Konditionierung als auch bei der Finalisierung des Verwaltungshandelns auf, und beim typischen Handlungsermessen wird die finale Offenheit zum bewußten Prinzip. Nun gibt es aber in der Praxis die Idealtypen „Konditionalprogramm“ und „Finalprogramm“ so gut wie nie in isolierter Form, sondern in der Form von Kombinationen der beiden mit ihren jeweils eigenen Unbestimmtheiten und Offenheiten: Das schafft die Unübersichtlichkeit, die der Dogmatik die Arbeit erschwert. Die Verwaltung verfährt zudem jetzt (ähnlich wie der Richter bei *Engisch*) so, daß sie ihren Blick hin- und herwandern läßt: „Was konditioniert mich?“ und: „Was darf und will ich?“ Führen die ersten Antworten in eine „Sackgasse“, beginnt das

Verfahren von vorn, und dabei werden die Unbestimmtheiten und Offenheiten der Programmierung prozedierend ausgenutzt.

Die Frage der Verantwortung stellt sich dann in mehrererlei Hinsicht: 1. Die typisch rechtliche Verantwortung zielt darauf, daß die konditionierenden Normen, aber auch darauf, daß die Normen, die im Blick nach vorn den Handlungsspielraum begrenzen, eingehalten werden. 2. Die typische Verwaltungsverantwortung betrifft die Zwecksetzungen, Entscheidungen und Aktionen, die in dem Bereich fallen oder getätigt werden, der rechtlich offen programmiert ist. 3. Hinzu kommt die Verantwortung für Richtigkeit, Konsistenz und Fairneß des Verfahrens, in dem die konditionalisierte und finalisierte Verwaltung entscheidet. Diesem Verfahren wiederum entspricht weniger der nachfolgende oder vorbeugende Rechtsschutz, der an den Entscheidungen ausgerichtet ist, sondern eher eine Art von begleitendem Rechtsschutz, durch den einzelne Fragen „unterwegs“ geklärt werden können, ohne daß das Verfahren unnötig gehemmt oder blockiert wird.

von Mutius: Herr Scholz, Sie haben in Ihrer These 21 behauptet, die funktionsfähige Eingriffswehr erfordere die begriffliche Öffnung des Verwaltungsakts. Das ist mir nicht ganz klar geworden. Einmal räumen Sie selbst nachfolgend ein, daß Eingriffe in die Rechtsposition des Bürgers nicht nur durch Verwaltungsakt erfolgen können. Zum anderen ist im Diskussionsbeitrag von Herrn Bettermann, dort allerdings unter Hinweis auf die verwaltungsgerichtliche Generalklausel, bereits deutlich geworden, daß es gem. Art. 19 Abs. 4 GG auf die Möglichkeit der Beeinträchtigung subjektiver Rechte, nicht aber auf die Handlungsform ankommt. Ihre These 21 nötigt daher insoweit zu der Frage, ob Sie die anderen Klagearten, die nicht an den Verwaltungsakt anknüpfen, möglicherweise für ungeeignet halten, eine funktionsfähige Eingriffswehr zu gewährleisten.

Das leitet über zu einem zweiten Problem. Angesichts dieser Regelung in Art. 19 Abs. 4 GG, § 40 VwGO stellt sich doch die Frage, ob nicht die dogmatischen Bemühungen noch verstärkter bei der Bestimmung subjektiver Rechte bzw. subjektiv öffentlicher Rechte einsetzen müssen. Hierzu haben Sie in These 23 die Schutznormtheorie als zu eng abgelehnt und statt dessen einen Rückgriff auf grundrechtliche Reaktionen befürwortet. Ich darf Sie fragen, wie Sie angesichts der Rechtsprechung zu den Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG dann noch eine sinnvolle und rational überprüfbare Eingrenzung der Klagebefugten erreichen können.

In diesem Zusammenhang ist auch eine Frage an Herrn *Schmidt-Aßmann* zu richten. Sie haben vorgeschlagen, daß statt einer Verbandsklage eine Klagebefugnis öffentlich-rechtlicher Verbände und Körperschaften eingeführt bzw. ausgebaut werden soll (These 19). Halten Sie das eigentlich noch für systemkonform? Oder sind Sie der Meinung, daß derartige von den Körperschaften wahrgenommene Sachwalterfunktionen bereits aus dem derzeitigen subjektiv-rechtlich orientierten Rechtsschutzsystem herausfallen? Ist Sachwalterfunktion noch die Geltendmachung *eigener* subjektiver Rechte oder schon Prozeßstandschaft? Wie können Sie eine derartige Klagebefugnis auf bestimmte Verbände beschränken?

Und schließlich zu einem dritten Punkt: Beide Referenten haben m. E. mit begrüßenswerter Deutlichkeit die Notwendigkeit strikter Einhaltung von Normen des Verwaltungsverfahrens betont, weil angesichts der Unbestimmtheit der von der Verwaltung anzuwendenden Rechtsbegriffe die Inhaltskontrolle durch die Gerichte zunehmend schwierig wird. Sie haben, Herr *Schmidt-Aßmann*, zwar gewisse Vorbehalte geäußert (These 28c), aber im Prinzip, glaube ich, das ebenfalls hervorgehoben. Ich frage Sie aber: Wie sehen nun die *konkreten Konsequenzen* dieses Gebots strikter Einhaltung verfahrensrechtlicher Normen aus? Dafür gibt es m. E. drei prozessuale Ansätze. Entweder sagt man, der Verfahrensakt selbst ist anfechtbar bzw. einklagbar. Dann aber fragt sich, ob ein derartiger Verwaltungsrechtsschutz noch effektiv sein kann. Beispiel: Kann ich ein Recht auf Anhörung einklagen? Wenn ja, nützt mir das überhaupt etwas? Oder kommt es nicht vielmehr darauf an, wie solche Verfahrensbeteiligungen sich nachher auf den Inhalt der Entscheidung oder ihre Begründung auswirken? Und wie ist angesichts einer derart ineffektiven Klagemöglichkeit hinsichtlich des Verfahrensaktes selbst der Zeitfaktor zu bewerten? Die isolierte Klage auf Aufhebung bzw. auf Erlaß bestimmter Verfahrensakte der Verwaltung ist doch geeignet, die Verwaltungsentscheidung in der Hauptsache so zu verzögern, daß sie für alle Beteiligten uninteressant wird. Die zweite prozessuale Möglichkeit besteht darin — und die sollte man besonders hervorheben —, daß man auf eine strikte Einhaltung der Verfahrensnormen im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle der Hauptentscheidung achtet, einen Verfahrensverstöß prinzipiell als Rechtswidrigkeitsgrund anerkennt und damit deutlich Position bezieht gegenüber Tendenzen in Gesetzgebung und Rechtsprechung, die Verfahrensnormen als Formalien abzutun oder sie für unbeachtlich zu halten, wenn in der Sache selbst nicht hätte anders entschieden werden können.

Mit einem derartigen Grundsatz, meine ich, kann man letztlich jede Verfahrensnorm pervertieren. Und schließlich ein Drittes: Hat nicht die Einhaltung der Normen des Verwaltungsverfahrens und der Verwaltungsorganisation gerade Konsequenzen im Hinblick auf das, was Herr *Zacher* als erster Diskussionsredner heute angesprochen hat? Sollte man nicht die Möglichkeit in Betracht ziehen, über die Kontrolle der Einhaltung verfahrens- und organisationsrechtlicher Normen auf diejenigen Normen durchzugreifen, die wir herkömmlicherweise dem Innenbereich zurechnen, mit der Folge, daß z. B. auch Verletzungen *interner* Zuständigkeit oder der Regeln des *internen* Entscheidungsablaufs in der Verwaltung aus dem Gesichtspunkt der *personellen Verwaltungsverantwortung* Rechtsfolgen haben können, die u. U. auch eine Rechtswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung nach sich ziehen?

Herrmann: Ich habe nur eine kurze Frage: Es besteht ja wohlthuende Einigkeit darüber, daß jedem Betroffenen Verwaltungsrechtsschutz gewährt wird und daß dieser Verwaltungsrechtsschutz effektiv oder „adäquat“ sein muß. Zutreffend ist auch die Beobachtung, daß Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren in steigendem Maße nicht nacheinander, sondern oft gleichzeitig laufen, insbesondere beim vorläufigen Rechtsschutz. Die tatsächliche Handhabung manches Verwaltungsgerichtsverfahrens, das wegen Arbeitsüberlastung oder Planstellenmangels mehrere Jahre dauert und dadurch die Grenze der Rechtsverweigerung erreicht, steht aber im krassen Widerspruch zu diesen theoretischen Thesen.

Mich würde interessieren, welche Wege oder Auswege die Herren Referenten sehen, ob sie einen Anspruch auf effektiven, sprich: schnellen Rechtsschutz bejahen — der ja sowohl im Interesse des Betroffenen als auch im Interesse einer effektiven Verwaltung liegt —, ggf. welchen Inhalt, welche Grundlage und welche Durchsetzbarkeit dieser Anspruch hat.

Thieme: Mein Beitrag schließt sich an das an, was Herr *Herrmann* gesagt hat. Ich möchte darauf aufmerksam machen, daß das Gericht gerade in den § 80 Abs. 5-Verfahren keinerlei materielle Maßstäbe zur Verfügung hat. Natürlich läge das anders, wenn das Gericht materiell durchentscheiden würde. Aber es entscheidet ja gerade nicht materiell, sondern stellt nur eine Prognose über die spätere materiell-rechtliche Entscheidung auf. Wie bei Ungewißheit prognostiziert werden soll, sagt weder § 80 Abs. 5 noch § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung. Mir scheint das, was Herr *Suhr* aufgegriffen hat, nütz-

lich zu sein, wenngleich sein Modell wohl nicht realisierbar ist. Aber wir sollten doch — damit knüpfe ich an meine pointierte und mit einem Fragezeichen versehene Bemerkung von der „Götterdämmerung“ der Verwaltungsgerichtsordnung an — ernsthaft darüber nachdenken, ob nicht der Zeitpunkt gekommen ist, dem vorgängigen Verwaltungsrechtsschutz wieder größeres Gewicht beizumessen und dem heute geltenden Modell des nachträglichen, des repressiven Verwaltungsschutzes — jedenfalls für Teilbereiche — Adieu zu sagen.

Dürig: Ich möchte vielleicht kurz ein kleines Informationsdefizit ausgleichen. Wir sind in einem Bundesland zu Gast — Herr *Partsch* ist nicht da, um seine Bemerkungen zu machen —, in dem es in der Verfassungsgerichtsbarkeit die Popularklage gibt. Die prozessuale Welt geht davon auch nicht unter.

Ich würde meinen, daß Sie nicht zuviel Energie bei der Verbandsklage und bei dem Kreis der Bestimmung derer, die vielleicht potentiell individuell betroffen sein können, aufwenden sollten. Seien Sie großzügig in der Zulässigkeit und arbeiten Sie mit knallharten Ausschußfristen! Nur so werden wir dieses Problem der Massenklagen mal wissenschaftlich vom Tisch kriegen.

Schmidt-Aßmann (Schlußwort): Schon bei der Ausarbeitung des Referats zeigte sich, daß von einer Verantwortung „der“ Verwaltung nur in stark differenzierender Weise gesprochen werden kann. Das gilt für die Verwaltungsorganisation und für die Gesetzesbindung der Verwaltung. Das gilt aber auch für die Frage der Wertschätzung oder Einschätzung der Verwaltung. Die Diskussion heute nachmittag hat diese Annahme bestätigt und weitergeführt. Ich gestatte mir daher, jetzt nur auf wenige Differenzierungspunkte einzugehen, und nehme viele andere Anregungen, die wir in der Aussprache empfangen haben, eben als Anregungen zu weiterem Nachdenken.

Vorab: Nicht einverstanden bin ich damit, daß die Referate im Sinne besonderer Verwaltungsfreundlichkeit interpretiert werden. Mir jedenfalls — und ich meine, das auch für Herrn *Scholz* sagen zu können — ging es nicht darum, Verwaltung allgemein in einem besonders günstigen Lichte erscheinen zu lassen. Ich bin aber andererseits auch nicht bereit, Verwaltungsrechtsdogmatik und Verwaltungsgerichtsschutz nur von der Verwaltungspathologie her zu verstehen. Man muß hier doch wohl sehr deutlich unterscheiden zwischen der Vielzahl positiver Leistungen, die die Verwaltung erbringt, dann den Fällen, in denen an der Sachrichtigkeit der administrativen

Entscheidung Zweifel bestehen und schließlich der Frage, was die Verwaltungsgerichte davon korrigieren können und sollen.

Differenziert müssen auch die Aussagen zur Frage des Verwaltungsgefüges getroffen werden. Hier bin ich dankbar für zwei Diskussionsbeiträge; zunächst eine Bemerkung von Herrn *Badura*, der sich nicht mit dem Begriff der planenden Verwaltung zufrieden gegeben, sondern weiter differenziert und auf die vielfältigen Planungsträgerschaften hingewiesen hat. Ich habe im Referat versucht, Ähnliches darzustellen, als ich davon sprach, in welchen instanziellen, föderalen und sonstigen Gliederungen die Verwaltungsverantwortung wirksam ist. In der Tat kann nur die konkrete Betrachtung des die Verwaltungsverantwortung ausübenden Organs weiterhelfen. Dies führt zu dem personellen und personalen Aspekt der Verwaltungsverantwortung. Im Referat sollte dieses Problem durch die Unterscheidung von externer und interner Verantwortung angedeutet werden. Herr *Zacher* hat es vorhin wesentlich plastischer herausgestellt; einige Diskussionsredner haben den Gedanken aufgenommen. Das Junktum zwischen Verwaltungsaufgabe und personalem Verantwortungsbereich ist ein wichtiger Punkt des Themas.

Die Aussprache hat sodann den Begriff des *adäquaten Rechtsschutzes* aufgenommen. Adäquater Rechtsschutz konstituiert sich aus drei Elementen:

1. dem „alten“, „effektiven“ Rechtsschutz im zweipoligen Verwaltungsverhältnis,
2. der Erweiterung dieses Rechtsschutzes in polygonale Verwaltungsverhältnisse hinein — eine Erweiterung, die ihrerseits auch schon zu gewissen Reduktionen alter Kontrollpraxen führen kann, und
3. dem kompetenzgerechten Rechtsschutz, der die Verwaltungsverantwortung für den Gesamtzusammenhang im Blick behält.

Gerade der Begriff des adäquaten Rechtsschutzes sollte zeigen, daß gegenüber komplexen Verwaltungsmaßnahmen weder die generelle Forderung nach einem Mehr, noch die nach einem Weniger an Gerichtsschutz richtig ist, sondern ein Ausbalancieren zwischen den drei genannten Unterpunkten.

In der Frage der Rechtsform und der Rechtsschutzform kann es nicht einseitig darum gehen, Rechtsschutzformen den Rechtsformen anzunähern, sondern es muß ebenso, worauf in der Diskussion hingewiesen worden ist, in manchen Punkten auch das materielle Recht wieder auf das Prozeßrecht zugeschnitten werden, wie das am Beispiel des stufenweisen Entscheidens in

Planfeststellungsverfahren gezeigt worden ist. Wesentlich erscheint mir vor allem, daß wir zu klaren Rechtsformen und klaren Rechtsschutzformen kommen. Wesentlich ist aber auch, daß die alte Rechtsformabhängigkeit des Rechtsschutzes bei der Qualifikation eines Rechtsaktes nicht zu einseitiger Festlegung nur deshalb zwingen darf, weil der betroffene Rechtsvorgang sonst rechtsschutzlos gestellt würde. Die Auseinandersetzungen um die Rechtsnatur der Plane sind von solchen Qualifikationszwängen in der Vergangenheit oft in die falsche Richtung getrieben worden. Das war mein Ansatz, als ich sagte, die Doppelgleisigkeit der Rechtsschutzformen müsse dem Gesetzgeber wenigstens teilweise wieder die Möglichkeit eröffnen, die Rechtsform zu bestimmen, ohne sofort mit Art. 19 Abs. 4 GG in Konflikt zu geraten.

Was nun die *gesetzesdirigierte Verwaltung* betrifft, so muß auch hier sehr genau differenziert und der unterschiedliche Entwicklungsstand ihrer Rechtsgebiete im Auge behalten werden. Wir haben mittlerweile in Bereichen, die nicht dem klassischen Gesetzesvorbehalt unterfallen, gesetzgeberische Programme, die an Genauigkeit den Eingriffsermächtigungen nicht nachstehen. Wir haben andererseits Verwaltungsgebiete, deren Bedeutung für das Staat-Bürger-Verhältnis erst allmählich erkannt wird, die aus dem Innenbereich der Verwaltung über Koordinationsklauseln langsam ans Licht steigen und *behutsamer* gesetzlicher Disziplinierung bedürfen. Hier gleich mit einer generellen gesetzgeberischen Bindungspflicht zu operieren, hieße Formulierbarkeit und Konstanz solcher Vorgänge überschätzen.

Ein letzter zentraler Punkt: Ermessen und Maßstabsfrage! Ich möchte mit Herrn *Bachof* und Herrn *Götz* an der Unterscheidung von Beurteilungsspielraum und Ermessen im Bereiche der gesetzlich eng gebundenen Verwaltung nach wie vor festhalten. Mich leitet dabei nicht zuletzt ein praktisches Argument, die Überlegung nämlich, daß unsere Verwaltungsgerichte auf dieses Begriffspaar eingespielt sind und man mit Ansätzen der Fortentwicklung, wenn sie auf die Praxis einwirken sollen, sinnvollerweise an bereits Bekanntes anknüpft.

Zu dem von mir vorgeschlagenen *Evidenzvorbehalt* als gerichtlicher Kontrollschranke hat Herr *Schnur* die Befürchtung geäußert, bei sehr großflächigen Planungen möchten damit nahezu alle materiellen Kontrollmaßstäbe entfallen und sich alles in „Prognosen“ auflösen. Es mag solche Grenzfälle geben, in denen die gerichtliche Inhaltsprüfung faktisch auf eine bloße Willkürprüfung zusammenschrumpft. In den weitaus meisten Bereichen der Planung aber stehen heute gesetzliche oder min-

destens administrative Maßstäbe zur Verfügung, die die Gerichte als Kontrollmaßstäbe regelmäßig — allerdings in den markierten Punkten unter Evidenzbeachtung — heranziehen können. Herr *Badura* fragt, wie der Evidenzvorbehalt zur Flachglas-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts passe. Nun, das Flachglas-Urteil beschäftigt sich mit einem Plan, der von allen Plänen noch den überschaubarsten und gesetzlich am exaktesten vorgezeichneten Typ darstellt, mit dem Bebauungsplan. Ich verstehe das Urteil als Versuch, in diesem überschaubaren Bereich vorsichtig zu einer weiteren rechtlichen Durchdringung anzusetzen, ähnlich wie es das preußische Oberverwaltungsgericht mit der polizeilichen Generalklausel getan hat. Ein für alle komplexen Verwaltungsentscheidungen passendes Kontrollschema gibt das auf § 1 Abs. 4 und 5 BBauG ausgerichtete Urteil dagegen nicht. Mindestens bei höherstufigen Planungen können Evidenzvorbehalt und administrativer Beurteilungsvorrang nicht negiert werden, wenn anders nicht Prioritäten- und Standortentscheidungen künftig bis ins einzelne kontrolliert, d. h. praktisch eigentlich erst durch die Gerichte bindend getroffen und damit Fragen in den Prozeß hineingezwängt werden sollen, die seine Dimensionen sprengen.

Kontrollintensität ist schließlich, auch bezogen auf einen konkreten Verwaltungsbereich, nicht notwendig ein für allemal festgeschrieben, sondern hängt, darin gehe ich mit Herrn *Soell* einig, auch von den Rechtsschutznotwendigkeiten ab. Es können Verwaltungsübungen einreißen, die dazu zwingen, gerichtlich stärker durchzugreifen, und hier wäre es Aufgabe des Revisionsgerichts etwa, ein Signal zur Verschärfung der Kontrollpraxis zu setzen.

Zum Schluß die Stellungnahme zu einigen Einzelpunkten: Das Problem „Verbandsklage“ sollten wir, wie Herr *Dürig* zu Recht gesagt hat, nicht überbetonen. Ich habe meine rechtspolitischen Bedenken gegen eine Ausstaffierung der Klagemöglichkeiten in diesem Punkte genannt. Das schließt nicht aus, daß man in dem Bereich, von dem Sie, Herr *Kriele* sprachen, die Verwaltungspraxis sehr genau weiter beobachtet und u. U. zu der Notwendigkeit gelangt, Verbandsklagebefugnisse gesetzlich einzuräumen. Eindeutig Stellung zu nehmen ist allerdings gegen Klagebefugnisse von ad-hoc-Gruppen. — Zur kompensatorischen Wirkung qualifizierter Verwaltungsverfahren bin ich mit Herrn *von Mutius* der Ansicht, daß Verfahrensnormen oft besser respektiert werden sollten. Ich bleibe aber bei meinem Vorbehalt, den Verfahrensgedanken nicht überstrapazieren. — Mit einem tiefergreifenden Umbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit insgesamt könnte ich mich nicht be-

freunden. Ob die Verwaltungsjustiz durch eine Stärkung des Laienrichtertums funktionsfähiger gemacht werden kann, erscheint mir zweifelhaft. Ein endgültiges Urteil hierzu möchte ich denen überlassen, die aus ihrer Gerichtspraxis Erfahrungen mit Laienrichtern haben. — Vor einer verwaltungsbegleitenden Verwaltungsgerichtsbarkeit ist zu warnen. Die Distanz des Richters zum Verwaltungsgeschehen hat wesentliche rechtsschutzsichernde Funktionen. Wer die Praxis aktiver gestaltender Verwaltung kennt, weiß, wie leicht man schon durch „begleitende“ Mitarbeit der Faszination ihrer Sachgesetzlichkeiten erliegen kann. Ich fürchte, das bliebe auch einem „begleitenden“ Gericht nicht erspart.

Von den Wechselbeziehungen zwischen Verantwortung und Kontrolle ist heute vielfach gesprochen worden. Für die Zuordnung der Zweiten zur Dritten Gewalt haben beide Begriffe ihre zentrale Bedeutung gezeigt. Wir können sie transponieren auf die Wissenschaft: Wissenschaftliche Verantwortung ist angewiesen auf wissenschaftliche Kontrolle, wie sie heute nachmittag praktiziert worden ist, und dafür danke ich Ihnen.

Scholz (Schlußwort): Ich bitte um Nachsicht, wenn ich nicht auf jede der zahlreichen Fragen, die an mich gerichtet worden sind, antworte, wenn ich mir sozusagen das Privileg herausnehme, nur auf einige Fragen noch ganz kurz einzugehen.

Das erste ist — Herr *Schmidt-Aßmann* hat darauf eben auch schon Bezug genommen — das von Herrn *Zacher* hervorgehobene Stichwort der personalen Adäquanz und der gesteigerten juristischen Rollenverantwortung. Auch mir scheint dies ein ganz wesentlicher Punkt zu sein; ein Punkt, der sicher nicht ganz zu Recht der zeitlichen Beschränkung zum Opfer fiel.

Der zweite Punkt, der mir wichtig ist, liegt im Stichwort des adäquaten Rechtsschutzes. Adäquater Rechtsschutz meint in der Tat etwas anderes als effektiver Rechtsschutz. Herr *Lerche* hat schon darauf hingewiesen, daß die Vorstellung des effektiven Rechtsschutzes allein von Artikel 19 Abs. 4 GG her verstanden worden ist. Die Vorstellung des adäquaten Rechtsschutzes ist dagegen auch von der kompetenziellen Abgrenzung zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit her, verfassungsrechtlich also vom Prinzip der Gewaltenteilung her, und nicht allein von Artikel 19 Abs. 4, d. h. vom Prinzip des individualrechtlichen, effektiven Rechtsschutzes, her zu verstehen.

Herr *Bettermann* hat — Herr *von Mutius*, das richtet sich nicht gegen Sie — zu Recht darauf hingewiesen, daß die Verwaltungsgerichtsordnung schon seit 1960 mit der Generalklau-

sel des § 40 VwGO eigentlich alle prozessual erforderlichen Möglichkeiten eröffnet hat. Ich fürchte nur, daß diese Möglichkeiten noch nicht genügend ausgeschöpft worden sind; es geht also um keine Götterdämmerung unseres geltenden Verwaltungsprozeßsystems, Herr Kriele. Wesentlich erscheint mir vor allem aber der Ausbau der prinzipalen Normenkontrolle. Im übrigen glaube ich, daß die Verwaltungsgerichte ihre Rechtsprechung oft zu einseitig an den Möglichkeiten der Anfechtungsklage orientiert haben und die Möglichkeiten, die beispielsweise die Feststellungs-, Leistungs- und Unterlassungsklage geben, noch längst nicht so genutzt haben, wie dies im Sinne einer funktionsfähigen Eingriffswehr möglich, sinnvoll und geboten gewesen wäre.

Als letztes noch ein Wort zur verwaltungseigenen Maßstabsbildung. Herr *Badura*, Sie haben mich vollkommen richtig verstanden. Natürlich besteht keine rechtsfreie Maßstabsautonomie der Verwaltung. Ebenso zu Ihrer Frage, Herr *Soell*: Natürlich bedeutet verwaltungseigene Maßstabssetzung nur Maßstabssetzung im Rahmen der gesetzlichen Handlungsermächtigung. Das Problem ist nur, daß die Gesetze der Verwaltung oft derart offene Programme vorgeben, daß ein wirksamer verwaltungsrechtlicher Gesetzesvollzug kaum ohne eine gesetzeskonkretisierende Maßstabsbildung durch die Verwaltung selbst auskommt. Selbstverständlich ist jedoch, daß keine verwaltungseigene Maßstabsbildung dieser Art jenseits des Gesetzes oder gar contra legem erfolgen darf. Dies ist selbstverständlich ausgeschlossen; der Rechtsgedanke des Art. 80 GG wäre auch für mich in diesem Sinne zu verallgemeinern.

Damit darf ich es bewenden sein lassen und mit herzlichem Dank schließen.

Verzeichnis der Redner

Achterberg S. 127
Adamovich S. 320
Bachof S. 105, 275, 282, 289, 303, 306, 313
Badura S. 110, 293
Barbey S. 319
Bartlsperger S. 317
Bettermann S. 286, 303
Denninger S. 297
Dürig S. 131, 133, 286, 328
Fleiner S. 112
Fromont S. 135
Frowein S. 130
Götz S. 298
Häberle S. 109, 136, 307
Herrmann S. 327
Ipsen, Knut S. 134
Kaiser S. 128, 138
Kirchhof S. 312
Kisker S. 133
Knöpfe S. 291
Kopp S. 117
Krause S. 321
Krawietz S. 114
Kriele S. 99, 122, 138, 323
Lerche S. 282
Maurer S. 303
Menger S. 309
Meyer, Hans S. 132, 302
Münch, Fritz S. 136, 311
von Mutius S. 325
Oppermann S. 108
Ossenbühl S. 275, 282, 286
Partsch S. 102, 308
Püttner S. 119, 323
Rauschning S. 130
Roellecke S. 7, 105, 109 f., 113, 125, 128, 136, 141
Rupp S. 286, 290
Scheuner S. 95
Schmidt, Walter S. 301

Schmidt-Aßmann S. 221, 328
Schnur S. 305
Scholler S. 308 f.
Scholz S. 145, 300 ff., 332
Soell S. 120, 313
Starck S. 43, 115, 123, 139
Steiger S. 115, 324
Suhr S. 324
Thieme S. 295, 327
Ule S. 304, 310
von Unruh S. 316
Vogel S. 94, 112, 289
Wenger S. 301, 315
Wielinger S. 129
Zacher S. 103, 284

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Stand: Januar 1976

Vorstand

1. *Badura*, Dr. Peter, o. Professor, 8 München 40,
Habsburgerstr. 2, Tel. (089) 34 24 57
2. *Frowein*, Dr. Jochen A., o. Professor, 48 Bielefeld,
Wasserfuhr 1, Tel. (0521) 10 23 11
3. *Isensee*, Dr. Josef, o. Professor, 66 Saarbrücken 3,
Akazienweg 12, Tel. (0681) 81 38 97 (Universität Bonn)

Mitglieder

1. *Abelein*, Dr. Manfred, o. Professor, 53 Bonn, Rheinweg 12,
Tel. (02221) 2 56 92 (Universität Regensburg)
2. *Abendroth*, Dr. Wolfgang, Professor, 355 Marburg,
Wilhelm-Roser-Str. 53, Tel. (06421) 50 77
3. *Achterberg*, Dr. Norbert, o. Professor, 44 Münster,
Schweriner Str. 15, Tel. (025034) 74 22
4. *Adamovich*, Dr. Ludwig, o. Professor, A 1090 Wien,
Roosevelt-Platz 4, Tel. (0222) 42 73 95 (Universität Graz)
5. *Antoniolli*, Dr. Walter, o. Universitätsprofessor,
A 2344 Maria Enzersdorf, Ottensteinstr. 35,
Tel. (02236) 4 99 45 (Universität Wien)
6. *Armbruster*, Dr. Hubert, o. Professor, 65 Mainz,
An der Allee 69, Tel. (06131) 3 19 50
7. *Arnold*, Dr. Rainer, Privatdozent, 8702 Zell am Main,
Küsterbergstr. 22, Tel. (0931) 59 62 79
(Universität Würzburg)
8. *Baade*, Dr. Hans W., Professor,
6002 Mountain Climb Drive, Austin/Texas, USA. 78 731,
Tel. (512) 452-5071 und 471-5151 (University of Texas)
9. *Bachof*, Dr. Dr. h. c. Otto, o. Professor, 74 Tübingen,
Auf dem Kreuz 3, Tel. (07071) 6 11 44
10. *Badura*, Dr. Peter, o. Professor, 8 München 40,
Habsburgerstr. 2, Tel. (089) 34 24 57

11. *Barbey*, Dr. Günther, Privatdozent, 1 Berlin 19, Stallupöner Allee 22, Tel. (030) 3 05 57 03
12. *Barfuß*, Dr. jur. Dr. rer. pol. Walter, Universitätsdozent, A 1010 Wien, Tegetthoffstr. 3, Tel. (0222) 52 68 41
13. *Bartlsperger*, Dr. Richard, o. Professor, 8521 Uttenreuth, Schleifweg 55, Tel. (09131) 5 99 16 (Universität Erlangen)
14. *Bäumlin*, Dr. Richard, o. Professor, CH 3067 Ball-Sinneringen, Schloßrain (Universität Bern)
15. *Battis*, Dr. Ulrich, Privatdozent, 1 Berlin 37, Niklasstr. 9
16. *Bayer*, Dr. Hermann-Wilfried, Wiss. Rat und Professor, 463 Bochum 7, Nußbaumweg 25, Tel. (02321) 71 57 24
17. *Becker*, Dr. jur. Dr. phil. Erich, o. Professor, 672 Speyer, Philipp-Melanchthon-Str. 10, Tel. (06232) 7 54 39
18. *Berchtold*, Dr. Klaus, Universitätsdozent, A 1010 Wien, Köllnerhofgasse 5/43, Tel. (0222) 5 20 90 52
19. *Berg*, Dr. Wilfried, Wiss. Rat und Professor, 4401 Havixbeck, Südostring 101, Tel. (02507) 77 01 (Universität Münster)
20. *Bernhardt*, Dr. Rudolf, o. Professor, 69 Heidelberg, Gustav-Kirchhoff-Str. 2 a, Tel. (06221) 4 36 99
21. *Bettermann*, Dr. Karl August, o. Professor, 2 Hamburg 63, Alte Landstr. 173, Tel. (040) 5 36 20 64
22. *Bleckmann*, Dr. Dr. Albert, apl. Professor, 69 Heidelberg 1, Baden-Badener Str. 3, Tel. (06221) 3 31 96
23. *Blümel*, Dr. Willi, o. Professor, 48 Bielefeld 1, Dürerstr. 13, Tel. (0521) 87 42 40 (Hochschule Speyer)
24. *Blumenwitz*, Dr. Dieter, o. Professor, 8011 Zorneding, Herzog-Albrecht-Str. 26, Tel. (08106) 26 82 (Universität Augsburg)
25. *Böckenförde*, Dr. jur. Dr. phil. Ernst-Wolfgang, o. Professor, 48 Bielefeld, Graf-von-Stauffenberg-Str. 7, Tel. (0521) 10 15 04
26. *Böckstiegel*, Dr. Karl-Heinz, o. Professor, 404 Neuss, Thywissenstr. 27, Tel. (02101) 40 02 79 (Universität Köln)
27. *Bogs*, Dr. Harald, o. Professor, 3406 Bovenden, Dresdener Str. 7, Tel. (0551) 8 15 95 (Universität Göttingen)
28. *Bothe*, Dr. Michael, Privatdozent, 6901 St. Ilgen, Kurlandstr. 1, Tel. (06224) 35 60 (Universität Heidelberg)

29. *Breuer*, Dr. Rüdiger, Privatdozent,
53 Bonn-Bad Godesberg, Annaberger Str. 75,
Tel. (02221) 37 35 97
30. *Brohm*, Dr. Winfried, o. Professor, CH 8280 Kreuzlingen,
Burggrabenstr. 22, Tel. (072) 8 17 36 (Universität Konstanz)
31. *Brunner*, Dr. Georg, o. Professor, 8702 Lengfeld über
Würzburg, Sonnleite 3, Tel. (0931) 2 36 36
32. *Bülck*, Dr. Hartwig, o. Professor, 6121 Schöllnbach,
Hohe Roth (Hochschule Speyer)
33. *Bull*, Dr. Hans Peter, o. Professor, 2 Hamburg 55,
Friedrich-Legahn-Str. 18, Tel. (040) 86 81 98
34. *Bullinger*, Dr. Martin, o. Professor, 7801 Au bei Freiburg,
Altschlößleweg 4, Tel. (0761) 40 23 89
35. *Burmeister*, Dr. Joachim, Privatdozent, 503 Hürth-Mitte,
Deutscher Ring 4, Tel. (02233) 7 68 28 (Universität Köln)
36. *Frhr. v. Campenhausen*, Dr. Axel, o. Professor,
8 München 19, Volpinistr. 54, Tel. (089) 15 53 31
37. *Carstens*, Dr. Karl, o. Professor, 5309 Meckenheim,
Dechant-Kreiten-Str. 43, Tel. (02225) 24 55
38. *Dagtolglou*, Dr. Prodromos, o. Professor, 84 Regensburg,
Richard-Wagner-Str. 16, Tel. (0941) 94 32 65 4/5 (dienstl.)
39. *Delbrück*, Dr. Jost, o. Professor, 34 Göttingen,
Leuschnerweg 7, Tel. (0551) 2 14 45
40. *Denninger*, Dr. Erhard, Professor, 6374 Steinbach/Taunus,
Rossertstr. 10, Tel. (06171) 7 17 78
(Universität Frankfurt/M.)
41. *Doehring*, Dr. Karl, o. Professor, 69 Heidelberg,
Bergstr. 58, Tel. (06221) 4 58 80
42. *Drath*, Dr. Martin, Professor, 75 Karlsruhe,
Dragonerstr. 9, Tel. (0721) 5 77 12
(Technische Hochschule Darmstadt)
43. *Dreier*, Dr. Ralf, o. Professor, 34 Göttingen,
Wilhelm-Weber-Str. 4—6, Tel. (0551) 5 91 14
44. *Dürig*, Dr. Günter, o. Professor, 74 Tübingen 9,
Staufenstr. 9, Tel. (07071) 21 29 66
45. *Ehmke*, Dr. Horst, o. Professor, 534 Rhöndorf/Rhein,
Konrad-Adenauer-Str. 19, Tel. (02224) 61 08
46. *Eichenberger*, Dr. Kurt, o. Professor,
CH 4144 Arlesheim bei Basel, Bärenbrunnenweg 4,
Tel. (061) 72 33 86

47. *Erbel*, Dr. Günter, Professor, 53 Bonn,
Endenicher Allee 5, Tel. (02221) 63 51 24
48. *Erichsen*, Dr. Hans-Uwe, o. Professor, 463 Bochum,
Cranachstr. 44, Tel. (02321) 43 29 70
49. *Erler*, Dr. Georg, o. Professor, 34 Göttingen-Geismar,
Charlottenburger Str. 19
50. *Ermacora*, Dr. Felix, o. Universitätsprofessor,
A 1010 Wien I, Karl-Lueger-Ring, Universität,
Tel. (0222) 42 76 11
51. *Evers*, Dr. Hans-Ulrich, o. Universitätsprofessor,
A 5020 Salzburg, Wolfsgartenweg 30,
Tel. (06222) 20 78 67
52. *Faber*, Dr. Heiko, Professor, 6236 Eschborn 2
(Niederhöchstadt), Lindenweg 1, Tel. (06173) 6 27 34
(Universität Frankfurt/M.)
53. *Fleiner*, Dr. Thomas, o. Professor, CH 1723 Marly FR,
Le Riedelet 9, Tel. (037) 46 12 61
(Universität Freiburg/Schweiz)
54. *Folz*, Dr. Hans-Ernst, Professor (Wiss. Rat),
66 Saarbrücken, Rotenbühlerweg 72, Tel. (0681) 3 69 25
55. *Friauf*, Dr. Karl Heinrich, o. Professor,
506 Bensberg-Frankenforst, Eichenhainallee 17,
Tel. (02204) 6 19 84 (Universität Köln)
56. *Friesenhahn*, Dr. Dr. h. c. Ernst, o. Professor,
53 Bonn, Wegeler Str. 2, Tel. (02221) 65 75 38
57. *Fröhler*, Dr. Ludwig, o. Hochschulprofessor,
A 4010 Linz-Urfahr, Altenberger Str. 39
58. *Fromont*, Dr. Michel, Professeur de droit public,
E 21 Dijon, 44 Rue des Marmuzots, Tel. (80) 32 68 35
59. *Frotscher*, Dr. Werner, Privatdozent, 23 Kiel,
Projensdorfer Str. 70, Tel. (0431) 33 38 05
60. *Frowein*, Dr. Jochen A., o. Professor,
48 Bielefeld, Wasserfuhr 1, Tel. (0521) 10 23 11
61. *Funk*, Dr. Bernd-Christian, Universitätsdozent,
A 1050 Wien, Ramperstorffergasse 2/12,
Tel. (0222) 57 52 26
62. *Fuß*, Dr. Ernst-Werner, o. Professor, 8702 Zell am Main,
Küsterbergstr. 8, Tel. (0931) 59 71 16
(Universität Würzburg)

63. *Gallwas*, Dr. Hans-Ulrich, Wiss. Rat und Professor,
8 München 23, Hans-Leipelt-Str. 16, Tel. (089) 32 83 66
64. *Geck*, Dr. Wilhelm Karl, M. A., o. Professor,
6671 Oberwürzbach-Reichenbrunn, Tel. (06894) 73 26
(Universität des Saarlandes)
65. *Gerber*, D. Dr. Hans, o. Professor, 78 Freiburg/Br.,
In der Röte 5, Tel. (0761) 5 33 06
66. *Görg*, Dr. Hubert, Professor, 5062 Hoffnungsthal-
Ellersberg, Tel. (02205) 25 40 (Universität Marburg)
67. *Götz*, Dr. Volkmar, o. Professor, 34 Göttingen,
Nikolausberger Weg 56, Tel. (0551) 4 31 19
68. *Grabitz*, Dr. Eberhard, o. Professor, 2 Hamburg 52,
Waitzstr. 59, Tel. (040) 82 42 71 (Freie Universität Berlin)
69. *Grawert*, Dr. Rolf, o. Professor, 48 Bielefeld 16,
Römerstr. 11, Tel. (0521) 33 10 42
(Universität Bochum)
70. *Grewe*, Dr. Wilhelm G., o. Professor, Deutsche Botschaft,
CPO Box 955, Tokyo/Japan
71. *Gröll*, Dr. Florian, a. o. Universitätsprofessor,
A 9020 Klagenfurt, Babenberger Str. 10
72. *Gygi*, Dr. Fritz, o. Professor, CH 3006 Bern,
Beatusstr. 28, Tel. (031) 44 86 38
73. *Häberle*, Dr. Peter, Professor, 355 Marburg/Lahn,
Universitätsstr. 6 (Savignyhaus),
Tel. (06421) 28 31 25/28 31 28 (dienstl.)
74. *Häfelin*, Dr. Ulrich, o. Professor, CH 8049 Zürich,
Müseliweg 1, Tel. (051) 58 84 60
75. *Hahn*, Dr. LL. M. Hugo J., o. Professor, 8702 Würzburg-
Lengfeld, Am Weinberg 7, Tel. (0931) 2 39 04
76. *Haller*, Dr. Walter, Privatdozent, CH 8122 Pfaffhausen-
Zürich, Gättenhusenstr. 8, Tel. (01) 85 36 71
77. *Hamel*, Dr. Walter, Professor, 355 Marburg/Lahn,
Calvinstr. 21, Tel. (06421) 28 62
78. *Heckel*, Dr. Martin, o. Professor, 74 Tübingen,
Lieschingstr. 3, Tel. (07071) 6 14 27
79. *Hellbling*, Dr. Ernst C., o. Universitätsprofessor,
A 1130 Wien 13, Volksgasse 12
80. *Henke*, Dr. Wilhelm, o. Professor, 8501 Rückersdorf,
Strengenbergrstr. 47, Tel. (09123) 27 85
(Universität Erlangen-Nürnberg)

81. *Herrmann*, Dr. Günter, Professor, 5042 Erfstadt-Bliesheim, Gregor-Vosen-Str. 8, Tel. (02235) 4 16 33 (Universität Mainz)
82. *Herzog*, Dr. Roman, o. Professor, 53 Bonn-Röttgen, Eichenweg 18, Tel. (02221) 25 19 74 (Hochschule Speyer)
83. *Hesse*, Dr. Konrad, o. Professor, 7802 Merzhausen ü. Freiburg/Br., Schloßweg 29, Tel. (0761) 40 38 11
84. *Hettlage*, Dr. Karl Maria, o. Professor, 532 Bad Godesberg, Friedrich-Ebert-Str. 83, Tel. (02221) 36 43 61
85. *Frhr. v. d. Heydte*, Dr. Friedrich August, o. Professor, 8311 Ahm-Vils/Niederbayern, Hagschneiderweg 1 (Universität Würzburg)
86. *v. Hippel*, Dr. Ernst, o. Professor, 6531 Perscheid ü. Bingen, Tel. (06744) 5 20 (Universität Köln)
87. *Hoegner*, Dr. Wilhelm, Honorarprofessor, 8 München 9, Am Blumengarten 17, Tel. (089) 43 42 41
88. *Hoffmann*, Dr. Gerhard, Professor, 355 Marburg/Lahn, Friedrichstr. 31, Tel. (06421) 6 32 74
89. *Hoffmann-Riem*, Dr. Wolfgang, o. Professor, 2 Hamburg 65, Kätnerweg 24, Tel. (040) 6 40 24 78
90. *Hofmann*, Dr. Hasso, Wiss. Rat und Professor, 8521 Uttenreuth, Breslauer Str. 6/B, Tel. (09131) 5 26 43 (Universität Erlangen-Nürnberg)
91. *Hollerbach*, Dr. Alexander, o. Professor, 7801 March-Hugstetten ü. Freiburg/Br., Parkstr. 8, Tel. (07665) 22 51
92. *Hoppe*, Dr. Werner, o. Professor, 44 Münster, Von-Ossietzky-Str. 41, Tel. (0251) 79 55 00
93. *Huber*, Dr. Ernst Rudolf, o. Professor, 78 Freiburg-Zähringen, In der Röte 2, Tel. (0761) 5 37 13
94. *Huber*, Dr. Dr. h. c. Hans, o. Professor, CH 3074 Muri b. Bern, Mannenriedstr. 5, Tel. (031) 52 09 25
95. *Ipsen*, Dr. Hans Peter, o. Professor, 3141 Raven Post Soderstorf, Haus Opferberg, Tel. (04172) 6 70 (Universität Hamburg)
96. *Ipsen*, Dr. Knut, o. Professor, 463 Bochum-Weitmar, Nevelstr. 59, Tel. (02321) 43 12 66
97. *Isensee*, Dr. Josef, o. Professor, 66 Saarbrücken 3, Akazienweg 12, Tel. (0681) 81 38 97 (Universität Bonn)

98. *Jaenicke*, Dr. Günther, Professor, 6906 Leimen, Waldstr. 13, Tel. (06224) 35 71 (Universität Frankfurt/M.)
99. *Jahrreis*, Dr. jur. Dr. h. c. Dr. h. c. Dr. h. c. LL. D. h. c. Hermann, o. Professor, 5 Köln 41, Nasse-Str. 30, Tel. (0221) 41 35 53
100. *Jakob*, Dr. Wolfgang, o. Professor, 8 München 23, Wilhelmstr. 25, Tel. (089) 39 05 06 (Universität Augsburg)
101. *Kaiser*, Dr. jur. Dr. rer. pol. h. c. Joseph H., o. Professor, 7813 Staufeu, Rothofweg, Tel. (07633) 57 28 (Universität Freiburg/Br.)
102. *Kewenig*, Dr. Wilhelm, o. Professor, 23 Kiel, Schillerstr. 16, Tel. (0431) 5 58 29
103. *Khol*, Dr. Andreas, Universitätsdozent, A 1030 Wien, Jacquingasse 43, Politische Akademie, Tel. (0222) 72 51 86
104. *Kimminich*, Dr. Otto, o. Professor, 84 Regensburg, Killermannstr. 6, Tel. (0941) 2 41 75
105. *Kipp*, Dr. Heinrich, o. Universitätsprofessor, A 6080 Kurort Igl, Lanserstr. 61, Tel. (05222) 72 09 (Universität Innsbruck)
106. *Kirchhof*, Dr. Paul, o. Professor, 4401 Havixbeck, Südostring 37, Tel. (02507) 75 48 (Universität Münster)
107. *Kisker*, Dr. Gunter, Professor, 6301 Leihgestern ü. Gießen, Albert-Schweitzer-Str. 3, Tel. (06403) 31 30
108. *Klecatsky*, Dr. Hans R., o. Universitätsprofessor, A 6020 Innsbruck, Reithmannstr. 20, Tel. (05222) 52 21 44
109. *Klein*, Dr. Hans H., o. Professor, 3406 Bovenden, Kolberger Str. 8, Tel. (0551) 8 17 04 (Universität Göttingen)
110. *Kloepfer*, Dr. Michael, Professor, 1 Berlin 33, Dievenowstr. 12, Tel. (030) 8 38 26 09 (dienstl.)
111. *Knemeyer*, Dr. Franz-Ludwig, o. Professor, 87 Würzburg 7, Unterdürnbacher Landstr. 83, Tel. (0931) 5 91 18
112. *Knies*, Dr. Wolfgang, o. Professor, 66 Saarbrücken 1, Sonnenweg 4, Tel. (0681) 5 41 80
113. *Knöpfle*, Dr. Franz, o. Professor, 89 Augsburg 22, Birkenstr. 39
114. *Koja*, D. Dr. Friedrich, o. Universitätsprofessor, A 5020 Salzburg, Lederwaschgasse 22, Tel. (06222) 22 27 12
115. *König*, Dr. jur. Dr. rer. pol. Klaus, o. Professor, 672 Speyer, Wimphehngstr. 5, Tel. (06232) 59 01

116. *Kopp*, Dr. Ferdinand O., o. Universitätsprofessor,
A 8010 Graz, Kaiserwaldweg 53 d, Tel. (03122) 3 15 81
117. *Korinek*, Dr. Karl, o. Universitätsprofessor, A 1130 Wien,
Auhofstr. 225—227, Tel. (0222) 8 20 91 53
(Universität Graz)
118. *Krause*, Dr. Peter, Assistenzprofessor,
6604 Gündingen/Saar, Bühler Str. 70, Tel. 87 82 72
119. *Krawietz*, Dr. Dr. Werner, Wiss. Rat und Professor,
44 Münster, Nienbergweg 29, Tel. (0251) 5 38 46
120. *Kriele*, Dr. Martin, o. Professor, 509 Leverkusen-Wald,
Richard-Wagner-Str. 10, Tel. (02172) 5 15 64
(Universität Köln)
121. *Kröger*, Dr. Klaus, Professor, 63 Gießen-Wieseck,
Hölderlinweg 14, Tel. (0641) 5 22 40
122. *Krüger*, Dr. Herbert, o. Professor, 2 Hamburg 50,
Philosophenweg 14
123. *Küchenhoff*, Dr. Erich, Wiss. Rat und Professor,
44 Münster, Dachsleite 65, Tel. (0251) 24 72 71
124. *Küchenhoff*, Dr. Günther, o. Professor, 87 Würzburg,
Seinsheimer Str. 13, Tel. (0931) 7 83 34
125. *Lange*, Dr. Klaus, Wiss. Rat und Professor, 463 Bochum,
Marschnerstr. 36, Tel. (0234) 31 24 19
126. *Laubinger*, Dr. Hans Werner, Privatdozent, 672 Speyer,
Wimphelingstr. 6, Tel. (06232) 7 96 78
127. *Leibholz*, Dr. jur. Dr. phil. Gerhard, o. Professor,
34 Göttingen, Herberger Landstr. 57, Tel. (0551) 5 70 40
128. *Leisner*, Dr. Walter, o. Professor, 852 Erlangen,
Kochstr. 2, Tel. (09131) 8 70 71 — 356
129. *Lerche*, Dr. Peter, o. Professor, 8035 Gauting b. München,
Junkersstr. 13, Tel. (089) 8 50 20 88
130. *Liermann*, D. Dr. Hans, o. Professor, 852 Erlangen,
Rathsberger Str. 63 — Appart. 1013 —, Tel. (09131) 82 52 72
131. *Link*, Dr. Heinz-Christoph, o. Universitätsprofessor,
A 1170 Wien, Dornbacher Str. 25, Tel. (0222) 46 89 42
132. *Lorenz*, Dr. Dieter, o. Professor, 7751 Dettingen,
Sonneneck 9, Tel. (07533) 68 22 (Universität Konstanz)
133. *Mallmann*, Dr. Walter, Professor, 63 Gießen, Arndtstr. 14,
Tel. (0641) 7 74 88
134. *v. Mangoldt*, Hans, Wiss. Rat und Professor, 7401 Nehren,
Goetheweg 1/1, Tel. (07473) 79 08 (Universität Tübingen)

135. *Mantl*, Dr. Wolfgang, Universitätsdozent,
A 8051 Graz XIII, Wiener Str. 256/XI/33, Tel. (03122) 6 13 06
136. *Martens*, Dr. Wolfgang, o. Professor, 2 Hamburg 50,
Hohenzollernring 23, Tel. (040) 8 80 68 00
137. *Marti*, Dr. Hans, ao. Professor, CH 3000 Bern,
Schwanengasse 9, Tel. (031) 22 16 83
138. *Maunz*, Dr. Theodor, o. Professor, 8032 Gräfelfing b.
München, Hartnagelstr. 3, Tel. (089) 85 16 30
139. *Maurer*, Dr. Hartmut, Professor, 3551 Wehrda,
Freiherr-vom-Stein-Str. 20, Tel. (06421) 6 60 21
(Universität Marburg)
140. *Mayer*, Dr. Franz, o. Professor, 84 Regensburg,
Maximilian-Aschenauer-Str. 22, Tel. (0941) 5 42 17
141. *Mayer-Tasch*, Dr. Peter Cornelius, Wiss. Rat und
Professor, 8919 Utting am Ammersee, Zur Ludwigshöhe 7,
Tel. (08806) 5 27 (Universität München)
142. *Meder*, Dr. Walter, o. Professor, 1 Berlin 33,
Buchweilerstr. 20, Tel. (030) 8 31 12 89
143. *Meessen*, Dr. Karl Matthias, Wiss. Rat und Professor,
53 Bonn, Am Wichelshof 16, Tel. (02221) 65 07 11
(Universität Köln)
144. *Meissner*, Dr. Boris, o. Professor, 5 Köln,
Kleine Budengasse 1, Tel. (0221) 23 97 54
145. *Melichar*, Dr. Dr. h. c. Erwin, o. Universitätsprofessor,
A 1010 Wien I, Schulerstr. 20, Tel. (0222) 52 88 83
146. *Menger*, Dr. Christian-Friedrich, o. Professor,
44 Münster, Vredenweg 14, Tel. (0251) 5 13 20
147. *Menzel*, Dr. Eberhard, o. Professor, 23 Kiel-Schulensee,
Am See 8, Tel. (0431) 6 52 51
148. *Merten*, Dr. Dr. Detlef, o. Professor, 672 Speyer,
Karl-Leiling-Allee 3, Tel. (06232) 7 20 71 (dienstl.)
149. *Meyer*, Dr. Hans, Professor, 6 Frankfurt/M. 1,
Klettenbergstr. 1, Tel. (0611) 55 23 17
150. *Morscher*, Dr. Siegbert, Universitätsdozent,
A 6020 Innsbruck, Allerheiligenhöfe 31 k,
Tel. (05222) 31 53 33
151. *Mosler*, Dr. jur. Dr. jur. h. c. Hermann, o. Professor,
69 Heidelberg, Mühlthalstr. 117, Tel. (06221) 4 00 82
152. *Müller*, Dr. Friedrich, o. Professor, 69 Heidelberg,
Gaisbergstr. 51, Tel. (06221) 2 53 91

153. *Müller*, Dr. Jörg P., o. Professor, CH 3032 Hinterkappelen, Kappelenring 42 a, Tel. (031) 55 42 69 (Universität Bern)
154. *Müller-Volbehr*, Dr. Jörg, Privatdozent, 8031 Gröbenzell b. München, Zweigstr. 170, Tel. (08142) 79 73
155. *Münch*, Dr. Fritz, apl. Professor, 69 Heidelberg, Zur Forstquelle 2, Tel. (06221) 3 35 99
156. *v. Münch*, Dr. Ingo, o. Professor, 2 Hamburg 52, Hochrad 9, Tel. (040) 86 92 24
157. *Mußnug*, Dr. Reinhard, o. Professor, 69 Heidelberg, Keplerstr. 40, Tel. (06221) 4 62 22 (Universität Mannheim)
158. *v. Mutius*, Dr. Albert, Wiss. Rat und Professor, 4401 Nordwalde, Krummer Timpen 20, Tel. (02573) 7 04 (Universität Münster)
159. *Naumann*, Dr. Richard, o. Professor a. D., Honorarprofessor, 314 Lüneburg, Wittenkamp 1, Tel. (04131) 4 47 15 (Universität Hamburg)
160. *Nicolaysen*, Dr. Gert, Professor, 2 Hamburg 52, Sohrhofkamp 11, Tel. (040) 82 18 50
161. *Novak*, Dr. Richard, o. Universitätsprofessor, A 8020 Graz, Thadd.-Stammel-Str. 8/4
162. *Obermayer*, Dr. Klaus, o. Professor, 852 Erlangen, Niendorfstr. 25, Tel. (09131) 8 76 06
163. *Oberndorfer*, Dr. Peter, o. Hochschulprofessor, A 4020 Linz, Wolf-Huber-Str. 2, Tel. (07222) 34 96 94
164. *Öhlinger*, Dr. Theo, o. Universitätsprofessor, A 1130 Wien 13, Grenzgasse 15/6
165. *Oppermann*, Dr. Thomas, o. Professor, 74 Tübingen, Burgholzweg 122, Tel. (07071) 56 24
166. *Ossenbühl*, Dr. Fritz, o. Professor, 5309 Meckenheim, Bergstr. 15, Tel. (02225) 26 28 (Universität Bonn)
167. *Papier*, Dr. Hans-Jürgen, o. Professor, 48 Bielefeld 15, Jupiterstr. 4, Tel. (05206) 1 22
168. *Partsch*, Dr. Karl Josef, o. Professor, 53 Bonn, Lennéstr. 53 (Gartenhaus), Tel. (02221) 65 54 53
169. *Pernthaler*, Dr. Peter, o. Universitätsprofessor, A 6020 Innsbruck, Philippine-Welser-Str. 27, Tel. (05222) 93 22 83
170. *Graf v. Pestalozza*, Dr. Christian, Privatdozent, 8 München 22, Veterinärstr. 5/I, Tel. (089) 21 80 33 36

171. *Pirson*, Dr. jur. Dr. theol. Dietrich, o. Professor,
5038 Rodenkirchen (Bez. Köln), Moritz-von-Schwind-Str. 1,
Tel. (0221) 30 24 98
172. *Podlech*, Dr. phil. Dr. jur. Adalbert, Professor,
6101 Weiterstadt, Vorm Heiligenkreuz 2, Tel. (06150) 43 44
(Technische Hochschule Darmstadt)
173. *Püttner*, Dr. Günter, o. Professor, 6 Frankfurt 50
(Niederursel), Krautgartenweg 30, Tel. (0611) 58 26 55
(Hochschule Speyer)
174. *Quaritsch*, Dr. Helmut, o. Professor, 6749 Niederschletten-
bach, Bergstr. 23, Tel. (06394) 2 24 (Hochschule Speyer)
175. *Randelzhofer*, Dr. Albrecht, Universitätsdozent,
8 München 90, Wirtstr. 10, Tel. (089) 69 25 53
176. *Rasenack*, Dr. Christian, Privatdozent, 1 Berlin 37,
Dahlemer Weg 63 a, Tel. (030) 7 73 38 96
177. *Rauschning*, Dr. Dietrich, o. Professor, 3401 Rodetal über
Göttingen, Tel. (05594) 3 31
178. *Ridder*, Dr. Helmut, Professor, 6301 Biebertal I
— Ortsteil Vetzberg, Krofdorfer Str. 43, Tel. (06409) 5 23
(Universität Gießen)
179. *Rill*, Dr. Heinz Peter, o. Hochschulprofessor, A 1180 Wien,
Peter-Jordan-Str. 145/2, Tel. (0222) 4 75 76 15
180. *Ringhofer*, Dr. Kurt, o. Universitätsprofessor,
A 5020 Salzburg, Anton-Behacker-Str. 9
181. *Roellecke*, Dr. Gerd, o. Professor, 75 Karlsruhe 41,
Kreuzackerstr. 8, Tel. (0721) 4 51 81
(Universität Mannheim)
182. *Rudolf*, Dr. Walter, o. Professor, 65 Mainz-Lerchenberg,
Rubensallee 55, Tel. (06131) 74 21
183. *Rüfner*, Dr. Wolfgang, o. Professor, 23 Altenholz ü. Kiel,
Dreiangel 21, Tel. (0431) 32 12 22
184. *Rühland*, Dr. Curt, o. Professor, 33 Braunschweig,
Dürerstr. 26, Tel. (0531) 33 21 16
185. *Rumpf*, Dr. Helmut, Honorarprofessor, 53 Bonn-
Bad Godesberg, Bismarckstr. 27, Tel. (02221) 6 81 48
186. *Rupp*, Dr. Hans Heinrich, o. Professor, 65 Mainz-Bretzen-
heim, Am Marienpfad 29, Tel. (06131) 3 45 88
187. *Saladin*, Dr. Peter, o. Professor, CH 3006 Bern,
Forrerstr. 31, Tel. (031) 44 80 06 (Universität Basel)

188. *Salzwedel*, Dr. Jürgen, o. Professor, 53 Bonn-Holzlar, Siebengebirgsstr. 11, Tel. (02221) 48 17 10
189. *Sasse*, Dr. Christoph, o. Professor, 3141 Echem ü. Lüneburg, Nr. 16, Tel. (040) 41 23 45 71 (dienstl.)
(Universität Hamburg)
190. *Sattler*, Dr. Andreas, Wiss. Rat u. Professor, 34 Göttingen, Ludwig-Beck-Str. 17, Tel. (0551) 2 23 40
191. *Schack*, Dr. Friedrich, o. Professor, 8 München 19, Kuglmüllerstr. 22, Tel. (089) 13 17 69
192. *Schäffer*, Dr. Heinz, Universitätsdozent, A 1140 Wien, Linzer Str. 352/3/6, Tel. (0222) 9 41 88 34
193. *Schenke*, Dr. Wolf-Rüdiger, Wiss. Rat u. Professor, 65 Mainz 1, Westring 20, Tel. (06131) 68 36 06
(Universität Bochum)
194. *Scheuner*, Dr. Ulrich, o. Professor, 53 Bonn-Bad Godesberg, Beethovenstr. 77, Tel. (02221) 603/61 72 (dienstl.)
195. *Schick*, Dr. Walter, o. Professor, 85 Nürnberg, Karolinenstr. 51/III, Tel. (0911) 20 31 92-93
196. *Schiedermair*, Dr. Hartmut, Privatdozent, 69 Heidelberg, Kaiserstr. 72, Tel. (06221) 2 34 31
197. *Schindler*, Dr. Dietrich, o. Professor, CH 8702 Zollikon ZH, Alte Landstr. 44, Tel. (01) 65 41 40 (Universität Zürich)
198. *Schlaich*, Dr. Klaus, o. Professor, 5205 St. Augustin 2 (Niederberg), Rheinstr. 39, Tel. (02241) 2 75 09
(Universität Bonn)
199. *Schlochauer*, Dr. Hans-Jürgen, Professor, 6 Frankfurt/Main, Senckenberganlage 31, Tel. (0611) 7 98 31 92 (dienstl.)
200. *Schmid*, Dr. Carlo, Professor, 53 Bonn, Adenauer-Allee 120 (Universität Frankfurt)
201. *Schmidt*, Dr. Reiner, o. Professor, 8901 Gessertshausen, Bachwiesenstr. 4, Tel. (08238) 71 31
(Universität Augsburg)
202. *Schmidt*, Dr. Walter, Professor, 6 Frankfurt/Main, Senckenberganlage 31, Tel. (0611) 7 98 21 89 (dienstl.)
203. *Schmidt-Aßmann*, Dr. Eberhard, o. Professor, 463 Bochum, Königsallee 63, Tel. (02321) 3 44 21
204. *Schmitt Glaeser*, Dr. Walter, o. Professor, 8530 Bayreuth, Postfach 3008, Tel. (0921) 60 81

205. *Schneider*, Dr. Hans, o. Professor, 69 Heidelberg,
Ludolf-Krehl-Str. 44, Tel. (06221) 4 03 81
206. *Schneider*, Dr. Hans-Peter, o. Professor,
7809 Denzlingen b. Freiburg/Br., Schwarzwaldstr. 24,
Tel. (07666) 26 05 (Techn. Universität Hannover)
207. *Schneider*, Dr. Peter, o. Professor, 65 Mainz,
Goldenluftgasse 23/10, Tel. (06131) 2 32 73
208. *Schnorr*, Dr. Gerhard, o. Universitätsprofessor,
A 6020 Innsbruck, Franz-Fischer-Str. 40,
Tel. (05222) 23 63 94
209. *Schnur*, Dr. Roman, o. Professor, 7407 Rottenburg 5,
Lindenstr. 49, Tel. (07472) 2 22 24 (Universität Tübingen)
210. *Scholler*, Dr. Heinrich, apl. Professor, 8 München 71,
Zwengauer Weg 5, Tel. (089) 79 64 24
211. *Scholz*, Dr. Rupert, o. Professor, 1 Berlin 33,
Thielallee 52, Tel. (030) 8 38 30 14
212. *Schweitzer*, Dr. Michael, Assistenzprofessor,
6229 Martinsthal, Wiesenstr. 30, Tel. (06123) 7 26 06
(Universität Mainz)
213. *Schwerdtfeger*, Dr. Gunther, Privatdozent, 2 Hamburg 67,
Gussau 99, Tel. (040) 6 03 87 91
214. *Scupin*, Dr. Hans Ulrich, o. Professor, 44 Münster,
Robert-Koch-Str. 46, Tel. (0251) 49 07 09
215. *Seidl-Hohenveldern*, Dr. Ignaz, o. Professor,
5072 Schildgen b. Köln, Klutstein 31, Tel. (02202) 89 10
216. *Selmer*, Dr. Peter, o. Professor, 22 Elmshorn, Nibelungen-
ring 21, Tel. (04121) 7 41 41 (Universität Hamburg)
217. *Siedentopf*, Dr. Heinrich, Professor, 6721 Freisbach,
Jahnstr. 17, Tel. (063406) 29 70 (Hochschule Speyer)
218. *v. Simson*, Dr. Werner, o. Professor, 78 Freiburg/Br.,
Luisenstr. 3, Tel. (0761) 3 58 63
219. *Soell*, Dr. Hermann, o. Professor, 8411 Etterzhausen/
Nittendorf, Domspatzenstr. 34, Tel. (09404) 2 09
(Universität Regensburg)
220. *Söhn*, Dr. Hartmut, Professor, 8 München 40,
Rheinstr. 39/VI, Tel. (089) 33 55 48
(Technische Hochschule Darmstadt)
221. *Spanner*, Dr. Hans, o. Professor, 8 München 90,
Candidstr. 24/VII, Tel. (089) 65 21 41
222. *Staff*, Dr. Ilse, Professorin, 6233 Kelkheim,
Am Forum 4, Tel. (06195) 33 08 (Universität Frankfurt)

223. *Starck*, Dr. Christian, o. Professor, 34 Göttingen-Geismar, Unter den Linden 20, Tel. (0551) 7 13 44
224. *Steiger*, Dr. Heinhard, Wiss. Rat u. Professor, 63 Gießen, Oberhof 16, Tel. (0641) 7 42 52
225. *Stein*, Dr. Ekkehart, o. Professor, 7750 Konstanz, Jakob-Burckhardt-Str. 49, Tel. (07531) 6 32 57
226. *Steinberger*, Dr. Helmut, o. Professor, 68 Mannheim, Schloß West 140, Tel. (06221) 3 69 54
227. *Steiner*, Dr. Udo, o. Professor, 48 Bielefeld 1, Hollensiek Nr. 63, Tel. (0521) 10 31 68
228. *Stern*, Dr. Klaus, o. Professor, 5 Köln-Lindenthal, Gyrhofstr. 8 c, Tel. (0221) 4 70 22 89
229. *Stock*, Dr. Martin, Universitätsdozent, 8 München 40, Nordenstr. 7, Tel. (089) 28 92 43
230. *Stödter*, Dr. Rolf, Professor, 2057 Wentorf b. Hamburg, Golfstr. 7, Tel. (040) 7 20 26 46
231. *Stolleis*, Dr. Michael, Professor, 6 Frankfurt 50, Landgraf-Philipp-Str. 57, Tel. (0611) 51 18 38
232. *Suhr*, Dr. Dieter, Wiss. Rat u. Professor, 1 Berlin 41, Hähnelstr. 2, Tel. (030) 8 52 19 10 (Universität Augsburg)
233. *Thieme*, Dr. Werner, o. Professor, 2 Hamburg 63, Am Karpfenteich 58, Tel. (040) 59 49 92
234. *Tomuschat*, Dr. Christian, o. Professor, 5205 St. Augustin-Hangelar, Graf-Zeppelin-Str. 36, Tel. (02241) 2 75 41 (Universität Bonn)
235. *Tsatsos*, Dr. Dimitris, Professor, Athen, Akademiestr. 37 (Universität Thessaloniki)
236. *Uber*, Dr. Giesbert, o. Professor, 4403 Hilstrup, Roseneck 5, Tel. (02501) 31 59 (Universität Münster)
237. *Ule*, Dr. Carl Hermann, o. Professor, 69 Heidelberg, Oberer Gaisbergweg 9, Tel. (06221) 2 78 32 (Hochschule Speyer)
238. *v. Unruh*, Dr. Georg Christoph, o. Professor, 2305 Kiel-Kitzeberg, Steenkamp 2, Tel. (0431) 23 14 59
239. *Vogel*, Dr. Klaus, o. Professor, 69 Heidelberg, Zeppelinstr. 39, Tel. (06221) 4 53 70
240. *Voigt*, Dr. Alfred, o. Professor, 852 Erlangen, Burgbergstr. 58, Tel. (09131) 8 82 99
241. *Wacke*, Dr. Gerhard, o. Professor, 2 Hamburg 52, Ordinger Weg 14, Tel. (040) 82 64 37

- 242. *Wagener*, Dr. Frido, o. Professor, 672 Speyer, Otto-Mayer-Str. 7, Tel. (06232) 7 91 65
- 243. *Wagner*, Dr. Heinz, o. Professor, 1 Berlin 33, Trabener Str. 33, Tel. (030) 8 86 48 00
- 244. *Walter*, D. Dr. Robert, o. Universitätsprofessor, A 1190 Wien 19, Iglaseegasse 72/1—2, Tel. (0222) 32 14 13
- 245. *Weber*, Dr. Werner, o. Professor, 34 Göttingen, Wackenroder Weg 1, Tel. (0551) 5 94 03
- 246. *Wehrhahn*, Dr. Herbert, o. Professor, 66 Saarbrücken 15, St.-Johannes-Stadtwald, Tel. (0681) 3 02 31 88
- 247. *Weides*, Dr. Peter, o. Professor, 5 Köln-Lindenthal 41, Albertus-Magnus-Platz 1, Tel. (0221) 47 01
- 248. *Wenger*, Dr. jur. Dr. phil. Karl, o. Universitätsprofessor, A 1130 Wien, Meytensgasse 18, Tel. (0222) 8 22 72 44
- 249. *Wengler*, Dr. jur. Dr. rer. pol. Wilhelm, o. Professor, 1 Berlin 37, Werderstr. 15, Tel. (030) 84 65 35
- 250. *Wertenbruch*, Dr. Wilhelm, o. Professor, 5353 Katzvey (Post Mechernich), An der Rodung 44, Tel. (02256) 3 18 (Universität Bochum)
- 251. *Wielinger*, Dr. Gerhard, Universitätsdozent, A 8010 Graz, Hochsteingasse 19/29, Tel. (03122) 64 83 75
- 252. *Wildhaber*, Dr. Luzius, o. Professor, CH 3065 Bolligen/Bern, Gerenstr. 14, Tel. (031) 58 55 49
- 253. *Wilke*, Dr. Dieter, o. Professor, 1 Berlin 33, Auf dem Grat 7, Tel. (030) 8 38 30 11 (dienstl.)
- 254. *Wimmer*, Dr. Norbert, Universitätsprofessor, A 6020 Innsbruck, Sadrach 131
- 255. *Winkler*, Dr. Günther, o. Universitätsprofessor, A 1010 Wien I, Hafnersteig 5/I/7
- 256. *Wolff*, Dr. Hans J., o. Professor, 44 Münster, Görresstr. 26, Tel. (0251) 2 31 96
- 257. *Zacher*, Dr. Hans F., o. Professor, 8134 Pöcking, Starnberger Weg 7 (Universität München)
- 258. *v. Zezschwitz*, Dr. Friedrich, Professor, 63 Gießen, Petersweiher 66, Tel. (0641) 7 61 52
- 259. *Zieger*, Dr. Gottfried, Professor, 34 Göttingen, Leuschnerweg 10, Tel. (0551) 2 22 55
- 260. *Zippelius*, Dr. Reinhold, o. Professor, 852 Erlangen, Niendorfstr. 5, Tel. (09131) 5 80 53
- 261. *Zuleeg*, Dr. Manfred, Wiss. Rat u. Professor, 5 Köln-Rodenkirchen, Schützstr. 32, Tel. (0221) 30 54 66

Satzung

(Nach den Beschlüssen vom 21. Oktober 1949, 19. Oktober 1951,
14. Oktober 1954, 10. Oktober 1956, 13. Oktober 1960,
5. Oktober 1962 und 1. Oktober 1971)

§ 1

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer stellt sich die Aufgabe:

1. wissenschaftliche und Gesetzgebungsfragen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts durch Aussprache in Versammlungen der Mitglieder zu klären;
2. auf die ausreichende Berücksichtigung des öffentlichen Rechts im Hochschulunterricht und bei staatlichen und akademischen Prüfungen hinzuwirken;
3. in wichtigen Fällen zu Fragen des öffentlichen Rechts durch Eingaben an Regierungen oder Volksvertretungen oder durch öffentliche Kundgebungen Stellung zu nehmen.

§ 2

Mitglied der Vereinigung kann werden, wer auf dem Gebiet des Staatsrechts und mindestens eines weiteren öffentlich-rechtlichen Fachs

- a) seine Befähigung zu Forschung und Lehre durch hervorragende wissenschaftliche Leistung nachgewiesen hat und
- b) an einer deutschen oder deutschsprachigen Universität oder an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer als Forscher und Lehrer tätig ist*).

Das Aufnahmeverfahren wird durch schriftlichen Vorschlag von drei Mitgliedern der Vereinigung eingeleitet. Ist der Vorstand einstimmig der Auffassung, daß die Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft erfüllt sind, so verständigt er in einem Rundschreiben die Mitglieder von seiner Absicht, dem Vorgeschlagenen die Mitgliedschaft anzutragen. Erheben mindestens fünf Mitglieder binnen Monatsfrist gegen die Ab-

*) Mit der oben abgedruckten, am 1. 10. 1971 in Regensburg beschlossenen Fassung des § 2 hat die Mitgliederversammlung den folgenden erläuternden Zusatz angenommen:

„Eine hervorragende wissenschaftliche Leistung im Sinne dieser Vorschrift ist eine den bisher üblichen Anforderungen an die Habilitation entsprechende Leistung.“

sicht des Vorstandes Einspruch oder beantragen sie mündliche Erörterung, so beschließt die Mitgliederversammlung über die Aufnahme. Die Mitgliederversammlung beschließt ferner, wenn sich im Vorstand Zweifel erheben, ob die Voraussetzungen der Mitgliedschaft erfüllt sind. Von jeder Neuaufnahme außerhalb einer Mitgliederversammlung sind die Mitglieder zu unterrichten.

§ 3

Eine Mitgliederversammlung soll regelmäßig einmal in jedem Jahre an einem vom Vorstand zu bestimmenden Orte stattfinden. In dringenden Fällen können außerordentliche Versammlungen einberufen werden. Die Tagesordnung wird durch den Vorstand bestimmt.

Auf jeder ordentlichen Mitgliederversammlung muß mindestens ein wissenschaftlicher Vortrag mit anschließender Aussprache gehalten werden.

§ 4

Der Vorstand der Vereinigung besteht aus einem Vorsitzenden und zwei Stellvertretern. Die Vorstandsmitglieder teilen die Geschäfte untereinander nach eigenem Ermessen. Der Vorstand wird am Schluß jeder ordentlichen Mitgliederversammlung neu gewählt.

Zur Vorbereitung der Mitgliederversammlung kann sich der Vorstand durch Zuwahl anderer Mitglieder verstärken. Auch ist Selbstergänzung zulässig, wenn ein Mitglied des Vorstandes in der Zeit zwischen zwei Mitgliederversammlungen ausscheidet.

§ 5

Zur Vorbereitung ihrer Beratungen kann die Mitgliederversammlung, in eiligen Fällen auch der Vorstand, besondere Ausschüsse bestellen.

§ 6

Über Eingaben in den Fällen des § 1 Ziffer 2 und 3 und über öffentliche Kundgebungen kann nach Vorbereitung durch den Vorstand oder einen Ausschuß im Wege schriftlicher Abstimmung der Mitglieder beschlossen werden. Ein solcher Beschluß bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitgliederzahl; die Namen der Zustimmenden müssen unter das Schriftstück gesetzt werden.

§ 7

Der Mitgliedsbeitrag wird von der Mitgliederversammlung festgesetzt. Der Vorstand kann den Beitrag aus Billigkeitsgründen erlassen.