

Flexibilität und Innovationsoffenheit im Bereich der Verwaltungsmaßstäbe

von *Reiner Schmidt**

Inhaltsübersicht

A.	Die Funktion und Bedeutung der Verwaltungsmaßstäbe im Kontext von Gegenwartsaufgabe und Zukunftsbewältigung	71
I.	Ordnungsfunktion	71
II.	Kontrollfunktion	73
III.	Optimierungs- und Impulsfunktion	75
B.	Maßstabsimmanente Handlungs-, Bewertungs- und Entscheidungsspielräume für eigenständige Konkretisierungsleistungen der Verwaltung	78
I.	Normen als Maßstab	78
1.	Eigenheiten der Normstruktur verwaltungsrechtlicher Maßstäbe	78
2.	Normprogramme	79
II.	Der Umgang mit der Norm	81
1.	Neue Verwaltungsstile	81
2.	Maßstäbe für Verwaltungsstile	83
C.	Maßstabsexterne Handlungsanweisungen des Konkretisierungsprozesses	84
I.	Innovationsoffene Handlungsanweisungen	85
1.	Verhältnismäßigkeit	85
2.	Effizienz	86
3.	Wirtschaftlichkeit	87
II.	Ambivalente Handlungsanweisungen	88
1.	Staatszielbestimmungen	89
a)	Zukunftsperspektiven	89
b)	Kollisionslagen	91
2.	Verfassungsrechtliche Schutzpflichten	91
a)	»Dynamischer Grundrechtsschutz«	91
b)	Risikoverbote	93

* Meinem Mitarbeiter Dr. Andreas Voßkuhle danke ich für vielfältige Hilfe.

3. Der Gleichheitssatz	93
III. Innovationshemmende Handlungsanweisungen	95
1. Selbstbindungen der Verwaltung	95
a) Allgemeines	95
b) Systemgerechtigkeit	98
c) Selbstbindung bei rechtswidriger Gesetzesanwendung	100
2. Rechtssicherheit	103
3. Vertrauensschutz	104
IV. Fazit	108
D. Die Wandlung der Verwaltungsmaßstäbe	108

Die Innovationskraft einer Gesellschaft ist zum Maßstab ihrer Überlebensfähigkeit geworden. Gesucht wird nach alternativen Handlungsmöglichkeiten, um neuartige, unbekannte Herausforderungen meistern zu können. Das gilt für alle gesellschaftlichen Bereiche¹. Auch das Recht als maßgeblicher Steuerungs- und Ordnungsfaktor muß sich nach seinem Innovationspotential fragen lassen.

Dem öffentlichen Recht gilt dabei schon deshalb besonderes Interesse, als dort staatliche Verantwortung für den Umgang mit Innovation maßgeblich ausgeformt wird².

Innovation stellt einen komplexen Vorgang, einen Prozeß dar, wobei im Sinne der organisationsorientierten Innovationsforschung grundsätzlich drei Phasen unterschieden werden können³: 1. Die eigentliche Erfindung

- 1 Zu den »Zukunfts-Themen des Verfassungsstaates als Typus« vgl. anschaulich etwa *P. Häberle*, Das Grundgesetz und die Herausforderungen der Zukunft, in: Festschrift G. Dürig, 1990, S. 3 (6 ff.) m.w.N.
- 2 Zur traditionellen Aufgabe des Staates, Innovation gerade im Bereich der Technik zu fördern, vgl. *J. Ipsen* und *D. Murswiek*, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1989), S. 178 ff., bzw. 208 ff. Das Problem der Innovationsfähigkeit des Rechts stellt sich unter anderen Vorzeichen natürlich ebenso im Privatrecht, vgl. etwa *W. Däubler*, Gestaltung neuer Technologien durch Recht?, ZRP 86, S. 42 ff.
- 3 Vgl. *G. U. Watzlawczik*, Das Dilemma der Innovationsforschung – Ein begriffskritischer Exkurs zum Forschungsstand in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, in: *T. Lau*, u.a., Innovative Verwaltungsarbeit, 1986, S. 75, (93 ff.) m. eingehenden Nachweisen. Zum herrschenden Ansatz der organisationsorientierten Innovationsforschung vgl. auch *B. Becker*, Öffentliche Verwaltung, 1989, § 52, S. 906 ff. m.w.N. in § 31, Fn. 269 (S. 535); § 52, Fn. 120 (S. 906). Allgemein zur Innovationsforschung etwa neben den bereits Genannten *F.R. Pfetsch*, Zum Stand der Innovationsforschung, in: *R. Gizycki* u.a., Innovationsforschung als multidisziplinäre Aufgabe. Beiträge zur Theorie und Wirklichkeit der Innovationen im 19. Jahrhundert, 1975, S. 9 ff.; *D. Walz*, Grundlagen und Richtungen der Innova-

von Neuerungen (sog. »Invention«), 2. Die Systematisierung der Ideenvielfalt im Hinblick auf ihre Brauchbarkeit und Durchsetzbarkeit (sog. »Innovation im engeren Sinne«), 3. Die konkrete Durchsetzung und Einführung neuer Ideen (sog. »Diffusions-« oder »Implementationsphase«). Jedes Stadium des Innovationsprozesses erfordert spezifische Organisationsstrukturen, damit Innovation optimal verlaufen kann. Während etwa unbürokratische, flexible Organisationsstrukturen und eine turbulente Umwelt die Inventionsphase durch Freisetzung von Kreativität begünstigen, verlangt die rigide Durchsetzung von als sinnvoll erkannten Neuerungen in der Regel eine stabile Organisationsumwelt und streng bürokratische Organisationsstrukturen⁴. Starre, also gerade nicht flexible Normen, können innovationsfördernder sein als sog. »soft law«, etwa dann, wenn durch strenge Umweltstandards technische Neuerungen geradezu erzwungen werden. Übertragen auf unser Rechtssystem bedeutet dies: Offene und anpassungsfähige Handlungsmaßstäbe müssen mit direktionsstarken Handlungs»anweisungen« in einem ausgewogenen Verhältnis stehen, damit das Recht sein Innovationspotential voll entfalten kann⁵. Die Entwicklung einer »innovationsfördernden Rechtsdogmatik«, wie sie *W. Hoffmann-Riem* fordert⁶, darf sich folglich nicht damit begnügen, *Elastizitätsvorbehalte* in die Rechtsordnung einzubauen⁷, um flexibel auf *vorgefundene* technische und soziale Neuerungen zu *reagieren*, vielmehr gilt es gleichberechtigt die *Impuls-* und *Optimie-*

tionsforschung, in: *R. Gizycki*, ebenda, S. 25 ff.; *K. Aregger*, Innovation in sozialen Systemen, 2 Bde., 1976; *V. Müller/G. Schienstock*, Sozialwissenschaftliche Innovationstheorien, 1978. Zu Innovation und Verwaltung vgl. z.B. auch *H. Bosetzky*, Innovative Bürokratie, DÖV 79, S. 194 ff.; *H. D. Jarass*, Die Innovationsfähigkeit von Bürokratien, Die Verwaltung, 11 (1978), S. 27 ff.; *C. Böhret* u.a., Herausforderungen an die Innovationskraft der Verwaltung, 1987; *ders.*, Innovative Verwaltungspolitik - Chancen für einen Versuch?, VerwRundschau 1988, S. 46 ff.; *W. Brohm*, Funktionsbedingungen von Verwaltungsreformen, Die Verwaltung, 21 (1988), S. 1 ff., jeweils m.w.N.

- 4 Bei sehr komplexen Innovationen kann sich das Bild ändern, vgl. *B. Becker*, a.a.O., § 51 2, S. 910 f. m.w.N.
- 5 *R. Pitschas*, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, DÖV 89, S. 785 f., möchte den drei Innovationsphasen vor diesem Hintergrund bestimmte »Regelungsmassen« zuordnen.
- 6 Verwaltungsreform - Ansätze am Beispiel des Umweltrechts-, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G.F. Schuppert* (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, 1993, S. 115 (172). Grundsätzlich zur Rechtsdogmatik und Gesetzgebung im Verwaltungsrecht vgl. aus neuerer Zeit z.B. den gleichnamige Aufsatz von *Ch. Starck*, in: *O. Behrends/W. Henckel* (Hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik, 1989, S.106 ff.
- 7 Neuere Stichworte sind hier etwa: »Recht auf Zeit« (vgl. *H. Kindermann*, Erfolgskontrolle durch Zeitgesetz, in: *H. Scheffer/O. Trifflerer* [Hrsg.], Rationalisierung der Gesetzgebung, 1984, S. 143 ff.); »Experimentelle Gesetzgebung« (vgl. *H.-D. Horn*, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989); »Nachbesserungspflichten« (vgl. *W. Bernd*, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten, Diss., Mainz 1989), »Revisionsvorbehalte« (vgl. *W. Hoffmann-Riem* [FN 6]).

rungsfunktion des Rechts im Hinblick auf Innovationsprozesse zu stärken⁸; das Recht ist *integrativer Bestandteil* dieser Prozesse⁹.

Auch die Aufgabe der Verwaltung zur Innovationsförderung ist *mehrdimensional*: Sie soll die Impuls- und Optimierungsfunktion des Gesetzes für den Einzelfall konkretisieren und durch eigenständige Problemantizipation »vor Ort« verstärken, bestehende Innovationsfreiräume kontrollierend begleiten und vor allem im Wettlauf zwischen dynamischer Technik und in seinem Entstehungszeitpunkt oft schon veraltetem Recht das schwerfällige Reaktionsvermögen des Gesetzgebers abfedern helfen¹⁰. Auch auf dieser zweiten Ebene greifen »kreative Reaktion« auf neuartige Herausforderungen und stabilisierendes Invollzugsetzen von Neuerungen innovationsfördernd ineinander. Der insoweit offenbar werdenden *spezifischen Verantwortung* der schon im Ansatz zukunftsorientierten Verwaltung¹¹ für eine *innovationsgerechte Konkretisierung des Rechts* korrespondieren entsprechende Handlungs- und Gestaltungsspielräume, die es im weiteren näher zu konturieren gilt. Ziel des vorliegenden Beitrags ist es demnach nicht, Kriterien zu erarbeiten, nach denen das öffentliche Recht innovationsfördernd gestaltet werden kann – dies ist Aufgabe einer themenorientierten Gesetzgebungslehre¹² –, sondern es soll vornehmlich der Bestand an Innovationsfreiräumen im Hinblick auf ihre Ausgestaltungsmöglichkeit durch die Verwaltung untersucht werden.

- 8 Die Ausleseprozesse für innovative Ideen sind insoweit dem Gesetzgeber überantwortet. Einen Überblick über Verwaltungsreformen geben *W. Brohm* (FN 3) und *B. Becker* (FN 3), § 52 I, S. 903 ff.
- 9 Die Behauptung, das Recht nachvollziehe nur, was Wissenschaft und Technik vorgeben (so z.B. *J. Ipsen* [FN 2], S. 202), verkennet die Impulsfunktion des Rechts. Bestimmte technische Entwicklungen würden nicht gemacht, wenn der Gesetzgeber sie nicht fordern würde, vgl. unten A III.
- 10 Zu diesem »Gesamtauftrag« (*R. Wahl*) der Verwaltung vgl. *R. Wahl* und *J. Pietzcker*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, *VVDStRL*, 41 (1983), S. 153 (157 f., 160 f.) bzw. S. 193 (208 f.), jeweils m.w.N. u. *M. Schröder*, Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 1988, § 67, Rdn. 26.
- 11 Vorausdenken, vorwegnehmen, also richtig antizipieren ist seit jeher grundsätzlich im Polizeirecht, einer der ältesten Verwaltungsrechtsdomänen, angelegt. Allerdings besitzt man dort mit dem Gefahrbegriff einen rechtlichen Fixpunkt, auf den man bei der Beurteilung neuerer Innovationstechniken und der damit verbundenen Risikoversorge nur beschränkt zurückgreifen kann, vgl. *K.-H. Ladeur*, Umweltrecht und technologische Innovation, *UTR* 5 (1988), S. 305 ff. u. *B. Schlink*, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, *VVDStRL* 48 (1989), S. 236 (254 ff., 258). Vgl. aber auch *M. Ronellenfitsch*, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, *DVBl.* 89, S. 851 (858 f.).
- 12 Die allgemeinere Frage »Wie macht man gute Gesetze?«, die unter dem Topos der maßgeblich von *P. Noll* und *J. Rödiger* inspirierten »Gesetzgebungslehre« Gegenstand eingehender wissenschaftlicher Erörterung war und ist (vgl. dazu zuletzt den Förderungsüberblick bei *H. Hill*, Bemühungen zur Verbesserung der Gesetzgebung, *ZG* 1993, S. 1 ff.) muß zunehmend ersetzt werden durch speziellere Problemstellungen, etwa: »Wie macht man ein gutes Abfallgesetz?« oder »Wie macht man ein gutes Technikgesetz?«

A. Die Funktion und Bedeutung der Verwaltungsmaßstäbe im Kontext von Gegenwartsaufgabe und Zukunftsbewältigung

Drei Grundfunktionen prägen das Erscheinungsbild des Verwaltungsmaßstabs im modernen Rechtsstaat: Im Zusammenspiel mit der übrigen Rechtsordnung und insbesondere der Verfassung ordnet er staatliches Leben durch gemeinwohlorientierte Festlegung der Art und Weise des staatlichen und gesellschaftlichen Interessenausgleichs (Ordnungsfunktion). Bedingt durch die Kontrollkonzeption, die der gewaltenteilenden Struktur des Grundgesetzes zugrunde liegt¹³, dient er desweiteren als Sollens- und damit Kontrollmaßstab für staatliches Handeln (Kontrollfunktion) und schließlich ist ihm, sozusagen in dynamischer Sicht, aufgegeben, durch Gestaltungsaufträge unsere Lebensumwelt zu verbessern (Optimierungsfunktion).

I. Ordnungsfunktion

Jede Innovation berührt eine Vielzahl verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter: Aufgabe des Staates ist es, die *Kollisionslage*, in der sich Rechtsgüter stets befinden, unter Beachtung der eigenen Funktionsfähigkeit¹⁴ immer wieder neu zu einem verfassungsgerechten (und sinnvollen) Ausgleich zu bringen¹⁵. Dieser Ausgleich vollzieht sich maßgeblich über den Verwaltungsmaßstab als »konkretisiertes Verfassungsrecht« (*F. Werner*)¹⁶; er formt erst das oft diffuse verfassungsrechtliche Geflecht aus öffentlichem Gemeinwohlinteresse, staatlichen Schutzpflichten und grundrechtlicher Freiheitssicherung zur konkreteren, ordnungsstiftenden Hand-

13 Vgl. dazu statt vieler *A. Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 45 f., 255 ff.

14 Zu diesem Auslegungstopos vgl. zuletzt *P. Lerche*, »Funktionsfähigkeit« - Richtschnur verfassungsrechtlicher Auslegung, BayVBl. 91, S. 517 ff.; ferner *J. Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: HdbStR, Bd. III (FN 10), § 57, Rdn. 118 m.w.N. in FN 179, der von der Funktionstüchtigkeit staatlicher Institutionen als sekundärem Staatsziel spricht.

15 Zur Ordnungsfunktion des Verwaltungsrechts zum Schutz von Rechtsgütern der Allgemeinheit und einzelner vor Schädigung vgl. *Ch. Degenhart*, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, NJW 89, S. 2435 (2437 ff.).

16 Was Rückwirkungen des Verwaltungsrechts auf das Verfassungsrecht im übrigen keinesfalls ausschließt; in diesem Sinne erklärt sich auch *Otto Mayers* Feststellung: »Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht« (Deutsches Verwaltungsrecht, 1 Bd., 3. Aufl., 1924, S. VI), vgl. besonders deutlich *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1992, § 2, Rdn. 2 f. u. desw. *N. Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, § 4, Rdn. 1-6; *D. Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: *H.-U. Erichsen/W. Martens* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 1992, § 3, Rdn. 33.

lungsanweisung aus¹⁷. Dabei bedient er sich unterschiedlicher Ausprägungen in Form von formellen Gesetzen, Rechtsverordnungen, Satzungen, Gewohnheitsrecht und im weiteren Sinne auch Verwaltungsvorschriften¹⁸. Allerdings sind der Ordnungsfunktion des Verwaltungsmaßstabs in der Rechtswirklichkeit Grenzen gesetzt. So werden etwa bestimmte Gebote und Verbote häufig nicht befolgt. Stattdessen verlegt man sich auf informelle Umgehungs- und Kompromißstrategien¹⁹. Das in seiner Entstehung schwerfällige Gesetz kann mit der technischen Entwicklung darüber hinaus zumeist kaum mithalten²⁰; es muß daher durch dynamische, inhaltlich offene Verweisungen auf den technisch-wissenschaftlichen Sachverstand zurückgreifen, den es seinem Kontrollanspruch unterwirft²¹. Grenzüberschreitende Sachverhalte und globale Phänomene im Umwelt- und Technikbereich wiederum entziehen sich den Bindungen der territorial begrenzten Rechtsordnung²². Gleichzeitig stößt die Komplexität des Regelungsgegenstandes im Bereich des Technikrechts mitunter sogar überhaupt an die Grenzen des Normierbaren.

Dies alles ist nicht grundsätzlich neu. In keinem Zeitpunkt der Epochen-geschichte des Rechts ist die jeweilige Lebenswelt auch nur annähernd normativ erfaßbar gewesen. Der Ordnungscharakter des Rechts ist damit nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Vielmehr zeigt sich, daß es bei der Steuerung durch Recht »nicht allein, vielleicht nicht einmal primär auf den materiellrechtlichen Regelungsgehalt des Steuerungsprogramms (des Gesetzes) an[kommt], sondern es bedarf der Zusammenschau von Organisation, Verfahren, Programm und Programmanwendung«²³. Unbewußte - und selbst bewußte - normative Freiräume werden aus dem überkommenen Blickwin-

17 Zu den Staatsaufgaben als Konkretisierung von Verfassungsgrundsätzen vgl. statt vieler *H. Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung. Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung der Staatsaufgaben, in: D. Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 11 (27 ff.) m.w.N.

18 Vgl. nur *F. Ossenbühl*, Die Quellen des Verwaltungsrecht, in: H.-U. Erichsen/W. Martens (Hrsg.) (FN 16), § 7.

19 Vgl. *R. Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978; *G. Lübbe-Wolff*, Vollzugsprobleme der Umweltverwaltung, NuR 1993, S. 217 ff.

20 Vgl. statt vieler die N. bei *M. Ronellenfitsch* (FN 11), S. 855, FN 61, der selbst die Situation positiver beurteilt (s. S. 866).

21 Vgl. *Ch. Degenhart* (FN 15), S. 2436. Zu den damit aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen gerade auch im Hinblick auf die Mitwirkung Privater beim Konkretisierungsprozeß *G. Lübbe-Wolff*, Verfassungsrechtliche Fragen der Normsetzung und Normkonkretisierung im Umweltrecht, ZG 91, S. 219 ff.

22 So bei dem Phänomen Waldsterben oder grenzüberschreitenden Kommunikationstechnologien. Zur Problematik vgl. *R. Schmidt/H. Müller*, Einführung in das Umweltrecht, 3. Aufl., 1992, § 7.

23 *G. F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G.F. Schuppert (Hrsg.) (FN 6), S. 65 (83).

kel der »tunlichste[n] Justizförmigkeit der Verwaltung«²⁴ allzuleicht ausschließlich unter dem Aspekt des Steuerungsverlusts und der Maßstabslosigkeit thematisiert. Sie schaffen aber gerade auch den notwendigen Raum für selbständige, problemorientierte Konkretisierungsleistungen der Verwaltung als »tätig werdende Verfassung«²⁵ in Form von Verwaltungsvorschriften, Kooperationsverträgen, informellen Verwaltungshandeln etc., mithin für ein »situatives Verwaltungsrecht«²⁶, das seinen Ordnungscharakter erst dann verliert, wenn es seinen normativen Leitpunkt, die Verfassung, verläßt. Das Grundgesetz gibt insoweit nicht nur den organisatorischen und verfahrensmäßigen Rahmen für den Konkretisierungsprozeß vor, sondern füllt ihn auch inhaltlich aus. Das gilt, wie *E. Schmidt-Aßmann*²⁷ zu Recht betont, für »jede Art des Verwaltungshandelns« und insbesondere dann, wenn Handlungs- und Entscheidungsspielräume den Verwaltungsmaßstab prägen. Folglich entscheiden vorrangig die maßstabsexternen Handlungsanweisungen des Verfassungsrechts über das Innovationspotential der Verwaltungsrechtsordnung; ihre Konkretisierung ist Verwaltung und Gesetzgeber »zur gesamten Hand«²⁸ überantwortet. Dabei darf die gerichtliche Überprüfbarkeit staatlichen Handelns gerade im Hinblick auf die Gewährung subjektiver Rechtspositionen nicht mit der Bindung an die Verfassung verwechselt werden²⁹.

II. Kontrollfunktion

Die arbeitsteilige Konkretisierung verfassungsrechtlicher Vorgaben durch den Gesetzgeber und die Verwaltung vollzieht sich unter der Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Deren Aufgabe erschöpft sich aber keinesfalls in der Subsumtion bestimmter Sachverhalte unter unterschiedlich dicht ge-

24 So *O. Mayer* (FN 16), S. 62.

25 *Lorenz von Stein*, Handbuch der Verwaltungslehre, 3. Aufl., 1888, Bd. 1, S. 6.

26 *W. Brohm*, Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung, NVwZ 88, S. 794 ff. Vgl. auch *H. Hill*, Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns, DÖV 87, S. 885 ff.

27 Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts - Reformbedarf und Reformansätze -, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G.F. Schuppert* (Hrsg.) (FN 6), S. 11 (14).

28 Formulierung bei *E. Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL 16 (1958), S. 9 (38). Grundätzlich dazu zuletzt *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat, 1991, S. 159 ff.; *I. Pernice*, Billigkeit und Härtekláuseln im öffentlichen Recht - Grundlagen und Konturen einer Billigkeitskompetenz der Verwaltung, 1991, S. 406 ff., 423 ff.

29 Deutlich insofern *K. Lange*, Staatliche Steuerung durch offene Zielvorgabe im Lichte der Verfassung, VerwArch 82 (1991), S. 1 (4 u. 16 f.). Vgl. auch *W. Hoffmann-Riem* (FN 6), S. 131.

faßte Kontrollmaßstäbe des Verwaltungsrechts³⁰. Ausgehend von der Überlegung, daß Kontrolle als ein »auf (Mit-)Bestimmung einer Entscheidung gerichtete[r] Vergleich eines Soll-Wertes mit einem Ist-Wert« in jedem staatlichen Entscheidungsprozeß angelegt ist und zu einer rationalen Alternativenauswahl bei der Entscheidung über die Art und Weise der Verwirklichung der Staatswecke führen soll³¹, es insofern u.a. Ziel der Funktionsordnung sein muß, ein »ausgewogenes Verhältnis zwischen Selbst- und Fremdkontrollen« zu schaffen³², kommt man nicht umhin, auch dem Verwaltungsrichter eine eigene Konkretisierungs-kompetenz zu attestieren. Diese findet ihren Ausdruck in dem Spielraum für eigene Wertungen des Richters, den schon »reine« Rechtsanwendung zuläßt³³, als auch insbesondere in der zunehmend diskutierten Folgenberücksichtigung bei der Entscheidungsfindung³⁴ oder bei der Gestaltung von Richterrecht. Legislative, Exekutive und Judikative ist die Ausformung des Verwaltungsmaßstabs insofern *gemeinsam*, in einem »trialektischen« Prozeß und in gegenseitiger Kontrolle zugewiesen; die konkrete Kompetenzverteilung muß sich dabei vornehmlich an dem *spezifischen Leistungsprofil* der vom Grundgesetz jeweils vorgegeben Verfahrensstruktur der verschiedenen Funktionen orien-

30 Während zuletzt *D. Wilke*, Die Kontrollfunktion der Verwaltungsgerichte, in: *D. Merten* (Hrsg.), *Gewaltenteilung im Rechtsstaat*, 1989, S. 135 (147) in seinem »Bericht von der Front« (S. 137) »aufs Ganze gesehen« eine »Zurücknahme der Kontrollintensität« konstatierte, so auch *O. Bachof*, »Hände weg vom GG! Änderungen von Rechtsweggarantie und Asylrecht?«, *Festschrift Günter Dürig*, 1990, S. 319 (324) m.w.N. - anders noch die Analyse der Situation auf dem Göttinger Symposium über »Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle« (vgl. die Beiträge in dem von *V. Götz*, *H.H. Klein* u. *Ch. Starck* hrsg. Tagungsband, 1985) - hat die Prüfungsentscheidung des BVerfG (BVerfGE 84, S. 34 ff.) hier jedenfalls partiell wieder eine Kehrtwende gebracht, krit. z.B. *K. Redeker*, *Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung*, *NVwZ* 92, S. 305 ff.; *R. Herzog*, *Verfassungs- und Verwaltungsgerichte - zurück zu mehr Kontrolldichte?* *NJW* 92, S. 2601 ff.

31 So grundlegend im Anschluß an die Untersuchung von *G. Brunner*, *Kontrolle in Deutschland*, 1972, *W. Krebs*, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen. Ein Beitrag zur rechtlichen Analyse von gerichtlichen und parlamentarischen Rechnungshofkontrollen*, 1984, S. 12 ff. (34).

32 Vgl. *W. Krebs* (FN 31), S. 37.

33 Diese Erkenntnis stellt mittlerweile einen Allgemeinplatz dar, s. nur *Arthur Kaufmann*, *Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit*, in: *Festschrift Karl Peters*, 1974, S. 295 (299). Das BVerfG spricht insoweit von einem »Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen« (BVerfGE 34, 269 [287]).

34 Vgl. hierzu etwa prägnant *H. Sendler*, *Zur richterlichen Folgenberücksichtigung und -verantwortung*, in: *Festschrift für Helmut Simon*, 1987, S. 113 ff. Vgl. ferner *T. Sambuc*, *Folgenerwägungen im Richterrecht - die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsgewinnung*, erörtert am Beispiel des § 1 UWG, 1977 u. *T. W. Wälde*, *Juristische Folgenorientierung*, 1979. Krit. z.B. *N. Luhmann*, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, S. 48.

tieren³⁵. Für die vorliegende Problematik legt diese Erkenntnis die Vermutung nahe, daß das Innovationspotential des Verwaltungsmaßstabs im Kontext von Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverfahren nicht nur jeweils eine ganz eigene Ausformung erhält, sondern daß gerade auch dem *Zusammenspiel* der Funktionen im Innovationsprozeß besondere Aufmerksamkeit gebührt.

III. Optimierung- und Impulsfunktion

Damit technische und wissenschaftliche Innovationsprozesse vorangetrieben und verstärkt werden, muß das Recht oft zugleich die Rolle des *Initiators* und *Implementators* neuer Ideen übernehmen. Neben dem grundsätzlich in der Verfassung angelegten Gebot der effizienten, zeit- bzw. sachgerechten³⁶ und insoweit auch zukunftsgerichteten Bewältigung staatlicher Aufgaben³⁷, verlangt insbesondere die Schutzdimension der Grundrechte einen dynamischen, mithin innovationsoffenen Rechtsgüterschutz, der seinerseits ohne die Transformation verfassungsrechtlicher Schutzpflichten in einfaches Recht kaum denkbar ist³⁸.

Auf welche Art und Weise der Gesetzgeber seinen Schutzpflichten dabei nachkommt, bleibt zunächst einmal ihm überlassen. »Alle Formen des staatlichen Handelns können in den Dienst des Schutzes gestellt werden:

- 35 Ansätze in dieser Richtung bei BVerfGE 49, 89 (129 f.); E 68, 1 (86). Grundlegend zu einer verfahrensorientierten Sicht der Funktionsordnung, die versucht, die spezifischen Kompetenzelemente des GG unter dem Verfahrensbegriff zu einem individuellen Kompetenzgerüst zusammenzufügen G. Zimmer, Funktion - Kompetenz - Legitimation: Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes, 1979. Für das Gesetzgebungsverfahren vgl. daneben besonders J. Staube, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 201 ff. u. H. Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung - besonders des 9. Deutschen Bundestages, 1988, S. 174-183, 255 ff.; für das Verwaltungsverfahren R. Pitschas, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 543 ff., 575 ff.; für das Rechtsprechungsverfahren, A. Voßkuhle (FN 13), S. 94 ff; dort auch weitere N. in § 5 FN 169, 421, 447.
- 36 Ausdruck dieses letztlich im Gewaltenteilungsprinzip angelegten Gedankens ist die Forderung nach einer organadäquaten und funktionsgerechten Organisationsstruktur des Staates, vgl. dazu die FN 35 Genannten.
- 37 Zur »Dimension Zukunft« als Teil des Gemeinwohls vgl. nur J. Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: HdbStR, Bd. III (FN 10), § 57, Rdn. 25 m.w.N., sowie z.B. P. Paladin/Ch. A. Zenger, Rechte zukünftiger Generationen, 1988; Ch. Lawrence, Grundrechtsschutz, technischer Wandel und Generationenverantwortung, 1988; P. Badura, Radioaktive Endlagerung und Grundrechtsschutz für die Zukunft, in: R. Lukes/A. Birkhofer (Hrsg.), Aches Deutsches Atomrechts-Symposium, 1990, S. 227 (240 ff.).
- 38 Zu Begründung, Struktur und Funktion der Schutzpflicht vgl. statt vieler J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992 u. die umfassende neuere Darstellung bei J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 111, Rdn. 77 ff. Vgl. auch unten C II 2.

Prävention wie Repression, Gefahrenabwehr wie Strafe, Eingriff wie Fürsorge.«³⁹ Eine innovationsgerechte Gestaltung des Verwaltungsmaßstabs sollte aber angesichts einer unüberschaubaren Zukunft⁴⁰ zweierlei berücksichtigen:

1. *Normimmanente Innovationsgerichtetheit*, d.h. eine unmittelbare oder auch mittelbare Aufforderung in der Norm selbst, neue Ideen zu entwickeln und zu berücksichtigen⁴¹. Solche Aufforderungen kennt das Verwaltungsrecht z.B. in Form von Optimierungsaufträgen⁴², influenzierenden Plänen, Zielvorstellungen⁴³ etc. Denkbar sind hier aber auch Anreizsysteme durch Steuervergünstigungen⁴⁴ oder Abgabenmodelle⁴⁵.
2. *Elastizität*, also die Fähigkeit, die zum Zeitpunkt des Erlasses der Norm noch nicht gemachte Erkenntnis später in ihre normative Aussage zu integrieren⁴⁶, sei es z.B. durch dynamische Verweisungen auf den jeweiligen Stand der Technik⁴⁷ oder etwa durch zeitlich versetzte Gebote, die der Industrie die Möglichkeit geben, bis zu einem bestimmten Termin einen hoch angesetzten Genehmigungsstandard zu erreichen⁴⁸. Fehlt es in bezug auf ei-

39 *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 39. Aus der Rspr. vgl. etwa BVerfGE 53, 30 (57 ff.); E 56, 54 (70 f., 79 f., 80 ff.); E 77, 381 (405). Aus der Lit. vgl. statt vieler *Reiner Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1989, S. 105 f. m.w.N.

40 Allgemein zu den Grenzen eines normativen Determinismus im Verwaltungsrecht in Anbetracht einer unbekannteren Zukunft z.B. *W. Schmidt*, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, Rdn. 89.

41 Zum »Recht als Stimulus der Innovationsförderung« vgl. auch *W. Hoffmann-Riem* (FN 6), S. 145. Krit. zu dem bekannten Instrumentarium im Umweltrecht *K.-H. Ladeur* (FN 11), S. 319 ff. m.w.N.

42 Vgl. z.B. § 1a Abs. 1 S. 2 AbfG; § 50 BImSchG; § 2 Abs. 1 ROG.

43 Vgl. z.B. § 1 BImSchG, § 1 AtomG, § 1 BNatSchG.

44 Vgl. den von Bayern im Bundesrat eingebrachten Gesetzesentwurf zur Änderung des § 7d EStG, der darauf abzielte, in den Produktionsprozeß integrierte Umwelttechnologien abschreibungsfähig zu machen (BR-Drucks. 327/87), um die fortschrittschemmende Wirkung der bisherigen Regelung zu überwinden, sowie *M. Kloepfer*, Umweltrecht, 1989, § 4, Rdn. 175.

45 Zur Vermeidung von Umweltbelastungen durch technologische Neuerungen durch die Anreizfunktion von Lenkungsabgaben vgl. etwa *R. Schmidt/H. Müller* (FN 22), Rdn. 33. Vgl. ferner die grundlegende Arbeit von *K. Messerschmidt*, Umweltabgaben als Rechtsproblem, 1986 u. den Überblick bei *M. Kloepfer*, Umweltrecht, 1989, § 4, Rdn. 177 ff.

46 »Jede Gesetzgebung muß sich notwendig auf die entwicklungsbezogene Offenheit und Dynamik aller wissenschaftlich-technischen Entwicklungen einrichten und dementsprechend das nötige Maß an Flexibilität und tatbestandlicher Offenheit an den Tag legen, um jene Entwicklungsprozesse auch im Rahmen juristischer Sollenssätze aufzufangen«, *R. Pitschas* (FN 5), S. 790 m.H. auf *R. Scholz*, Technik und Recht, in: Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 691 (699).

47 Vgl. die umfangreichen (Gesetzes-)N. bei *J. Ipsen* (FN 2), S. 188 f. u die grundlegende Analyse bei *P. Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, S. 145 ff. u. *A. Rittstieg*, Die Konkretisierung technischer Standards im Anlagenrecht, 1982.

48 Zum Ausgleich zwischen ökologischen Belangen und den technischen und wirtschaftlichen Realisierungsmöglichkeiten bei der Festsetzung von Umweltstandards, vgl. *M. Kloepfer* (FN 44), § 1, Rdn. 34 m.w.N. Krit. zum Prinzip des »Technology forcing« wegen der damit verbundenen Förderung von »End of the pipe«-Technologien *K.-H. Ladeur* (FN 11), S. 319 ff.

nen Regelungsgegenstand an nur einem dieser Elemente, geht die Optimierung- und Impulsfunktion des Verwaltungsrechts verloren. So nutzt die Innovationsgerichtetheit einer Norm wenig, wenn neuere und neueste Erkenntnisse nicht normativ umgesetzt werden können. Andererseits bieten Elastizitätsvorbehalte für sich genommen wiederum keine Gewähr dafür, daß Zukunftstechnologien in nicht-profitablen Bereichen von der Industrie forciert und von der Verwaltung bei der Konkretisierung von Recht berücksichtigt werden⁴⁹.

Vor dem Hintergrund der dargelegten vielfältigen Funktionen des Verwaltungsmaßstabs und der Komplexität des Innovationsprozesses erscheint es sinnvoll, für die weitere Analyse des Innovationspotentials des Verwaltungsmaßstabs gedanklich drei Elemente zu unterscheiden, nämlich erstens die Innovationsaussage des Maßstabs *selbst*, zweitens die maßstabs*immanenten* Handlungs- und Entscheidungsspielräume und drittens die maßstabs*externen* Handlungsanweisungen für den Konkretisierungsprozeß.

Zur Verdeutlichung ein Beispiel: In § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG heißt es: »Genehmigungsbedürftige Anlagen sind so zu errichten und zu betreiben, daß Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen getroffen wird, insbesondere durch die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen zur Emissionsbegrenzung.« Die *Innovationsaussage der Norm selbst* besagt, daß der jeweilige Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen (§ 3 Abs. 6 BImSchG) bei der Beurteilung der Genehmigungsvoraussetzungen zu berücksichtigen ist. Mit der dynamischen Verweisung auf den jeweiligen Stand der Technik eröffnet die Norm selbst gleichzeitig einen *Entscheidungsspielraum*, der es zuläßt, Erkenntnisse, die nach Erlaß der Norm gewonnen werden, in die Entscheidung über die Genehmigung mit einfließen zu lassen. Inwieweit diese neuen Erkenntnisse dann wirklich jeweils konkret beim Konkretisierungsprozeß verwertet werden dürfen, bestimmt sich maßgeblich nach den *normexternen Handlungsanweisungen* des Verfassungsrechts, also im vorliegenden Fall z.B. nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁵⁰. Alle drei Elemente *zusammen* ergeben das Innovationspotential einer Norm.

Für die vorliegende Fragestellung soll das erste Element, die eigentliche Innovationsaussage des Maßstabs, vernachlässigt werden; zu diesem Thema ist vorrangig die Gesetzgebungslehre gefordert. Hier interessiert in erster Linie die Innovations*offenheit* des Maßstabs, also das Problem, inwieweit neuere Erkenntnisse in den verwaltungsrechtlichen Konkretisierungspro-

49 Arbeitserleichterungsstrategien und Routine innerhalb der Verwaltung führen leicht dazu, daß das »Bewährte« dem »Neuen« vorgezogen wird vgl. A. Blankenagel, Tradition und Verfassung, 1987, S. 18 (FN 6).

50 Vgl. statt vieler D. Sellner, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 2. Aufl. 1988, Rdn. 63 u. B. Benda/R. Sparwasser, Umweltrecht, 2. Aufl., 1990, Rdn. 232.

zeß integriert werden können. Während daher in einem nächsten Schritt die maßstabsimmanenten Handlungs-, Bewertungs- und Entscheidungsspielräume der Verwaltung herausgeschält werden (B.), gilt es daran anschließend die maßstabsexternen Handlungsanweisungen für den verwaltungsrechtlichen Konkretisierungsprozeß zu erarbeiten (C.). Überlegungen zur Wandlung der Verwaltungsmaßstäbe (D.) schließen die Untersuchung ab.

B. Maßstabsimmanente Handlungs-, Bewertungs- und Entscheidungsspielräume für eigenständige Konkretisierungsleistungen der Verwaltung

I. Normen als Maßstab

1. Eigenheiten der Normstruktur verwaltungsrechtlicher Maßstäbe

Die wichtigsten, zumindest die in der Praxis bedeutsamsten Verwaltungsmaßstäbe finden sich nach wie vor im Gesetz, das zwar zunehmend im Dienste einer umfassenden Gesellschafts-, Wirtschafts- und Sozialpolitik instrumentalisiert wurde, aber seinen Anspruch auf Allgemeingültigkeit nicht aufgeben hat⁵¹.

Die Wesentlichkeitstheorie, mehr Postulat als Staatspraxis, ist längst von einer zum Allgemeinplatz gewordenen Erkenntnis abgelöst worden, wonach gesetzliche Normen nur noch begrenzt Verhalten determinieren und entsprechend auch nur beschränkt Sicherheit zu vermitteln vermögen⁵².

Die Überlassung auch wesentlicher Regelungen an Dritte, man denke etwa an den Bereich des Umweltrechts, die Variationsbreite in Bezug auf den Adressatenkreis⁵³ und die Notwendigkeit einer »situativen« Gesetzesanpassung sind Beispiele für einen *usus modernus*, der die Allgemeinheit der

51 Vgl. *F. Ossenbühl*, Gesetz und Recht, in: *HdbStR*, Bd. III (FN 10), § 61 Rdn. 22; *H. Hofmann*, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: *Chr. Starck* (Hrsg.), *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, 1987, S. 9 ff.; *E. Schmidt-Aßmann* (FN 27), S. 47. Auch die elegantesten Formeln können nicht über die Bedeutung des Gesetzes hinweghelfen vgl. etwa *I. Pernice*, Billigkeit und Härtekláuseln im öffentlichen Recht, 1991, S. 403: »So erscheint es unerlässlich, das Legalitätsprinzip nicht auf das isolierte Gesetz zu beziehen, sondern auf das Gesetz als am Verfassungsrecht selbst zu messenden, in die Rechtsordnung sich einfügenden Ausdruck eines konfliktregelnden und zugleich maßstabsetzenden demokratischen Kompromisses, als versuchsweisen, generalisierten und daher konkretisierungsbedürftigen und nie alleinmaßgebenden (Teil-)Ausdruck von Recht«.

52 Vgl. etwa *H. Schulze-Fielitz* (FN 35), S. 136; *W. Braun*, Offene Kompetenznormen - ein geeignetes und zulässiges Regulativ im Wirtschaftsverwaltungsrecht? *VerwArch* 76 (1985), S. 24 (27, 54); *J. Staube* (FN 35), S. 214 ff.

53 Begriff bei *W. Brohm* (FN 26), S. 794. Vgl. im übrigen die FN 20 f.

Normierung »nur noch als *eine* Form phasenspezifischer Problemverarbeitung, der *andere* folgen müssen«, ansieht⁵⁴.

Gesetze werden heute keineswegs nur unter dem Gesichtspunkt gerichtlicher Kontrollmöglichkeiten betrachtet, sondern als programmatische Handlungsaufträge, als Handlungsgrenzen und ganz allgemein als Steuerungsfaktoren, die mehr als nur Garantien für die Entscheidungsrichtigkeit bieten. Inzwischen allgemein gebräuchliche Gesetzesphänomenologien, etwa die von Gesetzesbefehl, Gesetzauftrag, gesetzlicher Kompetenzzuweisung, Handlungsermächtigung und bloßer Schrankenziehung⁵⁵, schließen den Auftrag an die Verwaltung ein, gesetzliche Ziele weiter zu konkretisieren. Dem Gesetz kommt vor allem Impuls- und Orientierungs- und erst in zweiter Linie Grenzziehungsfunktion zu.

Das Verhältnis der Exekutive zum Gesetz, das flexibles Verwaltungshandeln nicht nur zulasse, sondern sogar fordere, wird mit der Stellung der Verwaltung im System der Funktionenordnung des Grundgesetzes, ihrem faktisch-strukturellen Leistungsvermögen und ihrer Leistungsfähigkeit begründet⁵⁶. Die Befugnis zur Fortentwicklung der Gesetze im Rahmen einer sehr zurückgenommenen Gesetzesdirektive findet auch im Bestimmtheitsgrundsatz keine feststehende Schranke mehr, da dieser sogar vom Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die Notwendigkeit situationsgerechter Flexibilität von etwa noch bestehenden rigiden Anforderungen gelöst wurde⁵⁷. Die Feststellung, wonach der Verwaltung eine »faktische Normbildungsmacht« (*Schmidt-Aßmann*)⁵⁸ zugewachsen ist, ist daher keineswegs übertrieben, erübrigt aber andererseits auch nicht die Fragestellung, ob die unbezweifelbaren Freiräume der Verwaltung den speziellen Innovations- und Flexibilitätsansprüchen gerecht werden.

2. Normprogramme

Die nach wie vor wichtigste Unterscheidung für die unterschiedliche Dichte der Bindung des Normanwenders und damit auch für die Innovationsoffenheit und Flexibilität des Gesetzes als Verwaltungsmaßstab ist die zwischen *Final-* und *Konditionalprogramm*⁵⁹. Allerdings erweist sich diese von *Luh-*

54 So *E. Schmidt-Aßmann* (FN 27), S. 47, unter Bezugnahme auf *H. Schulze-Fielitz*.

55 Vgl. *W. Brohm*, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit als Steuerungsmechanismen in einem polyzentrischen System der Rechtserzeugung, DÖV 87, S. 265 (270).

56 Vgl. die N. in FN 35.

57 Vgl. die Nachweise bei *W. Braun* (FN 52), S. 27, FN 12.

58 (FN 51), S. 49.

59 Näheres bei *W. Schmidt*, Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen, AöR 96 (1971), S. 321 (331).

mann systemtheoretisch-verwaltungswissenschaftlich begründete, als kategorial verstandene Unterscheidung so nicht als tragfähig. Das Ziel, durch konditional programmierte Gesetze zur »einzig richtigen Lösung« und zu einem lückenlosen gerichtlichen Schutz zu kommen, kann nämlich nur unvollkommen erreicht werden. Auch innerhalb des Konditionalprogramms ist der Umgang mit dem Zweck unausweichlich⁶⁰. Die im Rahmen von Wenn-Dann-Sätzen intendierte präzise Entscheidungsplanung muß durch »sekundäre Elastizitäten«⁶¹ ergänzt bzw. korrigiert werden oder, juristisch übersetzt, durch die Einfügung von unbestimmten Rechtsbegriffen, Beurteilungsspielräumen, Handlungsermessen, kurz durch die ganze Palette administrativer Letztentscheidungsermächtigungen. Hierdurch sind beachtenswerte Spielräume für Subsumtion und Innovation belassen. Dennoch, auch wenn nicht kategorial von Zweckprogrammen unterscheidbar, ist die Bedeutung konditional programmierter Gesetze als Routineprogramme sowohl für die klassische Ordnungs- und Eingriffsverwaltung wie für die Sozialgesetzgebung uneingeschränkt⁶². Nur Gesetze dieses Programmtyps können bis zur computergerechten Anwendbarkeit verdichtet werden. Daneben ist die spezifische Leistungsfähigkeit der Zweckprogramme für die Verwaltung unverzichtbar⁶³. Zweifellos wird der Handlungsspielraum der Verwaltung zusätzlich ausgeweitet, wenn nicht eine bestimmte Rechtsfolge im Wege des Syllogismus vorgegeben, sondern nur ein bestimmter Zweck angegeben wird. Hier ist dann Raum für eine »experimentelle Verwaltungspraxis«⁶⁴, die auf Veränderungen der Umwelt reagieren und im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch unbekanntes Mittel-Zweck-Kausalitäten bewältigen kann. Die Entlastung des Gesetzgebers von technischen Detailregelungen, auch der geringere Konsensbedarf der Zweckprogrammierung⁶⁵, sind zusätzliche Gründe für die Favorisierung finalprogrammierter Gesetzesformen, mit denen zusätzliche Innovations- und Flexibilitätsmöglichkeiten geschaffen sind. Als Beispiele seien Gesetze aus der Wirtschaft (Stabilitäts- und Wachstumsgesetz, Treuhandgesetz), Planungsgesetze (§§ 1 und 2 des Raumordnungsgesetzes, § 1 BauGB) und der soziale Bereich (§§ 40, 75 BSHG) genannt. Die aufgeführten Tätigkeitsfelder der Verwaltung überlassen dieser weitgehende Freiheit bei der Wahl der Mittel.

60 So *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, 3. Aufl., 1992, S. 142 ff., zu Recht gegen *Luhmann*.

61 *N. Luhmann*, Lob der Routine, *VerwArch* 55 (1964), S. 1 (12).

62 Vgl. *R. Steinberg*, Evaluation als neue Form der Kontrolle final programmierter Verwaltungshandeln, *Der Staat* 15 (1976), S. 185 (188 ff.)

63 Vgl. schon *P. Badura*, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, *Recht und Staat*, 1966, S. 23.

64 Vgl. *F. Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970, S. 70 ff.

65 So *R. Steinberg* (FN 62), S. 192.

Aber auch die mangelnde Bestimmtheit der Zwecke finaler Gesetzesprogramme, die je nach der Bedeutsamkeit der betreffenden Regelung unterschiedlich ist⁶⁶, lassen Innovationsfreiräume bis an die Grenze der Rechtsstaatlichkeit zu. Z.B. ist für die Treuhandanstalt, der größten Industrieholding der Welt, nicht einmal das Hauptziel ihrer Tätigkeit, das Verhältnis von Sanierung und Privatisierung, eindeutig vorgegeben⁶⁷.

Neben den beiden Hauptprogrammformen stehen der Verwaltung weitere Strategien zur Verfügung, etwa *Relationierungsprogramme*, d.h. Aufträge, kollidierende Rechtsgüter und unterschiedliche Instrumente in ein angemessenes Verhältnis zu bringen⁶⁸. Hierbei beschränkt sich das Recht darauf, statt soziales Verhalten direkt zu normieren, Organisation, Verfahren und Neuverteilung von Steuerungsrechten zu regulieren⁶⁹. Dort sind einer innovationsfreudigen Verwaltung kaum noch Grenzen gesetzt. Der Maßstab für die Verwaltung besteht im Ausmaß der ihr überlassenen Optionen (Beispiel: § 50 BImSchG).

II. *Der Umgang mit der Norm*

1. *Neue Verwaltungsstile*

Neben den gesetzlich vorgegebenen oder in allgemeinen Rechtsgrundsätzen auffindbaren Verwaltungsmaßstäben gibt es stilistische Elemente des Handelns der Verwaltung, die für diese Freiräume oder Bindungen mit sich bringen und die dadurch gekennzeichnet sind, daß sie nicht nur rechtlich, sondern auch oder sogar vor allem sozialpsychologisch zu bewerten sind. Gemeint ist das auf Akzeptanz, Konsens und Kooperation hin angelegte Verwaltungshandeln, das sich vielfach informaler Formen bedient und dessen Wesen gerade in »rechtlicher Nichtregelung und Unverbindlichkeit« bestehen soll⁷⁰.

Akzeptanzsuche, gelegentlich als Modephänomen apostrophiert, inzwischen aber auch durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hoffä-

66 Vgl. *F. Ossenbühl*, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit?, 50. DJT (1974), Gutachten B 157 f.

67 Vgl. *Reiner Schmidt*, Aufgaben und Struktur der Treuhandanstalt, in: P. Hommelhoff (Hrsg.), *Treuhandunternehmen im Umbruch*, 1991, S. 25 ff. Dagegen *M. Schmidt-Preuss*, Die Treuhandanstalt und ihr gesetzgeberischer Auftrag, *Die Verwaltung* 25, (1992), S. 327 ff.

68 Vgl. *W. Hoffmann-Riem* (FN 6), S. 131 unter Bezug auf *G. Teubner* und *H. Willke*.

69 So *G. Teubner* zu den Relationierungsprogrammen, in: F. Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, 1984, S. 289 (335).

70 So *E. Bohne*, Zum informalen Verwaltungshandeln, *VerwArch* 75 (1984), S. 343 (344).

hig geworden⁷¹, entspringt letztlich einem tiefverwurzelten Sicherheitsbedürfnis des Menschen. Das Recht und die Gesetze werden akzeptiert, weil sie Frieden und Ordnung gewährleisten. Der Bürger ist zu loyaler Pflichterfüllung bereit, wenn er dies auch von Dritten erwarten kann⁷². Rechtlich betrachtet bedeutet Akzeptanz⁷³, daß staatliche Normen und Entscheidungen von den Bürgern hingenommen werden. Die Skala reicht von der Überzeugung, daß das Recht richtig und gerecht ist, weil es mit der eigenen Auffassung übereinstimmt, oder weil man überzeugt worden ist, über die Anerkennung der Autorität des Rechts – auch wenn man selbst anderer Meinung ist –, bis hin zur Bekämpfung des für falsch gehaltenen Rechts mit rechtsstaatlichen Mitteln⁷⁴.

Konsens in allen Rechtsfragen ist in der pluralistischen Demokratie nicht gefordert. Im Gegenteil. Zu ihren Wesensmerkmalen gehört das Recht zum Dissens auch in Grundsatzfragen. Die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung hängt nicht von der Akzeptanz der Betroffenen ab. Trotzdem scheint es richtig, den Versuch, Akzeptanz im Rahmen des Möglichen zu erreichen als verfassungsrechtlichen Auftrag zu qualifizieren⁷⁵. Steht hinter der Absicht der Akzeptanzverbesserung nicht allein die Implementationshilfe, sondern auch eine Verbesserung der Verwaltungsentscheidung, die nicht nur unter dem Gesichtspunkt juristischer Richtigkeit, sondern als Ergebnis eines fairen Interessenausgleichs gewürdigt wird⁷⁶, dann entstehen zusätzliche Anforderungen an die Verwaltung. Dies gilt einmal für die Notwendigkeit einer offensiven Öffentlichkeitsarbeit, zum anderen aber vor allem für die Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens.

Akzeptanzsuche durch zusätzliche Bürgerbeteiligung schränkt Entscheidungsspielräume der Verwaltung ein, weshalb das Verwaltungsverfahren nach *Luhmann* von jeder Bürgerbeteiligung freigestellt werden sollte⁷⁷. Akzeptiert man dagegen als Leitbild des kooperativen Staats der Gegenwart den Versuch einer Kompromißfindung durch Prozesse des Aushandelns

71 Im Sondervotum von *Simon* und *Häusner* zum Mülheim-Kärlich-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 53, 30 f.) findet sich die Aussage, daß eine faire Anwendung des Verfahrensrechts »Voraussetzung ist für die unerläßliche Akzeptanz atomrechtlicher Entscheidungen durch die Bevölkerung« (S. 81 f.).

72 Vgl. *T. Würtberger*, Akzeptanz von Recht und Rechtsfortbildung, in: P. Eisenmann, B. Rill (Hrsg.), *Jurist und Staatsbewußtsein*, 1987, S. 79 (S. 94).

73 Zu soziologischen Bedenken gegen den Begriff zur Akzeptanz siehe *N. Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl. 1978, S. 32 ff.

74 So *E. Benda*, Zur gesellschaftlichen Akzeptanz verwaltungs- und verfassungsrechtlicher Entscheidungen, DÖV 83, S. 305 (306). Vgl. auch allgemein zum Erfordernis der Akzeptanz *H. Hill*, Akzeptanz der Rechts-Notwendigkeit eines besseren Politikmanagements, JZ 88, 377 ff.

75 *W. Hoffmann-Riem* (FN 6), S. 134.

76 Vgl. etwa BVerwG, DVBl. 89, S. 658 (660).

77 *N. Luhmann* (FN 73), S. 211 ff.

und der Konsensbildung⁷⁸, dann stellt sich nicht etwa die Frage, ob das Verwaltungsverfahren ausreichend Abwehrstrategien ermöglicht, sondern inwieweit es für zusätzliche Bürgerbeteiligungen Innovationen, wie etwa die Einschaltung von Konfliktmittlern, zuläßt.

2. Maßstäbe für Verwaltungsstile

Für Konsensbildung und Kooperation als Möglichkeiten einer Umsetzung staatlicher Aufgaben unter Vermeidung einseitig hoheitlichen Verwaltungshandelns⁷⁹ lassen insbesondere die Maßstäbe des Verwaltungsverfahrens ausreichende Spielräume. Dies zeigt etwa das prominente Institut der Anhörung, das nur als solches, d.h. ohne jede detailliertere normative Ausformung vorgesehen ist. Nimmt man die zahlreichen Möglichkeiten wechselseitiger Kontaktaufnahmen, Verständigungen, Absprachen und ähnliche Formen der Kooperation, kurz all das, was unter informalem oder informellem Verwaltungshandeln verstanden wird⁸⁰, hinzu, dann öffnen sich erhebliche Flexibilitätsspielräume⁸¹.

Neben speziellen Normen für die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens, wie etwa dem Anhörungsverfahren nach § 73 VwVfG, ist § 10 Satz 1 VwVfG die wesentliche Grundlage für die Beurteilung der Zulässigkeit von Verwaltungshandlungen. Danach ist das Verwaltungsverfahren an bestimmte Formen nicht gebunden, soweit keine besonderen Rechtsvorschriften für die Form des Verwaltungsverfahrens bestehen. Im wesentlichen steht also die Gestaltung des Verfahrens im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Sowohl im rechtlich geregelten Verfahren, wie außerhalb dessen sind Absprachen möglich. Sie bilden die Alternative zum Erlass von Verwaltungsakten und zum Abschluß von Verwaltungsverträgen. Die möglichen Ansatzpunkte für die rechtliche Erfassung eines akzeptanzsichernden, auf Konsens und Kooperation angelegten Verwaltungshandelns, wie sie etwa in den Bestimmungen über öffentlichrechtliche Verträge, im Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben, in der Zusage, in den Formen der Duldung und Absprache, im Recht der Amtspflichtverletzung und der Selbstbindung der

78 Vgl. etwa *R. Pitschas* (FN 35), S. 317 ff., 569 ff.

79 Vgl. *Ph. Kunig*, Alternativen zum einseitig-hoheitlichen Verwaltungshandeln, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, 1990, Bd. I, S. 43 ff.

80 Grundlegend *H. Bauer*, Informales Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht, *VerwArch* 78 (1987), S. 241 ff.

81 Dies gerade ist der Grund für das Eingehen solcher informaler Beziehungen vgl. etwa *M. Kloepfer*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, *JZ* 84, 685 (689); *C.-E. Eberle*, Arrangements im Verwaltungsverfahren, *Die Verwaltung* 17 (1984), S. 439 (442).

Verwaltung, im Institut des Rechtsverhältnisses oder im Grundsatz der Verfahrensfairneß, wie er vom Bundesverwaltungsgericht herausgearbeitet wurde⁸², gesucht werden⁸³, zeigen, daß der neue Verwaltungsstil vom Verwaltungsverfahrensgesetz grundsätzlich erlaubt wird, nur durch einzelne Rechtsinstitute, insbesondere dann, wenn Rechte Dritter in Gefahr kommen, begrenzt ist und keineswegs in einen festen allgemeinen rechtlichen Ordnungsrahmen, auch nicht in den des Rechtsverhältnisses⁸⁴, eingespannt werden kann. Mit dem Gedanken der Rechtsstaatlichkeit ließe sich hier übrigens keineswegs nur im Sinne einer strengeren Formalisierung streiten, denn das Rechtsstaatsprinzip ist janusköpfig und läßt Raum für unterschiedliche Systemprinzipien⁸⁵.

C. Maßstabsexterne Handlungsanweisungen des Konkretisierungsprozesses

Das Ausfüllen der dargelegten maßstabsimmanenten Handlungs-, Bewertungs- und Entscheidungsspielräume durch eigene Konkretisierungsleistungen der Verwaltung und ihrer Adjutanten aus nicht- oder halbstaatlichen Organisationen, Verbänden etc. wird maßgeblich strukturiert und beeinflusst durch die »maßstabsexternen Handlungsanweisungen« des Verfassungsrechts. Obwohl teilweise normativ ausgeformt⁸⁶, selbst stark konkretisierungsbedürftig und mit unterschiedlicher Bindungsdichte versehen, durchziehen sie als vor die Klammer gezogene »allgemeine Grundsätze«⁸⁷ den gesamten verwaltungsrechtlichen Rechtsfindungsprozeß.

Die gedankliche, nicht etwa rechtspraktische Unterscheidung zwischen »maßstabsexternen« und »maßstabsinternen« Handlungsanweisungen ermöglicht es, genauer zu erkunden, woraus sich innerhalb der Normgestalt Flexibilitäten und Innovationsoffenheit ergeben, aus höherrangigem Verfas-

82 BVerwGE 55, 355 (360).

83 Vgl. zum ganzen *H. Bauer* (FN 80), S. 256 ff.

84 Das Rechtsverhältnis bestimmt sich in seinem Inhalt wesentlich nur nach den jeweils einschlägigen Normen des ungeschriebenen und geschriebenen Rechts, vgl. *H. Bauer* (FN 80), S. 264.

85 So zu Recht *Ph. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 278 ff.

86 Vgl. z.B. Art. 4 BayPAG (Verhältnismäßigkeit), Art. 61 BayGO (Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit).

87 Welche Regeln zu den »allgemeinen Grundsätzen« des Verfassungsrechts gehören, ist weitgehend unklar, vgl. etwa die Aufzählung bei *F. Ossenbühl* (FN 18), Rdn. 88 f.; *H. Maurer* (FN 16), § 4, Rdn. 23, *F. Weyreuther*, Bemerkenswertes über Grundsätzliches, DÖV 89, S. 321 ff. Als übergeordneter Leitgesichtspunkt erfüllt der Begriff aber eine gewisse heuristische Funktion.

sungsrecht, aus dem Europarecht oder aus den Vorgaben und Vorstellungen des einfachen Gesetzgebers.

Im Hinblick auf ihre Innovationsoffenheit lassen sich im Sinne einer Grobeinteilung drei Gruppen bilden: I. Innovationsoffene Handlungsanweisungen, II. Ambivalente Handlungsanweisungen, III. Innovationshemmende Handlungsanweisungen. Maßstab der Beurteilung ist hierbei die Frage, inwieweit die maßstabsexternen Handlungsanweisungen die Verarbeitung und Umsetzung neuerer Erkenntnisse im Konkretisierungsprozeß begünstigen oder behindern. Die Grundrechte sollen dabei nur am Rande thematisiert werden. Einmal würde eine Einzelanalyse den Rahmen der Darstellung sprengen, zum anderen fehlt ihnen in gewisser Weise der Bezug zum Allgemeinen.

I. *Innovationsoffene Handlungsanweisungen*

Innovationsoffene Handlungsanweisungen zeichnen sich dadurch aus, daß sie aus sich selbst heraus weder innovationshemmend noch innovationsfördernd wirken. Angesiedelt auf einer zweiten, *sekundären Ebene*, dienen sie als *flexible Relationierungsprogramme* der Verwirklichung und Zuordnung anderer, richtunggebender Gesetzes- und Verfassungsdirektiven.

1. *Verhältnismäßigkeit*

So besagt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁸⁸ zunächst einmal nichts anderes, als daß ein angestrebter Zweck nicht »um jeden Preis«, sondern nur mit einem Mittel verfolgt werden darf, das geeignet ist, erforderlich und nicht außer Verhältnis steht zum angestrebten Erfolg⁸⁹. Erst das verfas-

⁸⁸ Zusammenfassend zur Rspr. des BVerfG vgl. nur *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1984, § 20, IV 7 e), S. 866 f. m.w.N. Einen Überblick über die heutigen Anwendungsfelder der Verhältnismäßigkeit gibt *L. Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 25 ff. Eine Analyse der neueren Literatur findet sich bei *R. Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot – Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989.

⁸⁹ Wenn das BVerfG im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. danach fragt, ob die Entscheidung »offensichtlich fehlerhaft« bzw. »eindeutig widerlegbar« ist (vgl. z.B. BVerfGE 13, 97 [107]; E 24, 367 [406]; E 50, 50 [51]), oder ob die »Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt« ist (vgl. z.B. BVerfGE 30, 392 [316]; E 68, 155 [171]; E 80, 297 [312]), so hat dies funktionell-rechtliche Gründe, die in der Stellung des Gerichts begründet liegen. Inhaltlich reicht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz weiter, vgl. *E. Grabitz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR, 98 (1973), S. 568 (576, 615 f.); *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., 1993, Rdn. 320.

sungsrechtliche Gewicht des vorgegeben Zweckes bzw. der durch die Wahl des Mittels betroffenen Rechtsgüter entscheiden über die Rechtmäßigkeit der Maßnahme. Welche Zwecke die Verwaltung verfolgen darf, ergibt sich aus dem anzuwendenden Gesetz oder unmittelbar aus der Verfassung. Auch insoweit bleibt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz selbst in jeder Hinsicht innovationsoffen.

2. Effizienz

Dasselbe gilt für die Handlungsanweisung der Effizienz⁹⁰. Indem der Staat einer effizienten, organadäquaten Funktionenordnung zustrebt, ist er gehalten, die Funktionsfähigkeit⁹¹ der den Staat konstituierenden Organe, Verfahren etc. zu sichern und zu fördern. Effizienz ist insoweit »kein Selbstwert, sondern ein *Relationsbegriff*, der alle in der Verfassung angelegten Werte, Ziele, Aufgaben und Interessen, mithin die Gesamtheit der Bausteine einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung in eine sinnvolle, funktionstüchtige Verbindung bringen soll«⁹². Unter seiner geschmeidigen Führung wird auch das staatliche Interesse an Fortschritt und Innovation mit dem Interesse an Stabilität und Bewahrung von der Verwaltung zu einer harmonischen Gesamtaussage geformt – *ohne* Vorbewertungen in die eine oder andere Richtung. Daß der Effizienzbegriff gerade im Bereich des Rechtsschutzes⁹³ oft mißbraucht wurde, um rechtspolitische Forderungen in verfassungsrechtliche Argumentationsmuster umzuwandeln⁹⁴, vermag an sei-

90 Grundlegend krit. zur Effizienz als Auslegungskriterium wegen seiner Unbestimmtheit und Beliebigkeit schon *Ch. Pestalozza*, Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, *Der Staat* 2 (1963), S. 425 (443 f.); *H. Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, *VVDStRL* 20 (1963), S. 53 ff. Aus neuerer Zeit etwa *F. Müller*, *Juristische Methodik*, 4. Aufl., 1990, S. 224: »zweifelos abwegig«.

91 Zum verfassungsrechtlichen Topos der Funktionsfähigkeit vgl. die N. in FN 14.

92 *A. Voßkuhle* (FN 13), S. 139, vgl. auch S. 47 ff., 138 ff. m.w.N. Speziell zum Relationscharakter der Effizienz s. ferner z.B. *W. Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S. 6 ff.; *P. Häberle*, Effizienz und Verfassung, in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, S. 290 (296); *H. Frohn*, Rechtliches Gehör und richterliche Entscheidung, 1989, S. 22. Aus Sicht der Verwaltungslehre vgl. etwa *H.-U. Derlien*, Theoretische und methodische Probleme der Beurteilung organisatorischer Effizienz der öffentlichen Verwaltung, *Die Verwaltung* 7 (1974), S. 1 (10); *P. Eichhorn/H. Siedentopf*, Effizienzeffekte der Verwaltungsreform – Exemplarische Ansätze einer Wirkungsanalyse der territorialen und funktionalen Verwaltungsreform in Rheinland-Pfalz, 1976, S. 21 f.

93 Zum Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes vgl. die Auseinandersetzung und N. bei *H.-W. Arndt*, Praktikabilität und Effizienz, 1983, S. 124 ff.; *H. Frohn*, a.a.O., S. 13 ff.

94 So z.B. statt vieler *E. Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV, Rdn. 5 u.H. auf *D. Lorenz*, Der grundgesetzliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, *AöR*, 105 (1980), S. 623 (632); ferner *T.A. Haag*, Effektiver Rechtsschutz – grundrechtlicher Anspruch oder Leerformel?, Diss. Konstanz 1986, S. 60 ff.

ner handlungsleitenden Qualität ebenso wenig etwas zu ändern, wie die Friktionen im Verwaltungsverfahren zwischen Rechtsschutzauftrag und Rechtsbindung einerseits und Verwaltungseffizienz andererseits⁹⁵. Mehr als ein *flexibler »Abwägungsorientierungspunkt«*⁹⁶, als das »Schmieröl« des System will und kann Effizienz nicht sein.

3. *Wirtschaftlichkeit*

Das Wirtschaftlichkeitsgebot, als Verfassungsprinzip überwiegend anerkannt⁹⁷, den Rechnungshöfen als Kontrollmaßstab dienend (Art. 114 Abs. 2 GG) und im einfachen Gesetzesrecht als Entscheidungsmaßstab vorgesehen⁹⁸, kann als »ein inhaltsarmes, wenn nicht inhaltsleeres Prinzip«⁹⁹ angesehen werden. Für Innovationen läßt es deshalb jeden nur denkbaren Spielraum. Die Abstraktionshöhe, auf der allenfalls eine Einigkeit über den Inhalt dieses Prinzips erreichbar ist¹⁰⁰, erlaubt keine nachvollziehbaren Aussagen über die Entscheidungskriterien, nach denen staatliche Aktionen wirtschaftlich oder unwirtschaftlich sind. Wirtschaftlich sollen nämlich Handlungen sein, wenn sie ein positives Werturteil über die Kausalbeziehung einer Handlung und den von ihr hervorgerufenen Wirkungen zulassen¹⁰¹. Aber auch die Auflösung des Wirtschaftlichkeitsprinzips in ein Minimal- und ein Maximalprinzip¹⁰² hilft nicht weiter. Während nach dem Minimalprinzip der Zweck vorgegeben ist, der mit möglichst geringem Personal oder Sachaufwand erfüllt werden soll (§ 90 Nr. 4 BHO), stellt das Maximalprinzip darauf ab, daß eine Aufgabe mit gleichem Aufwand wirksamer erfüllt werden kann (ebenso § 90 Nr. 4 BHO) oder anders: nach dem Maximalgebot sind die Mittel vorgegeben, mit denen eine größtmögliche

95 Vgl. R. Wahl/J. Pietzcker (FN 10).

96 A. Voßkuhle (FN 13), S. 140.

97 So E. Schmidt-Aßmann/G. Fromm, Aufgaben und Organisation der Deutschen Bundesbahn in verfassungsrechtlicher Sicht, 1986, S. 89.

98 Vgl. § 6 Abs. 2 HGrG, § 7 Abs. 1 BHO und die entsprechenden Bestimmungen in den Ländern.

99 W. Krebs, Rechtmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit als Kontrollmaßstäbe des Rechnungshofs, in: H.H. v. Arnim (Hrsg.), Finanzkontrolle im Wandel, S. 65 (67).

100 Vgl. etwa P. Eichhorn, Verwaltungshandeln und Verwaltungskosten, 1979, S. 11 ff.; H.H. v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 21 ff.

101 So W. Krebs (FN 99), S. 66.

102 So die gängige Unterscheidung vgl. H.H. v. Arnim (FN 100), S. 19 f. Der Sparsamkeitsgrundsatz ist nach richtiger Meinung nur ein Kostenminimierungsprinzip des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes vgl. K. Vogel/P. Kirchhof, BK, Art. 114 GG, Rdnr. 101 ff.; A. Greifeld, Der Rechnungshof als Wirtschaftlichkeitsprüfer, 1981, S. 35 f.

Zweckerfüllung erfolgen soll, das Minimalprinzip stellt auf die vorgegebenen Zwecke ab¹⁰³.

Zweck und Mittel sind nur relative Kategorien. Der jeweils erreichte oder angestrebte Zweck kann Mittel zur Erreichung eines weiteren Zweckes auf höherem Abstraktionsniveau werden oder, verkürzt gesagt: eine Handlung kann zugleich als wirtschaftlich oder als unwirtschaftlich erscheinen. Betriebswirtschaftlich mag beispielsweise die Sicherung der Existenz eines Stahlunternehmens wirtschaftlich, volkswirtschaftlich aber wegen der damit verbundenen Gesamtkosten unwirtschaftlich sein. Zusätzliche Anwendungsunsicherheiten entstehen dadurch, daß in die Berechnung von Kosten und Nutzen für Staat und Gesellschaft bedeutsame nicht monetäre Faktoren einzubeziehen sind¹⁰⁴. Damit stößt die Möglichkeit der Herstellung von Nutzen-Kosten-Relationen an Rationalitätsschranken. »Sind Kosten und Nutzen einer Maßnahmealternative alle Nachteile und Vorteile der Maßnahmealternative im Hinblick auf die Systemzwecke und Systemfunktionen des Staates und seiner Verwaltung«¹⁰⁵, dann ist das Wirtschaftlichkeitsprinzip zwar in Einklang mit der Gesamtrationalität der öffentlichen Verwaltung gebracht, es ist aber nicht mehr operational. Da ein operationaler, betriebswirtschaftlicher Wirtschaftlichkeitsbegriff nur dann zugelassen ist, wenn er ausdrücklich vorgesehen ist, wie etwa bei der Gebührenerhebung¹⁰⁶, im übrigen aber die Wirtschaftlichkeitsbegriffe der Haushaltsordnungen auf einen allgemeineren als einen nur monetären Nutzen abstellen, sind einer innovationsfreudigen Verwaltung kaum Zügel angelegt¹⁰⁷.

II. *Ambivalente Handlungsanweisungen*

Von den innovationsoffenen sind die ambivalenten Handlungsanweisungen abzugrenzen. Ihnen eigen ist zum einen die innovationsgerichtete Verengung administrativer Konkretisierungsspielräume durch Forcierung der stetigen Verarbeitung und Umsetzung neuerer Erkenntnisse; die Revidierbarkeit und Überprüfbarkeit von Entscheidungen wird hier quasi verfassungsrechtlich aufgegeben. Gleichzeitig können solche ambivalenten Handlungsanweisungen aber auch status-quo-festigend wirken.

103 Im Wirtschaftlichkeitsgebot werden außerdem auch ein Differenzierungsansatz (Maximierung der Differenz zwischen Nutzen und Lasten) und ein Quotientenansatz (das Gebot, den Quotienten aus Nutzen und Lasten zu maximieren) gesehen. Vgl. *H.H. v. Arnim*, (FN 100), S. 21 ff.

104 *B. Becker* (FN 3), § 38 7, S. 702.

105 So *B. Becker*, a.a.O.

106 Siehe *P. Eichhorn* (FN 100), S. 59 ff.

107 Zum Verhältnis von Wirtschaftlichkeit und Rechtmäßigkeit siehe *W. Krebs* (FN 99), S. 70 ff.

1. Staatszielbestimmungen

a) Zukunftsperspektiven

Fast nirgendwo wird der intentionale, »in die Zukunft gerichtete«¹⁰⁸ Charakter einer Verfassungsaussage so deutlich wie bei den Staatszielbestimmungen. Sie stellen in »allgemeiner oder auch begrenzterer Form Grundsätze und Richtlinien für das staatliche Handeln« auf und geben »ihm in bestimmten Richtungen durch Gebote und Weisungen Orientierungen«¹⁰⁹. Als »mehr oder weniger kompakte Aussagen darüber, von welchem Geist und von welchen Zielvorstellungen das gesamte Handeln des Staates geprägt sein soll«¹¹⁰, weisen sie rechtlich verbindlich auf »künftig zu gestaltende soziale Sachverhalte hin«¹¹¹. Inhaltlich enger und thematisch konkreter als das Gemeinwohl, sind Staatsziele aber gleichwohl abstrakter als Gesetzgebungsaufträge, die zu ihrer Umsetzung den Erlaß bestimmter Regelung bedürfen; die Art und Weise der Realisierung der einzelnen Ziele bleibt den jeweils zuständigen Staatsorganen überlassen¹¹². Ausdrückliche Staatszielbestimmungen finden sich etwa in Art. 20 Abs. 1 GG (Sozialstaatsprinzip), in der konjunkturpolitischen Direktive des Art. 109 Abs. 2 GG (Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts), in den Art. 24 Abs. 2, 26 Abs. 1 GG (Verbot eines Angriffskrieges, Aufgabe der Friedenssicherung)

108 U. Scheuner, Normative Gewährleistungen und Bezugnahme auf Fakten im Verfassungstext, in: Festschrift Hans Ulrich Scupin, 1973, S. 323 (333).

109 U. Scheuner, Staatszielbestimmungen, in: Festschrift Ernst Forsthoff, 1972, S. 325 (335).

110 R. Herzog, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 320.

111 H.H. Klein, Staatsziele im Verfassungsgesetz - Empfiehlt es sich, ein Staatsziel Umweltschutz in das Grundgesetz aufzunehmen?, DVBl. 91, S. 729 (733). Ferner D. Merten, Über Staatsziele, DÖV 93, S. 368 (370). Vgl. auch die Definition im Bericht der vom Bundesminister des Inneren und der Justiz im Herbst 1981 berufenen Sachverständigen-Kommission Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge vom September 1983, Rdn. 7. Staatszielbestimmungen sind danach »Verfassungsnormen mit rechtlich bindender Wirkung, die der Staatstätigkeit die fortdauernde Beachtung oder Erfüllung bestimmter Aufgaben - sachlich umschriebener Ziele - vorschreibt«. Diese Formulierung ist von vielen Autoren übernommen worden, vgl. etwa P. Badura, Staatsrecht, 1986, Rdn. D 43; H.H. Klein, ebd., S. 733; W. Graf Vitzthum, Auf der Suche nach einer sozio-ökonomischen Identität?, VBilW 91, S. 404 (405); F. Ossenbühl, Probleme der Verfassungsreform, DVBl. 92, S. 468 (475). Krit. z.B. L.H. Lutz, Staatszwecke, Staatsziele und Grundrechtsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung der Positivierung des Umweltschutzes im Grundgesetz, 1986, S. 112, wegen der Gleichsetzung von Aufgaben und Zielen und der inhaltlichen Anreicherung der Definition durch die Kommission. Dort auch eine eingehende Analyse der bisherigen allgemeineren Staatszieldiskussion, ebd., S. 108 ff.

112 Vgl. deutlich in Anlehnung an U. Scheuner (FN 108) J. Isensee (FN 14), § 57, Rdn. 115, 121.

und in Art. 25 GG (Völkerrechtsfreundlichkeit)¹¹³. Daneben hat das Bundesverfassungsgericht z.B. aus Art. 12a, 65a, 73 Nr. 1, 87a GG einen allgemeinen Verteidigungsauftrag des Grundgesetzes hergeleitet¹¹⁴. Gleichzeitig verfügen die Landesverfassungen über zum Teil weitreichende Staatszielkataloge¹¹⁵.

Staatszielbestimmungen sind »in umfassender Weise auf Gesetz und Administration angewiesen«¹¹⁶. Aufgabe der Exekutive ist es insoweit, den breiten *Impulscharakter*¹¹⁷ einzelner Staatszielbestimmungen aufzufangen und in den administrativen Konkretisierungsprozeß zu integrieren. Als Abwägungs- und Auslegungsleitlinien gewinnen sie dort Konturen¹¹⁸, ohne jedoch konkreten »endgültigen Lösungen« zugeführt werden zu können; kennzeichnend bleibt ein *fortwährendes Streben*. Selbst ein formal erreichtes Staatsziel wie die Einheit des deutschen Volkes, entläßt die staatlichen Hoheitsträger aufgrund seines verfassungsrechtlichen Nachklangs kaum aus der Pflicht, das Zusammenwachsen des ehemals geteilten deutschen Staates im politischen Alltag zu fördern. Neue Chancen, Erkenntnisse und Möglichkeiten sind deshalb auch hier wie bei allen anderen durch die Verfassung in Form von Staatszielbestimmungen protegierten Themenstellungen, die ihrerseits in einem gewissen Rahmen einem stetigen Wandel unterliegen, in besonderem Maße zu berücksichtigen. So würde etwa der Verteidigungsauftrag vernachlässigt, wenn die Entscheidung über einen konkreten Ausstattungsgegenstand der Bundeswehr nicht die Entwicklung neuer Wehrtechniken berücksichtigen würde. Obwohl das nach Art. 109 Abs. 2

113 Vgl. statt vieler *K. Stern* (FN 88), § 4 II 3 h), S. 121 f.; *R. Herzog*, Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: *HdbStR*, Bd. III (FN 10), § 58, Rdn. 30.

114 Vgl. BVerfGE 28, 243 (261), st. Rspr. Zur schon länger geführten Diskussion eines Staatsziels Umweltschutz vgl. einseits *L.H. Lutz* (FN 111); *J. Isensee* (FN 14), § 57, Rdn. 128 ff. u. andererseits *B. Bock*, Umweltschutz im Spiegel von Verfassungsrecht und Verfassungspolitik, 1990; *W. Kahl*, Staatsziel Umweltschutz und die Vereinigung Deutschlands, ZRP 91, S. 9 ff. Ferner *N. Müller-Bromley*, Staatszielbestimmung Umweltschutz im Grundgesetz, 1990.

115 Vgl. etwa Art. 3 BV: »(1) Bayern ist ein Rechts-, Kultur- und Sozialstaat. Er dient dem Gemeinwohl. (2) Der Staat schützt die natürlichen Grundlagen und die kulturelle Überlieferung.« Dazu *Th. Meder*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 4. Aufl., 1992, Art. 3, Rdn. 21 ff. Zu weiteren Staatszielbestimmungen in den Landesverfassungen vgl. Bericht (FN 111), Rdn. 15. Insbesondere zu den Staatszielbestimmungen und sozialen Grundrechten in den Verfassungsentwürfen der neuen Bundesländer vgl. etwa *W. Graf Vitzthum* (FN 111), S. 404 ff.; *Ch. Feddersen*, Die Verfassungsgebung in den neuen Ländern: Grundrechte, Staatsziele, Plebiszite, DÖV 92, S. 989 ff.; *F. Ossenbühl* (FN 111), S. 475 f.; *D. Merten* (FN 111), S. 375 ff.

116 *K. Stern*, Staatsziele und Staatsaufgaben in verfassungsrechtlicher Sicht, in: *Bitburger Gespräche* (1984), S. 5 (19).

117 Zu eng Bericht (FN 111), Rdn. 6.

118 Dazu am Beispiel der diskutierten Staatszielbestimmung Umweltschutz *Reiner Schmidt*, Umweltschutz als Verfassungsgebot, in: *L. Schulz* (Hrsg.), *Ökologie und Recht*, 1991, S. 91 (100).

GG i.V.m. § 1 StabG anzustrebende Ideal aus Stabilität des Preisniveaus, hohem Beschäftigungsstand, außenwirtschaftlichem Gleichgewicht und stetigem, angemessenem Wachstum nicht zu erreichen ist, muß das Bemühen der Verwaltung doch darauf gerichtet sein, unter Verwendung neuerer Forschungsergebnisse der Wirtschaftswissenschaften durch Vergabe von staatlichen Aufträgen, wirtschaftspolitischen öffentlichen Äußerungen etc. ein Ungleichgewicht dieser vier Ziele zu vermeiden¹¹⁹.

b) *Kollisionslagen*

Der innovationsfördernde Impuls einzelner Staatszielbestimmungen relativiert sich jedoch im Rahmen ihrer Gesamtbetrachtung. Die durch einander widersprechende Verfassungsdirektiven ausgelösten Kollisionen¹²⁰ verdünnen den Orientierungsgehalt abstrakter Richtungsvorgaben leicht zu aussagelosen Allgemeinplätzen, die dann als Argumentationshülsen mißbraucht, jede Entscheidung begründbar machen, indem einmal dem einen und einmal dem anderen Ziel bei der Rechtskonkretisierung mehr Gewicht eingeräumt wird¹²¹. Die Komplexität sich überlappender Politikziele gerade etwa im Bereich der Wirtschaftsverwaltung¹²² führt innerhalb der Exekutive deshalb leicht zu vermeintlich sicheren *Beharrungsstrategien*. Insgesamt bleiben die Staatszielbestimmungen deshalb trotz ihrer starken impulsgebenden Wirkung im Hinblick auf die Innovationsfrage ambivalent.

2. *Verfassungsrechtliche Schutzpflichten*

a) »Dynamischer Grundrechtsschutz«

Ausgehend von der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Forderung nach der »Dynamisierung des Rechtsgüterschutzes«¹²³ ist die Schutzdimen-

119 Vgl. BVerfGE 79, 311 (339) u. statt vieler *Reiner Schmidt*, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: HdbStR, Bd. III (FN 10), § 83, Rdn. 30, 33; *ders.*, Prinzipien der deutschen Wirtschaftsordnung - der juristische Aspekt, in: P. Kirchhof/D.P. Kommers (Hrsg.), Deutschland und sein Grundgesetz, 1993, S. 349 (358 f.).

120 Vgl. dazu insbes. *P. Lerche*, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR, 90 (1965), S. 341 (348); *U. Scheuner* (FN 109), S. 339 f.; *H.H. Klein* (FN 111), S. 734.

121 Deshalb erscheint es wichtig, einen ausgewogenen Zielkatalog zu formulieren. Vgl. Art. 2 des Entwurfes der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, den *J. Isensee* (FN 14), § 57, Rdn. 120, als den »reifsten seiner Art« bezeichnet.

122 Zu Formen, Zielen und Entscheidungsproblemen der Wirtschaftspolitik vgl. statt vieler *Reiner Schmidt* (FN 39), 1990, § 7 I 2, S. 301 ff.

123 BVerfGE 49, 89 (139).

sion der Grundrechte¹²⁴ zu einem wahren *Innovationsmotor* der Verwaltungsmaßstäbe geworden. Dies gilt insbesondere für den Bereich von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG¹²⁵. Dort liegt naturgemäß die Gefahr irreparabler Schäden besonders nahe. Gleichzeitig sind Leben und Gesundheit in vielfältiger Weise und durch zahlreiche ungeklärte Risikofaktoren bedroht. »Nur eine laufende Anpassung der für die Risikobeurteilung maßgeblichen Umstände an den jeweils neusten Erkenntnisstand vermag hier dem Grundsatz einer bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge zu genügen«¹²⁶. Auch wenn die Legislative »der bevorzugte Adressat der Schutzpflichten« ist¹²⁷, verbleiben schon aus Gründen einer organadäquaten Kompetenzordnung erhebliche Konkretisierungskompetenzen bei der Exekutive¹²⁸. Nur sie ist in der Lage, reaktionsschnell und flexibel neuere Erkenntnisse unmittelbar in den Rechtskonkretisierungsprozeß einfließen zu lassen, was der Gesetzgeber bei der Normierung »administrativer Letztentscheidungsermächtigungen«¹²⁹ zu berücksichtigen hat. Schutzpflichtkonformes Verhalten der Verwaltung wird daher nicht nur im Rahmen des (polizeilichen) Opportunitätsmessen relevant¹³⁰, sondern überall dort, wo Konkretisierungsspielräume gefahrenrechtliche Bezüge aufweisen. Da Schutzpflichten, anders als

- 124 Sie wird vom BVerfG aus der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte gewonnen, BVerfGE 49, 89 (142); 57, 250 (284 f.); E 77, 170 (214 f.). So auch die h.M., vgl. die N. bei *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 69 IV 1, S. 931, FN 209 u. die Darstellung des Meinungsspektrums bei *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 43 ff., 77 ff. Krit. insbes. *J. Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 211 ff.; *D. Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 88 ff. (106), die eine abwehrrechtliche Lösung favorisieren.
- 125 Vgl. BVerfGE 53, 30 ff.; E 56, 54 ff.; E 77, 170 (222 ff.) E 79, 174 (201 f.). Vgl. desw. *G. Hermes* (FN 124). Auch aus anderen Grundrechten sind konkrete Schutzpflichten abgeleitet worden, vgl. z.B. BVerfGE 55, 37 (68) – Art. 5 Abs. 3 GG; BVerfGE 52, 357 (365) – Art. 6 Abs. 1 GG; BVerfGE 75, 40 (62 ff.) – Art. 7 Abs. 4 GG; BVerfGE 81, 242 (255) – Art. 12 Abs. 1 GG. Der Schutzpflichtansatz dürfte mittlerweile wohl zum Bestandteil der allgemeinen Grundrechtsdogmatik gehören und insoweit für alle Freiheitsgrundrechte gelten, vgl. *H. Jarass*, Die Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), S. 363 (380); *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 410, sowie *K. Stern* (FN 124), § 69 IV 5, S. 944 m.w.N. in FN 264; offengelassen bei BVerfGE 69, 315 (355).
- 126 BVerfGE 49, 89 (139). Vgl. auch BVerfGE 53, 30 (58 f) sowie (88 [SV]). Wo genau jeweils die Grenze zwischen grundrechtlich geschützter Handlungsfreiheit und grundrechtlich gebotener Unterbindung riskanten Handelns Privater liegt, ist umstritten, vgl. die Darstellung des Streitstandes bei *J. Dietlein* (FN 38), S. 107 f. m.w.N.
- 127 *K. Stern*, Staatsrecht (FN 124), § 69 IV 6 c) B), S. 951.
- 128 Deutlich zur Beachtung des Schutzpflichtgedankens bei der Anwendung und Auslegung des einfachen Gesetzesrechts, BVerfGE 46, 160 (164 f.); E 53, 30 (65 f.). Vgl. auch *H. Jarass* (FN 125), S. 381; *J. Isensee* (FN 38), § 111, Rdn. 90, 148; *K. Stern* (FN 124), § 69 IV 6 c), S. 952; *J. Dietlein* (FN 38), S. 71 f., 109 f.
- 129 *E. Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV, Rdn. 188 (1985).
- 130 Zu eng daher *J. Isensee* (FN 38), § 111 Rdn. 167.

Regeln, nicht nur die Alternative der Einhaltung oder Verletzung kennen, geraten sie bereichsspezifisch verdichtet zu *konstanten Optimierungsgebote*n für administratives Handeln¹³¹.

b) *Risikoverbote*

Allerdings verengt sich ab einer gewissen Gefahrenschwelle das an sich flexible Handlungsspektrum der Verwaltung – genauso wie dem Gesetzgeber steht es grundsätzlich in ihrem Ermessen, wie sie ihre Schutzpflicht wahrnimmt¹³² – deutlich. Bei ungeklärten und potentiell großen Risiken für Leib und Leben etwa kann der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG unter Umständen nur durch Verbot oder Nichtgenehmigung einer risikoreichen Industrieanlage Genüge getan werden¹³³. Die Schutzpflicht gerät zum partiellen *Innovationshemmnis*.

3. *Der Gleichheitssatz*

Ein Abweichen von einer einmal eingeschlagenen Verwaltungspraxis scheint schließlich immer dann notwendig, wenn der neue Sachverhalt derartig von

- 131 Vgl. insbes. *J. Isensee* (FN 38), § 111, Rdn. 138 f. Aus einer verfassungsrechtlich konkret formulierten Schutzpflicht läßt sich aber keine Eingriffermächtigung ableiten, so aber BVerfGE, NJW 1989, S. 3269 (3270); BVerwGE 87, 37 (50 f.). Ablehnend auch *W. Wahl/J. Masing*, Schutz durch Eingriff, JZ 90, S. 553 (563); *P. Preu*, Freiheitsgefährdung durch die Lehre von der grundrechtlichen Schutzpflichten, JZ 91, S. 265 (267). Hier wie auch ansonsten gilt: Die Grundrechte, in welcher Funktion auch immer, binden »bei der Wahrnehmung bestehender Kompetenzen, begründen jedoch nicht selbst Kompetenzen«, BVerfGE 81, 310 (334).
- 132 »Wie die staatlichen Organe ihre Verpflichtung zu einem effektiven Schutz des Lebens erfüllen, ist von ihnen grundsätzlich in eigener Verantwortung zu entscheiden. Sie befinden darüber, welche Schutzmaßnahmen zweckdienlich und geboten sind, um einen wirksamen Lebensschutz zu gewährleisten.«, BVerfGE 46, 160 (164), st. Rspr., vgl. z.B. aus neuerer Zeit BVerfGE 73, 40 (91 ff.); E 76, 1 (50 f.); ferner *Reiner Schmidt* (FN 39), § 4 I 1 b) cc), S. 105 f.; *K. Stern* (FN 124), § 69 IV 6 b), S. 950; *J. Isensee* (FN 38), § 111, Rdn. 162 ff.
- 133 Jenes »Restrisiko«, das auch durch die bestmöglichen Vorkehrungen der Vorsorge und Abwehr nicht völlig gebannt werden kann, obwohl seine Realisierung praktisch, aber nicht absolut ausgeschlossen ist, liegt im übrigen keinesfalls außerhalb des Tatbestandes der Schutzpflicht (so aber *Ch. Degenhart*, Kernenergierecht, 2. Aufl. 1982, S. 147 f.; *P. Marburger*, Rechtliche Grenzen technischer Sicherheitspflichten, WiVerw, 81, S. 241 [243 ff.]; *M. Kloepfer*, Umweltschutz und Verfassungsrecht – Zum Umweltschutz als Staatspflicht, DVBl. 88, S. 305 [311]). Der Staat hat es vielmehr in seine Abwägung über die Grenzen der Tolerierung risikobelasteter Tätigkeiten und ihrer konkreten Behandlung mit einzustellen; »sozial-adäquate Lasten« sind nur eher zumutbar, so wohl auch eigentlich die Intention von BVerfGE 49, 89 (142 f.); E 53, 30 (59); vgl. ferner, *J. Isensee* (FN 38), § 111, Rdn. 108; *K. Stern* (FN 124), § 69 IV 6 e), S. 953; *J. Dietlein* (FN 38), S. 115 f.

vergleichbaren Sachverhalten abweicht, daß er nicht gleichbehandelt werden darf. Art. 3 Abs. 1 GG verbietet nach der Formel des Bundesverfassungsgerichts¹³⁴ bekanntlich nicht nur »wesentlich Gleiches willkürlich ungleich«, sondern auch »wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln«. Die »tatsächlichen Ungleichheiten in dem jeweils in Betracht kommenden Zusammenhang« müssen dabei so bedeutsam sein, »daß die Gleichbehandlung der Fälle mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise unverträglich« wäre¹³⁵. Von daher gesehen begünstigt das Differenzierungsgebot¹³⁶ eine flexible Rechtskonkretisierung. Rein theoretisch muß die Eigenart jedes neuen Lebensachverhalts ab einer gewissen Qualität zu einer sachlichen Neubewertung der bisherigen Entscheidungspraxis führen. Langfristig entstehende Entscheidungsroutinen, wie sie in größeren Verwaltungseinheiten üblich sind, dürften sich insofern, angesichts der »Einzigartigkeit jedes Falles«, kaum auf Dauer durchhalten lassen.

Daß der Alltag regelmäßig anders aussieht, hat nicht nur seine Ursache in der Schwierigkeit, eine *willkürliche* Gleichbehandlung nachzuweisen; hier hat die sog. »neue Formel« des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts, die statt *irgendeines* sachlichen Grundes nunmehr einen *angemessenen* Grund für eine Un/Gleichbehandlung fordert¹³⁷ und insofern an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anknüpft¹³⁸, zu einer erhöhten Kontrolldichte beigetragen¹³⁹. Entscheidender dürfte das Problem der Vergleichsgruppenbildung sein. Jeder Verstoß gegen das Differenzierungsverbot beinhaltet nämlich aus anderer Sicht auch einen Verstoß gegen das Gleichbehand-

134 BVerfGE 4, 144, 155, st. Rspr., aus neuerer Zeit vgl. etwa BVerfGE 60, 16 (42); E 78, 104 (121).

135 BVerfGE 19, 354, 367. Vgl. auch E 52, 256 (263); E 67, 70 (85 f.); E 74, 182 (200) u. die N. bei *K. Stern*, Das Gebot der Ungleichbehandlung, in: Festschrift Günter Dürig, 1990, S. 207 (212 f.).

136 Allgemein dazu auch *Ch. Starck*, in: H. v.Mangoldt/F. Klein/Chr. Starck, Das Bonner GG, 3. Aufl., 1985, Art. 3 I, Rdn. 15 ff.; *P. Kirchhof*, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: HdbStR, Bd. V (FN 38), § 124, Rdn. 278.

137 Vgl. BVerfGE 55, 72 (88); E 75, 284,(300); E 84, 348 (359) u. im übrigen die N. bei *W. Riefner*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 3 I, Rdn. 25 f. (1992), der von einer Annäherung des Zweiten Senats an die Rspr. des Ersten Senats ausgeht. Zurückhalten der z.B. *F. Schoch*, Der Gleichheitssatz, DVBl. 88, S. 876; *K. Stern* (FN 135), S. 212.

138 Sondervotum *Katzenstein*, BVerfGE 74, 28 (30), *K. Hesse*, Der Gleichheitssatz in der neuen deutschen Verfassungsentwicklung, AöR 109 (1984), S. 174 (189); *G. Robbers*, Der Gleichheitssatz, DÖV 88, S. 749 (751 f.). Ungeklärt ist aber noch, in welchem Umfang der Erste Senat die Einzelmerkmale des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wirklich prüft, vgl. *M. Gubelt*, in: I. v.MüncH/Ph. Kunig, GG, 4. Aufl., 1992, Art. 3, Rdn. 14 m.w.N.

139 Vgl. etwa *R. Wendt*, Gleichheitssatz, NVwZ 88, S. 778 (781); *M. Gubelt* (FN 138), Art. 3 I, Rdn. 14 m.w.N.

lungsgebot¹⁴⁰. Zur Illustration soll ein Fall aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁴¹ dienen. Danach verletzte die Gleichbehandlung von solchen Funktionären, die die freiheitlich-demokratische Grundordnung mit legalen Mitteln bekämpft haben, weil die Verfassungswidrigkeit ihrer Partei erst später festgestellt wurde, mit solchen, die dies mit verbotenen Mitteln getan haben, im Rahmen der Anwendung von § 6 Abs. 1 Nr. 2 BEG das »Recht auf Ungleichheit«¹⁴². Man könnte darin aber auch genauso gut eine willkürliche Ungleichbehandlung zwischen den Funktionären sonstiger zulässiger Parteien und denen, die die freiheitliche-demokratische Grundordnung bekämpft haben (ob mit legalen oder mit illegalen Mitteln) sehen, die ebenfalls wegen Art. 21 GG unzulässig ist¹⁴³. Das Gleichbehandlungsgebot deutet dann aber anders als das Differenzierungsgebot in Richtung Konstanz und Bindung der Verwaltung. Mithin bleibt Art. 3 Abs. 1 GG insoweit als Handlungsanweisung ambivalent.

III. *Innovationshemmende Handlungsanweisungen*

Als letzte große Gruppe sind die innovationshemmenden Handlungsanweisungen darzustellen. Sie verengen die bestehende administrativen Konkretisierungsspielräume, indem sie eine bestimmte Entscheidungspraxis für die Zukunft festschreiben und die Berücksichtigung neuerer Entwicklungen dementsprechend verhindern.

1. *Selbstbindung der Verwaltung*

a) *Allgemeines*

Das damit offenbar werdende »Spannungsverhältnis zwischen Kontinuität und Entwicklung« im Bereich des Verwaltungshandelns zeigt sich in ganz spezifischer Weise beim Begriff der »Selbstbindung der Verwaltung«¹⁴⁴. Ge-

140 So etwa grundlegend *A. Podlech*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 56 ff. Vgl. desw. z.B. *B. Pieroth/B. Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 9. Aufl. 1993, Rdn. 501 f.; *W. Riefner* (FN 137), Art. 3 I, Rdn. 9 f. Instruktiv zum Problem auch *R. Alexy* (FN 125), S. 371 ff.

141 BVerfGE 13, 46 ff.

142 So der gleichnamige Titel der Schrift von *H. Schoeck*, 3. Aufl., 1988.

143 So auch *B. Pieroth/B. Schlink* (FN 140), Rdn. 502.

144 So *G. Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 I, Rdn. 446 (1973).

rade indem der Verwaltung zur flexiblen, sachnahen Bewältigung der Staatsaufgaben Handlungs-, Bewertungs- und Entscheidungsspielräume eingeräumt werden (müssen), ist sie selbst von vorneherein gezwungen, in größeren Zusammenhängen zu denken¹⁴⁵, sich prinzipientreu¹⁴⁶ und folgerichtig¹⁴⁷ zu verhalten und auf Dauer tragfähige, in sich konsequente Konzepte¹⁴⁸ zu entwickeln.

Selbstbindungen der Verwaltung programmieren zukünftiges Verhalten in den Bereichen, die nur beschränkt Fremdbindungen unterliegen, also dort, wo das gesetzliche Handlungsprogramm durch Eigenprogrammierung der Exekutive ergänzt oder – in gewissem Rahmen – sogar ersetzt¹⁴⁹ wird¹⁵⁰. In einem weiter verstandenen Sinne finden sie in den unterschiedlichsten Formen statt: durch Erlaß von Verwaltungsakten wie durch Herausbilden einer Verwaltungspraxis, durch Zusagen und Verträge, aber natürlich auch durch informelle Kooperation oder das schlichte Schaffen von Tatsachen¹⁵¹. Im folgenden interessieren nur Selbstbindungen kraft Verfassungsrecht. Damit scheiden konkret-individuelle Bindungen, die ihren Ursprung in sich selbst haben, wie etwa die des Verwaltungsakts, der ohne Bestandskraft nicht denkbar ist, oder die des Vertrags bzw. der Zusicherung, denen die Bindungswirkung ebenfalls immanent ist¹⁵², genauso aus, wie rein faktische Bindungen.

Ihr verfassungsrechtliches Fundament findet die Selbstbindung im Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Danach darf die Verwaltung von einer einmal eingeschlagenen Verwaltungspraxis in gleichgelagerten Fällen nicht ohne sachlich angemessenen Grund wieder abweichen¹⁵³. Diese Bindung entsteht dogmatisch gesehen schon nach der ersten Entscheidung. Das verwaltungseigene Handlungsprogramm kristallisiert sich allerdings in Anbetracht der Vielzahl der bei jedem Fall zu bedenkenden Aspekte in der Regel

145 Vgl. *D. H. Scheuing*, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1982), S. 152 (157).

146 Vgl. *G. Dürig* (FN 144), Art. 3 GG, Rdn. 447.

147 *W. Jellinek*, Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S. 321.

148 Vgl. *W. Schmidt*, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, 1969, S. 104.

149 Durch die Verfassungsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) besteht natürlich grundsätzlich eine permanente Fremdbindung der Verwaltung; sie kann aber aufgrund des Abstraktionsniveaus einzelner Verfassungsnormen unter Umständen verschwindend gering sein, vgl. oben A I.

150 Vgl. statt vieler prägnant *F. Ossenbühl*, Selbstbindungen der Verwaltung, DVBl. 81, S. 857 (858).

151 Zu den vielfältigen Bindungen, denen die Verwaltung unterliegt vgl. insbes. die Referate von *Scheuing*, *W. Hoffmann-Riem* und *B. Raschauer* zu »Selbstbindungen der Verwaltung« auf der Staatsrechtslehrertagung 1982, VVDStRL 40, S. 152 ff., 187 ff., 240 ff.

152 Vgl. dazu statt vieler *H. Maurer*, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: HdbStR, Bd. III (FN 10), § 60, Rdn. 66, 87, 91.

153 Vgl. statt vieler *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, in: ders./W. Martens (Hrsg.) (FN 16), § 10, Rdn. 20; *N. Achterberg* (FN 16), § 5, Rdn. 5, jeweils m.w.N.

erst bei länger andauernder, gleichmäßiger Übung derart heraus, daß unsachgemäße Abweichungen ohne weiteres feststellbar und (gerichtlich) rüggbar sind¹⁵⁴. Insoweit erleichtern Ermessensrichtlinien und Verwaltungsvorschriften, deren Außenwirkung trotz des Wuhl-Urteils des Bundesverwaltungsgericht¹⁵⁵ weiterhin äußerst fraglich sein dürfte¹⁵⁶, den Vorwurf gleichheitswidrigen Verhaltens¹⁵⁷. Sie indizieren¹⁵⁸ eine bestimmte Verwaltungspraxis und machen diese durch ihre formalisierte, tatbestandliche Ausformung deutlich greifbar¹⁵⁹ – auch wenn die Vermutung der Kongruenz zwischen Verwaltungspraxis und Verwaltungsvorschrift im Einzelfall entkräftet werden kann¹⁶⁰.

Bei Änderung der Sach- und Rechtslage darf sowohl von der bisherigen Verwaltungspraxis abgewichen als auch die bisherige Verwaltungsvorschrift verworfen werden¹⁶¹. Dasselbe muß für neuere Erkenntnisse oder Erfahrungen gelten. Sie stellen im Lichte des Gleichheitsgebots ein sachgemäßes Differenzierungskriterium dar, es sei denn, sie kollidieren mit konkret (verfassungsrechtlich oder einfachgesetzlich) normierten Differenzierungsver-

154 Deutlich *G. Dürig* (FN 144), Art. 3 I GG, Rdn. 439 m.w.N. Vgl. auch *F. Ossenbühl* (FN 150), S. 862.

155 Dort wurde eine modifizierte Bindung des Verwaltungsrichters an die »normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift« des § 45 Strahlenschutzverordnung anerkannt mit der Folge einer – wenn auch begrenzten – rechtlichen Außenwirkung, vgl. BVerwGE 72, 300 (320 f.). Vgl. insgesamt zur Problematik *B. Benda/R. Sparwasser* (FN 50), Rdn. 269 f. m.w.N.

156 So auch explizit *H. Maurer* (FN 16), § 24, Rdn. 25a. Vgl. ferner BVerwGE 8, 4 (10); E 34, 278 (280); E 44, 72 (74 f.); E 61, 15 (18). Der Streit, ob sich dagegen eine unmittelbare Außenwirkung über den Grundsatz des Vertrauensschutzes oder eine originäre Rechtssetzungskompetenz der Exekutive herleiten läßt (vgl. statt vieler *F. Ossenbühl* [FN 18], § 7, Rdn. 48 ff.; *H. Faber*, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1989, § 11 I, S. 67 f.; *W. Schmidt* [FN 40], Rdn. 20 f.), soll aber an dieser Stelle nicht weiter verfolgt werden. Das Wuhl-Urteil läßt sich hier jedenfalls nicht verallgemeinern, vgl. restriktiv BVerfGE 78, 214 (227); BVerfGE 80, 257 (265) u. desw. BVerwG, NVwZ 88, S. 824; BVerwGE 77, 285 (290). Auch das oft zitierte Problem des »ersten Falls«, gibt keine eindeutige Richtung an. Zwar fehlt es insoweit zunächst an einem Vergleichsmaßstab als unbedingte Voraussetzung für die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG. Bei rechtlicher Klärung des Falles dürfte sich aber regelmäßig eine Verwaltungspraxis herausgebildet haben, die als Vergleichsmaßstab dienen kann, so daß es der von der Rspr. herausgebildeten Hilfskonstruktion der »antizipierten Verwaltungspraxis« (vgl. BVerwGE 52, 193 [199]; BVerwG, DVBl. 82, S. 196) gar nicht bedarf. Sollte der erste Fall ein einzelner bleiben, besteht eben – sinnvollerweise – keine Selbstbindung.

157 Zur erlaubten Abweichung in atypischen Fällen vgl. BVerwG DÖV 79, S. 393; DÖV 85, S. 683; OVG Münster DÖV 85, S. 204.

158 Vgl. BVerwG, DVBl. 81, S. 1149; DVBl. 86, S. 110 (111).

159 Neben den bereits Genannten vgl. statt vieler *P. Kirchhof*, Gleichheit in der Funktionenordnung, in: HdbStR, Bd. V (FN 38), § 125, Rdn. 17.

160 Vgl. *F. Ossenbühl* (FN 150), S. 862 (FN 61).

161 Vgl. aus der Rspr. BVerwGE 46, 89 (91); E 70, 127 (136); BGH, NJW 87, S. 1329 (1331). Aus der Lit. vgl. nur *G. Dürig* (FN 144), Art. 3 GG, Rdn. 447; *P. Kirchhof* (FN 159), § 125, Rdn. 54 ff.; *F. Ossenbühl*, Autonome Rechtsetzung der Verwaltung, in: HdbStR, Bd. III (FN 10), § 65, Rdn. 52; *H. Maurer* (FN 152), § 60, Rdn. 98.

boten¹⁶². Schwierigkeiten bereiten allein die seltenen Fälle, in denen die Verwaltung ohne äußeren Anlaß plötzlich davon ausgeht, eine andere, als die bisherige Praxis sei zweckmäßig. Mit *G. Dürig*¹⁶³ wird man insoweit folgende Grundregeln zu beachten haben: Die Verwaltung darf nicht »springen«, sie darf keine Exempel statuieren und Personenwechsel dürfen nicht zur Praxisänderung führen. Schnelle Änderungen des Administrativprogramms im Rahmen einer gewissen Experimentierphase, während derer die Verwaltung versucht, Lösungswege für neu auftretende Problemkonstellationen zu entwickeln, sind dagegen nicht zu beanstanden¹⁶⁴. Trotz der Verpflichtung auf »Konstanz im Wechselhaften«¹⁶⁵ büßt die Verwaltung nach alledem durch den Selbstbindungsgrundsatz nur sehr beschränkt an Flexibilität ein; die Entscheidungsmaßstäbe bleiben grundsätzlich relativ zukunfts offen.

b) *Systemgerechtigkeit*

Der im vorliegenden Kontext gelegentlich thematisierte Gedanke der *Systemgerechtigkeit*¹⁶⁶ vermag an diesem Resultat wenig zu ändern. Danach müßte sich die *Verwaltung* auch bei Korrektur ihrer Verwaltungspraxis und unabhängig von vorliegenden Vergleichsfällen an der von ihr selbst statuierten Sachgesetzlichkeit und den von ihr selbst aufgestellten Regelungsprinzipien festhalten lassen. Relevant würde eine solche Kontinuitätspflicht etwa bei detailliert ausgearbeiteten Vollzugsprogrammen in Form von Verwaltungsvorschriften, wie sie beispielsweise im Subventionsbereich existieren¹⁶⁷.

Schon in seinem ureigensten Bestimmungsfeld, bei der Selbstbindung des *Gesetzgebers*, gibt der Grundsatz der Systemtreue jedoch recht wenig her.

162 Zur Beachtung von Differenzierungsverboten durch die Verwaltung vgl. insbes. *E. Stein*, in: Alternativkommentar zum GG, 2. Aufl. 1989, Art. 3, Rdn. 65.

163 (FN 144), Art. 3 I GG, Rdn. 457 ff.

164 Deutlich *F. Ossenbühl* (FN 150), S. 862, der aber Einschränkungen bei detaillierten Ermessensrichtlinien macht, da diese keines »Vorlaufs« bedürften. Gerade bei unbekanntem Massenphänomenen kann aber ein Bedürfnis nach einheitlicher Ermessensauslegung durch Verwaltungsvorschriften bestehen, ohne daß diese völlig ausgereift sein müssen.

165 *B. Raschauer* (FN 151), S. 272.

166 Vgl. z.B. *J. Pietzcker*, Selbstbindungen der Verwaltung, NJW 81, S. 2087 (2092); *F. Ossenbühl* (FN 150), S. 860.

167 So z.B. *F. Ossenbühl* (FN 150), S. 860. Nicht hierher gehören im übrigen die Sachverhalte, bei denen von der Verwaltung gefordert wird, systematisch zu handeln, etwa bei Abrißverfügungen gegen Schwarzbauten (vgl. dazu BVerwG, DVBl. 73, 636 [639]; OVG Bremen, NVwZ 86, S. 61; *V. Götz*, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Rechtsanwendung im Verwaltungsrecht, NJW 79, S. 1482 [1482]). Hier besagt die Forderung, systematisch vorzugehen, nichts anderes, als daß die Verwaltung nicht »springen« darf.

Nach anfänglicher Euphorie¹⁶⁸, die das Bundesverfassungsgericht durch Formulierungen auslöste wie: »An einen einmal gewählten Grundsatz . . . muß der Gesetzgeber folgerichtig festhalten«¹⁶⁹ und ». . . der Gesetzgeber darf Gesetzmäßigkeiten, die in der Sache liegen . . . nicht mißachten«¹⁷⁰, vielmehr müsse er der »von ihm selbst statuierten Sachgesetzlichkeit«¹⁷¹ Rechnung tragen, besann sich das Gericht eines besseren. Seit dem 59. Band heißt es in stetiger Rechtsprechung: »Indessen verstößt die Systemwidrigkeit für sich allein . . . nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Nach welchem System der Gesetzgeber eine Materie ordnen will, obliegt, ebenso wie die Zweckmäßigkeit einer Regelung, seiner Entscheidung; das Bundesverfassungsgericht kann eine solche Regelung nur nach den Maßstäben der Verfassung, nicht aber unter dem Gesichtspunkt der Systemwidrigkeit für verfassungswidrig erklären«¹⁷². Allenfalls als *Indiz* für das Vorliegen eines Gleichheitsverstoßes sei die Systemwidrigkeit einer Ausnahmeregelung tauglich¹⁷³. Neubewertungen der Sachlage bzw. Modifizierungen, Fortentwicklungen und Durchbrechungen bestehender Regelungskomplexe sind folglich durch den Topos der Systemgerechtigkeit keineswegs ausgeschlossen. Sein Gestaltungsauftrag verbietet es dem Gesetzgeber, sich durch einmalige Entscheidung für ein bestimmtes »System« selbst aus der Verantwortung für ein zukunftsgerichtetes Handeln zu entlassen¹⁷⁴. Es mag für ihn bei sehr klaren, in sich konsistenten Regelungsstrukturen schwieriger sein, sachlich angemessene Gründe für eine Ungleichbehandlung zu finden, und man mag die-

168 Für eine selbständige Bindung an die Systemgerechtigkeit als eigenständiges Rechtsgebot etwa *Ch. Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976, S. 79 ff.; *J. Burmeister*, Vertrauensschutz im Prozeßrecht, S. 7 ff.; *K. Lange*, Systemgerechtigkeit, *Die Verwaltung*, 4 (1971), S. 259 ff. Einen entschiedenen Rationalitätsgewinn und eine Verdichtung der Gleichheitsprüfung versprechen sich z.B. *Ch. Starck* (FN 136), Art. 3 I, Rdn. 33 ff.; *F. Schoch* (FN 137), S. 878 f., *G. Robbers* (FN 138), DÖV 88, S. 749 (755 f.), jeweils m.w.N.

169 BVerfGE 17, 122 (132).

170 BVerfGE 9, 349.

171 BVerfGE 13, 331 (340). Vgl. auch BVerfGE 34, 103 (115); E 45, 363 (375).

172 BVerfGE 59, 36 (49). Nunmehr stetige Rspr., vgl. BVerfGE 61, 138 (149); E 76, 136 (140). Deutlich zuletzt zum verwandten Begriff der »Modellkonsistenz« das 6. Rundfunkurteil, BVerfGE 83, 238 f. Speziell zu diesem Aspekt der Entscheidung vgl. *P. Lerche*, Das 6. Rundfunkurteil zur Modellkonsistenz, in: H. Kohl (Hrsg.), *Die Freiheit des Rundfunks nach dem Nordrhein-Westfalenurteil des Bundesverfassungsgerichts*, 1991, S. 51 ff.

173 Vgl. BVerfGE 9, 20 (28); E 34, 103 (115); E 68, 237 (253); E 80, 156 (207); E 81, 156 (207); E 85, 238 (244 f.). Vgl. auch *K. Hesse*, Diskussionsbeitrag, in: Chr. Link (Hrsg.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, 1982, S. 77: »Hilfsgesichtspunkt«; *G.F. Schuppert*, Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe bei verfassungsgerichtlicher Überprüfung von Steuergesetzen, in: *Festschrift Wolfgang Zeidler*, Bd. I, 1987, S. 691 (714): »Hilfsüberlegung«.

174 *M. Gubelt* (FN 138), Art. 3 GG, Rdn. 30, spricht hier anschaulich von der Gefahr der »Innovationshemmung«.

sen Umstand erhöhter Begründungslast mit »Systemgerechtigkeit« beschreiben¹⁷⁵, er führt aber über eine »normale« Gleichheitsprüfung nicht hinaus¹⁷⁶.

Dies gilt in verstärktem Maße für die Selbstbindung der Verwaltung. Diese hat sich vornehmlich an der sachgerechten Bewältigung des Einzelfalls zu orientieren. Der sich aus der Verfahrensweise in eben diesem Einzelfall ergebende Maßstab für zukünftiges Handeln ersetzt vollständig die Leitlinien des Systems. Obwohl der Vergleichsmaßstab der Verwaltungspraxis normalerweise sogar sehr viel dichtere und konturiertere Züge aufweist als das vom Gesetzgeber aufgestellte »System«, steht die Beibehaltung von Handlungsstrategien auch hier, wie dargelegt, unter dem Vorbehalt neuerer Erkenntnisse.

c) *Selbstbindung bei rechtswidriger Gesetzesanwendung*

Ein Sonderproblem im Bereich der Selbstbindung ergibt sich bei *dauerhaft rechtswidriger Gesetzesanwendung* durch die Verwaltung. Konflikte entstehen hier immer dann, wenn einzelne Personen aus Gründen der Gleichbehandlung die Fortsetzung einer verfassungswidrigen oder gesetzeswidrigen Verwaltungspraxis verlangen: Der Konkurrent Y begehrt dieselbe rechtswidrige Abgabenermäßigung wie sie dem Unternehmen X gewährt wurde¹⁷⁷. Der Wehrpflichtige möchte gemäß der rechtswidrigen Praxis der letzten zwölf Jahre in vergleichbaren Fällen vom Wehrdienst zurückgestellt werden¹⁷⁸. Der Bauherr verlangt in Anbetracht des Nichteinschreitens der Ver-

175 Von Beweislastumkehr sprechen z.B. *Ch. Degenhart* (FN 168), S. 23, 25, 53; *J. W. Meins*, Systemgerechtigkeit in der Raumplanung, Diss. Bayreuth 1980, S. 19; *Ch. Starck* (FN 136), § 3 I, Rdn. 33, FN 179. Abl. zurecht *F.-J. Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985, S. 61 f.

176 Grundlegend kritisch in diesem Sinne *F.-J. Peine*, a.a.O., S. 58 u. passim. Eher zurückhaltend auch *W. Schmitt Glaeser*, Systemgerechtigkeit in der Raumplanung, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofes, 1979, S. 291 (292, 294 f.). *P. Badura*, Staatsrecht, 1986, Rdn. C 42; *R. Wendt*, Der Gleichheitssatz, NVwZ 88, S. 778 (783); *M. Gubelt* (FN 138), Art. 3, Rdn. 30; *E. Stein*, in: Alternativkommentar zum GG, 1989, Art. 3, Rdn. 27, 47; *P. Kirchhof* (FN 136), § 124, Rdn. 231; *W. Riefner* (FN 137), Art. 3 I, Rdn. 38 (1992); so auch schon *Reiner Schmidt*, Natur der Sache und Gleichheitssatz, JZ 67, S. 402 ff.

177 Vgl. Schweizerisches Bundesgericht, BGE 99 I b 283 u. die Bspr. bei *V. Götz* (FN 167), S. 1479.

178 Vgl. BVerwGE 34, 278 ff. Vgl. die Bspr. bei *F. Ossenbühl*, Administrative Selbstbindung durch gesetzwidrige Verwaltungsübung?, DÖV 70, S. 264 ff.; *A. Randelzhofer*, Gleichbehandlung im Unrecht?, JZ 73, S. 536 (537); *H.-W. Arndt*, Ungleichheit im Unrecht?, in: Festschrift H. Armbruster, 76, S. 233 (242 ff.).

waltung bei illegal errichteten, vergleichbaren Nachbarbauwerken die Aufhebung eines Nutzungsverbotes¹⁷⁹ oder einer Abbruchverfügung¹⁸⁰.

Bei diesen der Rechtsprechung entnommenen Sachverhalten handelt es sich keinesfalls um seltene Einzelfälle¹⁸¹; das (rechtswidrige)¹⁸² Dulden rechtswidriger Zustände oder das Umgehen nicht sachgerechter Regelungen in breitem Ausmaß gehört zum Verwaltungsalltag¹⁸³. Mit der aus »edukatorischen Gründen bewußt plakativen Kurzformel« *Dürigs*: »keine Gleichheit im Unrecht«¹⁸⁴, die auch Rechtsprechung¹⁸⁵ und Literatur¹⁸⁶ beherrscht, wird man ihnen kaum gerecht¹⁸⁷. *P. Kirchhof*¹⁸⁸ hat dies in neue-

- 179 Vgl. VGH Kassel, NVwZ 86, S. 683 ff. Vgl. die Bspr. von *P. Rechenbach*, Verfassungsanspruch auf »Gleichbehandlung im Unrecht«?, NVwZ 87, S. 383 ff.; *E. Wolny*, Gleichbehandlung »im Unrecht«, UPR 1987, S. 121 ff.
- 180 Vgl. OVG Lüneburg, DVBl. 65, S. 776 f.; VGH Mannheim, BWVBl. 73, S. 14. Zu dieser Konstellation vgl. auch *H. Kalkbrenner*, Der Gleichheitssatz im Baurecht, BayVBl. 70, S. 81 (83); *H.-W. Arndt* (FN 178), S. 234 f.
- 181 Weiteres Anschauungsmaterial aus der Rspr. bei VGH Mannheim, DVBl. 72, S. 186 f.; VG Schleswig, NJW 78, S. 411; VGH Kassel, NJW 84, S. 318 f.; BVerwG, NVwZ 86, S. 758.
- 182 Bei rechtmäßigem Dulden, daß sich im Rahmen des Opportunitätsprinzips hält, stellt sich das Problem nicht; hier geht es um »Gleichheit im Recht«. Oft führt eine Ermessensreduzierung auf Null in den einschlägigen Sachverhalten aber zur Rechtswidrigkeit der Duldung, die nur mangels Kläger nicht offengelegt wird.
- 183 *Plastisch F. Wagens*, Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, VVDStRL 37 (1978), S. 215 (244 ff.). Vgl. desw. z.B. *G. Hermes/J. Wieland*, Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens, 1988, sowie die in FN 19 Genannten.
- 184 *So ders.* (FN 144), Art. 3 I GG, Rdn. 179.
- 185 Vgl. die in FN 178 - 181 zitierten Urteile. Differenzierend dagegen z.B. VGH Mannheim, DVBl. 72, S. 186 f.; VGH Kassel, NVwZ 86, S. 683.
- 186 Vgl. z.B. *H.-U. Erichsen* (FN 153), § 10, Rdn. 21; *H.-J. Koch/R. Rubel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1992, VI, Rdn. 52 ff.; *M. Trockels*, Keine Gleichheit im Unrecht oder Anspruch auf Fehlerwiederholung durch die Verwaltung, BWVPr 89, S. 102 ff.; *M. Gubelt* (FN 138), Art. 3 GG, Rdn. 42; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 2. Aufl. 1992, Art. 3, Rdn. 22; *B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein*, GG, 7. Aufl. 1990, Art. 3, Rdn. 33.
- 187 Gegen die Verwendung der Formel im juristischen Sprachgebrauch wegen der damit implizierten Mißverständnisse und Verkürzungen vor allem *H.-W. Arndt* (FN 178), S. 250 f. u. passim.
- 188 (FN 159), § 125, Rdn. 66 ff. Vgl. aber auch differenzierend *E. Eyer mann/L. Fröhler*, VwGO, 9. Aufl. 1988, § 114 VwGO, Rdn. 23; *E. Wolny* (FN 179). Teilweise wird hier versucht, über den Vertrauensschutzgedanken offensichtliche Unbilligkeiten aufzufangen, vgl. z.B. *A. Randelzhofer* (FN 178), S. 542 ff.; *V. Götz*, Über die »Gleichheit im Unrecht«, FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerwG, 1978, S. 245 (255); *ders.* (FN 167), S. 1481; *W. Berg*, Keine Gleichheit im Unrecht, JuS 80, S. 418 (421); *J. Burmeister*, Selbstbindungen der Verwaltung, DÖV 81, S. 503 (512); *Ch. Starck* (FN 136), Art. 3 I, Rdn. 185 f.; *W. Rüfner* (FN), Art. 3 I GG, Rdn. 182. Damit verkennt man aber den thematisch einschlägigen Bezugsrahmen: Der Anspruchsteller beruft sich regelmäßig nicht darauf, daß ihm gegenüber in der Vergangenheit ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist, sondern daß andere Personen in vergleichbaren Fällen anderes behandelt wurden. Widersprüchlich deshalb auch z.B. *Rüfner u. Starck* ebd., wenn sie einen Anspruch auf Gleichheit im Unrecht strikt verneinen, bei Verstößen gegen die Wettbewerbsgleichheit (!) aber ausnahmsweise bejahen. Krit. auch *H.-W. Arndt* (FN 178), S. 244 ff.

rer Zeit am präzisesten herausgearbeitet: So übersieht der Vorwurf, jede Fehlerwiederholung aufgrund gesetzwidriger Verwaltungspraxis verletze den Geltungsvorrang der Verfassung und des Gesetzes¹⁸⁹, daß es ja gerade um die Auslegung der Verfassung geht, nämlich um Art. 3 Abs. 1 GG¹⁹⁰. Auch die Gesetzbindung des Richters (Art. 97 Abs. 1 GG) wird nicht untergraben¹⁹¹, denn dieser wendet die Verfassung an. Desweiteren ist es völlig unbestritten, daß die Rückkehr von einer ehemals rechtswidrigen zu einer nunmehr rechtmäßigen Praxis einen sachlichen Differenzierungsgrund für Ungleichheit im Unrecht darstellt¹⁹². Von einer kontinuierlichen Fortschreibung von Fehlern der Vergangenheit kann also ebenfalls keine Rede sein¹⁹³; Schwierigkeiten entstehen erst, wenn die Verwaltung auch in der Zukunft ihre rechtswidrige Praxis beibehalten will oder aus rechtlichen bzw. tatsächlichen Gründen muß. Schließlich ist nicht einzusehen, warum die Gefahr, die Verwaltung könne sich selbst durch bewußte, dauerhafte Mißachtung des Gesetzes über den Gleichheitssatz gesetzwidrige Handlungs- und Eingriffskompetenzen verschaffen und somit die Funktionenteilung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung aushebeln¹⁹⁴, größer sein sollte, wenn dem einzelnen in Ausnahmefällen ein Anspruch auf Gleichheit im Unrecht zugebilligt wird: der Weg zurück in die Legalität ist ja regelmäßig offen.

Bei genauerer Betrachtung wird man daher für die Behandlung der einschlägigen Fälle von folgenden Überlegungen ausgehen müssen: Gesetzmäßigkeitsprinzip und Gleichheitssatz stehen sich als gleichrangige Verfassungsprinzipien gegenüber. »Ein gesetzmäßiger Gesetzesvollzug im Einzelfall bei andauernder gesetzwidriger Verwaltungspraxis im übrigen ist gesetzmäßig, weil er das Gesetz anwendet; jedoch gleichheitswidrig, weil er Ungleichheiten schafft.«¹⁹⁵ Beide Verfassungsaussagen müssen dementsprechend zu einem schonenden Ausgleich (*Lerche*), in praktische Konkordanz (*Hesse*) gebracht werden¹⁹⁶. Für die konkrete Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG bedeutet das folgendes¹⁹⁷: Die Rückkehr zur gesetzmäßigen Verwaltung ist immer

189 Vgl. statt vieler nur BVerwGE 34, 283 f. u. *H.-U. Erichsen* (FN 153), § 10, Rdn 21.

190 *S. H.-W. Arndt* (FN 178), S. 238.

191 So aber z.B. *F. Ossenbühl* (FN 178), S. 266; *A. Randelzhofer* (FN 178), S. 542.

192 Deutlich etwa *V. Götz* (FN 188), S. 253; *ders.* (FN 167), S. 1478 f.; *W. Berg* (FN 188), S. 421; *E. Wolny* (FN 179), S. 124.

193 Vgl. aber *P. Rechenbach* (FN 179), S. 386.

194 Vgl. z.B. *A. Randelzhofer* (FN 178), S. 541 f.; *Ch. Starck* (FN 136), Art. 3 I GG, Rdn. 184.

195 *P. Kirchhof* (FN 159), § 125, Rdn. 87.

196 Vgl. auch *E. Eyermann/L. Fröhler* (FN 188), § 114, Rdn. 23; *E. Wolny* (FN 179), S. 123, die aber die verfassungsrechtlichen Dimensionen des Legalitätsprinzips etwas verkennen.

197 Vgl. zum Folgenden auch eingehend *P. Kirchhof* (FN 159), § 125, Rdn. 87 ff.

dann ein angemessenes, sachliches Differenzierungskriterium für eine Ungleichbehandlung, wenn sie auf Dauer angelegt ist; hier überwiegt das grundsätzlich starke öffentliche Interesse am Legalitätsprinzip. Besteht diese Möglichkeit der Rückkehr nicht und hat die gesetzeswidrige Praxis eine gewisse Dichte erlangt, so reduziert sich der materielle Gehalt des Legalitätsprinzips auf die formale Geltung der Rechtsordnung im Einzelfall; die gleichheitsvermittelnde Kraft des Gesetz »verpufft« dann ebenso wie seine kontinuierätswahrende, gerechtigkeits- und rechtssichernde Kraft. Diese formale Geltung der Rechtsordnung allein kann eine Ungleichbehandlung nur dann rechtfertigen, wenn sich hinter ihr noch andere gewichtige Rechtsgüter verbergen. Während etwa, um zu den Ausgangsfällen zurückzukehren, die Gefahr für Leib und Leben aufgrund mangelnder Standsicherheit eines Hause die singuläre Ungleichbehandlung bei der Gesetzesanwendung durch Erlaß einer Abrißverfügung zuläßt, dürfte es im Subventionsfall angemessen sein, der Gleichheit (im Unrecht) den Vorrang einzuräumen und eine »widerrechtliche Begünstigung« zu gewähren¹⁹⁸.

Mithin gilt: Auch rechtswidriges Verwaltungshandeln kann – in freilich engem Rahmen – Selbstbindungen erzeugen und flexibilitätshemmend wirken.

2. *Rechtssicherheit*

Als ein wesentliches Element des Rechtsstaatsprinzips¹⁹⁹ schützt das Rechtssicherheitsgebot die Verlässlichkeit der Rechtsordnung. Damit ist zum einen (ex post) die (relative) Beständigkeit einer einmal getroffenen staatlichen Entscheidung gemeint, zum anderen (ex ante) ihre Vorhersehbarkeit²⁰⁰. Schon auf den ersten Blick sticht die In-Frontstellung zum Gebot der Flexibilität und der Innovationsoffenheit ins Auge. Kontinuität, Berechenbarkeit und inhaltliche Bestimmtheit der Rechtsordnung lassen sich nur schwer mit der Forderung nach ihrer Wandelbarkeit und Anpassungsfähigkeit an neuere Entwicklungen in Einklang bringen. Der Grundsatz der Rechtssicherheit tritt daher mit der Zielvorstellung einer zukunfts-offenen, geschmeidigen Rechtsordnung ebenso oft in Konflikt wie mit dem Gebot

198 So auch das Schweizerische Bundesgericht, BGE 99 I b 283. Vgl. auch BGE 98 I a 151 (162); BGE 103 I a 242 (245) u. die Darstellung bei *Ch. Leggensdorfer*, Gleichbehandlung im Unrecht, Diss. Bern 1983, S. 15 f. u. passim.

199 Stetige Rspr. seit BVerfGE 2, 380 (403). Vgl. die N. bei *G. Leibholz/H.-J. Rinck/D. Hesselberger*, GG, Art. 20, Rdn. 651 (Stand: Nov. 1992).

200 So *E. Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof, (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 24, Rdn. 81 u.H. auf *R. Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VII, Rdn. 58 (1980).

der Einzelfallgerechtigkeit²⁰¹. Hier wie dort ist es Hauptaufgabe des Gesetzgebers, zu entscheiden, welchem Prinzip jeweils der Vorzug gegeben werden soll²⁰²; er bestimmt dementsprechend auch das Ausmaß der in den Verwaltungsmaßstab integrierten Elastizitätsvorbehalte. Für die Konkretisierung dieser Elastizitätsvorbehalte durch die Verwaltung bleibt die Ausstrahlungskraft des Rechtssicherheitsgebotes in seiner objektiv-rechtlichen Dimension daher blaß. Erst in der Nahaufnahme konkreter, individuell motivierter Erwartungen des Einzelnen im Hinblick auf die Verlässlichkeit staatlichen Handelns ändert sich das Bild. Als »subjektive Entsprechung der objektiv ausgerichteten Kontinuitätsgewähr«²⁰³ nimmt dann der Grundsatz des Vertrauensschutzes den Platz des Rechtssicherheitsgebots ein.

3. Vertrauensschutz

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes hat in den letzten Jahrzehnten einen »geradezu kometenhaften Aufstieg«²⁰⁴ erfahren. Verschiedene Entwicklungslinien zeichnen dafür verantwortlich: So führte der Wandel vom liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhundert zum »modernen Eingriffs-, Leistungs- und Lenkungsstaat« der Industrie- und Massengesellschaft zu einer dynamischen Verrechtlichung aller Lebensbereiche. Der Bürger steht einer zunehmend größer werdenden Anzahl sich stetig, zum Teil sogar rückwirkend ändernder Regelungen und Maßnahmen gegenüber, mit denen der Staat versucht, seinem bereits beschriebenen Konkretisierungsauftrag gerecht zu werden²⁰⁵. Indem die abstrakte, dem Recht immanente Stetigkeit und Dauerhaftigkeit hat Einbußen hinnehmen müssen²⁰⁶, steigt das Interesse des Einzelnen, in seinem *konkreten* Vertrauen auf die Beibehaltung einer bestimmten Gesetzeslage, einer Verwaltungsanordnung usw. geschützt zu werden. Nur so ist er in der Lage, auf Dauer sinnvolle Dispositionen zu tref-

201 Vgl. BVerfGE 3, 225 (237 f.); E 15, 313 (319 f.); E 35, 41 (47); E 41, 323 (326); E 60, 253 (268 f.) u. statt vieler *K. Stern* (FN 88), § 20 IV 5 d), S. 849.

202 Vgl. BVerfGE 15, 313 (319 f., 322 f.); E 47, 146 (161); E 48, 1 (22); E 56, 22 (31 f.) u. statt vieler *Schnapp*, in: I. v. Münch/Ph. Kunig (FN 138), Art. 20, Rdn. 26.

203 *H. Maurer* (FN 152), § 60, Rdn. 2. Vgl. ferner zu diesen »zwei Seiten der gleichen Medaille« *B. Pieroth*, Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, JZ 84, S. 971 (977 f.); *E. Schmidt-Aßmann* (FN 200), § 24, Rdn. 81.

204 *H. Maurer* (FN 152), § 60, Rdn. 2.

205 Zum Bedürfnis nach Vertrauensschutz als Folge der staatsrechtlichen und sozialen Entwicklungen vgl. statt vieler *G. Kisker*, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32 (1973), 149 (171 ff.); *J. Burmeister* (FN 168), S. 7 ff.; *B. Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 23 ff. m.w.N.

206 Vgl. im vorliegenden Kontext statt vieler *S. Muckel*, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989, S. 17 ff. m.w.N.

fen²⁰⁷. Gleichzeitig schrumpft aber die Verteilungsmasse an Gütern. Klares Wasser, saubere Luft, Bauland, gewerbliche Nutzfläche, öffentliche Gelder und vieles mehr stehen heute nicht mehr im Überfluß zur Verfügung. Nicht nur aus Gründen der sozialen Gerechtigkeit, sondern auch im Hinblick auf eine ökologisch wie ökonomisch sinnvolle Gestaltung unserer Gesellschaft²⁰⁸, bedarf es immer wieder gewisser Neuverteilungen, die nicht ohne Eingriffe in bestehende Besitzstände vollzogen werden können²⁰⁹. Seinen rechtlichen Kulminationspunkt findet der sich insoweit auftuende Konflikt zwischen Stabilität und Flexibilität, Bewahrung und Veränderung, Tradition und Innovation in der verstärkten verfassungsrechtlichen Einbindung des Staates zum Schutz seiner Bürger²¹⁰. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes wird damit zu einem »Schlüsselbegriff staatlichen Ausgleichs«²¹¹.

Auch wenn die dogmatische Herleitung und Verankerung des Vertrauensgedankens noch nicht ganz geklärt scheint – während das Bundesverfassungsgericht in stetiger Rechtsprechung das Rechtssicherheitsgebot favorisiert²¹², reichen die Vorschläge in der Literatur je nach Anwendungsbereich vom Grundsatz von Treu und Glauben²¹³ über die Grundrechte²¹⁴ bis hin zum Sozialstaatsprinzip²¹⁵ –, darf seine verfassungsrechtliche Absicherung vor dem eben aufgezeigten Hintergrund als weitgehend anerkannt gelten. Trotz des beschriebenen »Siegeszuges durch das gesamte öffentliche

207 »Freiheit fordert zumal Verlässlichkeit der Rechtsordnung. Denn Freiheit meint vor allem die Möglichkeit, das eigene Leben nach eigenen Entwürfen zu gestalten.«, BVerfGE 60, 353 (268).

208 Zu eng deshalb S. Muckel (FN 206), S. 20 u. H. Maurer (FN 152), § 60, Rdn. 5.

209 Zur notwendigen Umgestaltung gewachsener Strukturen vgl. auch eingehend J. Burmeister (FN 188), S. 503 ff.

210 Vgl. insbesondere F. Ossenbühl, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 72, S. 25 (26 f.).

211 H. Maurer (FN 152), § 60, Rdn. 5. »Die Akzentuierung von Vertrauensschutz gegenüber der Verwaltung ist daher stets in die Grundproblematik eingebettet, die richtige Mitte zwischen Veränderung und Beharrung, Korrektur und Konservierung, Innovation und Stagnation zu finden«, J. Burmeister (FN 188), S. 510.

212 Zu der Verbindungslinie Rechtsstaat – Rechtssicherheit – Vertrauensschutz vgl. BVerfGE 13, 261 (271); E 51, 356 (362); E 74, 129, (152); ferner aus der Literatur die umfangreichen N. bei B. Weber-Dürler (FN 205), S. 47, FN 1 u. S. Muckel (FN 206), S. 60, FN 203.

213 Vgl. z.B. H. Maurer (FN 152), § 60, Rdn. 71 u. H. auf die Rspr. des BVerwG, vgl. hier nur BVerwGE 8, 261 (269); E 27, 215 (217 f.); E 40, 147 (150). Daneben wird aber auch auf das Rechtssicherheitsgebot verwiesen, vgl. nur BVerwGE 11, 136 (137 f.); E 13, 28 (32).

214 Für eine vornehmliche Herleitung aus Art. 2 Abs. 1 GG z.B. E. Grabitz, Vertrauensschutz als Freiheitsschutz, DVBl. 73, S. 675 (681 ff.); aus Art. 12 Abs. 1 GG U.K. Preuß, Vertrauensschutz als Statusschutz, JA 77, S. 313 ff; aus Art. 14 Abs. 1 GG W. Schmidt, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, JuS 73, S. 529 (532 ff.). Dort auch jeweils weitere N.

215 Vgl. etwa W. Rupp-v. Brünneck, SV, BVerfGE 32, 129 (139).

Recht²¹⁶ und weitgehender einfachgesetzlicher Normierungen im Verwaltungsverfahren bei der Rücknahme und dem Widerruf von Verwaltungsakten (§§ 48 f. VwVfG) bzw. der Bindungswirkung rechtswidriger behördlicher Zusicherungen (§ 38 VwVfG) und Verwaltungsverträge (§ 59 VwVfG)²¹⁷ bleiben der konkrete Inhalt und Bedeutung des Vertrauensgrundsatzes als *Verfassungsprinzip* im verwaltungsrechtlichen Konkretisierungsprozeß jedoch vage²¹⁸. Leicht gerät man in Gefahr, dort das herauszulesen, was man vorher hineingelesen hat²¹⁹. Geschützt wird dann das »schutzwürdige Vertrauen«²²⁰. Über folgende, zu unterscheidende Strukturmerkmale besteht aber wohl Einigkeit²²¹: 1. Vertrauenstatbestand (Gesetz, Verwaltungsakt, Vertrag, tatsächliches Verwaltungshandeln), 2. Vertrauen(sanforderungen) (Kennen oder Kennenmüssen der Änderungsbedürftigkeit, Bestätigung nach außen, Dispositionen), 3. Rechtsfolge (Bestandsschutz, Vermögensschutz, Übergangsregeln).

Sieht man von in diesem Rahmen nicht zu erörternden Details ab, so erscheinen im Hinblick auf die Innovationsoffenheit des Verwaltungsmaßstabs drei Aspekte von besonderer Relevanz. Einmal präjudiziert die *Wahl der Handlungsform* in den hier vornehmlich interessierenden Fällen der »neuen Erkenntnis« keineswegs ein Mehr oder Weniger an Vertrauensschutz. Schon die genannten gesetzlichen Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz und in den Spezialgesetzen, die auf einer zweiten Ebene jeweils wiederum eine eigenständige Konkretisierung des Vertrauensschutzprinzips durch die Verwaltung erfordern²²², weisen jeweils ein breites Spektrum auf. Je nach Regelungsbereich und Umstand, kann z.B. ein Verwaltungsakt nachträglich aufgehoben werden, bestandskräftig bleiben oder in Vermögensschutz umgewandelt werden; dasselbe gilt mit gewissen Modifizierungen für den Verwaltungsvertrag und rein tatsächliches (informales) Verwaltungshandeln²²³. Entscheidend ist vielmehr, die *Gewichtung der je-*

216 F. Ossenbühl (FN 210), S. 27.

217 Verwaltungsakt, Zusage und öffentlich-rechtlicher Vertrag sind schon als solche verbindlich; das ergibt sich aus den Grundsätzen der Bestandskraft, der Rechtsnatur der Zusage bzw. dem auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz »pacta sunt servanda«. Erst bei Änderung der Sachlage bzw. rechtswidrigen VAen, Zusagen, Verträgen tritt der Vertrauensgedanke in den Vordergrund, vgl. statt vieler H. Maurer (FN 152), Rdn. 66, 87, 91 jeweils m.w.N.

218 Vgl. etwa H. Huber, Vertrauen und Vertrauensschutz im Rechtsstaat, in: Festschrift Werner Kägi, 1979, S. 193, (195); W. Schmidt (FN 214), S. 529; F. Ossenbühl (FN 210), S. 36; B. Pieroth (FN 203), S. 972.

219 Deutlich G. Kisker (FN 205), S. 171 f.

220 Zu diesem Zirkelschluß vgl. Ch. Degenhart (FN 168), S. 73 u. B. Pieroth (FN 203), S. 972 m.w.N.

221 Vgl. H. Maurer (FN 152), § 60, Rdn. 9 u. die differenzierte Darstellung bei B. Weber-Dürler (FN 205), S. 7 ff., 79 ff.

222 Vgl. nur F. Kopp, VwVfG, 5. Aufl., 1991, § 48, Rdn. 63 ff., 83 ff.; § 49, Rdn. 21, 56; § 60, Rdn. 14.

223 Vgl. dazu H. Maurer (FN 152), § 60, Rdn. 99.

weils gegenüberstehenden Interessen: des Bürgers an Erhaltung seiner Dispositionsgrundlage, des Staates an Verwertung neuerer Erkenntnisse zur Effektivierung staatlichen Handelns. Der jeder Abwägung eigene *Spielraum* läßt insofern ein zukunftsgerichtetes, flexibles Verwaltungshandeln grundsätzlich zu²²⁴. Gerade was die Rechtsfolgen des Vertrauensschutzes angeht, besteht in der Regel zumindest die Möglichkeit, Neuerungen durch Entschädigungsleistungen zu erkaufen (vgl. § 49 Abs. 5 VwVfG, § 21 Abs. 5 VwVfG), wobei die dadurch bedingte Innovationshemmung angesichts leerer Staatskassen wiederum nicht unterschätzt werden sollte²²⁵. Erst wenn die *Grundrechte* im Kontext der Vertrauensschutzabwägung aktualisiert werden müssen²²⁶, kommt es zu Gewichtsverschiebungen. Gerade der in Art. 14 Abs. 1 GG, aber auch in Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 33 GG angelegte Bestandsschutz²²⁷ offenbart hier auf den ersten Blick eine gewisse Resistenz gegen jede Art von Relativierung. Bekanntestes Beispiel ist insofern wohl die selbst bei völlig geänderter Sachlage nicht zulässige Beseitigungsanordnung einer baulichen Anlage, die zu irgendeinem Zeitpunkt den materiellrechtlichen Anforderungen entsprach²²⁸. Allerdings zeigt z.B. die Einführung des § 17 BImSchG im Jahre 1974 (nach dieser Bestimmung können bei immissionschutzrechtlich relevanten Anlagen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch nachträgliche Anordnungen zum Schutz der Allgemeinheit oder der Nachbarschaft vor schädlichen Umwelteinwirkungen getroffen werden²²⁹), daß die Schutzdimension der Grund-

- 224 Anschaulich BVerfGE 30, 392 (403): »Die grundsätzliche Möglichkeit gegenüber einer Rücknahme oder einem Widerruf begünstigender Verwaltungsakte Vertrauensschutz geltend zu machen, also eine Abwägung der einander entgegenstehenden Allgemein- und Individualinteressen herbeizuführen, gehört zu den im Rechtsstaatsprinzip verfassungsmäßig verankerten Geboten.« Der Abwägungsaspekt wird auch besonders betont von *J. Burmeister* (FN 188), S. 510; *R. Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VII., Rdn. 64 (1980) u. *H. Maurer* (FN 152), § 60, Rdn. 9, 51, 69, 114. Zum Rückwirkungsverbot in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts siehe *H. Bauer*, Neuere Tendenzen in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Rückwirkungsverbot, NVwZ 84, S. 220 ff.
- 225 Vgl. zu diesen faktischen Bindungen deutlich *W. Hoffmann-Riem* (FN 151), S. 200.
- 226 Der Vertrauensschutzgedanke hat hier jeweils, soweit man das besagte Grundrecht nicht überhaupt zur dogmatischen Heimat des Vertrauensschutzprinzips erklärt (vgl. die in FN 214 Genannten), eine *spezifische Ausprägung* erlangt, vgl. etwa zu Art. 14 GG BVerfGE 45, 142 (168); E 58, 300 (349 ff.); E 75, 78 (105).
- 227 Vgl. allgemein *K. H. Friauf*, Zum gegenwärtigen Stand der Bestandsschutzproblematik, WiVerw. 86, S. 87 ff. u. *H. Schulze-Fielitz*, Bestandsschutz im Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, 20 (1987), S. 307 ff. sowie speziell zu Art. 14 GG *P. Kutschera*, Bestandsschutz im öffentlichen Recht, 1990.
- 228 Vgl. nur *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdn. 84 f., 340 f. (1983).
- 229 Vgl. *M. Schröder*, Zur Gegenwartsfrage des Bestandsschutzes im Immissionsrecht, UPR 1986, S. 127 ff. Zur Entwicklung der Rechtslage vgl. *H. Schulze-Fielitz* (FN 227), S. 313 ff. Zur Problematik der Altanlagen vgl. besonders *K.-P. Dolde*, Bestandsschutz von Altanlagen im Immissionschutzrecht, NVwZ 86, S. 873 ff.

rechte im Einzelfall auch den Bestandschutz im Rahmen der Abwägung überwinden kann und muß²³⁰. Aufgabe der Rechtswissenschaft bleibt es insoweit vor allem, das Rechtsfolgeninstrumentarium zu verfeinern; hier lassen sich durch Entschädigungs- und Übergangsregelungen brauchbare und sinnvolle Kompromisse zwischen individuellen Erhaltungs- und gemeinwohlorientierten Entwicklungsinteresse erzielen²³¹.

IV. Fazit

Aufs Ganze gesehen verhalten sich die maßstabexternen Handlungsanweisungen des Verfassungsrechts innovationsfreundlich. Die Bindung an eine bestimmte Entscheidungspraxis trotz neuerer Erkenntnisse und Entwicklungen bleibt die Ausnahme. Selbst die innovationshemmenden Handlungsanweisungen zeichnen sich immer noch durch ein nicht zu geringes Maß an Flexibilität aus. Gleichzeitig fordern etwa Staatszielbestimmungen und grundrechtliche Schutzpflichten in verstärktem Maße ein dynamisches, zukunftsorientiertes Verwaltungshandeln. Setzt man diese Analyse in Bezug zu dem aufgezeigten Variantenreichtum an administrativen Konkretisierungsfreiräumen, so kommt man kaum umhin, das Innovationspotential des Verwaltungsmaßstabs relativ hoch anzusetzen. Ob mangels konkreterer Steuerung durch den Gesetzgeber, die Vorgaben der Funktionenordnung damit immer gewahrt sind²³², kann hier unentschieden bleiben.

D. Die Wandlung der Verwaltungsmaßstäbe

Schließlich ist auf die Folgen der Europäisierung des Verwaltungsrechts für die Verwaltungsmaßstäbe hinzuweisen. Schon im Jahr 1988 kam *Jürgen Schwarze* zum Ergebnis, die Europäische Gemeinschaft könne das Prädikat auch einer Verwaltungsrechtsgemeinschaft für sich beanspruchen²³³. Die

230 Krit. zur Einengung des Handlungsspielraums der Verwaltung durch zu einseitigen Dispositionsschutz z.B. *W. Hoffmann-Riem* (FN 151), S. 228 m.w.N.

231 Ablehnend. *J. Burmeister* (FN 188), S. 511.

232 Zweifel an der Steuerungswilligkeit des Gesetzgebers wegen mangelnder Regelungs-dichte im Technikrecht äußern etwa *J. Ipsen* (FN 2), S. 192, 201 u. *B. Schlink* (FN 11), S. 259. Dagegen aber *P. Badura* u. *V. Götz*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 48 (1989), S. 267 f. bzw. S. 281. Zur Offenheit der Verwaltungsmaßstabs im Lichte der Verfassung vgl. außer den in FN 29 Genannten etwa *H. Hill* (FN 26), S. 893 ff.

233 Vgl. statt vieler *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bde. I, II, 1988; *E. Schmidt-Aßmann*, Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Festschrift Peter Lerche, 1993, S. 513 ff.

wechselseitige Einflußnahme zwischen nationalen Verwaltungsrechtsgrundsätzen und europäischer Verwaltungsrechtsordnung, vermittelt über die unterschiedlichsten Wirkungspfade²³⁴, hat nicht nur die Handlungsformen der Verwaltung, sondern auch deren Maßstäbe erfaßt und sie ist noch keineswegs abgeschlossen. Neben dem direkten Vollzug eines europäischen Verwaltungsrechts durch europäische Verwaltungsstellen, sind es die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze, von den mitgliedstaatlichen Behörden indirekt angewendet²³⁵, die eine Verschränkung der europäischen und der nationalen Ebene - aber eben doch noch das Agieren auf zwei Etagen - mit sich bringt und die zwangsläufig zu größeren Handlungsfreiräumen der Verwaltung führt. Für diese Aussage muß nicht auf die verwaltungswissenschaftliche Erkenntnis zurückgegriffen werden, wonach eine Zunahme von Normen nicht zu entsprechender zusätzlicher normativer Einbindung, sondern wegen der damit verbundenen Selektionsmöglichkeiten eher zu einer Emanzipation der Verwaltung von der Norm führt²³⁶. Das Zusammentreffen mehrerer Rechtsmassen und die damit verbundenen Strukturveränderungen sind es vielmehr, die von der Verwaltung Einfallsreichtum geradezu fordern und Flexibilitätsräume erschließen.

Für die Erweiterung und Öffnung von Verwaltungsmaßstäben durch Europäisierung sollen zwei Beispiele angeführt werden:

In der Söhnlein-Rheingold-Entscheidung legte der Gerichtshof eine Billigkeitsregelung und damit verbunden einen Beurteilungsspielraum zugrunde, obwohl aus nationaler, deutscher Sicht der Verwaltung gerade keine Einschätzungsprärogative zukommen sollte²³⁷.

Art. 8 der EG-Richtlinie zur Umweltverträglichkeitsprüfung²³⁸ führt dazu, daß bei gebundenen Genehmigungen, wie sie etwa das Bundesimmissionschutzgesetz vorsieht, die im deutschen Recht übliche Trennung zwischen gebundener und Ermessensentscheidung kaum mehr praktikabel ist²³⁹. Ohnehin werden durch die vom Europäischen Gerichtshof ideenreich entfalten unterschiedlichen Wirkungen nicht rechtzeitig oder nicht vollständig umgesetzter Richtlinien²⁴⁰ über das Institut der EG-konformen Auslegung

234 Vgl. statt vieler *D. Ehlers*, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht, DVBl. 91, S. 605 ff.; vgl. auch *E. Grabitz*, Europäisches Verwaltungsrecht - Gemeinschaftsrechtliche Grundsätze des Verwaltungsverfahrens, NJW 89, S. 1776 ff.; *J. Schwarze*, Der Schutz des Gemeinschaftsbürgers durch allgemeine Verwaltungsrechtsgrundsätze im EG-Recht, NJW 86, S. 1067 ff.

235 Vgl. *E. Schmidt-Aßmann* (FN 233), S. 519.

236 So *F. Wager* (FN 183), S. 215 ff. (S. 244 ff.).

237 EuGH, Slg. 1985, S. 3351 ff. = DVBl. 86, S. 92 ff. mit Anm. *Ch. Ule*.

238 RL 85/337/EWG v. 27.6.1985, ABIEG L 175/40.

239 So *H.D. Jarass*, Umweltverträglichkeitsprüfung bei Industrievorhaben, 1987, S. 87 ff.

240 Siehe *H.D. Jarass*, Richtlinien bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 91, S. 211 ff.

zusätzliche Freiräume erschlossen²⁴¹; ganz zu schweigen von den sich anbahnenden tiefgreifenden Veränderungen des Verwaltungsverständnisses in Richtung einer prozeduralen Auffassung des gesamten Verwaltungsrechts²⁴².

Wer angesichts dieser Situation meint, bis zur Schaffung eines gemeineuropäischen Verwaltungsrechts müßten zu viele Anwendungsunsicherheiten in Kauf genommen werden, der sei zum Schluß mit einer rechtshistorischen Erkenntnis getröstet:

»Ein rational funktionierender Staatsapparat wird nicht geliebt; er bietet kaum Identifikationsmöglichkeiten. Schwerwiegender ist noch, daß die Verrechtlichung des Staatsapparates bis in seine letzten Verästelungen auch die Entfaltungschancen schöpferischer Politik beschneidet.«²⁴³.

241 Vgl. *H.D. Jarass*, Zu den Folgen innerstaatlicher Wirkung von EG-Richtlinien, NJW 91, S. 2665 ff.

242 Siehe den Hinweis bei *E. Schmidt-Aßmann* (FN 27), S. 26.

243 *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 1. Bd., 1988, S. 404.