

ZUR „EIGENSTÄNDIGKEIT“ DER VERWALTUNG

Von Horst Dreier, Hamburg

I. Aspekte des Problems

Als *Arnold Köttgen* vor nunmehr 35 Jahren auf einer von der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer veranstalteten Arbeitstagung über „Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung“ referierte¹, stand im Mittelpunkt seiner überaus dichten Ausführungen unausgesprochen die Frage, ob die Verwaltung als aus eigenem Recht legitimierte oder kraft besonderer Attribute eigenständige Institution betrachtet werden könne oder – sei es aus staats- bzw. verfassungsrechtlichen, sei es aus mannigfaltigen gesellschaftlichen Gründen – lediglich ein von einem fremden Willen bestimmter und geführter technischer Apparat sei: eine „rationelle Maschine“², wie *Köttgen* in (ungewollter?) doppelter Anspielung auf die Staatsvorstellung des am Beginn der Entfaltung eines bürokratischen Verwaltungsstaates stehenden fürstlichen Absolutismus³ wie auf Max Webers ebenso oft bemühten wie mißverstandenen bürokratiethoretischen Ausführungen⁴ formulierte. *Köttgens* Antwort fiel, seiner abwägenden, vorsichti-

¹ *Arnold Köttgen*, Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung, DVBl. 1957, S. 441 ff.

² *Köttgen* (FN 1), S. 445.

³ Dazu besonders materialreich und ergiebig: *Barbara Stollberg-Rilinger*, Der Staat als Maschine. Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaats, 1986; zum Teil recht illustre Belege finden sich bei *Otto Mayr*, Uhrwerk und Waage. Autorität, Freiheit und technische Systeme in der frühen Neuzeit, 1987. Nach wie vor wertvoll *Ahlich Meyer*, Mechanische und organische Metaphorik politischer Philosophie, Archiv für Begriffsgeschichte, Bd. XIII (1969), S. 128 ff. Zahlreiche Nachweise für die Verwendung des Terminus „Staatsmaschine“ bei *Dietmar Peil*, Untersuchungen zur Staats- und Herrschaftsmetaphorik in literarischen Zeugnissen von der Antike bis zur Gegenwart, 1983, S. 489 ff.

⁴ *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1976, S. 126 ff., 551 ff., 825 ff.; die Maschinenmetapher bei *ders.*, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland (1918), in: *ders.*, Gesammelte politische Schriften, 4. Aufl. 1980, S. 306 ff. (332). Zu Webers Bürokratiethorie vgl. u. a. *Wolfgang Schluchter*, Aspekte bürokratischer Herrschaft, 1972, insb. S. 62 ff.; *Günther Schmid/Hubert Treiber*, Bürokratie und Politik, 1975, S. 21 ff. – Speziell zur Einbettung der Bürokratiethorie in Webers Herrschaftssoziologie: *Hartmann Tyrell*, Ist der Webersche Bürokratietypus ein objektiver Richtigkeitstypus?, Zeitschrift für Soziologie 10 (1981), S. 38 ff.; *Stefan Breuer*, Max Webers Herrschaftssoziologie, Zeitschrift für Soziologie 17 (1988), S. 315 ff.; *ders.*, Rationale Herrschaft. Zu einer Kategorie Max Webers, PVS 31 (1990), S. 4 ff. (15 ff.); *Hans-Ulrich Derlien*, Die selektive Interpretation der Weberschen Bürokratie-

gen, dabei stets um eine allgemeine staatsrechtliche Perspektive wie eine verwaltungswissenschaftliche Dimensionierung der Fragestellung bemühten Art⁵ gemäß ambivalent aus. Einerseits beklagte er den Verlust „jeder eigenen Potenz“ der Verwaltung, registrierte „eine allgemeine Tendenz zu gesetzlicher Infiltration des Verwaltungsablaufs, die bewußt und gewollt den Entscheidungsgehalt des Vollzugs reduziert“⁶, bemerkte eine zunehmende „Entscheidungsarmut“ der Verwaltung und die Substitution „rechtsstaatliche(r) Ermächtigungen im Stile klassischen Polizeirechts ... durch spezifiziertere Vollzugaufträge“⁷, ferner eine den historischen Umwälzungen des 20. Jahrhunderts geschuldete „tiefgreifende Verunsicherung der ihres Selbstverständnisses beraubten Verwaltung“⁸. Andererseits konstatierte er, daß der den Sozialstaat prägende, schon für die Weimarer Republik charakteristische „dynamische Verwaltungsstil“⁹ fortbestehe und expandiere, wobei die „Verteilungsfunktion des Sozialstaates“ zwar unter anderem zu einem gewissen „Formverlust der Verwaltung“, insbesondere einer „Grenzverflüssigung zwischen öffentlicher und privater Wirtschaft“¹⁰ geführt habe, in diesen Phänomenen aber letztlich nur die steigende Bedeutung der Verwaltung für die Aufgaben des modernen industriellen Staates sichtbar würden. Ebenso klar sah *Köttgen*, daß die ihrer einstmaligen Prämissen und Traditionsbestände weitgehend entkleidete Verwaltung durch das Grundgesetz gewissermaßen neu zu konstituieren war, die „motorischen Kräfte“ aber „vornehmlich der politischen Sphäre des Parlaments und seiner Parteien“ entstammten¹¹. Dem Versuch, die Verwaltung auf der „Linie wertneutraler Technik“¹² gewissermaßen dem politischen Integrationsprozeß zu entziehen, trat er indes entgegen. Die Erfordernisse sachorientierter und fachlich qualifizierter Verwaltung einerseits, ihre politisch-demokratische Steuerung durch Gesetz und Regierung andererseits befänden sich in einem Spannungsverhältnis, das als solches auszuhalten sei:

theorie in der Organisations- und Verwaltungslehre, *VerwArch.* 80 (1989), S. 319 ff. Daß Weber den Tendenzen universaler Bürokratisierung eher kulturkritisch gegenüberstand, wird zu Recht hervorgehoben bei *Mario Signore*, Bürokratische Herrschaft und soziale Partizipation im Denken von Max Weber, *Die Verwaltung* 22 (1989), S. 269 ff. und *Detlev J. K. Peukert*, Max Webers Diagnose der Moderne, 1989, S. 27 ff.

⁵ Zur Person vgl. *Volkmar Götz*, Verwaltungsrechtswissenschaft in Göttingen, in: *F. Loos* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, S. 336 ff. (346 ff.) m. w. N.

⁶ Die beiden letzten Zitate finden sich bei *Köttgen* (FN 1), S. 444.

⁷ *Köttgen* (FN 1), S. 446.

⁸ *Köttgen* (FN 1), S. 442. Ebenso klar erkannte er, daß das Idealbild eines den Kern der Staatlichkeit bildenden Beamtentums spätestens mit dem NS-Regime verlorengegangen war: „Die einstmalige Alternative einer über Jahrhunderte eigenständig autorisierten Beamtenverwaltung wurde bereits nach 1933 unwiederbringlich zerstört.“ (*Arnold Köttgen*, *Struktur und politische Funktion öffentlicher Verwaltung*, in: *FS Leibholz*, Bd. 2, 1966, S. 771 ff. [784]).

⁹ *Köttgen* (FN 1), S. 442.

¹⁰ *Köttgen* (FN 1), S. 443.

¹¹ Ebd.

¹² *Köttgen* (FN 1), S. 445.

„Durch Mobilisierung des Politischen erhielt die niemals fehlende politische Komponente des Verwaltungsauftrages eine früher unbekannte Aktualität. Und doch wird diese Konfliktslage weder eine Vollautomatisierung des Gesetzesvollzuges noch ein Verwaltungsstil bereinigen können, der sich auf den Fundamenten autonomer Sachlichkeit politisch zu immunisieren versucht“¹³.

Köttgens Ausführungen lehren, daß über die Eigenständigkeit der Verwaltung nicht allein rein normativ, sondern nur unter Berücksichtigung gewichtiger sozialer und politischer Faktoren angemessen zu handeln ist. Die weitere Diskussion sollte dies bestätigen. Zur Erläuterung mögen die Positionen von *Hans Peters* und *Ernst Forsthoff* dienen.

II. Faktoren einer Eigenständigkeit der Verwaltung

1. Sehr viel entschiedener als Köttgens Analyse und schon von der programmatischen Titelwahl her eindeutiger ausgerichtet war *Hans Peters'* inhaltlich an eigene frühere Beiträge anknüpfende¹⁴ vielzitierte Rektoratsrede über „Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt“ aus dem Jahre 1965¹⁵. Sein Ziel, gegenüber der „Minderbewertung“¹⁶ der Verwaltung in der öffentlichen Meinung wie der juristischen Fachwelt ihre mit der Unabhängigkeit der Justiz in Parallele gesetzte Eigenständigkeit¹⁷ als Verfassungsgrundsatz¹⁸ zu erweisen, suchte *Peters* freilich nicht so sehr durch eine detaillierte verfassungsrechtliche Analyse des Grundgesetzes zu erreichen. Um seine etwas apodiktische These einer prinzipiellen Gleichwertigkeit der Staatsgewalten zu verfechten, stellte er – insofern wie *Werner Weber*¹⁹ – weitgehend auf die Sphäre der demokratisch besonders legitimierten kommunalen Selbstverwaltung und das Eigengewicht des als intakt präsentierten Berufsbeamtentums mit seiner fachlichen Kompetenz und Problemnähe ab²⁰. Den daraus abgeleiteten Anspruch auf einen gewissen Kreis autonomer Befugnisse und Handlungskompetenzen konfrontierte er über weite Strecken mit der zunehmenden Einschnürung der Handlungsspielräume der Verwaltung durch einen bis ins Detail regulierenden und reglementierenden

¹³ Ebd.

¹⁴ *Hans Peters*, Der Kampf um den Verwaltungsstaat, in: FS Laforet, 1952, S. 19 ff.; *ders.*, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?, in: FS Hans Huber, Bern 1961, S. 206 ff. – Zur Würdigung von Person und Werk des 1966 Verstorbenen vgl. *Otto Bachof*, AöR 91 (1966), S. 119 ff.; *Ernst Friesenhahn*, in: GedS Hans Peters, 1967, S. 1 ff.; *Klaus Stern*, In memoriam Hans Peters, 1967.

¹⁵ *Hans Peters*, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt (Kölner Universitätsreden 33), 1965.

¹⁶ *Peters* (FN 15), S. 5, 13.

¹⁷ *Peters* (FN 15), S. 29.

¹⁸ *Peters* (FN 15), S. 6.

¹⁹ *Werner Weber*, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl. 1970; *ders.*, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl. 1967.

²⁰ *Peters* (FN 15), S. 13, 14, 30, 31.

Gesetzgeber einerseits, eine ihre Prüfungs- und Kontrollkompetenz beständig ausdehnende Verwaltungsgerichtsbarkeit andererseits²¹: Beides sei verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt sowie der Funktionstüchtigkeit der Verwaltung, ihrer „Gestaltungskraft und Eigeninitiative“²² abträglich. So plädierte *Peters* im Grunde verfassungspolitisch für eine Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Regelung verwaltungsrechtlicher Fragen, für die Einräumung weiter Ermessenstatbestände, die Stärkung des Selbstbewußtseins der Verwaltungsbeamten und den Abbau eines als übersteigert empfundenen Rechtswegestaates²³. Die tragende Säule für eine solchermaßen zu gewährleistende Eigenständigkeit der Verwaltung sah er in den hervorragenden fachlichen Qualitäten des Berufsbeamtentums, seinem besonderen Ethos und seiner Sachorientierung wie auch in der Arbeit der durch das demokratische Laienelement gestärkten Selbstverwaltungskörperschaften²⁴.

2. *Ernst Forsthoff* griff noch grundsätzlicher aus. Die schon für sich genommen bemerkenswerte Hinwendung des Carl-Schmitt-Schülers zum Verwaltungsrecht²⁵ signalisierte, daß *Forsthoff* auf der Grundlage seiner frühen Analysen zur „Daseinsvorsorge“ und der Einsicht in die gegenüber dem absolutistischen Polizeistaat enorm gesteigerte Abhängigkeit des Menschen vom Staate im 19. und 20. Jahrhundert²⁶ den entscheidenden Ort originärer, gesellschaftsgestaltender Staatlichkeit in der Verwaltung sah. Man denke nur an seine Bemerkung vom „richtigen Empfinden, daß sich die eigentlich brennenden Fragen einer gerechten Sozialordnung weniger in der Verfassung als in der Verwaltung entscheiden“²⁷. Angesichts einer offenkundigen Pluralisierung der gesellschaftlichen Kräfte und der davon nicht unberührt

²¹ *Peters* (FN 15), S. 14 ff., 19 ff., 31 f.

²² *Peters* (FN 15), S. 28.

²³ *Peters* (FN 15), S. 25 ff., 30 f.

²⁴ Vgl. FN 19 u. 20.

²⁵ Dazu *Ulrich Storost*, Die Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoffs als Ausdruck eines politischen Verfassungsmodells, in: E. V. Heyen (Hrsg.), Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime, 1984, S. 163 ff. (169 ff., 179 ff.); zur Bedeutung Forsthoffs für das Verwaltungsrecht auch *Wolfgang Meyer-Hesemann*, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, S. 82 ff., 135 ff. mit weit. Literaturnachweisen zu Person und Werk. Vgl. ferner *Karl Doehring*, Ernst Forsthoff. Leben und Werk, in: Semper apertus. Sechshundert Jahre Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg 1386 - 1986. Festschrift in 6 Bänden, Bd. III, 1985, S. 437 ff.

²⁶ Grundlegend *Ernst Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938); Kapitel 1 und 4 dieser Schrift sind wieder abgedruckt in: *ders.*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, als Abschnitte „Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung“ und „Folgerungen“. Vgl. auch *Ernst Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl. 1973, S. 368 ff.; *ders.*, Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl. 1976, S. 50 ff.

²⁷ *Ernst Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 15; ähnlich *ders.*, Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre, in: *ders.*, Rechtsstaat im Wandel, 1964, S. 129 ff. (131): „Die Verfassungsprobleme unserer Zeit sind in Wahrheit Verwaltungsprobleme“.

bleibenden Demokratisierung der Staatswillensbildung sah *Forsthoff* wenn überhaupt noch irgendwo, so in der Exekutive die Einheit des Staates garantiert²⁸. Für ihn war der Garant stabiler Staatlichkeit und rechtsstaatlicher Ordnung nicht mehr auf den Höhen exponierter Staatsorgane zu suchen, sondern im tagtäglichen, omnipräsenten Handeln einer staats-treuen, an materialen Rechtsgrundsätzen und allgemeinen Gerechtigkeitsprinzipien orientierten werthomogenen Verwaltung anzusiedeln²⁹. Von daher ist zu verstehen, daß ihm die Realisierung des Sozialstaatsgebots als originäre Wertungsaufgabe der Verwaltung erschien, die ihm immer besonderer selbstlegitimierter Ausdruck staatlicher Autorität war³⁰. *Forsthoff* sah zudem nichts geringeres als die „Substanz des Verwaltungsrechts“ darin beschloss, daß sich „die staatlichen Funktionen über das Niveau bloß exekutorischer Akte (erheben) und an der Würde des Rechtes teil(nehmen)“³¹. Auf diesem Hintergrund ist auch seine warnende Rede von einer „Subalternisierung“ der Verwaltung³² zu sehen – galt ihm doch die Verwaltung als diejenige Instanz, „in der die staatliche Hoheit ... am deutlichsten hervortritt“³³. Und erst jenseits der Einbindung in ein Normativsystem konnte für ihn die für das Maß an noch vorhandener echter Staatlichkeit indizielle „Eigenständigkeit“ der Exekutive³⁴ Gestalt gewinnen.

²⁸ Vgl. zum folgenden *Peter Häberle*, Lebende Verwaltung trotz überlebter Verfassung?, JZ 1975, S. 685 ff.; *ders.*, Zum Staatsdenken Ernst Forsthoffs, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, N. F. 95 I (1976), S. 477 ff.; *Wolfgang Seibel*, Regierbarkeit und Verwaltungswissenschaft, 1983, S. 197 ff. und *Storost* (FN 25), S. 184 ff.

²⁹ Siehe *Forsthoff*, Verwaltungsrecht (FN 26), S. 15 f., 37, 54 ff., 60.

³⁰ *Ernst Forsthoff*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S. 8 ff.; *ders.*, Rechtsstaat im Wandel (FN 26), S. 75 (ebd. S. XVII heißt es, der moderne Sozialstaat sei „nicht das Ergebnis der praktizierten Sozialstaatsklausel (Art. 20, 28 GG), sondern das Werk von Gesetzgebung und Verwaltung unter der Verfassung und ohne die Verfassung“).

³¹ *Forsthoff*, Verwaltungsrecht (FN 26), S. 48. Explizit zur „Eigenständigkeit“ der Verwaltung ebd., S. 15 f., 224 (der Geltungs- und Gehorsamsanspruch des Verwaltungsaktes folge nicht aus seiner Normgemäßheit, sondern erwachse aus ihm selbst als Bekundung des Willens öffentlicher Gewalt).

³² *Ernst Forsthoff*, VVDStRL 14 (1956), S. 188 (Diskussionsbemerkung).

³³ *Ernst Forsthoff*, Bemerkungen zur Situation der Verwaltung, in: Standorte im Zeitstrom. FS Arnold Gehlen, 1974, S. 41 ff. (42); die „Eigenständigkeit der Verwaltung“ sieht *Forsthoff* etwa durch BVerfGE 33, 1 (Strafgefangenen-Beschluß) negiert (ebd. S. 46).

³⁴ *Ernst Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 105: „Die Vielfältigkeit des staatlichen Wesens geht in dem rechtsstaatlichen Normativsystem nicht auf. Auf dieser Tatsache beruht die Eigenständigkeit von Regierung und Verwaltung, die dadurch nicht aufgehoben wird, daß beide unter die Kontrolle des Parlaments gestellt und an den Haushaltsplan gebunden sind. Diese Eigenständigkeit ist keine absolute Größe, sie kann größer oder geringer sein und daran, ob sie das eine oder das andere ist, läßt sich Stärke und Schwäche der Staatlichkeit ablesen. Denn dort, wo Regierung und Verwaltung in dieser Eigenständigkeit ohne den Vollzugsbefehl eines Gesetzes auftreten, sind sie ‚der Staat‘ und nichts weiter.“

III. Fremdbestimmtheit der Verwaltung

Beide, *Peters* wie *Forsthoff*, argumentierten seinerzeit aus einer Defensivposition heraus. Das ist den Texten selbst nur allzu deutlich anzumerken – im Falle *Ernst Forsthoffs* tritt noch hinzu, daß er an der Möglichkeit der Bewahrung einer Eigenständigkeit der Verwaltung wie der Grundlegung originärer souveräner Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland zunehmend Zweifel hegte: Seine resümierende Gegenwartsdiagnose über den „Staat der Industriegesellschaft“ aus dem Jahre 1971³⁵ legt davon ebenso Zeugnis ab wie etliche resignativ getönte Ausführungen in den letzten Auflagen seines Verwaltungsrechtslehrbuches³⁶.

Diese defensive Position erklärt sich in erster Linie aus der Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre in den 50er und 60er Jahren. Auf der Basis eines als Krönung des Rechtsstaates gefeierten und von daher extensiv interpretierten Art. 19 Abs. 4 GG³⁷ wurden traditionelle Ermessensspielräume der Exekutive durch Interpretation als gerichtlich voll überprüfbare unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgedrängt³⁸ und der Vorbehalt des Gesetzes etwa in den Habilitationsschriften von *Dietrich Jesch* und *Hans Heinrich Rupp* mit Rücksicht auf das Demokratie- bzw. das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes als Totalvorbehalt, also auch den Leistungsbereich umfassend, ausgelegt³⁹. Das besonders ernstgenommene Postulat strikter Gesetzmäßigkeit und Gesetzesgebundenheit der Verwaltung ließ im Verein mit dem unter Berufung auf die Rechtsweggarantie gewährten intensiven

³⁵ *Forsthoff* (FN 34), S. 105 ff., 113 u. ö.; zu diesem Buch vgl. die kritische Rezension von *Werner v. Simson*, *Der Staat der Industriegesellschaft*, *Der Staat* 11 (1972), S. 51 ff.; s. auch *Peter Häberle*, *Retrospektive Staats(rechts)lehre oder realistische „Gesellschaftslehre“?*, *ZHR* 136 (1972), S. 425 ff. – Vor der Gefahr einer angesichts der Dominanz der Verwaltungsgerichte „resignierenden Verwaltung“ warnte auch *Karl Zeidler*, *Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz*, *Der Staat* 1 (1962), S. 321 ff. (327), der sich aber durchgängig von Pauschalurteilen und allzu einfachen Problemzeichnungen freihält.

³⁶ *Forsthoff*, *Verwaltungsrecht* (FN 26), S. 79, 80, 81.

³⁷ Dazu die (kritische) Rückschau bei *Fritz Ossenbühl*, *Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft*, in: *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. V, 1987, S. 1143 ff. (1146 f.). Zum heutigen Stand siehe *Hans-Jürgen Papier*, *Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt*, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 1989, § 154 Rn. 1 - 11, 59 ff.

³⁸ Guter Überblick bei *Fritz Scharpf*, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats*, 1970, S. 38 ff., insb. 42 ff.

³⁹ *Dietrich Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, 1961; *Hans Heinrich Rupp*, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965. Zur Kritik statt aller *Fritz Ossenbühl*, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968, S. 210 ff.; *ders.* (FN 37), S. 1148 f. – Die vom Bundesverfassungsgericht inaugurierte „Wesentlichkeitstheorie“ (vgl. u. a. BVerfGE 47, 46/79; 49, 89/126; 58, 257/268; 61, 270/275) hat zu einer erneuerten Diskussion des Gesetzesvorbehalts geführt (dazu zuletzt ausführlich *Michael Kloepfer*, *Wesentlichkeitstheorie als Begründung oder Grenze des Gesetzesvorbehalts?*, in: *H. Hill* (Hrsg.), *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, 1989, S. 187 ff.). Zum Gesetzesvorbehalt bei Subventionen siehe *Gertrude Lübbe-Wolff*, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988, S. 215 ff.

Individualrechtsschutz den Gedanken einer echten Selbständigkeit im Sinne originärer – sei es gesetzlich nicht determinierter, sei es gerichtlich nicht vollständig überprüfbarer⁴⁰ – Handlungs- und Entscheidungskompetenzen der Verwaltung als unerträglich erscheinen⁴¹. *Hans Hubers* berühmte Formulierung vom Ermessen als „dem trojanischen Pferd des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts“⁴² brachte die Sache frühzeitig auf den Punkt.

Als gewissermaßen „unreiner Rest“, als „Relikt absolutistischer Freiräume der monarchischen Exekutive“⁴³, als „prekäre Exklave im Bereich der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“⁴⁴ nahmen sich die in den Ermessenstatbeständen sichtbar werdenden eigenen Handlungsanteile der Verwaltung, in denen nach den Worten *Forsthoffs* eine „Zutat eigener EntschlieÙung“⁴⁵ zutage trat und für ihn die Verwaltung „recht eigentlich sie selbst als eine eigenständige Funktion neben der Gesetzgebung und der Rechtsprechung“⁴⁶ zu sein schien, vor allem aufgrund der angesichts der neuen Verfassungsordnung plausiblen These aus, daß anders als im Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts mit seiner auf einer eigenen Legitimitätssäule ruhenden monarchischen Exekutive das Demokratieprinzip nach strikter und im Grunde genommen lückenloser gesetzlicher Determination des Verwaltungshandelns verlangt⁴⁷ und die Kontrolle der Exekutive nicht allein in die Hände

⁴⁰ Zu beiden wichtigen Aspekten *Scharpf* (FN 38), S. 38 ff., 44 ff.; die innere Verknüpfung von gesetzlicher Regelungsdichte und gerichtlicher Kontrolldichte ist gut dargestellt bei *Ingo Richter/Gunnar Folke Schuppert*, Casebook Verwaltungsrecht, 1991, S. 12 ff.; s. ferner *Hans-Uwe Erichsen*, Die sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßgaben im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, DVBl. 1985, S. 22 ff.

⁴¹ Zum Entwicklungsgang *Horst Dreier*, Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts, in: R. Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit, Wien 1990, S. 55 ff. (73 ff.) m. w. N.

⁴² *Hans Huber*, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats, in: Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe Giacometti, Zürich 1953, S. 59 ff. (66); ähnlich „streng“ *Max Imboden*, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 1954, S. 10 ff. Zum Abbau administrativen Ermessens und exekutiver Beurteilungsspielräume vgl. *Fritz Ossenbühl*, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, S. 618 ff.

⁴³ *Walter Schmidt*, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, S. 46.

⁴⁴ *Heiko Faber*, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1989, S. 95.

⁴⁵ *Forsthoff*, Verwaltungsrecht (FN 26), S. 15.

⁴⁶ *Forsthoff*, Verwaltungsrecht (FN 26), S. 81.

⁴⁷ Dazu ausführlicher *Horst Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 108 ff., 125 ff., 129 ff.; vgl. auch das „ideale Modell“ von *Carl Böhrer*, Öffentliche Verwaltung in der Demokratie, in: K. König/H. J. v. Oertzen/F. Wagener (Hrsg.), Öffentliche Verwaltung in der Bundesrepublik Deutschland, 1981, S. 53 ff. (55 ff.). Beachtlich *Zeidler* (FN 35), S. 325: „Ihr (scil.: der Exekutive, H. D.) zu begegnen, sie in die verfassungsmäßigen Schranken zu verweisen, wird weder der Bürger als mächtig genug bewertet, noch wird ihre Domestizierung im verwaltungsinternen Bereich durch parlamentarische Kontrollen noch als ausreichend angesehen. Das Interessante daran ist, daß diese Vorstellung durch den Wandel der Verwaltung mit einer die konstitutionelle Eigenständigkeit protegierenden monarchischen Gewalt zu einer parlamentarisch in vollem Umfang abhängigen Exekutivspitze nicht nur keine EinbuÙe hinnehmen mußte, sondern sogar erst recht entfaltet wurde. Diese Konzep-

des Parlaments, sondern stärker und effektiver noch in die der (Verwaltungs-)Gerichte gelegt ist⁴⁸.

Was im Grunde schon für die Weimarer Republik galt, war unter dem Grundgesetz vollends unabweisbar geworden: die unbestreitbare Führungsrolle des unmittelbar demokratisch legitimierten Parlaments als des in den Mittelpunkt des staatlichen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses gestellten Gesetzgebungsorgans⁴⁹ und die Verfassungsgeprägtheit⁵⁰, vor allem aber die durchgängige Gesetzesabhängigkeit der Verwaltung, wie sie in den Prinzipien vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes Gestalt gewinnt⁵¹. Das Gesetz bildet nicht mehr lediglich die Grenze, sondern den Grund der Verwaltungstätigkeit⁵². Angesichts dessen mußte die Vorstellung einer in ihren Wertungen, Entscheidungen und Aktionen eigenständigen Verwaltung als zum Scheitern verurteilter Versuch der Freizeichnung von der Gesetzesunterworfenheit erscheinen: als Versuch, das seit ihrer Genese im absolutistischen Fürstenstaat dominante Charakteristikum der „Fremdbestimmtheit“⁵³ abzustreifen und sich in nur begrenzt tragfähiger Parallele zur preußischen Reformphase Anfang des 19. Jahrhunderts⁵⁴ als gewissermaßen autokephale Fachelite, als Phänomen autarker Bürokratie zu begreifen.

Weil aber die Verfassung die Bindung der Verwaltung an das Gesetz besonders strikt und konsequent ausgeformt und sich im übrigen im Unterschied zu Weimar vor jeder Institutionalisierung außerparlamentarischer,

tion basiert also in gleicher Weise auf dem Bild des der Verwaltung ausgelieferten Bürgers wie auf dem mangelnden Vertrauen in die Kontrollgewalt der vom Volk gewählten Parlamente.“

⁴⁸ Zur Funktion, der Kontrollintensität und den Grenzen der (Verwaltungs-) Gerichtsbarkeit vgl. die im einzelnen divergierenden Positionen von *Hans-Jürgen Papier*, Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat, 1979; *Peter Lerche*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Geflecht der Rechtskontrollen, BayVbl. 1980, S. 257 ff.; *René A. Rhinow*, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in: FS Eichenberger, 1982, S. 657 ff. (662 ff.); *Walter Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 52 ff., 59 ff., 81 ff., 116 ff.; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS Menger, 1985, S. 107 ff.; *Gunnar Folke Schuppert*, Self-Restraints der Rechtsprechung, DVBl. 1988, S. 1191 ff.

⁴⁹ *Horst Dreier*, Regelungsform und Regelungsinhalt des autonomen Parlamentsrechts, JZ 1990, S. 310 f. m. w. N.

⁵⁰ Dazu *Dreier* (FN 41), S. 63 ff. m. w. N.

⁵¹ Vgl. *Jost Pietzcker*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1979, S. 710 ff.; *Christoph Gusy*, Der Vorrang des Gesetzes, JuS 1983, S. 189 ff.; *Fritz Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, § 62.

⁵² *Ulrich Scheuner*, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung (1969), in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 545 ff. (555).

⁵³ *Rainer Wahl*, Zur Lage der Verwaltung Ende des 20. Jahrhunderts, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. V, 1987, S. 1197 ff. (1199); zum „Instrumentcharakter“ der Verwaltung auch *Renate Mayntz*, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, 3. Aufl. 1985, S. 60 ff.

⁵⁴ Dazu näher *Dreier* (FN 47), S. 49 ff.

etwa präsidialdemokratischer Verfassungsinstitute gehütet hat, so daß der vom Volk gewählten Repräsentativkörperschaft keine gleichberechtigte Instanz zur Seite gestellt wird⁵⁵; weil man auch das nun ganz auf Treue und Gehorsam gegenüber dem demokratischen Verfassungsstaat verpflichtete Berufsbeamtentum beibehalten und damit die in den Ausgestaltungsmodalitäten variablen personell-strukturellen Voraussetzungen für eine loyale, gesetzes- und verfassungstreue Ausübung der Verwaltungsfunktionen geschaffen hat⁵⁶; weil in der Demokratie zudem zwangsnotwendig „die traditionelle Eigenausrichtung der Exekutive ... entfallen“⁵⁷ ist, so daß Regulator der Sozialordnung und Organisator des gesamtstaatlichen Zusammenhangs die Verwaltung nur noch in Abhängigkeit vom Gesetzgeber ist, nicht mehr neben ihm – aus all diesen Gründen steht die Verwaltung als „gesetzdirigierte Gewalt“⁵⁸ nicht länger als gleichberechtigte Größe neben der Legislative. 1968 hat man es mit einer zusätzlichen Nuancierung pointiert so ausgedrückt:

„Die Verwaltung ist nicht mehr der Arm des durch eine transzendente Legitimität aus der bürgerlichen Gesellschaft herausgehobenen Monarchen. Sie ist, durch die Vermittlung des Parlaments, zum Instrument der egalitären Gesellschaft geworden“⁵⁹.

Es ist dieser Gesamtzusammenhang zwischen demokratischer Staatsform, parlamentarischem Regierungssystem, gesetzgebender Exekutive und weitreichendem gerichtlichen Individualrechtsschutz, der die Verwaltung nicht als eigenständige Organisation, sondern – um nochmals die Formu-

⁵⁵ Zur Differenz zwischen Weimar und Bonn *Rainer Wahl/Frank Rottmann*, Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik – im Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar, in: W. Conze/M. R. Lepsius (Hrsg.), Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, 1983, S. 339 ff.; *Reinhard Mußgnug*, Verschiebungen im Verhältnis von Parlament, Regierung und Verwaltung, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. V, 1987, S. 100 ff.; *Horst Dreier*, Der Ort der Souveränität, in: ders./J. Hofmann (Hrsg.), Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, 1986, S. 11 ff. (33 ff., 36 ff.).

⁵⁶ Der staatstheoretische Umbruch ist eindringlich dargestellt bei *Henning Zwierner*, Die politische Treupflicht des Beamten (= Diss. jur. Göttingen 1956), 1987, S. 181 ff.; zur besonderen Stellung und Funktion des Berufsbeamtentums vgl. *Josef Isensee*, Öffentlicher Dienst, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S. 1149 ff. (1151 ff., 1170 ff.); *ders.*, Art. Beamte, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Bd. 1, 1985, Sp. 584 ff. (588 ff.); *Helmut Lecheler*, Öffentlicher Dienst, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, § 72 Rn. 82 ff., 90 ff.

⁵⁷ *Scheuner* (FN 52), S. 555.

⁵⁸ *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 221 ff. (231, 252); indes wollte Schmidt-Aßmann mit dieser Formel nicht einer allumgreifenden, punktgenauen Programmierung der Exekutive durch den Gesetzgeber das Wort reden, sondern die Vielfalt der Lenkungsmöglichkeiten (Organisations- und Rahmenregelungen, Leitlinien, Richtpunkte und Eingriffsermächtigungen) betonen. Feine Differenzierungen auch bei *Peter Lerche*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 83 (1983), Rn. 15 ff., 60, 61.

⁵⁹ *Peter Badura*, Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1968, S. 446 ff. (446).

lierung *Köttgens* in Erinnerung zu rufen⁶⁰ – eher als „rationelle Maschine“, als Instrument des im Gesetz authentisch interpretierten Volkswillens erscheinen läßt. Vermeintlich aller politischen und gestalterischen Elemente beraubt, mußte sich die Exekutive in dieser sowohl demokratietheoretisch wie rechtsstaatlich stringenten Perspektive als hierarchisch organisierter, gesetzlich programmierter, aufsichtlich wie judikativ kontrollierter, von der Welt der Politik vollständig isolierter bürokratischer Apparat ohne eigene Willensbildungskompetenz darstellen.

IV. Eigenständigkeit der Verwaltung heute

1. Vor diesem Hintergrund bildet es ein deutungsbedürftiges Phänomen, wenn gerade in jüngerer Zeit nicht nur in explizit verwaltungswissenschaftlichem Kontext⁶¹ wieder von der Verwaltung als einer eigenständigen Staatsgewalt gesprochen wird⁶². Wie ist das zu erklären? Zwei Faktoren kam entscheidende Bedeutung für eine Umorientierung zu. Erstens handelte es sich um die erneuerte Kritik an der Marginalisierung der Exekutive durch

⁶⁰ Vgl. FN 2.

⁶¹ Vgl. etwa *Helmut Lecheler*, Verwaltungslehre, 1988, S. 46 ff., 49 f., der sich weitgehend auf die Aussagen von Hans Peters stützt. – Nachweise älterer wie neuerer Literatur bei *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 754 ff.

⁶² Einen Meilenstein markiert insofern das Staatsrechtslehrerreferat von *Schmidt-Aßmann* (FN 58), S. 229 ff.; die Bedeutung des Topos von der Eigenständigkeit der Verwaltung hat in der Diskussion *Otto Bachof* (VVdStRL 34 [1976], S. 275 ff.) ausdrücklich hervorgehoben. – Vgl. ferner *Schmidt-Aßmann* (FN 48), S. 112 ff., 122; als funktionale Analyse ist konzipiert *Winfried Brohm*, Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1986, S. 321 ff. (326 ff.). Als „eigenständige Staatsfunktion“ wird die Verwaltung bezeichnet bei *Fritz Ossenbühl*, Autonome Rechtsetzung der Verwaltung, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, § 65 Rn. 2; indes überwiegt hier wie auch bei *Meinhard Schröder*, Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung, ebd., § 67 Rn. 22 ff., 29 ff. die Konzentration auf einen etwaigen Verwaltungs- oder Regierungsvorbehalt; dazu weiter unten. – *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1990, bezieht die Wendung von der Verwaltung als „eigenständiger Staatsgewalt“ im eher engeren Sinne auf die sog. Beurteilungsermächtigungen (§ 7 Rn. 20); unspezifischer *Ralf Dreier*, Recht – Staat – Vernunft, 1991, S. 73 ff. (88, 93); *Lerche* (FN 58), Rn. 30, 60 behandelt die „Eigenständigkeit der Verwaltungskompetenz“. – Lediglich referierend spricht das Bundesverfassungsgericht von der „Eigenständigkeit der Exekutive“ (E 58, 257/270), zudem im Kontext der Begründung der Wesentlichkeitstheorie. Auch ansonsten überwiegt in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (noch?) die warnende Rede von der „Selbstherrlichkeit der Exekutive“ (E 10, 264/267; 35, 263/274; 51, 268/284), der gerade das Grundgesetz entschieden vorzubeugen sucht. Die gern für eine „Eigenständigkeits“-Konzeption herangezogenen Bemerkungen in BVerfGE 49, 89/125; 67, 100/139; 68, 1/86 konzentrieren sich wiederum eher auf den der Regierung vorbehaltenen Bereich. Zu dem damit angesprochenen „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ (so wohl zuerst *Rupert Scholz*, Parlamentarischer Untersuchungsausschuß und Steuergeheimnis, in: AöR 105 [1980], S. 564 ff. [598]) umfangreiche Nachweise bei *Volker Busse*, Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung im Spannungsfeld der staatlichen Gewalten, DÖV 1989, S. 45 ff.

eine detaillierte und beständig verfeinerte Programmierung durch die Legislative auf der einen, durch eine extensive und nur scheinbar ausschließlich individualrechtsschützende gerichtliche Kontrolle auf der anderen Seite, wie sie in dem 1985 erschienenen Sammelband mit dem programmatischen Titel „Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle“ ihren Höhe- und zugleich Scheitelpunkt erreichte⁶³. Als letztlich entscheidend für das mittlerweile längst wieder erstarkte „Verständnis für die Legitimität von Handlungsspielräumen der Verwaltung“⁶⁴, und das heißt: nicht nur für deren bloße Existenz und faktische Unausweichlichkeit, sondern auch für ihre demokratische Erträglichkeit und rechtsstaatliche Zulässigkeit erwies sich der zweite Punkt: nämlich die – nicht neue, aber offenbar revitalisierungsbedürftige – Erkenntnis, daß der seinerseits verfassungsgebundene Gesetzgeber die Exekutive in bestimmten Fällen zu selbständiger, gerichtlich nur begrenzt überprüfbarer Entscheidungstätigkeit ermächtigen kann⁶⁵.

Dieser Ansatz, der von *Eberhard Schmidt-Aßmann* in überzeugender Weise zu einer Lehre von den administrativen Letztentscheidungsermächtigungen entfaltet worden ist⁶⁶, reicht über die ganz allgemeine rechtstheoretische Einsicht in die unhintergehbare Konkretisierungsbedürftigkeit der fallblinden Norm im Prozeß der kontextbezogenen Rechtsumsetzung und damit der Rechtsverwirklichung hinaus⁶⁷, baut aber auf ihr auf. Daß jede

⁶³ V. Götz/H. H. Klein/Chr. Starck (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985. Ausführlicher Tagungsbericht: *Hermann Hill*, DVBl. 1985, S. 998 ff. Nicht zu überhörende kritische Untertöne und Wiedergabe entsprechender Stimmen in der Diskussion im Besprechungsaufsatz von *Horst Sandler*, Die öffentliche Verwaltung zwischen Scylla und Charybdis, NJW 1986, S. 1084 ff., der insbesondere auf zum Teil allzu vereinfachende und schematisierende Vorstellungen einer zwischen Legislative und Judikative hilflos und ohnmächtig eingezwängten Exekutive hinweist (s. aber auch *dens.*, 125 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit: Woher – wohin?, VBlBW 1989, S. 41 ff. [50]). Kritisch zu entsprechenden „Befunden“ auch *Wahl* (FN 53), S. 1208 ff. und *Schuppert* (FN 48), S. 1198 ff.

⁶⁴ *Wahl* (FN 53), S. 1209. Wenn *Karl August Bettermann* davon spricht, daß das „Ideal des Rechtsstaats in der Reduzierung, wenn nicht Ausmerzungen des Verwaltungsermessens gesehen wird“ (Die rechtsprechende Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, § 73 Rn. 30), so bezieht er sich eher auf die Diskussionslage der 60er als der 80er Jahre.

⁶⁵ *Schmidt-Aßmann* (FN 48), S. 114 ff.; ähnlich *Peter Badura*, Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend auf Grund und nach Maßgabe des Gesetzes, in: FS Bachof, 1984, S. 169 ff.; *Martin Bullinger*, Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung, JZ 1984, S. 1001 ff. (1005); *Wahl* (FN 53), S. 1209; *Papier* (FN 37), Rn. 5 ff., 61; *Franz-Josef Kunert*, Normkonkretisierung im Umweltrecht, NVwZ 1989, S. 1018 ff. (1019). – Vgl. auch *René A. Rhinow*, Rechtsetzung und Methodik, 1979, S. 62 ff.; *Georg Müller*, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, 1979, S. 78 ff.

⁶⁶ *Eberhard Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 IV (1985), Rn. 188 ff.

⁶⁷ In der grundlegenden Einschätzung vom stets schöpferischen Charakter der Rechtsanwendung stimmt die ansonsten in vielem zerstrittene Methodenlehre weitgehend überein; vgl. ausführlicher und mit Literaturnachweisen *Dreier* (FN 47), S. 165 ff.

Auslegung „normativ produktiv“⁶⁸ wirkt, die Anwendung einer generellen Norm mehr verlangt als besinnungslosen, automatenhaften Kommandogehorsam, hat gerade *Forsthoff* in aller Deutlichkeit betont: „Denn die Umsetzung einer generellen Norm in die Ausführung durch eine Mehrzahl von Verwaltungsakten ist ein eigengearteter, eigengewichtiger Vorgang ... Dieser Vorgang ist in dem, was die Norm sagt, nicht bereits enthalten, sondern tritt zum Norminhalt als selbständiges Moment hinzu“⁶⁹.

Über diesen methodologischen Grundtatbestand noch hinausgehend und vor allem für die Frage nach bestimmten Restriktionen gerichtlicher Kontrollkompetenzen von entscheidender Bedeutung ist die staats- und verwaltungswissenschaftliche Einsicht in die prinzipielle Begrenztheit der Fähigkeit des Gesetzgebers zur punktgenauen Vorausedetermination des Verwaltungshandelns durch möglichst präzise Konditionalprogramme insbesondere bei sogenannten komplexen, gestaltenden, verteilenden, infrastrukturellen Verwaltungsaufgaben, -verfahren und -entscheidungen⁷⁰. Neben Fällen offenkundigen gesetzgeberischen Versagens existieren „sachlogisch oder strukturell bedingte Steuerungsschwächen des Gesetzes“⁷¹, die objektive Gründe haben. Selbst bei optimaler Gesetzgebungsmethodik, hohem Informationsstand, zweifelsfreier Gemeinwohlorientierung und politischer Durchsetzungsfähigkeit lassen sich etwa im Bereich des Umweltschutzes und beim technischen Sicherheitsrecht, in der Raum- und Fachplanung wie

⁶⁸ *Jan Harenburg*, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, 1986, S. 118.

⁶⁹ *Forsthoff* (FN 26), S. 59.

⁷⁰ Von einer konsistenten „Theorie“ der Verwaltungsaufgaben sind wir noch weit entfernt. Zu den die punktuelle Einzelfallentscheidung transzendierenden Aktivitäten der Verwaltung vgl. u. a. *Forsthoff*, Verwaltungsrecht (FN 26), S. 68 ff., 73 ff., 509 ff.; *Winfried Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff. (253 ff., 274 ff., 304 ff.); *Schmidt-Aßmann* (FN 58), S. 223 ff.; *ders.*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982, S. 21 ff.; *Werner Hoppe*, Gerichtliche Kontrolldichte bei komplexen Verwaltungsentscheidungen, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 295 ff.; *Rudolf Steinberg*, Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, DÖV 1982, S. 619 ff.; *Rainer Wahl/Jost Pietzcker*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), S. 151 ff., 193 ff.; *Wahl* (FN 53), S. 1208. – Zur Eigenart und Dynamik der Staats- und damit Verwaltungsaufgaben im modernen Rechts-, Kultur-, Sozial-, Industrie- und Umweltstaat grundsätzlich *Hasso Hofmann*, Die Aufgaben des modernen Staates und der Umweltschutz, in: M. Kloepfer (Hrsg.), Der Umweltstaat, 1989, S. 1 ff. (12 ff., 18 ff., 36 ff.); vgl. ferner *Josef Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: *ders./P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, § 57 Rn. 132 ff., 156 ff.; nur pauschal hingewiesen werden kann an dieser Stelle auf die leider wenig empirisch ausgerichteten Beiträge in: *D. Grimm* (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990; s. auch *Th. Ellwein/J. J. Hesse* (Hrsg.), Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, 1990.

⁷¹ *Winfried Brohm*, Alternative Steuerungsmöglichkeiten als „bessere“ Gesetzgebung?, in: *Hill* (FN 39), S. 217 ff. (222); ähnliche Terminologie bei *Wahl* (FN 53), S. 1209 f.

auch bei wirtschaftspolitischen Lenkungsmaßnahmen und den gewissermaßen „klassischen“ Fällen des Verwaltungsermessens und der Beurteilungsermächtigungen „strukturell bedingte Normierungsdefizite“⁷² nicht vermeiden. Die Dynamik der modernen Industriegesellschaft, die Komplexität und Fülle staatlicher Aufgaben, die Rasanz der technologischen Entwicklung, der Wandel der sozialen Verhältnisse, schließlich die Vielfalt der in allen Bereichen der sog. „Infrastrukturverwaltung“⁷³ zu berücksichtigenden und zu gewichtenden Abwägungsgesichtspunkte⁷⁴ erzwingen, daß der Gesetzgeber sich hier partiell mit vagen Generalklauseln, Kompromißformeln, finaler Programmierung und offenen Kompetenznormen⁷⁵ behelfen muß.

Die Fein- und Nachsteuerung wird der Exekutive als der geborenen Konkretisierungsinstanz überlassen, die sich zum Teil selbst programmiert⁷⁶,

⁷² Brohm (FN 71), S. 225 ff.

⁷³ Diesen Begriff hat Heiko Faber, *Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 1989, S. 30 ff., 158 ff., 331 ff., 401 ff. in das Zentrum einer zeitgemäßen Erweiterung der Verwaltungsrechtsdogmatik gestellt; zur Bedeutung vgl. näher Dreier (FN 41), S. 82 ff.

⁷⁴ Das Gebot der Abwägung hat Faber (FN 73), S. 401 als „eine durchgehende, eigenständige Grundnorm des Planungsrechts“ und als „Kristallisationspunkt für die systematische Erfassung der Erscheinungsformen gestaltender und planender Verwaltung unter dem Sammelbegriff ‚Infrastrukturverwaltung‘“ bezeichnet; zur Bedeutung des Abwägungsgrundsatzes auch Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht* (FN 70), S. 25; konkret zur Relevanz der Abwägung im Bereich der Fachplanung Rainer Wahl, *Entwicklung des Fachplanungsrechts*, NVwZ 1990, S. 426 ff. (436 ff.) m. zahlr. Nachweisen. Sehr weitreichende Folgerungen bei Karl-Heinz Ladeur, „Abwägung“ – ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts?, 1984.

⁷⁵ Das Bundesverfassungsgericht anerkennt in st. Rspr., daß sich die Bestimmtheitsanforderungen der Gesetze nach den Besonderheiten des Regelungsgegenstandes richten müssen: vgl. BVerfGE 56, 1 (12 ff.); 79, 174 (195). Eine anschauliche Sammlung von Normen und Fallbeispielen bietet Maurer (FN 62), § 7 Rn. 6 ff., 17 ff., 24 ff.; wichtig Helmuth Schulze-Fielitz, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, 1988, S. 423 ff. m. w. N. („Formelkompromisse als funktionell-rechtliches Problem“); s. auch Wilfried Braun, *Offene Kompetenznormen – ein geeignetes und zulässiges Regulativ im Wirtschaftsverwaltungsrecht?*, VerwArch. 76 (1985), S. 24 ff., 158 ff. – Zur Funktionalität im Sinne der Flexibilitätssicherung angesichts komplexer sozialer Verhältnisse vgl. Dreier (FN 47), S. 170 f. m. w. N. und zuletzt Winfried Brohm, *Stellung und Funktion des Verwaltungsrichters*, Die Verwaltung 24 (1991), S. 137 ff. (146, 159 ff.). Demonstration des Gehaltes und der Bedeutung eines zentralen „Verweisungsbegriffes“: Karl Albrecht Schachtschneider, *Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“ im Atom- und Immissionsschutzrecht*, in: W. Thieme (Hrsg.), *Umweltschutz im Recht*, 1988, S. 81 ff. – Stärker methodologisch ausgerichtet Rhinow (FN 65), S. 49 ff., 58 ff.; Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, 1984, S. 184 ff.; ders., *Juristische Methodik*, 4. Aufl. 1990, S. 154 ff. u. ö.

⁷⁶ Dazu gehört zum einen die herausragende Rolle der Exekutive bei der Gesetzgebung selbst, zum anderen die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen, schließlich drittens die Möglichkeit zur Selbstprogrammierung durch Verwaltungsvorschriften; die Satzungen als Ausdruck autonomer Rechtssetzungsbefugnis von Selbstverwaltungskörperschaften (und in Grenzen auch Anstalten) bleiben hier außer Betracht (siehe dazu auch die Schlußbemerkung). – Zur Rolle der Ministerialbürokratie im Gesetzgebungsprozeß u. a. Kurt Eichenberger, *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, VVDStRL 40 (1982), S. 7 ff. (29 ff.); Mayntz (FN 53), S. 181 ff., 187 ff.; differenzierender Schulze-Fielitz (FN 75), S. 285 ff. m. zahlr. weit. Nachw. – Zum „Ermessen“ des Verordnungsgebers vgl. zuletzt Thomas v. Danwitz, *Die Gestaltungsfreiheit des*

zum Teil Entscheidungsgrundlagen und normative Maßstäbe durch (nicht immer interessenneutrale) sachverständige Beratung gewinnt oder gleich auf Norm- und Regelwerke privater Dritter zurückgreift⁷⁷, zum Teil erst aufgrund partizipatorischer Teilnahme von Drittbetroffenen⁷⁸ gemeinwohlorientiert agieren kann. Überhaupt bedarf die Einbuße an „legislatorischer Programmsteuerung“⁷⁹ der Kompensation durch eine Aufwertung des Verfahrensgedankens⁸⁰; besonders deutlich wie dringlich wird dies bei den Entscheidungsprozessen zur Festlegung von Standards im Technik- und Umweltrecht⁸¹. Im weiteren Umkreis liegende diskussionsbedürftige Grenz-

Verordnungsgebers, 1989, und *Matthias Herdegen*, Gestaltungsspielräume bei administrativer Normgebung, AöR 114 (1989), S. 607 ff. – Zur Diskussion um die Verwaltungsvorschriften und ihre rechtsdogmatisch saubere Einordnung u.a. *Winfried Brohm*, Verwaltungsvorschriften als administrative Rechtsquelle – ein ungelöstes Problem des Innenrechts, in: ders. (Hrsg.), Drittes deutsch-polnisches Verwaltungssymposium, 1983, S. 11 ff.; *Ossenbühl* (FN 62), passim; *Maurer* (FN 62), § 24. Den ohnehin diffusen Meinungsstand hat das Bundesverwaltungsgericht mit der Erfindung sog. „normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften“ (BVerwGE 72, 300/316 f., 320 f.) noch weiter kompliziert; vgl. Nachweise zur Diskussion bei *Maurer* (FN 62), § 24 Rn. 25 a. Kritisch zu jener Figur u.a. *Hofmann* (FN 70), S. 31; *Hans-Joachim Koch*, Immissionsschutz durch Baurecht, 1991, S. 28 ff.

⁷⁷ Hier liegen wohl nach wie vor die im Hinblick auf das Rechtsstaats- wie das Demokratieprinzip größten verfassungsrechtlichen Defizite einer im übrigen recht vielgestaltigen und zum Teil undurchsichtigen Praxis. Guter Gesamtüberblick zum Problemkomplex bei *Winfried Brohm*, Sachverständige Beratung des Staates, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987, § 36. Zum Problem der impliziten Wertentscheidungen sowie der Vermittlungsbedürftigkeit technischen Sachverständigen und eines hinlänglich breiten „Wertberücksichtigungspotentials“ *Renate Mayntz*, Entscheidungsprozesse bei der Entwicklung von Umweltstandards, Die Verwaltung 23 (1990), S. 137 ff.; speziell zum Bereich des Atomrechts *Hasso Hofmann*, Privatwirtschaft und Staatskontrolle bei der Energieversorgung durch Atomkraft, 1989, S. 42 ff.; ausführlich *Erhard Denninger*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 1990. – Es droht zur Zeit allem Anschein nach weniger eine Marginalisierung oder Subalternisierung der Exekutive, sondern eine administrativ-technokratische Entmächtigung des demokratischen Gesetzgebers.

⁷⁸ Vgl. *Walter Schmitt Glaeser*, Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung, in: Peter Lerche/Walter Schmitt Glaeser/Eberhard Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 35 ff. (insb. 53 ff.). Theoretisch beste Analyse vor dem Hintergrund des Weberschen ‚Maschinenmodells‘: *Claus Offe*, Rationalitätskriterien und Funktionsprobleme politisch-administrativen Handelns (1974), in: E. Denninger (Hrsg.), Freiheitliche demokratische Grundordnung I, 1977, S. 469 ff.

⁷⁹ *Rolf-Richard Grauhan*, Modelle politischer Verwaltungsführung, 1969, S. 9 ff.

⁸⁰ *Heiko Faber*, Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft, in: FS Ridder, 1989, S. 291 ff. (299): „Dem Rückzug des Gesetzgebers aus der Infrastruktur entspricht eine Aufwertung des Verfahrensrechts ... Keine Abwägung ohne Verfahren.“ Zur Relevanz des Verfahrens auch *Gunnar Folke Schuppert*, Diskurse über Staat und Verwaltung, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1991, S. 122 ff. (136 ff.).

⁸¹ *Jürgen Salzwedel*, Risiko im Umweltrecht – Zuständigkeit, Verfahren und Maßstäbe der Bewertung, NVwZ 1987, S. 276 ff.; *Ernst-Hasso Ritter*, Umweltpolitik und Rechtsentwicklung, NVwZ 1987, S. 929 ff.; *Hofmann* (FN 77), S. 44; *Rainer Wahl*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit – Bemerkungen zu einem Dauerthema –, VBlBW 1988, S. 387 ff. (391 f.); *ders.*, Risikobewertung der Exekutive

fälle seien mit den Stichworten „informales Verwaltungshandeln“⁸² und „mittlergestützte Verhandlungssysteme“⁸³ genannt. Das Gesetz ist in all diesen Fällen aufgrund mangelnder Präzision nicht mehr in sich abgeschlossenes Endprodukt der Staatswillensbildung und damit des Prozesses rechtlicher Steuerung und Lenkung des politischen Gemeinwesens, sondern im Grunde erst Beginn und Anstoß des arbeitsteiligen Vorganges sozialgestaltender Rechtsverwirklichung⁸⁴, in dem die Verwaltung vor und neben der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Sinne „strategischer Rechtsfortbildung“⁸⁵ und „situativer Gesetzanpassung“⁸⁶ aktiv mitgestaltend tätig wird⁸⁷.

Besinnt man sich schließlich darauf, daß in den einschlägigen Fällen der Gesetzgeber der Verwaltung „Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume“⁸⁸ einräumt, entpuppen sich die in der Verwaltungsrechtsdogmatik seit langem diskutierten, scheinbar präzisen Kategorien von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensvorschriften, Beurteilungsspiel-

und richterliche Kontrolldichte – Auswirkungen auf das Verwaltungs- und gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, S. 409 ff. mit dem prägnanten Resümee S. 418: „Die Reduzierung der Kontrolldichte muß durch das Verwaltungsverfahren verdient werden.“ – Normativ sicherzustellen ist vor allem die Neutralität und Objektivität der Entscheidungsfindung sowie die repräsentative Vertretung und hinlängliche Gewichtung der verschiedenen gesellschaftlichen Interessen(gruppen) in den Gremien. Vgl. auch *Christoph Gusy*, Leistungen und Grenzen technischer Regeln – am Beispiel der technischen Baunormen, VerwArch. 79 (1988), S. 68 ff. (79).

⁸² Bahnbrechend *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1982), S. 187 ff. (191 ff.); Nachweise der wichtigsten Beiträge zur mittlerweile ausgedehnten Diskussion bei *Maurer* (FN 62), § 15 Rn. 8 ff.

⁸³ *Oliver Passavant*, Mittlerunterstützte Kooperation in komplexen Verwaltungsprojekten, DÖV 1987, S. 516 ff.; *Bernd Holznel*, Der Einsatz von Konfliktmittlern, Schiedsrichtern und Verfahrensverwaltern im amerikanischen Umweltrecht, Die Verwaltung 22 (1989), S. 421 ff.; *ders.*, Konfliktlösung durch Verhandlungen, 1990; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Konfliktmittler in Verhandlungen, 1989; jetzt umfassend die Beiträge in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, 2 Bde. (Bd. I: Informelle und mittlergestützte Verhandlungen in Verwaltungsverfahren; Bd. II: Konfliktmittlung in Verwaltungsverfahren), 1990. Kritisch: *Winfried Brohm*, Verwaltungsverhandlungen mit Hilfe von Konfliktmittlern?, DVBl. 1990, S. 321 ff.

⁸⁴ *Schulze-Fielitz* (FN 75), S. 139 ff., 143 ff. („arbeitsteilige Rechtskonkretisierung“); *Dreier* (FN 47), S. 159 ff., 200 ff. („Legislative und Exekutive im Handlungsverbund“); s. auch *Wahl* (FN 81), VBIBW 1988, S. 390: („Gesamt-Rechtsetzungswerk“); *ders.* (FN 81), NVwZ 1991, S. 411 FN 15: „Ergänzungsverhältnis von Legislative und Exekutive“; ähnlich *Schmidt-Aßmann* (FN 94), § 24 Rn. 60 („Vorstellung einer ‚gewaltenpluralen‘ Arbeit am Gesetz“).

⁸⁵ *Karl-Heinz Ladeur*, Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung. Zur Genealogie des Verwaltungsrechts, Leviathan 7 (1979), S. 339 ff.

⁸⁶ *Winfried Brohm*, Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung, NVwZ 1988, S. 794 ff.

⁸⁷ Natürlich steigt bei abnehmender gesetzlicher Regelungsdichte der „Anteil“ der Verwaltung an der Rechtsverwirklichung: vgl. *Forsthoff*, Verwaltungsrecht (FN 26), S. 15; *Rhinow* (FN 48), S. 665; *Schmidt-Aßmann* (FN 66), Rn. 184; *Wahl* (FN 81), VBIBW 1988, S. 390.

⁸⁸ BVerfGE 61, 82 (111); dieser Topos hat für das Konzept administrativer Letztentscheidungsermächtigungen *Schmidt-Aßmanns* (FN 66) zentrale Bedeutung.

räumen, Fällen planerischer Gestaltungsfreiheit, kognitivem und volitivem Ermessen etc. im Grunde als bloße Variationen des einen, zentralen Sachverhalts: des durch Phänomene des Wählens, Wägens und Wertens gekennzeichneten, von der Judikative unterschiedlich intensiv kontrollierten Entscheidungsspielraums der Exekutive⁸⁹ im insofern unausweichlich stets auch „politischen“ Prozeß⁹⁰ gemeinwohlorientierter Verwaltungstätigkeit. Da die gesetzliche Regelungsdichte indes durchaus unterschiedlich ist, bleiben Differenzierungen beim Konkretisierungsrecht der Verwaltung und der dem korrespondierenden gerichtlichen Kontrolldichte nicht nur möglich, sondern unerlässlich⁹¹.

2. Nimmt man nur alles in allem, so rechtfertigt sich die Rede von der „Eigenständigkeit“ der Verwaltung heute durch die faktischen Grenzen gesetzlicher Detailprogrammierung, durch die Einsicht in ihre funktional entscheidende Rolle bei der stets in gewissem Umfang ‚gestaltenden‘ Rechtskonkretisierung und durch das dadurch hergestellte kooperative Verbundverhältnis zwischen Legislative und Exekutive. Wichtig bleibt daher abschließend festzuhalten, worin diese Eigenständigkeit *nicht* beschlossen liegt.

a) Sie findet ihre eigentliche Fundierung und präzise Konturierung nicht – wie *Hans Peters* meinte⁹² – in einem abstrakten und als solchen dem Grundgesetz unbekanntem Prinzip der Gewaltenteilung, das allein für sich genommen viel zu unspezifisch und sinnvariabel ist, um eindeutige Antworten auf die Frage nach der Gewichts- und Funktionenverteilung zwischen den Staatsgewalten geben zu können⁹³. Auch die Kernbereichs-Metapho-

⁸⁹ Vgl. dazu *Dreier* (FN 47), S. 185 ff. m. w. N.; ferner jetzt *Christian Starck*, Rechtsdogmatik und Gesetzgebung im Verwaltungsrecht, in: O. Behrends/W. Henckel (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, 1989, S. 106 ff. (111 ff.) und *Matthias Herdegen*, Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich, *JZ* 1991, S. 747 ff. In Richtung einer einheitlichen Lösung wurde bereits sehr früh argumentiert: vgl. *Horst Ehmke*, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, 1960, S. 21 f. mit Hinweis auf Scheuners Vorschlag aus dem Jahre 1928; auch *Ehmke* favorisiert die „Einheitslösung“: vgl. S. 32, 34, 40, 45.

⁹⁰ Zum unausweichlichen politischen Moment vgl. *Peter Badura*, Die Verwaltung als soziales System, *DÖV* 1970, S. 18 ff. (21); *Rolf-Richard Grauhan*, Politikwissenschaftliche Forschung zur Verwaltung, *DÖV* 1970, S. 587 ff. (588); *Brohm* (FN 62), S. 329; *ders.* (FN 71), S. 231; *ders.* (FN 75), S. 161. Ausführlich: *Walter Schmidt*, Rechtswissenschaft und Verwaltungswissenschaft, in: D. Grimm (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, Bd. 1, 2. Aufl. 1976, S. 89 ff. (96 ff.); s. auch *Erhard Blankenburg/Hubert Treiber*, Bürokraten als Politiker. Parlamentarier als Bürokraten, *Die Verwaltung* 5 (1972), S. 273 ff.; *Mayntz* (FN 53), S. 202 ff.

⁹¹ Dazu (und damit gegen den gedanklichen Kurzschluß, aus der dogmatischen Fragwürdigkeit eingefahrener begrifflicher Kategorien die pauschale Rücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte zu folgern) eindringlich *Wahl* (FN 81), *VBIBW* 1988, S. 389 ff.; *ders.* (FN 81), *NVwZ* 1991, S. 414 ff.; s. auch *Brohm* (FN 62), S. 330 mit Unterscheidung zwischen Gesetzesbefehl, Gesetzauftrag, gesetzlicher Kompetenzzuweisung oder Handlungsermächtigung und bloßer Schrankenziehung (dazu ausführlicher *ders.* [FN 71], S. 229 f.).

⁹² *Peters* (FN 15), S. 13, 29.

rik⁹⁴ führt hier nicht weiter, weil sie den Kern der mit der Eigenständigkeits-Formel umschriebenen Sache nicht trifft.

b) Festen Grund für die Eigenständigkeit der Verwaltung bietet auch nicht deren Personal. Darüber, daß die Beamtenschaft längst keinen einheitlichen sozialen Körper mit eigenem Ethos, unhinterfragbarem Selbstverständnis oder gar homogenem Korpsgeist mehr darstellt⁹⁵, ist nach *Frido Wagener*s Staatsrechtslehrevortrag aus dem Jahre 1978 im Grunde kein Wort mehr zu verlieren⁹⁶ – einmal ganz abgesehen davon, daß es sich im demokratischen Staat ohnehin verbietet, von einer Beamtenaristokratie als „Dritter Kraft eines parteipolitisch neutralisierenden Wahrers staatlicher Konsistenz“⁹⁷ zu sprechen. Eine „eigene politische Potenz“⁹⁸ als sozialer Gruppe kann und darf dem öffentlichen Dienst nicht zukommen⁹⁹; eine

⁹³ Vgl. *Hans Heinrich Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 126; *Wahl* (FN 81), VBIBW 1988, S. 392; *Schulze-Fielitz* (FN 75), S. 150 ff.; *Dreier* (FN 47), S. 175 ff. m. w. N.

⁹⁴ Dazu abwägend *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts I, 1987, § 24 Rn. 49; zu der dort Rn. 50 angesprochenen neueren, eher funktional betonten Gewaltenteilungsdoktrin des Bundesverfassungsgerichts, wonach es vor allem auch auf eine funktionsadäquate Verteilung der staatlichen Funktionen ankomme (z.B. BVerfGE 68, 1/86), ausführlich: *Werner Heun*, Staatshaushalt und Staatsleitung, 1989, S. 95 ff. – Der noch nicht zu einem schlüssigen Konzept ausgereifte neue Ansatz des BVerfG krankt daran, daß es nicht die Ausstattung sein kann, die den Kreis der von den Funktionsträgern wahrzunehmenden Aufgaben bestimmt, sondern daß die Zuweisung bestimmter Aufgaben eine adäquate Ausstattung verlangt.

⁹⁵ Die Monarchie hingegen bot, wie *Arnold Köttgen* vor dem kontrastreichen Hintergrund der Weimarer Republik schrieb, dem Beamten „eine sichere geistige Stütze in einer objektiven Wertewelt“ (Die politische Betätigung der Beamtenschaft, VerwArch. 37 [1928], S. 247 ff. [262]).

⁹⁶ *Frido Wagener*, Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, VVDStRL 37 (1979), S. 215 ff. (225 ff., 229 ff.); zur Binnendifferenzierung der Beamtenschaft *Hans D. Jarass*, Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung, 1975, S. 93 ff. – Zur fehlenden Geschlossenheit und dem Verlust eines einheitlichen Beamtenethos auch *Heinrich Siedentopf*, Der öffentliche Dienst, in: König u. a. (FN 47), S. 321 ff. (334 f.); *Werner Thieme*, Verwaltungslehre, 4. Aufl. 1984, Rn. 103, 109, 589.

⁹⁷ *Weber*, Spannungen und Kräfte (FN 19), S. 18 f.

⁹⁸ Ebd. – Ähnlich heißt es bei *Franz Mayer*, Neuzeitliche Entwicklung der öffentlichen Verwaltung, in: F. Morstein Marx (Hrsg.), Verwaltung, 1965, S. 2 ff. (15), die Verwaltung stelle nach wie vor ein „entscheidendes Regulativ des Politischen im Gemeinwesen dar“ und bilde das „Band, das den Staat zusammenhält“. Dazu mit Recht kritisch *Wahl* (FN 53), S. 1206 ff.

⁹⁹ In gewisser Weise leistet das Bundesverfassungsgericht einer solchen Optik indes selbst Vorschub, wenn es davon spricht, das Berufsbeamtentum solle nicht nur eine stabile und gesetzestreue Verwaltung sichern, sondern erfülle darüber hinaus die Funktion eines ausgleichenden Faktors gegenüber den das Staatsleben gestaltenden Kräften (BVerfGE 7, 155/162; BVerfG NJW 1989, S. 93). Denn außerhalb der von diesen politischen Kräften gestalteten Verfassung und außerhalb der von diesen politischen Kräften gestalteten Gesetze gibt es für das Beamtentum keinen weiteren fixen Orientierungspunkt, und der „Ausgleich“ zwischen konfligierenden gesellschaftlichen Interessen etwa ist – im Rahmen des Möglichen – originäre Aufgabe des Gesetzgebers, nicht der Exekutive. Schließlich soll das Berufsbeamtentum gerade wegen seiner Fungibilität für verschiedene Zwecksetzungen den demokratischen Macht-

aparte Legitimität ist hier ebensowenig anzuerkennen wie eine gesetzesresistente Sachkompetenz.

c) Schließlich läßt sich die Eigenständigkeit der Verwaltung auch nicht in einer Lehre vom „Verwaltungsvorbehalt“ verankern, sofern man darunter ein bestimmtes Reservat an originären Exekutivbefugnissen verstehen wollte¹⁰⁰. Die zu diesem Thema im Rahmen und im Umkreis der Staatsrechtslehretagung 1984 geführte Diskussion¹⁰¹ hat ja interessanterweise gerade ergeben, daß von gegenüber dem gesetzgeberischen Zugriff immunisierten, gewissermaßen autarken Gebieten der Verwaltung (mit der möglichen Ausnahme der hier nicht zu diskutierenden Regierungstätigkeit) im Grunde keine Rede sein kann¹⁰², um aber zugleich sehr wohl die Existenz sogenannter faktischer Verwaltungsvorbehalte zutage zu fördern¹⁰³. Die auch hier auftretenden „sachlichen Grenzen der Normierbarkeit“¹⁰⁴ offenbaren, daß – wie etwa *Roman Herzog* betont hat¹⁰⁵ – in der Vollzugsfunktion der Verwaltung wie den natürlichen Grenzen gesetzlicher Programmierung des Verwaltungshandelns die entscheidenden tatsächlichen, funktionsbedingten Vorbehalte der Exekutive zu suchen sind – besonders deutlich wird dies bei allen Abwägungstatbeständen¹⁰⁶, aber etwa auch bei vielen Organisationsfragen¹⁰⁷.

wechsel sichern (vgl. *Isensee* [FN 56], Art. Beamte, Sp. 590), sich aber nicht gewissermaßen oberhalb der im Rahmen der Verfassung geführten Politik- und Rechtskonflikte als neutrale Schiedsrichterinstanz etablieren.

¹⁰⁰ *Schmidt-Aßmann* (FN 94), § 24 Rn. 57; „Die von ihm (scil.: dem heuristischen Begriff des Verwaltungsvorbehalts, H.D.) bezeichnete Suche nach unverzichtbaren Elementen exekutivischer Eigenständigkeit bestätigt zunächst die allgemeine Erkenntnis, daß nicht Sachbereiche, sondern Handlungsweisen, Verfahren und Strukturen das Wesen auch dieser Gewalt ausmachen.“ Ähnlich *ders.* (FN 48), S. 113.

¹⁰¹ *Hartmut Maurer / Friedrich E. Schnapp*, Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43 (1985), S. 135 ff., 172 ff.; unter gleichem Titel *Rupert Stettner*, DÖV 1984, S. 611 ff.; *Christoph Degenhart*, NJW 1984, S. 2184 ff.; *Meinhard Schröder*, DVBl. 1984, S. 814 ff.; ferner *Walter Schmidt*, Der „Verwaltungsvorbehalt“ – ein neuer Rechtsbegriff?, NVwZ 1984, S. 545 ff.

¹⁰² *Maurer* (FN 101), S. 147 ff.; *Schröder* (FN 101), S. 820 f.; *Ossenbühl* (FN 51), § 62 Rn. 56.

¹⁰³ Vgl. *Wahl* (FN 53), S. 1209; *Hasso Hofmann*, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: Chr. Starck (Hrsg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes (= Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, phil.-hist. Klasse, 3. Folge Nr. 168), 1987, S. 9 ff. (43 f.); *Meinhard Schröder*, Die Bereiche der Regierung und Verwaltung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, § 67 Rn. 22 m. w. N.

¹⁰⁴ *Wahl* (FN 53), S. 1209; *Ossenbühl* (FN 51), § 62 Rn. 63 ff.

¹⁰⁵ *Roman Herzog*, in: Maunz/Dürig (FN 66), Art. 20 Abschnitt V (1980), Rn. 78 ff. (82, 100, 108, 109 ff.); *Ossenbühl* (FN 51), § 62 Rn. 58.

¹⁰⁶ *Schuppert* (FN 48), S. 1200.

¹⁰⁷ *Faber* (FN 73), S. 56: „Richtig ist allein der pragmatische Rest der Organisationsgewalt, wonach sich der Gesetzgeber nicht durch eine Fülle von Bagatellentscheidungen selbst blockieren und unabweisbare Organisationsmaßnahmen der Verwaltung verbieten kann, ohne sie selbst zu treffen.“ Ähnlich *Ossenbühl* (FN 51), § 62 Rn. 59; *Schmidt-Aßmann* (FN 94), § 24 Rn. 57, 79; *Schmidt* (FN 101) S. 549.

3. Wenn man die Eigenständigkeit der Verwaltung somit in ihren unterschiedlich strukturierten Handlungsspielräumen und diese im „Vollzug“ der Gesetze begründet sieht, so darf die Wahl dieses Generalbegriffes die Einsicht nicht verstellen, daß damit eben nicht wertneutrale Willensumsetzung oder ein gewissermaßen vollautomatisierter Subsumtionsprozeß, sondern ein durchaus kreativer, gesetzeskomplementärer Vorgang gemeint ist¹⁰⁸, der bei der Anwendung der oft nur schwach programmierenden Gesetze Normkonkretisierung, Alternativenwahl, Wertpräferenzierung, Abwägungsvorgänge und praktischen Interessenausgleich einschließt¹⁰⁹.

Ein solcherart geläuterter Begriff der „Eigenständigkeit“ faßt die Verwaltung nicht im Sinne einer solitären, dem demokratischen Konstitutions- und Legitimationszusammenhang entrückten, in sich selbst ruhenden Größe¹¹⁰. Dieses Konzept ist vielmehr funktional begründet. Es nimmt die arbeitsteiligen Zwänge der modernen Industriegesellschaft mit ihrem großen staatlichen Aufgabenbereich ernst; zugleich anerkennt es das der durch Daueraktivität, Omnipräsenz und Ubiquität gekennzeichneten Exekutive verbleibende und durch kein noch so weitreichendes legislatives Zugriffsrecht auszumerkendes Potential an eigener Rechtsgestaltung wie das darin unausweichlich beschlossene „politische“ Element¹¹¹.

V. Schlußbemerkung

Im Mittelpunkt unserer der Eigenständigkeit der Verwaltung gewidmeten Erörterungen stand der staatsunmittelbare, hierarchisch strukturierte, aufsichtlich kontrollierte bürokratische Verwaltungsapparat und dessen funk-

¹⁰⁸ Von der Verwaltung als „Komplementärfunktion“ spricht *Schröder* (FN 103), § 67 Rn. 27; ähnlich bereits *Ehmke* (FN 89), S. 45, 47 f. u. ö. – Zum „Faktor“ Kreation und zur bewußt mit der richterlichen Rechtsfortbildung in Parallele gesetzten rechtsproduktiven Komponente des Verwaltungshandelns instruktiv *Detlef Göldner*, Probleme einer administrativen Rechtsschöpfung, *Die Verwaltung* 23 (1990), S. 311 ff.

¹⁰⁹ Deutlich *Scheuner* (FN 52), S. 550, 552 f., 561, 565; s. auch *Peter Badura*, Staatsrecht, 1986, S. 211 f., 398, 401 f. – Sehr hellichtig sowohl zur Zielrichtung des Art. 19 IV GG als auch zum rechtsgestaltenden Charakter des Verwaltungshandelns *Ehmke* (FN 89), S. 51: „Im ganzen gesehen fordert das Grundgesetz jedenfalls ein rechtsstaatliches Optimum und nicht ein verwaltungsgerichtliches Maximum an Verwaltungskontrolle. Zu diesem Optimum gehört die Anerkennung der für die Durchführung der staatlichen Aufgaben erforderlichen Handlungsfreiheit der Verwaltung. Soweit diese reicht, nimmt die Verwaltung – ebenso, wie wenn ihre Akte nicht angegriffen werden – durch Ausformung der vom Gesetzgeber aufgestellten Richtlinien und Maßstäbe, durch Konkretisierung der Gesetzes-Vorschriften und der Rechtsgrundsätze selbstständig am Prozeß der Rechtsbildung und -fortbildung teil.“

¹¹⁰ In diese Richtung tendieren einige Formulierungen *Forsthoffs* (vgl. oben bei FN 31 ff.). Die Verwaltung erscheint als gewissermaßen „reine“, soll heißen: von den demokratischen Strukturen und parlamentarischen Bindungen noch nicht affizierte Verkörperung der Staatlichkeit.

¹¹¹ Vgl. FN 13. Dort heißt es weiter: „In der einen wie anderen Richtung ist unpolitische Verwaltung ein Phantom, so groß ihre Attraktivität in Zeiten einer gestörten Gleichgewichtslage auch sein mag.“

tional bedingte „Freiheiten“ gegenüber dem programmierenden und dirigierenden Gesetzgeber. Die zum Teil noch sehr viel weiter reichenden Abweichungen vom Maschinenmodell der Exekutive, wie sie in der Ausbildung von sei es lediglich organisatorisch, sei es darüber hinaus auch rechtlich vom jeweiligen Muttergemeinwesen abgesetzten „Trabanten“ des Verwaltungssystems auf vielfältige Weise (angefangen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere den Selbstverwaltungskörperschaften, über die privatrechtsförmige Verwaltung bis hin zu Formen der Dekonzentration von Behörden und ministerialfreien Räumen) Gestalt gewinnen, sind hingegen außer Betracht geblieben. Damit sollte zunächst gesagt sein, daß die Eigenständigkeit der Verwaltung nicht umstandslos mit dem Prozeß der „Verselbständigung von Verwaltungseinheiten“¹¹² gleichgesetzt werden kann; vielmehr ist bereits im Vorfeld jedweder Dezentralisations- oder Dekonzentrationsvorgänge eine gewisse Eigenständigkeit der Exekutive unausweichlich gegeben. Und doch hängen beide Phänomene auf eine untergründige Art und Weise miteinander zusammen, weil sie Produkte und Begleiterscheinungen staatlichen Funktionszuwachses und eines dem korrespondierenden Differenzierungszwanges sind. Dieser Zusammenhang darf indes nicht zu vorschnellen Parallelisierungen und zur Annahme gewissermaßen ‚gesetzmäßiger‘ Abhängigkeiten und Wechselbeziehlichkeiten verleiten: Exakte gesetzliche Programmierung kann, muß aber nicht mit staatsunmittelbarer bürokratischer Verwaltungsorganisation einhergehen, und verselbständigte Verwaltungseinheiten werden in aller Regel, aber nicht stets und zwingend auf einer relativ ‚weichen‘ gesetzlichen Programmstruktur mit entsprechend breiten Zonen der Entscheidungsfindung, ja eigener Rechtsetzung ruhen. In einem Wort: Es gibt Phänomene der Eigenständigkeit der Verwaltung ungeachtet möglicher rechtlich-organisatorischer Verselbständigungsprozesse, und es gibt verselbständigte Verwaltungseinheiten ohne wirkliche Eigenständigkeit im oben geklärten Sinne.

Mit diesen knappen Hinweisen mag es hier zunächst sein Bewenden haben. Denn die genauere Analyse des Verhältnisses zwischen der Eigenständigkeit der Verwaltung und der Verselbständigung von Verwaltungseinheiten (und damit zwischen Verwaltungshandeln und Verwaltungsorganisation) wäre ein Thema für sich.

¹¹² Grundlegend dazu *Gunnar Folke Schuppert*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981; international vergleichend die Bestandsaufnahme in: Christopher Hood/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Verselbständigte Verwaltungseinheiten in Westeuropa. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Para-Government Organizations (PGOs), 1988 (dazu *Christoph Reichard*, Die Verwaltung 23 [1990], S. 491 ff.). Zum Gesamtvorgang der Ausbildung eines Netzwerkes von Verwaltungseinheiten ausführlich *Dreier* (FN 47), S. 211 ff.

Sonderdruck aus:

DIE VERWALTUNG

Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft

Herausgegeben von

Wilfried Berg, Hermann Hill
Rudolf Morsey, Walter Schmitt Glaeser
Meinhard Schröder, Helmuth Schulze-Fielitz

25. Band 1992 Heft 2



Duncker & Humblot · Berlin