

# INDIVIDUALISIERTE NORMEN IN RECHTSPRECHUNG UND VERWALTUNG \*

*Verwaltungsermessen und unbestimmter Rechtsbegriff in  
neuer Sicht*

Dr. Hans-Rudolf HORN,

## I

Immer wieder zitieren Juristen — und noch lieber — Nicht-Juristen den Satz, den Julius Hermann von Kirchmann (†1884) im Jahre 1848 in seinem Vortrag «Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft» in Berlin prägte:

«Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers — und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur»<sup>(1)</sup>

Im deutschen Bundestag wird gegenwärtig ein 1973 zuletzt eingebrachter Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes beraten<sup>(2)</sup>. Gleichwohl dürften sich kaum Verfasser von Büchern und Abhandlungen über öffentlich-rechtliche Fragen finden lassen, die ernstlich in Sorge um den Wert ihrer Veröffentlichungen gerieten. Im Gegenteil ist es auffällig, daß sich gerade in jüngster Zeit Publikationen häufen, in denen grundlegende Fragen des Verwaltungsrechts unter neuen Gesichtspunkten besonders eingehend erörtert werden. Der erwähnte Gesetzentwurf wird jedoch allenfalls am Rande erwähnt und es wird auch nicht mehr der Versuch unternommen, noch auf die Beratungen der Bundestagsausschüsse Ein-

\* Der nachstehend abgedruckte Beitrag gibt eine Vortrag wieder, den der Verfasser im Rahmen des Internationalen Symposiums über Recht, Philosophie und Soziologie zu Ehren von Luis Recasens Siches am 10. Dezember 1975 in Mexiko-Stadt hielt. Das Manuskript wurde redaktionell geringfügig überarbeitet und mit Anmerkungen versehen.

(1) Mit diesem Satz haben sich bereits viele Autoren befaßt. Hier sei nur Karl Larenz genannt, der ihm 1966 ein Buch mit dem Titel «Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft» widmete.

(2) Bundestags-Drucksache 7/910 vom 18. Juli 1973.

fluß zu nehmen. Dabei hat das geplante Gesetz immerhin die Klärung grundlegender Begriffe, wie den des Verwaltungsaktes, dessen Erlaß und dessen Aufhebung, zum Gegenstand. Eine wichtige Vorschrift ist auch die über die Umdeutung eines fehlerhaften Verwaltungsaktes, der unter bestimmten Voraussetzungen als ein anders begründeter Verwaltungsakt aufrechterhalten werden kann. In diesem Zusammenhang will man aber ausdrücklich verbieten, eine Entscheidung, die nur als gesetzlich gebundene ergehen kann, in eine Ermessensentscheidung umzudeuten<sup>(3)</sup>. Eine solche Regelung kann sich auf die bisher fast einhellige Rechtsprechung und Lehre berufen.

Der nach dieser Auffassung vorausgesetzte unüberbrückbare Gegensatz von Ermessen und gesetzlich gebundener Entscheidung, die auch bei der Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs angenommen wird, ist aber in jüngster Zeit in überzeugender Weise in Zweifel gezogen worden<sup>(4)</sup>. Die Erörterung dieses Problemkreises scheint zur Veranschaulichung dafür geeignet, daß entgegen den Worten v. Kirchmanns ausschlaggebende Grundfragen des Rechts weniger vom Gesetzgeber zu klären sind als vielmehr von einer Rechtstheorie, welche die Bedürfnisse der juristischen Praxis hinreichend berücksichtigt, gleichzeitig die unerläßliche Verbindung zu einer

<sup>(3)</sup> Im Anschluß an die wohl bessere Formulierung von § 43 Abs. 3, die der Bundesrat in seiner Stellungnahme vorgeschlagen und welcher die Bundesregierung zugestimmt hat (Bundestags-Drucksache 7/910, S. 103 und 110).

<sup>(4)</sup> Walter Schmidt, Abschied von «unbestimmten Rechtsbegriff», Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1975, S. 1753, Werner Hoppe, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Deutsches Verwaltungsblatt, (DVBl) 1975, S. 684 ff., Schick, DVBl. 1975, 743; Obermayer, Bayrisches Verwaltungsblatt 1975, S. 257 ff., vgl. aber auch schon die skeptische Haltung von Lehrbuchautoren gegenüber der Ausdehnung des Bereiches des unbestimmten Rechtsbegriffs wie Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, 9. Auflage, München 1974, & 2 III b, S. 14, und Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973, § 4 S. 80 ff; schon früher Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 242 ff. Vgl. ferner Anmerkung 31).

tiefer gelegten Rechtsgrundlagenforschung aufweist<sup>(5)</sup>. Eine rechtsgrundsätzliche Untersuchung bietet sich als Ausweg aus dem begriffsrealistisch verfestigten Dickicht der Definitionen an.

Die Annahme eines unbestimmten Rechtsbegriffs und damit eines Anwendungsfalles der gesetzlich gebundenen Verwaltung führt zu einer erweiterten Kontrolle durch die Gerichte denen das letzte Wort bei der Auslegung derartiger Begriffe eingeräumt wird. Zum Wesen eines freiheitlichen Rechtsstaates gehört es, daß sich der Bürger bei Beeinträchtigungen durch staatliche Stellen zur Wahrung seines Rechts an ein Gericht wenden kann, das sachlich und persönlich unabhängig ist. Sicherlich ist es von großer Wichtigkeit, auf welche Weise die Rechte des Bürgers und die Befugnisse der Verwaltungsbehörden in der Verfassung, in Gesetzen und Ausführungsbestimmungen umschrieben sind. Von elementarer Bedeutung für den Betroffenen sind aber die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten, die ihm zur Verfügung stehen, und das Funktionieren dieser Rechtsbehelfe. Nach den besonders vom Liberalismus durchgesetzten Rechtsvorstellungen, die Allgemeingut der zivilisierten Welt geworden sind, setzt ein ordnungsgemäßer Reichtsweg die Gewaltenteilung voraus, das heißt die Trennung von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung.

Freilich nimmt heute kaum noch jemand an, das Gewaltenteilungsprinzip könnte jemals in der politischen Wirklichkeit mit allen Konsequenzen vollzogen werden. Die unvermeidlichen Überschneidungen der drei Bereiche sind zu bekannt und zu zahlreich, um sie noch einmal zu wiederholen. Aber auch bestimmte Grundannahmen der Gewaltenteilungslehre haben sich als unhaltbar herausgestellt. Die Aufgabe des

<sup>(5)</sup> Vgl. Theodor Viehweg, Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung, ARSP 1961 (XLVII), S. 519-538, bes. S. 525, wo das Verhältnis zwischen Theorie und Dogmatik erörtert wird, dazu auch Ewald Johannes Thul, Die Denkform der Rechtsdogmatik, ARSP 1960 (XLVI), S. 241, und Theodor Viehweg, Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, in Estudios juridico-sociales, Festschrift für Legaz y Lacambra, Santiago de Compostela, 1960, Band 1, S. 203 ff.

Richters kann sich niemals darin erschöpfen, das nachzusprechen, was der Gesetzgeber bestimmt hat. Während aber Montesquieus berühmter Satz von dem Richter als «*la bouche, qui prononce les paroles de la loi*» heute kaum noch ernsthaft in dieser Form als Beschreibung der Wirklichkeit angesehen wird, scheint die zweite Grundthese des liberalen Rechtsstaats bisweilen noch allzu wörtlich genommen zu werden. Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung scheint manchmal in dem Sinne verstanden zu werden, als sei die Verwaltungstätigkeit grundsätzlich nichts anderes als unmittelbarer Vollzug von Gesetzen, eine Vorstellung die besonders auf einen Angelsachsen befremdlich wirken muß, mag er im übrigen auch die Befolgung von Recht und Gesetz für noch so wichtig halten.

Das Verhältnis der drei Gewalten zueinander enthält eine Problematik, die sich nicht auf eine nationale Rechtsordnung beschränken läßt. Eine rechtsvergleichende Darstellung, die bei einer vertieften Auseinandersetzung mit den damit zusammenhängenden Grundfragen an sich wünschenswert wäre, würde freilich über den Rahmen unserer Überlegungen hinausgehen, deren Ausgangspunkt die bereits skizzierte Frage aus der verwaltungsrechtlichen Dogmatik der Bundesrepublik Deutschland sein soll. Nicht nur die gebotene Reverenz vor dem *genius loci* oder die Höflichkeit gegenüber dem gastgebenden Land machen einen Hinweis auf die Diskussion erforderlich, die in Mexiko seit mehr als einem Jahrhundert über das Verhältnis der Rechtsprechung zu den beiden anderen Gewalten geführt wird. Die Geschichte des Amparo-Verfahrens stellt nämlich ein äußerst bedeutsames Beispiel für das erfolgreiche Bemühen dar, dem Bürger zu einem wirksamen Rechtsschutz gegen die staatliche Gewalt zu verhelfen, ohne die staatliche Autorität der jungen Republik, die zunächst durch Kriege und innere Wirren ohnehin geschwächt war, mehr als unbedingt erforderlich, aufs Spiel zu setzen (\*).

(\*) Hans-Rudolf Horn, Das Amparo-Verfahren in Mexiko — Grundrechtsschutz und Wahrung staatlicher Autorität in einer sich integrierenden Gesellschaft, in *Verfassung und Recht in Übersee*, Hamburg 1968, S. 162-174.

Die Verfassung des Bundesstaates Yucatán, die 1840 zum ersten Mal die Amparo-Beschwerde einführte, betonte allein den Schutz des Einzelnen im Einklang mit ihrer übrigen Tendenz, die sich gegen eine als zu stark empfundenen Bundesgewalt richtete. Wahrscheinlich wegen dieses Hintergrundes ließ dann Manuel Crescencio Rejón, von dem der Verfassungsentwurf im wesentlichen stammte, seine eigene Idee fallen, als er die Möglichkeit gehabt hätte, als Delegierter in der verfassungsgebenden Versammlung des Bundes das Amparo-Verfahren für ganz Mexiko vorzuschlagen. Dessen Einführung wäre ohne die Kompromißformel von Mariano Otero, der den Amparo-Gedanken aufgriff und mit Erfolg verfocht, niemals möglich gewesen. Die noch heute geltende Verfassung von 1917 schreibt in Artikel 107 Nr. II die Beschränkung der Entscheidung des Gerichts auf den Einzelfall vor, wenn diese die Nichtigkeit eines Gesetzes zum Gegenstand hatte. Durch den Verzicht auf eine sofortige allgemeinverbindliche Wirkung der Nichtigkeitsverklärung sollte erreicht werden, daß — wie es der Delegierte Arriaga formulierte — «die absurden Gesetze, die frevelhaften Gesetze teilweise und allmählich dahinschwänden, und nicht mit Getöse und Skandal auf einem für traurige Kämpfe zwischen der Souveränität der Einzelstaaten und der Souveränität des Bundes offenen Platz».

Die Grundfrage nach dem Verhältnis der drei Gewalten untereinander hat ihre Aktualität seit dieser Zeit nicht verloren. Die Aspekte haben sich allenfalls insofern verschoben, als heute weniger die Gefährdung staatlicher Souveränität oder Autorität befürchtet wird als vielmehr die Beeinträchtigung der Effektivität staatlichen Handelns.

## II

Nach dem Zweiten Weltkrieg war es ein entscheidender Schritt auf dem Weg zur Wiederherstellung rechtsstaatlicher Garantien, daß die verwaltungsgerichtliche Generalklausel in den westlichen Besatzungszonen Deutschlands alle Verwaltungsakte anfechtbar machte; die neu entstanden Verwalt-

ungsgerichte gewährleisteten zusammen mit den übrigen Gerichten einen lückenlosen Rechtsschutz. Die noch wenigen vor allem theoretisch erörterten justizfreien Hoheitsakte oder Regierungsakte werden in der Lehre noch mehr zurückgedrängt oder gänzlich geleugnet<sup>(7)</sup>.

Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Zeit des Wiederaufbaus konnte anknüpfen an die Tradition der Verwaltungsrechtsprechung, die sich zwar nur auf die Länder beschränkte, allein aber schon wegen der Bedeutung Preußens im Deutschen Reich keineswegs regionalen Charakter hatte. Am 20. November 1975 konnte im Plenarsaal des Bundesverwaltungsgerichts in Berlin in einem Festakt des hundertsten Jahrestages der Errichtung des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes gedacht werden, das sich in der Zeit nach 1907 im gleichen Gebäude befunden hatte. Die Rechtsprechung dieses Gerichts genießt bis in unsere Tage ungeschmälertes Ansehen. Von historischer Bedeutung war vor allem, daß es den Pressionen des Monarchen widerstand. Berühmt sind besonders die «Weber-Entscheidungen» aus den Jahren 1893 bis 1896, in denen das Gericht die polizeilichen Verbote der Aufführung von Gerhard Hauptmanns klassischen sozialkritischem Drama «Die Weber» hat.

Die Lehre hat die Erweiterung des Rechtsschutzes im Nachkriegsdeutschland dankbar begrüßt und sich mit Erfolg des weiteren Ausbau des Systems der Verwaltungsgerichtsbarkeit angenommen. Mit der Zeit wurden dann aber auch Überlegungen angestellt, ob nicht die Verwaltung, die Exekutive, in der Trias der Bewalten zum schwächsten Glied geworden war<sup>(8)</sup> oder ob nicht die Gerichte die Rolle von Ephoren wie im alten Sparta übernommen hätten<sup>(9)</sup>. Die Bundesrepublik

(7) Vgl. statt aller Günter Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, Loseblatt-Kommentar zum Grundgesetz, Randnr. 23 und 24 zu Artikel 19 Abs. 4 GG.

(8) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Auflage, München 1973, S. 81, dazu Werner Hoppe, DVBl. 1975, 684 (685).

(9) Hans Ryffel, Öffentliche Interessen und Gemeinwohl, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 39, Berlin 1968, S. 11 ff, bes. S. 26, der auch auf Erich Streissler, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Ent-

Deutschland wurde schon ein «Rechtssprechungsstaat» und wegen der für den Bürger kaum übersehbaren Vielfalt des Rechtswegesystems ein «Rechtswegestaat»<sup>(10)</sup> genannt.

Die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche zwischen Verwaltung und Rechtssprechung ist zu einem bevorzugten Thema der Verwaltungslehre und der Lehre vom öffentlichen Recht geworden. Die Problemlage wurde bereits vor einigen Jahren mit folgender, heute wieder zitierten Formulierung gekennzeichnet: «Die Gerichte haben den ihnen zugeschobenen Becher der Verantwortung bis zur Neige geleert. Manchmal haben sie auch unaufgefordert nachgeschenkt»<sup>(11)</sup>.

Das System des Verwaltungsrechts ist durch verschiedene Eigentümlichkeiten gekennzeichnet, durch die es sich von anderen Rechtsgebieten unterscheidet. Es sind eine selbst für den Fachmann kaum überschaubare Anzahl von Gesetzen und die auf sie gestützte Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu beachten, die in unterschiedlichem Rang untereinander stehen. Die maßgebenden Grundsätze sind jedoch bisher nirgends im Zusammenhang und erschöpfend geregelt. Auch der schon erwähnte Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes stellt nur einen ersten Schritt in dieser Richtung dar, dessen Bedeutung freilich nicht unterschätzt werden sollte. Im Gegensatz zum Privatrecht, das sich auf mehrere umfassende Kodifikationen, wie das Bürgerliche Gesetzbuch, das Handelsgesetzbuch, das Aktiengesetz usw. stützen kann, fehlt es an einer vergleichbaren gesetzlichen Regelung des allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts. Zwar weiß man heute, daß auch eine Kodifikation niemals in der Lage ist, die entscheidenden Grundbegriffe verlässlich und auf Dauer zu klären. Sie kann

scheidungen, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Band 27, 1967, S. 33, Anm. 62, verweist und von einem «modernen Ephorat» spricht.

<sup>(10)</sup> Vgl. Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, RandNr. 6 zu Artikel 19 Abs. 4 unter Bezugnahme auf Äußerungen von Jahrreiß.

<sup>(11)</sup> Karl Zeidler, Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, in: Der Staat, 1962, S. 326, zitiert bei Hoppe, DVBl. 1975, 684.

aber doch ein nützliches Gerüst für ein einigermaßen zuverlässiges dogmatisches System bieten.

Es ist auffällig, daß sich das System des öffentlichen Rechts, das von Lehre und Rechtsprechung nahezu ohne jede Unterstützung des Gesetzgebers entwickelte wurde, bisweilen als weniger elastisch erweist als das des Privatrechts, das — ohne daß sich der Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuches wesentlich geändert hätte — moderne rechtstheoretische Überlegungen besser einzubeziehen vermochte. Die Interessenjurisprudenz, die in Deutschland vor allem von Philipp Heck und in Frankreich von Leon Duguit entwickelt wurde, hat im Laufe der letzten 60 Jahre im Zivilrecht nicht zuletzt auch unter dem Eindruck der Wiederentdeckung der Topik durch Theodor Viehweg und Chaïm Perelman große Beachtung gefunden, die sich in der Rechtsprechung niederschlägt. Im öffentlichen Recht dagegen, für das der Topos des Interesses, unter Bezeichnungen wie «Wohl der Allgemeinheit» und «öffentliches Interesse», von jeher bedeutsam war, überwiegt eine begriffsrealistische Denkweise, die nicht selten den Weg zu sachgerechten Begründungen verstellt. Mit Recht werden die in der Ermessenslehre anzutreffenden Verallgemeinerungen und Vergrößerungen beklagt, die nicht geeignet sind, die angestrebte Vereinfachung der Dogmatik des Verwaltungsrechts zu erreichen <sup>(12)</sup>.

Das wichtigste Instrument zu einer weitgehenden richterlichen Kontrolle der Verwaltung ist das Dogma von der *einen* allein richtigen Entscheidung, die sich aus der Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs durch das Gericht ergibt. Diese ständige Rechtsprechung ist nicht mehr unzweifelhaft seit dem Beschluß des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes von 17. Oktober 1971 <sup>(13)</sup>, einer Einrichtung, die ein bezeichnendes Licht auf die schon angeführte Vielfalt der Rechtswege wirft. Zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechts-

<sup>(12)</sup> Otto Bachof, Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, Juristenzeitung (Tübingen) (JZ) 1972, Seite 641.

<sup>(13)</sup> abgedruckt in JZ 1972, Seite 655, dazu Bachof (s.o. Anm. 12).

prechung wurde durch eine Änderung des Grundgesetzes an Stelle des ursprünglich vorgesehenen Obersten Bundesgerichts eben jener Senat ins Leben gerufen.

Die Entscheidung hatte eine Bestimmung aus der Abgabordnung zum Gegenstand, wonach Steuern ganz oder teilweise erlassen werden können, «wenn» — wie es wörtlich heißt — «ihre Einziehung nach Lage des einzelnen Falles unbillig wäre» (§ 131 Abs. 1 Satz 1 AO). «Unbillig» ist geradezu der klassische Fall eines unbestimmten Rechtsbegriffs, dessen verbindliche Auslegung sich die Gerichte stets vorbehalten haben. Dem gegenüber wird nun im Leitsatz der Entscheidung des Gemeinsamen Senate festgestellt, daß die Grundsätze für die Überprüfung behördlicher Ermessensentscheidungen gelten; demnach gibt es nicht nur eine einzige richtige Entscheidung.

Bei einem anderen juristischen Grundbegriff ist die Meinung über seine Rechtsnatur schwankend. Das öffentliche Interesse spielt in vielen gesetzlichen Vorschriften eine ausschlaggebende Rolle; nicht selten wird die Gewährung eines begünstigenden Verwaltungsaktes unmittelbar davon abhängig gemacht, daß die betreffende Konzession, wie es in älteren Gesetzen hieß, oder die Erlaubnis im öffentlichen Interesse liegt, das in einzelnen Gesetzen noch näher beschrieben wird, zB. als Interesse des Straßenverkehrs. Bei der Verwendung derart unsicherer Begriffe kann niemand dem Gesetz entnehmen, ob er Aussicht hat, die gewünschte Erlaubnis zu erhalten; vielmehr ist es unerläßlich, die Rechtsprechung zu Rate zu ziehen. Diese verfolgt freilich bei der Auslegung dieser Begriffe keine einheitliche Linie. Das ist vor allem dadurch bedingt, daß der Begriff des öffentlichen Interesses in verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen je nach dem Sinnzusammenhang verschiedene Bedeutungen haben muß. Die Gerichte gehen wie selbstverständlich davon aus, daß sie selbst dazu berufen sind, die Entscheidung der Verwaltungsbehörde uneingeschränkt nachzuprüfen und eine rechtlich gebundene Entscheidung zu treffen <sup>(14)</sup>.

<sup>(14)</sup> Carl Hermann Ule, Allgemeines Wohl und öffentliche Interessen in der Rechtsprechung der Verfassungs- und Verwaltungsgerichte, in: Band

Um einen anerkannten Prototyp eines unbestimmten Rechtsbegriffs<sup>(15)</sup> oder um einen «unbestimmten Rechtsbegriff par excellence»<sup>(16)</sup> handelt es sich bei Begriffen wie Eignung, Befähigung oder fachliche Leistung. Bei der Anfechtung von Prüfungsentscheidungen, z.B. über das Nichtbestehen eines juristischen Examens, oder einer Personalentscheidung, z. B. über die Einstellung oder Beförderung eines Beamten, ergab sich sofort, nachdem unstreitig geworden war, daß auch derartige Entscheidungen der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung unterliegen, die Notwendigkeit, die richterliche Kontrolle sachgerecht zu begrenzen. Den Prüfungsämtern wurde daher — vor allem auf Vorschlag des Tübinger Rechtslehrers Otto Bachof — ein «*Beurteilungsspielraum*» eingeräumt; im gleichen Sinne wurde der Einstellungsbehörde eine sogenannte «*Einschätzungsprärogative*» zugebilligt<sup>(17)</sup>. Andernfalls hätte sich das Gericht vor die Aufgabe gestellt gesehen, selbst die Prüfung abzunehmen oder über die Einstellung von Personal zu befinden. Der «*Beurteilungsspielraum*», auf dessen Nachprüfung die Gerichte zu verzichten haben, setzte sich allgemein durch; er fand auch die ausdrückliche Zustimmung des Bundesverfassungsgerichts. Bachof war aber bald nicht so recht glücklich darüber, wie die Rechtsprechung den neuen Begriff

39 wie oben Anmerkung 9, S. 125-148, besonders S. 147. Dagegen wurde in früheren höchstrichterlichen Urteilen beispielsweise der Begriff der «*Interessen des öffentlichen Verkehrs*» als Ermessensbegriff behandelt, so in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, abgedruckt in NJW 1954, 1054 f., dazu Karl Engisch zustimmend in seiner «*Einführung in das juristische Denken*», 1. Auflage, Stuttgart 1956, S. 112, vgl. auch Bachof, JZ 1972, 642. Rechtstheoretisch grundlegend: Peter Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, Frankfurt am Main, 1970.

<sup>(15)</sup> Walter Schmidt, NJW 1975, 1753.

<sup>(16)</sup> Walter Schick, DVBl. 1975, 743.

<sup>(17)</sup> Bachof, JZ 1955, 97 ff., Ule, *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, S. 309 ff., Dürig: in Maunz-Dürig-Herzog, *RandNr. 32 zu Artikel 19 Abs. 4 GG, zum Beurteilungsspielraum*, Wolff/Bachof, *Verwaltungsrecht*, 9. Auflage, München 1974, § 31 I c 4 B, und Schlick, DVBl. 1975, 743, zur «*Einschätzungsprärogative*» der einstellenden Behörde. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Begriff des Beurteilungsspielraums ausdrücklich zugestimmt (Entscheidung abgedruckt in NJW 1975, 1641 (1644), vgl. dazu Schmidt, NJW 1975, 1758.

handhabte. Entgegen seiner Absicht behandelte sie nämlich Beurteilungsspielraum und Rechtsfolgeermessen als zwei trennscharf abgrenzbare Kategorien<sup>(18)</sup>.

Nach der überkommenen Ermessenslehre bezieht sich nämlich das Ermessen der Verwaltungsbehörde nur auf die Rechtsfolgen, während das Vorliegen der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen grundsätzlich gerichtlich voll nachprüfbar ist. Bisher ging man allgemein davon aus, daß die Behörde nur dann nach eigenem Ermessen entscheiden kann, wenn das Gesetz sie dazu ermächtigt; im Zweifel wurde eine solche Ermächtigung nicht angenommen. Wenn aber die Ausnahmen in den Kernbereich des Grundsatzes der vollen gerichtlichen Nachprüfbarkeit eindringen und wenn keine überzeugenden Gründe mehr dafür angegeben werden können, wann ein unbestimmter Rechtsbegriff im hergebrachten Sinne und wann eine Ermessensermächtigung für die Behörde vorliegt, drängt sich die Frage auf, ob nicht umgekehrt der Beurteilungsspielraum zur Regel zu erklären und sein Ausnahmecharakter aufzugeben ist. Der unbestimmte Rechtsbegriff eignet sich nicht als selbständige juristische Kategorie, da er operational kaum verwendbar ist<sup>(19)</sup>. Die Sprechweise «unbestimmter Rechtsbegriff» setzt die Überzeugung voraus, daß es sich hier nur um eine bedauerliche Ausnahme handele, während es die Regel sei, daß Rechtsbegriffe bestimmt seien. Sie beruht noch auf der Vorstellung, daß in sich geschlossene juristische Definitionen zur Einordnung eines Lebenssachverhalts zur Verfügung stehen wie Etiketten, die auf eine Ware zu kleben sind.

### III

Für die neu belebte Diskussion über das Verwaltungsermessen und den unbestimmten Rechtsbegriff, die sich vor allem als Konsequenz der Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichte des Bundes ergibt, können einige der

<sup>(18)</sup> Bachof, JZ 1972, 642.

<sup>(19)</sup> S. o. Anmerkung 4.

wichtigsten Beiträge der zeitgenössischen Rechtstheorie unmittelbar dienlich sein. Sie sind in vorzüglichem Maße das Verdienst des Mannes, zu dessen Ehrung wir uns hier zusammengefunden haben. In erster Linie ist seine Theorie von der *norma individualizada* zu nennen. Als individualisierte Norm sieht Luis Recaséns Siches nicht nur die Entscheidung eines Gerichts an, sondern auch den Verwaltungsakt einer Behörde. Gegenüber einer vielfach noch begriffsrealistischen Argumentationsweise könnte auch die Lehre von der *lógica de lo humano* oder der *lógica de lo razonable* Fingerzeige auf dem Weg zu einer sachgerechten Elastizität des Entscheidungsvorganges geben.

Wenn auch weitgehende Einigkeit darüber festzustellen ist, daß es sich beim richterlichen Urteil nicht nur um einen mechanischen Subsumtionsvorgang handeln kann und daß es entscheidend auf die Prämissen des Syllogismus und dessen Ergebnis ankommt, wird trotzdem die Verwirklichung des Rechts noch verkürzt als Problem der Anwendung von Rechtsnormen dargestellt. Luis Recaséns Siches hat die Entwicklungslinien der zeitgenössischen Rechtstheorie folgerichtig zu einer abschließenden Theorie ausgebaut. Wie er eindringlich hervorhebt, ist keine allgemeine Norm einer unmittelbaren Anwendung zugänglich<sup>(20)</sup>. Jede allgemeine Norm kann nämlich nur aus allgemeinen und abstrakten Begriffen bestehen, die als Teil eines bestimmten systematischen Sinnzusammenhangs zu verstehen sind. Die Rechtsfälle der sozialen Wirklichkeit sind dagegen in einem so tiefen Sinne anders geartet, daß man geradezu von einem Gegensatz der gebotenen Rechtsnorm zur Lebenswirklichkeit gesprochen hat. Dieser Gegensatz ist freilich wiederum nur begrifflicher Natur. Er ist die Folge einer unvermeidbaren Abstraktion, die ohne die Vernachlässigung bestimmter Teilaspekte, die deshalb nicht weniger wirklich sind, undenkbar ist. Der zu beurteilende Sachverhalt und die zu berücksichtigende Norm beeinflussen sich gegenseits in der Interdependenz der Realitäten. Rechtssatz und Rechtsfall

<sup>(20)</sup> Luis Recaséns Siches, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1963, Band 1, Seite 513.

stehen in einer ständigen Wechselwirkung zueinander, die nach den Worten von Karl Engisch «ein immerwährendes Hin- und Herwandern des Blickes» erforderlich macht<sup>(21)</sup>. Ohne Zugrundelegung bestimmter juristischer Kategorien ist es überhaupt nicht möglich, von einem Rechtsfall zu sprechen. Das Auffinden des zu lösenden Problems ist bedeutsamer als die Lösung selbst.

Die Individualisierung der Norm kann niemals glatt aufgehen wie eine Rechenaufgabe; denn sie sieht sich mit einem Dilemma konfrontiert: einerseits soll sie den allgemeinen Rechtsatz möglichst «ohne Ansehen der Person» nach den Grundsatz der Gleichheit aller vor dem Gesetz verwirklichen; andererseits sind die relevanten Besonderheiten des Einzelfalles so weit zu berücksichtigen, daß die Entscheidung als billig und gerecht bezeichnet werden kann. Wenn die komplexe Natur des individuellen Entscheidungsvorgangs — zum Glück für die praktisch tätigen Juristen — nicht immer zutage tritt, bedeutet dies nicht mehr, als daß gerade über die Auslegung eines Rechtsbegriffs in dem jeweiligen Zusammenhang Einigkeit besteht. Dabei wird stets ein ganz bestimmter Verständnishorizont vorausgesetzt, den der praktische Jurist kaum beschreiben kann und den er auch nicht beschreiben soll. Wer als Richter oder als Verwaltungsbeamter eine Entscheidung zu treffen hat, ist nicht berufen, mögliche Zweifel, sondern einen konkreten Streitfall aus der Welt zu schaffen.

Erst individualisierte Normen sind in der sozialen Wirklichkeit tatsächlich unmittelbar anwendbar. Sie liegen erst dann vor, wenn ein rechtskräftiges oder vorläufig vollstreckbares Urteil oder ein unanfechtbarer oder ein angefochtener Verwaltungsakt, dessen Vollziehbarkeit angeordnet wurde, zustande gekommen ist. In dieser Hinsicht besteht kein wesensmäßiger Unterschied zwischen dem Gerichtsurteil und der Entscheidung der Verwaltungsbehörde. Erst wenn diese vorliegen,

(21) Zum ganzen vgl. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, besonders Seite 61 unter Bezugnahme auf Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 1943, Seite 15, sowie Hans-Rudolf Horn, *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, Berlin 1962, vor allem S. 27 ff.

kann man von einer perfekten Norm sprechen. Das Gesetz und die übrigen Rechtsvorschriften sind nur Grundmaterialien zur Gewinnung authentischer juristischer Normen; sie bieten lediglich, wenn auch besonders wichtige, Zutaten für den Entscheidungsprozeß, der erst zu einer individualisierten Norm führt. Deren unmittelbarer Rechtscharakter wird deutlich, wenn sie Grundlage einer gewaltsamen Durchsetzung, einer Zwangsvollstreckung oder des unmittelbaren Zwangs wird. Damit stoßen wir auf ein Wesensmerkmal des Rechts überhaupt, das der Unterscheidung von sonstigen Normen den Gesellschaft dient. Allgemeine Normen können aber niemals unmittelbar vollstreckt werden.

Die Verwirklichung des Rechts hat immer eine rechtsphilosophische Dimension, die über ein bestimmtes positives Rechtssystem hinausgeht. Die Berücksichtigung der Besonderheiten der konkreten Situation ist in hervorragender Weise das Kennzeichen einer Billigkeitsentscheidung oder einer Beurteilung nach Treu und Glauben. Mit diesen Worten wird ein grundlegender Topos der abendländischen Rechtstradition gekennzeichnet, deren Strukturen bereits bei Aristoteles in maßgebender Weise festgelegt wurden. Wichtige Mittler für unsere modernen Rechtssysteme, die sich heute nicht nur auf Europa und Amerika beschränken, waren die oberitalienischen Kommentatoren des 14. Jahrhunderts, die das wieder entdeckte römische Recht den Verhältnissen der damaligen Zeit anpaßten. Die *aequitas* zielt wie Baldus († 1400) hervorgehoben hat, auf nichts weniger als die richtige Entscheidung, die *rectitudo iudicii* <sup>(22)</sup>. Das Ermessen oder die Beurteilung nach Treu und Glauben sind nicht etwa Elemente, die von außen in den Entscheidungsvorgang eingeführt werden und sozusagen einen Fremdkörper, eine vom Standpunkt des Systematiker zu bedauernde Ausnahme darstellen: Dabei kann die *aequitas* unter Umständen auch zu einer Entscheidung gegen das Gesetz zwingen, das auf den ersten Blick anwendbar erscheint.

Wenn im modernen Verwaltungsrecht ein Gegensatz von

<sup>(22)</sup> Norbert Horn, *Aequitas in den Lehren des Baldus*, Köln — Graz 1968, S. 213.

«normativ» und «empirisch», zwischen rechtlicher Subsumtion auf der Tatbestandsseite und volitivem Ermessen auf der Rechtsfolgenseite sozusagen als naturgegeben betrachtet wird, so liegt dieser Auffassung eine ganz bestimmte zeitgebundene philosophische Richtung zugrunde, die man in der Geschichte der Philosophie als «Neukantianismus» zu bezeichnen pflegt. Ihre wichtigste rechtsphilosophische These ist die von der scharfen begrifflichen Trennung von Sein und Sollen<sup>(23)</sup>. Inwieweit sie sich mit Recht auf Kant berufen kann, braucht hier nicht erörtert zu werden. Wegen der unbezweifelbaren Verdienste, die sie sich um die Wiederbelebung einer genuin philosophischen Betrachtung des Rechts erworben hat, wirkt sie bis in unsere Tage in der Dogmatik des Verwaltungsrechts fort. Neukantianische Theorien können aber nicht mehr als ausreichende Legitimation für Begriffsbildungen dienen, die operational nicht oder kaum verwertbar sind.

#### IV

Wer nunmehr davon überzeugt ist, daß die allgemeine Rechtsvorschrift nicht als perfekte Norm angesehen werden kann, könnte zu folgern geneigt sein, daß dann aber die individualisierte Norm Aufschluß darüber zu geben vermag, nicht nur was rechtens, sondern auch was Recht sei. Die Aufgabe, das Recht allgemein und verbindlich seinem Wesen noch zu beschreiben, konnte von Generationen von Rechtsgelehrten und Philosophen nicht in anerkannter Weise gelöst werden; von einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde kann sie noch viel weniger erfüllt werden. Gerichte mögen zwar nicht selten der Versuchung erliegen, über den zu entscheidenden Rechtsfall hinaus ihre Vorstellungen darzulegen, was sie unter gesetzmäßigen und verfassungsmäßigem Verhalten verstehen; bei obersten Bundesgerichten werden derartige Ausführungen sicherlich auch nicht unbeachtet bleiben, selbst wenn sie nur als *obiter dictum* zu qualifizieren sind. Unmittel-

(23) So auch Schmidt, NJW 1975, 1757.

bar rechtlichverbindlich kann eine gerichtliche Entscheidung in aller Regel nur insoweit sein, als sie eine Aussage macht über die *Rechtswidrigkeit*. Das Bundesverfassungsgericht kann mit bindender Kraft nur über die *Verfassungswidrigkeit* einer Norm entscheiden; ihm steht bei Gesetzen die nach Inkrafttreten des Grundgesetzes entstanden sind, das Verwerfungsmonopol zu. Die individualisierte Norm hat grundsätzlich eine Feststellung über die Rechtswidrigkeit zum Gegenstand. Nur sie kann eine Sanktion auslösen, die auf die Herbeiführung eines Zustandes gerichtet ist, das dem Recht entspricht. Wenn auch in einer pluralistischen Gesellschaft nicht immer Einigkeit darüber bestehen mag, was Recht ist, so bestehen doch weitgehende gemeinsame Wertvorstellungen darüber, was widerrechtlich ist.

Eine unmittelbar für die praktische juristische Arbeit verwendbare Definition des Rechts ist weder möglich noch erforderlich. Die Funktion des Rechts erweist sich vielmehr gerade bei der Untersuchung des Rechtswidrigen. In der sozialen Wirklichkeit sind auch sonst bestimmte Sachverhalte im allgemeinen nicht jederzeit und an sich Gegenstand von Überlegungen und Untersuchungen. Sie rücken vielmehr erst in den Gesichtskreis des Menschen, wenn sie aus irgendeinem Grunde problematisch geworden sind. Eine Behörde oder ein Gericht ist zum Eingreifen verpflichtet, wenn «etwas passiert ist», wenn ein beeinträchtigendes Ereignis als nicht hinnehmbar angesehen werden muß. Die Frage, die sich an die Feststellung einer störenden Begebenheit oder einer Beeinträchtigung anschließt, ist die nach demjenigen, der dafür haften könnte. Jedes Rechtswidrigkeitsurteil setzt also mindestens zwei Personen voraus: eine, die von dem Ereignis betroffen wird, das sie nicht hinnehmen will, und eine andere, der dieses Ereignis zugerechnet werden soll. <sup>(24)</sup>

Zu Unrecht ging man bisweilen davon aus, der Gegensatz zu rechtswidrig sei «rechtmäßig» im Sinne eines in jeder Hinsicht positives Urteil. Im Rahmen der juristischen Prüfung ei-

<sup>(24)</sup> Hans-Rudolf Horn, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, Berlin 1962, vor allem S. 50 ff.

nes Lebenssachverhalts oder genauer gesagt einer bestimmten Rechtsbeziehung kann aber «rechtmäßig» nichts anderes bedeuten als «nicht rechtswidrig». Eine derartige Beurteilung kann sich auf eine Verhaltensweise beziehen, die unter humanen, moralischen, politischen oder sonstigen Gesichtspunkten verwerflich sein mag, rechtlich aber irrelevant ist.

Die Rechtswidrigkeit hat jeweils einen konkreten rechtlichen Bezug zwischen zwei Personen, seien es natürliche oder juristische Personen des privaten oder des öffentlichen Rechts oder einer Privatperson und einer staatlichen Stelle zum Gegenstand, und zwar immer nur unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt. Es gibt keine Rechtswidrigkeit an sich, noch weniger kann etwas schlechthin rechtmäßig sein, zumal da dieser Begriff — wie soeben dargelegt — keine eigenständige juristische Bedeutung hat. Die Mehrdimensionalität hat nichts mit Mehrdeutigkeit zu tun; sie ist umgekehrt erst die Voraussetzung für eine sachgerechte eindeutige Entscheidung im Einzelfall. Das Rechtswidrigkeitsurteil kann man daher als «relational» bezeichnen, um den Ausdruck «relativ» zu vermeiden, der als «beliebig» oder «unbestimmbar» oder gar «sinnlos» mißverstanden werden könnte. In gleichen Sinne kann jeder Rechtsbegriff als «relational» bezeichnet werden. Recaséns Siches gebraucht das gleiche Wort «relacional» zur Charakterisierung des Rechts<sup>(25)</sup>.

Diese Strukturmerkmale der Rechtswidrigkeit gelten für alle Rechtsgebiete. Im Bereich des öffentlichen Rechts spielt der Begriff eine seltsam widersprüchliche Rolle. Auf der einen Seite geht man häufig über den elementaren Gegensatz von rechtswidrig und nicht-rechtswidrig hinweg — es ist zu begrüßen, daß der eingangs erwähnte Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten entscheidend auf diesen Unterschied abstellt<sup>(26)</sup>. — auf der anderen Seite wird der Begriff der Rechtswidrigkeit überfordert,

<sup>(25)</sup> Recaséns Siches, Panorama (s. o. Anm. 20), S. 502, im gleichen Sinne Horn (s. o. Anm. 24), S. 58.

<sup>(26)</sup> Bundestagsdrucksache 7/910, § 44 und die Begründung dazu (S. 67, vgl. auch die Empfehlung des Bundesrates S. 103 und die Gegenäußerung der Bundesregierung S. 110).

wenn er als Grundlage für einen staatlichen Ersatzanspruch herangezogen wird. Mit allzu großer Selbstverständlichkeit wird bisweilen von der Rechtsprechung über das Geld des Steuerzahlers verfügt, obwohl auch versicherungsrechtliche Lösungen in Betracht kommen. Das System staatlicher Ersatzleistungen ist völlig unübersichtlich geworden; <sup>(27)</sup> eine umfassende gesetzliche Regelung, die freilich einer eingehenden theoretischen Vorbereitung bedarf, erscheint wünschenswert.

## V

Wenn Gerichte und Verwaltungsbehörden in gleicher Weise, wenn auch in verschiedenem Umfang, dazu berufen sind, die zwangsläufig abstrakten Rechtsvorschriften in einem schöpferischen Entscheidungsprozeß zu individualisieren, um eine perfekte Norm zu schaffen, besteht kein hinreichender Grund, den Gerichten die Befugnis zu geben, ihr Ermessen an die Stelle des behördlichen Ermessens zu setzen. Aufgabe des Gerichts kann stets — und darüber besteht im Grunde keine Meinungsverschiedenheit — nur eine Rechtskontrolle, genauer gesagt, eine Überprüfung daraufhin sein, ob die Behörde rechtswidrig gehandelt hat. Wenn aber im Einzelfall mehrere Lösungen angemessen sein können, weil die bestehenden gesetzlichen Regelungen wie häufig im Verwaltungsrecht zu unbestimmt sind, besteht die Gefahr, daß eine weniger sachgerechte Entscheidung zustandekommt, wenn statt der zuständigen Behörde ein Gericht, sei es auch mit Unterstützung von Sachverständigen, ein anderes Ergebnis für richtig hält, das in gleicher Weise rechtlich vertretbar sein mag. In der Tat

<sup>(27)</sup> Statt der kaum noch übersehbaren Literatur und Judikatur zu dieser Frage sei nur auf Maunz-Dürig-Herzog, Loseblatt-Kommentar zum Grundgesetz verwiesen, und zwar im einzelnen auf Dürig, RandNr. 59-68 zu Artikel 3 Abs. 1 GG (1973), und Maunz, RandNr. 46 ff., 69 ff und 94 ff., bes. RandNr. 94 zu Artikel 14 GG (1969). Vgl. auch neuerdings Christian Starck in seinem Bericht für die Staatsrechtslehrertagung 1975, abgedruckt in «Die öffentliche Verwaltung» (DOV) 1975, 740 (741, besonders Leitsatz 27).

sind in jüngster Zeit in der Presse Fälle gemeldet worden, daß eine Entscheidung die von der zuständigen Behörde in einem langwierigen Verfahren mit verschiedenen betroffenen Stellen abgestimmt und von der Landesregierung genehmigt worden ist — beispielsweise über den Bau eines Kraftwerkes auf Antrag von Bürgerinitiativen, die im Interesse des Umweltschutzes tätig werden — durch ein Gericht aufgehoben worden sind.

Die Verantwortung für die Verwirklichung als notwendig erkannter Planziele bleibt bei der Behörde, während das Gericht — um bei dem angeführten Beispiel zu bleiben — davon unberührt bleibt, ob wegen des nicht oder nicht rechtzeitig errichteten Kraftwerkes in absehbarer Zeit die Energieversorgung nicht mehr ausreicht. Die Behörde steht de m von ihr verwalteten Bereich sachlich näher; ihre Überlegungen können von Außenstehenden, auch nicht mit Hilfe von Sachverständigen, kaum nachvollzogen werden. Die Festlegung eines Planungszieles oder allgemeiner gesprochen der Zweck einer Tätigkeit der Verwaltung bleibt im politischen Verantwortungsbereich der Behörde und kann in aller Regel nicht von dem Gericht anders beurteilt werden. Eine Falsifizierung durch das Gericht kommt dagegen bei der Beurteilung der Zwecktauglichkeit im weiteren Sinne schon eher und bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Mittel noch häufiger in Betracht. Je stärker die politischen Aspekte überwiegen und je mehr allgemeine Überlegungen des öffentlichen Interesses in den Vordergrund treten, desto weniger sind die Gerichte berufen, über derartige Grundentscheidungen zu befinden. Das Bundesverfassungsgericht ist bei dieser Erörterung auszuklammern, weil seine Entscheidungen zwangsläufig politischen Charakter annehmen, auch wenn es in dieser Hinsicht um Zurückhaltung bemüht ist und insbesondere dem Gesetzgeber einen ziemlich weiten Ermessensspielraum einräumt.

Im Verhältnis zu den übrigen Gerichten spielt der Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation eine besondere Rolle. Die obersten Landesbehörden können vom Landtag, die Bundesregierung von Bundestag zur Rechenschaft gezogen werden. Derartige Überlegungen der parlamentarischen Verantwortung können nicht, wie es bisweilen geschieht, sozusagen

mit einer Handbewegung beiseite geschoben werden<sup>(28)</sup>. Auf der anderen Seite wäre es sicher auch verfehlt, mit dieser Begründung einem zu großen gerichtsfreien Raum der Verwaltung das Wort zu reden.

Die Teilung der Gewalten steht nicht nur im Dienste des rechtssuchenden Bürgers, sondern auch des Staates selbst. Eine ausgewogene Verteilung der Befugnisse dient unmittelbar einer fruchtbaren Arbeitsteilung. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat die wichtige Funktion, nicht nur dem betroffenen Privatmann, sondern auch der Verwaltung selbst die Schranken ihrer Tätigkeit aufzuzeigen. Zwar muß jede Behörde von sich aus in jedem Fall prüfen, ob sie unbefugt in fremde Rechtspositionen eingreift. Vielfach sind aber nicht alle Auswirkungen einer bestimmten Maßnahme von vornherein zu übersehen. Das Gericht hat hier eine entlastende und unterstützende Funktion, wenn es bei der Beurteilung über ein konkretes Rechtsverhältnis eindeutige Entscheidungen fällen kann, während der Justitiar der Behörde auf eine bloß theoretische Vorausschau angewiesen war<sup>(29)</sup>.

Jede Entscheidung des Gesetzgebers, der Verwaltung und der Rechtsprechung enthält eine Wertung, die Grundlage für die getroffene Auswahl unter mehreren Möglichkeiten ist. Die Verwaltungsbehörden sind in gleicher Weise wie die Richter berufen, die Wertvorstellungen der Verfassung und der Gesetze selbständig und eigenverantwortlich zu verwirklichen. Dem Verwaltungsbeamten können die im Einzelfall zu beachtenden Wertgesichtspunkte durch eine allgemeinere oder eine speziellere Rechtsnorm vorgeschrieben werden. Ob und inwieweit das in der jeweiligen Norm, auf die sich die Behörde gestützt hat, im einzelnen ausdrücklich geschehen ist, kann für den Umfang der gerichtlichen Nachprüfung nicht maßgebend sein. Fehlt nämlich eine spezielle Angabe über die vor-

<sup>(28)</sup> So aber Hans Heinrich Rupp, *Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen*, in: Band 39 der Schriftenreihe der Hochschule Speyer, S. 119, der im Konfliktfall grundsätzlich die Letztentscheidung den Gerichten zuweist, so vor allem auch in «Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre», 1965, passim.

<sup>(29)</sup> Hoppe, DVBl. 1975, 686 f.

zunehmende Abwägung der Gesichtspunkte, sind die Kriterien der Entscheidung allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie dem der Verhältnismäßigkeit der Mittel, der Verfassung und der übrigen Rechtsordnung zu entnehmen. Das Gleichbehandlungsgebot nach Artikel 3 des Grundgesetzes bindet die entscheidende Behörde unabhängig davon, ob es zum Überfluß noch einmal in einer Ermessensvorschrift genannt wird<sup>(30)</sup>.

Es bedeutet nicht, wie oft befürchtet wurde, eine unerträgliche Verkürzung des Rechtsschutzes, wenn der Behörde ein Ermessensspielraum zugebilligt wird, der nicht von der mehr oder minder zufälligen Fassung der gesetzlichen Grundlage oder — besser gesagt — von der gerade vorherrschenden Auslegung durch die Gerichte abhängt. Selbstverständlich ist der Ermessensspielraum je nach den zu berücksichtigenden Rechtsvorschriften und der zu beurteilenden Sachlage verschieden. Dies richtet sich aber ausschließlich nach dem Sinn und Zweck der Vorschriften und den Besonderheiten des Einzelfalles und nicht nach der Formulierung, die im Laufe des komplizierten Gesetzgebungsverfahrens zustande gekommen ist. Die Konzentration der gerichtlichen Kontrollbefugnisse auf die Fragen, die einer gerichtlichen Nachprüfung zugänglich sind, führt im Ergebnis zu einer Verbesserung des Rechtsschutzes, und sei es nur aus dem Grunde, daß Rechtsstreitigkeiten schneller entschieden werden können; gerade im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird häufig Klage über die zu lange Dauer der Prozesse geführt.

Wenn auch gegenwärtig noch nicht abzusehen ist, ob und wann sich eine einheitliche Ermessenslehre in dem von uns erörterten Sinne durchsetzen wird, so ist es jedenfalls auffällig, in welchem Maße die Ergebnisse übereinstimmen, die unabhängig voneinander und auf verschiedenen Wegen erzielt werden. Für die Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer im Oktober 1975 wurde beispielsweise unter dem Gesichtspunkt «Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit» ein Bericht erstattet, den ich erst bei meinem Flug nach Mexiko zum ersten Mal studieren

<sup>(30)</sup> Bachof, JZ 1972, 643.

konnte. Er ließe sich in weiten Teilen fugenlos in unsere Betrachtung einfügen, nur daß darin nicht von der individualisierten Norm, sondern von «konkretisierender Rechtsverwirklichung» die Rede ist, eine Sprechweise, die in der Sache auf dasselbe hinausläuft <sup>(31)</sup>.

Die Einräumung eines größeren Ermessensspielraums der Verwaltung wird auch der gewandelten Auffassung von der vollziehenden Gewalt besser gerecht. Der Liberalismus, der sich um die Durchsetzung eines verbesserten Rechtsschutzes große Verdienste erworben hat, sah — wie man zutreffend gesagt hat — den Staat zu sehr auf die Funktion eines Nachwächters beschränkt, der nur dafür zu sorgen hat, daß seine Bürger gut schlafen können, sie im übrigen aber möglichst nicht behelligt. Staatliche Verwaltung war damals in der Tat in erster Linie Eingriffsverwaltung. Diese galt es möglichst eng an Gesetze zu binden, um die Freiheitssphäre und das Eigentum der Bürger zu schützen.

Eine Folge dieser allzu sehr auf das Gesetz fixierten Betrachtungsweise ist es, daß die Meinung vorherrscht, es genüge ein neues Gesetz zu schaffen, um einen Übelstand der sozialen Wirklichkeit zu beheben. Der Spielraum, den die bestehenden Gesetze gewähren, pflegt unterschätzt zu werden. Bürokratien haben oft die Angewohnheit, lebensfremde Entscheidungen mit der meist unzutreffenden Begründung zu entschuldigen, durch Paragraphen von Rechts- und Verwaltungsvorschriften gebunden zu sein, obwohl es keine Norm gibt, die sachbezogene Überlegungen der Vernunft verbietet. In einer falschen Furcht vor Paragraphen kann die Verwaltung durch eine Rechtsprechung bestärkt werden, die bei der selbstverständlich unerläßlichen Überprüfung der Verwaltungstätigkeit in deren Kernbereich eingreift und dadurch die Initiative, die heute von einer Verwaltung verlangt wird, und eine vernünftige Ausübung des Ermessens lähmen könnte.

<sup>(31)</sup> Bericht von Rupert Scholz, Berlin, DOV 1975, 741 f, allgemeiner Bericht über die Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer vom 1. bis 4. Oktober 1975 in Augsburg von Hans-Peter Schneider, DOV 1975, 737 ff. Vgl. O. Anmerkung 4.

Die Entwicklung der modernen Industriegesellschaft brachte es mit sich, daß ein neuer Typ der Verwaltung in den Vordergrund trat, den man im Gegensatz zur Eingriffsverwaltung «Leistungsverwaltung» zu nennen pflegt. Selbstverständlich müssen auch in diesem Bereich rechtliche Schranken genau beachtet werden; denn der zeitgenössische Rechtsstaat kann nicht nach seinem Gutdünken Wohltaten erweisen. Es besteht auch inzwischen wohl weitgehend Einigkeit darüber, daß auf eine Rechtskontrolle weder ganz noch teilweise verzichtet werden kann, nur weil es um sogenannte begünstigende Verwaltungsakte geht. Dieser Begriff ist nämlich ambivalent. Was für den einen Begünstigung ist, kann für den anderen eine unzumutbare Belastung darstellen kann. Wenn von zwei Wirtschaftsunternehmen, die im Wettbewerb zueinander stehen, das eine staatliche Subventionen erhält, das andere aber nicht, so kann dieses bis zur Gefährdung seiner wirtschaftlichen Existenz benachteiligt sein.

Nach diesem notwendigen Hinweis auf die unerläßliche Rechtskontrolle wird man sagen können, daß modernes Verwaltungshandeln nicht nur durch das Recht, sondern die Pflicht der zuständigen Behörden charakterisiert wird, unter Wahrung der verfassungsmäßig vorgegebenen Freiheitssphäre der Bürger von sich aus planmäßig die Zukunft zu gestalten, um den Befürfnissen der Allgemeinheit gerecht zu werden. Die Gerichte können dagegen immer nur nachträglich und auf Anrufung tätig werden. Eine der wichtigsten Aufgaben einer verantwortungsbewußten Gesetzgebung und Verwaltung ist die Wahrung des Gleichgewichts, das die Verfassung fordert. Bei einer Störung des Gleichgewichts im Verhältnis zwischen den Bürgern muß sich die Staatsgewalt an die Seite des Schwächeren stellen. Aus dieser Verpflichtung erwachsen nicht nur die Aufgaben der sozialen Fürsorge, sondern in manchen Fällen auch Eingriffsrechte im Rahmen einer Mißbrauchsaufsicht. Ein anschauliches Beispiel dafür bietet grundsätzlich im gleichen Sinne wie die u.s.-amerikanische *Anti-Trust*-Gesetzgebung das deutsche Kartellgesetz, das die Kartellbehörde verpflichtet, der Macht der marktbeherrschenden Unternehmen entgegenzutreten.

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung besagt, daß die Verwaltung nicht gegen Gesetz und Recht verstoßen darf. Sie würde aber ihrer Verpflichtung nicht gerecht, wenn sie sich darauf beschränken würde, nur das auszuführen, was in einer Rechts- oder Verwaltungsvorschrift ausdrücklich angeordnet wird. Die Maßnahmen der Verwaltung gelten, weil sie auf dem Auftrag der Verfassung beruhen<sup>(32)</sup>. Ein hinreichend bemessener Handlungsspielraum ist Voraussetzung für die Erfüllung der Aufgaben, die nach Artikel 20 des Grundgesetzes in einem demokratischen und sozialen Rechtsstaat der Verwaltung übertragen sind.

*Wiesbaden — Mainz.*

H. R. HORN.

<sup>(32)</sup> Maunz, in: Maunz-Dürig-Herzog, RandNr. 141 zu Artikel 20 GG. Vgl. auch F. Mayer in: Mayer/Ule, Staats- und Verwaltungsrecht in Rheinland-Pfalz, Stuttgart, 1969: «Das Wesen der Verwaltung besteht, was man aus der irreführenden Diktion der Art. 83 ff. GG an sich erschließen könnte, nun keineswegs im Vollzug von Gesetzen», Zum Problem der Verwaltungslehre vgl. statt aller neuesten Ulrich Battis, Juristische Verwaltungslehre, in: Die Verwaltung, 1975, Seite 413, besonders S. 423 f.