



Otto Reich

FESTSCHRIFT FÜR
OTTO BACHOF

ZUM 70. GEBURTSTAG

AM 6. MÄRZ 1984

HERAUSGEGEBEN
VON
GÜNTER PÜTTNER

IN VERBINDUNG MIT
DETLEF GÖLDNER, GUNTER KISKER,
JOST PIETZCKER, HANS HEINRICH RUPP,
DIETER SCHEUING



C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1984

6279562*7R



9 34/3174

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek
Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag:
am 6. März 1984 / hrsg. von Günter Püttner in
Verbindung mit Detlef Göldner . . . - München:
Beck, 1984.
ISBN 3 406 09656 5
NE: Püttner, Günter [Hrsg.]; Bachof, Otto:
Festschrift

ISBN 3 406 09656 5

Satz und Druck der C. H. Beck'schen Buchdruckerei, Nördlingen
Gedruckt mit Unterstützung des Universitätsbundes Tübingen und der
kommunalen Selbstverwaltung in Baden-Württemberg

INHALTSVERZEICHNIS

I. Verfassungsrecht

Professor Dr. Dr. h. c. THOMAS OPPERMANN, Tübingen	
Ergänzung des Grundgesetzes um eine Kultur(Staats)Klausel?	3
Privatdozent Dr. DETLEF GÖLDNER, Kiel	
Grundrechte und Grundwerte – Über Konsens und Dissens im Verfassungsdenken	21
Professor Dr. MARTIN HECKEL, Tübingen	
Die theologischen Fakultäten zwischen Trennungsprinzip und Freiheitsgarantie	29
Professor Dr. GUNTER KISKER, Gießen	
Grundrechtsschutz gegen bundesstaatliche Vielfalt?	47
Bundesverfassungsrichter Dr. DIETRICH KATZENSTEIN, Karlsruhe	
Der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen	63
Professor Dr. HANS v. MANGOLDT, Tübingen	
Mehrstaatigkeit und Legitimation – Vorrang der effektiven Staatsangehörigkeit auch bei Deutschen? –	77
Staatssekretär Professor Dr. WALTER RUDOLF, Mainz	
Rundfunkveranstalter des öffentlichen Rechts	97

II. Verwaltungsrecht

Professor Dr. GÜNTER PÜTTNER, Tübingen	
Entwicklungstendenzen in der Dogmatik des Verwaltungsrechts . . .	115
Professor Dr. JOST PIETZCKER, Bonn	
„Grundrechtsbetroffenheit“ in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik	131
Professor Dr. HANS HEINRICH RUPP, Mainz	
Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt	151

Professor Dr. PETER BADURA, München	
Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes	169
Rechtsanwalt Dr. KLAUS-PETER DOLDE, Stuttgart	
Bestandsschutz im Immissionsschutzrecht	191
Professor Dr. HARTMUT MAURER, Konstanz	
Bestandskraft für Satzungen?	215
Professor Dr. HERMANN-WILFRIED BAYER, Bochum	
Die Rechtsvergleichung – eine terra incognita des deutschen Steuerrechts	245

III. Verfahrensrecht

Professor Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. FRITZ BAUR, Tübingen	
Einige Bemerkungen zur Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß	285
Professor Dr. WOLFGANG GRAF VITZTHUM, Tübingen	
Das Vorprüfungsverfahren für Verfassungsbeschwerden	293
Professor Dr. KLAUS SCHLAICH, Bonn	
Verfassungsprozessuale Auswirkungen des materiellen Verfassungsrechts	321
Professor Dr. DIETER H. SCHEUING, Köln	
Haftung für Gesetze	343
Bibliographie Otto Bachof	381

Professor Dr. ROMAN SCHNUR widmet dem Jubilar einen Aufsatz in:
Die Verwaltung

PETER BADURA

Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes

I. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Die Ausübung öffentlicher Verwaltung durch die Exekutive und der die Ausübung öffentlicher Verwaltung kontrollierende Rechtsschutz durch die Gerichte werden verfassungsrechtlich durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bestimmt. Der parlamentarischen Entscheidung und Regelung durch das Gesetz kommt damit für die Aufgaben und Befugnisse der Exekutive und ebenso für die Möglichkeit, die Grenzen und die Reichweite des gerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber der Exekutive die ausschlaggebende Rolle zu. Das Gesetz als Verwaltungsnorm ist im sozialen Rechtsstaat für die Planungs- und Gestaltungsaufgaben der Exekutive zunehmend nicht eine zur Subsumtion bereitliegende Ermächtigung, die im Einzelfall durch Auslegung und Anwendung des Rechts vollzogen werden kann. Das Gesetz als Grundlage der Beaufsichtigung großtechnischer Anlagen, der raumbezogenen Planung und städtebaulichen Ordnung und der Wirtschaftsverwaltung ist – nicht durchgehend, aber in wesentlichen Regelungsbereichen – Auftrag und Richtlinie für die Verwaltungsbehörde, deren selbständige Beurteilung und Gestaltung das Kernstück der gesetzlich zugewiesenen Entscheidungsvollmacht ist. Die juristische Durchdringung dieses neuen Grundverhältnisses von Gesetz und Verwaltung kann dazu beitragen, der verfassungsmäßigen Aufteilung der Aufgaben und Entscheidungszuständigkeiten des Gesetzgebers, der Verwaltung und der Rechtsprechung wieder einen festen und sachgerechten Zuschnitt zu geben. Das hierfür maßgebliche Gewaltenteilungsprinzip bildet die verfassungsrechtliche Prämisse dafür, daß die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung „an Gesetz und Recht gebunden“ sind (Art. 20 Abs. 3 GG), und auch für die Garantie, daß demjenigen, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offen steht (Art. 19 Abs. 4 GG). Ob und in welchem Maße das Gesetz der Verwaltung Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum einräumen und damit der gerichtlichen Kontrolle und dem gerichtlichen Rechtsschutz

einen von Rechts wegen beschränkten Maßstab setzen darf, ist von diesen rechtsstaatlichen Grundsätzen und Garantien abhängig.

Es liegt jetzt dreißig Jahre zurück, daß *Otto Bachof* in der Erlanger Antrittsvorlesung den „Versuch einer Bilanz“ über „gelöste und ungelöste Probleme“ des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht vortrug.¹ Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und das Gesetz als Maßstab und Grenze richterlicher Rechtsfindung sind bis heute in *Bachofs* wissenschaftlichem Werk unablässig betrachtete und geprüfte Hauptpunkte. In der Aufgabe des Verwaltungsrichters sieht *Bachof* die Besonderheit, daß er – anders als der Zivilrichter – in der Regel nicht eine primäre Entscheidung trifft, sondern die bereits getroffene Entscheidung einer anderen Stelle kontrolliert. Für die richterliche Kontrolle, ihre Effizienz und Berechenbarkeit, kommt es ausschlaggebend auf das den Maßstab der Kontrolle bildende Gesetz an. „Wir unterstellen, wenn wir von der Bindung (sc. des Richters) an das Gesetz sprechen, oft allzu selbstverständlich, daß die anzuwendende Gesetzesnorm hinreichend eindeutig und damit überhaupt bindungsfähig wäre. Sie ist es eben oft nicht. Wie ist das Verhältnis von Gesetzgeber und kontrollierendem Richter dann?“²

Die so gestellte Frage setzt voraus, daß ungeachtet des an den Gesetzgeber gerichteten Postulats, die Kontrollaufgabe des Richters durch Normen hinreichender Bindungsfähigkeit zu gewährleisten, stets mit einem Ungenügen der Maßstäbe zu rechnen ist. Das an den Gesetzgeber gerichtete Postulat hat *Dietrich Jesch* klar beschrieben: Das Erfordernis der Meßbarkeit behördlichen Handelns bedingt, daß der Gesetzgeber dem Richter einen Maßstab an die Hand gibt, nach dem er die in Frage stehenden Maßnahmen beurteilen kann. Der Gesetzgeber muß die Ermächtigung selbst spezifizieren und darf dies nicht dem Richter zuschieben. Die Aufgabe, die Macht der Exekutive zu begrenzen, ist dem Parlament gestellt; die rechtsprechende Gewalt ist verfassungsrechtlich nur dazu berufen, die Einhaltung der Gesetze zu überwachen. Die Grenzziehung selbst obliegt der Legislative. Der Richter soll messen, nicht erst die Grundlage des Messens finden.³

Diese Sätze in ihrer deduktiven Folgerichtigkeit können sich allgemeinen Beifalls sicher sein. Nicht zuerst auf den Richter, sondern auf die Bindung der vollziehenden Gewalt blickend, hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber kraft des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für verpflichtet gehalten, im Bereich der Grundrechtsausübung die der staatli-

¹ Überarbeitet und als Aufsatz veröffentlicht: DÖV 1953, S. 417.

² *O. Bachof*, VVDStRL 34, 1976, S. 107. Dazu *H. H. Rupp*, ebd. S. 288 und die Replik *Bachofs* ebd. S. 289f. sowie die Duplik *Rupps*, ebd. S. 290.

³ *D. Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 226.

chen Gestaltung offenliegende Rechtssphäre selbst abzugrenzen und nicht dem Ermessen der Verwaltungsbehörde zu überlassen.⁴ Noch weitergehend hat es aus dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gefolgert, daß der Gesetzgeber bei der Einräumung von Ermächtigungen an die vollziehende Gewalt die wesentlichen normativen Grundlagen des zu regelnden Rechtsbereichs selbst festlegen muß und dies nicht dem Handeln der Verwaltung überlassen darf.⁵

Die Schlüsselstellung des Gesetzes in dem „am Schutz von Freiheit und Eigentum ausgerichteten Instrumentarium des gewaltenteilenden Rechtsstaats“, aber auch angesichts der „mit dem Machtzuwachs des Verteilerstaates verbundenen Freiheitsgefährdungen“⁶ hat *Bachof* stets vor Augen gestanden. Der Primat der Gesetzgebung, auch für die Rechtsprechung, wird gegenüber den neuartigen Aufgaben „unmittelbaren Verfassungsvollzugs“ und in voller Einsicht der „gesteigerten Verfassungsabhängigkeit“ des Verwaltungsrechts wegen der nur noch begrenzten Möglichkeit einer Deckung der Verwaltung durch das Gesetz dennoch – und mit gutem Grund – bekräftigt. Die „abschirmende Wirkung“ des Gesetzes müsse wieder in ihre frühere Funktion eingesetzt werden. Die Rechtsprechung sei zwar dazu berufen und befähigt, durch Verdichtung lapidarer Verfassungsgrundsätze zu konkreten Rechtssätzen am Verfassungsvollzug mitzuwirken und dadurch der Verwaltung die normativen Grundlagen ihres Handelns zu geben. Doch sie habe in dieser Hinsicht eigentlich nur einzuspringen, wo der Gesetzgeber die Entwicklung konkreter Rechtsnormen aus den Verfassungsgrundsätzen unterlasse.⁷ „Gesetz und Recht“ binden die Rechtsprechung, also das in die Rechtsordnung und Rechtsentwicklung eingefügte und im Wege wissenschaftlich durchdachter Auslegung verstandene Gesetz. Für den Verwaltungsrichter bedeutet das, die gerichtliche Überprüfung der Exekutive auf das zu beschränken, „was einer Überprüfung an Rechtsmaßstäben wirklich zugänglich ist“.⁸

⁴ BVerfGE 34, 165/192 f. – obligatorische Förderstufe im hessischen Schulrecht.

⁵ BVerfGE 49, 89/126 f. – Kernkraftwerk Kalkar.

⁶ O. *Bachof*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30, 1971, S. 193/213, 214.

⁷ O. *Bachof*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, 1953, S. 37/50 ff., 53; *ders.*, Dogmatik (Anm. 6), S. 205.

⁸ O. *Bachof*, Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, JZ 1972, S. 641.

II. Materiellrechtliche Entscheidungsgrundlagen für die Verwaltung, insbes. im technischen Sicherheitsrecht

Der Gesetzgeber, der Entscheidungsgrundlagen für die Exekutive in den Bereichen der Beaufsichtigung großtechnischer Anlagen, der raumbezogenen Planung und städtebaulichen Ordnung und der Wirtschaftsverwaltung zu schaffen hat, sieht als Regelungsproblem vor sich, ob und mit welchem Inhalt die gesetzlich begründete Entscheidungsvollmacht der Verwaltung eine selbständige Beurteilung oder Gestaltung einschließen soll. Vorbehaltlich der hier zu beachtenden verfassungsrechtlichen Schranken kann das Gesetz der Verwaltung einen Bereich selbständiger Verantwortung für abgeleitete Rechtsetzung, Verwaltungsvorschriften und Einzelfallentscheidungen einräumen. Soweit damit eine selbständige Wertung, Programmentscheidung und Regelformbildung der Exekutive zugelassen wird, ist die richterliche Kontrolle auf die vorgegebenen rechtlichen Maßstäbe beschränkt.⁹

Mit dem Blick auf den Gesetzgeber ist die Zumessung selbständiger Beurteilungs- und Gestaltungsvollmacht der Exekutive eine rechtspolitische und verfassungsrechtliche Frage. Mit dem Blick auf die Verwaltung und auf die Rechtsprechungsaufgabe der Verwaltungsgerichte handelt es sich zuerst um eine Frage der Auslegung des geltenden Gesetzes. Die von den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts und den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine rechtsstaatliche Gesetzgebung geleitete Interpretation der normativen Entscheidungsgrundlagen muß ergeben, ob und in welchen Grenzen Ermessen, sonstige Gestaltungsfreiheit oder ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist. Die hier auftretende und seit langem erörterte Auslegungsfrage, ob ein nur mit Hilfe von Wertungen im Normvollzug anwendbarer „unbestimmter Rechts-“ oder „Gesetzesbegriff“ einen gerichtlich nicht überprüfaren Entscheidungsgehalt einer Einzelfallentscheidung der Exekutive nach sich ziehe, hat seit einigen Jahren im technischen Sicherheitsrecht eine neue Entwicklungsphase erreicht. *Bachof* hat wie kaum ein anderer die juristische Durchdringung der hier aufzuwerfenden grundsätzlichen Rechtsfragen produktiv gefördert. Das Sachgebiet des technischen Sicherheitsrechts kann diese grundsätzlichen Rechtsfragen exemplarisch veranschaulichen. Auslegung und juristische Konstruktion haben dabei den Ausgangspunkt zu beachten, daß als vordringliche Rechtsetzungsaufgabe die Schaffung von „Bewertungsnormen für technische Risiken“, z. B. von Grenzwerten und

⁹ R. A. Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, 1982, S. 657/670.

Belastungsgrenzen für Immissionen, zu bewältigen ist, um angesichts des raschen Wandels der technischen Sicherheitsstandards bei der Zulassung und Beaufsichtigung technischer Großanlagen dem Grundsatz der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge¹⁰ Rechnung zu tragen.¹¹

Das Gesetz bestimmt durch die Festlegung der materiellrechtlichen Entscheidungsgrundlagen die Art und das Ausmaß der zur Rechtsanwendung gebotenen Sachaufklärung und den rechtlich faßbaren Inhalt der administrativen Beurteilung und Entscheidung. Eine der Klauseln, mit denen das Gesetz im technischen Sicherheitsrecht derartige fachliche Anforderungen umschreibt, ist die Richtlinie, wegen der Auswirkungen einer zu genehmigenden Anlage die „nach dem Stand der Technik“ (§§ 5 Nr. 2, 17 Abs. 2 etc. in Verb. mit § 3 Abs. 6 BImSchG) oder die „nach dem Stand von Wissenschaft und Technik“ (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG) erforderlichen Vorkehrungen zu treffen.¹² Die Auslegung und Anwendung dieser gesetzlichen Richtlinien unterliegt nach der herrschenden Auffassung in vollem Umfang der verwaltungsgewerrechtlichen Nachprüfung. Soweit allerdings die Entscheidungsgewißheit im Einzelfall dadurch verbessert ist, daß die Beurteilungsrichtlinie „Stand der Technik“ durch gesetzlich vorgesehene Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften näher spezifiziert wird, bedarf die These der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit einer Einschränkung. An eine Rechtsverordnung, die durch das Gesetz gedeckt ist (z. B. § 7 BImSchG), ist das Gericht gebunden. Auch allgemeine Verwaltungsvorschriften, die von der Bundesregierung nach Anhörung der „beteiligten Kreise“ mit Zustimmung des Bundesrates erlassen worden sind,¹³ um Immissions- und Emissionsgrenzwerte festzulegen (§§ 48, 51 BImSchG), müssen – wie auch immer – rechtserheblich sein. Auf Gesetz beruhende normative Entscheidungsregeln zur näheren Spezifizierung einer allgemeinen gesetzlichen Beurteilungsrichtlinie sind Ausdruck einer selbständigen Beurteilungs- und Entscheidungsvollmacht der Exekutive. Von der Konstellation des unbestimmten Rechtsbegriffs mit Beurteilungsspielraum

¹⁰ BVerfGE 49, 89/138 ff.

¹¹ F. Ossenbühl, Die Bewertung technischer Risiken bei der Rechtsetzung, DÖV 1982, S. 833.

¹² R. Breuer, Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung, AöR 101, 1976, S. 46; F. Ossenbühl, Die gerichtliche Überprüfung der Beurteilung technischer und wirtschaftlicher Fragen in Genehmigungen des Baus von Kraftwerken, DVBl. 1978, S. 1; P. Marburger, Die Bewertung von Risiken chemischer Anlagen aus der Sicht des Juristen, in: W. Blümel/H. Wagner, Technische Risiken und Recht, 1981, S. 27; F. Nicklisch, Technische Regelwerke – Sachverständigengutachten im Rechtssinne? NJW 1983, S. 841.

¹³ So die Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft (TA-Luft) vom 28. 8. 1974 (GMBl. S. 426, ber. S. 525).

für die Einzelfallentscheidung unterscheidet sich diese immissionsschutzrechtliche Fallgruppe dadurch, daß hier Sicherheitsstandards und Risikogrenzwerte abstrakt und durch normative Regelbildung kraft besonderer gesetzlicher Ermächtigung aufgestellt werden.

Die Frage, welche rechtliche Bedeutung die durch Verwaltungsvorschrift nach § 48 BImSchG festgesetzten Richtwerte für die verwaltungsgerichtliche Kontrolle immissionsschutzrechtlicher Verwaltungsentscheidungen haben, hat verschiedene Antworten gefunden. Eine das Wesentliche erfassende, aber die Einzelfallentscheidung zu wenig berechenbar entlastende Betrachtung stellte darauf ab, daß die Richtwerte, die auf gesicherten Erkenntnissen und Erfahrungen von Fachleuten verschiedener Fachbereiche beruhen, auch bei der Anwendung des BImSchG „in der Regel eine zuverlässige Beurteilungsgrundlage“ für die Frage abgäben, ob Geräuscheinwirkungen zumutbar seien oder nicht.¹⁴ Schärfere gefaßt ist die Formel, die Immissionsrichtwerte nach der TA-Luft seien „als Ausdruck ‚administrativen Sachverständes‘ einer Nachprüfung durch die Gerichte grundsätzlich entzogen“.¹⁵ Die abweichende Auffassung, die Richtwerte seien als „Markierungen anzusehen, die einen nicht genau bekannten Übergangsbereich zwischen schädlichen und unschädlichen Umwelteinwirkungen kennzeichnen“¹⁶, ist vom Revisionsgericht verworfen worden. In einer vielbeachteten Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht¹⁷ die TA-Luft zwar nicht als Rechtsnorm, aber als die Entscheidung der Verwaltungsbehörde prägendes und insofern „antizipiertes“ Sachverständigengutachten anerkannt, das als eine „geeignete, wenn nicht optimale Erkenntnisquelle“ wegen des naturwissenschaftlich fundierten fachlichen Aussagegehalts „auch für das kontrollierende Gericht bedeutsam“ sei. Durch ihr Zustandekommen stelle diese Verwaltungsvorschrift die Ermittlung der maßgeblichen Grenzwerte auf eine weitaus verlässlichere Basis als dies der einzelnen Genehmigungsbehörde im konkreten Fall möglich wäre. Dementsprechend ergibt sich eine praktische Bindung für die gerichtliche Sachaufklärung und Beurteilung, soweit nicht neue gesicherte Erkenntnisse zu beachten sind oder ein atypischer Sachverhalt vorliegt.

¹⁴ OVG Koblenz 20. 9. 1972 GewArch. 1973, S. 96.

¹⁵ BayVG 26. 10. 1976 BayVBl. 1977, S. 303 unter Bezugnahme auf C. H. Ule, Die Bindung der Verwaltungsgerichte an die Immissionswerte der TA-Luft, BB 1976, S. 446, allerdings ohne Erwähnung oder ausdrückliche Billigung der „Vertretbarkeits-theorie“. – Siehe auch BayVG 24. 11. 1976 BayVBl. 1977, S. 275.

¹⁶ OVG Münster 7. 7. 1976 DVBl. 1976, S. 790.

¹⁷ BVerwG 17. 2. 1978 BVerwGE 55, 250; siehe auch VG München 26. 3. 1981 BayVBl. 1981, S. 729. – Dazu u. a. R. Breuer, DVBl. 1978, 591; ders., Umweltschutzrecht, in: I. von Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1982, S. 633/719f.; W. Krebs, VerwArch. 1979, 259; H.-J. Papier, Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat, 1979, S. 26ff.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bei dieser Betrachtungsweise von der gesetzlichen Fundierung dieser Verwaltungsvorschriften¹⁸ und von dem Sinn dieser Ermächtigung leiten lassen. Dem Gericht dürfte auch nicht entgangen sein, daß es sich nicht um eine Erscheinung des prozessualen Beweisrechts handelt, wenngleich der Gesichtspunkt der „Erkenntnisquelle“ zu vorrangig betont ist.¹⁹ Der Gedanke, technische Verwaltungsvorschriften als grundsätzlich auch das Gericht bindende antizipierte Sachverständigengutachten anzusehen, ist – besonders wenn er von den vorsichtigen Anwendungsprämissen des Bundesverwaltungsgerichts gelöst wird – in der juristischen Konstruktion irreführend. Denn Grenzwerte und sonstige technische Standards sind nicht einfach eine deskriptive Abbildung sachverständig ermittelter Größen, sondern wertende Beurteilungen über Risikoeinschätzungen und Zumutbarkeitsgrenzen mit Hilfe technischen Sachverständnisses.²⁰

Mit der gesetzlichen Beurteilungsrichtlinie des Atomrechts (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG) hat sich das Bundesverfassungsgericht unter dem Blickwinkel der hinreichenden Bestimmtheit auseinandergesetzt und dabei allgemeine Erwägungen zu den Problemen gesetzlicher Regelung im Bereich des technischen Sicherheitsrechts angestellt.²¹ Leitlinie ist die bei Überprüfung einer Gesetzgebung durch unbestimmte Rechtsbegriffe gültige Maxime, daß es auf die Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes und die Regelungsinintensität ankommt und daß geringere Anforderungen vor allem bei vielgestaltigen Sachverhalten zu stellen sind oder wenn zu erwarten ist, daß sich die tatsächlichen Verhältnisse rasch ändern werden. Das Gericht betrachtet die für den Gegenstand des § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG in Betracht zu ziehenden verschiedenen Regelungsmöglichkeiten und stellt als deren Gemeinsamkeit fest, daß durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe die Schwierigkeiten der verbindlichen Konkretisierung und der laufenden Anpassung an die wissenschaftliche und technische Entwicklung mehr oder weniger auf die administrative und – soweit es zu Rechtsstreitigkeiten kommt – auf die judikative Ebene verlagert werden. Behörden und Gerichte müßten mithin das

¹⁸ Dies hebt *D. Czajka*, Der Stand von Wissenschaft und Technik als Gegenstand richterlicher Sachaufklärung, DÖV 1982, S. 99/106, hervor.

¹⁹ BVerwGE 55, 250/256. – In einer älteren Entscheidung hatte der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts im Hinblick auf andere immissionsschutzrechtliche Verwaltungsvorschriften klar auf die durch Abwägung zu findende Zumutbarkeit von Lärmbelastigungen abgestellt (BVerwG 21. 5. 1976 DVBl. 1976, S. 779/782).

²⁰ Siehe die Kritik bei *H.-J. Papier*, Rechtskontrolle technischer Großprojekte, in: Bitburger Gespräche Jahrbuch 1981, S. 81/91; *F. Ossenbühl*, Bewertung technischer Risiken (Anm. 11), S. 840; *W. Skouris*, Grundfragen des Sachverständigenbeweises im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, AöR 107, 1982, S. 215/233 ff.

²¹ BVerfGE 49, 89/134 ff.

Regelungsdefizit der normativen Ebene ausgleichen. Zur Rechtfertigung der in § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG gewählten Fassung wird gesagt, sie diene – in die Zukunft hin offen – einem „dynamischen Grundrechtsschutz“. Der zu gewährleistende Grundrechtsschutz wird darauf bezogen, daß insbes. mit der Anknüpfung an den jeweiligen Stand von Wissenschaft und Technik die Exekutive durch das Gesetz normativ auf den Grundsatz der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge festgelegt werde. Die Risikobeurteilung im Rahmen des dynamischen Grundrechtsschutzes in die Hand der Exekutive zu geben und ihr einen eigenen Beurteilungsbereich zu belassen, verstoße nicht gegen das Bestimmtheitserfordernis der Verfassung. Offen könne hier bleiben, wo im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG bei der Bewertung technischer Normen und Standards für die Einschätzung künftiger Schadensmöglichkeiten die Grenzen richterlicher Nachprüfungspflicht lägen, und ob sich die Gerichte etwa darauf beschränken dürften, zu prüfen, ob bei Kenntnislücken und Unsicherheiten im Bereich der naturwissenschaftlichen und technischen Feststellungen und Beurteilungen die Grenzen der sich darauf ergebenden „Bandbreite“ eingehalten worden seien.²²

Der Kernpunkt dieser Verfassungsauslegung, soweit sie den speziellen Prüfungsgegenstand überschreitet, ist die Öffnung des Horizonts für die Frage, in welchem Maße das Gesetz der Exekutive einen selbständigen Beurteilungsbereich für die Risikoeinschätzung im technischen Sicherheitsrecht zugestehen darf. Implizit ist damit auch gesagt, daß die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und die damit immer gegebene Lage verschiedener Konkretisierungsmöglichkeiten des vervollständigungsbedürftigen Regelungsinhalts es nicht schon durchweg und für sich allein erlauben, in diesem Regelungsmodus des Gesetzes die Zuweisung einer Beurteilungsermächtigung an die Exekutive zu sehen. Diese Annahme dürfte nicht einmal für die unbestimmten Rechtsbegriffe des technischen Sicherheitsrechts und die damit gegebene Verweisung auf ungewöhnlich komplexen Sachverstand und dementsprechend schwer faßbare Maßstäbe richterlicher Nachprüfung des administrativen Normvollzugs begründet sein.²³ Vielmehr muß das Gesetz durch organisatorische und verfahrensmäßige Vorkehrungen eine rechtsstaatlich befriedi-

²² Hierzu wird auf BVerwG DVBl. 1978, S. 591/594 Bezug genommen. – Der Satz, Gerichte hätte Feststellungen und Bewertungen der Behörden bei der Ausführung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG nur auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen, nicht aber ihre eigenen Bewertungen an deren Stelle zu setzen (BVerfG 8. 7. 1982 UPR 1982, S. 330), ist weniger pragmatisch als sybillinisch (vgl. *H. Sandler*, Grundprobleme des Umweltrechts, JuS 1983, S. 255/260).

²³ Anders *D. Grimm*, Die Aufgabenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung bei der Genehmigung kerntechnischer Anlagen, in: *Sb. van Buiren* (Hrsg.), Richterliches Handeln und technisches Risiko, 1982, S. 25/45 ff.

gende Garantie dafür schaffen, daß der von der Exekutive eingesetzte oder beigezogene technische Sachverstand den mit den materiellrechtlichen Entscheidungsgrundlagen gesetzten Anforderungen genügen kann. Das gilt auch für von Fachleuten erarbeitete technische Regelwerke, für die die Exekutive die Verantwortung übernehmen soll, also nicht nur für den Fall des aus der Fachverwaltung ausgegliederten Sachverstandes. Rezipiert die Behörde Richtlinien von Fachgremien, dann unterliegen diese so lange der vollen richterlichen Kontrolle, als nicht der Normgeber Mindestvoraussetzungen über Art, Zusammensetzung und Verfahren verbindlich festlegt und damit die institutionelle und verfahrensrechtliche Kontrolle durch die Gerichte im Sinne eines effektiven Grundrechtsschutzes sicherstellt. Kraft eines so gesetzlich zu schaffenden rechtsstaatlichen Minimums kann ein selbständiger Spielraum der Exekutive zur Einschätzung von Risiken und zur Festlegung von technischen Standards begründet werden.²⁴

Unter diesen Prämissen kann der Streit nicht um ein Entweder-Oder selbständiger Verwaltungsverantwortung geführt werden, sondern nur darum, ob und unter welchen Kautelen das Gesetz der Exekutive Ermessen, Gestaltungsfreiheit, Beurteilungsspielraum oder Einschätzungsbefugnis einräumen darf. Die rechtsstaatliche Möglichkeit selbständiger Bewertungen der Verwaltung im technischen Sicherheitsrecht ist damit kommensurabel der anderen Frage, welche rechtsstaatlichen Anforderungen an gesetzliche Ermächtigungen für Planungsentscheidungen zu stellen sind.²⁵ Die sachliche und rechtskonstruktive Verschiedenartigkeit der Erscheinungsformen selbständiger Verwaltungsverantwortung für Beurteilungen oder Entscheidungen muß nicht eingeebnet werden, um die gemeinsame rechtsstaatliche und rechtspolitische Wurzel zu erfassen.

Vor diesem Hintergrund spricht alles dafür, bei technischen Verwaltungsvorschriften, die wie im Falle des § 48 BImSchG aufgrund Gesetzes und nach Maßgabe gesetzlich geordneter Richtigkeitsgarantien erlassen werden, einen kraft Gesetzes bestehenden und vom Gericht zu respektierenden Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum der Exekutive im Interesse gleichmäßiger Rechtsanwendung anzunehmen.²⁶ So verstanden, sind Qualifikationen tech-

²⁴ E. Benda, Technische Risiken und Grundgesetz, in: W. Blümel/H. Wagner, Technische Risiken und Recht, 1981, S. 5/9f. – Siehe auch BVerwGE 59, 213/216ff.

²⁵ Vgl. P. Badura, Das Verwaltungsverfahren, in: H.-U. Erichsen/W. Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1981, S. 301/368; ders./E. Schmidt-Aßmann, Hafenentwicklung in Hamburg, 1983; R. Manner, Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Planfeststellungsverfahrens, Diss. München 1976.

²⁶ Siehe P. Feuchte, Prognose, Vorsorge und Planung bei der Genehmigung industrieller Anlagen, Verwaltung 1977, S. 291/304ff.; D. Sellner, Kontrolle immissions-

nischer Verwaltungsvorschriften als antizipierte Sachverständigengutachten ebenso mißverständlich wie die als „verbindliche Norminterpretation“.²⁷ Diese Verwaltungsvorschriften ergehen aufgrund einer gesetzlichen Beurteilungsrichtlinie durch eine einen wissenschaftlich-technischen Einschätzungsspielraum ausübende verwaltungspolitische Entscheidung der Exekutive im Wege einer gesetzlich geordneten und mit rechtsstaatlichen Garantien ausgestatteten Regelbildung.²⁸ Das damit für die gerichtliche Nachprüfung anzunehmende Maß der Rechtskontrolle wird durch das Gesetz und durch die gegenüber einer Rechtsverordnung schwächere Wirkung der Verwaltungsvorschrift bestimmt. Es kommt auf die gleichmäßige Berücksichtigung des antizipierten Sachverständigen bei der Entscheidung des Einzelfalles an.²⁹

III. Verwaltung durch Prognose, raumbezogene Planung und wirtschaftsverwaltungsrechtliche Gestaltung

Die überkommene Unterscheidung und Entgegensetzung von Rechtsanwendung und Ermessen als den beiden Handlungsmodi der Verwaltung und von Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit als den Urteilkriterien der Kontrolle ist seit einem Vierteljahrhundert durch Verfeinerungen und Modifikationen weiterentwickelt worden. Bahnbrechend war *Bachofs* Entdeckung der nicht voll überprüfaren, weil nicht vollständig determinierten Rechtsfrage in bestimmten Fällen der unbestimmten Rechtsbegriffe. Dem so gefundenen und gerechtfertigten „Beurteilungsspielraum“ der Verwaltung als einem Sonderfall der Rechtsanwendung gesellte sich später die Auffassung vom Planungsermessen oder der planerischen Gestaltungsfreiheit der Verwaltung als stark subtilisierte Lehre über einen Sonderfall des Ermessens hinzu. Besonders in den Fallgruppen der Zulassung technischer Großanlagen und in zahlreichen Bereichen des Wirtschaftsverwaltungsrechts trat die Prognose – teils als Hilfsmittel zukunftsgerichteten Entscheidens, teils als zukunftsgestaltende Entscheidung – ins Blickfeld, in einigen Tätigkeitsgebieten der Verwaltung

schutzrechtlicher und atomrechtlicher Entscheidungen im Verwaltungsprozeß, BauR 1980, S. 391/403 ff.; C.H. Ule, BImSchG, Stand 1981, § 48, Rn. 6.

²⁷ D. Sellner, Kontrolle (Anm. 36), S. 404. – Dagegen insoweit zu Recht C.H. Ule, Kommentar (Anm. 36), § 48, Rn. 3.

²⁸ Vgl. F. Nicklisch, Technische Regelwerke (Anm. 12), S. 842.

²⁹ R. Breuer, Die rechtliche Bedeutung der Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG im Genehmigungsverfahren, DVBl. 1978, S. 28, 34 verwirft die normative Konstruktion zugunsten des Gedankens eines „antizipierten Sachverständigengutachtens aufgrund der Übernahme technischer Regeln“. Bei stärkerer Berücksichtigung der hier wirksam werdenden Beurteilung wäre die Vorstellung des „nichtförmlichen Sachverständigenbeweises“ (aaO S. 35) weniger einleuchtend.

dann mit einem fließenden Übergang zu komplexen Planungs- und Gestaltungsentscheidungen mit den Einzelfall übergreifenden Wertungen. Versuche, das Feld selbständiger Verantwortungen auf einen neuen, im Grunde einheitlichen und nur im einzelnen differenzierten Grundriß zu stellen, sind nicht ausgeblieben. Sie wurden bestärkt durch den Beschluß des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 17. 10. 1971 zu § 131 RABgO.³⁰ In der näheren Durchdringung der staats- und verwaltungsrechtlichen Vorstellung des Gesetzes als Auftrag und Richtlinie des Verwaltungshandelns konnten diese Versuche die theoretische Unterstützung in dem Konzept einer neuen Grundbeziehung von Gesetz und Verwaltung zu Hilfe nehmen.

Bei der Betrachtung von prognoseabhängigen Entscheidungen der Verwaltung muß die Frage der Gültigkeit einer administrativen Prognose von der Frage der begrenzten Nachprüfbarkeit eines komplexen, zukunftsbezogenen Planungs- oder Gestaltungsaktes unterschieden werden. Prognosen betreffen den entscheidungserheblichen Sachverhalt. Die Verwaltung muß bei Planungsentscheidungen, bei der Beurteilung der Auswirkungen einer technischen Anlage, bei der Beurteilung der nachhaltigen Sicherung der Energieversorgung und auch sonst künftige Verläufe vorausschauend einschätzen, z. B. den voraussichtlichen Energiebedarf oder das voraussichtliche Verkehrsaufkommen für eine bestimmte Referenzperiode. Eine derartige Prognose ist gültig, wenn sie sachgerecht und vertretbar angestellt worden ist, auf Tatsachen aufbaut, Plausibilitätskriterien genügt und insgesamt in einer der Materie angemessenen und methodisch einwandfreien Weise erarbeitet worden ist. Eine von unrichtigen oder unvollständigen Ausgangsdaten beeinflusste oder ohne den einschlägigen Sachverstand angestellte Prognose ist rechtlich fehlerhaft. Eine den Gültigkeitsbedingungen genügende Prognose dagegen ist rechtlich nicht angreifbar; das Gericht darf sie nicht – den prognostizierten Verlauf ganz oder zum Teil *ex post* vor Augen – wegen tatsächlicher Abweichungen verwerfen oder durch eine eigene Prognose oder Tatsachenfeststellung ersetzen, ausgenommen bei „extremer“, d. h. einen elementaren Fehler aufdeckenden Abweichung.³¹ Die Grenzen der gerichtlichen Kontrolle entspringen hier der Ungewißheit der Zukunft, nicht einer gesetzlichen Wahlfreiheit der Verwaltung. Anders ist es, wenn das Gesetz der Verwaltung eine selbständige Planungs- oder Gestaltungsvollmacht eingeräumt hat. Hier trifft die Exekutive nach der Richtschnur einer bestimmten Aufgabe, aber im ein-

³⁰ Dazu O. Bachof, *Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum*, JZ 1972, S. 641.

³¹ Vgl. z. B. BVerwGE 56, 110/121 – Flughafenplanung.

zelen ohne rechtlichen Maßstab nach fachlicher oder politischer Zweckmäßigkeit Entscheidungen über Planungen oder zu gestaltende Zustände. Mit diesen Entscheidungen werden aufgrund tatsächlicher und prognostischer Annahmen zukünftige oder sich in die Zukunft erstreckende Rechtsverhältnisse mit Hilfe von selbständigen Abwägungen und Beurteilungen geregelt. Für die Ausübung solcher Planungs- und Gestaltungsvollmachten muß der Exekutive bei entsprechender gesetzlicher Grundlage ein Entscheidungsspielraum in der Art planerischer Gestaltungsfreiheit oder gesamtwirtschaftlicher Würdigung zukommen. Eine gesetzliche Vollmacht dieser Art ist jedoch keineswegs schon oder nur deswegen gegeben, weil eine Verwaltungsentscheidung prognostische Einschätzungen und darauf aufbauende Wertungen einschließt.

Für die raumbezogene Planung, nämlich hauptsächlich die örtliche Bauleitplanung und die fachplanerische Zulassung von Vorhaben, ist unter der Führung des 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts das Rechtsinstitut der planerischen Gestaltungsfreiheit der Verwaltung entwickelt und in einer Reihe planungsrechtlicher Grundsätze ausgebaut worden.³² Planung kann als eine Aufgabe „gestaltender Verwaltung“ begriffen werden.³³ Der Planungsakt ist Rechtsverwirklichung durch abwägende und ausgleichende Erfüllung einer Planungsaufgabe. Das Gesetz gibt der planenden Verwaltung eine richtlinienartige Orientierung durch die gestellte Aufgabe und durch die Abwägungsgrundsätze. Die gesetzlichen Planungsgrundsätze bilden Direktiven – gerichtlich voll überprüfbare Rechtsbindungen – der planerischen Gestaltung durch die Verwaltung. Soweit das Gesetz die Verwaltung zu Planungsentscheidungen ermächtigt, übt die Verwaltung planerische Gestaltungsfreiheit aus, die das Gericht nur auf Rechts- und Abwägungsmängel überprüfen darf. Ermessen zeigt sich hier als ein Vorgang gesetzlich begründeter und geregelter Rechtsverwirklichung, die „unbestimmten Rechtsbegriffe“ der Umschreibung von Planungsaufgabe und Planungsgrundsätzen erscheinen als zielbestimmte Ermessensdirektiven. Die juristische Konstruktionszeichnung eines Brückenschlages zwischen Rechtsanwendung und Ermessen wird sichtbar.³⁴

³² BVerwGE 34, 301 etc. Siehe die Zusammenstellung und die Nachweise bei *P. Badura*, *Verwaltungsverfahren* (Anm. 35), S. 367f.; und *ders.*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, in: *I. von Münch* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., 1982, S. 273/340.

³³ *Hans J. Wolff/O. Bachof*, *Verwaltungsrecht III*, 4. Aufl., 1978, § 158 Ia.

³⁴ *P. Badura*, *Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, in: *Festschrift für den Bayer. Verfassungsgerichtshof*, 1972, S. 157.

nicht allein daraus abgeleitet, daß das Gesetz der Verwaltung eine wertende und vorausschauende Einschätzung von Entwicklungen abverlangt, die keine eindeutige Lösung zulassen, sondern ist zusätzlich und maßgeblich darauf abgestellt, daß das Gesetz die Beurteilung einem gesetzlich geordneten, sachverständig zusammengesetzten Gremium übertragen hat.³⁹ In allen diesen Fällen der hier zusammengefaßten Fallgruppe liegt der innere Grund der anerkannten wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Gestaltungsfreiheit offenbar in der die Beurteilung des Einzelfalles überschreitenden „planungspolitisch-prognostischen“ Gesamtwürdigung von Umständen oder Entwicklungen, die ein Element beim konkreten Gesetzesvollzug bilden. Die Zuweisung dieser Entscheidung auf ein besonders geordnetes und zusammengesetztes Fachkollegium bekräftigt die Auslegung der materiellrechtlichen Ermächtigung im Sinne des administrativen Beurteilungsspielraums. Eine Erstreckung dieses Gedankens auf andere wirtschaftsverwaltungsrechtliche Ermächtigungen sollte daher nur in Betracht gezogen werden, wenn eine Vergleichbarkeit gerade in diesem Punkte besteht.

Ein in dieser Hinsicht noch offener Streitfall ist die energiewirtschaftsrechtliche Beaufsichtigung der Strompreise durch die Tarifgenehmigung nach § 7 EnWG, § 12a Bundesstarifordnung Elektrizität vom 16. 11. 1971, zuletzt geändert durch die Zweite Änderungsverordnung vom 30. 1. 1980 (BGBl. I S. 122). Diese energierechtliche präventive Preisaufsicht findet im Bereich der Tarifkunden der Energieversorgungsunternehmen statt, während im übrigen die Strompreise der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht nach §§ 103 ff. GWB unterliegen. Weil die mit einem unbestimmten Rechtsbegriff ausgedrückte Genehmigungsvoraussetzung, daß die mit dem Genehmigungsantrag begehrte Verbesserung der Erlöse des Unternehmens erforderlich sei, prognostische Einschätzungen einschließe, ist angenommen worden, daß der Behörde ein Beurteilungsspielraum zustehe. Denn die hier zu treffende energiepreisrechtliche Entscheidung sei dem gestaltenden Planrecht zuzurechnen und stelle die Ausübung einer flexiblen Gestaltungsmöglichkeit für die Anpassung der Tarife dar.⁴⁰

setzesvorbehalt genügenden gesetzlichen Regelung der Bewerberauswahl nach § 13 Abs. 3 PBefG ist das Gesetz geändert worden; Fünftes Gesetz zur Änderung des PBefG vom 25. 2. 1983 (BGBl. I S. 196), Art. 1 Nr. 2.

³⁹ BVerwGE 62, 330/337 ff. – Entscheidung des Bundessortenamtes über den landeskulturellen Wert einer Sorte (§ 42 SaatVG); Beurteilungsermächtigung der Sortenausschüsse. – Siehe auch BVerwGE 39, 197/203 (Entscheidung der Bundesprüfstelle über die Aufnahme einer Illustriertenausgabe in die Liste jugendgefährdender Schriften); 59, 213/215 f. (Eintragung in die Architektenliste unter der landesrechtlich geregelten Voraussetzung der Berufsbefähigung).

⁴⁰ VG München 1. 2. 1982 RdE 1982, S. 122.

Die gesetzliche Ermächtigung, daß der Staat die allgemeinen Tarifpreise der Energieversorgungsunternehmen „wirtschaftlich gestalten“ dürfe (§ 7 Abs. 1 EnWG), ist für die Strompreise durch eine Rechtsverordnung, die Bundestarifordnung Elektrizität, näher ausgeführt, insbes. durch die Aufstellung von Preisbildungsregeln im Interesse einer sicheren und kostengünstigen Energieversorgung. Im Rahmen der hier geordneten Wirtschaftsaufsicht über das Preisverhalten der Unternehmen hat das antragstellende Unternehmen einen Anspruch auf Tarifgenehmigung, wenn die gewünschten neuen Tarife nach der Lage des Unternehmens, gemessen mit den preisaufsichtlichen Kriterien, erforderlich sind. Die Preisbehörde hat keine Wahlfreiheit über Erteilung oder Versagung der Genehmigung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, und auch keine Gestaltungsfreiheit und keinen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der entscheidungserheblichen Umstände. Bei dieser an der konkreten Versorgungsaufgabe des Unternehmens und der von dem Unternehmen zu fordernden elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung ausgerichteten Verwaltungsentscheidung wird es in der Regel auf allgemeine wirtschaftspolitische Einschätzungen und Wertungen nicht ankommen. Soweit allerdings die Entscheidung über die Tarifgenehmigung nach dem Antrag des Unternehmens oder nach der Sachlage atypisch eine Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung einschließen sollte, würde die Preisbehörde im Rahmen einer selbständigen Planungs- und Gestaltungsbefugnis entscheiden. Wie die Verfügungen der Kartellbehörde in derartigen Fällen, ist die Entscheidung der Preisbehörde insoweit der gerichtlichen Nachprüfung entzogen (§ 70 Abs. 5 Satz 2 GWB). Das Strompreisrecht ist für die allgemeine Fragestellung deshalb aufschlußreich, weil die Energieversorgungsunternehmen je nach den Lieferbeziehungen der energierechtlichen oder der kartellrechtlichen Preisaufsicht unterworfen sind, eine ausdrückliche Regelung über die Grenze der Justitiabilität aber nur im Kartellrecht zu finden ist.

Die Bestimmung des § 70 Abs. 5 Satz 2 GWB, wonach die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung in einer kartellbehördlichen Verfügung der Nachprüfung des Gerichts entzogen ist, muß nach alledem als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens verstanden werden. Dasselbe gilt für die ähnliche Vorschrift in § 2 Abs. 2 Satz 2 Investitionszulagengesetz zum Nachweis der Förderungswürdigkeit eines Investitionsvorhabens. Die Auslegung des Gesetzes und die Ermittlung des Sachverhalts unterliegen auch bei Annahme einer Planungs- oder Gestaltungsvollmacht der Exekutive der unbeschränkten gerichtlichen Kontrolle.

IV. Gebundenheit und selbständige Entscheidungsfreiheit der Verwaltung

Das Schlagwort von der möglichen oder gebotenen „Kontrolldichte“ des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes reduziert pragmatisch und aus der Vogelschau die Vielgestaltigkeit der durch das Gesetz für die Exekutive begründeten Ermessens- und Beurteilungsermächtigungen, Planungs- und Gestaltungsvollmachten auf die eine Fragestellung, ob sich das Gericht einer selbständigen und demnach nur beschränkt nachprüfaren Beurteilungs- und Entscheidungsbefugnis der Verwaltung gegenüberstellt. Die darin liegende Vereinfachung ist fruchtbar, wenn sie als Ausgangspunkt für eine differenzierende Betrachtung der materiellen Entscheidungsgrundlagen der Verwaltung genommen wird. Voreilig wäre der Schluß, daß die eigene Verantwortung der Verwaltung, soweit sie besteht, für die verschiedenen Aufgaben und Entscheidungswege der Exekutive einem einheitlichen Muster rechtlicher Ordnung und Ausformung folgen würde oder folgen müßte. Dieser Schluß schritte selbst dort zu rasch über die Mannigfaltigkeit der Rechtsgestaltungen hinweg, wo er die Verschiedenartigkeit von Ermessen und Rechtsanwendung respektierte und nur eine einheitliche Lösung für die Rechtsanwendung bei wertenden unbestimmten Rechtsbegriffen anböte. Der schon früh unternommene Versuch, aus der Eigenart der durch unbestimmte Rechtsbegriffe erzwungenen Wertungen und der damit möglichen Bandbreite vertretbarer Verwaltungsentscheidungen auf eine Eingeschränktheit der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zu schließen, sieht jedenfalls im ersten Schritt von den jeweiligen Unterschieden des materiellen Rechts ab. Soweit im Einzelfall mehrere Beurteilungen vertretbar seien und die Entscheidung der Behörde in einem derartigen „Grenzfall“ innerhalb der Bandbreite der Vertretbarkeit liege, dürfe das Gericht nicht eine andere vertretbare Entscheidung für allein rechtmäßig halten.⁴¹

Bachofs Lehre vom „Beurteilungsspielraum“ und *Ules* „Vertretbarkeitslehre“ zeigen Übereinstimmungen.⁴² *Bachof* läßt sich davon leiten, daß nicht jeder „Rechtsbegriff“ in einer gesetzlichen Ermächtigung für Verwaltungshandeln zur vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit der Verwaltungsentscheidung führen muß und daß auch bei Annahme einer Beurteilungsermächti-

⁴¹ C.H. Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 309; ders., Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht, DVBl. 1973, S. 756/758; ders., Verwaltungsprozeßrecht, 8. Aufl., 1983, S. 7ff.

⁴² Siehe *Bachofs* Urteil in der Anmerkung zu BVerwG 16. 12. 1971, JZ 1972, S. 208.

gung eine gerichtliche Überprüfbarkeit der Verwaltungsentscheidung stattfindet, soweit die rechtlich faßbaren Maßstäbe reichen. Das Gericht könne dort, wo Maßstäbe rechtlicher Nachprüfbarkeit nicht bestehen oder das Verwaltungshandeln nicht abschließend determinieren, nicht in die hier der Exekutive zufallende Verantwortung für Einschätzung oder Gestaltung eintreten. Der unter diesen Voraussetzungen gegebene Spielraum für selbständige Beurteilung und eigenbestimmtes Verhalten der Verwaltung müsse besonders dort anerkannt werden, wo es auf die prognostische Abschätzung komplexer zukünftiger Entwicklungen ankomme. Der Spielraum bestehe nicht für die Auslegung des Rechts, sondern nur für die Rechtsanwendung im Einzelfall. Die Verschiedenheit von Ermessen und Rechtsanwendung wird nicht preisgegeben: „... das Ermessen tendiert zur Freiheit, die tatbestandliche Normierung dagegen – auch bei Verwendung unbestimmter Begriffe – zur Bindung. Das ist für Sinn und Zweck der gerichtlichen Überprüfung stets zu beachten“.⁴³

Für *Bachofs* Betrachtungsweise ist charakteristisch, daß in der Lehre vom Beurteilungsspielraum der Verwaltung die Maßgeblichkeit der je verschiedenartigen gesetzlichen Ermächtigung für das Verwaltungshandeln anerkannt, damit aber ein eigener dogmatischer Gedanken verbunden wird. Diese Methode ist einleuchtend. *Bachof* gesteht dem Gesetzgeber vor allem dort, wo es sich um Fragen politischer Beurteilung handelt, Freiheit zu und auch das Recht, dort der Verwaltung eine solche Freiheit einzuräumen. Innerhalb des durch die Verfassung gezogenen Rahmens unterfalle es durchaus der Entschließungsfreiheit des Gesetzgebers, ob und in welchem Umfange er die Verwaltung überhaupt zugunsten bestimmter Personen binden oder aber ihr Ermessensfreiheit einräumen oder wenigstens hinsichtlich der Voraussetzungen ihres Handelns einen gewissen (gerichtlich unüberprüfbaren) Beurteilungsspielraum zugestehen wolle. Für die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG als eine der verfassungsrechtlichen Grenzen derartiger gesetzlicher Gestaltungen wird hervorgehoben, daß eine der wesentlichsten Funktionen dieses Grundrechts es ist, daß Gefühl einer schutzlosen Auslieferung an die Allgewalt des modernen Staates auszuschließen. Hat jedoch der Gesetzgeber in Respektierung der verfassungsrechtlichen Anforderungen eine Regelung getroffen, muß das Gericht den Gesetzeswillen beachten, der eine selbständige

⁴³ *O. Bachof*, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 2. Aufl., 1964, S. 229 ff., 232; *ders.*, desgl. Bd. II, 1967, S. 255 ff., 262; *ders.*, VVDStRL 34, 1976, S. 278, 280. – Vgl. auch *Hans J. Wolff/O. Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, S. 191 f., wo *Hans J. Wolff* die „Einschätzungsprärogative“ der Verwaltung dem anderen Begriff des „Beurteilungsspielraums“ entgegensetzt.

Beurteilungs- und Entscheidungsbefugnis der Verwaltung geschaffen hat. Soweit demnach der Vollzug von Vorschriften mit unbestimmten Rechtsbegriffen in Rede steht, ist jeweils von Fall zu Fall bzw. von Norm zu Norm zu untersuchen, ob und ggf. in welchem Umfang ein unbestimmter Begriff der zur Entscheidung berufenen Behörde einen begrenzten Spielraum letztverantwortlicher und insoweit gerichtlich unüberprüfbarer Beurteilung der Sachverhaltsvoraussetzungen einräumt.⁴⁴

Die Rechtslage kann so gesehen werden, daß der Gesichtspunkt der Beurteilungsermächtigung „nichts anderes als eine rechtliche Chiffre für Maß und Umfang gerichtlicher Kontrolle im Bereich gesetzessvollziehender oder gesetzdirigierter Verwaltung“ ist, ein Kompetenzproblem also im Verhältnis von Exekutive und Gericht. Diese Kompetenzzuteilung trifft das Gesetz.⁴⁵ Sein Inhalt und seine Bedeutung sind jedoch je nach der Art der der Exekutive zugewiesenen Aufgabe und Entscheidungsvollmacht verschiedenartig. Art und Maß der gerichtlichen Kontrolle bestimmen sich so zwar nach den materiellrechtlichen Entscheidungsgrundlagen der Exekutive, müssen deshalb aber die Aufgabe der Verwaltung und ihre Entscheidungsverantwortung voraussetzen.

Wenn das Gesetz der Verwaltung für die Entscheidung des Einzelfalles Ermessen, Gestaltungsfreiheit oder einen Beurteilungsspielraum zuspricht, ist die damit gegebene selbständige Entscheidungsverantwortung der Verwaltung von Fall zu Fall wahrzunehmen. Eine Modifikation dieser Grundkonstellation zeigt sich in den Fallgruppen, wo das Gesetz die Exekutive zum Erlaß von Rechtsverordnungen oder von Verwaltungsvorschriften ermächtigt und damit eine vom Einzelfall gelöste und normativ zu bewältigende Entscheidungsbefugnis der Exekutive – und zwar in der Hand einer übergeordneten und politisch verantwortlichen Instanz – begründet. Hier verlagert sich die Frage einer selbständigen Beurteilungs- und Entscheidungsvollmacht der Verwaltung auf das Problem einer Bindung der Verwaltungsbehörde, die im Einzelfall zu entscheiden hat, und dann des Gerichts, das die Einzelfallentscheidung nachzuprüfen hat, an den Normativakt. Während für das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Rechtsverordnungen eine etablierte und

⁴⁴ O. Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Recht im öffentlichen Recht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 287/305; ders., Anmerkung (Anm. 51), S. 209; ders., Neue Tendenzen (Anm. 40), S. 642. – Daß Bachof – und ebenso das BVerwG – die Annahme eines Beurteilungsspielraums von der Auslegung des jeweils anzuwendenden Gesetzes abhängig macht, betont energisch H. Kellner, Neue Erkenntnisse zum sogenannten Beurteilungsspielraum? DÖV 1972, S. 801/803 ff., 807.

⁴⁵ F. Ossenbühl, Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung, DVBl. 1974, S. 309.

ausreichende Doktrin bereitzustehen scheint,⁴⁶ ist das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verwaltungsvorschriften, die nicht bloße Interpretations- und Ausführungsbestimmungen sind, ein allgemein als unsicher empfundenes Gebiet.⁴⁷ Auf diese Unsicherheit fällt ein Schlaglicht, wenn empfohlen wird: „Wir dienen dem Bedürfnis nach sachgerechten Lösungen, wenn wir die einzelnen Fragestellungen von entbehrlichen Steigerungen in das Grundsätzliche freihalten“.⁴⁸ Bei der Betrachtung der Gebundenheit und der selbständigen Entscheidungsfreiheit der Verwaltung ist nur der innere Zusammenhang zu verfolgen, der zwischen dem Problem der Verwaltungsvorschriften und dem Problem von Ermessen und Beurteilungsspielraum besteht. Allgemeine Verwaltungsvorschriften sind als normative Rechtsform des Verwaltungshandelns im Grundgesetz anerkannt (Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2, 86, 129 Abs. 1 GG), wie schon zuvor in der Weimarer Reichsverfassung (siehe deren Art. 77). Ihre Unterschiedenheit von den Rechtsverordnungen wird vorausgesetzt. Sie werden als Vorschriften verstanden, die die Einrichtungen des Staates und die Tätigkeit seiner Organe innerhalb der Schranken des geltenden Rechts regeln, sich aber – vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Anordnung – nur instruktionell an die Behörden und Beamten, nicht rechtssatzmäßig an die Bürger wenden.⁴⁹ Auch die heute vertretene Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts „über die überkommenen Grenzen hinaus“ erlaubt es, daß kraft Gesetzes Verwaltungsvorschriften verpflichtende Wirkung für die Verwaltung und berechtigende Wirkung für die Betroffenen haben und damit „Bestandteil der objektiven Rechtsordnung“ sind.⁵⁰ Die berechtigende und verpflichtende Kraft außerhalb des Rechtskreises der Exekutive kommt allerdings selbst in diesen Fällen einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung den Verwaltungsvorschriften nicht aus eigener Wirkung zu; darin liegt der wesentliche Unterschied zur Rechtsverordnung. Der allgemei-

⁴⁶ „Gestaltungsspielraum für den Normgeber“ bei der hochschulrechtlichen Festsetzung von Höchstzahlen (BVerwGE 56, 31/42, 47 ff.; siehe auch BVerwGE 60, 25/44 ff.), „gesetzlich eingeräumte Beurteilungsermächtigung“ bei der prüfungsrechtlichen Regelung der Notenbildung (BVerwGE 57, 130/137 f.).

⁴⁷ Siehe nur *H. H. Rupp*, Die „Verwaltungsvorschriften“ im grundgesetzlichen Normensystem. Zum Wandel einer verfassungsrechtlichen Institution, JuS 1975, S. 609; *H.-H. Scheffler*, Wachsende Bedeutung der Verwaltungsvorschriften, DÖV 1980, S. 236; *F. Ossenbühl*, Die Quellen des Verwaltungsrechts, in: *H.-U. Erichsen/W. Martens*, Allgem. Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1981, S. 55/78 ff.

⁴⁸ *F. Weyreuther*, Über die Rechtsnatur und die Rechtswirkung von Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1976, S. 853/856.

⁴⁹ *G. Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl., 1933, Art. 77, Anm. 1 und 2; *H. von Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, 1953, Art. 80, Anm. 2, Art. 84, Anm. 3.

⁵⁰ BVerfGE 40, 237/249 f., 255 – „Vorschaltverfahren“ nach § 24 Abs. 2 EGGVG.

ne Gleichheitssatz und, sofern vorhanden, das einschlägige Gesetz bestimmen den Grund und die Reichweite der Bindungswirkung einer Verwaltungsvorschrift; sie geben damit auch den Maßstab dafür ab, ob der Regelungsgehalt einer Verwaltungsvorschrift vom Gericht zu beachten ist.⁵¹ Regeln Verwaltungsvorschriften eine Verwaltungstätigkeit, für die der Behörde Ermessen, Gestaltungsfreiheit oder sonst eine selbständige Entscheidungs- oder Beurteilungsbefugnis zukommt, haben sie eine „anspruchsbegründende Außenwirkung“ nur kraft des Gleichheitssatzes, des Vertrauensschutzprinzips und, soweit vorhanden, eines entsprechenden Gesetzes,⁵² und nur, soweit eine individualisierende Schutzwirkung besteht.⁵³

Die Befugnis zum Erlaß von Verwaltungsvorschriften ist der Exekutivgewalt inhärent, soweit ihre Organisations- und Geschäftsleitungsgewalt jeweils reicht. Die maßstabsetzende Bedeutung des allgemeinen Gleichheitssatzes für die mittelbare Bindungs- und Berechtigungswirkung der Verwaltungsvorschriften erklärt sich daraus, daß mit der Verwaltungsvorschrift eine einheitliche Handhabung der vom Gesetz eingeräumten selbständigen Entscheidungsbefugnis der Verwaltung in einer Vielzahl von Fällen zur Wahrung des Gleichbehandlungsgebots gewährleistet werden soll. Für den betroffenen Dritten erlangen die Inhalte der Verwaltungsvorschrift erst als „Prüfungs- und Vergleichsmaßstab zur Ausfüllung ihres Anspruchs auf Gleichbehandlung“ rechtliche Bedeutung.⁵⁴ Im Bereich selbständiger Beurteilungs- und Entscheidungsbefugnis der Exekutive kann auf diesem Wege somit eine typisierende Verstetigung des Gesetzesvollzugs⁵⁵ und eine Stütze für die Gleichbehandlung der Betroffenen erreicht werden. Nicht kann jedoch für den Regelungsbereich der Verwaltungsvorschrift eine Absorption der gesetzlich gegebenen Beurteilungs- oder Entscheidungsfreiheit der Behörde mit der Konsequenz bewirkt werden, daß nunmehr der Einzelfall allein nach der Verwaltungsvorschrift zu beurteilen oder zu entscheiden wäre. Die rechtliche

⁵¹ BVerwG DVBl. 1979, S. 881; BVerwG DÖV 1981, S. 221; Bayer. VerFGH Entsch. vom 4. 8. 1982 – Vf. 24-VII-80. – Die Allgem. Verwaltungsvorschrift zu § 15 b StVZO hat deshalb keine rechtliche Bedeutung für die Beurteilung der Eignung eines Kraftfahrers; sie kann lediglich Anhaltspunkte geben (BVerwGE 51, 359/376).

⁵² BVerwGE 34, 278; 35, 159; *F. Ossenbühl*, Zur Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften, in: Festgabe für das Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 433.

⁵³ BVerwGE 45, 197/199; BVerwG Buchholz 237.0 § 50 LBG Baden-Württemberg Nr. 1 S. 4.

⁵⁴ BVerwG ZBR 1980 S. 24 – Ermessensrichtlinien im Beamtenrecht; BVerwG DVBl. 1982, S. 195 – Verwaltungsvorschriften über die Bewertung mündlicher Prüfungsleistungen; *W. Krebs*, Zur Rechtsetzung der Exekutive durch Verwaltungsvorschriften, *VerwArch* 1979, S. 259/270.

⁵⁵ BVerwGE 41, 1/9 – Allgemeine Richtlinien der Deutschen Bundesbank betr. den Vollzug des § 3 Satz 2 WährG.

Die Erheblichkeit der Verwaltungsvorschriften, die eine gesetzliche Ermächtigung für Ermessen oder Gestaltungsfreiheit oder eine gesetzliche Beurteilungsrichtlinie spezifizieren und damit der Gleichmäßigkeit und Berechenbarkeit der Verwaltung, im Falle der technischen Verwaltungsvorschriften auch qualifiziert der Sachgerechtigkeit der Rechtsanwendung dienen, ist dennoch für die Exekutive förderlich und für die gerichtliche Kontrolle von beachtlichem Gewicht.