



W. Wushen

Gedächtnisschrift für  
WOLFGANG MARTENS

herausgegeben

von

Peter Selmer und Ingo von Münch



1987

Walter de Gruyter · Berlin · New York

**Universitäts-  
Bibliothek  
München**

Gedruckt auf säurefreiem Papier  
(alterungsbeständig – pH 7, neutral)

*CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek*

**Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens / hrsg.**  
von Peter Selmer u. Ingo von Münch. – Berlin ;  
New York : de Gruyter, 1987.  
ISBN 3-11-011107-1

NE: Selmer, Peter [Hrsg.]

©

Copyright 1987 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

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

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, 1000 Berlin 36

Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, 1000 Berlin 61

# Inhalt

Vorwort .....	V
---------------	---

## Geleitworte

GERHARD FEZER, Hamburg: Wolfgang Martens zum Gedächtnis. – Rede, gehalten auf der akademischen Trauerfeier am 13. November 1985 .....	1
HANS-UWE ERICHSEN, Münster: Wolfgang Martens zum Gedächtnis. – Rede, gehalten auf der akademischen Trauerfeier am 13. November 1985 .....	5
CHRISTOPH BUSHART, Hamburg: Praktizierte Humanität. — Rede, gehalten auf der akademischen Trauerfeier am 13. November 1985 .....	19

## Deutsches Staatsrecht

PETER BADURA, München: Das normative Ermessen beim Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen .....	25
KARL AUGUST BETTERMANN, Hamburg: Bemerkungen zum parlamentarischen Regierungssystem Hamburgs nach der Verfassung von 1952 .....	39
CARSTEN BRODERSEN, Hamburg: Bundesstaatliche Probleme des Art. 80 I GG .....	57
PETER HÄBERLE, Bayreuth/St. Gallen: Utopien als Literaturgattung des Verfassungsstaates .....	73
GERHARD HOFFMANN, Marburg/Lahn: Die „kleine Einbürgerung“. – Eine staatsrechtliche Möglichkeit zur Integration ausländischer Mitbewohner in der Bundesrepublik Deutschland .....	85
HANS PETER IPSEN, Hamburg: Hamburgs Verfassungsentwicklung im Jahrhundert seiner Juristengesellschaft 1886–1985 .....	111

ULRICH KARPEN, Hamburg: Verfassungsgeschichtliche Entwicklung des Gesetzesbegriffs in Deutschland . . . . .	137
JÖRG LÜCKE, Hamburg: Umweltschutz und Verfassung in der DDR. – Zugleich ein Beitrag zur Diskussion über die Verankerung des Umweltschutzes im Grundgesetz . . . . .	153
FRITZ OSSENBÜHL, Bonn: Rechtsschutz im parlamentarischen Untersuchungsverfahren . . . . .	177
WALTER RUDOLF, Mainz: Meinungs- und Pressefreiheit in der „verwaltungsrechtlichen Sonderverbindung“ der Soldaten, Beamten und Richter . . . . .	199
WOLFGANG RÜFNER, Köln: Drittwirkung der Grundrechte. – Versuch einer Bilanz . . . . .	215
EBERHARD SCHMIDHÄUSER, Hamburg: Strafgesetzliche Bestimmtheit: Eine rechtsstaatliche Utopie . . . . .	231
EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, Heidelberg: Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung . . . . .	249
KLAUS VOGEL, München: Das ungeschriebene Finanzrecht des Grundgesetzes . . . . .	265

### Deutsches Verwaltungsrecht

JAN ALBERS, Hamburg: Prozeßkostenhilfe als Sozialhilfe . . . . .	283
HARALD BOGS, Göttingen: Sozialrechtsprechungs-Anpassung. – (Unechte) Anpassung von Sozialleistungsbescheiden an nachträglich abweichende revisionsgerichtliche Rechtsprechung (§ 48 Abs. 2 SGB X) und die allgemeinen Grundsätze der Bestandskraft . . . . .	297
RÜDIGER BREUER, Trier: Umweltschutz und Gefahrenabwehr bei Anscheins- und Verdachtslagen . . . . .	317
CARL-EUGEN EBERLE, Hamburg: Zum Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Informationen im Verwaltungsverfahren . . . . .	351

DIETHER HAAS, Hamburg: Aufgabenplanung – Stadtentwicklungsplanung. – Versuch eines Rückblicks am Beispiel Hamburgs .....	369
PETER IPSEN, Hamburg: Arbeitsförderung für Sozialhilfe-Empfänger. – Rechtsfragen zu einem Hamburger Modell .....	393
HELMUT QUARITSCH, Speyer: Der Verzicht im Verwaltungsrecht und auf Grundrechte .....	407
JÜRGEN SCHWABE, Hamburg: Fürmöglichalten und irrige Annahme von Tatbestandsmerkmalen bei Eingriffsgesetzen .....	419
GUNTHER SCHWERDTFEGER, Berlin: „Leichtigkeit des Verkehrs“ als Grenze der Demonstrationsfreiheit ....	445
OTFRIED SEEWALD, Passau: Baurecht und Immissionsschutz .....	461
PETER SELMER, Hamburg: Gedanken zur polizeirechtlichen Verhaltensverantwortlichkeit. – Zugleich ein Beitrag zur angeblichen Dichotomie Störer/Nichtstörer .....	483
WALTER STIEBELER, Hamburg: Probleme der Organtransplantation in Hamburg .....	505
WERNER THIEME, Hamburg: Ambulanter Handel und Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen .....	517
ALBRECHT ZEUNER, Hamburg: Rechtsschutz des Arbeitgebers gegenüber den Folgen einer Kurbewilligung im Sinne von § 7 LohnFG. – Gedanken zum Verwaltungsakt mit Drittwirkung .....	529

### Wirtschaftsrecht

JÜRGEN F. BAUR, Hamburg: Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichem Rechtsschutz gegenüber Immissionen aus der Sicht eines Zivilisten .....	545
HELMUT GOERLICH, Hamburg: Zwangsvollstreckung und Kirchengut. – Zugleich zu kirchlichem Auftrag, öffentlichen Aufgaben und öffentlichem Interesse .....	559

GÜNTER HOOG, Hamburg: Die Bürgerschaft und die Tarife der Versorgungsunternehmen . . . . .	579
PHILIP KUNIG, Heidelberg: „Dritte“ und Nachbarn im Immissionsschutzrecht . . . . .	599
GÖTZ LANDWEHR, Hamburg: Prinzipien der gemeinschaftlichen Kosten- und Schadenstragung im Seerecht und außergewöhnliche Formen der Haverei im 18. Jahrhundert . . .	619
KLAUS-PETER MARTENS, Hamburg: Kompetenzrechtliche Probleme des Gesamthafenbetriebs . . . . .	637
GERT NICOLAYSEN, Hamburg: Keine Staatshaftung für die Bankenaufsicht? – Eine Korrektur der Rechtsprechung durch den Gesetzgeber . . . . .	663
FRANZ RULAND, Frankfurt: Recht auf Arbeit – Recht auf Arbeitslosenunterstützung . . . . .	679
KARSTEN SCHMIDT, Hamburg: Zustandshaftung im Konkurs einer Handelsgesellschaft. – Ordnungsrecht unter der Herrschaft der Insolvenzrechtsdoktrin? . . . . .	699
HANS HERMANN SEILER, Hamburg: Über verbotswidrige Rechtsgeschäfte (§ 134 BGB). – Eine Bestandsaufnahme . . . . .	719
ROLF STÖDTER, Hamburg: Stadt und Bürger . . . . .	733

### Internationales Recht

HERBERT BERNSTEIN, Hamburg: Verfassungsschranken der Personal Jurisdiction in den USA. – Eine Studie aus Anlaß des Asahi-Falles . . . . .	751
BRUN-OTTO BRYDE, München: Völker- und Europarecht als Alibi für Umweltschutzdefizite? . . . . .	769
OTTO KIMMINICH, Regensburg: Die Armenier in der Geschichte des internationalen Flüchtlingsrechts . . .	789
RAINER LAGONI, Hamburg: Seerechtswissenschaft . . . . .	703

JÜRGEN SCHWARZE, Hamburg: Subventionen im gemeinsamen Markt und der Rechtsschutz des Konkurrenten. – Grundzüge und neuere Entwicklungen .....	819
KARL-HEINZ ZIEGLER, Hamburg: Hugo Grotius als ‚Vater des Völkerrechts‘ .....	851

### Juristenausbildung

HANS-JOACHIM KURLAND, Hamburg: Die Bedeutung einer staatlichen Prüfungsordnung für Studium, Lehre und Prüfung – dargestellt mit Blick auf Einzelfragen der hamburgischen Juristenausbildungsordnung .....	861
HELMUT PLAMBECK, Hamburg: Hamburger Juristenausbildung zwischen gestern und morgen .....	887
Bibliographie Wolfgang Martens .....	903
Verzeichnis der Autoren .....	907

# Deutsches Staatsrecht

# Das normative Ermessen beim Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen

PETER BADURA

## 1. Das Gesetz und die abgeleitete Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive

Die Verfassung bestimmt durch das Gewaltenteilungsprinzip und den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, ob und in welchem Maße der Exekutive selbständige Entscheidungsbefugnisse bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zukommen dürfen. Das Gesetz hat die rechtsstaatlichen und demokratischen Anforderungen an die Verwaltungstätigkeit zu gewährleisten, für die zur Regelung eines Einzelfalles zu treffenden Entscheidungen ebenso wie für die abgeleitete Rechtsetzung der Exekutive<sup>1</sup>. Freiheit und Gebundenheit der Exekutive als Ordnungsgeber und als Satzungsgeber, Art und Maß ihres normativen Ermessens und Reichweite der gerichtlichen Prüfungsbefugnis gegenüber der administrativen Rechtsetzung sind zuerst vom Gesetz abhängig, das die rechtsetzende Exekutive mit Ermächtigungen versieht und rechtlich bindet<sup>2</sup>.

Die gesetzliche Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen weist der Exekutive zur Regelung eines bestimmten Sachbereichs eine inhaltlich beschränkte, aber eine selbständige Regelungs- und Gestaltungsvollmacht einschließende Rechtsetzungsbefugnis

<sup>1</sup> M. Zuleeg, Die Ermessensfreiheit des Ordnungsgebers, DVBl. 1970, 157; D. Wilke, Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnungen, AöR 98, 1973, S. 196; P. Kirchhof, Rechtsquellen und Grundgesetz, in: Festgabe für das Bundesverfassungsgericht, 1976, 2. Bd., S. 50; K.-U. Meyn, Autonome Satzung und demokratische Legitimation, DVBl. 1977, 593; M. Lepa, Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnung, AöR 105, 1980, S. 337; F. Ossenbühl, Richterliches Prüfungsrecht und Rechtsverordnungen, in: Festschrift für Hans Huber, 1981, S. 283; ders., Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen, NJW 1986, 2805; ders., Die Quellen des Verwaltungsrechts, in: H.-U. Erichsen / W. Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1986, S. 59/78 ff; E. Schmidt-Aßmann, Die kommunale Rechtsetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen, 1981; H. Spanner, Grenzen des Rechts zum Erlaß von Verordnungen und Satzungen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BayVBl. 1986, 225; P. Badura, Rechtsetzung durch Gemeinden, DÖV 1963, 561.

<sup>2</sup> F. Ossenbühl, Prüfungsrecht aaO, S. 292 ff; G. Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaats, 1973, S. 275; P. Badura, Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes, in: Festschrift für Otto Bachof, 1984, S. 169/169 ff.

zu. Die Delegation von Verordnungsgewalt und die Zuweisung von Satzungsautonomie zeigen eine Verschiedenartigkeit, auf die noch einzugehen sein wird. In beiden Formen ist jedoch die gesetzliche Begründung abgeleiteter Rechtsetzungsbefugnisse der Exekutive wesensnotwendig mit der Einräumung normativen Ermessens verbunden<sup>3</sup>. Der staatsrechtliche Sinn der delegierten oder autonomen Rechtsetzung liegt gerade darin, unter Wahrung der rechtsstaatlichen und demokratischen Garantiefunktion des Gesetzes die der Exekutive eigentümliche Leistungsfähigkeit und deren spezielleren Sachverstand für die Erledigung einer Regelungsaufgabe dienstbar zu machen. Die Rechtsform normativer Regelung gewährleistet überdies einen sachgerechten und die Gleichbehandlung sichernden Gesetzesvollzug<sup>4</sup>. Die Bindung der vollziehenden Gewalt an „Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 3 GG) meint – als richtig verstandener Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – die Bindung an das in die Rechtsordnung und die Rechtsentwicklung eingebettete und im Wege wissenschaftlich durchdachter Auslegung verstandene Gesetz<sup>5</sup>.

Das Gesetz, das eine Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive begründet, fügt diese hoheitliche Regelungsgewalt in den verfassungsrechtlich definierten Handlungskreis der vollziehenden Gewalt ein. Die Verfassung hat die Exekutive als „verfassungsunmittelbare Institution und Funktion“ geschaffen und – auf der Grundlage des Gewaltenteilungsprinzips und des Grundsatzes der parlamentarischen Verantwortung der Regierung – einen „Kernbereich exekutivischer Eigenverantwortung“ anerkannt und garantiert<sup>6</sup>. Da die Rechtsetzung in Gestalt der gesetzgebenden Gewalt der parlamentarischen Volksvertretung vorbehalten ist, kann es eine originäre Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive im Sinne eines mitgesetzten Bestandteils der verfassungsunmittelbar bestehenden vollziehenden Gewalt im demokratischen Verfassungsstaat des Grundgesetzes nicht geben. Die demnach notwendig „abgeleitete“ Rechtsetzung der Exekutive kann sich nur in einem beschränkten vom Gesetzgeber vorgezeichneten Rahmen vollziehen. Soweit der Exekutive die Befugnis zur Normsetzung übertragen ist, muß sich der Inhalt der

<sup>3</sup> E. Schmidt-Aßmann, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 19 Abs. IV (1985), Rdn. 217.

<sup>4</sup> W.-R. Schenke, in: *BonnKomm.*, Art. 19 Abs. 4 (1982), Rdn. 379, 381; E. Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. IV aaO, Rdn. 205.

<sup>5</sup> Für das konstitutionelle Staatsrecht: G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887; G. Anschütz, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Ordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht*, 1900; R. Thoma, *Der Polizeibefehl im Badischen Recht*, 1906, S. 325 ff; W. Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, 1913.

<sup>6</sup> BVerfGE 49, 89/124 ff; 67, 100/139; 68, 1/87.

abgeleiteten Verwaltungsnorm an dem Willen des Gesetzgebers orientieren und auch orientieren können<sup>7</sup>. Die Bindung der Exekutive an das Gesetz, insbesondere die Bindung des Verordnunggebers an Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung, schließt nicht aus, daß dem Normgeber ein gewisser Spielraum normativer Beurteilung und Gestaltung verbleibt<sup>8</sup>. Das Gesetz kann dem Verordnunggeber einen „politischen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum“ einräumen, „innerhalb dessen nicht die Gerichte ihr – auf Rechtserkenntnis beschränktes – Urteil an die Stelle der politischen oder wirtschaftlichen Wertungen und Entscheidungen des Verordnunggebers setzen dürfen. Die Gerichte können insoweit nur prüfen, ob die getroffene Maßnahme den Rahmen der Zweckbindung der gesetzlichen Ermächtigung überschreitet, ob sie etwa schlechterdings ungeeignet ist, diesen Zweck zu erreichen, oder ob sie unverhältnismäßig ist“<sup>9</sup>. Was für die Delegation von Verordnungsgewalt gilt, gilt nicht weniger für die Einräumung von Satzungsautonomie, vorbehaltlich der gesetzlich zu sichernden Kautelen gegen einen Fehlgebrauch der Autonomie durch die Selbstverwaltungsorgane. Wie weit der dem normativen Ermessen zugestandene Spielraum der Beurteilung und Gestaltung der Exekutive reicht, ist eine durch Auslegung der gesetzlichen Ermächtigung zu beantwortende Rechtsfrage; das Gewaltenteilungsprinzip und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sind allgemeine Leitlinien für die zu suchende Antwort (Art. 20 Abs. 3 GG).

## 2. *Verordnunggebung kraft Delegation und Satzungsgebung kraft Autonomie*

Die Rechtsverordnung ist ein in die Hand der Exekutive gelegtes Werkzeug für die nähere Regelung spezieller, technisch bestimmter und entwicklungs- oder situationsabhängiger Gegenstände. Die verfassungsrechtlich gebotene Bestimmtheit des zur Verordnunggebung ermächtigenden Gesetzes stellt sicher, daß die wesentlichen Entscheidungen, das „Programm“ möglicher Rechtsetzung durch die Exekutive, der gesetzgebenden Gewalt vorbehalten bleiben. Die Delegation gewährleistet den sachlichen Zusammenhang der auf das maßstabgebende Gesetz und die das Gesetz ausführende Rechtsverordnung verteilten Regelung des Sachgebiets. Die parlamentarische Volksvertretung und die jeweils berufene Stelle der Exekutive, ggf. auch eine kommunale Gebietskörperschaft

<sup>7</sup> BVerfGE 34, 52/59 f, für die Verordnunggebung.

<sup>8</sup> BVerfGE 38, 348/363; 53, 135/145.

<sup>9</sup> BVerfGE 45, 142/162 f, für das Merkmal der Erforderlichkeit einer getreidemarktordnungsrechtlichen Verordnung auf Grund des § 7 Nr. 2 DurchfG-EWG-Getreide.

sind an der Normgebung mit den ihnen typischerweise eigenen Entscheidungsfähigkeiten und Legitimationsgründen beteiligt.

Die Verordnungsgebung kraft Delegation bleibt im Rahmen und Verantwortungsbereich der dem Staat zustehenden Aufgabenerfüllung durch Rechtsetzung, die Satzungsgebung kraft Autonomie dagegen basiert auf der – gesetzlich geordneten – politischen Idee der Selbstverwaltung<sup>10</sup>. Die Autonomie ist damit zwar weder eine „originäre“ noch eine „unabhängige“ Rechtsquelle, dennoch aber eine im Grundzug auf eigenverantwortlicher Regelung eigener Angelegenheiten der Betroffenen beruhende Rechtsetzungsgewalt. Sie ist organisatorisch und funktional der Exekutive zuzurechnen, zeigt aber ein Element selbständiger und nicht staatsabhängiger politischer Entscheidungsfähigkeit<sup>11</sup>. Diese der Autonomie eingestiftete politische Gestaltungsfreiheit, die das normative Ermessen des Satzungsgebers prägt, kann „demokratisch“ genannt werden<sup>12</sup>, wenn bedacht wird, daß mit diesem Prädikat hier nicht auf die etatistisch ausgeformte Mehrheitsdemokratie der Verfassung, sondern auf das genossenschaftliche und zur Mehrheitsdemokratie unter Umständen in Spannung tretende Lebensprinzip der Selbstverwaltung verwiesen wird. Die Bedeutung dieses Prinzips ist allerdings gerade bei den für die autonome Satzung charakteristischen kommunalen Gebietskörperschaften mit deren fortschreitender Perfektionierung als Leistungsträger der sozialstaatlichen Verwaltung ganz in den Hintergrund gedrängt und bei anderen Selbstverwaltungskörperschaften vielfach vom Interessenstandpunkt des verbändestaatlichen Verteilungskampfes überformt.

Die Abgrenzung und Zuordnung der im öffentlichen Interesse zu erfüllenden Verwaltungsaufgaben zur staatlichen oder im übertragenen Wirkungskreis einer Selbstverwaltungskörperschaft liegenden Erledigung oder zum Kreis der Selbstverwaltungsangelegenheiten ist im Überschneidungsbereich zwischen den notwendig staatlichen Aufgaben und einem Kernbereich der jeweiligen Selbstverwaltung eine Sache der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Demgemäß kann in gewissem Umfang von einer „Austauschbarkeit“ der Rechtsformen gesprochen werden<sup>13</sup>. Beispielsweise sieht das neuere Gemeinderecht im Falle der Begründung eines Anschluß- und Benutzungszwangs den Schwerpunkt

<sup>10</sup> *F. Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S. 78, 80; *P. Badura*, Rechtsetzung aaO, S. 562 ff; *F. Ossenbühl*, Quellen aaO, S. 100 f.

<sup>11</sup> *P. Kirchhof*, Rechtsquellen aaO, S. 85 f; *E. Schmidt-Aßmann*, Kommunale Rechtsetzung aaO, S. 11 f; *H.-J. Papier*, Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte, DÖV 1986, 621/628.

<sup>12</sup> *K.-U. Meyn* aaO, S. 598 ff.

<sup>13</sup> Vgl. *E. Schmidt-Aßmann* aaO, S. 26 ff.

in der kommunalen Daseinsvorsorge und nicht in den polizeilichen Erfordernissen der Volksgesundheit, so daß die Anordnung im Wege der Satzung erfolgt<sup>14</sup>. Hingegen findet sich für die Überwälzung der gemeindlichen Pflichten zur polizeimäßigen Reinigung und zum Winterdienst (siehe § 3 Abs. 3 Satz 2 BFStrG) auf die Anlieger die Regelungsform der Rechtsverordnung (Art. 51 Abs. 4 und 5 BayStrWG). Örtliche Bauvorschriften, für die bis vor kurzem Rechtsverordnungen vorgesehen waren – wenn auch mit der alternativen Möglichkeit der Aufnahme in einen Bebauungsplan (§ 9 Abs. 4 BauGB) –, können nach Landesbaurecht auch der gemeindlichen Satzungsautonomie zugewiesen werden (so Art. 91 BayBauO).

### 3. Gestaltungsfreiheit und Ermessen

Die Auseinandersetzung der politischen Kräfte über die Macht im Staat und über die Aufgaben des Gemeinwesens gelangt, soweit sie sich auf den Inhalt der Rechtsordnung richtet, in der rechtsstaatlichen Demokratie für bestimmte Interessen und Gegenstände im Gesetz zu einer für jedermann verbindlichen Entscheidung. Der verfassungsrechtlich institutionalisierte Wille der in der parlamentarischen Volksvertretung wirksamen politischen Kräfte und – im Bundesstaat des Grundgesetzes – der föderativ im Bundesrat sich artikulierende Wille der für die Regierung in den Ländern verantwortlichen Kräfte legitimieren die durch das Gesetz getroffene Regelung. Der politischen und rechtlichen Schlüsselstellung des Gesetzes im demokratischen Verfassungsstaat entspricht die Formel von der „politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers“, die im Hinblick auf das Maß der verfassungsrechtlichen Gebundenheit der Legislative und die Grenze der verfassungsgerichtlichen Prüfung des Gesetzes gebildet wurde. Die Verschiedenartigkeit der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und des Ermessens der Exekutive, einschließlich des normativen Ermessens des Verordnung- und Satzungsgebers, ist demgemäß aus den Grundlagen der Verfassungsordnung abzuleiten<sup>15</sup>.

*Wolfgang Martens* hat die dem Gesetzgeber bei der abwägenden und ausgleichenden Verwirklichung des öffentlichen Interesses im Grundrechtsbereich zukommende Gestaltungsbefugnis „legislatorische Qualifikationskompetenz“ genannt<sup>16</sup>. Das Grundgesetz räumt dem Gesetzge-

<sup>14</sup> Nach preußischem Recht wurde der Benutzungszwang bei öffentlichen Anstalten der Gemeinden durch Polizeiverordnung eingeführt; siehe *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, 1928, S. 495.

<sup>15</sup> *F. Ossenbühl*, Richterliches Prüfungsrecht aaO, S. 287; *P. Badura*, Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Festschrift für den BayVerfGH, 1972, S. 157/162 f.

<sup>16</sup> *W. Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 186 ff.

ber „prinzipielle Gestaltungsfreiheit in der Setzung und Verwirklichung seiner politischen Ziele“ ein. Dies schließt das Recht des Gesetzgebers ein, bestimmte wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitische Vorstellungen oder Ziele in den Rang gemeinschaftswichtiger öffentlicher Interessen zu erheben<sup>17</sup>. Das Gesetz ist der Ausdruck des allgemeinen Willens; es definiert das öffentliche Interesse.

Die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts für eine Reihe von Regelungsaufgaben besonders betont worden, so für die Wirtschaftspolitik, für die Leistungsverwaltung und für die Ausgestaltung der Rundfunkordnung. Sie besteht auch für die Art und Weise der organisatorischen Bewältigung öffentlicher Aufgaben. So ist es eine Sache des gesetzgeberischen Ermessens zu entscheiden, welche als legitim anzuerkennende öffentliche Aufgaben der Staat nicht durch seine Behörden, sondern durch eigens gegründete öffentlich-rechtliche Anstalten oder Körperschaften erfüllt; ob die Wahl der Organisationsform zweckmäßig oder notwendig war, ist vom Bundesverfassungsgericht nicht zu prüfen<sup>18</sup>. Die Zuerkennung des grundsätzlich weiten Spielraums des Gesetzgebers für die gestaltende und ordnende Verwirklichung der Staatsaufgaben im Unterschied zu der engeren Gebundenheit des Verordnunggebers zeigt ihre Bedeutung bei der Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Der Gestaltungsspielraum des Verordnunggebers ist von vornherein in die Grenzen der gesetzlichen Ermächtigung gewiesen und den damit vorgegebenen Festlegungen und Direktiven unterworfen. Die rechtsetzende Exekutive kann die Ziele des Gemeinwohls nicht frei wählen und bewerten; sie empfängt das Maß der Sachgerechtigkeit ihrer Entscheidung vom Gesetzgeber<sup>19</sup>.

Ermessen ist die aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes bestehende Befugnis der Exekutive zu selbständiger Abwägung und Entscheidung. Nach der überkommenden Ordnung der verwaltungsrechtlichen Systembegriffe<sup>20</sup> ist Ermessen ein gesetzlich begründeter Handlungsspielraum der Verwaltung: die Verwaltung ist hier ermächtigt, in einem bestimmten Rahmen nach Zweckmäßigkeit – wenn auch „pflichtgemäß“, ohne Willkür – zu handeln. Wird jedoch das Vorhandensein einer gesetzlich begründeten und von der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle

<sup>17</sup> W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 186 (unter Bezugnahme auf BVerfGE 13, 97/107 und 14, 263/282); übereinstimmend ders., Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S. 7/17.

<sup>18</sup> BVerfGE 10, 89/102 ff; BayVerfG NVwZ 1984, 89.

<sup>19</sup> BVerfGE 13, 248/253, 256; 16, 332/339; BVerwGE 26, 305/313; VerfGH RhPfalz DVBl. 1969, 799/801.

<sup>20</sup> Vgl. etwa W. Martens, in: Erichsen/Martens (Hrsg.), Allgem. Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1986, § 12. II. 2.

zu respektierenden selbständigen Beurteilungs- und Entscheidungsbefugnis der Verwaltung zum leitenden Systembegriff erhoben<sup>21</sup>, wird das Ermessen zu einem abgeleiteten Begriff. Die Ermessensermächtigung findet neben sich gesetzliche Ermächtigungen (1) für einen „Beurteilungsspielraum“ der Verwaltung bei der Rechtsanwendung, (2) für die Ausübung „planerischer Gestaltungsfreiheit“ bei der raumbezogenen Planung und bei anderen komplexen und zukunftsbezogenen Organisations- und Gestaltungsentscheidungen, (3) für eine selbständige „Normkonkretisierungsbefugnis“ der Verwaltung bei wissenschaftlich-technischen Bewertungen von Risiken und Auswirkungen im Rahmen der Zulassung und Beaufsichtigung von Anlagen und Tätigkeiten und bei hochschulpolitischen Beurteilungen im Kapazitätsrecht.

Das Gewaltenteilungsprinzip, das parlamentarische Regierungssystem und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung legen für die Aufgabe und die Handlungsmöglichkeiten der Exekutive ein Grundmuster fest. Dennoch ist es notwendig, die Verschiedenartigkeit der staatsleitenden Aufgaben und Verwaltungszwecke, der durch Gesetz geregelten Sachziele der Exekutive und der Rechtsformen des Verwaltungshandelns nicht beiseite zu setzen. Das normative Ermessen und das im Einzelfall auszuübende Ermessen lassen sich nicht im Grundsätzlichen<sup>22</sup>, sondern nur in den Fällen durch eine gemeinsame Betrachtung erfassen, wo ungeachtet der Konkretheit der Entscheidungsaufgabe im Wege normativer Regelung gehandelt wird, wie bei „Maßnahme-Verordnungen“<sup>23</sup> oder bei den kommunalen Bebauungsplänen<sup>24</sup>.

#### 4. Planerische Gestaltungsfreiheit

Das „Planungsermessen“ ist eine besonders eingehend durchdachte und in der Rechtsprechung des 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts zu einem eigenen Rechtsinstitut ausgebildete Erscheinungsform des Verwaltungsermessens<sup>25</sup>. Planungsermessen ist die den Planungsentscheidungen der Verwaltung notwendig innewohnende planerische Gestaltungsfreiheit, die entsprechend der gesetzlichen Rechtsgrundlage

<sup>21</sup> E. Schmidt-Aßmann, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 19 Abs. IV (1985), Rdn. 180 ff, bildet auf der Grundlage der von ihm unter Berufung auf BVerfGE 61, 82/111 so genannten „normativen Ermächtigungslehre“ verschiedene Fallgruppen administrativer Letztentscheidungsermächtigungen, in die auch das überkommene Verwaltungsermessen eingeschlossen wird.

<sup>22</sup> F. Ossenbühl, Fehlerlehre aaO, S. 2809; anders M. Zuleeg aaO.

<sup>23</sup> F. Ossenbühl, Richterliches Prüfungsrecht aaO, S. 289.

<sup>24</sup> Siehe E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl., 1973, S. 309 ff.

<sup>25</sup> Kommunale Bauleitplanung: BVerwGE 34, 301; 45, 309; raumbezogene Fachplanungen: BVerwGE 48, 56; 56, 110; 71, 150; 71, 166; BVerwG DVBl. 1986, 416. – Siehe auch BVerwG DVBl. 1986, 55 (Krankenhausbedarfsplanung).

durch die jeweilige Planungsaufgabe und die einschlägigen Planungsgrundsätze sowie durch die allgemeinen Grundsätze des rechtsstaatlichen Planungsrechts, insbesondere das Abwägungsgebot, gebunden ist. Die Lehre vom Planungsermessen gilt für Planungsentscheidungen, die Rechte einzelner durch eine verbindliche Regelung berühren können, sei es durch Verwaltungsakt (insbesondere Planfeststellungsbeschluß des Fachplanungsrechts), sei es durch normativen Planungsakt (insbesondere durch Satzung festgesetzter Bebauungsplan und durch Rechtsverordnung aufgestellte Ziele der Raumordnung und Landesplanung)<sup>26</sup>.

Die planerische Gestaltungsfreiheit als Kennzeichen des Verwaltungsermessens bei der raumbezogenen Planung bewahrt ihre Eigenart auch dort, wo sie als Element normativen Ermessens in Erscheinung tritt. Die Rechtsform eines Planes als Norm oder Verwaltungsakt hat bei der parzellenscharfen Planung durch Bebauungsplan oder Planfeststellungsbeschluß keine Verschiedenartigkeit des Planungsermessens zur Folge. Dementsprechend unterscheidet das Bundesverwaltungsgericht<sup>27</sup> das Regelungsermessen des kapazitätsrechtlichen Verordnunggebers von der planerischen Abwägung bei der baurechtlichen Planung und stellt entscheidend darauf ab, daß die Regelungen eines Bebauungsplans – ungeachtet der Möglichkeit gewisser Abstraktion oder Verallgemeinerung – darauf gerichtet seien, konkret-individuelle Verhältnisse zu ordnen. Die planerische Abwägung zielt darauf ab, über das Verhältnis konkurrierender Einzelinteressen einmalig und abschließend zu befinden und sei deshalb stärker der durch die Rechtsprechung zu wahrenden Einzelfallgerechtigkeit verpflichtet als andere normative Regelungen. Die Quintessenz dieser Abgrenzung ist die These, daß der Konkretheit planerischer Abwägung eine intensivere verwaltungsgerichtliche Kontrolle korrespondiere, die auch den Abwägungsvorgang erfasse. Für das normative Ermessen bei „Normen mit abstrakt-generellem Gehalt“ könne das nicht gelten.

Die Rechtsform des Verwaltungshandelns als Norm oder Verwaltungsakt erweist sich damit dem Grundsatz nach doch als Kriterium für eine Verschiedenartigkeit des normativen Ermessens und des am Einzelfall orientierten Verwaltungsermessens. Von diesem Grundsatz können Planungsentscheidungen und Normativregelungen mit planerischem Einschlag – entgegen den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts<sup>28</sup> – nicht schlechthin, sondern nur in dem Bereich ausgenommen

<sup>26</sup> Die straßenrechtliche Planfeststellung kann durch Festsetzungen in einem Bebauungsplan ersetzt werden (§ 17 Abs. 3 BFStrG); vgl. *W. Brohm*, Straßenplanung und Bauleitplanung, in: *R. Bartlspenger / W. Blümel / H.-W. Schroeter* (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, 1980, S. 343/373 ff; BVerwGE 38, 152.

<sup>27</sup> BVerwGE 70, 318/328 f.

<sup>28</sup> BVerwGE 70, 318/329 f.

werden, wo ein normativer raumbezogener Planungsakt eine konkrete Rechtsgestaltung bewirkt. Von den Planungsakten mit konkreter Gestaltungswirkung abgesehen kann das normative Ermessen die Gewährleistung in Anspruch nehmen, die in der Rechtsform der administrativen Rechtsetzung liegt<sup>29</sup>. Diese Gewährleistung resultiert aus der Gleichbehandlung, die der generell-abstrakten Regelung immanent ist, mit der eine gesetzliche Ermächtigung durch die Exekutive ausgeführt wird.

Planungsentscheidungen beruhen in der Regel auf prognostischen Einschätzungen<sup>30</sup>. Die hier der Verwaltung zukommende „Einschätzungsprärogative“ für zukünftige Entwicklungen und entscheidungserhebliche Umstände ist von der – auf der Grundlage einer prognostischen Einschätzung auszuübenden – planerischen Gestaltungsfreiheit zu unterscheiden<sup>31</sup>. Bei der Prognose als Hilfsmittel zukunftsgerichteten Entscheidens hat die Verwaltung bestimmte Bedingungen der Gültigkeit vorausschauenden Einschätzens künftiger Verläufe zu beachten. Das ist eine Frage der Ermittlung tatsächlicher Umstände, die ungewiß sind, weil sie in der Zukunft liegen. Die Verantwortung der Verwaltung beschränkt sich hier auf die Beachtung der methodischen und sachlichen Gültigkeitsbedingungen der Prognose. Im Unterschied dazu ergibt sich die begrenzte Nachprüfbarkeit eines komplexen, zukunftsbezogenen Planungs- oder Gestaltungsaktes, wenn und soweit sie besteht, aus einer gesetzlich begründeten, selbständigen Planungs- und Gestaltungsvollmacht der Exekutive. Diese ist bei der Planung und Gestaltung im Wege der abgeleiteten Rechtsetzung durch die Exekutive eine Erscheinungsform des normativen Ermessens.

### 5. Organisationsermessen

Die Exekutive verfügt über „Organisationsgewalt“, wenn und soweit ihr kraft verfassungsrechtlicher Zuweisung oder aufgrund Gesetzes die Fähigkeit zusteht, durch normative Regelung oder durch konkrete Entscheidung Behörden einzurichten und mit Verwaltungsaufgaben zu versehen<sup>32</sup>. Organisationsakte der Exekutive fallen – abgesehen von ihrer

<sup>29</sup> W.-R. Schenke, Art. 19 Abs. 4 aaO, Rdn. 380, 381; E. Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. IV aaO, Rdn. 205.

<sup>30</sup> F. Ossenbühl, Die richterliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung, in: Festschrift für Christian-Friedrich Menger, 1985, S. 731; P. Badura, Gestaltungsfreiheit aaO, S. 178 ff.

<sup>31</sup> BVerwGE 70, 318/330 ff, 336 f; BVerwG DVBl. 1986, 55; BVerwG DVBl. 1985, 1382/1384.

<sup>32</sup> Vgl. A. Köttgen, Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16, 1958, S. 154; E.-W. Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 78 ff; F. Mayer, Organisationsgewalt, EvStL, 2. Aufl., 1975, Sp. 1693.

etwa gegebenen Bindung an einen organisatorischen Gesetzesvorbehalt – in die Reichweite des materiellen Vorbehalts des Gesetzes („Eingriffsvorbehalt“), wenn sie zu einem über technische Wirkungen hinausgehenden Eingriff in Rechte Dritter führen oder sonst die normativen Grundlagen der Rechtsbeziehungen zu Dritten berühren<sup>33</sup>. Eine Fallkonstellation, bei der die organisatorische Maßnahme als solche geeignet ist, Rechte Dritter zu tangieren, ist der staatliche Organisationsakt, durch den der sachliche oder örtliche Aufgabenkreis oder der gebietsbezogene Bestand einer rechtlich selbständigen Selbstverwaltungseinheit, z. B. einer kommunalen Gebietskörperschaft oder einer berufsständischen Kammer unter Beeinträchtigung des Selbstverwaltungsrechts verändert wird. Fragen des Organisationsermessens sind deshalb vielfach im Zusammenhang mit Maßnahmen der kommunalen Neugliederung und der Gebiets- und Verwaltungsreform zutage getreten.

Organisationsakte im Geltungsbereich des materiellen Gesetzesvorbehalts zeigen weithin die Rechtsform der Rechtsverordnung. Nach einer nicht selten vertretenen Auffassung handelt es sich sogar um dem Wesen nach normative Akte; die Gesetzgebung ist dem nicht überall gefolgt<sup>34</sup>. Das Gesetz, das die Exekutive zu organisationsrechtlichen Rechtsverordnungen ermächtigt, ist zugleich die Grundlage für die Ausübung organisatorischer Gestaltungsfreiheit. Das Organisationsermessen ist hier eine – einen planerischen Einschlag aufweisende – Erscheinungsform des normativen Ermessens<sup>35</sup>. Die Grundsätze der rechtsstaatlichen Bindung des organisatorisch-planerischen Ermessens sind hauptsächlich im Hinblick auf die kommunale Gebietsreform und in deutlicher Anlehn-

<sup>33</sup> BVerwG NJW 1961, 1323; OVG Münster OVGE 34, 201/205 f; *Chr. Degenhart*, Staatsrecht I, 1984, Rdn. 250; *W. Rudolf*, Verwaltungsorganisation, in: *Erichsen/Martens aaO*, S. 555/569.

<sup>34</sup> Zu dieser Frage vgl. BayVerfGH DVBl. 1978, 806; OVG Münster OVGE 30, 117/121 f; *H. Spanner*, Organisationsgewalt und Organisationsrecht, DÖV 1957, 640; *R. Groß*, Organisationsgewalt und Organisationsverordnungen, DÖV 1963, 51; *ders.*, Zur originären Rechtsetzung der Exekutive, DÖV 1971, 186; *E. Rasch*, Entstehung und Auflösung von Körperschaften des öffentlichen Rechts, DVBl. 1970, 765/768; *L. Fröhler/J. Kormann*, Gebietsreform und Handwerksorganisation, 1976, S. 23, 38; *J. Kormann*, Änderungen in der Gebietsstruktur von Wirtschaftskammern, GewArch. 1979, 281/284 f; *C. H. Ule*, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl., 1987, S. 181 f.

<sup>35</sup> Einen Fall legislativischer Organisationsgewalt behandelt BVerfGE 50, 50. – Die Rechtsverordnungen der bayer. Kommunalreform sind gem. Art. 9 Abs. 2 BayVerf. von der Staatsregierung mit vorheriger Genehmigung des Landtags erlassen worden, schließen also nicht anders wie ein Gesetz eine politische Entscheidung der parlamentarischen Volksvertretung ein. *F. Ossenbühl*, Richterliches Prüfungsrecht aaO, S. 291, spricht derartigen Zustimmungsverordnungen „denselben demokratischen Legitimationswert“ zu, der einem Gesetz zukomme. Das zeigt nur, daß „demokratisch“ oft nichts anderes bedeutet als „politisch“, kann aber diese Verordnungen in dem entscheidenden Punkt der rechtsstaatlichen Garantiefunktion nicht auf die Stufe des Gesetzes heben.

nung an die Grundsätze des Planungsermessens im Bau- und Fachplanungsrecht entwickelt worden<sup>36</sup>. Die wesentliche rechtsstaatliche Bindung bildet neben dem als Gebot der „Systemgerechtigkeit“ auftretenden allgemeinen Gleichheitssatz<sup>37</sup> das organisatorisch-planerische Abwägungsgebot, das die Exekutive dazu verpflichtet, eine sachgerechte Abwägung und Gewichtung aller jener Belange vorzunehmen, die nach Maßgabe der Organisationsaufgabe und angesichts der berührten Umstände und Rechte Berücksichtigung verdienen. Die Entscheidung über organisatorische Gebietsabgrenzungen sieht sich in der Regel einer Fülle von tatsächlichen Feststellungen und Bewertungen gegenüber, auch übergreifenden Gesichtspunkten und Bewertungen. Die gerichtliche Kontrolle des Organisationsaktes reicht so weit, wie rechtliche Maßstäbe im Gesetz oder in den rechtsstaatlichen Grundsätzen des Organisationsrechts zur Verfügung stehen. Sie erfaßt auch die Rechtfertigung des Rechtseingriffs durch überwiegende Erfordernisse des öffentlichen Interesses, kann sich aber nicht auf die Frage beziehen, ob die bestmögliche oder eine in jeder Hinsicht zweckmäßige Organisationsregelung erreicht worden ist.

#### 6. *Selbständige Normkonkretisierungsbefugnis*

Die in neuerer Zeit der Exekutive bei wissenschaftlich-technischen Bewertungen im technischen Sicherheitsrecht<sup>38</sup> und bei hochschulpolitischen Beurteilungen im Kapazitätsrecht<sup>39</sup> zuerkannte selbständige Normkonkretisierungsbefugnis gilt für die Ausführung der Gesetze sowohl im Einzelfall wie auch im Wege normativer oder quasinormativer<sup>40</sup> Regelungen. Die allgemeine Richtschnur bei der Auslegung der Gesetze mit dem Ergebnis, daß sie für bestimmte Regelungen oder Entscheidungen eine Ermächtigung zugunsten einer selbständigen Beurteilungs- und Entscheidungsvollmacht der Exekutive aussprechen, wird dem Gewaltenteilungsprinzip und dem darin verwurzelten Verteilungsprinzip der Aufgaben und der Verantwortung für das Gesetz, die

<sup>36</sup> Siehe im einzelnen BVerfGE 50, 195/201 f.; BVerwG DÖV 1973, 169; BayVerfGH DVBl. 1978, 806; BayVerfGH VGHE 27, 14/28 ff.; 31, 99/126; 34, 64/74 f.

<sup>37</sup> BVerfGE 50, 50/51, 53; 59, 36/49; 60, 16/43; BayVerfGH VGHE 27, 14/27 f.; 31, 99/137 ff.; StGH Baden-Württemberg NJW 1975, 1205/1212 f.

<sup>38</sup> VG Schleswig NJW 1980, 1296 (KKW Stade); BVerwG DVBl. 1986, 190 (KKW Wyhl).

<sup>39</sup> BVerwGE 56, 31/37 f.; 60, 25/44 f.; 70, 318/328 ff.; 70, 346/348, 350. – P. Theuersbacher, Probleme der gerichtlichen Kontrollrechte im Kapazitätsrecht, NVwZ 1986, 978/981 ff.

<sup>40</sup> Die nähere Bestimmung des gesetzlich geforderten Bewertungsmaßstabs für technische Risiken kann im Immissionsschutzrecht durch Verordnung oder Verwaltungsvorschrift erfolgen (§§ 7, 48, 51 BImSchG); dazu P. Badura, Gestaltungsfreiheit aaO, S. 173 f., 177, 187 ff.; E. Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. IV aaO, Rdn. 205.

vollziehende Gewalt und dem die Verwaltung kontrollierenden Richter entnommen. Vorausgesetzt wird, daß rechtsstaatliche Grundsätze und Garantien die Möglichkeit derartiger Ermächtigungen beschränken, aber den Gesetzgeber nicht von vornherein hindern, der Exekutive einen selbständigen Bereich der Beurteilung und Entscheidung für technische Risiken und Wirkungen, für die Gestaltung des Hochschulwesens auch unter dem Diktat des Kapazitätserschöpfungsgebots<sup>41</sup> und für vergleichbare Regelungsaufgaben, etwa in der Wirtschaftsverwaltung, einzuräumen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat bei der Überprüfung kapazitätsrechtlicher Rechtsverordnungen am Maßstab des Bundesrechts, insbesondere des Art. 12 Abs. 1 GG, das Regelungsermessen des Verordnungsgebers, den ihm zustehenden Regelungsspielraum, in Rücksicht auf die ihm auferlegte hochschulpolitische Verantwortlichkeit gerechtfertigt. Das Kapazitätserschöpfungsgebot hindere es nicht, die Entscheidung darüber, wie kapazitätsbestimmende Faktoren – im Streitfall ein Abzug im Interesse der Fort- und Weiterbildung des Personals in der Krankenversorgung – als Rechengröße in die Berechnung der Ausbildungskapazität der Hochschulen eingehen, dem Regelungsermessen des die Kapazitätsverordnung erlassenden Normgebers zu überlassen<sup>42</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich damit nicht in Widerspruch zum Bundesverfassungsgericht, das es besonders wegen des Spannungsverhältnisses des Zugangsanspruchs der Studienbewerber und der Wissenschaftsfreiheit für richtig gehalten hatte, dem Gesetzgeber und ggf. auf einer geeigneten gesetzlichen Grundlage dem Verordnungsgeber zu überlassen, für alle Beteiligten die Grenzen des Zumutbaren festzulegen und die damit verbundenen Wertungen zu treffen<sup>43</sup>.

Die Anerkennung des kapazitätsrechtlichen Regelungsermessens des Verordnungsgebers stellt nicht weniger als die Anerkennung der Normkonkretisierungsbefugnis der Verwaltung im technischen Sicherheitsrecht vor Augen, daß das normative Ermessen der Exekutive durch den staatsrechtlichen Sinn der abgeleiteten Rechtsetzung in ihren verschiedenen Erscheinungsformen zu erklären und zu rechtfertigen ist. In dem

<sup>41</sup> BVerfGE 33, 305/338 ff.; 66, 155/177 ff.

<sup>42</sup> BVerwGE 70, 318 mit zust. Anm. von G. Püttner, JZ 1985, 844, und krit. Anm. von P. Henseler, ZG 1, 1986, S. 76. – Das BVerfG erstreckt das Kapazitätserschöpfungsgebot auch auf die hochschulpolitischen und hochschulverwaltungsrechtlichen „Faktoren“, die die Lehrkapazität beeinflussen, also auf Kapazitätseinbußen, die etwa infolge von Strukturereformen oder einer Reduzierung von Lehrverpflichtungen drohen (BVerfGE 66, 155/179 f). Die verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit der Kapazitätsberechnungsvorschriften und der Höchstzahlenfestsetzungen schließt Differenzierungen der Kontrolldichte nicht aus.

<sup>43</sup> BVerfGE 54, 173/193.

normativen Ermessen äußern sich die durch Gesetz begründeten und gebundenen politischen und fachlich wertenden Entscheidungsbefugnisse der Exekutive. Regierung und Verwaltung verfügen über eine selbständige Verantwortung, die ihre spezifische Leistungsfähigkeit in der gewaltenteilenden Verfassungsordnung engagiert.

## Verzeichnis der Autoren

- ALBERS, Jan, Dr. jur., Präsident des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts.
- BADURA, Peter, Dr. jur., o. Professor in der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München.
- BAUR, Jürgen F., Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg, Direktor des Seminars für Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht.
- BERNSTEIN, Herbert, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg, stellvertretender Direktor des Seminars für ausländisches und internationales Privat- und Prozeßrecht.
- BETTERMANN, Karl August, Dr. jur., Dr. jur. h. c., o. Professor (em.) an der Universität Hamburg.
- BOGS, Harald, Dr. jur., o. Professor für öffentliches Recht an der Universität Göttingen.
- BREUER, Rüdiger, Dr. jur., Professor an der Universität Trier.
- BRODERSEN, Carsten, Dr. jur., Universitätsprofessor, Universität der Bundeswehr Hamburg.
- BRYDE, Brun-Otto, Dr. jur., Professor an der Universität der Bundeswehr München.
- BUSHART, Christoph, Regierungsrat im höheren allgemeinen Verwaltungsdienst der Freien und Hansestadt Hamburg.
- EBERLE, Carl-Eugen, Dr. jur., Universitätsprofessor an der Universität Hamburg.
- ERICHSEN, Hans-Uwe, Dr. jur., o. Professor, Rektor der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.
- FEZER, Gerhard, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg, Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht.
- GOERLICH, Helmut, Dr. jur., Privatdozent am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hannover, Richter am Verwaltungsgericht Hamburg.
- HAAS, Diether, Dr. jur., Staatsrat a. D., Hamburg.
- HÄBERLE, Peter, Dr. jur., o. Professor für öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Kirchenrecht, Bayreuth; ständiger Gastprofessor für Rechtsphilosophie an der Hochschule St. Gallen (Schweiz).
- HOFFMANN, Gerhard, Dr. jur., Dr. jur. et rer. pol. h. c., em. o. Professor an der Universität Marburg.

- HOOG, Günter, Dr. jur., Wissenschaftlicher Referent am Institut für Internationale Angelegenheiten der Universität Hamburg.
- IPSEN, Hans Peter, Dr. jur., o. em. Professor an der Universität Hamburg.
- IPSEN, Peter, Vizepräsident des Sozialgerichts, Hamburg.
- KARPEN, Ulrich, Dr. jur., Professor des Öffentlichen Rechts, Geschäftsführender Direktor des Seminars für Öffentliches Recht und Staatslehre der Universität Hamburg.
- KIMMINICH, Otto, Dr. jur., M. A. (Econ.), o. Professor an der Universität Regensburg.
- KUNIG, Philip, Dr. jur., Universitätsprofessor, Juristisches Seminar der Universität Heidelberg.
- KURLAND, Hans-Joachim, Vizepräsident des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, Präsident des Landesjustizprüfungsamts.
- LAGONI, Rainer, Dr. jur., LL.M. (Columbia), Professor an der Universität Hamburg, Direktor des Instituts für Seerecht und Seehandelsrecht.
- LANDWEHR, Götz, Dr. jur., o. Professor für Deutsche und Nordische Rechtsgeschichte an der Universität Hamburg.
- LÜCKE, Jörg, Dr. jur., LL.M. (Berkeley), Universitätsprofessor, Hamburg.
- MARTENS, Klaus-Peter, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg, Direktor des Seminars für Bürgerliches Recht und zivilrechtliche Grundlagenforschung, Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht.
- NICOLAYSEN, Gert, Dr. jur., Universitätsprofessor, Seminar für Öffentliches Recht und Staatslehre, Universität Hamburg.
- OSSENBÜHL, Fritz, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bonn, Direktor des Instituts für Öffentliches Recht.
- PLAMBECK, Helmut, Dr. jur., Präsident des Hamburgischen Verfassungsgerichts, des Hanseatischen Oberlandesgerichts, des Gemeinsamen Prüfungsamtes der Länder Freie Hansestadt Bremen, Freie und Hansestadt Hamburg sowie Schleswig-Holstein für die Zweite juristische Staatsprüfung und des Ausbildungs- und Prüfungsamtes für die Einstufige Juristenausbildung.
- QUARITSCH, Helmut, Dr. jur., o. Univ.-Professor an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Ministerialdirektor a. D.
- RUDOLF, Walter, Dr. jur., o. Professor an der Universität Mainz, Staatssekretär a. D.
- RÜFNER, Wolfgang, Dr. jur., o. Professor an der Universität zu Köln.
- RULAND, Franz, Dr. jur., Professor, Stellvertretender Geschäftsführer des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger, Frankfurt.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Dr. jur., em. o. Professor an der Universität Hamburg.

- SCHMIDT, Karsten, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, Dr. jur., o. Professor an der Universität Heidelberg.
- SCHWABE, Jürgen, Dr. jur., Universitätsprofessor an der Universität Hamburg.
- SCHWARZE, Jürgen, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg und am Europäischen Hochschulinstitut Florenz.
- SCHWERDTFEGER, Gunther, Dr. jur., o. Professor für Staats- und Verwaltungsrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin.
- SEEWALD, Otfried, Dr. jur., o. Professor an der Universität Passau.
- SEILER, Hans Hermann, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg, Fachbereich Rechtswissenschaft I, Direktor des Seminars für Römisches Recht und Vergleichende Rechtsgeschichte.
- SELMER, Peter, Dr. jur., o. Professor für Öffentliches Recht sowie Finanz- und Steuerrecht an der Universität Hamburg.
- STIEBELER, Walter, Dr. jur., Honorarprofessor an der Universität Hamburg, Präsident des Hamburgischen Verfassungsgerichts, des Hanseatischen Oberlandesgerichts und des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts a. D.
- STÖDTER, Rolf, Dr. jur., Professor an der Universität Hamburg, Rechtsanwalt.
- THIEME, Werner, Dr. jur., o. Universitätsprofessor an der Universität Hamburg, Geschäftsführender Direktor des Seminars für Verwaltungslehre.
- VOGEL, Klaus, Dr. jur., o. Universitätsprofessor an der Universität München, Direktor des Instituts für Politik und öffentliches Recht.
- ZEUNER, Albrecht, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg, Direktor der Seminare für Arbeitsrecht und für Zivilprozeß- und Allgemeines Prozeßrecht.
- ZIEGLER, Karl-Heinz, Dr. jur., Universitätsprofessor, Universität Hamburg.