

HELGE ROSSEN

Vollzug und Verhandlung

Jus Publicum

39

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 39



Helge Rossen

Vollzug und Verhandlung

Die Modernisierung des Verwaltungsvollzugs

Mohr Siebeck

Helge Rossen, geboren 1955; 1974–1979 Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen; 1983 Zweite Juristische Staatsprüfung, 1987 Promotion in Bielefeld, 1988–1991 Wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe, 1998 Habilitation in Bielefeld.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Rossen, Helge:

Vollzug und Verhandlung : die Modernisierung des Verwaltungsvollzugs /

Helge Rossen. – Tübingen : Mohr Siebeck, 1999

(Jus publicum ; Bd. 39)

ISBN 3-16-147176-8 978-3-16-158068-0 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1999 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Microverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Reutlingen aus der Times-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

Vorwort

Diese Untersuchung hat der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld im Wintersemester 1997/1998 als Habilitationsschrift vorgelegen. Die in der Folgezeit veröffentlichte Literatur zum Thema ist eingearbeitet worden. Die Arbeit befindet sich auf dem Stand vom Januar 1999.

Ihr Thema geht letztlich auf eine frühe Anregung von Prof. Dr. Dieter Grimm zurück. Er hat die Mühen des ermutigenden Gesprächs, der geduldigen Betreuung und der schnellen Erstellung des Erstgutachtens übernommen, ihm gilt mein besonderer Dank. Prof. Dr. Joachim Wieland bin ich für das Zweitgutachten und für vielfältige Hilfen, besonders in der Phase der Fertigstellung dieses Buchs, verpflichtet. Prof. Dr. Martin Stock hat mir immer wieder vorgeführt, was die Standards rechtswissenschaftlicher Sorgfalt verlangen. Auch ihm verdanke ich viel. Prof. Dr. Thomas Vesting und Marion Albers haben während der Abfassung Teile der Arbeit gelesen, für ihre kritischen Anmerkungen bedanke ich mich herzlich.

Zu danken habe ich schließlich der Deutschen Forschungsgemeinschaft für ein Habilitationsstipendium und für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Bielefeld, im Februar 1999

Helge Rossen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>I. Zur dogmatischen Beobachtung des Verwaltungsvollzugs (Problemaufriß)</i>	<i>1</i>
1. Aufgaben und Handlungsformen der Verwaltung	1
2. Die Einheit des Verwaltungsvollzugs	5
3. Dogmatische Beobachtung und ihr Leitmodell	8
4. Erkenntnisinteresse und Gang der Untersuchung	13
<i>II. Die Struktur des Vollzugs</i>	<i>15</i>
1. Programmierung	16
a) Rahmenbedingungen und Formen	19
b) Programmierung im Vollzug	27
aa) „Policy-Making“	28
bb) Exekutive Normsetzung	31
(1) Delegierte Normsetzungsbefugnis: Verwaltungsverordnungen	37
(2) Funktional gebundene Autonomie: Satzungen	46
(3) Außenwirksames Innenrecht: Verwaltungsvorschriften	57
2. Entscheidung	89
a) Entscheidung als Bezugspunkt der dogmatischen Beobachtung	91
b) Entscheidungsprozeß und Entscheidungsakt	93
c) Alternativität	109

3. Verfahren	112
a) Programm und Entscheidung	113
b) Verfahren als Auffangkategorie	117
c) Die Entkoppelung von Programm und Entscheidung	120
d) Die Verfahrensfunktion im Vollzugsmodell	124
e) Betroffenheit und Beteiligung	132
aa) Die Zuweisung von Betroffenheit	135
bb) Ein rekursiver Zirkel	139
cc) Die Ordnung der Beteiligung	144
dd) Zur Einheit des Vollzugsmodells	156
f) Führung und Verantwortung	167
aa) Realbedingungen staatlicher Vollzugsführung	170
bb) Verfahrensleitung im Vollzugsmodell	183
cc) Neubestimmung der Führungsfunktion	196
(1) Kooperative Entscheidungsvorbereitung, Führung durch Entscheidung	200
(2) „Geteilte Gemeinwohlverantwortung“	207
 <i>III. Grenzen der Beobachtung</i>	 221
1. Dogmatik als Konstruktion, empirische Irritationen	222
2. Unterscheidungsprobleme	225
3. Die maßgeblichen Unterscheidungen (Zusammenfassung) ...	228
a) Programmierung und Programmausführung	229
b) Entscheidungsakt und Entscheidungsprozeß	243
c) Entscheidung und Entscheidungsfolgen	248
d) Betroffenheit und Beteiligung	252
e) Führung und Selbstregulation	259
 <i>IV. Die verborgene Vollzugspraxis</i>	 263
1. Ein Dilemma	265
2. Der erste Ausweg: rekursive Schleifen	268
3. Der letzte Ausweg: „Vollzugspraxis“	273
4. Zum Wirklichkeitsverhältnis der Dogmatik	277

V. <i>Realanalyse und Dogmatik</i>	285
1. Kooperation: die Form der Praxis?	290
2. Ein realanalytischer Begriff	292
a) Wesentliche Merkmale	293
b) Ideale Kooperation	303
c) Imperfekte Kooperation	306
3. Steuerung und Kontrolle	313
4. Abschluß und Öffnung	318
5. Die formlose Form der Praxis	328
VI. <i>Verhandlungssysteme im Verwaltungsvollzug: Funktion, Kritik und Perspektiven</i>	339
1. Differenzierung und Integration	343
2. Modernisierung des Verwaltungsvollzugs	348
Literaturverzeichnis	357
Stichwortverzeichnis	389

I. Zur dogmatischen Beobachtung des Verwaltungsvollzugs (Problemaufriß)

1. Aufgaben und Handlungsformen der Verwaltung

Das tatsächlich maßgebliche Staatsverständnis hat die Grenzen noch immer überschritten, die ihm in der Theorie des Rechtsstaats gezogen waren. Der Staat sollte danach zunächst auf die Sicherung der Rechtsgleichheit, der Erwerbsfreiheit und der Eigentumsgarantie beschränkt bleiben.¹ Eine sich weiter entwickelnde Staatstheorie ist nicht bei dieser „liberalen“ und „formalen“ Konzeption stehengeblieben. Sie hat aber auch die Modelle des korrigierenden und kompensierenden Interventionsstaats, des sozialgestaltenden Wohlfahrtsstaats und des „Risiko-“ oder „Vorsorgestaats“ hinter sich gelassen. Inzwischen ist sie bis hin zu den neueren Entwürfen des plural-kooperativen Ausgleichs- und Verteilungsstaats sowie eines „Supervisionsstaats“ gelangt, der sich im wesentlichen auf Rahmensetzung, indirekte Beeinflussung und dezentrale Kontextsteuerung beschränken soll.² Selbst diese Entwürfe sind in jüngster Zeit unter Veränderungsdruck geraten. Die ebenso zügige wie offenbar unaufhaltsame Entwicklung hin zur bloßen Verwaltung des gesellschaftlichen Mangels – an sinnvoller Arbeit, an chancengleicher Bildung sowie ausreichendem Orientierungswissen, an giftfreien Grundnahrungsmitteln, an einer unbeschädigten natürlichen und symbolischen Umwelt, an öffentlicher Sicherheit, an sinnstiftenden zivilgesellschaftlichen Werten, an integrierenden sozialen Netzwerken und anderen gesellschaftlichen „Grundgütern“ mehr – läßt auch die neueren Staatsentwürfe eigenartig blaß, ein wenig wirklichkeitsenthoben und noch in ihrem bereits geminderten Regulierungsvertrauen allzu optimistisch erscheinen. Nun handelt es sich bei all diesen Modellen, Konzeptionen und Entwürfen nicht um einander jeweils paradigmatisch und mit

1 Zu Wurzeln, Anliegen und Grenzen dieser Theorie s. *Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, pass.

2 Zum „Vorsorgestaat“, als dessen Erscheinungsform heute vor allem der moderne „Umweltstaat“ wahrgenommen wird, s. *Hofmann*, Aufgaben des modernen Staats, S. 32; auch *Schmidt*, Staat der Umweltvorsorge, S. 749 ff.; „Sicherheit“ und „Prävention“ haben sich inzwischen zu den Leitgrößen einer geradezu neokameralistischen Gestaltungszuständigkeit entwickelt, vgl. hierzu *Grimm*, Prävention, S. 197 ff., 202 ff., sowie *Denninger*, Präventionsstaat, S. 10 ff., 14 f. Begriff und Erläuterungen zum „Supervisionsstaat“ bei *Willke*, Ironie, S. 335 ff.

Ausschließlichkeitsanspruch verdrängende Neuansätze. Eher könnte man von verschiedenen Darstellungsebenen sprechen, die sich, wenn auch auf zum Teil durchaus unklare und spannungsvolle Weise, überlagert und so dem Diskurs zum Staatsbegriff immer wieder neue Perspektiven eröffnet haben.³ Dieser Form der Entfaltung des Staatsbegriffs entspricht unmittelbar eine erhebliche und noch andauernde Ausweitung des Aufgabenfeldes, dessen Bearbeitung durch die staatliche Verwaltung erwartet werden kann.⁴ Jeder Versuch, hinreichend genaue und womöglich auch abschließende Festlegungen zum Umfang, zur Ausrichtung, zur inneren Relationierung (im Sinne von „Rang“-Beziehungen) und zu den etwaigen Schwerpunkten des exekutiven Aufgabenkataloges zu treffen, stößt indes mittlerweile auf erhebliche Schwierigkeiten, „weil niemand ... die öffentlichen Aufgaben kennt“.⁵ Die diesbezüglich bislang vorgelegten Darstellungen beschränken sich dementsprechend im wesentlichen auf typologisierende Abgrenzungen und Zuordnungen.⁶

Doch ist es nicht etwa nur mangelnder Einfallsreichtum, wissenschaftliches Unvermögen oder ein sonstiges kontingent-äußerliches Hindernis, sondern in erster Linie der Forschungsgegenstand selbst, der zu solcher Beschränkung nötigt. Die Bestimmung staatlicher oder – noch weitläufiger – „öffentlicher“ Aufgaben kann heute nicht mehr als Auflösung eines reinen Erkenntnisproblems definiert und in Angriff genommen werden. Ebenso wenig könnte sich eine solche Bestimmung allein schon an den Standards professioneller juristischer Distinktionsbemühungen ausreichend legitimieren. Sie weist in einem demokratisch verfaßten Gemeinwesen vielmehr auch und in erster Linie eine reflexive Dimension auf. Ihr müssen hier Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse zugrunde liegen, die stets selbst noch des Ausweises ihrer hinlänglichen demokratischen Offenheit und ihrer grundrechtssichernden Strukturierung bedürfen. Die Identifi-

3 Ein kurzer Abriss dieser Entwicklung findet sich bei *Kaufmann*, Diskurse über Staatsaufgaben, S. 20 ff., 28 ff.; in einer parallel geführten, aber stärker normativ ausgerichteten Perspektive werden „fünf Stufen des Verfassungsstaates“ – Sicherheit, Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, Sozialstaatlichkeit und schließlich der „ökologische Verfassungsstaat“ – nachgezeichnet bei *Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat, S. 41 ff.; zur Diskussion um Staatsfunktionen und -typen s. ferner *Grimm*, Staat, insbes. S. 77; *Hesse*, Staatslehre, S. 68 ff.; *Schuppert*, Neubelebung, S. 94 ff.; speziell zur Überlagerung bzw. Kumulation der „Staatsaufgaben“ vgl. *Köck*, Risikovorsorge, S. 9 f., 11 f.; jew. m. w. N.

4 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Vorüberlegungen, S. 1381; treffend hierzu ferner das Bild bei *König/Benz*, Staatszentrierte Transformation, S. 120: „Ähnlich wie Wellen, die jeweils auf ihrem Gipfel erstarren, scheinen Staatsaktivitäten in Aufgabenbereichen Konjunktur zu entwickeln, wenn für ein gesellschaftliches Feld politischer Nachholbedarf konstatiert wird. Wird später eine andere Aufgabe entdeckt, werden die Aktivitäten keineswegs beendet, sondern auf hohem Niveau stabilisiert und für die neuen Aufgaben neue Kräfte mobilisiert.“

5 So *Ellwein/Hesse*, Der überforderte Staat, S. 24 f., 137 ff., diese Feststellung faßt ein (Teil-)Ergebnis der ausgedehnten neueren Staatsaufgaben-Debatte zutreffend zusammen.

6 Vgl. etwa *Mayntz*, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, S. 44 ff., und *Wagener*, Aufgaben, pass.; jew. m. w. N.

fikation und konkretisierende Festlegung öffentlicher Aufgaben kann nur noch in Diskursen stattfinden, die ihrerseits schon grundrechtsgeprägt und demokratisch-pluralistisch „verfaßt“ sind.⁷ Dies schließt nicht nur jede Grenzziehung von vornherein aus, die mit einem axiomatisch vorgegebenen „Wesen“ oder einer ähnlich unverfügbar gesetzten „Idee“ des Staates begründet wird.⁸ Das ehemals allein nach objektiven Zwecken bemessene Feld der staatlichen oder jedenfalls öffentlichen Aufgaben entgrenzt sich vielmehr überhaupt. Es ist nun grundsätzlich für jedes subjektive Interesse zugänglich, dem es ad hoc gelingt, im Rahmen des demokratischen Prozesses hinreichend starke politische und publizistische Unterstützung für sich zu mobilisieren⁹ oder gar eine grundrechtliche Gewährleistung erfolgreich für sich in Anspruch zu nehmen. Gerade die letztgenannte Möglichkeit hat sich deutlich ausgeweitet. Sie beruht auf einer grundrechtsinduzierten „Subjektivierung“ auch der herkömmlich objektivrechtlich gefaßten Kollektivbelange, die in jüngerer Zeit insbesondere über die Figur der „Schutzpflicht“ weit vorangetrieben worden ist.¹⁰ Dieser Subjektivierungsprozeß hat jedenfalls in Teilen der rechtswissenschaftlichen Diskussion starke Besorgnis ausgelöst und Anlaß zu einer düsteren Prognose gegeben: mit der Subjektivierung eingriffslegitimierender Kollektivbelange werde „das Gebäude des Verwaltungsrechts mit seiner spezifischen Zweck-Mittel-Relationierung langfristig ... zum Einsturz und um seine, feste Positionen zuweisende, Rationalität gebracht“, letztlich stehe dann alles „einer schwer faßbaren ‚dialogischen‘ Grundrechtsabwägung offen“.¹¹ Diese Besorgnis erscheint zwar ohne weiteres verständlich; sie verweist des Weiteren auf ungelöste Grundfragen auch der modernen Grundrechtstheorie.¹² Gleichwohl: die hier als bedroht angesehene „Rationalität“ des Verwaltungsrechts könnte wohl nur um den Preis einer Rücknahme des effek-

7 Das wird heute auch durchaus gesehen, vgl. *Ladeur*, Von der Verwaltungshierarchie zum administrativen Netzwerk?, insbes. S. 158 ff.; eher beiläufig *Benz*, Kooperative Verwaltung, S. 232 Fn. 20; ähnlich *Köck*, Risikovororge, S. 13; demgegenüber insistent und ausführlich *Schmalz-Bruns*, Reflexive Demokratie, S. 29 f., 31 ff., 38, 87, 132, 136 f., 160 ff., 170 ff., 187 ff., 209, 230 ff.; zum derzeitigen Stand der wissenschaftlichen Bemühungen um eine Rationalisierung und perspektivische Ausrichtung der Aufgabendiskussion vgl. im übrigen die Beiträge in *Grimm* (Hrsg.), Staatsaufgaben, insbes. Kap. III („Aufgabenentwicklung“) und IV („Aufgabenfelder“).

8 Zur Vermeidung von Mißverständnissen: weder die eben erwähnte und im Begriff der Staatsaufgabe heute immer mitzudenkende „reflexive“ Dimension noch die Unmöglichkeit einer vorpolitischen – gewissermaßen „staatsmetaphysischen“ – Begründung von Staatsaufgaben schließt deren Festlegung und Zuweisung in und durch Verfassungsnormen aus, vgl. etwa den Überblick bei *Bull*, Staatsaufgaben, S. 211 ff., der freilich, wie *Gusy* zu Recht anmerkt (Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, S. 574 Fn. 5, S. 578), nicht abschließend sein kann.

9 Zu den Folgen *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 266: „Politisierungsprozesse durchdringen alle Sphären, ohne daß sie auf einzelne Sektoren – etwa auf Staat, Markt, Verbände – begrenzt wären.“

10 Vgl. *Di Fabio*, Risikoentscheidungen, S. 35 ff., 39 f.

11 AaO., S. 40.

12 Vgl. *Böckenförde*, Grundsatznormen, S. 175 ff., 191 ff.

tiven, also auch subjektivrechtlich mobilisierbaren, Gewährleistungsgehaltes der Grundrechte, insbesondere im Bereich ihrer neueren Funktionen als „objektive Grundsatznormen“, wieder gestärkt werden. Wer aber könnte, und mit welcher Legitimation, eine solche Rücknahme ins Werk setzen? Die Verfassung selbst dürfte jedenfalls kaum zum Maßstab in einer Frage taugen, die letztlich auf das „richtige“ (Grund-)Verständnis eben dieser Verfassung gerichtet ist.¹³

So bleibt der Begriff der öffentlichen Aufgaben auch weiterhin noch einigermaßen unscharf, obwohl zugleich feststeht, daß sich diese Aufgaben ebenso stetig wie beträchtlich vermehrt haben, daß sie dabei immer komplizierteren Anforderungsprofilen eingeordnet werden mußten und daß ihre Wahrnehmung ein inzwischen kaum noch überschaubares Tätigkeitsspektrum der eingreifenden, leistenden und „verteilenden“, lenkenden und gestaltenden Verwaltung umfaßt. Diese unsystematische, konzeptionell allenfalls in ersten Ansätzen erschlossene¹⁴ Ausweitung, Umstrukturierung und interne Differenzierung des exekutiven Aufgabenfeldes begründete die Notwendigkeit einer tiefgreifenden Diversifizierung und Spezialisierung der staatlichen Handlungsformen.¹⁵ Allein mit den herkömmlichen Werkzeugen des hoheitlich verfügbaren Ge- oder Verbots, der Leistung von Geld- oder Sachmitteln und des Realakts ließen sich die dem „überforderten Staat“¹⁶ zur Erledigung angesonnenen Aufgaben nicht mehr bewältigen.¹⁷ So traten neben den bereits spezifisch modernen Instrumenten der Planung und des Vertrags insbesondere noch die Beratung, die Steuerung durch Information und schließlich die bis zum offenen „bargaining“ zwischen öffentlichen und privaten Interessen reichende informale Absprache immer stärker in den Vordergrund.¹⁸ Dies wiederum hatte nahezu zwangsläufig zur Folge, daß der staatlich-gesellschaftlichen Kooperation über alle Ebenen der Aufgabenwahrnehmung, -bestimmung und -bearbeitung hinweg eine ständig größer werdende Bedeutung zuge-

13 Um so erstaunlicher dann freilich die Auskunft von *Böckenförde*, aaO., S. 199, zu entscheiden habe hier „die Grundrechtsdogmatik“.

14 „Von einer konsistenten ‚Theorie‘ der Verwaltungsaufgaben sind wir noch weit entfernt“, so zutreffend *Dreier*, Zur „Eigenständigkeit“ der Verwaltung, S. 148 Fn. 70 m. w. N.

15 Vgl. hierzu *Schoch*, Verwaltungsakt, S. 199 ff.; *Bauer*, Anpassungsflexibilität im öffentlich-rechtlichen Vertrag, S. 245 ff.; *Pitschas*, Handlungsformen, S. 229 ff.

16 So der Titel des bereits zitierten Buchs von *Ellwein/Hesse*, das die Autoren freilich ausdrücklich als „Streitschrift“ (s. ebd. S. 8) verstanden wissen wollen.

17 Vgl. hierzu *Grimm*, Wandel der Staatsaufgaben, S. 168 f.; *ders.*, Staatsaufgaben, S. 627 ff. m. w. N.

18 Zur – noch andauernden – Fortentwicklung der Handlungsformen der Verwaltung s. *Krause*, Rechtsformen; *Ossenbühl*, Handlungsformen, S. 681 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, S. 533 ff.; *ders.*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 56 ff.; *Windhoff-Héritier*, Policy-Analyse, S. 27 ff.; *Königl/Dose*, Klassifizierungsansätze staatlicher Handlungsformen, insbes. S. 110 ff. (zu staats- und verwaltungswissenschaftlichen Typologisierungsversuchen); *Schuppert*, Diskurse über Staat und Verwaltung, insbes. S. 131 ff.; *Benz*, Kooperative Verwaltung, S. 53 ff., 59 ff.; *Grewlich*, Umweltschutz durch »Umweltvereinbarungen«, S. 56 ff.; sowie die Beiträge in: *Hill* (Hrsg.), Verwaltungshandeln, und in: *Becker-Schwarze* u. a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen.

messen werden mußte. Der Begriff der „Kooperation“ bezeichnet mittlerweile einen zentralen Topos der gegenwärtigen Diskussion des Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft.¹⁹

2. Die Einheit des Verwaltungsvollzugs

Im Zuge dieser Entwicklung hin zu einer kooperativen Öffnung der Grenzen zwischen Staat und Gesellschaft ist jedoch die in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG vorausgesetzte konzeptionelle Einheit des Verwaltungsvollzugs undeutlich geworden. Sie kann in dem klassischen Vollzugsbegriff einer mechanistischen und hierarchiegeprägten, letztlich in Befehl und Gehorsam gründenden, dogmatischen Überlieferung²⁰ nicht mehr überzeugend wiederhergestellt werden. Insbesondere lassen sich in diesem Vollzugsbegriff die tatsächlich keineswegs neuartigen,²¹ wohl aber jedenfalls in Deutschland erst sehr spät erkannten und dann in der Implementationsforschung erstmals²² systematisch untersuchten Kooperationsbeziehungen zwischen Verwaltung und gesellschaftlicher Umwelt nicht mehr zureichend erfassen. Gerade diesen Kooperationsbeziehungen muß nun aber – auch und gerade in der Theorie und Dogmatik des Verwaltungsvollzugs – eine offenbar ständig größer werdende Bedeutung auf allen Ebenen der Wahrnehmung, Bestimmung und Bearbeitung staatlicher Aufgaben zugemessen werden.

19 Vgl. früh schon *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 612 ff.; später dann etwa *Ritter*, Der kooperative Staat, S. 389 ff.; *Hoffmann-Riem*, Selbstbindungen, pass.; *Offe*, Staatstheorie, S. 310 f., 316 ff.; *Hill*, Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung, S. 192 ff.; *Böhret*, Verwaltungspolitik, S. 31 ff., 42 ff.; *Bulling*, Kooperatives Verwaltungshandeln, S. 277 ff.; *Krebs*, Konsensuales Verwaltungshandeln, S. 969 ff.; *Lübbe-Wolff*, Kooperationsprinzip, S. 295 ff.; *Hesse*, Verhandlungslösungen und kooperativer Staat, S. 97 ff.; *Schrader*, Kooperationsprinzip, S. 326 ff.; *Schuppert*, Neubelebung, S. 97 ff.; v. *Wedemeyer*, Kooperationen, pass.; *Dauber*, Möglichkeiten und Grenzen kooperativen Verwaltungshandelns, S. 67 ff.; *Dose*, Kooperatives Recht, S. 91 ff.; auch in *Grimm*, Verbände, Rdnr. 7 ff.; w.N. bei *Benz*, Verhandlungen, Verträge und Absprachen, S. 83 ff.; *ders.*, Kooperative Verwaltung, S. 13 ff., 23 ff.; sowie *Pitschas*, Verantwortungsverantwortung, S. 285 Fn. 241.

20 Zur fortbestehenden Aktualität dieser Überlieferung vor dem Hintergrund der Art. 1 und 20 GG s. *Schmidt-Aßmann*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, S. 539, in Auseinandersetzung mit *Martens*, Bürger als Verwaltungsuntertan?, S. 114 ff., 128, sowie *Bauer*, Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 161 ff.

21 Vgl. *Treiber*, Regulative Politik, S. 33 ff.; *Drexler*, Fürsorglichkeit, pass.; *Ellwein*, Verwaltungskunst, S. 95 f.; *ders.*, Kooperatives Verwaltungshandeln im 19. Jahrhundert, pass.; *Dose*, Kooperatives Recht, S. 95; *Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat, S. 398 m.w.N. ebd. Fn. 82.

22 Die frühe Thematisierung der „Arrangements“ und der „Kooperation“ zwischen Verwaltung und „Sozialfaktoren“ bei *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 73 f. (S. 62 i. d. 1. Aufl. 1950), öffnet zwar schon hell-sichtlich Problemdimensionen, die erst wesentlich später wieder zum Gegenstand breiterer Erörterung wurden, sie konnte sich indes noch nicht auf einen ausreichenden empirischen Unterbau stützen und mußte schon deshalb eher spekulativ erscheinen.

Neuere verwaltungswissenschaftliche Untersuchungen erhärten die Vermutung, daß jedenfalls in den modernen Referenzgebieten des besonderen Verwaltungsrechts immer häufiger in materiell- und verfahrensrechtlich kaum noch vorgeprägten Verhandlungen ausmündet, was im Blickwinkel der verwaltungsrechtlichen Dogmatik weiterhin unbeirrt als (erforderlichenfalls „konkretisierende“) Verwirklichung des gesetzlich vorgegebenen Normprogramms durch eine verfahrensförmig hergestellte Entscheidung der zuständigen Vollzugsbehörde analysiert wird. Der dieser Vermutung zugrunde liegende Befund²³ kann noch zugespitzt werden. Verhandlungsergebnisse haben es an sich, daß sie nur höchst selten einem der beteiligten Verhandlungspartner, hier also etwa dem Staat, zugerechnet werden können. Und damit steht unversehens nicht mehr nur das *Mittel* staatlicher Ordnungsstiftung, sondern *diese selbst* in Frage: gesellschaftliche Ordnung scheint nicht mehr zentral gestiftet, sondern nur noch dezentral ausgehandelt zu werden; und konsequenterweise muß damit gerechnet werden, daß dies auch noch für die Ordnung der Verhandlung selbst gelten könnte. Soweit sich dieser Befund bestätigen läßt, erscheint es jedenfalls außerordentlich unklar, ob und in welchem Sinn die staatliche Verwaltung noch als gesetzlich gebundenes und hoheitlich²⁴ verfügendes Subjekt „ihres“ Vollzugs angesehen werden kann. Es drängt sich dann vielmehr die Schlußfolgerung auf, daß sie als eine nur noch mehr oder weniger gleichberechtigte Partnerin in einem Geflecht oder „Netzwerk“ von Verhandlungsbeziehungen wahrgenommen werden muß, in denen die tradierten Leitunterscheidungen der Dogmatik nicht mehr recht greifen können und die Grenze zwischen staatlicher und gesellschaftlich-privater Sphäre allmählich verschwimmt.²⁵ Am speziellen Fall des Verwaltungsvollzugs zeichnet sich hier eine Tendenz zur Entgrenzung, zur Auflösung einer normativ befestigten Einheit, zum Kohärenz- und Identitätsverlust ab, von der das politische System und sein Staat – als Repräsentanz und Selbstbild dieses politischen Systems – insgesamt betroffen sind.²⁶

23 Vgl. *Morlok*, Selbstverständnis, S. 335: „Angesichts der tatsächlichen Disparität und Verselbständigung gesellschaftlicher Teilbereiche kann die friedensstiftende und orientierungsgibende Aufgabe des Staats weniger als früher dadurch erfüllt werden, daß aus eigener Autorität mit Mitteln des Rechts der Gesellschaft Ordnungsmuster oktroyiert werden. Verhandlungsprozesse – siehe etwa die Diskussion um den „Verwaltungsmittler“ –, überhaupt Formen der kooperativen Rechtsfindung, sit venia verbo, sind, ob man dies wünscht oder nicht, unausweichlich.“ Der aus „eigener Autorität“ gespeiste staatliche „Oktroy“ – positiv gewendet: das demokratisch legitimierte und im rechtsstaatlichen Verwaltungsvollzug implementierte Parlamentsgesetz – taugt also immer weniger als Mittel der Ordnungsstiftung, an seine Stelle tritt unausweichlich die „Verhandlung“.

24 Zu den aktuellen Bedeutungsebenen dieser Qualifikation vgl. *Hill*, Das hoheitliche Moment im Verwaltungsrecht der Gegenwart, S. 321 ff.

25 Vgl. *Grimm*, Wandel der Staatsaufgaben, S. 169 ff.; *ders.*, Staatsaufgaben, S. 628 f., 630 f.

26 Hierzu nochmals *Grimm*, Staatsaufgaben, S. 616 ff., 631 ff.; *ders.*, Verbände, Rdnr. 12; vgl. ferner etwa *Vesting*, Erosionen staatlicher Herrschaft, insbes. S. 27 ff.; *Ladeur*, Postmoderne

Im Zusammenhang dieser Entwicklungen konnte auch das dogmatische Verständnis des Verwaltungsvollzugs nicht unberührt bleiben. Die Diskussion seiner paradigmatischen Grundlagen und Leitkonstruktionen ist vor dem Hintergrund aktueller Befunde zu der sich wandelnden Vollzugspraxis unter gesteigerten Erklärungs- und Anpassungsdruck geraten. Eine Vielzahl typologisch schwer zu erfassender Verwaltungsaufgaben und ganz neuartige Formen ihrer Definition, Konkretisierung und Bearbeitung – in verselbständigten Verhandlungssystemen „zwischen“ Verwaltung und Verwaltungsumwelt – müssen in einem Vollzugsbegriff untergebracht werden, dessen Grundstruktur nach wie vor dem positivrechtlich ausgestalteten Leitbild der klassisch-hoheitlichen Eingriffsverwaltung nachgebildet ist. Und ebenso, wie die „paradigmatische Kraft des liberalen Ordnungsmodells ... schwächer geworden“ ist,²⁷ sind dabei auch die Kohärenz, das Differenzierungsvermögen und die Integrationskraft eines diesem Ordnungsmodell verhafteten Vollzugsbegriffs zunehmend stärkeren Belastungen ausgesetzt.

Insoweit kann sich die im Rahmen dieses Begriffs entfaltende Dogmatik überdies immer weniger auf eine empirisch gegebene Anschauung beziehen, die sich mehr oder weniger unmittelbar, jedenfalls aber ohne größeren analytischen Aufwand in einen Zusammenhang von Rechtsbegriffen übersetzen ließe, der dann seinerseits durch die selbsterklärende Beständigkeit seines empirischen Substrats gewissermaßen immer schon vorweg belegt und vorstrukturiert wäre. Vor allem sind die neuen Praxisformen und Operationsstile des Verwaltungsvollzugs, die dessen herkömmlichen Begriff bis an die Grenzen seiner Belastbarkeit beanspruchen, zwar nicht durchgängig und in gleichem Ausmaß, aber doch jedenfalls typischerweise durch die Merkmale der Informalität und gesteigerten Vertraulichkeit gekennzeichnet. Der Verwaltungsvollzug wird dabei undurchsichtiger. Seine zunehmende Intransparenz erschwert nicht nur die verwaltungswissenschaftliche Forschung, sondern auch die Rekonstruktion und Vereinheitlichung der Vollzugsdogmatik erheblich. Was die spezifische Tätigkeit der „vollziehenden Gewalt“ im Sinne des Art. 20 Abs. 2 und 3 GG, was also den staatlichen Verwaltungsvollzug im Verhältnis zu anderen staatlichen Funktionen auszeichnet, anhand welcher Kriterien er gegen diese Funktionen abzugrenzen ist,²⁸ worin seine begriffswesentlichen Merkmale zu sehen sind und wie er vor allem schließlich auch in diffusen Überschneidungsbereichen noch ein eigenständiges Profil gegenüber gesellschaftlicher Mitverantwortung, „kondominalen“ Strukturen²⁹

Verfassungstheorie, S. 313 f., 315 ff.; sowie auch *Breuer*, Bürokratie und Charisma, S. 80 ff., 188 ff., 193 f.

27 *Hoffmann-Riem*, Flexibilität und Innovationsoffenheit, S. 10.; ähnlich auch *Ellwein*, Norm, Normalität und das Anormale, S. 19 ff.

28 Wobei eine bloß negative Abgrenzung in Anwendung der sog. „Subtraktionsmethode“ kaum ausreichend sein dürfte; vgl. *Maurer*, Verwaltungsrecht, Rdnrn. 5 f.

29 Unter den Begriff des „Kondominiums“ sucht *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, S. 88 ff. m. w. N., verschiedene Erscheinungsformen des

oder gesellschaftlicher Selbstregulation bewahren kann – dies alles läßt sich nicht mehr einer im wesentlichen bekannten und auch stabilen Empirie ohne weiteres ablesen, sondern bedarf im Hinblick auf eine sich ebenso tiefgreifend wie schnell und offenbar unaufhaltsam verändernde Vollzugswirklichkeit erst noch der näheren Aufklärung. Sie wiederum kann nur im Rahmen einer die Analyse leitenden dogmatischen Vollzugskonzeption erfolgen, die dabei freilich ihrerseits von Grund auf überprüft werden müßte. Das gleiche gilt für die unterschiedlichen neuen Verlaufsformen eines „kooperativen“, „konsensuellen“ oder „informalen“ Verwaltungsvollzugs. Auch sie sind in der derzeit verfügbaren Theorie und Dogmatik des Verwaltungsrechts noch längst nicht zureichend erschlossen. Auch sie müßten in einem spezifisch verwaltungsrechtlichen – also nicht primär verwaltungs- oder sozialwissenschaftlich ausgerichteten – Blickwinkel erst noch identifiziert, systematisiert, strukturiert sowie endlich und vor allem einem Grundmodell eingepaßt werden, das in der Beobachtung des Verwaltungsvollzugs dessen verfassungsrechtlich unterstellte Einheit wieder möglichst unverkürzt abbilden könnte.

3. Dogmatische Beobachtung und ihr Leitmodell

Die mit alldem einhergehende Vergewisserung über die Konsistenz, Präzision und Entwicklungsfähigkeit des aktuellen Vollzugsverständnisses sowie über dessen Eignung, eine stimmige, rechtsintern verwendbare und hinreichend überzeugungskräftige Beschreibung der Vollzugswirklichkeit zu ermöglichen, erfolgt vor allem in Operationen, die zum Aufgabenbereich der verwaltungsrechtlichen Dogmatik gehören. Gemeinsam ist allen solchen Operationen, daß mit ihnen bestimmte Formen und Praktiken des Verwaltens von anderen unterscheiden, unter normativen Gesichtspunkten in ihrer jeweiligen Besonderheit gekennzeichnet, in den Formenkreis der Verwaltungstätigkeit systematisch eingeordnet und so insgesamt zum Gegenstand einer ebenso programmgesteuerten wie methodisch disziplinierten rechtlichen Beobachtung gemacht werden.³⁰ Diese von der

„kooperativen“ Staates zusammenzufassen; schärfere Konturen und eine dogmatisch anschließfähige Binnenstruktur erlangt der Begriff bei *Jestaedt*, Demokratieprinzip, Kap. 1–3 (insbes. S. 76 ff., dort in Fn. 207 auch zur Begriffsgeschichte des Topos „Kondominium“): Kondominalverwaltung als Inbegriff aller Erscheinungsformen gruppenpluralistischer Teilhabe an Administrativentscheidungen, als „Verschmelzung“ (aaO., S. 120) privaten (Gruppen-)Sachverstandes, gesellschaftlicher Partikularinteressen und Verwaltungsfunktionen in öffentlich-rechtlich organisierten Handlungseinheiten, denen das Instrumentarium hoheitlichen Handelns zur Verfügung gestellt wird.

30 Vgl. etwa *Schmidt-Aßmann*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, S. 533, zu der „Lehre“ von den administrativen Handlungsformen: „Verbindung von Formungsidee und Systemidee“.

Rechtswissenschaft, den Gerichten und den Verwaltungsbehörden selbst durchgeführte Beobachtung kann nicht voraussetzungslos stattfinden. Wie jede andere Beobachtung auch³¹ muß sie, um überhaupt in Gang kommen zu können, nicht nur eine grundlegende Leitunterscheidung – hier diejenige zwischen rechtmäßig und rechtswidrig – sowie einige weitere, hieran anknüpfende Folgeunterscheidungen – im vorliegenden Kontext etwa diejenigen zwischen Programmierung und Vollzug, zwischen Verfahren und Entscheidung, zwischen Rechtsbetroffenheit und allgemeinem Bürgerstatus, zwischen staatlicher Letzt- und gesellschaftlicher Mitverantwortung – als unverfügbar gegeben voraussetzen. Sie muß darüber hinaus vor allem von einigen hinreichend instruktiven Annahmen über ihren Gegenstand ausgehen, die diesen schon vorgängig zum Objekt der Beobachtung bestimmen. Man ist beispielsweise vorverständigigt darüber, daß Vollzugsentscheidungen gesetzlich angeleitet sind und anhand normativer – spezieller einfachrechtlicher sowie allgemeiner verfassungsrechtlicher – Vorgaben kontrolliert werden können, daß sich die Voraussetzungen und die Wirkungen der Vollzugsentscheidung aufeinander beziehen, daß dieser Zusammenhang im Verfahren der Verwaltungsentscheidung abgeklärt wird, daß dieses Verfahren deshalb als realer – nicht bloß symbolischer – Kommunikations- und Informationsprozeß ablaufen muß und daß schließlich dann, wenn sich diese Annahmen im Einzelfall nicht oder nur zum Teil bestätigen, ein fehlerhafter, nicht aber überhaupt kein Verwaltungsvollzug vorliegt. So erst wird es der dogmatischen Beobachtung des Verwaltungsvollzugs möglich, sich einerseits ihres Objektfeldes zu vergewissern und sich andererseits selbst als einen von ihrem Gegenstand unterschiedenen Vorgang in spezifischer Weise auf diesen zu beziehen.³² Darüberhinaus beinhaltet diese Zurichtung der dogmatischen Beobachtung durch erwartungsbindende und -stabilisierende Vorannahmen aber auch erste Selektions-, Orientierungs- und Strukturierungsleistungen, die das Vollzugsgeschehen selbst betreffen. Noch bevor dessen genauere rechtliche Analyse überhaupt beginnen kann,

31 Der hier in Bezug genommene Begriff der Beobachtung als Einheit von Unterscheiden und Bezeichnen ist in den „Laws of Form“ von *George Spencer Brown*, Neudruck New York 1979, erstmals ausgearbeitet worden; er wird aufgenommen und ausführlich erörtert bei *Luhmann*, Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts, S. 13 ff., 16 ff.; *ders.*, Wissenschaft, Kap. 2, insbes. S. 75 ff.; *ders.*, Kunst, S. 92 ff., 97 ff.; zusammenfassende Überblicke findet sich bei *Willke*, Systemtheorie II, S. 12 ff., 22 ff.; *Nassehi*, Zeit der Gesellschaft, S. 227 ff., 323 ff.; *Kneer*, Rationalisierung, Disziplinierung und Differenzierung, S. 340 ff.; speziell zu den verschiedenen Ebenen und multiplen Perspektiven einer dementsprechen konzipierten „Verwaltungsbeobachtung“ *Dammann/Grunow/Japp*, Theorie der Verwaltungswissenschaft, S. 242 f. m. w. N.

32 Man kann deshalb etwa durchaus von einer „reflexiven Wirkung der Handlungsformenlehre für den Verwaltungsstil und das Verwaltungsverständnis sprechen“, so *Schmidt-Aßmann*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, S. 534; zu den epistemologischen Grundlagen vgl. *Kneer*, Rationalisierung, Disziplinierung und Differenzierung, S. 342 mit Fn. 33.

liegt so schon in wesentlichen Umrissen fest, was künftig als eine jedenfalls vorderhand zu unterstellende „Normalität“ der Vollzugspraxis zu gelten hat.³³

Im übrigen bleibt noch hervorzuheben, daß der hier zugrunde gelegte Beobachtungsbegriff weder, wie es das Alltagsverständnis von „Beobachtung“ nahelegen könnte, auf bestimmte Bewußtseinsaktivitäten verweist noch überhaupt bei einer im Subjekt-Objekt-Schema gründenden oder mit der „ontologischen“ Unterscheidung Sein/Nichtsein arbeitenden erkenntnistheoretischen Tradition anknüpft. Dieser Begriff ist vielmehr strikt formal angelegt. Er erfaßt jede beliebige Weise des Unterscheidens/Bezeichnens, das dann als Operation seinerseits wieder beobachtet werden kann. Er hebt die Unabgeschlossenheit jeder Beobachtung hervor, deren Unterscheidungen an vorgängige Unterscheidungen anschließen und nachfolgende Unterscheidungen ermöglichen bzw. offenhalten. Insbesondere aber beharrt dieser Beobachtungsbegriff darauf, daß die je gewählten Unterscheidungen/Bezeichnungen stets nur in der Beobachtung selbst gewählt, dieser also nicht etwa „von außen“ aufgezwungen werden können. Die Beobachtungstheorie, der ein so gefaßter Beobachtungsbegriff zugrunde liegt, wird dann nicht nur gegen jede Ontologie für einen mehr oder weniger strikt durchgehaltenen Konstruktivismus optieren, sondern ihre Aufmerksamkeit auch von der Form der Einheit auf die Form der Unterscheidung verlagern, sie wird immer zugleich auch Differenztheorie sein müssen.³⁴ Die Dogmatik des Verwaltungsvollzugs, die sich auf der Grundlage eines solchen Beobachtungsbegriffs ihres eigenen Tuns, also insbesondere des internen Zusammenhanges ihrer Operationen zu vergewissern sucht, wird vor allem einer Erkenntnis nicht mehr ausweichen können. Sie wird sehen, daß es „den Verwaltungsvollzug“ als ein außerhalb ihres Zugriffs und unabhängig von diesem existierendes Erkenntnisobjekt nicht geben kann. Zwar gibt es Menschen und Organisationen, die in Rollen und Kommunikationsnetzwerken mehr oder weniger planmäßig Zeit, Geld und Sachmittel sowie andere Menschen und Organisationen auf die Erreichung je bestimmter Ziele verwenden, die dabei gelobt oder kritisiert werden sowie sich zu rechtfertigen suchen und die manchmal sogar bestrebt sind, zu einem allgemeinen Begriff ihres Tuns und letztlich sogar zu einer Theorie zu gelangen, in der jenes Tun ebenso reflektiert werden könnte wie die Reflexion dieses Tuns. Dies alles kann aber weder im Ganzen noch in seinen Teilen selbst schon, also gewissermaßen aus sich selbst heraus oder an sich, „Verwaltungsvollzug“ sein. Dieser „entsteht“ im genauen Sinn des Wortes erst, wenn die

33 Vgl. *Ladeur*, Gesetzesvollzug, S. 341 f.; *Ellwein*, Norm, Normalität und das Anormale, S. 19, 25 ff.; eine „epistemologische Bindung der Jurisprudenz an die »Normalität«“ erkennt und erörtert sorgfältig *Kondylis*, Jurisprudenz, Ausnahmezustand und Entscheidung, S. 332 f., 339 f. u. öft. (in kritischer Auseinandersetzung mit dem *Schmittschen* Begriff des Ausnahmezustandes).

34 So *Dammann/Grunow/Japp*, aaO., unter Verweis auf *Gripp-Hagelstange*, Was ist ein „differenztheoretischer“ Ansatz?, pass.

rechtswissenschaftlich angeleitete und empirisch informierte Dogmatik den Vollzugsbegriff zur Unterscheidung und Bezeichnung verwendet. Sie allein ist Schöpferin dieses Vollzugs, den es ohne sie und ihr unterscheidendes und bezeichnendes Beobachten nicht geben könnte.

Insoweit sie also bestimmte Leitunterscheidungen immer schon voraussetzen und ihren Objektbereich in einigen grundlegenden, dabei aber stets selbstgewählten und -gesetzten, Annahmen schon vorweg umreißen muß, beginnt auch und gerade die dogmatische Beobachtung des Verwaltungsvollzugs unvermeidlich im Modus der Unterstellung und einer jedenfalls vorderhand noch ungeprüft bleibenden Geltungsbehauptung. Um überhaupt zu ihrem Gegenstand finden zu können, muß diese Beobachtung immer schon von dem eben erwähnten „Normalfall“ *ausgehen*. Zwar nutzt die Analyse dabei zur Plausibilisierung ihrer Ansätze und ersten Entwürfe durchaus auch den speziellen Bedeutungsüberschuß, den jede Normalitätsauszeichnung ihrem Gegenstand mitteilt: für das, was als normal gilt, spricht auf den ersten Blick stets eine Vermutung gesteigerter Wirklichkeitsnähe. Bei genauerem Zusehen läßt sich der Normalfall, von dem die dogmatische Beobachtung ausgehen muß, jedoch keineswegs als möglichst punktgenaue Widerspiegelung einer externen Vollzugswirklichkeit begreifen, die dann ohne weitere Umstände als normativ geboten, erwünscht oder jedenfalls zulässig bewertet werden könnte. Die dogmatische Analyse kann einer solchen Realität niemals unvermittelt ansichtig werden. Sie muß diese immer erst noch selbst für sich entwerfen. Es handelt sich bei jenem Normalfall daher stets um eine erste, eigene und interne Konstruktion. Für deren Brauchbarkeit kann deshalb dann, wenn es erstmals auf sie ankommt, der Maßstab möglichst großer Wirklichkeitsnähe noch gar nicht sinnvoll anwendbar sein. Vielmehr wird sich die Eignung und Bedeutung jeder derartigen Konstruktion dann zunächst allein danach bestimmen lassen, ob und inwieweit sie dem weiteren Fortgang der dogmatischen Analyse eine hinreichend breite und tragfähige Grundlage verschafft. Auch hierfür steht zunächst nur ein internes Kriterium zur Verfügung. Die Operationsgrundlage der Dogmatik muß Beobachtungsperspektiven eröffnen und zugänglich machen, innerhalb deren dann schließlich die „grundlegenden Schutz- und Bewirkungsaufträge des Verwaltungsrechts“³⁵ erst expliziert, fortentwickelt und immer wieder neu adäquat beantwortet werden können.

Die Unvermeidlichkeit beobachtungsleitender Vorannahmen bedeutet freilich nicht, daß Annahmen solcher Art in jeder Analyse konkreter Vollzugsprozesse auch ausdrücklich offengelegt werden müßten. Sie lenken deren Beobachtung vielmehr regelmäßig nur indirekt-mittelbar und können dann etwa erst aus dem Zuschnitt des jeweiligen Beobachtungsfeldes, aus der Problemauswahl und -beschreibung oder aus der Eingrenzung möglicher Lösungsstrategien erschlossen werden. Sie bleiben normalerweise im Schatten der Operationen, in denen

35 Schmidt-Aßmann, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, S. 534.

die rechtliche Beobachtung des Verwaltungsvollzugs vorankommt. Dieser Schatten kann jedoch bei Bedarf durchaus auch aufgehellt werden – wenn nämlich die Beobachtung unsicher wird, den zugänglichen Teil ihres Relevanzspektrums selbst als zu eng erfährt oder im Hinblick auf ihre Selektivität von dritter Seite als verzerrend kritisiert wird. Dann wendet sich die rechtliche Beobachtung auf sich selbst zurück und den Prämissen zu, die ihren Blickwinkel und ihr Objektfeld präformieren.³⁶ Die Diskussion dieser Prämissen kann deren Validität und Fruchtbarkeit erneut bekräftigen. Sie kann aber auch zu dem Ergebnis gelangen, daß einige oder sogar alle beobachtungsleitenden Annahmen nur noch eingeschränkt oder überhaupt nicht mehr dazu taugen, den Rahmen der Beobachtung und die Ausrichtung ihrer Operationen vorzugeben.³⁷ Die rechtsinterne Beobachtung der dogmatischen Analyse des Verwaltungsvollzugs wird, wenn sie festgehalten werden, also als Selbstbeobachtung und -beschreibung reflektiert werden kann, so zur Voraussetzung der systemischen (Selbst-)Veränderung, der internen Neubestimmung grundlegender Systemstrukturen innerhalb der verwaltungsrechtlichen Dogmatik.³⁸ In jedem Fall aber muß dann zunächst das operative „Setting“ der Beobachtung geklärt werden. Aus normalerweise abgeschatteten Hintergrundannahmen muß sich ein ausreichend deutlicher Begriff des Beobachtungsgegenstandes ergeben. Dessen Kern wiederum bildet dann ein erster Entwurf bzw. ein theoretisches Modell des Verwaltungsvollzugs, dessen Eignung als Operationsgrundlage der Beobachtung³⁹ in deren weiterem Fortgang dann freilich immer wieder thematisiert und überprüft werden muß.

Ein solches Modell verfährt also nicht etwa in dem Sinne empirisch, daß es die tatsächlich operativ wirksamen Determinanten, Routinen und Restriktionen des Verwaltungsvollzugs auf einen zusammenfassenden Begriff brächte. Es handelt sich vielmehr um eine Art strategischen Entwurf, der die Selbst- und Fremd-

36 Das herkömmliche juristische Verständnis setzt diesen Wechsel der Beobachtungsrichtung mit dem Schritt von der Dogmatik zur Theorie gleich, so für den Grundrechtsbereich besonders deutlich *Böckenförde*, Verfassungsinterpretation, S. 82 ff.; *ders.*, Grundsatznormen, S. 185 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Skizze eines spezifisch „arbeitsteiligen“ Verhältnisses zwischen Theorie und Dogmatik bei *Morlok*, Verfassungstheorie, S. 128 ff., 156 ff.; für die Verwaltungsrechtswissenschaft vgl. *Hoffmann-Riem*, Flexibilität und Innovationsoffenheit, S. 11, 13 ff.

37 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Flexibilität und Innovationsoffenheit, S. 11 („Verunsicherung ihrer Selbstverständlichkeiten“).

38 Zu dem Zusammenhang zwischen Selbstbeobachtung, Selbstbeschreibung und Selbstbestimmung sinnhaft prozessierender Systeme näher *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 60 ff., 478 ff.; sowie – gegen *Luhmann* das in diesem Zusammenhang freigesetzte „Moment der nicht-beherrschbaren Emergenz des qualitativ Neuen“ stärker betonend – *Ladueur*, Postmoderne Rechtstheorie, S. 129 ff.; ferner *Vesting*, Sprengkraft des Heterogenen, insbes. S. 95.

39 Ähnlich wohl auch *Schmidt-Aßmann*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, S. 534, für die Handlungsformenlehre als „Kernstück des allgemeinen Verwaltungsrechts“: hinter ihr stehe „die durch Art. 20 Abs. 3 GG erhärtete Überzeugung, daß die Verwaltung insgesamt an bestimmte durchgängige Rechtsprinzipien gebunden ist, die sich nach einem weitgehend einheitlichen Modell in allen Bereichen umsetzen lassen.“

beobachtung des Vollzugs weitgehend unabhängig davon anzuleiten sucht, ob und in welchem Ausmaß er tatsächlich verwirklicht wird.⁴⁰ So erst kann die modellgesteuerte Beobachtung „abweichende“ Entwicklungen in ihrem Gegenstandsbereich – der Vollzugspraxis – ausmachen, auf der Differenz beharren (fremdreferenzielle Reaktion) oder eine Anpassung des Modells ins Auge fassen (selbstreferenzielle Reaktion). Es ist dieses Vollzugsmodell, das in Art. 20 Abs. 2 GG ebenso vorausgesetzt wie von Verfassungen wegen immer wieder neu⁴¹ in den Mittelpunkt jedes Paradigmas⁴² einer demokratisch legitimierten und rechtsstaatlich disziplinierten Verwaltung gerückt werden muß. Ob, in welchem Umfang und mit welchen dogmatischen Weiterungen sich ein solches Paradigma den neuen und vorderhand nur schwer einzuordnenden Verwaltungsaufgaben und Vollzugsformen öffnen kann, hängt maßgeblich von der Ausgestaltung des Vollzugsmodells ab, in dem dieses Paradigma seine einheitsstiftende Mitte findet.

4. Erkenntnisinteresse und Gang der Untersuchung

Vor dem eben rekapitulierten erkenntnistheoretischen Hintergrund kann es nicht überraschen, daß der folgenden Untersuchung ein in erster Linie normativ-dogmatisches Erkenntnisinteresse zugrunde liegt. Die Untersuchung zielt auf ein zeitgemäß fortentwickeltes dogmatisches Verständnis des Verwaltungsvollzugs und in diesem Zusammenhang dann vor allem auf die Frage nach der dogmatischen Bedeutung, die den Verhandlungssystemen im Verwaltungsvollzug als den wichtigsten jener eingangs erwähnten neuen Vollzugsformen zuzuweisen ist. Im Mittelpunkt der Untersuchung steht deshalb die Prüfung, ob und in welchem Umfang ein dogmatisch brauchbares Vollzugsmodell die neuen Vollzugsformen und -praktiken berücksichtigen und vielleicht sogar wieder in einem umfassend-einheitlichen Begriff des Verwaltungsvollzugs zusammenführen kann. Ein sol-

40 Vgl. *Offe*, Rationalitätskriterien und Funktionsprobleme, S. 471. Ferner auch *Schmidt-Aßmann*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 13 m. w. N.: in der systematischen Rekonstruktion verschränken und verdichten sich Vorverständnisse und Grundannahmen des zeitgenössischen Verwaltungsrechts zu einem fundierenden „Ordnungsmodell“. Insoweit die Vollzugspraxis „von der Staatstheorie mitunter nur aus der Fernsicht der generalisierenden Theorie und vom Verwaltungsrecht nur durch mikroskopische Einzelausschnitte wahrgenommen“ wird (*Wolf*, Konfliktmanagement im »hoheitsreduzierten« Staat, S. 132), sucht dieses Modell dann gewissermaßen eine mittlere Abstraktionshöhe einzunehmen.

41 Die Historizität eines solchen Vollzugsmodells betont zu Recht *Ladeur*, Gesetzesvollzug, S. 349 f.

42 Hier verstanden als wissenschaftliches Grundmodell, das den Objektbereich der Forschung umreißt und deren Erkenntnisinteresse bindet bzw. auslenkt; dazu im vorl. Zusammenhang *Ellwein*, Norm, Normalität und das Anormale, S. 19; grundlegend zum Begriff des Paradigmenwechsels *Kuhn*, Struktur wissenschaftlicher Revolutionen; vgl. ferner *ders.*, Begriff des Paradigmas, S. 389 ff.

ches Leitmodell muß freilich mit einem interdisziplinär interessierten Blick auf die derzeitigen Realbedingungen des Verwaltungsvollzugs vielfach erst noch rekonstruiert werden, und es ist nicht ausgemacht, daß das Erfordernis der internormativen Konsistenz einerseits und das der möglichst hohen empirischen Responsivität andererseits noch in ein spannungsfreies Verhältnis zueinander gebracht werden können. Letztlich geht es hierbei darum, die Reichweite und Unterscheidungskraft der dogmatischen Beobachtung des modernen Verwaltungsvollzugs zu ermitteln.

Im einzelnen wird sich diese Prüfung zunächst des beobachtungsleitenden Modells zu vergewissern haben, anhand dessen die Vollzugsrealität in ihren drei miteinander verbundenen Dimensionen der Programmierung, des Verfahrens und der Entscheidung dogmatisch wahrgenommen wird. Sodann wird sie besonders auf etwaige Brüche, Inkonsistenzen und Doppeldeutigkeiten achten müssen, die im Zuge einer verwaltungs- und sozialwissenschaftlich bemühten Rekonstruktion des Vollzugsmodells sichtbar werden könnten. Es ist mit „blinden Flecken“ in der modellgeleiteten Beobachtung des Verwaltungsvollzugs zu rechnen, in denen zentrale Grundfragen der modernen Vollzugsdogmatik dann nicht mehr expliziert, sondern nur noch mehr oder weniger erfolgreich verdrängt werden könnten. Und es muß die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, daß informale, verhandlungsbasierte Vollzugsformen ihren systematischen Ort in genau diesen Dunkelstellen der dogmatischen Beobachtung finden könnten, in denen neue Realbedingungen des Verwaltungsvollzugs dessen überliefertes Paradigma zu sprengen drohen.

Die bis hierhin zusammengestellten Befunde sollen schließlich eine hinreichend tragfähige Grundlage für die Diskussion der Frage ergeben, ob informale Verhandlungssysteme im Verwaltungsvollzug überhaupt noch einer demokratisch legitimierten, grundrechtssichernden und rechtstaatlich disziplinierten Steuerung unterworfen werden können. Erforderlichenfalls muß auch nach den Folgerungen für das verfassungsrechtlich aufgegebene Projekt einer demokratisch-rechtsstaatlichen Zivilisierung des Vergesellschaftungsprozesses gefragt werden, die sich dann ergeben, wenn diese Frage verneint werden muß. Im Rahmen dieser Diskussion wiederum ist dem in seinem Ursprung realanalytisch gefaßten, also nicht schon von vornherein normativ zugespitzten, Begriff der Kooperation im Verwaltungsvollzug besondere Aufmerksamkeit zuzuwenden. Es ist dieser Begriff, in dem sich sozialwissenschaftliche Empirie und juristische Dogmatik, Realanalyse und normative Rekonstruktion überschneiden, in dem sie sich ergänzen und zum Teil fusionieren. Wie weit aber kann dieser Begriff wirklich tragen? Kann er auch bei genauerem Zusehen noch die Schwundformen normativer Steuerung und Legitimation ausgleichen, mit denen in den aktuellen Referenzgebieten des modernen Verwaltungsvollzugs offenbar zunehmend zu rechnen ist?

II. Die Struktur des Vollzugs

Die Grundstruktur des herkömmlichen Vollzugsmodells, das die von *Otto Mayer* maßgeblich beeinflusste liberal-rechtsstaatliche Tradition aufnimmt und bei dem die verwaltungsrechtliche Dogmatik auch heute noch ihren Ausgang findet, erscheint einfach und übersichtlich. Sie besteht aus den Beziehungen zwischen drei Grundelementen: dem Programm, das den Gegenstand des Vollzugs darstellt, zugleich aber auch dessen Richtung und Grenzen vorgeben soll, der Entscheidung, die den Vollzugsprozeß beendet und es ermöglichen soll, ihn als abgeschlossene Einheit dem staatlichen Akteur zuzurechnen, sowie schließlich dem Verfahren, das die Prozeßdimension des Vollzugs erfaßt und deren rechtliche Durchdringung sicherstellen soll. Damit allein ist die heute maßgebliche Gestalt des Vollzugsmodells der verwaltungsrechtlichen Dogmatik freilich bei weitem noch nicht vollständig nachgezeichnet. Ihre Umrisse zeigen sich erst in einer genaueren Rekonstruktion der Beziehungen zwischen den Modellelementen. Diese Rekonstruktion hat dann auch und vor allem die „Realbedingungen“ zu berücksichtigen, unter denen und auf die hin eine modellgeleitete dogmatische Beobachtung des Verwaltungsvollzugs heute stattfinden muß. Die Wirklichkeitsnähe und Realitätstauglichkeit des Modells, also seine Eignung, die dogmatische Beobachtung des Verwaltungsvollzugs zuverlässig auf dessen tatsächliche Befindlichkeit einzustellen, hängt entscheidend davon ab, ob und in welcher Weise jene Realbedingungen innerhalb des Modells reflektiert werden. Freilich darf diese Reflexion nicht als eine neutrale, umfassende und punktgenaue Widerspiegelung der Vollzugswirklichkeit verstanden und erwartet werden. Das Vollzugsmodell kann seine beobachtungsleitende Funktion nur erfüllen, wenn es Normativität und Empirie vermittelt. Es hat mit anderen Worten der vorfindlichen normativen Ausgestaltung seiner drei Elemente und der Beziehungen zwischen diesen ebenso Rechnung zu tragen, wie es für die veränderliche Empirie im jeweiligen Bezugsbereich von Programm, Entscheidung und Verfahren empfindlich bleiben muß.

Diese beiden Anforderungen beschreiben ein Verhältnis wechselseitiger Bedingtheit. In der durch das Vollzugsmodell vorgezeichneten Perspektive stellt sich die Vollzugswirklichkeit stets schon als normativ gebrochen dar, stets schon wird sie im Filter normativer Vorgaben wahrgenommen. Zugleich aber erweisen sich der „Brechungsindex“ dieses Filters und damit die Richtung und Intensität der durch ihn bewirkten Auslenkung der dogmatischen Beobachtung auch als

bereits empirisch vorgeprägt. So wird etwa eine nähere Bestimmung der Beziehungen zwischen Programm, Entscheidung und Verfahren heute kaum noch befriedigen können, die den empirisch offenkundigen Tatbestand weitgreifender Kooperationen zwischen Verwaltung und Verwaltungsumwelt nicht von vornherein mit in Rechnung stellt – und zwar als ein durchaus konstitutiv gewordenes Merkmal des Vollzugsbegriffs. Andererseits können diese Kooperationsverhältnisse im Blickwinkel des Vollzugsmodells nur Anerkennung finden, wenn und soweit sie sich in die Feinstruktur der normativen Zuordnung von Programm, Entscheidung und Verfahren einpassen lassen. Die Rekonstruktion eines auf seine aktuellen Realbedingungen eingestellten und so gewissermaßen modernisierten Vollzugsmodells kann sich also nicht in einer bloßen Anpassung an diese Bedingungen erschöpfen. Sie muß vielmehr den Horizont umreißen, innerhalb dessen ein praxisgerechtes dogmatisches Verständnis des modernen Verwaltungsvollzugs aus der gelingenden Vermittlung von Normativität und Empirie entwickelt werden kann.¹ Das heißt jedoch auch, daß sie dabei auf Grenzen stoßen könnte, jenseits derer der Vollzug zu Formen findet, die seiner modellgeleiteten dogmatischen Beobachtung nicht mehr zugänglich sind.

1. Programmierung

In der Beobachtungsperspektive, die sich der dogmatischen Analyse im Rahmen ihres herkömmlichen Leitmodells eröffnet, erfüllt die öffentliche Verwaltung der Bundesrepublik Deutschland staatliche Aufgaben, die ihre Ausrichtung und nähere Beschreibung zunächst in politischen Programmen finden. Nach dem Durchgang durch die institutionalisierten Filter der demokratischen Meinungs- und Willensbildung² werden diese Programme dann ihrerseits der Verwaltung in der Form fachgesetzlicher Vorgaben normativ zur Verwirklichung aufgegeben.³ Das allgemeine und das besondere Verwaltungsrecht erscheinen so als die bevor-

1 So in der Sache auch das Modernisierungsprogramm, das bei *Hoffmann-Riem*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Vorüberlegungen, S. 1381 ff., umrissen wird. Ein in diesem Sinn modernisiertes Vollzugsmodell könnte dann zur Reflexionsform einer umfassenden „Modernisierung des Vollzugs“ überhaupt werden, die *Ellwein/Hesse*, Der überforderte Staat, S. 199 ff., mit plausiblen Argumenten anmahnen.

2 Hierzu ausführlich *Schulze-Fielitz*, Gesetzgebung, insbes. S. 231 ff., 255 ff., 375 ff.; ferner *Dreier*, Verwaltung, S. 26 ff., 30 f.

3 In der Formulierung von *Dreier*, Verwaltung, S. 117: Gesetz als „Führungsmittel“, das für eine „sozialgestaltende Umsetzung und Realisierung der zu rechtlichen Normen geronnenen politischen Zielsetzungen Sorge zu tragen hat“; vgl. auch *ders.*, Zur „Eigenständigkeit“ der Verwaltung, S. 144 ff.; ähnlich bereits *Scheuner*, Gesetz als Auftrag, S. 551, 557 f., 562 ff.; ferner *Ossenbühl*, Quellen des Verwaltungsrechts, S. 60 (Gesetz als „Auftrag, in Recht transformierte politische Ziele zu verwirklichen“ [Hervorheb. i. Orig.]); *Zeh*, Vollzugskontrolle, S. 200 („Zwischenschritt der Verwirklichung politischer Programmatik“). Umgekehrt erscheint in dieser Perspektive dann nur folgerichtig und ohne weiteres einsichtig, ja geradezu zwingend,

zugten Medien der Verwaltungssteuerung durch den demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgeber. Schon der Begriff „Gesetzgeber“ legt dabei die Vorstellung eines zentralen und in sich geschlossenen Steuerungssubjekts nahe, die in der Perspektive neuerer demokratietheoretischer Konzepte, die sich um ausreichenden empirischen Gehalt bemühen, einigermmaßen sonderbar und wirklichkeitsfremd anmuten muß. Danach kann allenfalls von einer „Funktion Gesetzgebung“ gesprochen werden, die in sich wieder vielfach differenziert ist und in die sich ganz unterschiedliche Akteure teilen.⁴ Eine modellgeleitete dogmatische Analyse muß solchen Problemen freilich zunächst nicht näher treten. Für sie „gerinnt“⁵ Politik im Steuerungsmedium des Gesetzes zu zwar stets kontingent bleibenden, aber doch jedenfalls mittelfristig stabilen Ordnungsentwürfen, die der staatlichen Verwaltung die Ziele und Modalitäten ihres Einwirkens auf den Vergesellschaftungsprozeß normativ vorschreiben. Zwar haften einem Konzept programmgebundener Vollzugssteuerung, das in der Vorstellung eines Auftrags oder einer Aufgabe einmündet, von vornherein gewisse Unschärfen an.⁶ Zwischen der vorausgesetzten programmlichen Bindung der Verwaltung und den Definitions-, Konkretisierungs- und Gestaltungsbefugnissen, die der auf einen Auftrag verpflichteten Verwaltung eingeräumt werden müssen, besteht ein durchaus problemträchtiges Spannungsverhältnis. In ihm wird die „Legitimitätsvermutung von Legalität“ immer zweifelhafter und entstehen in der Folge Begründungs-, Rechtfertigungs- und Akzeptanzprobleme, die dann nur noch auf der Ebene der „Mikro-Politik“ im Verwaltungsvollzug abgearbeitet werden können.⁷ Schon konzeptionell liegt also die Erwartung fern, daß sich Programmbindung und Auftragsorientierung notwendig decken müßten. Diese geht vielmehr tendenziell über die von jener gezogenen Grenzen hinaus. Andererseits wird aber die Unschärferelation, die sich hieraus ergibt und die in dem Maße

daß es „der Idee zufolge und im Modell der öffentlichen Verwaltung keine *bindende* ‚Politik der Bürokratie‘“ (Hervorheb. i. Orig.) geben kann, so *Becker*, Verwaltung, S. 115.

4 Der politische Prozeß in der Bundesrepublik „vereinigt Elemente der Konkurrenzdemokratie, in der Parteien um die Gunst der Wähler kämpfen, des Elitenpluralismus, d. h. des Zusammenspiels von Vertretern der Parteien, der Verwaltungsführung und unterschiedlicher Interessengruppen im politischen Entscheidungsprozeß, und der Konkordanzdemokratie, in der Entscheidungen durch Verhandlungen vorbereitet werden“, so *Benz*, Kooperative Verwaltung, S. 50 m. w. N.

5 So die Formulierung von *Grimm*, Recht und Politik, S. 502; aufgenommen von *W. Schmidt*, Einführung, Rdnr. 327; *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, S. 69f.

6 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 47f.: „relative Offenheit des Gesetzes“, das gleichwohl „Auftrag und Grenze der Verwaltung“ sei, deren Organisation, Verfahren sowie Handlungsmittel regele und als „materielles Entscheidungsprogramm die Inhalte des Verwaltungshandelns determinieren“ wolle.

7 Vgl. *Benz*, Kooperative Verwaltung, S. 50ff., 52f.; mit Blick auf die Diskussion untergesetzlicher Rechtsetzung durch die Verwaltung ferner *Preuß*, Koreferat zu Klaus Lenk: Steuerung des Handelns von Verwaltern, S. 266 („Schwächung der Steuerungskapazität des Legaltätsprinzips“).

deutlicher wird, in dem die formellgesetzliche Regelungsdichte abnimmt,⁸ von der Ambivalenz des Auftrags- und des Aufgabenbegriffs offenbar hinreichend verdeckt. Wegen des direktiven Anspruches dieser Begriffe und der mit ihnen zugleich unterstellten Bindung wirkt sie jedenfalls nicht derart anstößig, daß sie sofort auch das Konzept insgesamt fragwürdig erscheinen lassen könnte.

Es bleibt deshalb im Rahmen eines solchen Konzepts zunächst auch weiterhin möglich, an der dogmatischen Erwartung festzuhalten, daß der Verwaltungsvollzug typischerweise gesetzlich programmiert ist und daß mit dieser Programmierung der klassische Rationalitätsanspruch des Gesetzes erfüllt wird.⁹ Bei dieser Erwartung kann wiederum die grundlegende Prämisse anknüpfen und Halt finden, daß jedenfalls für die Normalität des Verwaltungsvollzugs nach wie vor eine hinlänglich tragfähige Legitimationsgrundlage und damit eine Übereinstimmung von verfassungsrechtlichen Vorgaben¹⁰ und empirischer Praxis nicht nur vorauszusetzen ist, sondern auch tatsächlich besteht.¹¹ Und schließlich kann so für die Normallage auch unterstellt werden, daß die Unterscheidung zwischen dem Vollzug einerseits und der – verwaltungsinternen sowie extern-gerichtlichen – Vollzugskontrolle andererseits immer noch durch ausreichend steuerungswirksame¹² gesetzliche Kontrollmaßstäbe valuiert ist.¹³ Vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips und dessen verfassungsrechtlicher Positivierung durch Art. 20 Abs. 3 GG¹⁴ zeichnet das Leitbild einer programmgesteuerten Verwaltung so den Blickwinkel normativ vor, der dem Vollzugsmodell zugrunde liegt.

8 Vgl. *Krebs*, Rechtsetzung der Exekutive, S. 268.

9 Vgl. *B. Becker*, Verwaltung, S. 112ff. sowie §§ 27ff.; *Bull*, Verwaltungsrecht, Rdnrn. 17ff.; *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung, S. 6, 7ff. m. w. N., der zutreffend klarstellt, daß der Begriff des programmierten Vollzugs nicht auf das unterkomplexe „Subsumtionsmodell“ herkömmlicher Prägung abgebildet werden könne, sondern von vornherein Spielräume für eine eigenverantwortliche Gestaltung mit umfasse – freilich gerät damit auch das dann stets virulente Grundproblem des Verhältnisses von Gestaltungsfreiheit und Rechtsbindung auf die Agenda; ähnlich *Dreier*, Verwaltung, S. 124f., 163f., 165ff.; ferner *Schmidt-Aßmann*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 19, 47f. („Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“ könne heute zwar nicht mehr nach einem „strikten Gesetzesvollzugsmodell“ verstanden werden, bedeute aber immer noch eine „durchgängig ‚gesetzesdirigierte‘ Verwaltung“).

10 Zur „verfassungsrechtlich fundamentierten Idee der Präponderanz des Gesetzgebers“ s. *Dreier*, Verwaltung, S. 141f.

11 Vgl. *Dreier*, Verwaltung, S. 109ff., 116ff. m. w. N.

12 Über die rechtswissenschaftliche Konzeptualisierung von Kontrolle als durchaus auch zeit- und sachnah mitlaufende, insoweit „dynamisierte“ und prozeduralisierte „Steuerung“ des Vollzugs vgl. *Krebs*, Kontrolle, S. 4ff., 14ff., 27ff.; *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung, S. 392ff.; ferner auch *Thieme*, Binnen- und Außenkontrolle, insbes. S. 307; zur herkömmlichen Bestimmung von Kontrolle als nachträglicher „Vergleich“ eingehend *Brunner*, Kontrolle, S. 74ff. u. pass.

13 Vgl. *Stettner*, Grundfragen, S. 268f.

14 BVerfGE 35, 41 (47); 39, 128 (143); zu weiteren Konkretisierungen des Rechtsstaatsprinzips in der Verfassung – Art. 20 Abs. 2, Art. 1 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4 GG – und zu dem Erfordernis einer „Zusammenschau“ dieser Bestimmungen s. *Stern*, Staatsrecht I, § 20 II 3, III m. w. N.

a) Rahmenbedingungen und Formen

Freilich werden in diesem Blickwinkel unvermeidlich auch bestimmte Voraussetzungen und Rahmenbedingungen sichtbar, die das dogmatische Leitbild einer solchen Steuerung unter erheblichen Anpassungsdruck setzen. Sie können zu weiteren Differenzierungen, genaueren Abgrenzungen sowie konzeptionellen Innovationen im Rahmen des Vollzugsmodells und der von ihm angeleiteten Beobachtung Anlaß geben. So steht das Design der Programme, durch die exekutives Vollzugshandeln eingebunden und gesteuert werden soll, keineswegs vollständig zur Disposition des Gesetzgebers. Ob und gegebenenfalls wie die vorgeflich ins Auge gefaßten Politikziele im Fortgang der Programmentwicklung zu steuerungswirksamen gesetzlichen Vorgaben kleingearbeitet werden können, hängt von zahlreichen, höchst unterschiedlichen und über vielfältige Wechselwirkungen miteinander verknüpften Faktoren ab. Zu diesen gehören vor allem die stets veränderlichen Feinstrukturen des Gesetzgebungsprozesses¹⁵ sowie der jeweilige Stand der diesem vor- und eingelagerten, formellen und informellen, institutionalisierten und spontanen Aufklärungs-, Verhandlungs- und Kompromißfindungsverfahren.¹⁶ Für die Entwicklung und nähere Ausgestaltung der gesetzlichen Vollzugsprogramme sind ferner übergeordnete verfassungsrechtliche Vorgaben ebenso wie nicht-rechtliche, gleichwohl aber informal-bindende Verfassungsregeln von Bedeutung.¹⁷ Darüber hinaus werden sich schließlich auch Anpassungs- bzw. Anschlußzwänge bemerkbar machen, denen jedenfalls in einem einfachrechtlich schon strukturierten Politikfeld auf vielfältige und höchst unterschiedliche Weise Rechnung getragen werden muß.¹⁸

Indes ist der gesetzgeberische Programmierungsspielraum nicht allein durch solche im engeren Sinn politischen und rechtlichen Faktoren vorgeprägt. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Erfüllbarkeit einer grundlegenden Voraussetzung durchgängig als sicher unterstellt werden könnte. Es müßte zweifelsfrei feststehen, daß in der Zielstruktur des Programmvorhabens stets ein im wesentlichen bekannter, hinreichend beständiger und dem rechtlichen Zugriff schon deshalb auch prinzipiell verfügbarer Wirklichkeitsausschnitt lediglich abgebildet werden muß. Von einer solchen Voraussetzung kann heute nicht mehr ausgegangen werden.¹⁹ Die Programmierung ist ihrerseits in erheblichem Umfang

15 Vgl. hierzu und auch zum folgenden die materialreich abgesicherten Befunde bei *Schulze-Fielitz*, Gesetzgebung, S. 232 ff., 257 ff., 277 ff., 379 ff., 393 ff., 404 ff.

16 Hierzu näher *Lerche*, Vorbereitung grundrechtlichen Ausgleichs, S. 109 ff.

17 Zu Erscheinungsformen und Bedeutung dieser informellen Verfassungsregeln ausführlich *Schulze-Fielitz*, Der informale Verfassungsstaat.

18 Mit Blick auf das Umwelt- und Sozialverwaltungsrecht, die insoweit als „Referenzgebiete“ des besonderen Verwaltungsrechts immer wichtiger werden, hierzu näher *Schmidt-Aßmann*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 26 ff.

19 Zur unaufhaltsamen Erosion der klassischen „Prämissen des rechtsstaatlichen Steue-

dem fortlaufend beschleunigten Wandel ausgesetzt, dem ihre wissenschaftlichen – informationellen, szientifischen und epistemologischen²⁰ – und zeitlichen Realisationsbedingungen unterliegen. Sie steht unter dem immer stärker werdenden Druck, auf diesen Wandel und die mit ihm einhergehende Erfahrung zunehmender Ungewißheit, Kontingenz und Instabilität nach Möglichkeit schon vorgegriffen zu reagieren. Sie hat sich darauf einzustellen, daß das Programm unter typischerweise nur schwer absehbaren, mit Sicherheit aber stets veränderlichen Rahmenbedingungen umgesetzt und vollzogen werden muß. Vor allem aber muß sie immer häufiger dem Umstand Rechnung tragen, daß in einem großen und ständig wachsenden Teil ihrer jeweiligen Gegenstandsbereiche mit höchst komplexen, intern und extern vielfach vernetzten sowie wechselseitig aufeinander verweisenden Sach-, Problem- und Interessenbezügen zu rechnen ist.²¹ Deren Unübersichtlichkeit, Rekursivität²² und Beweglichkeit hat regelmäßig zur Folge, daß sie entweder überhaupt nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr schon im vorhinein vollständig und abschließend erfaßt werden können. Die gesellschaftliche Umwelt des politischen Systems, auf die hin die gesetzliche Programmierung

rungsmodells“ vgl. *Ritter*, Der kooperative Staat, S. 390 ff.; *ders.*, Recht als Steuerungsmedium, S. 70 ff.

20 Mit Blick auf das Umwelt- und Technikrecht hierzu näher *Preuß*, Risikoversorge, S. 532, 533 ff., 541 ff.: Auf dem derzeitigen Entwicklungsstand der wissenschaftlich-technischen Zivilisation sei jedes komplexe, mit der sozialen Umwelt interagierende und dabei nur noch schwer begrenzbar Risiken begründende Vorhaben ein „Prototyp“. Dann werde die Erwartung problematisch, daß sich durch die einheitliche Regelung einer Vielzahl gleicher oder ähnlicher Fälle gesellschaftliche Ordnung und Sicherheit stiften ließen; wo die Erzeugung unvorhersehbarer Ereignisse und unwahrscheinlicher Ereignisverknüpfungen als eine systematische Eigenschaft der gesellschaftlichen Entwicklung anzusehen sei, erscheine das überlieferte linear-kausale Erkenntnismodell unbrauchbar, das „epistemologisches Fundament des Gesetzes“ (ebd. S. 542) breche in sich zusammen. Vor allem mit dem Zerfall derart basaler Gewißheiten wird mittlerweile eine „neue Staatsaufgabe“ begründet, die auf die Schaffung einer „wissen-basierten Infrastruktur“ abzielen müsse, s. *Wilke*, Ironie, S. 262 ff. u. insbes. S. 293 ff., sowie *ders.*, Steuerungsfunktion, S. 699 ff., 702 ff.; weniger pessimistisch im Ausgangsbefund, jedoch ähnlich in den Konsequenzen *Bühl*, Situation der Zukunftsplanung, S. 551 ff. (selbständig institutionalisierte, integrierte Zukunftsforschung und -planung, evtl. in der Form eines „Wissenschaftlich-philosophischen Beratungssystems“). Vgl. ferner noch *Klages*, Steuerung des Wohlfahrtsstaates; *Ladewig*, Alternativen zum Konzept der „Grenzwerte“, S. 265 ff., 271 ff.; *Scherzberg*, Risiko als Rechtsproblem, S. 493 ff., 497 ff.; *Huber*, Die entfesselte Verwaltung, S. 438 ff.

21 Vgl. *Preuß*, Risikoversorge, S. 535 ff. m. w. N.; am Beispiel des Umweltverwaltungsrechts ferner *Schmidt-Aßmann*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 27 ff.

22 Die sich ihrerseits als eine Ausprägung jener „Reflexivität“ erklären läßt, die zu einem bestimmenden Merkmal der Moderne geworden ist; vgl. hierzu grundlegend *Giddens*, Konsequenzen der Moderne, S. 54 f.: diese Reflexivität bestehe „darin, daß soziale Praktiken ständig im Hinblick auf einlaufende Informationen über ebendiese Praktiken überprüft und verbessert werden, so daß ihr Charakter grundlegend geändert wird. ... Das Wissen der Akteure über die Formen des sozialen Lebens ist für alle derartigen Formen teilkonstitutiv“, sowie ebd., S. 108: „Unter Modernitätsbedingungen ist die Zukunft immer offen, und zwar nicht nur im Hinblick auf die normale Zufälligkeit der Dinge, sondern im Hinblick auf die Reflexivität des Wissens, mit Bezug auf das soziale Praktiken organisiert werden.“

des Verwaltungsvollzugs dessen Objektbereich eingrenzen, das Steuerungsziel und -anliegen vollzugsfähig beschreiben sowie die Steuerungspfade festlegen muß, kann in nahezu allen heute wichtigen Referenzgebieten des Verwaltungsrechts längst nicht mehr als stabil, im wesentlichen durchschaubar und deshalb auch prinzipiell kalkulierbar behandelt werden.

In der Begrifflichkeit der neueren Systemtheorie wird dies unter dem Stichwort der operativen Geschlossenheit gesellschaftlicher Funktionssysteme erörtert:²³ deren Bestand und Identität hängen davon ab, daß sie in ihren Operationen autonom gebildeten Rationalitätsstandards und Relevanzkriterien folgen, sich in selbstgesetzten Zeithorizonten orientieren und ihre Selbst- und Fremdwahrnehmung an je eigenen internen Modellen ausrichten können. In den funktional hochgradig differenzierten Gesellschaften der europäisch-okzidentalen Moderne²⁴ sind spezialisierte Funktionssysteme wie Politik und Verwaltung, Wirtschaft, Massenkommunikation, Gesundheits-, Sozial- und Erziehungssystem, Wissenschaft, aber auch etwa Religion oder Familie zwar in immer weiter ansteigendem Umfang auf Information aus der und über die Systemumwelt angewiesen. Zugleich sind sie aber auch operativ geschlossen – und müssen dies bei Strafe ihres Zerfalls auch bleiben. Der „grenzüberschreitend“-direkte regulative Durchgriff auf die systeminternen Operationsziele und -weisen erscheint dann in der sozialwissenschaftlichen Theorie als Rückfall hinter das erreichte Niveau der funktionalen Differenzierung. In der konkreten Steuerungspraxis erscheint er als ein außerordentlich heikles Unternehmen, das stets Gefahr läuft, unberechenbare dysfunktionale Folgeeffekte auszulösen oder am „Eigensinn“ des Zielsystems zu scheitern. Das bedeutet nun nicht zwangsläufig, daß eine programmierte Steuerung solcher Systeme von vornherein zum Scheitern verurteilt wäre. Indes sind die Gelingensbedingungen einer solchen Steuerung höchst ungewiß. Und umgekehrt muß jeder Versuch eines extern programmierten regulatorischen Eingriffs damit rechnen, in ein „regulatorisches Trilemma“ verstrickt zu werden, nämlich entweder irrelevant zu bleiben oder im Zielsystem desintegrierende Wirkungen auszulösen („Überlegalisierung“) oder desintegrierende (Rück-)Wirkungen im politischen System herbeizuführen („Überlastung“).²⁵ Im Hinblick hierauf erscheint es durchaus nachvollziehbar, daß Diagnosen dieser Art heute gemeinhin in

23 Vgl. zum folgenden *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 599ff., 623ff.; *ders.*, Wissenschaft, S. 28 ff., 276ff., 302ff., 622f.; *ders.*, Recht der Gesellschaft, S. 42ff.; *ders.*, Wirtschaft der Gesellschaft, S. 14ff., 48ff., 58ff., 330ff.; *Teubner*, Recht als autopoietisches System, S. 81ff., 87ff., 93ff.; *Willke*, Entzauberung, S. 49ff., 79f., 92ff., 119ff.; *ders.*, Ironie, S. 60ff., 128ff., 137ff., 191ff., 313ff.; jew. m. w. N.

24 Deren formierendes Organisationsprinzip in der durch die protestantisch-calvinistische Ethik aufgebrochenen Entwicklungsperspektive von traditionaler Wertrationalität auf kalkulierende Zweckerationalität umgestellt worden ist, vgl. *Weber*, Ethik I, S. 318ff.

25 Näher zu diesem Trilemma *Teubner*, Verrechtlichung, S. 313ff., insbes. S. 316; *ders.*, Das regulatorische Trilemma, S. 109f.; ferner etwa *Preuß*, Entwicklungsperspektiven, S. 367f.; *Finckh*, Regulierte Selbstregulation, S. 36ff.

der Forderung münden, den Staat weitestmöglich von der Verantwortung für eine ihn mittlerweile offenbar überfordernde Regelungsverantwortlichkeit zu entlasten.²⁶ Indes kann auch diese Forderung zu Problemen führen.²⁷ Damit ist jedenfalls dann zu rechnen, wenn – wie derzeit ganz überwiegend im politischen Diskurs, aber auch in weiten Teilen der rechtswissenschaftlichen Debatte – „Staatsentlastung“ im wesentlichen mit nahezu vollständiger Deregulation, Privatisierung, Kommerzialisierung und Vermarktung gleichgesetzt wird. Dann wird nämlich der Teufel Staatsüberlastung mit dem Beelzebub einer bestandskritischen gesellschaftlichen Entdifferenzierung ausgetrieben, insofern die Imperative einer superindustriellen Modernisierung und die Leitorientierungen, Leitmotive sowie Leitunterscheidungen des Wirtschaftssystems (Rendite/Verlust, Zahlung/Nichtzahlung, letztlich: Haben/Nichthaben) in alle anderen wesentlichen gesellschaftlichen Funktionssysteme einwandern, deren je besondere „Logik“ überlagern und so schließlich dazu führen, daß genau diejenigen Ressourcen aufgezehrt werden, deren das Wirtschaftssystem bedarf, ohne sie selbst reproduzieren zu können.²⁸

Unter derart schwierig und unübersichtlich gewordenen Rahmenbedingungen können Form und Typik der Programmierung nicht völlig unverändert bleiben. Die Richtung, die der zu erwartende Wandel nehmen wird, zeichnet sich deutlich ab. Wird diese Richtung beibehalten, dann ist zu erwarten, daß sich insbesondere eine bereits seit längerem zu beobachtende Entmaterialisierungstendenz weiter verstärken wird. Die dergestalt in den Vordergrund tretenden Programme werden aller Voraussicht nach immer häufiger darauf verzichten, gesellschaftliche Ordnung in substanzuell-inhaltsgesättigten Formulierungen zu beschreiben und in unmittelbar vollzugsfähigen Regelungen vorzuzeichnen. Sie werden eher die Bedingungen festzulegen suchen, unter denen diese Ordnung dann in den jeweiligen Regelungsfeldern selbst erst noch hergestellt werden muß²⁹ – wie dies in

26 Vgl. zu der hierbei ins Auge gefaßten „staatlichen Politik der Staatsentlastung“ etwa *Offe*, *Staatstheorie*, S. 317.

27 Vgl. im Überblick *Huber*, *Die entfesselte Verwaltung*, insbes. S. 430ff.

28 Vgl. dazu die eindringlichen und genauen Überlegungen bei *Dubiel*, *Fundamentalismus der Moderne*, S. 756ff.

29 Vgl. *Blankenburg/Krautkrämer*, *Ein Verwaltungsprogramm als Kaskade von Rechtsvorschriften*, S. 139f. („aspirative“ gesetzliche Programme). Zur tendenziellen Übernahme einer eigenen Programmierungsfunktion durch die staatliche Verwaltung vgl. etwa *Hegenbarth*, *Selbststeuerung der Verwaltung*, S. 130ff. m. w. N.; in verwaltungsrechtlicher Perspektive *Hill*, *Verfahren*, S. 191 („Selbstprogrammierung“ der Verwaltung); *Brohm*, *Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, S. 266f., 270f.; *ders.*, *Gesetzesanpassung*, S. 794ff.; *Dreier*, *Zur „Eigenständigkeit“ der Verwaltung*, S. 149ff. m. w. N. In methodologischer Hinsicht folgt aus alledem, daß die Unterscheidung zwischen einer rechtlich-abstrakten und einer empirisch-konkreten Auslegung (herkömmlich: zwischen Auslegung und Anwendung) kaum noch zu treffen ist. Normauslegung und konkretisierende Anwendung gehen tendenziell im Prozeß der „Rechtsfolgenkonkretisierung“ (*Schmitt Glaeser*, *Verwaltungsprozeßrecht*, Rdnr. 235) auf; so zu Recht *Schmidt-Preuß*, *Kollidierende Privatinteressen*, S. 179f., mit zustimmendem Verweis auf *ain Breuer*, *Risikobewertung*, S. 214 („differenzierter und iterativer Prozeß der Konkretisierung“).

Kommunikations- und Interaktionsbeziehungen zwischen Verwaltungen, Betroffenen, Interessengruppen und Sachverständigen schon heute in weitem Umfang geschieht.³⁰ Die Grenze zu einem faktischen, wenn auch vielleicht im rechtsförmigen Programmdesign mehr oder weniger erfolgreich verdeckten Steuerungsverzicht auf Seiten des programmierenden Gesetzgebers wird dann freilich häufig nur noch schwer auszumachen sein.³¹ Im Gelingenfall einer derart sich selbst zurücknehmenden gesetzlichen Programmierung werden die entsprechenden Programme jedenfalls einige – keineswegs alle und vielleicht nicht einmal mehr die wichtigsten³² – Produktionsbedingungen einer gesellschaftlichen Ordnung definieren, die sich im übrigen nach eigenen, je besonderen Regeln und ohne einen übergreifenden normativen Plan in den jeweiligen lokalen Knotenpunkten des Vergesellschaftungsprozesses ausbildet. Insoweit wird auch die Programmierung von den Bedingungen eingeholt, unter denen die gesellschaftliche Reproduktion in einer grundlegend „reflexiv“ gewordenen Moderne³³ stattfindet: man muß heute erwarten, daß sich der Programmierungsprozeß in seinem Objektbereich selbst noch zum Gegenstand werden kann, und in einer zweiten reflexiven Schleife – der Gesetzgeber rechnet schon von vornherein mit einer Programmierung im Vollzug und setzt sie voraus³⁴ – geht diese Erwartung dann dergestalt in die Rahmenbedingungen des Programmierungsprozesses ein, daß sie in diesem unfehlbar stets aufs Neue bestätigt werden muß.

Auch und gerade innerhalb des administrativen Vollzugsprozesses finden solche lokalen Verdichtungen laufend statt, in denen sich gesellschaftliche Ord-

30 Vgl. hier nur *Hill*, Verfahren, S. 191f.; *Vesting*, Politische Einheitsbildung, S. 216.

31 Zu verschiedenen Möglichkeiten der Entscheidungspreisgabe, der Nichtentscheidung, des Steuerungsmangels und des Steuerungsverzichts vgl. den Überblick bei *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft als Steuerungswissenschaft, S. 79ff.

32 Denn auch für die Bestimmung „gesamtgesellschaftlicher“ Relevanz gilt, daß sie in einer funktional hochdifferenzierten Gesellschaft „ohne Spitze und ohne Zentrum“ nicht mehr von einer hierarchisch übergeordneten Stelle aus vorgenommen und mit gesellschaftsweiter Verbindlichkeit versehen werden kann; so grundlegend *Luhmann*, Wohlfahrtsstaat, S. 20; ähnlich *ders.*, Das Ende der alteuropäischen Politik, S. 253; *ders.*, Wirtschaft der Gesellschaft, S. 340f.; dieser Befund dürfte heute weitgehend unbestritten sein, vgl. etwa *Mayntz*, Interessenverbände und Gemeinwohl, S. 18f., 32; *Scharpf*, Handlungsfähigkeit, S. 622f.; *Willke*, Ironie, S. 43ff., 64ff., 111ff., 136f.; *Bendel*, Selbstreferenz, Koordination und gesellschaftliche Steuerung, S. 133f., 143ff. Die Notwendigkeit, einen Modus der Bestimmung solcher Relevanzen zu finden, bleibt freilich bestehen und sie verschärft sich – was etwa in den Sachbereichen Umwelt, soziale Sicherung, Arbeitsbeziehungen, Risikotechnologien, massenmediale Kommunikation oder Staatsverschuldung mit den Händen zu greifen ist – tagtäglich. Die politische Praxis hat auf dieses Problem noch kaum, die politische Theorie nur in ersten Ansätzen reagiert.

33 Vgl. *Giddens*, aaO. (Kap. II, Fn. 22), S. 54ff. u. öft.

34 Vgl. hierzu *Naucke*, Stil des Rechts, S. 201 (Auflösung der Positivität durch Steigerung der Positivität), 204; treffend *Schulze-Fielitz*, Kooperatives Recht, S. 227: die „Positivität des (Gesetzes-)Rechts impliziert zugleich ihre Auflösung zugunsten von Entscheidungsspielräumen für die gesetzesanwendende Verwaltung“; mit Blick auf den Gesetzes- bzw. Parlamentsvorbehalt kritisch *Kutscha*, Abschied vom Prinzip demokratischer Legalität?, S. 16ff.

nung ad hoc aus sach- und interessenbezogenen Interaktionsbeziehungen aufbaut und wieder in diese zerfällt. Der Vollzugsprozess wird insoweit von dem skizzierten Wandel der Programmierung und von dessen Konsequenzen unmittelbar berührt. Die daraufhin erforderlich werdenden Anpassungsleistungen bedingen tiefgreifende Veränderungen in dem Erscheinungsbild und der Selbstwahrnehmung des Verwaltungsvollzugs. Über Kooperationsverhältnisse, multilaterale Interessenabstimmungen „vor Ort“ und Verhandlungsbeziehungen wandern in den formell unangetastet bleibenden Begriff des Programmvollzugs Schritt für Schritt, allmählich und im Ganzen eher unauffällig Elemente ein, an denen die Einheit dieses Begriffs von innen heraus zerbrechen könnte. Das herkömmliche Verständnis eines programmgeleiteten Vollzugs³⁵ wird zunehmend von der Vorstellung eines Verfahrens überlagert, in dem gesellschaftliche Teilordnungen, subsystemspezifische Bestands- und Funktionsbedingungen, Gestaltungsaufgaben, Eingriffsziele und Steuerungsmodi allererst ausgearbeitet und kompatibelisiert werden müssen. In der neueren Theorie des Verwaltungsverfahrens ist dieses dementsprechend schon längst nicht mehr ausschließlich auf die staatszentrierten Funktionen der Verwirklichung des materiellen Rechts und der Rechtswahrung – insbesondere des Grundrechtsschutzes – ausgerichtet. Es wird dort vielmehr einem abstrakter gehaltenen und umfassender ansetzenden Begriff der Prozeduralisierung zugeordnet. Einer an diesem Begriff orientierten Analyse stellen sich die Setzung, die Konkretisierung und die Implementation des materiellen Rechts letztlich als unselbständige, aufeinander verweisende und ineinander übergehende Teilfunktionen dar, die praktisch nur noch in einem komplexen Zusammenhang der Geltendmachung, des Abgleichs und der Aushandlung unterschiedlicher privater und öffentlicher bzw. staatlicher Interessen verwirklicht werden können.³⁶ Ohne seine Bindung an das gesetzliche Programm offen preiszugeben, gerät der Vollzugsbegriff dergestalt also in den Sog einer ebenso verdeckten wie „von außen“ aufgenötigten Autonomisierung des Vollzugs. Programmierung und Vollzug entgrenzen sich letztlich in einer ihnen beiden gemeinsamen Dimension des Politischen,³⁷ die dabei ihrerseits immer weitläufiger

35 Vgl. *Kunig*, Alternativen zum einseitig-heitlichen Verwaltungshandeln, S. 56: „Nach dem System des deutschen Verwaltungsrechts subsumiert die Exekutive, soweit sie gesetzessanwendend handelt, nicht aber ist sie an einer interaktiven Produktion von Recht beteiligt.“

36 Die dogmatische Durchdringung dieses Zusammenhanges steht freilich noch an ihrem Anfang, vgl. *Ladeur*, Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren, S. 177 ff.; *Hoffmann-Riem*, Verfahrensprivatisierung, S. 11 f.; *Trute*, Selbstregulierung, S. 960.

37 Vgl. *Seibel*, Theoretische und methodologische Perspektiven, S. 330, 336 ff.; *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 267; genauer *Japp*, Verwaltung und Rationalität, S. 133 ff., 136 f.: „Die Richtigkeitskriterien des Verwaltungshandelns differenzieren sich aus in rechtliche Normadäquanz, ergebnisorientierte Effizienz und Konsens mit individuellen und kollektiven Klienten der Verwaltung“ (S. 135), mit der Folge: Verwaltungen „müssen die Wiedereinführung von Politik, d. h. Wertopportunismus in die Unterscheidung von Politik und Verwaltung ‚ertragen‘“ (S. 135 f.).

wird, eine kategoriale Differenz zu bloßem Interessenclearing und -bargaining kaum noch erkennen läßt und schließlich im Unbestimmten zu verschwimmen droht.³⁸

Vor diesem Hintergrund kann es schwerlich überraschen, daß die materiell-rechtliche Programmierung der modernen Vollzugsverwaltung unter den Gesichtspunkten ihrer Dichte, Intensität, Determinationskraft und demokratischen Legitimationswirkung schon heute große Unterschiede aufweist.³⁹ Für deren Erfassung steht mit den Kategorien des Konditional- und des Finalprogrammes immerhin ein inzwischen weitgehend anerkanntes typologisches Grobraster zur Verfügung.⁴⁰ Tatsächlich markiert dieses Raster freilich nur zwei besonders markante Orientierungspunkte, an die sich ein Kontinuum vielfältiger typologischer Gemengelagen, abgestufter Bindungsintensitäten und veränderlicher Steuerungspfade anlagert.⁴¹ Innerhalb dieses Kontinuums muß die Charakteristik der konkreten programmlichen Auslenkung des Verwaltungshandelns jeweils erst im einzelnen bestimmt werden.⁴²

38 Vgl. *Beck*, Risikogesellschaft, S. 312 ff., 323.

39 Die unter Stichworten wie „Steuerungskrise“, „Grenzen regulativer Politik“ oder „Staatsversagen“ vor allem in den Sozialwissenschaften geführte Debatte ist mittlerweile kaum noch überschaubar; einen Überblick vermitteln die Beiträge von *Mayntz*, *Fürst* und *Willke* in: *Ellwein/HesselMayntz/Scharpf* (Hg.), Jahrbuch 1/1987, S. 89 ff., 261 ff., 285 ff., sowie von *Ritter*, *Schuppert* und *Grimm* in: *Grimm* (Hg.), Wachsende Staatsaufgaben, S. 69 ff., 217 ff., 291 ff.; vgl. ferner etwa noch *Mayntz*, Krise, S. 55 ff.; *Willke*, Entzauberung, S. 49 ff., 58 ff.; *Görlitz*, Steuerbarkeit, S. 17 ff.; *Böhret*, Gesetzgebung, S. 55 ff.; *Wolf*, Konfliktmanagement im »hoheitsreduzierten Staat«, S. 129 ff.; *Benz*, Kooperative Verwaltung, S. 41 ff.; eine unter Gesichtspunkten der Intensität und Dichte typologisierende Zusammenstellung einiger (Grund-)„Konzepte der Regulierung“ findet sich bei *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 300 ff.

40 Für die deutsche Diskussion grundlegend *Luhmann*, Zweckbegriff, S. 101 ff. u. pass.; ders., Rechtssoziologie, S. 227 ff.; ders., Legitimation, S. 130 ff.; ferner etwa *B. Becker*, Verwaltung, S. 112 ff. und – exemplarisch für die verwaltungs- bzw. verfahrensrechtliche Perspektive – *Brohm*, Dogmatik, S. 245 ff., 249, 267. Zur Kritik an der Unterscheidung zwischen Konditional- und Finalprogrammen sowie zu den Grenzen des kategorialen Rasters näher *Rubel*, Planungsermessen, S. 6 ff., 8 ff., 10 f., 15 ff., 19 ff., 27 ff., 60 ff.; zu der Auseinandersetzung um die neue Kategorie des „Relationierungsprogramms“ vgl. *Willke*, Ironie, S. 177 ff. m. w. N.; eine weitere neue Programmierungsform macht *Schmidt-Aßmann*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 48, vor allem im Recht der Sozialbetreuung aus: die „rahmen-setzende Maßnahmensteuerung“, bei der ein Kanon von Maßnahmen gesetzlich zur Verfügung gestellt wird, aus dem dann im Vollzug situationsgerecht ausgewählt werden muß.

41 Zur (begrenzten) Austauschbarkeit von Konditional- und Finalstruktur vgl. *Mayntz*, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, S. 56, 58; vgl. dazu auch *Hoffmann-Riem*, Organisationsrecht als Steuerungsressource, S. 367 f.; über die möglichen Typologien und Klassifikationen informiert im übrigen der Überblick bei *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, S. 71 ff. m. w. N.; zu neuen Steuerungsformen „zwischen“ Konditionalität und Finalität s. etwa *Hill*, Gesetzgebung und Verwaltungsmodernisierung, S. 108 ff. m. w. N.

42 Die hierbei dann möglichen Unterscheidungs- und Zuordnungskriterien werden ausführlich diskutiert bei *Becker*, Verwaltung, §§ 27 ff.

Das Vollzugsmodell zwingt nun nicht dazu, die auf diesem Weg zutage tretenden strukturellen, modalen und typologischen Unterschiede unberücksichtigt zu lassen. Es legt jedoch von vornherein das analytische Schema fest, anhand dessen solche Unterschiede überhaupt erst als verwaltungsrechtlich erheblich wahrgenommen und auf ihre dogmatischen Konsequenzen hin überprüft werden können. Dieses Schema muß dann nämlich bei der Unterstellung eines gerichteten Zusammenhanges zwischen Programm und Vollzug anknüpfen, der seinerseits erst unter dem Leitgesichtspunkt der rechtlichen Bindung strukturiert, ausgemessen und in seinen verschiedenen Konkretisierungs- bzw. Realisationsformen verglichen werden kann.⁴³ Die dogmatische Unterscheidung je besonderer Programmierungsformen wird von vornherein durch dieses analytische Schema überformt. Sie verdankt ihm ihre Prägnanz und Trennschärfe ebenso, wie sie letztlich erst in ihm ihre spezifische Ausrichtung, also ihre Einheit als Unterscheidung findet. Das hat zur Folge, daß die schließlich näher bezeichneten Unterschiede innerhalb der Beobachtungsperspektive, die durch das Vollzugsmodell eröffnet wird, nur als je bestimmte Modalitäten einer jedenfalls dem Grunde nach notwendig vorauszusetzenden Programmbindung eingeordnet und erforderlichenfalls problematisiert werden können. Die Feststellung der häufig unzureichenden „Steuerungsfähigkeit“ vollzugsleitender Verwaltungsnormen kann dann wie selbstverständlich zu einer „Umdeutung des Vollzugsparadigmas“ führen, die ihrerseits in einem erweiterten Vollzugsbegriff mündet, der nun auch die Herstellung der Umsetzbarkeit des defizitären Programms umfassen soll.⁴⁴ Ein Vollzug, der grundlegende Bedingungen seiner Möglichkeit selbst erst noch herstellt: in dieser äußersten, an die Grenze zur Tautologie vorstoßenden Dehnung des Vollzugsbegriffs zeigt sich die erkenntnisleitende und -präformierende Macht des Paradigmas eines programmgebundenen Verwaltungsvollzugs.

Den wohl wichtigsten Anknüpfungspunkt der verwaltungsrechtlichen Diskussion einer defekten oder defizitären Programmierung stellt im übrigen die Selbststeuerung der Verwaltung durch untergesetzliches Binnenrecht dar, das als Reaktion auf eine ausgedünnte und unter Steuerungsgesichtspunkten unzulängliche gesetzliche Programmierung angesehen wird.⁴⁵ So locker und dünn die

43 Vgl. Dreier, Verwaltung, S. 209: „So ändert sich nicht das verfassungsrechtlich abgesicherte Grundmodell, demzufolge das Gesetz dominiert und die Verwaltung exekutiert; entscheidend ist der Umbau der Programmstrukturen“; ähnlich wohl auch Schmidt-Aßmann, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 47f.

44 So besonders deutlich Pitschas, Verwaltungsverantwortung, S. 618ff.

45 Die Legitimationsgrundlagen, die normative Qualität und die Wirkungsweise bzw. Reichweite dieser Steuerung sind nach wie vor nicht geklärt; zu der kaum noch überschaubaren Auseinandersetzung vgl. etwa Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, insbes. S. 282ff., 343ff.; ders., Rechtsverordnungen, S. 105ff.; Schmidt, Gesetzesvollziehung, insbes. S. 21ff., 30ff., 84ff., 92ff.; Zimmer, Funktion-Kompetenz-Legitimation, S. 341ff., 347ff., 359ff.; Pitschas, Verwaltungsverantwortung, S. 593ff.; Di Fabio, Verwaltungsvorschriften; ders., Risikoentscheidungen, S. 344ff., 464f.; Dreier, Verwaltung, S. 191ff. m. w. N.; Schmidt-Aßmann, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 57f.

Programmierung dann aber auch immer erscheinen mag: möglich wird eine solche Bewertung erst unter der Voraussetzung, daß das Merkmal der Gebundenheit an ein gesetzlich ausgeformtes und festgelegtes Programm schon den Vollzugsbegriff selbst mit konstituiert. Diese Voraussetzung gehört insoweit zu den Hintergrundannahmen, von denen die am Vollzugsmodell orientierte Analyse ausgehen muß, ohne sie selbst in Frage stellen zu können. Sie durchgreifend zu bezweifeln oder gar explizit auf sie zu verzichten hieße letztlich, das Vollzugsmodell überhaupt aufzugeben. Andererseits hat dies dann gelegentlich ein Verständnis programmlicher Vollzugsbindung zur Folge, in dem die besondere Funktion dieser Bindung kaum noch erkennbar ist, wenn und soweit auch die „Ermittlung“ einer gesetzgeberischen „Verwirklichungsintention“ und die „Entwicklung von Vollzugsmaßstäben zur Realisierung der legislativen Verwirklichungsintention“ noch in den Formenkreis des Programmvollzugs eingeordnet werden.⁴⁶

b) Programmierung im Vollzug

Die Fortentwicklung und interne Differenzierung der Verwaltungsfunktion hat indessen tatsächliche Praktiken sichtbar gemacht, die ihrerseits eine Aufdeckung und Problematisierung dieser Hintergrundannahme erzwingen. Im Hinblick auf diese exekutiven Handlungsformen läßt sich nicht mehr ohne weiteres voraussetzen, daß der Vollzugsbegriff durch das Merkmal der Programmbindung bzw. durch die in diesem Merkmal zusammengefaßten Elemente der funktionellen und kompetenziellen Abgrenzung, der hierarchischen Steuerung und der demokratischen Legitimation mit konstituiert wird. Die Antwort auf die Frage, ob diese Praktiken noch im Rahmen und mit den Mitteln des Vollzugsmodells dogmatisch erfaßt werden können, beinhaltet deshalb immer auch eine Explikation des Vollzugsbegriffs. Sie kann sich nicht mehr auf fraglos gültige Hintergrundannahmen stützen, die in das von ihr herangezogene Vollzugsmodell immer schon eingebunden sind. Sie muß genauer zusehen und weiter ausholen. Im einzelnen betrifft dies heute zum einen das Problemfeld des exekutiven „policy-making“. Weiterer Klärung bedarf der Vollzugsbegriff zum anderen im Hinblick auf die „Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung“,⁴⁷ also die normative Selbststeuerung der Verwaltung im Wege einer exekutiven Rechtssetzung, die im Funktionsbereich des Verwaltungsvollzugs stattfindet.

46 So etwa bei *Zimmer*, Funktion-Kompetenz-Legitimation, S. 359, 363. Ähnlich auch *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung, S. 619: „Das Vollzugshandeln in den Verfahren der öffentlichen Verwaltung erstreckt sich nunmehr auch auf die *Steuerungsfähigkeit* der ausführenden Verwaltungsnormen (,Verwaltungsprägung der Gesetze‘)“ (Hervorheb. i. Orig.). Die angestrenzte Begrifflichkeit läßt vermuten, daß die Belastungsgrenzen des Vollzugsmodells hier wohl erreicht sind; s. i. übr. schon o. Kap. II Fn. 43.

47 So der Titel der 1969 erschienenen Schrift von *W. Schmidt*; die Formulierung wird aufgegriffen von *Krebs*, Rechtsetzung der Exekutive, S. 268.

aa) „Policy-Making“

Zweifelhaft erscheint zunächst, ob das Vollzugsmodell als paradigmatischer Leitentwurf der dogmatischen Beobachtung dort noch herangezogen werden kann, wo die unmittelbare Beteiligung der Verwaltung an der Initiierung, Vorbereitung und endgültigen Erstellung von Politikprogrammen zum Forschungsthema wird. Wenn der Vollzugsbegriff weiterhin ein Mindestmaß an Unterscheidungsmöglichkeiten sicherstellen soll, dann liegt vielmehr die Annahme näher, daß sich die Verwaltung, und im Hinblick auf die tatsächliche Praxis heißt das hier in erster Linie: die Ministerialverwaltung bzw. „Ministerialbürokratie“,⁴⁸ insoweit eine eigenständige neue⁴⁹ Funktion aneignet. In der grundgesetzlichen Kompetenzordnung wird diese Funktion nur durch Art. 76 Abs. 1 GG und auch dort nur von ferne ins Auge gefaßt; im übrigen bereitet es bei genauerem Zusehen nicht unbeträchtliche Schwierigkeiten, sie in das Gefüge eines klassischen Gewaltenteilungsschemas einzuordnen, dem die strikte Trennung zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung zugrunde liegt.⁵⁰ Das Problem liegt darin, daß diese Funktion einerseits zwar nur im Kompetenzbereich der Verwaltung ihre verfassungsrechtliche Grundlage finden und, derart abgestützt, dann von den Exekutivspitzen in Anspruch genommen werden kann, daß andererseits aber in Wahrnehmung dieser Funktion zugleich der Prozeß der legislativen Programmierung und seine Ergebnisse beeinflußt werden. Dieser Einfluß ist überdies beträchtlich. Er geht nach den inzwischen zur Verfügung stehenden empirischen Erkenntnissen weit über eine bloß unselbständig-technische Vorbereitung des Gesetzgebungsprozesses hinaus. Er mündet in einem „faktischen Entwurfsvorbereitungsmonopol“ bzw. einem „faktischen Gesetzesvorbereitungsmonopol“ der Ministerialbürokratie,⁵¹ das von der Informationsbeschaffung, -aufbereitung und -zurichtung über die Problembeschreibung und -strukturierung bis hin zur Eingrenzung

48 Vgl. *Mayntz*, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, S. 181ff., 202ff.; *Schulze-Fielitz*, Gesetzgebung, S. 285ff. m. w. N.

49 Vgl. *Mössle*, Regierungsfunktionen des Parlaments, S. 101 („politische Aufgabenplanung“ i. S. einer „vorverfügenden Entscheidung über langfristige politische Zielsetzungen“ als „eigener, nach Art und Charakter neuartiger Funktionsbereich“ der Regierung). In der bundesdeutschen Verwaltungswissenschaft wurde diese Funktion vor allem deswegen als unvertraut und irritierend wahrgenommen, weil hier nach 1945 der Anschluß an eine weiter vorangeschrittene internationale Diskussion erst wieder hergestellt werden mußte; hierzu *Bekker*, Verwaltung, S. 75f., m. w. N. zu der schon in den frühen Fünfzigern gut entwickelten empirisch-theoretischen Forschung in den USA; zum prägenden Einfluß der administrativer Instanzen im Prozess der Politik- bzw. Politikprogrammformulierung vgl. für Deutschland etwa *Katz*, Politik im Schlepptau, pass.; sowie ländervergleichend *Pace*, Political Authority and Bureaucratic Power, S. 139ff.

50 Dementsprechend wird diese Trennung in der neueren Staatsrechtslehre jedenfalls nicht mehr als alleiniger Maßstab der Funktionsaufteilung und -zuordnung im Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive herangezogen; hierzu m. w. N. *Mössle*, Regierungsfunktionen des Parlaments, S. 133ff., 186.

51 So die Formulierungen bei *Schulze-Fielitz*, Gesetzgebung, S. 168, 285.

von Zielbildungskorridoren und zur Festlegung von Entscheidungsalternativen reicht.

Von der Feststellung einer solchen „Vorbereitungsherrschaft“⁵² ist es dann in der Tat nur ein kleiner Schritt bis zu dem Befund, daß sich die gesetzgeberische Programmerstellung mittlerweile weithin auf eine „symbolische Ratifikation administrativer Programmauswahlen“ beschränke.⁵³ Die Bewertung dieses Ausgriffs der Exekutive in den Funktionsbereich der Legislative ist uneinheitlich. Sie reicht von dezidiert, demokratiethoretisch unterfütterter Kritik⁵⁴ über differenzierende, den unvermeidlich kooperativen Charakter moderner Gesetzgebung hervorhebende und insgesamt eher pragmatisch ausgerichtete Einschätzungen⁵⁵ bis zur Anerkennung eines besonderen, für den politischen Prozeß inzwischen unverzichtbar gewordenen⁵⁶ und im übrigen auch ebenso empfindlichen wie produktiven Mechanismus der Vorklärung, Verarbeitung, Abstimmung und Integration konfliktiver gesellschaftlicher Interessen.⁵⁷ Durch ihre Unterschiede hindurch läßt sich aber diesen Bewertungen – ebenso wie schon dem ihnen zugrunde liegenden Befund der Überschneidung von legislativen und exekutiven Kompetenzbereichen – eine die Problemwahrnehmung durchaus prägende Übereinstimmung ablesen. Bei der empirischen Erfassung und der normativen Analyse bzw. Bewertung wird hier durchgängig auf den Vollzugsbegriff verzichtet; es erscheint zu offensichtlich, daß hier in keiner sinnvollen, hinlänglich trennscharf bleibenden Bedeutung dieses Begriffs noch von „Vollziehung“ gesprochen werden kann.

Die für das Verwaltungsrecht und seine Dogmatik ungeachtet ihrer Präzisierungen und Modifikationen⁵⁸ immer noch grundlegende Unterscheidung von

52 *Böhret*, Öffentliche Verwaltung, S. 62.

53 So *Hegenbarth*, Selbststeuerung der Verwaltung, S. 149; ähnlich *Maihofer*, Gesetzgebungswissenschaft, S. 22; *Mayntz*, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, S. 75.

54 Vgl. etwa *Grawert*, Gesetz und Gesetzgebung, S. 307.

55 Vgl. *Eichenberger*, Rechtssatzfunktion, insbes. S. 344 ff. (Gesetzgebung als „pluraler Schöpfungsakt“); *ders.*, Gesetzgebung, S. 29 ff.; *Oberreuter*, Entmachtung des Bundestages, insbes. S. 133 ff.; *Mössle*, Regierungsfunktionen des Parlaments, S. 158 ff.; *Schulze-Fielitz*, Gesetzgebung, S. 347 f.; *Dreier*, Verwaltung, S. 197; zur politik- bzw. verwaltungswissenschaftlichen Sicht etwa *Prätorius*, Einbindung und Freiraum, S. 19, 125, sowie *Becker*, Verwaltung, S. 519 f., jew. m. w. N.

56 *Schneider*, Politikformulierung, S. 111 f.

57 Vgl. *Mayntz*, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, S. 203. Dieser im wesentlichen empirisch begründeten Hervorhebung eines produktiven, interessenvermittelnden und konfliktlösenden Charakters des administrativen „policy-making“ kontrastiert auffällig die normative – zum Standardrepertoire der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehörende und dort auf grundlegende Intentionen der demokratischen Verfassung zurückgeführte – Erwartung, daß es gerade der parlamentarische Diskurs sei, der, weil er im Medium der Öffentlichkeit stattfinde und von der Opposition mitgetragen werde, am ehesten die Chance eines stabilen Interessenausgleichs verbürge; vgl. zu dieser Erwartung etwa BVerfGE 7, 282 (302); 33, 125 (159); 40, 237 (249 f.); 41, 251 (260); 45, 1 (38); ferner *Graf Vitzthum*, Parlament und Planung, S. 229 ff., 237 ff.; *Hesse*, Grundzüge, Rdrrn. 503 f., 506.

58 S. hierzu *Mössle*, aaO. (Kap. II Fn. 50).

(legislativer) Programmierung und (exekutivem) Vollzug kann hier mit anderen Worten nicht mehr vorausgesetzt werden. Sie stellt vielmehr selber das Problem dar, für das eine passende Beobachtungsperspektive erst noch zugeschnitten werden muß. Die diesbezüglichen Untersuchungen wenden sich daraufhin, wie vorstehend bereits erwähnt, ganz von dieser Unterscheidung ab. Die Problemwahrnehmung setzt nicht mehr bei der Trennung zwischen Gesetzgebung und Vollziehung an. Als analytisch aussichtsreicher erscheint vielmehr eine Differenzierung, die von Anfang an innerhalb der Programmierungsfunktion selbst vorgenommen wird. Das Untersuchungsinteresse gilt einer dem traditionellen Funktionsbereich der Exekutive („Vollzug“) von vornherein entzogenen, eigenständigen „policy-making“-Funktion der Ministerialverwaltung.⁵⁹ Der Versuch einer genaueren dogmatischen Einordnung dieser neuen Funktion kann dann bei der alten, im einzelnen freilich weiterhin umstrittenen Unterscheidung zwischen Regierung („Staatsleitung“ im Sinne einer integrativen politischen Gesamtplanung der Staatstätigkeit) und Verwaltung anknüpfen.⁶⁰ Indem nämlich die „policy“-Funktion der Ministerialverwaltung nicht mehr als „Vollziehung“ angesehen, sondern dem Bereich der Regierung zugerechnet wird,⁶¹ ergibt sich die Möglichkeit, sie als Element einer von Regierung und Parlament gemeinsam gebildeten, „spezifisch politischen Gewalt“ zu konzipieren.⁶² Zwar muß die exekutive „policy“-Funktion dann innerhalb dieser Einheit wieder von dem bei

59 Vgl. im Überblick *Becker*, Verwaltung, S. 74 ff., 114, 514 ff.; ferner neben den Nachweisen o. Kap. II Fn. 48 ff. etwa noch *Eichenberger*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, S. 29 ff.; *Ellwein*, Regierungs- und Verwaltungslehre, S. 197 (eigenständige politische Vorbereitungsfunktion der Exekutive als Teilnahme an politischer Führung); *Grauhan*, Politische Verwaltung, insbes. S. 31 ff.; *ders.*, Politikwissenschaftliche Forschung, S. 587 ff.; *Scharpf*, Verwaltungswissenschaft, S. 9 ff., 14 ff., 17 f.; *Würtenberger*, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, S. 165 ff.; *Schneider*, Politikformulierung, S. 131; *Hesse*, »Policy«-Forschung, S. 30 ff.; *Dreier*, Verwaltung, S. 196 f.

60 Jedenfalls im Horizont der Frage nach dem erforderlichen Niveau der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns sieht nun auch das Bundesverfassungsgericht die „Funktionenteilung zwischen der für die politische Gestaltung zuständigen, parlamentarisch verantwortlichen Regierung und der zum Gesetzesvollzug verpflichteten Verwaltung“ als ein erhebliches Unterscheidungskriterium an, s. BVerfGE 83, 60 (72). Zur „Wiederentdeckung“ der Regierungsfunktion und ihrer Diskussion in der modernen Staatsrechtslehre ausführlich *Mössle*, Regierungsfunktionen des Parlaments, S. 96 ff., 108 ff. m. w. N.; zur Rekonstruktion der – unter legitimatorischen, funktionalen und kompetenziellen Gesichtspunkten freilich unscharf und „beweglich“ bleibenden – Unterscheidung zwischen Gubernative und Administrative innerhalb des einheitsstiftenden Begriffs der vollziehenden Gewalt (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) näher *Schröder*, Regierung, insbes. Rdnrn. 10 ff., 29 ff.

61 Zu den damit verbundenen konstruktiven Schwierigkeiten vgl. *Becker*, Verwaltung, S. 77: die „Vermengung planender (i. S. der Politikvorbereitung) und vollziehender Funktionen in einer Organisation läßt sich ... gedanklich nicht mehr so trennen, daß davon der Blick auf die Wirklichkeit unberührt bliebe: ... Politikvorbereitung und Politikvollzug liegen heute bis zur Spitze aller Exekutiven tatsächlich untrennbar zusammen“ (Hervorheb. i. Orig.).

62 Vgl. *Mössle*, Regierungsfunktionen des Parlaments, S. 98 ff., 105 ff., 156 ff. m. w. N.; ähnlich auch *Becker*, Verwaltung, S. 77.

der Legislative verbleibenden Anteil an der übergreifenden „politischen“ Programmierungsfunktion abgegrenzt werden. Dies mag erhebliche Probleme aufwerfen, für die mit der Unterscheidung zwischen „Initiative“, „Vorbereitung“ und „Einleitung“ einerseits sowie „Beratung“ bzw. „Beschluß“ andererseits wohl nur eine erste Groborientierung zur Verfügung steht; möglicherweise stellt sich sogar heraus, daß alle Abgrenzungsbemühungen nicht über die Feststellung hinausführen können, daß es letztlich Sache des Parlaments selbst sei, die ihm verfassungsrechtlich zugewiesene Gesetzgebungsaufgabe immer neu gegen den Zugriff der Ministerialbürokratie zu verteidigen.⁶³ Wie immer aber diese Abgrenzung auch vorgenommen wird – fest steht dann jedenfalls, daß sie nur zu einer internen Ausdifferenzierung der Programmierungsfunktion führen kann und daß der engere Kernbereich programmgebundener „Vollziehung“ von alledem unberührt bleibt. Und damit steht zugleich auch fest, daß die „policy-making“-Funktion der Verwaltung nicht mehr in einer Beobachtungsperspektive untersucht werden kann, die durch das Vollzugsmodell insofern vorstrukturiert ist, als hier von einer Programmbindung des Vollzugs immer schon ausgegangen werden muß.

bb) Exekutive Normsetzung

Ebenso wie das exekutive „policy-making“ läßt sich auch die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verordnungen, Satzungen und Verwaltungsvorschriften als ein Fall der (Selbst-)Programmierung der Verwaltung begreifen. Alle diese Programmierungsformen gliedern sich, freilich auf je spezielle Weise, in den Gesamtprozeß der Programmerstellung ein. Ferner zielen sie insoweit gleichermaßen auf die Erstellung solcher rechtsförmlichen⁶⁴ Programme, mit denen künftiges Verwaltungshandeln für den je regelungsbedürftigen Einzelfall in generalisierender und abstrakter Weise vorgezeichnet werden soll. Und sie eröffnen der Verwaltung dazu schließlich gleichermaßen die Möglichkeit, an der Programmerstellung mitzuwirken, wenn auch die dergestalt jeweils eingeräumten Gestaltungsspielräume unterschiedlich weitläufig sind. Unter funktionalen Gesichtspunkten sind das „policy-making“ einerseits und der Erlaß von Verordnungen, Satzungen und Verwaltungsvorschriften andererseits also zunächst

63 Und dies dann möglichst „wachsam und offensiv“, so *Dreier*, Verwaltung, S. 197; im Ansatz ähnliche Überlegungen finden sich bei *Becker*, Verwaltung, S. 76: es sei die Frage zu stellen, „ob die Legislativen denknötwendig auf einen großen Teil ihres politischen Gestaltungsfreiraums verzichten müssen.“

64 Das gilt auch für Verwaltungsvorschriften: so unterschiedlich die Vorschriftentypen auch sein mögen, die unter diesem Begriff zusammengefaßt werden, steht nach einer langen und intensiven Diskussion heute doch fest, daß es sich um Recht handelt, daß also auch die Verwaltungsvorschriften als – wenn auch in Rang und Reichweite spezifisch begrenzte – Rechtsquellen anzusehen sind; s. hierzu nur *Ossenbühl*, Autonome Rechtssetzung, Rdnrn. 30ff. m. w. N.