

HINNERK WISSMANN

Generalklauseln

Verwaltungsbefugnisse zwischen
Gesetzmäßigkeit und offenen Normen

Jus Publicum

173

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 173



Hinnerk Wißmann

Generalklauseln

Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit
und offenen Normen

Mohr Siebeck

Hinnerk Wißmann, geb. 1971; 1993–1998 Studium der Rechtswissenschaften in Göttingen, Hannover und Freiburg; 1998/1999 Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Augsburg; 1999–2002 Referendariat am OLG Celle; 2001 Promotion; 2002–2007 Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Augsburg; 2007 Habilitation; 2007/2008 Lehrstuhlvertretungen an den Universitäten Göttingen und München.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort.

e-ISBN PDF 978-3-16-151254-4

ISBN 978-3-16-149555-7

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Mohr 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, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Sabon gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Otterweier gebunden.

Einleitung

1. Generalklauseln sind ein blinder Fleck im Zentrum des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. Vorstellungen über ihre vorgebliche Unverzichtbarkeit und ihre vorgebliche Bedenklichkeit fallen zusammen in einen auffällig blässen, vieles im Ungefähren belassenden Umgang mit einer Rechtsfigur, die an Grenzfragen des Verfassungsstaats rührt: Endet die staatliche Handlungsfähigkeit dort, wo das Gesetz sie nicht mehr formen kann – oder endet an diesem Punkt statt dessen der Gesetzesvorbehalt? Was kann das Parlamentsgesetz beitragen zu einem leistungsfähigen Steuerungsverbund, der das Verwaltungshandeln auch unter (post-) modernen Komplexitätsbedingungen lenkbar und transparent zugleich erhalten will? Hat die Unterscheidung zwischen Gesetzgebung, Gesetzesanwendung und Rechtsschutz bestimmte exklusive Folgen für das Staatshandeln im Ganzen, und auf welche Art von Gesetzen ist dabei abzustellen? Welche Funktion erfüllt also das verfassungsrechtlich vorgezeichnete Bild von der Verwaltung als „gesetzesvollziehender Gewalt“? Schließlich: Wie verarbeitet das betreffende Koordinatensystem die einschlägige verwaltungsrechtswissenschaftliche Kritik auf dogmatischer, theoretischer oder realwissenschaftlicher Basis, kann es sie gegebenenfalls durch Modifizierungen und Transformationen integrieren?

Diese allgemeinen Fragen stellen sich bei der Generalklausel als einem *mixtum compositum* aus offenen Begriffen und tatbestandlicher Verbestimmung in besonderer Schärfe, weil sie sich den üblichen Zugruppierungen entzieht: Weder nimmt sie die partiellen rechtsstaatlichen Gewißheiten über die Bestimmtheit von Normen und eine darauf gestützte Beherrschbarkeit der Verwaltung in Anspruch, noch folgt sie einer prinzipiellen Absage an die Steuerungskraft materieller Normen, wo diese generell oder jedenfalls für komplexe Gestaltungssituationen behauptet wird. Generalklauseln als Verwaltungsbefugnisse scheinen letztlich aus beiden Perspektiven als verllorener Ort der gesetzmäßigen Verwaltung.

2. Dennoch sollen in der folgenden Untersuchung Bausteine für eine allgemeine Dogmatik der Generalklausel als Verwaltungsbefugnis entwickelt werden. Denn nur unter Einbeziehung von klar gezeichneten Generalklauseln – so die hier vorgelegte These – gelingt es, ein verfassungsstaatliches Verwaltungsrecht fortzuschreiben, das ohne großflächige Ausblendungen und anschußlose Einzeldogmatiken auskommt.

Die dogmatische Durchdringung der Generalklausel zielt so im Kern auf das allgemeine Verhältnis von Gesetz und Verwaltung: Wenn es richtig ist, daß die Verschiedenheit von Verwaltungsaufgaben und zugleich die Unübersichtlichkeit vieler Sachlagen immer weiter zunehmen, müssen Verfassungs- und Verwaltungsrecht sich in der Tat Rechenschaft darüber ablegen, ob die *Gesetzmäßigkeit der Verwaltung* überhaupt als verpflichtendes Muster aufrechterhalten werden kann und soll, um auf der ganzen Breite der komplexen Herausforderungen die notwendige Legitimation und Anleitung zu produzieren. Die Untersuchung will zunächst zeigen, daß sowohl die Expansion der grundrechtlichen Schutzbereiche, insbesondere der allgemeinen Handlungsfreiheit, als auch die prinzipielle Entformalisierung der Eingriffslehren entgegen einer vielfach geäußerten Kritik in sich konsequent sind und zu einem grundsätzlich stimmigen Gesamtkonzept der gesetzmäßigen Verwaltung zusammengeführt werden können. Wenn der Staat – in welcher Form auch immer – rechtserheblich auf Freiheitsbetätigungen seiner Bürger einwirkt, benötigt er dafür eine gesetzliche Grundlage, gleiches gilt für weitere wesentliche Teile des Staatshandelns. Grundrechtliche Freiheit ist insoweit als Teil einer förmlichen Handlungsordnung mit spezifischer Rationalität wiederzuerkennen, die allerdings zugleich in deutlichem Abstand zu einem Konzept des Totalvorbehalts verbleibt.

Es ist dann zu bestimmen, welche weiteren Vorgaben die entsprechenden gesetzlichen Regelungen erfüllen müssen. Die Untersuchung will den Nachweis führen, daß die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht darauf zielen, abgeschlossene Gesetzesformen oder gar die möglichst maximale Vorausbestimmung der Verwaltung durch Gesetz zum Maßstab zu machen. Vielmehr setzt das Grundgesetz allgemeiner an: Notwendig ist eine erkennbar abgeleitete Anwendung der Norm und eine darauf abgestimmte wirksame Kontrollmöglichkeit, dies kann als *hinreichende Bestimmtheit* gekennzeichnet werden. Damit eröffnet sich zunächst eine erhebliche Bandbreite an gesetzgeberischer Gestaltung, die neben rein tatbestandlichen Lösungen etwa auch verfahrensbezogene oder prozedurale Elemente einbeziehen kann.

3. Die Vielfalt der Steuerungsansätze im besonderen Verwaltungsrecht macht es möglich, Generalklauseln als Verwaltungsbefugnisse klar einzugrenzen: Sie zeichnen sich durch ihre tatbestandliche Rückbindung an ein bestimmtes Aufgabenprofil aus, die mit einer nicht abgeschlossenen Vielzahl von Handlungsmöglichkeiten verbunden ist. So stehen sie neben standardisierten Einzelbefugnissen, planerischen Abwägungsermächtigungen über inkomensurable Ziele und Gestaltungsbefugnissen mit verfahrensbezogenen Absicherungen. Die Untersuchung weist nach, daß sowohl im besonderen Sicherheitsrecht wie auch in vielen Gebieten der Leistungsverwaltung oder in der Regelung besonderer Verwaltungsrechtsverhältnisse das Konzept der Generalklausel – entge-

gen einer verbreiteten Vermutung – auf Seiten des Gesetzgebers nicht auf dem Rückzug, sondern ganz im Gegenteil im Vordringen begriffen ist. Darin liegt eine grundsätzlich folgerichtige Konsequenz der Grundrechtssensibilisierung in Bezug auf Vorfeldmaßnahmen und die Wirkungsmacht des „weichen“ Staates. Der Einsatz von Generalklauseln ist hier in der Lage, die notwendigen aufgabenbezogenen Befugnisse zu schaffen. In welchem Umfang sie dabei eingesetzt werden sollten, ist – wie hier gezeigt wird – zunächst eine verfassungs-*politische*, in aller Regel hingegen keine verfassungs*rechtliche* Abwägung des Gesetzgebers.

Durch den vielfach erprobten Verbund mit weiteren gesetzlichen Einzelbefugnissen und untergesetzlichen Konkretisierungen in Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften wird die Verwaltungspraxis entlastet und abgesichert, zugleich befördern diese Prozesse eine wechselseitige Systematisierung, die die Generalklauseln in das allgemeine Verwaltungsrecht einbindet. Wenn sich der Gesetzgeber für den Einsatz von Generalklauseln entscheidet, ist das zugleich mit Festlegungen zum *Anwendungs- und Kontrollkonzept* verbunden, die nur vordergründig paradox erscheinen: Die tatbestandliche Formulierung eines bestimmten Handlungsauftrags achtet die Eigenständigkeit des Verwaltungshandelns und führt dennoch in einem zweiten Schritt zu einer grundsätzlichen Vollkontrolle durch die Gerichte, weil insoweit zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit eine gleichlaufende Gesetzesanwendung modelliert wird. Dabei verzichtet der Gesetzgeber, indem er die möglichen Rechtsfolgen nicht abschließend bezeichnet, auf seine Einschätzungsprärogative, und überantwortet so die Entscheidungen der Verwaltung einer gerichtlichen Kontrolle vom Typus des Einzelfalls aus. Insgesamt ist so beim Einsatz der Generalklauseln die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Vergleich zu anderen Steuerungsansätzen institutionell gestärkt.

Indem sie in dieser besonderen Weise Gesetzgebung, Exekutive und Judikative verzahnen, leisten Generalklauseln ihren Beitrag zu einem nach allgemeinen Regeln gebundenen, rational aufgeteilten und allseits kommunikablen staatlichen Steuerungs- und Handlungsverbund. Eine entsprechende Verbestimmung zielt dabei ausdrücklich nicht darauf, ein in sich geschlossenes komplexes neues Anwendungsmodell für einen spezifischen Normtyp vorzulegen. Vielmehr steht im Vordergrund, seine Eigenart zwar zu kennzeichnen, ihn aber doch vor allem durch die Zuordnung der institutionellen Anteile in der Anwendung und Kontrolle systematisch anschlussfähig zu machen.

4. Die folgende Untersuchung wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg im Wintersemester 2006/2007 als Habilitationsschrift angenommen. Sie ist in meiner Assistentenzeit am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht (Prof. Dr. Masing) entstanden. Professor Masing danke ich sehr herzlich für das fortgesetzte wissenschaftliche Gespräch und vielfältige prä-

gende Anregungen, nicht zuletzt aber auch für die verlässliche Betreuung der Habilitation. Ein besonderer Dank gebührt Prof. Dr. Reiner Schmidt für stetige zugewandte Beratung und die Erstellung des Zweitgutachtens. Die Mitglieder der Augsburger Fakultät haben meine Forschungs- und Lehrtätigkeit immer wieder positiv aufgenommen und unterstützt, wofür ich auch ihnen herzlich danke. Dr. Franz-Peter Gillig, Tübingen, danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe *ius publicum* und wiederholte Hilfestellung; dem Wissenschaftsfonds der VG Wort habe ich für einen großzügigen Druckkostenzuschuß zu danken. Mein Dank gilt schließlich den Herren cand. iur. Michael Snowadsky und cand. iur. David Heuer, die die Korrektur der Druckfassung durchgeführt und das Sachverzeichnis erstellt haben.

Ich widme die Arbeit meinen Kindern Carlotta und Jakob, die je auf ihre Weise die Augsburger Jahre geprägt haben.

Inhaltsübersicht

Einleitung	V
§ 1 Einführung: Generalklauseln als Herausforderung verwaltungsrechtlicher Systembildung – Rahmen und Gang der Untersuchung	1
§ 2 Das Gesetz und die Ordnung der Herrschaft – Vom Ausgang des Mittelalters zur nachabsolutistischen Reform	25
§ 3 Generalklauseln und die Rationalität der Gesetzesanwendung – Von der Errichtung des Rechtsstaats zur Sozialgestaltung in Gesetzesform (1850–1933)	56
§ 4 Exkurs: Generalklauseln im Unrechtsstaat	94
§ 5 Rekurs: Notwendige Revision nach 1945	102
§ 6 Generalklauseln und die Aufgabe der Freiheitssicherung	107
§ 7 Generalklauseln und Gesetzesvorbehalte	145
§ 8 Gesetzesstrategien im Sicherheits- und Ordnungsrecht	187
§ 9 Generalklauseln im Gesetzgebungsstaat	234
§ 10 Zusammenführung: Generalklauseln in der Typologie der Verwaltungsbefugnisse	297
Zusammenfassung der Ergebnisse in Leitsätzen	328
Literaturverzeichnis	335
Sachverzeichnis	355

Inhalt

Einleitung	V
<i>§ 1 Einführung: Generalklauseln als Herausforderung verwaltungsrechtlicher Systembildung – Rahmen und Gang der Untersuchung</i>	<i>1</i>
I. Generalklauseln als Verwaltungsbefugnisse – Arbeitsbegriff, Abgrenzung, Thesen	1
II. Generalklauseln als Herausforderung des Rechtsstaats	4
1. Bezugsrahmen	4
2. Perspektiven	7
a) Veränderte Legitimationserfordernisse	7
b) Flexibilisierung gesetzlicher Steuerungsmodi	8
III. Generalklauseln als Herausforderung der Verwaltungsrechts- wissenschaft	11
1. Bezugsrahmen	11
a) Rechtliche Steuerung des Verwaltungshandelns als Maßstab	11
b) Gesetz und Gesetzesanwendung	14
2. Perspektiven	15
a) Normativität und institutionelle Aufgabenteilung	15
b) Potential von Generalklauseln	19
IV. Gang der Untersuchung	21
<i>§ 2 Das Gesetz und die Ordnung der Herrschaft – Vom Ausgang des Mittelalters zur nachabsolutistischen Reform</i>	<i>25</i>
I. Die Verbindung von Gesetz und „Policey“ – Kennzeichen für den Staat der Neuzeit	25
1. Reichs- und Landespolizeiordnungen der frühen Neuzeit	25
a) Gesetzgebung als Herrschaftsinstrument	25
b) Rechtsform und Inhalt der Reichspolizeiordnungen	30
c) Polizeiordnungen zwischen Kontinuität und Zäsur	33
2. Gesetz und „Policey“ im absoluten Staat	37

a) Souveränität und innere Vereinheitlichung	37
b) Aufgeklärter Absolutismus und Differenzierung der „Policey“	41
II. Gesetz und Polizei im Zeitalter von Kodifizierung und Reform . .	45
1. Das Ziel der Gesetzmäßigkeit im Zeitalter der Revolution . . .	45
2. Die Bedeutung des Preußischen Allgemeinen Landrechts . . .	45
a) Rahmenbedingungen	45
b) Struktur und Inhalt	47
3. Freiheitsverbürgung und Polizeibefugnis in der Reformzeit . .	51
§ 3 <i>Generalklauseln und die Rationalität der Gesetzesanwendung – Von der Errichtung des Rechtsstaats zur Sozialgestaltung in Gesetzesform (1850–1933)</i>	
I. Verfassung, Rechtsstaat, Bindung der Verwaltung	56
1. Rechtsstaatsprogramm und Verfassungsfrage	56
a) Typen des Gesetzesvorbehalts in den frühen Verfassungen	56
b) Polizei „nach den Grundsätzen des Rechtsstaats“	58
c) Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nach 1848 – die späten Verfassungen.	62
2. Verrechtlichung der Verwaltung	66
a) Positivismus und juristische Methode.	66
b) Eigenständige Verwaltungsgerichtsbarkeit	67
II. Gesetzmäßige Verwaltung	70
1. Gesetzmäßigkeit und Freiheit von Verwaltungsverordnungen: Die Kreuzbergentscheidung des preußischen OVG	70
a) Gegenstand des Verfahrens	70
b) Programmatische Aussagen der Entscheidung	71
aa) Institutionell: Ausgreifende Deutung der richterlichen Aufgabe als Beitrag zur Gewaltenteilung.	71
bb) Materiell: Prüfung der Polizeiverordnung am Gesetz .	73
c) Die Kreuzbergentscheidung als Teil des Staats-Kompromisses unter dem monarchischen Prinzip	74
2. Systematisierung und Begrenzung der polizeilichen Generalklausel	75
a) Die Sonderstellung des § 10 II 17 ALR im Normgefüge. . .	75
b) Verfestigung und Modifizierung der Dogmatik.	79
aa) Gefahr und öffentliches Interesse.	79
bb) Definition von Schutzgütern	80
c) Freiräume des Verwaltungshandelns	81
aa) Ausdifferenzierung der Verwaltung und Begrenzung des Rechtsschutzes	81
bb) Besonderheiten bei polizeilichem Handeln	83

cc) Ermessen	84
III. Kontinuität und Gestaltungsanspruch des Verwaltungsrechts im Übergang	85
1. Die Herausforderung eines republikanischen Verwaltungs- rechts	85
2. Die polizeiliche Generalklausel als Basis der Verwaltungs- kontinuität	89
a) Elemente von Kontinuität und Dynamik in Rechtsprechung und Lehre	89
b) Positivierung und Aufgliederung der Gesetzesbindung . . .	90
c) Kontext: Die zivilrechtlichen Generalklauseln als „könig- liche Paragraphen“	92
 § 4 <i>Exkurs: Generalklauseln im Unrechtsstaat</i>	94
I. Etablierung des Führerstaats.	94
1. Zeitenwende 1933/1934	94
2. Generalklauseln oder neues Recht?.	96
II. Die begrenzte Fortführung der Generalklauseln im Verwaltungs- recht	99
 § 5 <i>Rekurs: Notwendige Revision nach 1945</i>	102
I. Aufbruch und Tradierung	102
II. Verfassungsgerichtsbarkeit.	105
 § 6 <i>Generalklauseln und die Aufgabe der Freiheitssicherung</i>	107
I. Freiheitsrechte und Handlungsfreiheit	107
1. Allgemeine Handlungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeits- recht	107
a) Generalfreiheit und Generalklausel	107
b) Die Konturierung der Gewährleistungen: Schutzbereich und Grundrechtsgestaltung	109
2. Der Schutzanspruch der besonderen Freiheitsrechte	112
3. Erweiterungen und Begrenzungen	115
a) Freiheitsgewähr in jedem Status.	115
b) Die Funktion der Grundrechtsdimensionen und die Aufgabe des Gesetzgebers.	116
c) Grundrechtslagen im Sektor zwischen Staat und Gesellschaft	120
4. Zusammenführung: Konstruktion und Substanz der rechtlichen Freiheit	122

II. Eingriffsdogmatik	124
1. Verknüpfung von Freiheit und Staatshandeln.	124
2. Eingriffsformen.	126
a) Parameter der Eingriffslehre	126
b) Staatliches Nichthandeln als Eingriff	127
c) Flexible Kombination der Eingriffsparameter.	128
d) Insbesondere: Einwirkung durch nicht-imperatives, mittelbar wirkendes Realhandeln.	132
aa) Publikumsinformation als Testfall der Eingriffs- dogmatik	132
bb) Publikumsinformation „am Markt“	133
cc) Allgemeine Struktur und Wirkungsweise der Publikumsinformation	137
4. Zusammenführung: Eingriffsdogmatik zwischen Uferlosigkeit und Etatismus	141
 § 7 <i>Generalklauseln und Gesetzesvorbehalte</i>	145
I. Funktionsvielfalt des Gesetzes und die Funktion des Gesetzes- vorbehalts	145
1. Verfassungsrechtliche Perspektive	145
2. Verwaltungsrechtswissenschaftliche Perspektiven	147
II. System der Gesetzesvorbehalte.	149
1. Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte	149
a) Gesetzesvorbehalt für Beschränkungen der rechtlichen Freiheit	149
b) Grundrechtsbeschränkung und Grundrechtsausgestaltung	150
2. Weitere Gesetzesvorbehalte.	151
a) Vielfalt der Vorbehaltsordnung	151
b) Gesetzgebung als politische Entscheidung	152
3. Zur Funktion der Wesentlichkeitslehre.	153
a) Problemschichten und Problembegrenzung	153
aa) Gesetzesvorbehalt, Organkompetenz, Bestimmtheit . .	153
bb) Grundperspektiven: Parlamentsvorbehalt und Grund- rechtsschutz.	154
b) Räumlicher Anspruch der Wesentlichkeitsdoktrin	156
c) Kritik und Gegenkritik der Wesentlichkeitsdoktrin.	158
4. Befugnisse außerhalb der Gesetzesmediatisierung	160
a) Verfassungsunmittelbare Befugnisse	160
b) Gewohnheitsrecht.	161
III. Gesetzesvorbehalt als Kompetenzordnung.	161
1. Gesetz und Verordnung als Steuerungsverband	161
2. Parlamentsgesetzvorbehalt	165

IV. Generalklauseln und Bestimmtheitsgebot	167
1. Bestimmtheit des Gesetzes als Kern des Gesetzesvorbehalts . .	167
2. Entwicklungslinien: Die Rechtsprechung des Bundes- verfassungsgerichts	168
a) Identifizierung und Modifizierung der Parameter.	168
aa) Bestimmtheit als abstrakte Vorgabe	168
bb) Bestimmtheit als Maßstab von Verfahrens- und Vorfeldbefugnissen	172
b) Insbesondere: Zulässigkeit und Funktion von General- klauseln	175
c) Komplementäre Elemente: Justitiabilität und Verfahren . .	177
3. Vielfalt und Grenzen des Bestimmtheitscodes	179
a) Normzentrierte und steuerungswissenschaftliche Kritik der Bestimmtheitsdogmatik.	179
aa) Bestimmtheit als Maximalmaßstab	179
bb) Bestimmtheit und Abwägungsprozesse.	180
cc) Steuerungswissenschaftliche Kritik.	182
b) Zusammenführung: Bestimmtheit und flexible Gesetzes- formen	183
 § 8 Gesetzesstrategien im Sicherheits- und Ordnungsrecht	187
I. Ausdifferenzierung des Sicherheitsrechts	187
1. Entpolizeilichung	187
2. Aufgabenzuwachs und Aufgabenverlagerung	190
a) Straftatenverhütung und Strafverfolgungsvorsorge	190
b) Umgang mit Ungewißheit und Risikoverwaltungsrecht. . .	192
II. Generalklauseln im besonderen Polizei- und Sicherheitsrecht . . .	195
1. Strafverfolgung: Generalermittlungsklausel	195
2. Generalklauseln zur Datenerhebung	196
3. Versammlungsrecht: Auferlegung von Auflagen als General- klausel	197
a) Qualifizierter Grundrechtsschutz durch gesetzliche Verbesonderung.	197
b) Insbesondere: Generalklauseln als <i>minus a fortiori</i> ?	200
4. Gefahrenabwehr im öffentlichen Wirtschaftsrecht und Baurecht	201
a) Genehmigung, Nebenbestimmungen, Kontrollrechte	201
b) Insbesondere: Außergesetzliche Konkretisierung von Pflichten.	204
III. Generalklauseln des allgemeinen Sicherheitsrechts	206
1. Abgrenzung: Standardbefugnisse.	206
a) Gesetzliche Typisierung polizeilicher Handlungsabläufe . .	206

b) Insbesondere: Verfassungsrechtliche Notwendigkeit von Standardbefugnissen	208
aa) Anpassungsnotwendigkeit als Vorgabe der Rechtsprechung?	208
bb) Intensität der Maßnahme als Maßstab?	210
cc) Vorhersehbarkeit der Maßnahme als Maßstab?	211
dd) Kombinierte Vorgaben	213
2. Dogmatische Funktion der allgemeinen Generalklausel	214
a) Notwendigkeit einer Aufgabennorm	214
b) Notwendigkeit einer Ausfallbefugnis	216
c) Grundstruktur: Bekämpfung von Gefahren für die Rechtsordnung	218
aa) Schutzgüter	218
bb) Gefahrenlage	222
3. Grenzziehungen.	226
a) Ausschluß der Generalklauseln durch besondere Regelungen	226
b) Materiellrechtliche Zulässigkeit der Generalklausel	228
c) Insbesondere: Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Anwendung der Generalklausel.	230
4. Zusammenführung: Wahrung der Rechtsordnung durch polizeiliches Handeln.	233
 § 9 <i>Generalklauseln im Gesetzgebungsstaat.</i>	234
I. Die gesetzliche Regelung der Leistungsverwaltung	234
1. Verrechtlichung als Rekonstruktion klassischer Staatstätigkeit	234
2. Sozialrecht	237
a) Mitwirkungspflichten	237
b) Sozialversicherungsrecht – Insbesondere: Konkretisierung des Leistungsumfangs.	238
c) Grundsicherung und Sozialhilfe – Insbesondere: Eingliederungsvereinbarung	241
3. Förder- und Subventionsverwaltung	245
a) Steuerung durch Haushaltsgesetz und materielles Gesetz.	245
b) Europäisches Beihilfenrecht.	248
II. „Sonderstatusverhältnisse“	249
1. Ausgangslage	249
2. Öffentlicher Dienst	251
a) Grundrechtsschutz und Grundrechtsbindung.	251
b) Generalklauseln des Beamtenrechts.	253
aa) Weisungsfolgepflicht – Leitungsbefugnis	253
bb) Disziplinarbefugnisse.	255

3. Schule	257
a) Recht auf Bildung und öffentlich-rechtlicher Schulzwang.	257
b) Generalklauseln im Schulrecht	259
aa) Mitwirkungspflichten und Gestaltungsbefugnisse	259
bb) Grenzziehungen	262
4. Haft und Unterbringung	262
a) Strafvollzug und Freiheitsordnung	262
b) Die Generalklausel des Strafvollzugsgesetzes	263
aa) Zuordnung von Einzelbefugnissen und „Angstklausel“	263
bb) Verfassungsrechtliche Maßgaben des Strafvollzugs- rechts	265
c) Unterbringung.	268
III. Planung	270
1. Integration der Planungsdimension in das Verwaltungsrecht.	270
2. Verwaltungssteuerung durch Planungsnormen.	271
a) Abwägung als limitiertes Kernelement des Planungsrechts	271
b) Planungsbefugnisse als Generalklauseln?	274
IV. Regulierungsverwaltungsrecht und regulierte Selbstregulierung	276
1. Regulierungsverwaltungsrecht	276
2. Rolle des Gesetzes im Regulierungsverwaltungsrecht	279
a) Legitimationsfunktion und Gestaltungsaufgabe	279
b) Insbesondere: Mißbrauchsaufsicht und Entgeltregulierung im Telekommunikationsrecht	281
aa) Allgemeine Eingriffsbefugnisse der BNA	281
bb) Entgeltregulierung als weitere Generalklausel?	285
3. Regulierung der Selbstregulierung	290
a) Verwaltungsbefugnisse und Instrumente der regulierten Selbstregulierung	290
b) Regulierte Selbstregulierung im Umweltrecht.	292
c) Insbesondere: Generalklauseln als Ausfallbefugnis?	294

§ 10 Zusammenführung: Generalklauseln in der Typologie der Verwaltungsbefugnisse	297
I. Begriffsbildung: Generalklauseln als Verwaltungsbefugnisse	297
1. Verfassungsrechtliche Ausgangsbedingungen.	297
a) Grundrecht, Eingriff, Gesetzesvorbehalt, Eigenständigkeit der Verwaltung	297
b) Flexible Erfüllung des Gesetzesvorbehalts	299
2. Begriff und Stellung der Generalklausel als Verwaltungs- befugnis	300
a) Struktur und allgemeiner Begriff der Generalklausel	300
b) Typen von Generalklauseln	303

aa) Auffang- und Ergänzungsbefugnis	303
bb) Schlichte Aufgabenrealisierung.	303
cc) Gestaltende Konkretisierungsbefugnisse	305
dd) Einbeziehung von nachgelagertem, insbesondere externem Sachverstand	305
II. Vorgaben und Grenzen für den Einsatz von Generalklauseln . . .	306
1. Leistungsfähigkeit und -bedingungen des tatbestands- bezogenen Steuerungsmodells	306
a) Gesetzesdirigierte Verwaltung	306
b) Festlegung von Rechtsfolgen als normgebundener Gestaltungsauftrag	308
2. Verhältnis zu anderen Normtypen	313
a) Weitere gesetzliche Bestimmungen	313
b) Generalklauseln im Steuerungsverbund.	314
III. Rechtsschutz	318
1. Verfassungsrechtlicher Maßstab und Variabilität der Kontroll- konzeptionen	318
2. Kontrolle der Verwaltung bei der Anwendung von General- klauseln.	322
a) Grundsatz: Vollkontrolle zweiter Ordnung	322
b) Einbeziehung von Gestaltungsspielräumen der Verwaltung	324
IV. Perspektiven	326
1. Gesetzliche Legitimierung von Verwaltungsaufgaben	326
2. Optionenvielfalt eines verfassungsstaatlichen Verwaltungs- rechts	327
 <i>Zusammenfassung der Ergebnisse in Leitsätzen</i>	 328
 Literaturverzeichnis.	 335
Sachverzeichnis	355

§ 1 Einführung: Generalklauseln als Herausforderung verwaltungsrechtlicher Systembildung – Rahmen und Gang der Untersuchung

„Gegenstand und Modalitäten staatlichen Informationshandelns sind so vielgestaltig, daß sie angesichts der eingeschränkten Erkenntnis- und Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers allenfalls in allgemein gehaltenen Formeln und Generalklauseln gefaßt werden könnten. Ein Gewinn an Meßbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns ist für den Bürger auf diesem Weg regelmäßig nicht zu erreichen oder nur in einer Weise, die den Erfordernissen staatlicher Informationstätigkeit nicht gerecht wird.“

BVerfGE 105, 279 (305)

Verwaltungsbefugnisse müssen sich in einer Vielzahl ungesicherter Sachlagen bewähren. Im folgenden werden ein Arbeitsbegriff der Generalklausel und die Hauptthesen der Untersuchung entwickelt (I.) und auf die grundlegenden Fragestellungen zugeführt: Welche Herausforderungen bestehen für das Konzept der gesetzmäßigen Verwaltung (II.), und haben Generalklauseln das Potential, zur Bewältigung der anliegenden Komplexitätsdilemmata und Steuerungsdefizite beizutragen (III.)? Von diesen Ausgangspunkten aus ist der Gang der Arbeit näher zu strukturieren (IV.).

I. Generalklauseln als Verwaltungsbefugnisse – Arbeitsbegriff, Abgrenzung, Thesen

Der Begriff der Generalklausel begegnet im Recht in verschiedenen Zusammenhängen¹. Er bezeichnet beispielsweise umfassende Korrektornormen, die die richterliche Entscheidung im Zivilrecht jenseits der systematisierten Ein-

¹ Klassischer Überblick bei Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, S. 4 ff.

zelregelungen an den Maßstab von „Treu und Glauben“ binden², oder etwa die umfassende Gewährleistung des Verwaltungsrechtsschutzes unabhängig von der Form des Verwaltungshandelns³. Die folgende Untersuchung bezieht sich allein auf „Generalklauseln als *Befugnisnormen* der staatlichen Verwaltung“. Der grundlegende Sachzusammenhang ist damit die Frage nach der Funktion und Struktur von Normen, die der Verwaltung ein bestimmtes Handlungsprogramm vorgeben und die zuständigen Stellen zu entsprechendem Handeln legitimieren. Als Generalklausel sollen daher im folgenden zunächst *gesetzlich gefaßte Verwaltungsbefugnisse, bei denen das Vorliegen teilweise offen formulierter Handlungsvoraussetzungen eine nicht abgeschlossene Mehrzahl von Handlungsmöglichkeiten in einem bestimmten Sachgebiet eröffnet*, betrachtet werden.

In der Definition liegt zum einen die notwendige Spezifizierung des Gegenstands gegenüber dem weiten Feld der unbestimmten Rechtsbegriffe. Die einschlägigen Gesetzesbestimmungen bewegen sich in einer großen Breite von quasi-bestimmten Formeln bis hin zu offenen Begriffen wie der „Zuverlässigkeit“ usw. Doch auch der offene, selbst der entwicklungs offene Gesetzesbegriff („Stand der Technik“) macht als solches noch keine Generalklausel aus. Erst durch die Kombination mit ebenfalls nicht abschließend festgelegten Rechtsfolgen im Sinn eines Auswahl-, nicht nur eines Entschließungsmerksens, entsteht die besondere Form von Verwaltungsnormen im hier gemeinten Sinn. Ihr Prototyp ist die entsprechende Regelung des Polizeirechts, die die zuständigen Behörden zur Abwehr von „Gefahren“ durch die dafür „notwendigen“ Maßnahmen ermächtigt. Unbestimmte Rechtsbegriffe, die auf eine feststehende Rechtsfolge hinführen, sollen dagegen hier als (nur) „generalklauselartige“ Bestimmungen bezeichnet werden; die Doppelformel von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen bleibt damit (zunächst) erhalten.

Dabei ist nicht notwendig die äußerliche Struktur der einschlägigen Rechtsnormen entscheidend. Die Unterscheidung von Tatbestand bzw. „unbestimmten Rechtsbegriffen“ und Rechtsfolge bzw. „Ermessen“ ist etwa nur die (inzwischen) traditionelle, aber nicht von vornherein ausschließliche Codierung, mit der die Fragen nach einem besonderen Handlungsspielraum der Verwaltung im hier skizzierten Sinn abgeschichtet und diszipliniert werden. Der Begriff der Befugnis ist weiter nicht verengt auf eine klassische Eingriffskonstel-

² Zum zivilrechtlichen Verständnis *Ohly*, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), S. 1 ff., insbesondere zur Bedeutung der Präjudizien S. 19 ff.; *Kamanabrou*, Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, AcP 202 (2002), S. 662 ff., zusammenfassend zu Auslegungs- und Rechtsfortbildungsfunktion S. 687.

³ Art. 19 IV GG, § 40 I VwGO. Vgl. dazu *Auert*, Generalklausel im öffentlichen Recht, S. 58 ff. Die von *Auert* vorgelegte Arbeit schließt Grundrechte, allgemeine Härtekläusen, Verhaltensregeln ebenso wie Befugnisregeln in einen Begriff der Generalklausel ein, der auf dessen offene Struktur abstellt, zur zugrundeliegenden Definition S. 33.

lation zu verstehen, sondern zielt grundsätzlich auf die gesamte Bandbreite des Verwaltungshandelns, das freilich – angesichts der fortgeschrittenen Grundrechtsdogmatik – auch von vornherein umfassend in seinen grundrechtlichen Wirkungen zu erfassen ist. Dabei ist keine Generalklausel als umfassende „Staatsgrundnorm“ denkbar, von der aus die gesamte vollziehende Gewalt strukturiert werden könnte. Denn Generalklauseln sind historisch und systematisch immer schon begrenzte Normen, die sich auf die vom Verwaltungsrecht allgemein ausgeprägten einzelnen Sachgebiete beziehen. Damit wird die staatsrechtliche Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen staatlichen Handelns in einem Prozeß der Wechselseitigkeit verwaltungsrechtlich domestiziert, nämlich auf die vorhandene Basis einer ausdifferenzierten Ordnung gestellt⁴.

Die folgende Untersuchung verfolgt drei zentrale inhaltliche Thesen, die auf das *Verständnis*, die *Substanz* und die *Relevanz* von Generalklauseln als Befugnisnormen zielen. Zum einen soll gezeigt werden, daß Generalklauseln als bestimmtes, begrifflich abgegrenztes Instrument aufgefaßt werden können, das in der Verwirklichung des Rechtsstaats einen zentralen Platz hat; die Rekonstruktion der Generalklausel führt so zu einer Darstellung des rechtlich gebundenen und eingehegten Verfassungsstaats und seiner Rationalitätsmodelle. Die Untersuchung will im weiteren die These überprüfen, daß die Substanz der Generalklauseln nicht aufgezehrt ist, sondern diese ein geradezu notwendiges Verbindungselement für ein verfassungsstaatliches Verwaltungsrecht darstellen, das individuelle Freiheitsansprüche und staatliche Gestaltungsmacht ohne großflächige Ausblendungen verzahnen will. Generalklauseln dienen danach in verschiedenen Sachgebieten als typisches rechtsstaatliches Instrument des Gesetzgebers, inhaltliche Vorentscheidungen zu treffen und zugleich Gestaltungsverantwortung an die Verwaltung zu übertragen. Die dritte These legt das Schwergewicht auf die praktische Relevanz von Generalklauseln als Verwaltungsbefugnissen. Danach sind Generalklauseln als materiellrechtliche Grundnormen einzubeziehen in einen Steuerungsverbund, der die Verbindung von inhaltlicher Vorsteuerung und konkreter Entscheidungsfindung mit angemessenen Kontrollkonzepten ermöglicht. Der Vorbehalt des Gesetzes wird auf diese Weise flexibilisiert, aber zugleich in seinem flächendeckenden Anspruch weiterverfolgt, der rechtsstaatliche Prämissen nicht wegen der Sachgesetzlichkeit bestimmter Verwaltungsbereiche ausklammert.

Für die Untersuchung der Generalklausel als Befugnisnorm können vorab zunächst zwei wesentliche Perspektiven unterschieden werden: Ihre Funktion als *dynamische* Norm fragt die verfassungsrechtlich gewollte *Limitierung des*

⁴ Zu diesem Zusammenhang näher *Wißmann*, Verwaltungsorganisation, GVR I, § 15, Rn. 1 ff.

Staates, die Verteilung zwischen Freiheit und staatlicher Gestaltungsbefugnis an. Und ihre Struktur als *offene* Norm weist auf die *Leistungsfähigkeit fachlicher Standards* hin, die sich in Praxis und Wissenschaft auf bestimmte Grundannahmen über die Möglichkeiten und Grenzen einer rationalen Anwendung von Gesetzen stützen. Diese Fragen, die auch im Eingangszitat angedeutet sind, lassen sich näher als eine Herausforderung des Rechtsstaats und als eine Herausforderung des Verwaltungsrechts durch die Generalklauseln skizzieren. Während der jeweilige Bezugsrahmen dabei zunächst eine kritische Distanz gegenüber Generalklauseln als Verwaltungsbefugnissen nahelegt, ist bei näherer Betrachtung ein positiver Beitrag zu den jeweiligen Fragestellungen zu erwarten.

II. Generalklauseln als Herausforderung des Rechtsstaats

1. Bezugsrahmen

Im Staats- und Verwaltungsrecht sind Generalklauseln als Teil einer Legitimationsordnung in den Blick zu nehmen, in der Vorgaben des Gesetzgebers, Leitung durch die Regierung, eigenständiger Anteil der Verwaltung und Kontrolle durch die Gerichte einander zugeordnet werden. Verwaltungsbefugnisse, die in der Form von Generalklauseln erlassen werden, verfehlen dabei den maximal denkbaren Standard rechtsstaatlicher Freiheitssicherung, da die Grenzen, die sie staatlichem Handeln setzen, nicht von vornherein durch klare Begriffe und klare Handlungsformen erkennbar sind. Ganz im Gegenteil zielen sie darauf, Legitimation auch für offene Fragen vorzuhalten und damit äußerlich ablesbare Handlungsgrenzen des Staates zu verdunkeln. Damit wird eine traditionelle Verklammerung rechtsstaatlicher Grundbegriffe zunächst disharmonisiert:

In der rechtsstaatlichen Grundrelation ist rechtliche *Freiheit* zwar keine quasi-natürliche Existenz – und auch kein unbedingtes Verfassungsprogramm, soweit das Grundgesetz ebenso vom sozialgebundenen Menschen ausgeht⁵ wie vom handlungsfähigen, sozialgestaltenden Staat⁶. Dieser Staat ist jedoch über das Gewicht der Grundrechte formal und in bestimmter Weise auch materiell an ein gegen ihn laufendes Verteilungsprinzip gebunden, das ihm Rechtfertigungs-, zumindest aber Begründungslasten auferlegt⁷; damit verschafft sich

⁵ BVerfGE 4, 7 (15 f.).

⁶ Zur virtuellen Allzuständigkeit des Staates *Masing*, Verfolgung öffentlicher Interessen, EuGRZ 2003, S. 395 (397); *Wißmann*, Verwaltungsorganisation, GVR I, § 15, Rn. 10 m. w. N.

⁷ *Masing*, Rechtsstatus des Einzelnen, GVR I, § 7, Rn. 8 ff. Begriffsbildend *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 126.

im Ergebnis eine eigenrationale „Ordnung ‚von unten‘“, die in der wechselseitigen Anerkennung subjektiver Rechte liegt, ihren Raum⁸.

Das zentrale Medium, um den rechtsstaatlichen Anspruch des Verfassungsstaats einzulösen, ist in einer langgestreckten Entwicklung, zu der auch immer wieder gegenläufige Tendenzen gehörten und gehören, das parlamentarische *Gesetz* geworden. Es soll über Staatsgewalten, -funktionen oder -subsysteme hinweg eine gemeinsame Kommunikation sichern. Dabei dienen Verwaltungsbefugnisse freilich wie bereits angedeutet nicht eindimensional nur der möglichen Begrenzung von Freiheit. Zum einen ist das Gesetz vielfach erprobtes Instrument der Sozial- und damit auch der Freiheitsgestaltung⁹. Zum anderen greift die objektiv-rechtliche Funktion des Gesetzes über den individuellen Freiheitsschutz noch hinaus, indem sie rechtsstaatliche Strukturen auch jenseits der Grundrechtswirkungen zum verpflichtenden Leitbild des Verfassungsstaats erhebt¹⁰. Für die Anwendung des Gesetzes haben sich verschiedene Rationalitätsmuster durchgesetzt, die die Parameter des Rechts- und Verfassungsstaats auf die Handlungsnotwendigkeiten einer differenzierten Verwaltungslandschaft hin transponieren: Kategorien wie etwa unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum, Ermessen, Vollkontrolle und Bestimmtheitsgrundsatz ergeben eine tiefe Staffelung von Anwendungsregeln, die ineinander verschränkte Entscheidungswege errichten und so den Staat im Ganzen mäßigen und vor den Bürgern rechtfertigen sollen¹¹. Generalklauseln jedoch führen atavistische Großformeln wie „Sicherheit“, „Gefahr“ oder „Treue“ mit sich, deren Inhalt jenseits dieser Muster wesentlich von der Befugnis, sie anwenden zu können, abhängen könnte.

Deshalb scheinen Generalklauseln auch für den *Rechtsschutz*, der auf die Disziplinierung der Verwaltungsmacht zielt, zunächst eine Zumutung zu sein. Das Gesetz schafft einen Brückenschlag zwischen Legislative, Exekutive und Judikative, dessen Wirksamkeit in grundsätzlich bewährter Sicht von der möglichst präzisen Gleichsetzung von Handlungs- und Kontrollperspektive abhängt¹². Indem sie die Rückbindung auf die materiellen Vorgaben des Parlaments in das Zentrum der anschließenden Rechtskontrolle stellt, formt die gesetzliche Programmierung dabei zugleich schon die Bearbeitung von Sachverhalten durch die Verwaltung. Zugleich entlastet sie sie letztlich, soweit

⁸ *Ladeur/Gostomzyk*, Gesetzesvorbehalt, Verwaltung 36 (2003), S. 141 (143). Darin bestärkt sich zugleich, daß Selbstorganisation und die Gestaltung einer kollektiven Ordnung ihren Platz in einem liberalen Staatskonzept haben können, dezidiert *Ladeur/Gostomzyk*, ebenda, S. 144.

⁹ Statt aller *Stern*, Staatsrecht I, S. 828.

¹⁰ *Schmidt-Aßmann*, Verfassungsprinzipien, GVR I, § 5, Rn. 49 ff.; *Wißmann*, Verwaltungsorganisation, GVR I, § 15, Rn. 54 ff.

¹¹ Zur Rationalitätsfunktion der Funktionenordnung *Poscher*, Funktionenordnung, GVR I, § 8, Rn. 23 ff.

¹² *Schmidt-Aßmann*, Art. 19 IV GG in: Maunz/Dürig, Rn. 181 ff.

dadurch eben auch nur die gesetzlichen Anforderungen zum Gegenstand der Rechtskontrolle gemacht werden. Dieses pragmatische Konzept sichert die Rolle der Rechtsprechung und auch die der Rechtswissenschaft in unmittelbarer Nähe zur Verwaltungspraxis in einer spezifisch deutschen Ausprägung¹³.

Voraussetzung für diese Verbindung von Verwaltungshandeln und Rechtskontrolle ist eine hinreichende *Bestimmtheit* des Gesetzes. Generalklauseln zerlegen nun typischerweise die Handlungsabläufe innerhalb der Verwaltung nicht in möglichst kleine, abgegrenzte und darüber im Einzelnen zu kontrollierende Bestandteile, sondern setzen lediglich Gesamtziele oder -zwecke etwa als Maßstab für „notwendige“ Maßnahmen fest, und erschweren so die Realisierung des gesetzesbezogenen Rechtsschutzes. Materiellrechtlich ist die dadurch entstehende Versuchung der Exekutive andauernd etwa in den besonderen Statusverhältnissen, insbesondere in Untersuchungs- und Strafhafte, oder in neuer Verschärfung durch die vielfach angemeldeten sicherheitsrechtlichen Bedürfnisse zur Bekämpfung terroristischer Gefahrenlagen deutlich erkennbar¹⁴. Die Umhegung der Generalklauseln im klassischen Polizeirecht erscheint angesichts dessen eher als historisch erklärlicher Glücksfall, der nicht zu Wiederholungen oder Ausweitungen dieses Regelungsansatzes reizen sollte.

Und auch die praktische *Entwicklung der Gesetzgebung* läßt es fraglich erscheinen, ob Generalklauseln als vergleichsweise stabile gesetzliche Regelungen zukünftig noch bemerkenswerten Raum einnehmen werden. Die hohe Veränderungsdichte des Gesetzesrechts ist ungeachtet der allgemeinen kritischen Beurteilung ungebrochen¹⁵; die Gegenentwürfe grundsätzlich zurückgenommener bzw. statischer Regulierung werden deshalb auch nur in der Theorie, bestenfalls programmatisch, nicht aber in der politischen Praxis vertreten¹⁶. Daher ist die Beobachtung einer immer weiter in einzelne Sektoren

¹³ Kritische Einschätzung bei Hoffmann-Riem, Eigenständigkeit der Verwaltung, GVR I, § 10, Rn. 73 ff.; zur vergleichsweise praxismächtigen Rolle der deutschen Verwaltungswissenschaft Möllers, Methoden, GVR I, § 3, Rn. 57.

¹⁴ Brugger, Gusy, Freiheit und Sicherheit, VVDStRL 63 (2004), S. 101 ff., 151 ff. Zur grundrechtlichen Schutzpflichtlehre und den daraus entstehenden Dreiecksverhältnissen zwischen Schutzgewährung und Eingriff Wahl/Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553 (556 ff.).

¹⁵ Vgl. für den vorherrschenden pejorativen Ton der Beurteilung etwa schon 1933 Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, S. 66: „In jagendem Fluge fabriziert er (der Gesetzgeber, H. W.) seine Gesetze, seine Notverordnungen, seine Aus- und Durchführungsbestimmungen. Er stellt Einzeltatbestände auf, einige nach gründlichster Feile, andere schon flüchtiger, um dann – vom Mißtrauen gegen sein eigenes Werk befallen – bei der Generalklausel zu landen.“ Zum Zusammenhang Schulze-Fielitz, Parlamentarische Gesetzgebung, S. 1 ff.; Ossenbühl, Gesetz und Recht, HStR III, § 61, Rn. 55 f.; v. Beyme, Gesetzgeber, S. 73 ff.; Dreier, Art. 19 I, in: Dreier-GG, Rn. 2. Allgemein Mußnug, Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, in: Hill, Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, S. 23 (23 ff.); Schneider, Gesetzgebung, Rn. 1; zur Kodifikationsidee in der Gegenwart ebenda Rn. 426 ff.

¹⁶ Zu „Deregulierung“ und „Reregulierung“ Wißmann, Art. Regulierung, Deregulie-

zerfallenden Gesetzgebung (unabhängig von der absoluten Zahl der Gesetze) für die Frage nach den Generalklauseln von vornherein nicht außer acht zu lassen: Wenn der Gesetzgeber zunehmend auch Einzelfragen aussteuert, sich dabei beständig neu orientieren muß und in immer weitere Grenzbereiche ausgreift, sind langfristig gesetzte Regelungen, die auf die dynamische Auslegung durch die Praxis angewiesen sind, jedenfalls in wichtigeren Fragen nicht zu erwarten.

Die so umrissenen Bedenken fordern ein Doppeltes heraus: Zum einen ist zu fragen, ob Generalklauseln tatsächlich schon praktisch soweit marginalisiert sind, daß eine konzeptionelle Beschäftigung mit ihnen nicht mehr lohnt. Zum anderen muß das Konzept der Generalklausel aber auch davon unabhängig in einem theoretischen wie systematischen Sinn befragt werden, ob es etwas dazu beitragen kann, die rechtsstaatlichen Herausforderungen an das Verwaltungsrecht anzunehmen. In kritischer Wendung: Sind Generalklauseln nur eine Chiffre für Entscheidungsabläufe jenseits des Gesetzes, oder finden sie eine bestimmte Rolle, die die gegenläufigen Ziele der Eigenständigkeit der Verwaltung und ihrer notwendigen Anleitung und Kontrolle für bestimmte Konstellationen zu einem angemessenen, relativ stabilen Kompromiß zusammenführen kann?

2. Perspektiven

a) *Veränderte Legitimationserfordernisse*

Die grundlegende Frage, wieweit und in welcher Form Verwaltungshandeln einer förmlichen Legitimation bedarf, ist nach aller historischen Erfahrung nicht stabil zu beantworten: Sowohl die dynamisierten inhaltlichen Herausforderungen als auch die sich beständig ändernden Reaktionsmöglichkeiten des Staates würden eine statische Legitimationsordnung der Gefahr aussetzen, einen weithin handlungsunfähigen Staat oder – eher noch – die entformalisierende Umgehung der verfassungsrechtlichen Anforderungen zu provozieren¹⁷. Die entsprechenden Problemlagen sind besonders in bestimmten Grenzbereichen staatlichen Handelns erkennbar. Das allgemeine und besondere *Sicherheitsrecht* etwa reagiert beständig auf Veränderungen in technischer, ökonomischer oder ethischer Hinsicht; die Verwaltung ist dabei mit dem Phänomen

rung, EvStL, Sp. 1978 (1979). Zu bedenken ist, daß die verfassungsrechtlich vorgegebene Justizgewährleistungspflicht bei zurückgenommenen gesetzlichen Maßstäben zu einer Verlagerung der Gestaltungsmacht auf die Gerichtsbarkeit (und damit mittelbar zu einer Verstärkung etwa der Grundrechte) führt, nicht etwa zu einer realen Begrenzung staatlicher Entscheidungsverantwortung.

¹⁷ Vgl. zum Zusammenhang *Schoch*, Entformalisierung staatlichen Handelns, HStR III, § 37, insb. Rn. 103 ff.

konfrontiert, immer weniger über allgemein verfügbares, konsentiertes Alltags- und Fachwissen als Handlungsgrundlage zu verfügen. Und so wird die Generierung und Bewertung von Wissen als Voraussetzung staatlicher Aktion und Reaktion zu einem zentralen Gegenstand für das Verhältnis von Gesetz und Gesetzesanwendung¹⁸. Auch die *Leistungsverwaltung* handelt nach den Modellannahmen des Verwaltungsrechts permanent in Grenzbereichen der Gesetzmäßigkeit, soweit sie den punktuellen und förmlichen Kontakt zwischen Staat und Bürger hinter sich läßt; entsprechend fordert sie Modifizierungen des konventionellen Modells gesetzlicher Vorgaben heraus. Auch die partielle Umformung des früheren Ordnungs- und Leistungsstaats zum *Gewährleistungsstaat*, die unter dem Stichwort der „Verantwortungsteilung“ eine prinzipielle Neubestimmung der Rechte- und Pflichtenstellung betroffener Privater ebenso wie eine Neukonfiguration der staatlichen Befugnisse herausfordert¹⁹, geht mit Veränderungen der Regelungsarrangements einher. Die neu geschaffenen, komplexen Entscheidungskonstellationen, die etwa im Regulierungsverwaltungsrecht sowohl die Idee einer nur punktuellen Wirtschaftsaufsicht wie auch die Direktleistung durch staatliche Eigenbetriebe hinter sich lassen, amalgamieren Wettbewerbssicherung und Infrastruktursicherung in neuen Norm- und Handlungsverbünden²⁰. Hier erscheint schon fraglich, ob die funktionale Unterscheidung von Staat und Gesellschaft und die mit ihr verbundene Verteilung von Rechtfertigungslasten noch hinreichende Orientierung bietet, oder ob nicht neue, allseitig offene Bewirkungsplattformen statuiert werden müssen, die das Konzept von Verwaltungsbefugnissen hinter sich lassen. In all diesem ist unsicher, in welcher Weise es dem Gesetz gelingen kann, Ungewißheit bzw. Komplexität auf- und vorwegzunehmen, oder ob es auf eine Rahmensetzung für eigenverantwortliche Verwaltungsentscheidungen zurückgeführt werden muß.

b) Flexibilisierung gesetzlicher Steuerungsmodi

Die rechtsstaatlichen Grunddisziplinierungen der Verwaltung drohen durch ihren Anspruch, den sie unter dem Grundgesetz in einzigartiger Weise entfalten konnten, im letzten zu scheitern: Die Ausdehnung von Schutzbereich, Eingriff und Gesetzesvorbehalt läßt in der Summe scheinbar keinen Bewegungsspielraum übrig, sondern zieht den statischen Totalvorbehalt einer gesetzlichen

¹⁸ Ladeur, Umweltrecht der Wissensgesellschaft, S.22 ff.; ders., Diskussionsbeitrag, VVDStRL 63 (2004), S.321 f.; Fassbender, Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, HStR IV, § 76, Rn. 1 ff., 62 ff.

¹⁹ Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, VVDStRL 62 (2003), S.266 (284 ff.) m. w. N.; zur „Gewährleistungsverantwortung“ Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, Rn. 3/114 ff.

²⁰ Masing, Regulierungsverwaltung, Gutachten D des 66. DJT, D 27 ff.

Vollsteuerung für jeden erheblichen Verwaltungsvorgang nach sich²¹. Über diese Erschöpfung einer Erfolgsgeschichte besteht im wesentlichen Einigkeit. Vollkommen unterschiedlich sind jedoch die Ansätze, wie die notwendige Komplexitätsreduktion in den jeweiligen Teildogmatiken und die Rückkehr zu übergreifenden Lösungsstrategien gelingen kann²². In der Sache wird sowohl vertreten, den Schutzbereich einiger oder aller Grundrechte im Ergebnis einzuschränken²³, die Eingriffslehren zurückzuführen²⁴ oder die gesetzesbezogene Legitimationsordnung für staatliches Handeln zu verändern²⁵.

Der hier gewählte Ansatz, Generalklauseln als Element der gesetzlichen Verwaltung zu rekonstruieren, zielt darauf, den Lösungsansatz nicht in erster Linie in der Reduktion der Grundrechtswirkungen oder einer förmlich-zurückgesetzten Beurteilung des Staatshandelns zu suchen, sondern in der Flexibilisierung der staatlichen Befugnisse. Dies erhält zunächst die Notwendigkeit einer formellen Legitimation in Form einer gesetzgeberischen Entscheidung für wesentliche Teile des Verwaltungshandelns. Freilich bleibt auch die materielle Begrenzung von Handlungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen staatlicher Aktion angesichts der strukturellen Ungleichheit zwischen staatlicher Bestimmungsmacht und privatem Abwehranspruch ein zentraler Maßstab der Freiheitssicherung. Wie aktuelle Herausforderungen zeigen, können überkommene freiheitliche Sicherungslinien dabei nicht selbstgewiß vorausgesetzt werden, sondern müssen stets neu begründet und gesichert werden²⁶. Dabei liegt jedoch in der vereinfachten Flucht in immer weiter ausdifferenzierte Gesetzeslagen offensichtlich keine umfassende Lösung; jedenfalls geht eine Gleichung zwischen Intensität der jeweiligen Grundrechtseingriffe und entsprechend steigender materiellrechtlicher Vorprogrammierung als verbindlicher Vorgabe nicht auf. Daher stehen zunehmend aufgaben- und handlungsbezogene Rege-

²¹ Ähnlich *Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Staat 43 (2004), S. 203 (208 ff.).

²² Dazu etwa *Volkman*, Veränderungen in der Grundrechtsdogmatik, JZ 2005, S. 261; *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, S. 478 ff.

²³ *Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken, Staat 42 (2003), S. 165 ff., mit der Unterscheidung von Sach- und Lebensbereich sowie Gewährleistungsinhalt, S. 174 ff.; zur Intention schärfer konturierter (und dann besser geschützter) Spezialgrundrechte und Art. 2 I GG als umfassendem Auffanggrundrecht S. 188 f.; *Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Staat 43 (2004), S. 203 ff., der von der Kategorie Schutzbereich auf die Ausgestaltung von Grundrechten umstellen will, S. 224 ff. Grundlegend bereits *Albers*, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem, DVBl. 1996, S. 233 (237 ff.).

²⁴ In diese Richtung *Masing*, Rechtsstatus des Einzelnen, GVR I, § 7, Rn. 178, in Bezug auf den „offenen Kommunikationsprozeß in Spiegelung öffentlicher Freiheitswahrnehmung“.

²⁵ BVerfGE 105, 252 – Glykol.

²⁶ BVerfGE 113, 348 – SOG Niedersachsen; BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz; BVerfGE 115, 320 – Rasterfahndung; siehe auch LG Frankfurt a.M., Urteil vom 20.12.2004, NJW 2005, S. 692 ff. (Daschner).

lungsarrangements im Verbund mit weiteren Steuerungsfaktoren wie Verfahren, Organisation und Personalmanagement für den Versuch angemessener Grenzziehung und Legitimation. In solchen Norm- und Handlungsverbünden ist dann die Rolle von Generalklauseln nicht von vornherein zu unterschätzen: Wenn die Verwaltungsprogrammierung durch Standardbefugnisse in ihrer begrenzten Funktion erkannt wird, ist nicht die totale Absage an materiellrechtliche Vorgaben die notwendige Konsequenz. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen, die inzwischen sowohl mit Standardbefugnissen wie verfahrensbezogenen Steuerungsformen in ihren jeweiligen Referenzgebieten vorliegen, können vielmehr auch Mischansätze wie die Generalklausel neu konstruiert werden und die jeweiligen Vorzüge zusammenziehen.

Die Einbeziehung alternativer Steuerungsansätze erleichtert es auch, den Kern des überkommenen *Rechtsschutzkonzepts* zu identifizieren und auf seine Leistungsfähigkeit hin zu beobachten. Es liegt offen zutage, daß Verwaltungsarbeit und richterliche Rechtskontrolle nicht gleichförmig organisiert sind, da sich die öffentliche Verwaltung stets in viel höherem Maße in einem multipolaren, komplexen Gefüge von Anforderungen befindet²⁷. Neben den internen Einflüssen wie politischer Leitung, Ressourcen-Vorgaben, widersprüchlichen Rechtsvorgaben, abstrakten und speziellen Vorgaben und Weisungen sind weitere externe Erwartungen von Politik, Bürgern, Wirtschaft und Verbänden zu verarbeiten²⁸. Das Gesetz mit seinen verfahrensmäßigen und inhaltlichen Anforderungen determiniert dabei nur im Ausnahmefall eine einzige Entscheidung, weil der ungeformte Lebenssachverhalt in seiner Wahrnehmung und Bearbeitung so voraussetzungsvoll ist, daß regelmäßig für die Einarbeitung weiterer Parameter Platz bleibt. Die richterliche Kontrollperspektive, die jedenfalls konzeptionell allein auf das Gesetz ausgerichtet ist und dennoch den Anspruch einer „Vollkontrolle“ verwirklichen soll, stellt so von vornherein eine artifizielle, kontrafaktische Verknappung des Blickwinkels dar²⁹. Durch die Einbeziehung der Generalklausel kann das entsprechende Modell in seinem rechtsstaatlichen Wert (und seinen Grenzen) genauer beschrieben werden, weil seine Grundausrichtung sich hier mit Öffnungs-Szenarien verbinden muß. Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß die Rechtspraxis zu herkömmlichen Generalklauseln ein reiches Anschauungsmaterial für die praktische Fortentwicklung bereithält. Diese Tradierungen schaffen bereits aus sich heraus eine bestimmte Beherrschbarkeit. Institutionell relativieren die General-

²⁷ Vgl. *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, insb. S. 39 ff.

²⁸ Zur vorgelagerten „Funktionslogik parlamentarischer Entscheidungsbildung“ *Hoffmann-Riem*, Gesetz und Gesetzesvorbehalt, AöR 130 (2005), S. 5 (31 ff.). Weiter für das parlamentarische Stadium *Beyme*, Gesetzgeber, S. 176 ff.

²⁹ Näher *Wißmann*, Richterliche Kontrolldichte im öffentlichen Wirtschaftsrecht, FS Schmidt, S. 627 (629 ff.).

klauseln die Stellung der Rechtsprechung nicht, sondern begründen im Gegenteil durch die weite Fassung der gesetzlichen Begriffe mindestens vorläufig auch einen besonders weiten gesetzbezogenen Kontrollanspruch.

Die neuen Aufgaben- und Regelungsarrangements werfen hinsichtlich der Generalklauseln letztlich die Frage auf, ob diese als eine Art notwendige Durchgangsstation nur eine Zwischenzeit moderieren konnten und dauerhaft weder für eine Erfüllung von angemessenen Bestimmtheitsforderungen noch für eine Bewältigung der anstehenden Komplexität taugen. Insbesondere auch durch die Verpflichtung, immer weiter zunehmend auch Rechtsvorgaben der europäischen Ebene umsetzen und integrieren zu müssen, die sich jenseits dieser Denkmuster zunächst an outputbezogenen Zielmarken orientiert, dürften absolute Begründungen für bestimmte Formen der Verwaltungssteuerung jedoch immer schwerer durchzusetzen sein. Wenn dies aber für die überkommene Orientierung an standardisierten Vollzugsnormen ebenso gilt wie für die Alternativkonzepte der reinen Verfahrenssteuerung, kann in einer Flexibilisierung materiellrechtlicher Steuerungselemente in der Form von Generalklauseln ein Ansatz (neben anderen) liegen, die Sicherung rechtsstaatlicher Verwaltungsabläufe weiter zu stabilisieren.

III. Generalklauseln als Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft

1. Bezugsrahmen

a) Rechtliche Steuerung des Verwaltungshandelns als Maßstab

Stärker und unmittelbarer als andere Teilrechtsordnungen ist das Verwaltungsrecht als Vollzugsordnung des demokratischen Staates auf politische Gestaltung und ihre beständigen Änderungen in Zielstellungen und Aufgabenbestand ausgerichtet, nicht zuletzt deshalb fehlt ihm eine zentrale materiellrechtliche Kodifikation. Der ökonomische wie der demokratisch-rechtsstaatliche Druck, unter dem das verwaltungsmäßige Staatshandeln steht³⁰, sorgen für eine konstant hohe Veränderungsdichte. Die Verwaltungsrechtswissenschaft ist mit diesen Prozessen auf vielfältige, wechselseitig wirkende Weise verbunden. So hat zweifellos die Durchbildung des Verwaltungsrechts in den rechtsstaatlichen Schüben des 19. Jahrhunderts und nach 1949 Vorwirkungen entfaltet in Bezug auf die Organisation und Mentalität der Verwaltung wie auf die Form und den Inhalt der maßgeblichen Verwaltungsnormen. Die Ausdeh-

³⁰ Überblick über die Veränderungsfelder bei Hoffmann-Riem, Gesetz und Gesetzesvorbehalt, AöR 130 (2005), S. 5 (12 ff.), der Europäisierung, Globalisierung, Privatisierung und Informalisierung als Einflußgrößen entfaltet.