

ABHANDLUNGEN

Administrativer Vollzugsauftrag und justizielle Kontrolldichte
im Recht der Technik

Von Privatdozent Dr. Christoph Gusy, Hagen

I. Das Problem

Das »Wyhl-Urteil« des Bundesverwaltungsgerichts¹ hat aus dem Recht der Technik allein atomrechtliche Fragen zum Gegenstand². Zugleich enthält es jedoch sehr grundlegende Ausführungen, die auch über jenen engen Bereich eines Gesetzes und weniger Anlagen hinaus Interesse verdienen. Die Frage nach der Verallgemeinerungsfähigkeit solcher Ausführungen³ setzt die Klärung ihres genauen Inhaltes voraus. Eine derartige Klärung soll hier versucht werden.

1. Abschied vom »antizipierten Sachverständigengutachten«?

Im Zentrum der Diskussion um die justizielle Kontrolldichte im Recht der Technik steht traditionell die Frage: Wie kann die Rechtskontrolle sichergestellt werden, ohne zugleich Gerichtsverfahren und -entscheidungen mit technischen Detailproblemen zu überfordern? Unmittelbare Antwort auf diese Frage sollte der Rechtscharakter der technischen Regelwerke geben, welche von Behörden und Gerichten bei ihren Entscheidungen rezipiert werden. Entgegen manchen Versuchen, solche Regelwerke als Rechtsnormen einzuordnen⁴, setzte sich bald die Lehre vom »antizipierten Sachverständigengutachten« durch⁵. Danach sollten die Gerichte an die behördlich herangezogenen Regelwerke deshalb gebunden sein, weil die Regelwerke von Sachverständigen stammen und die Gerichte selbst über keinen überlegenen Sachverstand verfügen. Eine derartige, rein »tatsächliche« Bindung reduziert den Kontrollauftrag der Justiz auf folgende Fragen:

1. Geht das technische Regelwerk von einem *zutreffenden Gesetzesverständnis* aus⁶? Konkretisiert es etwa tatsächlich einen »Stand der Technik«? Hier ist die zutreffende Obersatzbildung bei dem Erlaß des Regelwerks angesprochen.

2. Hat sich der Ersteller des Regelwerks *am Sachverstand orientiert*? Das ist regelmäßig der Fall, wenn Sachverständige selbst das Regelwerk erstellen; Probleme treten eher auf, wenn die erstellende Instanz – etwa Bundesregierung und Bundesrat nach § 48 BImSchG – nicht selbst sachkundig ist.

3. Ist das jeweils entscheidungserhebliche *Rechtsgut von dem Regelwerk erfaßt*⁸? Das soll nicht gelten, wenn der konkret im Verfahren zu beurteilende Einzelfall tatsächliche Sonderbedingungen aufweist, auf welche das Regelwerk nicht konzipiert war.

4. Ist die jeweils erhebliche *Gefahrenquelle von dem Regelwerk erfaßt*⁹? Kumulierende oder synergetische Effekte, die nicht in dem Regelwerk berücksichtigt waren, können auch nicht nach ihm beurteilt werden.

5. Ist das *Regelwerk noch hinreichend aktuell*¹⁰? Veraltete oder überholte Regelwerke können nicht mehr herangezogen werden.

Dieser Mechanismus faktischer Bindung, der nie ohne Widerspruch blieb und selbst von Befürwortern seiner praktischen Ergebnisse nur als »Notlösung« angesehen wurde¹¹, wurde nach seiner Einführung im Immissionschutzrecht auf immer weitere Bereiche des Rechts der Technik übertragen¹². Dem wurde nun für das Atomrecht eine eindeutige Absage erteilt: Wenn noch das Berufungsgericht die Allgemeine Berechnungsgrundlage der Dosisgrenzwerte als »antizipiertes Sachverständigengutachten« gewürdigt hat, so kann dem »der erkennende Senat nicht folgen«¹³. Dieser Bruch mit der überkommenden Entscheidungspraxis legt die Frage nahe: Was tritt an die Stelle des Überkommenen?

2. Neue Ansätze

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt zu seiner neuen Rechtsansicht aufgrund einer differenzierten Auseinandersetzung mit der Problematik von administrativem Vollziehungsauftrag einerseits und justitiellem Kontrollauftrag andererseits vor dem normativen Hintergrund des Atomgesetzes. Die neue Richtung wird im wesentlichen mit drei Basisaussagen umrissen:

1. Die *Rechtsprechung ist an normkonkretisierende – im Gegensatz zu norminterpretierenden – Verwaltungsvorschriften gebunden*¹⁴. Diese Feststellung wirft sofort die Frage nach der Abgrenzung zwischen beiden Formen von Verwaltungsvorschriften auf. Da zudem bislang die Recht-

1 BVerwGE 72, 300 = DVBl. 1986, 190.

2 Dies betont *Sellner*, NVwZ 1986, 619; aus anderer Perspektive geht vom gleichen Befund aus *Schmidt*, KJ 1986, 470.

3 Diese stellen etwa *Sellner*, ebd., S. 620; auch – kritisch – *Papier*, DÖV 1986, 627.

4 Überblick bei *Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, S. 301 ff.; *Rittstieg*, Die Konkretisierung technischer Standards im Anlagenrecht, 1982, S. 221 ff.

5 Früh *Breuer*, DVBl. 1979, 28, 34 ff.; rezipiert im BVerwGE 55, 256 ff.; Überblick bei *Jarass*, BImSchG, 1983, § 48 Rdnrn. 12 ff.

6 Dazu BVerwGE 50, 256 ff.

7 Näher BVerwGE 50, 258 ff.

8 Hierzu BVerwGE 55, 261; BVerwG, NVwZ 1983, 155.

9 Näher OVG Münster, GewA 1981, 343; OVG Lüneburg, GewA 1978, 344; *Breuer*, DVBl. 1978, 36.

10 Siehe BVerwG, GewA 1978, 232; OVG Münster, DVBl. 1979, 317; VG Berlin, UPR 1982, 103.

11 Zur Kritik s. etwa *Breuer*, DVBl. 1978, 37; *ders.*, DVBl. 1978, 601; s. auch *Sendler*, UPR 1981, 13 f.

12 Zur Entwicklung der Rechtsprechung *Marburger*, Atomrechtliche Schadensvorsorge, 1983, S. 157 ff.; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 202 ff.; *Nicklisch*, NJW 1983, 841.

13 BVerwGE 72, 320 = DVBl. 1986, 196.

14 BVerwG, ebd.

sprechung ihre Bindung an Verwaltungsvorschriften grundsätzlich verneint, stellt sich die Frage nach den Rechtsgrundlagen dieser neuen »Bindung«. Und warum ist die Rechtsprechung an die einen und nicht auch an die anderen Verwaltungsvorschriften gebunden? (Dazu II.)

2. Die Rechtsprechung ist gegenüber normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften nur zu der Prüfung ermächtigt, ob sie »auf willkürfreien Feststellungen« beruhen¹⁵. Die Frage, warum gerade diese und keine anderen Prüfungsmaßstäbe zu wählen sind, ist zumindest diskussionswürdig. Und warum diese Ansätze nur für »normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften« gelten? (Dazu III.)

3. Die Exekutive verfügt gegenüber Legislative und Gerichten über rechtliche Handlungsformen, die sie für die Verwirklichung des Grundsatzes bestmöglicher Gefahrenabwehr und Risikoversorge sehr viel besser ausrüsten. Dies folgt insbesondere aus der Verantwortung für die Risikoermittlung und -bewertung, die bei der Vollziehung liegen soll; sie hat dabei die Wissenschaft zu Rate zu ziehen¹⁶. Diese Verantwortungszuweisung ist daraufhin zu befragen, inwieweit die Exekutive bei ihrer Wahrnehmung gerichtlicher Kontrolle unterliegt (dazu IV).

Im Anschluß daran kann der Ertrag an neuen Erkenntnissen aus dem Rechtsprechungswandel bilanziert und die Frage nach der Verallgemeinerungsfähigkeit zumindest gestellt werden (dazu V).

II. Der Konkretisierungsauftrag zwischen Vollziehung und Rechtsprechung

1. Der Konkretisierungsauftrag

Gesetze sollen allgemein sein und nicht nur für den Einzelfall gelten (Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 1 Satz 1 GG). Sie sind regelmäßig auf eine Vielzahl von Sachverhalten und von Personen anwendbar. Da die Legislative weder jeden dieser Sachverhalte selbst regeln kann noch für jede betroffene Person eine eigene Regelung erlassen darf, muß die Gesetzesformulierung abstrakt und damit notwendig offen sein. Demgegenüber bezieht sich die Vollziehung des Gesetzes durch Behörden und ihre Anwendung durch Gerichte auf Einzelfälle und einzelne Personen: Gesetzesanwendung ist so notwendig konkret. Die Anwendung des abstrakten Gesetzes auf den konkreten Fall setzt Feststellungen darüber voraus, daß das Gesetz für den Einzelfall Rechtsfolgenanordnungen enthält; und sie bedingt Feststellungen darüber, welche Rechtsfolgenanordnungen dies sein sollen. Beide Feststellungen bedingen, daß aus den abstrakten Gesetzesaussagen konkrete Fallaussagen hergeleitet werden. Ein derartiger Herleitungsvorgang soll hier als »Konkretisierung«¹⁷ verstanden werden. Konkretisierung ist demnach die Herleitung einer – konkreten – Rechtsfolgenanordnung aus einer anderen – abstrakten – Rechtsfolgenanordnung. Wie auch immer dieser Vorgang methodisch abläuft, so zeigen schon die dargestellten

Erwägungen: Erst in der Konkretisierung wird das allgemeine Gesetz im Einzelfall vollziehbar. Demzufolge bedingt Vollziehung notwendig Konkretisierung. Wen eine Aufgabe der Vollziehung trifft, den trifft gleichzeitig die Konkretisierungspflicht. Letztere ist so eine Nebenfunktion der ersteren; sie wird dementsprechend von den Behörden im Rahmen ihrer Vollziehungstätigkeit notwendig mitwahrgenommen. Der Vollziehungsauftrag impliziert den Konkretisierungsauftrag; und er trifft die Behörden als Vollziehungs- und damit zugleich Konkretisierungsorgane. Einen solchen Konkretisierungsauftrag können die Behörden auf unterschiedliche Weise erfüllen. Sie können die Konkretisierung der unteren Behörde im Rahmen ihrer allgemeinen Vollziehungstätigkeit übernehmen. In diesem Fall hat die gesetzesanwendende Behörde jedesmal selbst zu prüfen, welche Rechtsfolgenanordnung dem Gesetz gerade im vorliegenden Einzelfall zu entnehmen ist. Anstelle dieser Konkretisierung im Einzelfall kann aber auch die Konkretisierung durch Richtlinien stattfinden. Derartige Richtlinien ergehen in der Form von Verwaltungsvorschriften der über- an die nachgeordneten Behörden. Sie machen diesen Stellen im Einzelfall Vorschriften über die Konkretisierung des Gesetzes. Solche Verwaltungsvorschriften konkretisieren selbst mehr oder weniger abstrakt, indem sie jedenfalls für einzelne Konkretisierungsalternativen oder für einzelne Fallgruppen Aussagen enthalten. Sie machen also das abstrakte Gesetz konkreter, aber noch nicht notwendig konkret. Letzteres gilt insbesondere, wenn die Verwaltungsvorschriften ihrerseits der Konkretisierung bedürfen. In diesem Falle ist der Konkretisierungsvorgang vom Gesetz zum Einzelfall gestuft; er kann einmal oder mehrfach gestuft sein, wenn etwa mehrere Verwaltungsvorschriften unterschiedlicher Herkunft zu beachten sind. Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften sind so Zwischenschritte auf dem Weg vom Gesetz zum Einzelfall¹⁸. Sie sind ein möglicher Weg zur Wahrnehmung des Konkretisierungsauftrages, der Konkretisierung und Vollziehung organisatorisch im Verwaltungsaufbau voneinander trennt.

Anders stellt sich der Konkretisierungsauftrag für Gerichte dar. Sie sind – jedenfalls, soweit sie materielle Rechtsprechungsaufgaben wahrnehmen¹⁹ –, keine Vollziehungsinstanzen. Vielmehr nehmen sie – in Abgrenzung zu den Vollziehungsaufgaben – Kontrollaufgaben wahr. Das gilt in besonderem Maße für die Gerichte der allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit wie auch die Verfassungsgerichtsbarkeit: Ihre Anrufung setzt eine Maßnahme der öffentlichen Gewalt voraus, durch welche »jemand in seinen Rechten verletzt« wird (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG). Rechtsverletzende Stelle und angerufenes Gericht sind so notwendig verschieden.

Rechtskontrolle nach der Rechtsweggarantie ist stets Fremdkontrolle. Überprüft das Gericht Maßnahmen der Gesetzesvollziehung, so entscheidet es über Einzelfallentscheidungen. Solche Maßnahmen verletzen die Rechte des Rechtsschutzsuchenden, wenn sie dem Gesetz widersprechen. Eine konkrete Entscheidung widerspricht dem abstrakten Gesetz, wenn sie mit ihm inhaltlich nicht vereinbar ist; wenn sie also aus dem Gesetz als unzulässige Entscheidung begründet werden kann. Das Gericht prüft demnach, ob die von der Behörde gestellte Entscheidung

15 BVerwGE 72, 321 = DVBl. 1986, 196.

16 BVerwGE 72, 316 f. = DVBl. 1986, 195.

17 Die Abgrenzung von Konkretisierung und Auslegung, die in der methodologischen Literatur breiten Raum einnimmt, soll hier nicht weiter verfolgt werden; s. dazu F. Müller, Juristische Methodik, 2. Aufl., 1976, S. 125 ff. Hier wird Konkretisierung nicht im methodologischen, sondern allein im hier beschriebenen Sinne verstanden. Daher wird sie auch von der Auslegung nicht methodologisch abgegrenzt; zum Konkretisierungsauftrag etwa Schmidt-Eichstaedt, DVBl. 1985, 645.

18 Dieses Konzept findet sich etwa bei Krebs, VerwArch. 1980, 259 ff., insbesondere S. 269.

19 Zu diesem Begriff Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., 1985, Rdnr. 548.

mit dem Gesetz unvereinbar ist. Diese Prüfung setzt ihrerseits voraus, daß das Gericht prüft, welche konkreten Aussagen aus dem abstrakten Gesetz hergeleitet werden können. Eine solche Herleitung durch das Gericht erfolgt gleichfalls im Wege der Konkretisierung. Damit ist Konkretisierung zugleich Element der richterlichen Tätigkeit; sie ist Bedingung für die Herleitung richterlicher Einzelfallentscheidungen aus dem geltenden Recht. Richterliche Kontrolltätigkeit umfaßt so notwendig Konkretisierungstätigkeit; der *Kontrollauftrag in die Justiz* ist notwendig auch ein *Konkretisierungsauftrag*. Dabei ist die justitielle Konkretisierungstätigkeit von der exekutiven auch organisatorisch verschieden. Sind die Richter »nur« dem Gesetz unterworfen, so heißt dies zugleich: Anderen rechtlichen Vorgaben sind sie nicht unterworfen. Konkretisierung durch Gerichte kann so notwendig *nur Konkretisierung im Einzelfall* sein; eine Konkretisierung, die derjenigen durch Verwaltungsvorschriften vergleichbar wäre, kann es bei der Justiz nicht geben. Rechtlich nehmen auch die Entscheidungsgründe eine derartige, Richtlinien vergleichbare Funktion nicht ein. Richterliche Entscheidungsgründe binden Gerichte rechtlich nicht²⁰. Eine organisatorische Trennung von Konkretisierung und Gesetzesanwendung kann es bei der Justiz demzufolge nicht geben.

Demzufolge ist der Konkretisierungsauftrag Nebenfunktion sowohl der gesetzesvollziehenden wie auch der rechtsprechenden Tätigkeit. Er kann bei der Vollziehung gestuft durch Verwaltungsvorschriften wahrgenommen werden; hingegen bei der Rechtsprechung allein im Einzelfall. Gesetzeskonkretisierende Verwaltungsvorschriften sind solche, die genau diese gestufte Normkonkretisierung erbringen.

2. Inhalt und Grenzen des Konkretisierungsauftrages

a) Inhalt und Grenzen des Konkretisierungsauftrages ergeben sich aus dem anwendbaren Gesetz. Das Gesetz ist der vollziehenden Gewalt Handlungsauftrag und Handlungsmaßstab; und es ist der Rechtsprechung Kontrollauftrag und Kontrollmaßstab. Die Auftragsdimension des Gesetzes sagt aus, daß konkretisiert werden soll; die Maßstabsdimension sagt aus, wie die Konkretisierung inhaltlich vorzunehmen ist. Das Gesetz selbst grenzt also zulässige – oder anders ausgedrückt: rechtmäßige – Konkretisierungsalternativen von unzulässigen – oder anders: rechtswidrigen – ab. Zulässig sind diejenigen Alternativen, die mit dem Gesetz inhaltlich in Übereinstimmung stehen; unzulässig sind solche, die zu jenem in einem Widerspruch stehen. Ist eine Konkretisierungsalternative nicht unzulässig, so ist sie grundsätzlich zulässig; das jeweils angewandte Gesetz enthält kein Kriterium, nach welchem zwischen ihnen näher differenziert werden könnte²¹.

Die Auswahl der zulässigen Konkretisierungsalternativen erfolgt somit in Abgrenzung von den unzulässigen. Dabei kann es nach dem jeweils anwendbaren Gesetz genau eine zulässige Konkretisierungsmöglichkeit geben; es kann aber auch eine größere Anzahl in Betracht kommen. Maßgeblich dafür ist der konkrete Inhalt des Geset-

zes. Ist dieser in hohem Maße bestimmt, so kann idealtypischerweise nur eine Konkretisierungsalternative zulässig sein; ist er dagegen unbestimmt, so vermehrt sich mit zunehmender Unbestimmtheit die Zahl der rechtmäßigen Konkretisierungsalternativen im Verhältnis zu den unzulässigen²². Unbestimmtheit des Rechts hat so zunächst Konsequenzen für die gesetzesvollziehende – und dabei: konkretisierende – Verwaltung. Sie ist bei ihrer Konkretisierungstätigkeit um so freier, je unbestimmter die Norm ist; die Zahl der Konkretisierungs- und damit auch Handlungsalternativen steigt mit der Vagheit der gesetzlichen Vorgaben. Unbestimmte Rechtsbegriffe ermächtigen so die Exekutive zur Auswahl zwischen mehreren Konkretisierungsmöglichkeiten; eine Vielzahl von Konkretisierungs- und damit Handlungsalternativen ist rechtmäßig und damit zulässig. Dementsprechend wirkt der unbestimmte Rechtsbegriff für die Kontrolltätigkeit der Justiz geradezu umgekehrt: Die Gerichte finden als Gegenstand ihrer Kontrolle die Maßnahme der Exekutive vor und haben gemäß Art. 19 Abs. 4 GG zu prüfen, ob jene Maßnahme dem geltenden Recht widerspricht, ob sie also eine »Rechtsverletzung« darstellt. Ein derartiger Widerspruch liegt vor, wenn die Vollziehung eine Konkretisierungsalternative ausgewählt hat, die mit der angewandten Norm unvereinbar ist, die also außerhalb des zulässigen Konkretisierungsspektrums liegt. Je unbestimmter die gesetzlichen Vorgaben sind, um so weiter ist allerdings dieses Spektrum; und um so weniger Alternativen liegen außerhalb dieses Spektrums. Prüft die Justiz am Gesetz, das inhaltlich bestimmt ist, so bleibt nur eine geringe Zahl von Konkretisierungsalternativen, die nicht rechtswidrig ist; prüft sie hingegen am unbestimmten Gesetz, so erhöht sich die Zahl der zulässigen Alternativen, zugleich verringert sich die Zahl von unzulässigen und damit rechtswidrigen Konkretisierungsmöglichkeiten. Je weiter demnach das *Auswahlspektrum der Exekutive*, desto enger das *Aufhebungsspektrum der Justiz*. Daraus folgt der untrennbare Zusammenhang zwischen Bestimmtheit des Rechtsbegriffs und Kontrolldichte durch die Gerichte; hier münzen sich Methodenfragen in Kompetenzfragen und Kompetenzprobleme in Methodenprobleme um²³. Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs vergrößert den Handlungsraum der Behörden und verringert den Kontrollraum der Gerichte; prüfen letztere eine Maßnahme, die auf einer zulässigen Konkretisierungsalternative beruht, so können sie diese nicht aufheben. Unter den Konkretisierungsinstanzen kommt demnach der Vollziehung zumindest der *zeitliche Primat* zu: Setzt Gerichtskontrolle eine kontrollierbare Maßnahme voraus, so muß derjenige, welcher diese Maßnahme setzt, notwendig früher gehandelt haben als das Gericht. Daraus folgt aber zugleich ein gewisser *inhaltlicher Primat*: Die Auswahl unter den zulässigen Konkretisierungsalternativen trifft derjenige, der zuerst handelt. Diese Auswahl ist durch das Recht nicht mehr determiniert, weil eben alle zulässigen Alternativen mit dem Gesetz gleichermaßen vereinbar sind. Und sie ist durch die Justiz nicht mehr rückgängig zu machen, da keine dieser Alternativen gegen anwendbares Recht verstößt. Solange demnach die Voll-

²⁰ Ob sie sonstige Bindungswirkungen haben, ist zumindest umstritten. Zur jüngeren Diskussion um das Richterrecht G. Hofmann, FS E. Wolf, 1985, S. 183; F. Müller, Richterrecht, 1986.

²¹ Hier können allerdings weitere Erwägungen zum Tragen kommen, die innerhalb der Gesetzeskonkretisierung noch zu berücksichtigen sind; dazu III; zu der hier angesprochenen Rahmenfunktion der Gesetze schon H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1961, S. 346 ff.

²² Der Unterschied zwischen beiden Arten von Rechtsbegriffen ist so allein ein gradueller; ausgeführt bei Erichsen, DVBl. 1985, 22 ff.; zum unbestimmten Rechtsbegriff jüngst von Mutius, Jura 1987, 92 ff.

²³ Ausgeführt etwa bei Badura, FS Bachof, 1984, S. 169; jüngst mit umfassenden Nachweisen bei Papier, DÖV 1986, 621; für den Bereich der Technik wichtig Lambert, DÖV 1981, 700; Czajka, DÖV 1982, 99.

ziehung sich innerhalb dieses Spektrums der zulässigen Alternativen bewegt, hat die Rechtsprechung weder die Möglichkeit der Aufhebung noch der sonstigen Korrektur: Hier entstehen rechtlich und tatsächlich Gestaltungsfreiräume der Exekutive.

Ein solcher Freiraum verstößt nicht gegen die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG. Dieser gewährt einen Aufhebungsanspruch nur gegen Rechtsverletzungen, also Maßnahmen der Exekutive, welche gegen die Rechtsordnung verstoßen. Solange solche Maßnahmen ihrerseits rechtmäßig sind, können sie keine Rechtsverletzungen enthalten. Rechtmäßig sind sie aber stets dann, wenn sie sich im Rahmen des gesetzlich zugelassenen Konkretisierungsspektrums bewegen. Solange das Grundgesetz nicht verlangt, daß jede Vollziehungsmaßnahme auf ein bestimmtes Gesetz gestützt ist²⁴, verletzen Maßnahmen aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe die Rechte der Betroffenen aber nur, wenn sie gerade gegen diese unbestimmten Normen verstoßen. Und ein solcher Verstoß ist wegen der geringeren Kontrolldichte bei unbestimmten Rechtsbegriffen eher seltener feststellbar.

b) Angesichts dieses engen Kontextes von Gestaltungsfreiraum und Kontrollgrenzen stellt sich um so dringlicher die Frage nach ihrer Abgrenzung. Diese Grenze ist der gesetzliche Konkretisierungsauftrag, der nicht nur den Umfang, sondern auch die Grenzen der zulässigen Gestaltungsalternativen bestimmt. Dabei läßt sich zumindest abstrakt feststellen: Je unbestimmter der Konkretisierungsauftrag, desto unbestimmter sind auch seine Grenzen. Mit zunehmender Unbestimmtheit ergibt sich so eine Zone von Konkretisierungsalternativen, die zwar möglicherweise dem Gesetz unterfallen, möglicherweise aber auch schon mit ihm unvereinbar sind. Wo hier die Grenze zu bestimmen ist, läßt sich eher in abstrakten Formeln als in konkreten Begriffen umschreiben: Unzulässig ist eine Konkretisierungsalternative, wenn sie mit dem – richtig verstandenen – Gesetz unvereinbar ist, wenn sie also nicht mehr zu den rechtlich möglichen zählt. Wie aber soll diese Abgrenzung vorgenommen werden? Wann ist das Gesetz »richtig verstanden«? Das Bundesverwaltungsgericht thematisiert hier insbesondere

- den Wortlaut des Gesetzes²⁵,
- die Systematik des Gesetzes²⁶.

Erwähnt das Bundesverwaltungsgericht diese beiden methodischen Aspekte – nämlich Wortlaut und Systematik – explizit, so spricht nichts gegen die Annahme, daß auch die sonstigen, bekannten Interpretationsmethoden herangezogen werden können. Daraus läßt sich generalisiert der Schluß ziehen: *Inhalt und Grenzen des gesetzlichen Konkretisierungsauftrags folgen aus dem richtig interpretierten Gesetz.*

3. Die »Bindung« der Rechtsprechung an normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften

Vor diesem Hintergrund soll nun die vom Bundesverwaltungsgericht konstatierte Bindung der Rechtsprechung an gesetz Konkretisierende Verwaltungsvorschriften erläutert werden. Dabei ist zunächst hervorzuheben, daß das

Gericht die konkretisierenden von den norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften abgrenzt; an letztere soll eine Bindung nicht bestehen²⁷.

a) Diese Rechtsprechung ist vor dem Hintergrund der allgemeinen Ansicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu begreifen, wonach Verwaltungsvorschriften die Justiz prinzipiell nicht binden²⁸. Davon soll bei normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften offenbar eine Ausnahme gemacht werden. Begreifbar wird dieser scheinbare Widerspruch im Kontext von – nicht bindenden – Verwaltungsvorschriften einerseits und – bindendem – Gesetz andererseits. Richtet sich der gesetzliche Konkretisierungsauftrag an die vollziehende und rechtsprechende Gewalt, so kommt der ersteren unter diesen der zeitliche und der inhaltliche Primat zu. Die Verwaltung konkretisiert zunächst und setzt damit zugleich das Kontrollobjekt, welches von der Justiz auf seine Vereinbarkeit mit dem Gesetz überprüft wird. Findet das Gericht keine Unvereinbarkeit, so vermag es die Maßnahme nicht aufzuheben; insoweit stehen ihm keine Entscheidungskompetenzen zu: Es bestätigt nicht die Maßnahme, sondern weist die Klage ab. Eine rechtmäßige Maßnahme der Exekutive hat die Justiz demnach zu respektieren; sie darf sie weder aufheben noch abändern. Vielmehr muß das Gericht sie einfach hinnehmen. Dieser Umstand läßt sich auch so ausdrücken: *Das Gericht ist an rechtmäßige Maßnahmen der Behörde gebunden.* Basiert die Entscheidung im Einzelfall auf einer Normkonkretisierung, welche durch – zulässige – Verwaltungsvorschriften vorgenommen ist, so kann das Gericht diese zulässigen Verwaltungsvorschriften, eben weil sie mit dem Gesetz vereinbar und daher zulässig sind, nicht beanstanden; es ist – anders ausgedrückt – gleichfalls an die normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift gebunden.

Damit läßt sich die vom Bundesverwaltungsgericht postulierte »Bindung« der Gerichte an solche Verwaltungsvorschriften so umschreiben: *Das Gericht darf rechtmäßiges Verwaltungshandeln im Rahmen des Konkretisierungsauftrags der Exekutive nicht aufheben.* Die »Bindung« ist somit nichts anderes als die Grenze der Kompetenzen der dritten Gewalt: Was sie nicht darf, das hat sie hinzunehmen; sie ist daran »gebunden«. Genauer gesagt bindet somit die konkretisierende Verwaltungsvorschrift nicht; das Gesetz bindet und schließt das Gericht von einer Aufhebung der in Verwaltungsvorschriften vorgenommenen Konkretisierung aus.

b) Damit klärt sich zugleich der Unterschied zwischen normkonkretisierenden und norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften. Erstere liegt innerhalb des Konkretisierungsspektrums der Exekutive; letztere stellt gerade den Versuch einer Umschreibung dieses Konkretisierungsspektrums dar. Ob die Verwaltungsvorschrift das Gesetz einhält, unterliegt in vollem Umfang der gerichtlichen Überprüfung; die Exekutive determiniert den Umfang ihrer Gesetzesbindung nicht selbst. Versucht sie dies, indem sie die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale durch Verwaltungsvorschriften zu interpretieren versucht, so unterliegt dieser Interpretationsversuch der vollen Nachprüfung durch die Gerichte. Die Justiz ist an die Auslegung des Gesetzesinhalts und seiner -grenzen durch die Vollziehung nicht gebunden. Was hingegen im Rahmen des zulässigen Spektrums geschieht, ist demnach Konkretisierung und insoweit zulässig; deshalb ist es der gerichtlichen Beurteilung entzogen. Zusammenfassend ergibt sich somit:

27 BVerwGE 72, 320 f. = DVBl. 1986, 196.

28 Grundlegend zum Meinungsstand BVerwG, NJW 1979, 2059 f. m. w. N.

24 Zur Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe BVerfGE 49, 133 mit Überblick; den Kontext von Bestimmtheit der Entscheidungsnorm und Rechtsschutzgarantie betont etwa Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 21 ff.

25 BVerwGE 72, 314 ff. = DVBl. 1986, 194.

26 BVerwGE 72, 314 f. = DVBl. 1986, 194 f.

- Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften sind Richtlinien, welche Inhalt und Grenzen der gesetzlichen Bindung der Exekutive umschreiben sollen. Sie sind von der Justiz auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gesetz zu prüfen.
- Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften sind Richtlinien, welche das administrative Handeln im Rahmen des gesetzlich Zugelassenen steuern sollen. Sie sind der gerichtlichen Prüfung durch die Justiz entzogen, da sie definitionsgemäß mit dem geltenden Recht vereinbar sein müssen.
- Bindung an normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften bedeutet fehlende Möglichkeit der gerichtlichen Aufhebung.

III. Rechtliche Bindungen der Konkretisierung

Die Konkretisierungstätigkeit der vollziehenden Gewalt ist nicht völlig frei; sie unterliegt mehrfachen rechtlichen Bindungen. Das Bundesverwaltungsgericht bringt dies mit der Formulierung von den »willkürfreien Feststellungen« zum Ausdruck²⁷.

Elementares Bindungsinstrument ist das jeweils anzuwendende Gesetz, welches Auftrag und Grenzen der Konkretisierung formuliert. Maßgeblich für die Einhaltung dieser Bindung ist die richtige Obersatzbildung: Der Vorgang der fortlaufenden Konkretisierung vom abstrakten Gesetz hin zum konkreten Einzelfall hat in allen seinen Stufen eine inhaltlich miteinander vereinbare Kette von Konkretisierungsschritten zugrunde zu legen. Ober- und Untersätze dürfen demnach nicht in einem Widerspruch zueinander stehen.

Das zur Konkretisierung ermächtigende Gesetz stellt damit den äußersten Konkretisierungsrahmen auf. Außerhalb dieses Rahmens ist jede Konkretisierung rechtswidrig. Das Gesetz ist aber nicht der einzige Rahmen. Innerhalb seiner Grenzen erlangen weitere Anforderungen Bedeutung. Hierzu zählt zunächst das einwandfreie Verfahren. Verfahrensanforderungen finden sich im geltenden Recht insbesondere für einzelfallbezogenes Verwaltungshandeln (§§ 9 ff. VwVfG und Sondergesetze). Dagegen fehlt es weitgehend an gesetzlichen Verfahrensanforderungen, wenn die Gesetzeskonkretisierung und dessen Anwendung institutionell voneinander getrennt sind. Sofern vorgeordnete Behörden durch Verwaltungsvorschriften konkretisierend tätig werden, unterliegt der Vorschriterienlaß nur selten konkreten gesetzlichen Verfahrensregelungen. Ausnahmen hiervon sind etwa §§ 48, 51 BImSchG; ferner Vorschriften über den Erlass technischer Verwaltungsvorschriften, welche die Beteiligung von Betroffenen und sonstigen Personen und ein bestimmtes Beteiligungsverfahren vorsehen (s. etwa § 30 DampfkesseIVO; ferner die Bekanntmachung über die Bildung eines KTA²⁹). Je stärkeren Bindungen durch Richtlinien die gesetzesanwendende Behörde bei ihrer Anwendungstätigkeit unterliegt, um so geringere Relevanz erlangt das Verwaltungsverfahren für den Konkretisierungsvorgang. Ob und inwieweit hier fehlende Mitwirkungsrechte der Betroffenen bei der Konkretisierung durch Beteiligungsrechte bei dem Erlass von Verwaltungsvorschriften kompensiert werden können oder gar zu kompensieren sind, ist bislang nicht diskutiert.

Neben die verfahrensrechtlichen Bindungen treten die Bindungen an allgemeine Rechtsprinzipien. Diese wirken auf den Konkretisierungsvorgang eher im Sinne von Berücksichtigungs- als von Verwirklichungsgeboten ein:

Derartige Prinzipien wie etwa das Sozialstaatsprinzip gebieten selten eine einzige, konkrete Entscheidung oder eine einzige Konkretisierungsalternative. Wohl aber gebieten sie, daß im Konkretisierungsverfahren diese Prinzipien erwogen und gegen andere, widerstreitende Interessen abgewogen werden. Ist das Ergebnis dieser Abwägung wenig determiniert, weil sowohl die Prinzipien wie auch ihre rangmäßige Zuordnung zueinander regelmäßig wenig eindeutig konkretisierbar sind, so rücken derartige Bindungen der Exekutive eher in die Nähe von Verfahrensalternativen als von materiellen Bindungen. Sie gebieten Verfahrenshandlungen – Berücksichtigung, Abwägung, gegebenenfalls Begründung (§ 39 VwVfG) –, aber keinen konkreten Entscheidungsinhalt.

Zentraler materieller Bindungsmechanismus ist die Selbstbindung der Verwaltung³⁰. Hat die Behörde in der Vergangenheit eine bestimmte Vollziehungs- und Konkretisierungspraxis gezeigt, so darf sie davon nicht beliebig abweichen. Der Grund hierfür liegt im Gleichbehandlungsanspruch der Betroffenen: Sie haben ein Recht darauf, daß gleich gelagerte Fälle gleich, ungleich gelagerte Fälle ungleich behandelt werden. Die Voraussetzungen des Gleichbehandlungsanspruchs lassen sich so konkretisieren³¹: 1. Die Behörde muß nach einem bestimmten, erkennbaren Programm gehandelt haben; sie muß insbesondere eine bestimmte Konkretisierungspraxis gezeigt haben. 2. Diese Praxis muß ihrerseits mit dem angewandten Gesetz vereinbar sein. 3. Die Praxis gebietet die Gleichbehandlung des nunmehr Betroffenen. 4. Die Behörde darf nicht berechtigt sein, von der bisherigen Praxis abzuweichen. Geht die erstgenannte Voraussetzung dahin, daß im Rahmen des Anwendungsbereiches des jeweiligen Gesetzes die Fallgruppen von »gleich« und »ungleich« überhaupt erkennbar sein müssen, so entsteht mit dieser Erkennbarkeit unter den Voraussetzungen 2. und 3. der Gleichbehandlungsanspruch. Dieser bindet also nicht nur die gesetzesfreie Verwaltung praeter legem, sondern auch die gesetzesgebundene intra legem. Eben dies meint das Bundesverwaltungsgericht mit den »willkürfreien Feststellungen« in der Terminologie des Willkürverbots. Damit ist die Vollziehung aber keineswegs auf schematische Gleichbehandlung der Betroffenen ohne jeden eigenen Gestaltungsfreiraum verwiesen. Die eigene Gestaltungskompetenz ist durch die Vorgaben des Art. 3 GG – und die sonstigen verfahrensrechtlichen Normen – inhaltlich kaum gebunden. Grundsätzlich hat die Behörde bei ihrer Gesetzesvollziehung überhaupt nach Grundsätzen zu verfahren. In diesem Rahmen kommt insbesondere den gesetzesvollziehenden Verwaltungsvorschriften erhebliche Bedeutung zu. Sie enthalten das maßgebliche Konkretisierungsprogramm. Soweit ein solches Programm besteht und danach verfahren worden ist, entsteht ein aus Art. 3 Abs. 1 GG hergeleiteter Anspruch auf Gleichbehandlung nach den in den Vorschriften niedergelegten Programmen. Der Gleichheitssatz begründet so für außenstehende Dritte einen Anspruch auf Vollziehung von Vorschriften, welchen lediglich Innenwirkung zukommt. Abweichungen von diesem Programm sind lediglich im Rahmen des Gleichbehandlungsanspruchs zulässig.

Gesetzeskonkretisierende Verwaltungsvorschriften enthalten also die Maßstäbe von »gleich« und »ungleich«; sie

30 Hierzu näher Mertens, Die Selbstbindung der Verwaltung aufgrund des Gleichheitssatzes, 1963; Wallerath, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968; Erichsen, VerwArch. 1980, 289.

31 Nach Erichsen, ebd.

29 Abgedruckt bei Kloepfer, Umweltschutz, Nr. 904.

begründen damit den konkreten Maßstab für die Anwendung des Gleichheitssatzes beim Gesetzesvollzug. Daraus folgt die Legitimation der Verwaltung, überhaupt solche konkretisierenden Vorschriften zu erlassen. Eben daraus folgt aber auch: Indem die Gerichte den rechtmäßigen Gesetzesvollzug prüfen, prüfen sie zugleich, ob die Behörden sich innerhalb des gesetzlichen Rahmens an den Anforderungen des Gleichheitssatzes orientiert haben. Sind diese Anforderungen durch Verwaltungsvorschriften ausformuliert, so überprüfen die Gerichte bei der Abgrenzung von »gleich« und »ungleich« faktisch die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften. Die Gleichheitsrechte des Grundgesetzes bewirken so die »Bindung« der Gerichte an normkonkretisierende Richtlinien. Eben eine solche Prüfung hat im Wyhl-Verfahren das Berufungsgericht durchgeführt³². Es hat eingehend untersucht, ob die Strahlenbelastungen die durch Richtlinien festgesetzten Dosisgrenzwerte überschreiten. Es hat so faktisch, nachdem die Vereinbarkeit der Richtlinien mit dem Gesetz bereits festgestellt war³³, allein die Gleich- und Ungleichbehandlung durch Subsumtion unter die Verwaltungsvorschriften überprüft, und das Bundesverwaltungsgericht hat dieses Vorgehen bestätigt³². Eine *Abweichung von den Verwaltungsvorschriften* ist für die Behörde nur im Rahmen des Gleichheitssatzes außerrechtlich gestattet³⁴. Dies kann insbesondere in Betracht kommen, *wenn ein Einzelfall vorliegt, der nicht von den Richtlinien erfaßt ist* und daher aufgrund seiner besonderen Umstände einer besonderen Regelung bedarf. In diesem Fall der faktischen Ungleichheit ist eine schematische Gleichbehandlung unzulässig³⁵. Solche Besonderheiten des Einzelfalles können vorliegen, wenn 1. die Richtlinie die konkrete Gefahr nicht oder nur teilweise berücksichtigt hat; das kann insbesondere der Fall sein, wenn zu den von der Richtlinie erfaßten Gefahrenquellen weitere hinzutreten, etwa im Falle kumulierender oder synergetischer Effekte; 2. wenn ein konkretes Schutzgut nicht hinreichend berücksichtigt worden ist, etwa die besondere Lage – Nähe zum gefährdenden Objekt –, besondere Schadensvorgänge – etwa Vorbela- stungen durch die Umwelt oder sonstige Gefahrenquellen.

IV. Handlungskompetenz und Risikoverantwortung der Verwaltung

Neben den methodischen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts stehen andere *funktionelle Erwägungen*, welche die neuen Ergebnisse abstützen sollen. Maßgeblich ist hier insbesondere die Aussage, wonach die Exekutive im Verhältnis zu den anderen Zweigen der Staatsgewalt über rechtliche Handlungsformen verfügt, die sie für die Verwirklichung des Grundrechtsschutzes bezüglich der Gefahrenabwehr und Risikovorsorge sehr viel besser ausrüsten³⁶. Der vollziehenden Gewalt soll nicht nur deshalb der Primat zukommen, weil sie gesetzeskonkretisierend handeln darf, sondern gerade auch deshalb, weil sie dies am besten kann. Damit löst das Gericht den Kontext von Methodenlehre und Funktionenordnung ein, wonach die

erstere die letztere, aber auch die letztere die erstere mitbedingt³⁷.

1. Handlungskompetenz durch Sachverstand

Eine Handlungszuständigkeit soll nach funktioneller Ansicht einem Zweig der Staatsgewalt jedenfalls dann nicht zustehen, wenn dieser Zweig nach seinem verfassungsrechtlichen Organisations- und Handlungsgefüge prinzipiell außerstande ist, die Zuständigkeit auch zu erfüllen³⁸. Gerade insoweit erlangt der Unterschied zwischen Exekutive und Justiz Bedeutung: Während die Verwaltung mit vielseitig ausgebildetem Personal möglichst formfrei und in einer prinzipiell unbegrenzten Vielzahl von Handlungsformen tätig werden kann, sind die Gerichte demgegenüber in jeder Hinsicht rechtlich erheblich restringiert: Sie entscheiden durch Richter (Art. 92 GG) und in bestimmten, formalisierten Verfahren mit einem relativ eng begrenzten Kanon von Handlungsformen. Gerade aufgrund dieser Unterscheidung kann es sehr wohl Materien geben, für welche die Vollziehung nicht nur besser ausgerüstet ist, sondern vielmehr allein in Betracht kommt.

Dazu zählt vornehmlich die Bereitstellung von spezialisiertem Fachpersonal und Sachverstand. Durch ihren hohen Spezialisierungs- und Differenzierungsgrad hat die Exekutive eigene Sachverständige, während das Gericht externen Sachverstand heranziehen muß. Hinsichtlich des Bestandes an technischem Sachverstand existiert demnach zwischen zweiter und dritter Gewalt ein deutliches Gefälle. Das gilt nicht in Rechtssachen: Juristischer Sachverstand ist bei den Gerichten selbst in vollem Umfang vorhanden; hier kann von einer prinzipiellen Überlegenheit der Vollziehung nicht die Rede sein. Für nicht-rechtliche Fragestellungen hingegen ist die Kapazität der Verwaltung größer, da die Gerichte und die bei ihnen beschäftigten Richter schon für juristische Fragen selbst Sachverständige sein müssen. Kann nicht-juristischer Sachverstand für die Vollziehung demnach jedenfalls in Teilbereichen das primäre Anliegen sein, so gilt dies für die Gerichte geradezu umgekehrt: Sachverstand in nicht-rechtlichen Sparten kann stets höchstens ein Sekundärphänomen sein. Daraus läßt sich grundsätzlich der Schluß ziehen: *Je weiter eine Materie vom rechtlichen Sektor entfernt ist, um so größer ist tendenziell das Gefälle an Sachverstand zwischen Vollziehung und Rechtsprechung.*

Das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Umstand bereits früher erkannt und zum Ausgangspunkt einzelner Entscheidung gemacht, die sich mit der Restriktion von Kontrollmaßstäben gegenüber Verwaltungshandeln befaßten, sofern das Verwaltungshandeln in hohem Maße durch außerrechtlichen Sachverstand geprägt war³⁹. Je ausgeprägter ein derartiger Einschlag war, um so mehr neigt das Gericht dazu, sich auf die Rechtskontrolle zu beschränken und die Feststellung von Tatsachen den Behörden zu überlassen. Geprüft wird dann nur noch, ob die vollziehende Gewalt die maßgeblichen Rechtsnormen – etwa: Verfahrensordnungen – für die Sachverständigenarbeit beachtet hat, nicht hingegen, ob das Ergebnis dieses Feststellungs-

32 Bericht bei BVerwGE 72, 320 f. = DVBl. 1986, 196.

33 BVerwGE 61, 256, 263 ff.

34 Ob und wann ein Abweichen innenrechtlich zulässig ist und welche Behörde – Erlaßbehörde oder gebundene Behörde – abweichen darf, soll hier nicht untersucht werden.

35 Hierauf stellt auch das BVerwG, aaO (Fußn. 32), mit dem Hinweis auf »besondere örtliche Verhältnisse« ab.

36 BVerwGE 72, 317 = DVBl. 1986, 195 unter Hinweis auf BVerfGE 49, 89, 140.

37 Dazu schon oben II 2 b und allgemein Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 88 ff.

38 Hesse, aaO (Fußn. 19), S. 488.

39 Insbesondere seit BVerwGE 39, 203 ff.; s. ferner VG Schleswig, NJW 1980, 1296; BayVG, BayVBl. 1984, 592; OVG Lüneburg, NVwZ 1985, 357; sehr grundsätzlich Sendler, NJW 1986, 2907.

verfahrens in allen Punkten vergleichbaren gerichtlichen Feststellungen entspricht.

Die so beschreibbare Differenzierung der Kontrollmaßstäbe läßt sich demnach so zusammenfassen: *Je höher der Anteil von spezialisiertem Sachverhalt bei einer Einzelentscheidung ist, desto eher übernimmt die Justiz die Feststellungen der Exekutive*; sie beschränkt sich demnach bei der Sachverhaltsaufklärung auf die Verfahrens- statt auf die Ergebniskontrolle. Für das Recht der Technik kommt diesem Befund um so größere Bedeutung zu, je sachkundegeprägter die einzelnen Entscheidungen sind. Das gilt insbesondere für die Feststellung technischer Standards. Diese werden auf unterschiedliche Weise von der Exekutive zur Konkretisierung sehr vager Gesetzesbegriffe herangezogen. Ob und inwieweit diese Heranziehung gerichtlicher Überprüfung zugänglich ist, hängt nach dem Ausgeführten davon ab, inwieweit technische Standards sachverstandsgeprägt sind. Hierzu läßt sich gegenwärtig als gesichert ansehen: Technische Regeln enthalten zwei Feststellungen:

- die *wertende Auswahl* zu verwirklichender *technischer Standards* und zunehmender Gefahren;
- die *ingenieurmäßige Beschreibung* von Instrumenten zur Verwirklichung dieses Standards⁴⁰.

Von diesen Inhalten ist die erste Operation keine technisch-wissenschaftliche. Sie erfaßt vielmehr eine Vielzahl ökonomischer, sozialer oder rechtlicher Komponenten. Ist die jeweilige Materie durch Normen des öffentlichen Rechts geregelt – etwa im Immissionschutzrecht, im Atomrecht, in den Rechtsverordnungen nach § 24 GewO –, so erfolgt die Festlegung technischer Regeln gerade zur Konkretisierung von Rechtsnormen. Die dazu erforderlichen Feststellungen sind dann in hohem Maße rechtlich geprägt und nicht allein technisch-fachlicher Art. Anderes gilt hingegen für die zweite Feststellung: Sie enthält eine technische Zweck-Mittel-Beschreibung und ist insoweit eine überwiegend technische, daneben aber auch ökonomische Aussage. Gerade dieser zweite Gehalt ist nicht rechtlicher Art und somit nicht im unmittelbar eigenen Kognitionsbereich der Gerichte. Hier kann die Exekutive jedenfalls über jenen Sachverstand verfügen, welcher – sofern vorhanden – demjenigen der Gerichte weit überlegen ist. Daraus ergibt sich hinsichtlich der justiziellen Kontrolldichte bei technischen Regelwerken folgendes differenzierendes Bild:

- Der wertende Gehalt technischer Regeln ist jedenfalls auch rechtlich geprägt. Technische Anleitungen nach § 48 BImSchG oder die Dosisgrenzwerte nach § 45 StrahlenschutzVO sind Normen zur Konkretisierung von gesetzlichen Bestimmungen. Gerade diese Konkretisierung impliziert einen hohen rechtlichen Gehalt, insbesondere die zutreffende Ober- und Untersatzbildung. Sie sind hinsichtlich dieser rechtlichen Gehalte gerichtlich voll überprüfbar.
- Anderes gilt hingegen für die technischen Aussagen instrumenteller Art. Sie sind rein ingenieurwissenschaftlicher Herkunft mit ökonomischen Einschlägen. Daher entziehen sie sich weitgehend dem gerichtlichen Sachverstand und damit der justiziellen Kontrollkompetenz. Hier findet die Kontrollrestriktion kraft Sachverstandsgefälles ihre Anwendung; und damit ist die Kontrolldichte hier möglicherweise reduziert.

2. Technischer Sachverstand in der Verwaltung

Eine derartige Restriktion der gerichtlichen Kontrollkompetenz kann nur eingreifen, wenn tatsächlich *bei der Verwaltung* ein entsprechender *Sachverstand vorhanden* ist. Ist Konkretisierung eine Aufgabe – auch – der Exekutive und unterliegt sie wegen des sachverständigen Anteils am Konkretisierungsvorgang einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle, so kann dies nur der Fall sein, wenn es tatsächlich die Vollziehung ist, die bei der Konkretisierung über den maßgeblichen Sachverstand verfügt. Der Sachverstand muß bei der Vollziehung überhaupt beteiligt gewesen sein; und er muß gerade auf Seiten der Verwaltung mitgewirkt haben. Für die Konkretisierung anhand von technischen Regelwerken bedeutet dies:

Die konkretisierenden Regelwerke müssen von der vollziehenden Gewalt erstellt sein; und sie müssen sachverständig erstellt sein.

Die Rezeption von technischen Standards durch die Rechtsordnung kann auf drei verschiedenen Weisen erfolgen⁴¹:

- durch *Verrechtlichung*, also durch Aufnahme von technischen Standards in Rechtsnormen;
- durch *Verweisung*, also durch verbindliche Inkorporationen der technischen Standards in die Rechtsordnung durch die Legislative,
- durch *Generalklauseln*, die zu ihrer Vollziehung auf technische Standards angewiesen sind.

Als mögliche Rezeptionsformen durch Konkretisierung kommt nur die letztgenannte Alternative in Betracht; beide erstgenannten überantworten die Setzung technischer Standards bereits der Legislative. Rezeption durch Konkretisierung von Generalklauseln vermag technische Standards zu rezipieren, sofern solche im jeweiligen Anwendungsbereich der Generalklausel vorhanden sind. Solche Standards können in technischen »Normen« angelegt sein, die ihrerseits entweder staatlicher – Beispiel: technische Anleitungen nach § 48 BImSchG – oder privater – Beispiel: DIN-Normen – oder kombiniert staatlich-privater – Beispiel: Regelwerke nach der DampfkesselVO – Herkunft sein können. Bei der Erstellung der Regelwerke wirkt der Staat also nur mit, sofern diese staatlich oder kombiniert staatlich-privater Herkunft sind. Ansonsten ist der Staat an dieser Aufgabe nicht beteiligt; und damit ist er schon gar nicht sachverständig beteiligt. Ziehen die Staatsorgane private Regelwerke zur Konkretisierung von Rechtsnormen heran, so erfolgt diese Rezeption in einzelnen Genehmigungsverfahren durch Behörden, die jedenfalls für die Aufstellung der Regelwerke nicht sachkundig sind. Zwar verbleibt auch in diesem Fall die Konkretisierungskompetenz bei den im Einzelfall entscheidenden Behörden; aber sie entscheiden aufgrund technischer Standards, die eben nicht als Konkretisierung von Rechtsnormen erstellt sind⁴². Eine auch nur partielle Freistellung solcher technischen Standards von der gerichtlichen Kontrolle würde dazu führen, daß die Staatsorgane ihren Konkretisierungsauftrag partiell aufgeben und auf private Stellen delegieren würden: Der Staat würde zwar noch die allgemeinen rechtlichen Anforderungen durch Gesetz festlegen; was diese aber praktisch im Einzelfall bedeuten, bliebe der Konkretisierung durch Private – und oft zugleich Betroffene – überlassen. Eine solche Verfahrensweise würde dem Konkretisierungsauftrag notwendig widersprechen. Richtet er

⁴⁰ Zusammengefaßt bei Koch, Grenzen der Rechtsverbindlichkeit technischer Regeln im öffentlichen Baurecht, 1986, S. 5 ff.; Gusy, UPR 1986, 241 ff.

⁴¹ Überblick bei Koch, ebd., S. 10 ff.

⁴² Zu den maßgeblichen Triebfedern privater Normungen Gusy, UPR 1986, 242 mit Überblick.

sich an Vollziehung und Rechtsprechung, also an Staatsorgane, so sind diese nicht berechtigt, ihre Aufgaben pauschal auf Private zu delegieren. Daraus folgt nun nicht, daß private Standards überhaupt nicht herangezogen werden dürfen. Erforderlich ist allerdings, daß sie auf ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht in vollem Umfang nachgeprüft werden müssen; und zwar von Exekutive und Justiz. Ihre partielle Freistellung von der gerichtlichen Kontrolle kommt demnach nicht in Betracht. Sie ist auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gar nicht gefordert: Rechtfertigt sich die Restriktion justitieller Kompetenzen gerade mit der erhöhten Sachkompetenz der Verwaltung, so ist diese eben nicht gewährleistet, wenn die Verwaltung keinen eigenen Sachverstand hat³⁶, sondern sich auf fremden Sachverstand beruft.

Dies folgt nicht nur aus formellen, sondern auch aus materiellen Erwägungen. Die Normungsorganisationen nehmen ihre Aufgaben nicht als Konkretisierungsaufgaben hinsichtlich des geltenden Rechts wahr. Dies zeigt deutlich schon DIN 820 Nr. 6.1, wonach DIN-Normen »anerkannte Regeln der Technik« darstellen sollen; und zwar unabhängig davon, welchen konkreten technischen Standard das geltende Recht fordert; ob es also auf die »allgemein anerkannten Regeln der Technik«, auf den »Stand der Technik« oder den »Stand von Wissenschaft und Technik« verweist.

Daß eine Norm staatlicher oder kombiniert staatlich-privater Herkunft ist, genügt zur Restriktion gerichtlicher Kontrolle nur unter der Voraussetzung, daß die *Norm von den Staatsorganen auch sachverständig erstellt* worden ist. Da technische Regelwerke – auch – technische Aussagen enthalten, ist ihre Erstellung notwendig auch sachverstandsorientiert.

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten: *Die Gerichte haben nachzuprüfen, ob die technischen Regelwerke von staatlichen Sachverständigen stammen; privater Sachverstand oder politische Instanzen des Staates reichen nicht aus.*

3. Orientierung am Sachverstand

Nicht ausreichend ist, daß staatlicher Sachverstand an der Erstellung mitgewirkt hat; vielmehr müssen die technischen *Regelwerke auch an diesem Sachverstand orientiert* sein⁴⁰.

a) Technische Regelwerke, die nicht von Sachverständigen erlassen werden, sind etwa die technischen Anleitungen nach § 48 BImSchG. Sind Bundesregierung und Bundesrat nicht selbst sachkundig, so müssen sie Sachverständige heranziehen. Heranziehung allein genügt aber nicht, um eine sachverständige technische Anleitung hervorzu- bringen. Vielmehr *müssen die politischen Instanzen sich auch am Sachverstand orientieren*. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn sie politischem Druck nachgeben, der – etwa mit Rücksicht auf Arbeitsplätze, Investitionsförderung oder Wählerstimmen – einen anderen Standard als den sachverständigen anstrebt. Solchem Druck kann nachgegeben werden, indem ein hinter dem Stand der Technik zurückbleibender technischer Standard aus politischen Gründen vorgezogen wird. In diesen Fällen haben Bundesregierung und Bundesrat zwar Sachverstand herangezogen, diesen allerdings nicht zur Entscheidungsgrundlage gemacht. In einem solchen Fall kann die Entscheidung nicht als sachverständige qualifiziert werden; eine Kontrollrestriktion kraft überlegener Sachkompetenz kommt dann nicht in Betracht. Vielmehr ist die Entscheidung dann voll überprüfbar. Konsequenz kann ein gesetzeskon-

kreterisches Regelwerk nur dann als eingeschränkt überprüfbar qualifiziert werden, wenn es seinerseits inhaltlich am Sachverstand orientiert ist.

b) Das Problem der (fehlenden) Orientierung am herangezogenen technischen Sachverstand stellt sich aber nicht nur dann, wenn die regelerstellenden Gremien von den Sachverständigengremien verschieden sind. Auch unter den Sachverständigen kann es Gründe geben, die dafür sprechen, von den eigenen Erkenntnissen abzuweichen. Das gilt insbesondere, wenn neben dem Sachverstand Interessen der Sachverständigen selbst oder ihrer Entsender Relevanz erlangen. Ein solcher Fall kann etwa eintreten, wenn – wie im Kerntechnischen Ausschuß – eine relevante Zahl von Vertretern der Herstellerfirmen oder deren Organisationen unter den Sachverständigen sitzen⁴³. Derart »interessierter Sachverstand« kann neben dem Sachverstand eben auch Interessen einbringen, da technische Regeln eben nicht nur sachgeprägte Aussagen enthalten; in den wertenden Gehalt können dann auch Interessen einfließen. Eine Orientierung an sachlichen und damit dem Sachverstand zugänglichen Kriterien wird dadurch jedenfalls erschwert. Dies ist um so schwieriger erkennbar, als technische Regelwerke in der Regel nicht selbst ausweisen, welche Interessen an ihrer Erstellung beteiligt waren und welche von den beteiligten Belangen in dieses Regelwerk eingeflossen sind⁴⁴.

Wie ein derart unsichtbarer Interessenttransfer vermieden werden kann, ist noch keineswegs ausdiskutiert. Das Problem liegt im wesentlichen darin, daß der Transfer in der Regel informell erfolgt und deshalb mit formellen Mitteln kaum beseitigt werden kann. Das Recht als formalisierte Normenordnung reicht hier jedenfalls nicht weit. Als mögliche Instrumente zur Vorbeugung gegen derartige Einwirkungen kommen in Betracht:

- Allseitige verfahrensmäßige Repräsentanz des interessierten Sachverstandes zur Sicherung der Objektivität und Neutralität der Arbeitsergebnisse durch wechselseitige Neutralisierung der Interessen;
- Ausgewogenheit der Besetzung der Gremien zur Vermeidung der Majorisierung einer Seite durch eine andere;
- angemessene Mehrheitsquoten zur Sicherung des allseitigen Interessenausgleichs im Gremium⁴⁵.

Diese Fragestellung nach Zusammensetzung und Verfahren des Normungsgremiums sind von den Gerichten als *verfahrensrechtliche Bindungen der Gesetzeskonkretisierung* zu überprüfen⁴⁶. Eine Restriktion der Prüfungskompetenz kommt hier nicht in Betracht, da hier explizite Bindungen des Konkretisierungsvorganges bestehen, welche weder durch Unbestimmtheit von Rechtsbegriffen noch durch überlegene Sachkompetenz der Verwaltung einer gerichtlichen Kontrollzuständigkeit entzogen sind.

c) Gremien mit hohem Mehrheitsquorum für den Beschluß eines technischen Regelwerks bedürfen gleich

43 Näher hierzu § 3 der Bekanntmachung aaO (Fußn. 29); *Vieweg*, Atomrecht und technische Normung, 1982, S. 33 ff.

44 Näher am Beispiel der DIN-Norm *Gusy*, aaO (Fußn. 42).

45 So oder ähnlich *Plischka*, Technisches Sicherheitsrecht, 1969, S. 40 ff.; *Lukes*, NJW 1973, 1214; *Hanning*, Umweltschutzrecht und überbetriebliche technische Normung, 1976, S. 78 ff., 111 ff.; *Breuer*, AöR 1976, 46, 80 f., 84; *Winters*, Atom- und Strahlenschutzrecht, 1978, S. 100 ff.; *Bender*, NJW 1978, 1951; *Vieweg*, aaO (Fußn. 43), S. 193 f.; *ders.*, NJW 1982, 2473, 2475.

46 Zu diesen verfahrensrechtlichen Bindungen schon oben III.

hoher Quoren zur Änderung von Beschlüssen. Dadurch erlangen sie eine Tendenz zur Beharrung. Ist einmal ein hohes Quorum erzielt, so reicht zur Änderung und damit zur Anpassung des Regelwerks an gewandelte technische Rahmenbedingungen die Aufkündigung des alten Quorums nicht aus; vielmehr ist hier die Erlangung einer neuen Mehrheit erforderlich. Dies hat Folgen für die Fortschreibung von Regelwerken an die technische Entwicklung. Ist das Regelwerk älteren Datums, so genügt nicht die Mehrheitsauffassung des Inhalts, es sei veraltet; vielmehr genügt zur Fortschreibung erst eine Mehrheitsauffassung des Inhalts, ein bestimmtes neues Regelwerk entspreche den gewandelten Anforderungen der Zeit. Gerade die technischen Anleitungen nach § 48 BImSchG sind in diesem Zusammenhang immer wieder unter dem *Aspekt der Veralterung* diskutiert worden⁴⁷. Eine Orientierung des Regelwerks am Sachverstand kann aber nicht mehr angenommen werden, wenn das Regelwerk veraltet und nicht erneuert worden ist. Die überlegene Sachkompetenz der Exekutive soll gerade die Sicherung der Orientierung am aktuellen und nicht am überholten Sachverstand sicherstellen. Ob also ein älteres Regelwerk noch den »Stand der Technik« oder gar denjenigen vom »Stand von Wissenschaft und Technik« wiedergibt, bedarf der gerichtlichen Überprüfung. Die Existenz neuer Regelwerke schließt die Orientierung an älteren in solchen Fällen aus.

d) Zusammenfassend läßt sich so feststellen: Die Gerichte haben zu überprüfen, ob

- sich die Instanzen, welche ein *Regelwerk* erstellen, tatsächlich *am Sachverstand* und nicht an sonstigen Interessen orientiert haben⁴⁸; das gilt insbesondere, wenn das Regelwerk von selbst nicht sachkundigen Gremien erstellt ist.
- verfahrensrechtliche Vorkehrungen zur *Sicherung wechselseitiger Interessenneutralisierung* vorhanden sind und ob sie eingehalten wurden.
- das *Regelwerk nicht veraltet* ist.

V. Zusammenfassung

Restriktionen gerichtlicher Kontrollkompetenzen lassen nach den verbliebenen Kontrollrechten fragen. Diese können hier wie folgt zusammengefaßt werden: Die Gerichte haben bei der Ausfüllung von unbestimmten Rechtsbegriffen im Recht der Technik durch technische Regelwerke zu überprüfen, ob

- der Inhalt und die Grenzen des Konkretisierungsauftrags eingehalten worden sind, ob also die Normungsgremien von einem *zutreffenden Gesetzesverständnis* ausgegangen sind⁴⁹.

47 Überblick bei Jarass, aaO (Fußn. 5), § 48 Rdnr. 20.

48 Einen solchen Beweis erhebt BVerwG, aaO (Fußn. 7).

- die Regelwerke *von Sachverständigen erstellt* worden sind, oder wenn sie von anderen sachverständigen staatlichen Gremien erstellt sind, Sachverstand herangezogen wurde und sich die erstellenden Gremien am Sachverstand orientiert haben⁵⁰.
- die im Einzelfall *maßgeblichen Gefahrenquellen* von dem Regelwerk erfaßt sind⁵¹.
- die im Einzelfall *maßgeblichen Rechtsgüter* vom Regelwerk geschützt sind⁵¹.
- die *Regelwerke* noch hinreichend aktuell sind⁵².

Die neue Rechtsprechung konkretisiert die Stellung der technischen Regelwerke genauer und in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht, ohne die komplexen Fragen nach der Zulässigkeit der Heranziehung von Sachverständigengutachten aufzuwerfen. Vielmehr wird die Rezeption der technischen Regeln nicht mehr auf der tatsächlichen, sondern auf der rechtlichen Ebene vorgenommen. Die Kontrollrestriktionen der Justiz gegenüber der Exekutive werden zutreffend hergeleitet. Bei den einzelnen Kontrollmaßstäben ergeben sich jedoch keine relevanten Unterschiede zur bisherigen Praxis⁵³.

Schon dieser Umstand zeigt, daß die neue Rechtsprechung der überkommenen theoretisch überlegen und praktisch gleichwertig ist. Nun kann exakter begründet werden, was bislang eher auf Umwegen hergeleitet werden mußte. Allein dieser Aspekt rechtfertigt die *Verallgemeinerungsfähigkeit* der neuen Anschauung, die *nicht auf das Atomrecht beschränkt bleiben sollte*. Wesentlich ist allerdings der Aspekt, daß diese neue Zuordnung nur für das öffentliche Recht und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, nicht aber im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht übernommen werden kann. Letzteres ist seiner Struktur nach – Gestaltungsverfahren statt Kontrollverfahren – zu andersartig gestaltet, als daß die neuen Erkenntnisse des öffentlichen Rechts einfach übertragen werden könnten. Dies muß aber kein Nachteil sein: Gerade die allgemeinen Unterschiede zwischen Verwaltungs- und Zivilprozeßrecht rechtfertigen durchaus, auch einzelne Rechtsfiguren in beiden Prozeßordnungen unterschiedlich zu erklären. Der darin liegende Verlust an Einheitlichkeit ist nur ein scheinbarer; der Gewinn an Einheitlichkeit des Prozeßrechts der einen wie der anderen Materie um so größer. Dieser Gewinn rechtfertigt die scheinbaren Nachteile bei weitem.

49 Dazu oben III, IV 1.

50 Dazu oben IV 3; eine Erstellung durch private Sachverständige entbindet von der gerichtlichen Kontrolle nicht, sofern nicht eine sachverständige Rezeption durch staatliche Stellen stattgefunden hat; dazu oben IV 2.

51 Siehe oben III.

52 Siehe oben IV 3 c.

53 Siehe oben I 1.

Zum unerlaubten Parken von Kraftfahrzeugen in Fußgängerbereichen

Von Ministerialrat Klaus Wendrich, Hannover

1. Problemstellung

Die Rechtsgrundlagen für die Einrichtung von Fußgängerbereichen und damit zusammenhängende Fragen der Abgrenzung von Straßenrecht der Länder und Straßenverkehrsrecht sind im Grundsatz geklärt¹. Dennoch bleiben

Unsicherheiten in der Rechtsprechung, die sich aus der Frage ergeben, welche der beiden Rechtsmaterien im Ein-

1 Peine, Rechtsfragen der Einrichtung von Fußgängerbereichen, Neue Schriften des Deutschen Städtetages, Heft 35, 1979;