

UNIVERSITÄT KASSEL
Master-Studiengang
Öffentliches Management/Public Administration

MASTERARBEIT

Erstgutachter: Dr. Rainer Biskup
Zweitgutachterin: PD Dr. Margrit Seckelmann

Der Reiz des Verbotenen

Alltägliche Regelabweichungen, brauchbare Illegalität
und Informalität in der öffentlichen Verwaltung

Vorgelegt von

Florian Pfeifer

Eschersheimer Landstraße 365
60320 Frankfurt am Main
Matrikelnummer: 33249058

KASSEL, IM APRIL 2016

*„Natürlich achte ich das Recht;
aber auch mit dem Recht darf
man nicht so pingelig sein.“*

—
KONRAD ADENAUER*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis..... III

1	Einleitung.....	1
1.1	Von Totschlagargumenten und Volksweisheiten	1
1.2	Ausgangssituation und Ausgangsvermutungen	2
1.3	Zwei Begriffsbestimmungen.....	2
1.4	Über den Titel der Arbeit	3
1.5	Ziel, Aufbau und Vorgehensweise der Untersuchung	3
2	Die öffentliche Verwaltung: Merkmale und Anforderungen	5
2.1	Die öffentliche Verwaltung als Exekutive	5
2.1.1	Definition des materiellen Verwaltungsbegriffs	5
2.1.2	Anforderungen an öffentliches Verwaltungshandeln	7
2.1.2.1	Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	7
2.1.2.2	Grenzen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit und Handlungsspielräume	9
2.2	Die öffentliche Verwaltung als System und Organisation.....	10
2.2.1	Soziale Systeme, formale Organisationen und informale Strukturen	10
2.2.2	Die Organisation und ihre Umwelt	11
2.2.2.1	Verwaltung und Politik	12
2.2.2.2	Verwaltung und Recht	13
2.2.2.3	Interaktion der Verwaltung mit ihrer Umwelt	14
2.3	Die öffentliche Verwaltung als Dienstleistungsunternehmen.....	14
2.4	Zwischenergebnis: Zusammengeführter Verwaltungsbegriff.....	15
2.5	Der dichotome Funktionsfähigkeitsansatz als theoretisches Modell	15
2.5.1	Funktionsfähigkeit als Forderung mit Verfassungsrang	16
2.5.2	Ableitung des Funktionsfähigkeitsansatzes für die weitere Untersuchung	17
3	Handlungskonzepte außerhalb des formalen Bereichs	20
3.1	Gründe und Ausprägungen von Regelabweichungen	20
3.1.1	Regelabweichung als Teil der Regel.....	20
3.1.2	Vollzugsdefizite in der öffentlichen Verwaltung.....	21
3.1.3	Regelabweichungen im Dienste der Sache	22
3.1.4	Deregulierung als Lösung zur Vermeidung von Regelabweichungen?.....	23
3.2	Verwaltungsrechtliche Handlungskonzepte.....	23
3.2.1	Informales Verwaltungshandeln	24
3.2.1.1	Informales und kooperatives Verwaltungshandeln: Einordnung und Abgrenzung ...	24
3.2.1.2	Staatliche Informationstätigkeit	25
3.2.1.3	Normersetzende Handlungen	26

3.2.1.4	Normausfüllende Handlungen	26
3.2.1.5	Sonstige informale Handlungen.....	27
3.2.2	Rechtsfortbildung durch die Verwaltung.....	28
3.2.3	Privatisierung	28
3.3	Brauchbare Illegalität	30
3.3.1	Vorstellung des Konzepts	30
3.3.2	Verwaltungsrechtliche Replik.....	31
3.4	Eine kurze Stellungnahme zur Bürokratiethorie	32
3.5	Zwischenergebnis: Einordnung der Konzepte in den Funktionsfähigkeitsansatz	32
4	Grenzen und ihre Einhaltung	34
4.1	Grenzen informalen Verwaltungshandelns	34
4.1.1	Bedeutung des Tätigkeitsbereichs für die Bindungsintensität	34
4.1.2	Demokratische Legitimation.....	36
4.1.2.1	Allgemeine Voraussetzungen demokratischer Legitimation	36
4.1.2.2	Demokratische Legitimation informalen Verwaltungshandelns.....	37
4.2	„Unbrauchbarkeit“ als Grenze brauchbarer Illegalität.....	38
4.3	Zwischenergebnis: Zusammenführung der Erkenntnisse	38
4.4	Korruption.....	39
5	Management von Regelabweichungen	42
5.1	Erforderlichkeit eines Managements von Regelabweichungen	42
5.2	Ansätze für ein sinnvolles Management von Regelabweichungen.....	43
5.2.1	(Re-) Formalisierung des Informalen?	44
5.2.2	Verortung eines Managements von Regelabweichungen	44
5.2.3	Inhaltliche Vorgaben für ein Management von Regelabweichungen	47
6	Fazit und Ausblick	49
	Quellenverzeichnis	51

Abkürzungsverzeichnis

BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen zitiert: BGHZ Nr., Anfangsseite (Belegseite)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zitiert: BVerfGE Nr., Anfangsseite (Belegseite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zitiert: BVerfGE Nr., Anfangsseite (Belegseite)
dass.	dasselbe
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Hessen
KGSt	Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Rechtsprechungsreport der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht
Rs.	Rechtssache
VDSStRL	Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

1 Einleitung

Die Annäherung an das Verstehen und die Bewältigung von Regelabweichungen, die durch die öffentliche Verwaltung begangen werden, beginnt bei Totschlagargumenten und Volksweisheiten.

1.1 Von Totschlagargumenten und Volksweisheiten

- „1. Das haben wir immer so gemacht.
2. Das haben wir noch nie gemacht.
3. Da könnte ja jeder kommen.“¹

Der so genannte „Beamten-Dreisatz“² ist nicht nur die Wiedergabe eines hartnäckigen Stereotyps einer unbeweglichen öffentlichen Verwaltung. Es sind in ihm auch drei Totschlagargumente versammelt, mit der letztlich jedes Anliegen, jeder Vorschlag und jeder noch so kleine Hauch von Kreativität und Reformeifer abgetan werden kann. Nun kann sich die öffentliche Verwaltung in der heutigen Zeit jedoch eine solche Unbeweglichkeit, einen derartigen Starrsinn kaum noch leisten. (Wenn sie es denn je konnte...) Alte und neue Entwicklungen fordern sie heraus, ihre Bewältigung bedarf eines hohen Maßes an Flexibilität und Entwicklungsfähigkeit.³

„Not kennt kein Gebot.“

Wöllte man so weit gehen, hierunter zu verstehen, dass in Ausnahmesituationen alles Recht außer Kraft gesetzt und jedes Handeln mit der „Not“ an sich gerechtfertigt werden könnte, würde man dem Volksmund ein anarchistisches Gegenmodell zu dem vorstehenden „Dreisatz“ zuschreiben, dem letzten Endes zumindest das Gebot des Unveränderlichen innewohnt. Ist schon nicht jede neue Entwicklung, jede Herausforderung gleich ein Notfall, dürfte man auch sonst dem Rechtsstaat mit einer solchen Einstellung einen Bärenienst erweisen.⁴

„Gesetz ist Gesetz.“

Dem wird man erst einmal nicht widersprechen können. Auf den zweiten Blick erscheint der Ausspruch in Situationen wenig zielführend, in denen der redliche Versuch, tatsächliche Probleme, nicht wegzudiskutierende Lebenssachverhalte anhand des Gesetzeswortlauts zu lösen, aus irgendwelchen Gründen (, die hier nicht vorweggenommen werden sollen,) bereits scheiterte.

* Die als Eingangszitat dienende Bemerkung soll Konrad Adenauer 1960 in Essen geäußert haben (Henkels 1992, S. 150).

¹ Bettermann: „Berufliches“, in: Der Spiegel vom 13.01.1960.

² Becker 2014, S. 157.

³ Vgl. nur Bull/Mehde 2015, S. 514 f., § 28 Rn. 1224 f.

⁴ Vgl. Kloepfer 2015, o. S.

1.2 Ausgangssituation und Ausgangsvermutungen

Die Verwaltung ist, so ergibt es sich aus Art. 20 Abs. 3 GG, an Gesetz und Recht gebunden. Dies mag zunächst selbstverständlich erscheinen, reicht aber für sich genommen weder aus, um die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung und die an sie gestellten Anforderungen in ihrer Komplexität und Vielgestaltigkeit zu erfassen, noch können mit diesem Prinzip sämtliche in der Verwaltungspraxis auftretenden Fragestellungen und Herausforderungen beantwortet und gelöst werden.

Welche Konsequenzen aber ergeben sich aus einem Spannungsfeld zwischen dem überkommenen rechtsstaatlichen Grundsatz auf der einen und einer sich verändernden Anforderungen gegenüber gestellt sehenden Verwaltung auf der anderen Seite? Die Verwaltungspraxis, die rechtswissenschaftliche und die soziologische Literatur sind zu dieser Frage allesamt nicht untätig geblieben, sondern haben diverse Handlungskonzepte entwickelt und diskutiert. Die beiden für diese Arbeit wichtigsten sind das *informale Verwaltungshandeln* und die *brauchbare Illegalität*. Und beide erscheinen, um zu dem erwähnten Spannungsfeld zurückzukehren, im Hinblick auf die Rechts- und Gesetzesbindung der öffentlichen Verwaltung und allgemein auf rechtsstaatliche und demokratische Prinzipien potenziell verdächtig.

Dass solche Handlungskonzepte, die über den durchnormierten, formalen Bereich hinausgehen, dennoch kein bloßes Nischenthema zu sein verdienen, ist, so *Jürgen Becker*, Ausdruck einer „[veränderten] Auffassung von der Funktion der Verwaltung im demokratischen und gewaltenteilenden Rechts- und Sozialstaat“.⁵ Nicht zuletzt werden sie dadurch für eine vertiefte Untersuchung interessant, der sich diese Arbeit widmet.

1.3 Zwei Begriffsbestimmungen

An mehreren Stellen der Arbeit werden im Kontext der Darstellung und Zusammenführung der disziplinären Herangehensweisen diverse Begriffe sachdienlich eingeführt. Zu Beginn sollen daher zwei sehr grobe Begriffsbestimmungen genügen:

Unter dem *formalen Handeln* oder dem *formalen Bereich* soll im Folgenden die Gesamtheit der durch Regeln, das heißt Rechtsnormen, geschriebene Vorschriften und Vorgaben und überkommene Rechtsgrundsätze, vorgeschriebenen oder ausdrücklich oder nach Auslegung gestatteten Handlungsweisen verstanden werden. Auf abweichende Nuancen, die sich aus den unterschiedlichen Betrachtungsweisen der Wissenschaftsdisziplinen ergeben, wird an gegebener Stelle hingewiesen werden. Die dadurch entstehenden Unschärfen sind der hier gewählten Herangehensweise einer Zusammenführung unterschiedlicher Ansätze geschuldet, mithin unvermeidbar und hinzunehmen.

Zweitens sind *Regelabweichungen* alle Handlungen, die den formalen Bereich verlassen, die also entweder gegen Regeln verstoßen oder die nicht von den Regeln vorgesehen oder abgedeckt sind. Damit sei ein wertfreier Überbegriff für die unterschiedlichen Handlungskonzepte

⁵ Becker 1985, S. 1011.

eingeführt, der noch nichts über den Grad der Abweichung, deren Auswirkungen oder Vertretbarkeit aussagt.

1.4 Über den Titel der Arbeit

Wenn in dem Titel der vorliegenden Arbeit von dem „*Verbotenen*“ und „*Illegalität*“ im Zusammenhang mit der öffentlichen Verwaltung gesprochen wird, so mag das zunächst verwundern. Man könnte einwenden, dass, wöhlte man verbotenes – insbesondere gesetzlich verbotenes –, illegales Gebaren der öffentlichen Verwaltung als veritable Handlungsoption untersuchen, man sich viel Arbeit und dem geneigten Leser diese Zeitverschwendung ersparen könnte. Der Einwand ist berechtigt.

Freilich zielt die Arbeit aber nicht darauf ab, evident rechtsbrüchiges Verhalten zu verharmlosen oder gar zu rechtfertigen und als „normale“ Handlungsoption zu adeln. Das „Verbotene“ ist in dem Titel daher untrennbar in dem Zusammenhang mit dessen „Reiz“ genannt. Gemeint ist hiermit die alltäglich lauernde Versuchung oder gar Notwendigkeit, bestehende Regeln bei der Bewältigung der Arbeitsaufgaben zu deuten, womöglich zu dehnen, um sie auf nicht vor- oder nicht vorhergesehene Gegebenheiten überhaupt anwenden zu können, und sie zuletzt auch fortwährend kritisch zu hinterfragen. Dass und warum es für die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung gerade nicht ausreicht, bestehende Regelungen lediglich wort- und sinngetreu auf daherkommende Sachverhalte anzuwenden und welche Lösungsansätze sich bieten, in Graubereichen „zwischen (relativ) eindeutig rechtswidrigem und (relativ) eindeutig gesetzlich festgelegtem Verwaltungshandeln“⁶ zu agieren, deren Existenz – wie ebenfalls zu zeigen sein wird – nicht ernsthaft geleugnet werden kann, darauf deutet der zugegeben plakativ gewählte Titel „Der Reiz des Verbotenen“ bereits wenig zaghaft hin.

Bezüglich der in dem Untertitel aufgegriffenen „*brauchbaren Illegalität*“ sei an dieser Stelle ebenfalls Entwarnung gegeben. Dieser feststehende Begriff für ein Konzept ist nicht im streng juristischen Sinne zu verstehen. Brauchbare Illegalität beginnt nach diesem Verständnis mit hin nicht erst bei dem glasklaren Verstoß gegen gesetzliche Regelungen, was an späterer Stelle dargelegt und eingeordnet werden wird.

1.5 Ziel, Aufbau und Vorgehensweise der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit untersucht das Spannungsfeld zwischen einer gesetzesgebundenen öffentlichen Verwaltung und ausgewählten Handlungskonzepten am Rande und außerhalb des formalen Bereichs sowie deren Gründe und Grenzen. Es ist dies das Verhältnis zwischen Regelgebundenheit und Funktionsfähigkeit.

Hierzu werden im folgenden zweiten Abschnitt zunächst Fragen der Perspektive geklärt, indem die öffentliche Verwaltung einmal als Gegenstand verwaltungsrechtswissenschaftlicher, einmal als Betrachtungsobjekt soziologischer Forschung beleuchtet wird. Eine dritte Perspek-

⁶ Schulze-Fielitz 1992, S. 239 f.

tive, kurz angerissen, ist die der öffentlichen Verwaltung als Dienstleistungsunternehmen. Aus der Zusammenführung der disziplinären Verwaltungsbilder leitet sich der dichotome Funktionsfähigkeitsansatz ab, der für die weitere Untersuchung als theoretische Grundlage dienen soll.

Der dritte Abschnitt ist der Annäherung an Regelabweichungen im Allgemeinen und solche der öffentlichen Verwaltung im Besonderen gewidmet. Daran schließen sich verwaltungsrechtliche Handlungskonzepte sowie die brauchbare Illegalität als soziologischer Ansatz für die Beschreibung von und den Umgang mit Regelabweichungen an. In diesem Kontext werden verschiedene Randaspekte wie Vollzugsdefizite, Verrechtlichung, Bürokratie und Bürokratieabbau sowie die Bedeutung von Rationalität des Verwaltungshandelns diskutiert. All dies bietet den Rahmen, die Einhegung für die Annäherung an die Grenzen der vorgestellten Konzepte.

Diese erfolgt im vierten Abschnitt, zunächst bezogen auf das informale Verwaltungshandeln, anschließend auf die brauchbare Illegalität. Der Zusammenführung dieser Erkenntnisse schließt sich eine Stellungnahme zu der Bedeutung von Korruption und deren Verhältnis zu den Handlungskonzepten an.

Aus den Ergebnissen werden im fünften Abschnitt Ansätze für ein Management von Regelabweichungen in der öffentlichen Verwaltung abgeleitet, das dem Zweck dienen soll, ausufernde Regelabweichungen, Willkür, Illegitimität und (diesmal im juristischen Sinne zu verstandene) Illegalität zu verhindern.

Die vorliegende Arbeit kann schon aufgrund ihres Umfangs nicht final alle denkbaren Grenzziehungen zwischen formalem, informalem und nicht mehr hinnehmbaren, illegalen Verwaltungshandeln vornehmen. Sie muss sich auf die äußere Rahmensetzung und in den Zwischenbereichen auf Näherungswerte beschränken. Die Methodik trägt ihr Übriges hierzu bei. Dementsprechend darf die Arbeit nicht als Handlungsleitfaden für die Verwaltungspraxis missverstanden werden. Sie gibt keine Praxishinweise, sondern Denkanstöße und Anregungen für den Umgang mit Regelabweichungen.

Für die Untersuchung wurden Beiträge insbesondere der verfassungs- und verwaltungsrechtswissenschaftlichen sowie der soziologischen Literatur ausgewertet. Der am Ende des zweiten Abschnitts einzuführende dichotome Funktionsfähigkeitsansatz ist Quersumme, ist Destillat der hieraus gewonnenen Erkenntnisse.

2 Die öffentliche Verwaltung: Merkmale und Anforderungen

Gegenstand der weiteren Betrachtung ist die öffentliche Verwaltung und für sie geltende Handlungsanforderungen und -konzepte am Rande oder außerhalb deren formalisierten Tätigkeitsbereichs. Die Untersuchung wäre aber unvollständig, würde man ihr nicht die Erörterung voranstellen, was überhaupt gemeint ist, wenn hier von öffentlicher Verwaltung gesprochen wird. Die Notwendigkeit, sich mit dieser Frage zu beschäftigen, ergibt sich zum einen daraus, dass im weiteren Verlauf der Arbeit Konzepte unterschiedlicher wissenschaftlicher Disziplinen herangezogen werden sollen und diese Disziplinen unterschiedliche – nicht zwangsläufig einander widersprechende – Verwaltungsbegriffe verwenden – oder besser: von naturgemäß unterschiedlichen Blickwinkeln auf die öffentliche Verwaltung schauen. Es verbietet sich schon deshalb und würde die weitere Untersuchung deutlich erschweren, wenn nicht gänzlich konterkarieren, die Frage, was öffentliche Verwaltung denn überhaupt sei, als banal abzutun und sich ihr nicht wenigstens in dem für die weitere Bearbeitung erforderlichen Umfang zu widmen.

Der entscheidende Grund für die relativ ausführliche Herleitung eines interdisziplinären Verwaltungsbegriffs ist aber der als Grundlage für die dann folgenden Abschnitte erforderliche Untersuchungsansatz einer *funktionsfähigen* öffentlichen Verwaltung. Dem Begriff der Funktionsfähigkeit, der sich nach der hier vertretenen Ansicht aus dem zusammengeführten Verwaltungsbegriff selbst ableitet, ist daher mit dem letztgenannten die erforderliche Grundlage zu geben, um für die nachfolgenden Ausführungen „gewappnet“ zu sein.

2.1 Die öffentliche Verwaltung als Exekutive

Bei der Beschreibung der öffentlichen Verwaltung als Exekutive geht es darum, die Verwaltung anhand ihrer Aufgaben und ihrer Verortung in der rechtsstaatlichen Ordnung zu betrachten. Dem von *Maurer* aufgezeigten mehrdeutigen Verwaltungsbegriff folgend, umfasst diese erste Einordnung die öffentliche Verwaltung im organisatorischen (Gesamtheit der Verwaltungsträger, -organe und -einrichtungen), im materiellen (Wahrnehmung der Verwaltungsangelegenheiten) und im formellen Sinne (Gesamtheit der Handlungen der Verwaltungseinrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Zuordnung zur Verwaltungstätigkeit im materiellen Sinne).⁷

2.1.1 Definition des materiellen Verwaltungsbegriffs

Die Verwaltung im materiellen Sinne ist derjenige Teilbereich des Verwaltungsbegriffs, der für den ersten Blickwinkel, namentlich für die Betrachtung der öffentlichen Verwaltung als Exekutive, die größte Bedeutung hat. Dies hat zwei Gründe: Erstens wird der organisatorische Verwaltungsbegriff im Rahmen der späteren Einordnung der öffentlichen Verwaltung als Organisation⁸ hinreichend klar umrissen werden. Zweitens ist bereits zu diesem frühen Zeitpunkt der Untersuchung abzusehen, dass es – anders als bei dem formellen Verwaltungsbegriff – für

⁷ Maurer 2011, S. 1 f., § 1 Rn. 2.

⁸ Siehe unten den Abschnitt 2.2.

die Herausarbeitung von Handlungsanforderungen und die Bewertung von Handlungskonzepten am Rande und außerhalb des rein formalen Bereichs sehr wohl darauf ankommt, ob die öffentliche Verwaltung in dem konkreten Fall im Rahmen ihrer originären, materiellen Verwaltungstätigkeit agiert oder nicht.

Öffentliche Verwaltung kann im Wege der Abgrenzung als diejenige Staatstätigkeit definiert werden, „die nicht Gesetzgebung und nicht Justiz ist“ (negative Begriffsbestimmung).⁹ Auch wenn dieser Definitionsansatz durch seine Einfachheit besticht, ist er für eine auch nur annähernd abschließende Bestimmung des materiellen Verwaltungsbegriffs unzureichend.¹⁰ Er kann auch für die vorliegende Arbeit nicht genügen, da er für die Abgrenzung zu dem Handeln der öffentlichen Verwaltung, welches gerade nicht materielles Verwaltungshandeln darstellt, keine Erkenntnisse liefert.

Der Anspruch indes, im Zuge dieser Arbeit eine allumfassende und in jeder Hinsicht befriedigende Definition der öffentlichen Verwaltung zu entwickeln, wäre überhöht. Während die allein negative Abgrenzung für die weitere Verwendung nicht genügt, soll hingegen die unter anderem bei *Maurer* herangezogene¹¹ (positive) Begriffsbestimmung von *Wolff/Bachof* hinreichen:

„Öffentliche Verwaltung im materiellen Sinne ist also die mannigfaltige, konditional oder nur zweck-bestimmte [sic], also insofern fremdbestimmte, nur teilplanende, selbstbeteiligt entscheidend ausführende und gestaltende Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Sachverwalter des Gemeinwesens.“¹²

In Verbindung mit der negativen Definition, der Abgrenzung von rechtsetzender und rechtsprechender Gewalt, lässt sich ein für die weitere Bearbeitung verwend- und handhabbares Bild der öffentlichen Verwaltung aus der Perspektive ihrer Aufgaben und Zielsetzungen zeichnen. Eine besondere Bedeutung kommt hierbei zwei Aspekten zu:

- Die öffentliche Verwaltung ist einerseits fremdbestimmt, nimmt ihrer Aufgaben andererseits selbst gestaltend wahr.
- Die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung betrifft sowohl die Angelegenheiten des Gemeinwesens als auch diejenigen ihrer Mitglieder.

⁹ Schmidt-Abmann 2013, S. 16.

¹⁰ Maurer 2011, S. 3, § 1 Rn. 6.

¹¹ Ebd., S. 4, § 1 Rn. 7.

¹² Wolff/Bachof 1974, S. 12. Sehr kritisch zu dem Aussagegehalt dieser, den „gewissermaßen eisigen Höhen Wolffscher Begriffsdefinitions-kunst“ entspringenden „Definition‘ [sic]“ äußert sich *Schönenbroicher* in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG § 1 Rn. 27 (Zitat: dort Fn. 2) und plädiert stattdessen für ein – nach negativer Abgrenzung – kompetenzorientiertes und gewissermaßen organisches („aus der ‚Natur der Sache‘“) Verwaltungsverständnis (ebd., Rn. 28).

2.1.2 Anforderungen an öffentliches Verwaltungshandeln

Aus ihrer Stellung in der staatlichen Ordnung und den ihr zukommenden komplexen Aufgaben und Zielsetzungen ergeben sich ebenso mannigfaltige Anforderungen an die öffentliche Verwaltung. Für die Untersuchung von Informalität und (brauchbarer) Illegalität sind der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie das Übermaßverbot in besonderem Maße relevant und mutmaßlich geradezu prekär. Beide sind inhaltliche Bestimmungsfaktoren der Verwaltungstätigkeit im Rechtsstaat.¹³ Für die weitere Bearbeitung wird nachfolgend der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (2.1.2.1) näher erörtert. Das Übermaßverbot „in seinen Ausprägungen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit“¹⁴ findet zu einem späteren Zeitpunkt Erwähnung, wenn es um die Handlungskonzepte und deren Grenzen geht. Doch auch hier – und diese Erkenntnis zieht sich durch die gesamte Arbeit – vermögen Schwarz und Weiß die Gegebenheiten nicht erschöpfend zu beschreiben. Zwischentöne in Form von Handlungsspielräumen (2.1.2.2) zeichnen sich schon auf dieser Ebene der Untersuchung ab.

2.1.2.1 Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden. Der hiermit normierte Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung „sichert die Verwirklichung des Rechtsstaates in der Organisation und Tätigkeit der Exekutive bei der Ausübung öffentlicher Verwaltung“.¹⁵ Damit bilden Gesetz und Recht, „das gesamte Gefüge der vorhandenen Rechtssätze und Rechtsregeln“¹⁶, den „äußeren“ Rahmen jeden Verwaltungshandelns. Während die Gesetzesbindung noch weitgehend eindeutig definiert werden kann, kann der Begriff „Recht“ mitunter zu Auslegungsschwierigkeiten führen. „Dies schadet nicht, solange im Ergebnis eine umfassende Rechtsbindung der Exekutive angenommen und nicht einer Relativierung der Geltung des positiven Rechts durch überpositive Gerechtigkeitsgrundsätze das Wort geredet wird.“¹⁷ Im Folgenden liegt der Fokus zunächst auf der Bindung an das Gesetz.

Aus dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz (auch: Bindungsgrundsatz¹⁸) werden bis zu drei¹⁹ die Bedeutung des Gesetzes als das Verwaltungshandeln bestimmendes Element²⁰ betreffenden Prinzipien abgeleitet:

¹³ Burmeister 1993, S. 193.

¹⁴ Ebd.

¹⁵ Badura 2015, S. 396, Rn. 54.

¹⁶ Schmidt-Aßmann 1997, S. 747.

¹⁷ Huster/Rux in: BeckOK-GG, Art. 20 Rn. 169.1.

¹⁸ Schmidt-Aßmann 1997.

¹⁹ Die Bindung an das Gesetz wird häufig nicht von dem Vorrang des Gesetzes unterschieden, wie *Sachs* in: ders., GG Art. 20 Rn. 112 (m. w. N.) feststellt, sondern der Gesetzesvorrang aus dem allgemeinen Bindungsgrundsatz abgeleitet (so *Grzeszick* in: Maunz/Dürig, GG Art. 20 Rn. 72). Mit diesem soll die Differenzierung in der vorliegenden Arbeit vorgenommen werden. Ebenso *Hofmann* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG Art. 20 Rn. 83.

²⁰ Schmidt-Aßmann 1997, S. 747, weist auf den „tatbestandlich genauer umrissenen Steuerungsanspruch“ des Gesetzes im Vergleich zu dem „eher diffusen Steuerungsanspruch“ des Rechts hin.

- *Die Bindung an das Gesetz.* Dieses Prinzip kann als Kern der Bindungsformel bezeichnet werden. Er normiert die Pflicht der Befolgung und Berücksichtigung der Gesetzesnormen, zu der Beseitigung von aus Normverstößen resultierenden Folgen dem einen Ersatz des aus Verstößen resultierenden Schadens.²¹
- *Der Vorrang des Gesetzes.* Schon am Ende des 19. Jahrhunderts hielt Otto Mayer zu diesem Grundsatz fest, dass „der Staatswille, der auf diesem Wege [Anmerkung des Verfassers: durch das Gesetz] zur Erscheinung gekommen ist [...] rechtlich auf keinem andern Wege aufgehoben, abgeändert oder unwirksam gemacht werden [kann] und [...] andererseits alle vorhandenen staatlichen Willensäußerungen [aufhebt], welche mit anderem Inhalte ihm entgegenstehen“.²² Damit steht das Gesetz über allen anderen staatlichen Handlungsformen. Der Gesetzesvorrang ist als Grundsatz gesetzgeberischer Ausgestaltung zugänglich.²³ Der Gesetzgeber kann beispielsweise aus Gründen der Rechtssicherheit, die ebenfalls zu den rechtsstaatlichen Prinzipien gehört, oder aus Gerechtigkeitserwägungen erlauben, dass Exekutivhandlungen auch bei Abweichungen von dem Gesetz bestandskräftig bleiben.²⁴
- *Der Vorbehalt des Gesetzes.* Das Handeln der vollziehenden Gewalt bedarf, jedenfalls bei Eingriffen in die Freiheit der Bürger, aber auch zum Teil im Bereich der Leistungsverwaltung, einer gesetzlichen Grundlage.²⁵

Der Bindungsgrundsatz gilt per se auch dann unverändert, wenn die Regelungsdichte im nationalen wie im unionsrechtlichen Kontext zunimmt.²⁶ Entsprechende Herausforderungen bringt die Bindungsforderung für die öffentliche Verwaltung mit sich. In der Folge kommen Verstöße gegen Verwaltungsregeln in der Praxis vor, wenn etwa Verwaltungseinheiten an ihre durch die ihnen zur Verfügung stehenden Ressourcen definierten Grenzen stoßen.²⁷ Es ist grundsätzlich die Aufgabe des Gesetzgebers, die Sicherstellung der praktischen Wirksamkeit von Gesetzen zu ermöglichen.²⁸ Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Frage, ob er in dem konkreten Fall zu einer vertretbaren Einschätzung hinsichtlich „[ausreichender] Maß-

²¹ So zusammenfassend *Sachs* in: ders., GG Art. 20 Rn. 110–111 f..

²² Mayer 1895, S. 72.

²³ *Sachs* in: ders., GG Art. 20 Rn. 112

²⁴ Ebd., Rn. 140. Vogel 1966, S. 147: „Hier verzichtet also das Gesetz selber auf seinen Vorrang.“ – Dieser zugegebenermaßen prägnanten Einlassung wird man indes nicht uneingeschränkt folgen können. Der Vorrang des Gesetzes selbst erfährt durch eine einfachgesetzliche Einschränkung der Fehlerfolgen keine Begrenzung (vgl. Maurer 2011, S. 123, § 6 Rn. 2).

²⁵ *Huster/Rux* in: BeckOK-GG, Art. 20 Rn. 172, 174, 176.

²⁶ *Sachs* in: ders., GG Art. 20 Rn. 110. Schmidt-Aßmann 1997, S. 749, mahnt diesbezüglich die Vermeidung „hinderlicher Verrechtlichung“ bei der Schaffung neuen und der Überprüfung vorhandenen Rechts an, erinnert aber zugleich daran, dass komplexe Systeme auch einen hohen rechtlichen Regulierungsbedarf mit sich bringen und Deregulierung daher ebenfalls nicht uneingeschränkt möglich ist.

²⁷ Vgl. Wolff u. a. 2007, S. 301, § 30 Rn. 6.

²⁸ *BVerfGE*, Urteil vom 24.05.2006, BVerfGE 116, 24 (49). Dies gehört zu der Pflicht des Gesetzgebers, ein für den jeweils zu regelnden Bereich und die in diesem Bereich schutzwürdigen Rechte geeignetes Schutzkonzept zu entwickeln, vgl. *dass.*, Urteil vom 28.05.1993, BVerfGE 88, 203 (261 ff.).

nahmen normativer und tatsächlicher Art“ gelangt ist, ist der Rang der zu schützenden Rechtsgüter zu berücksichtigen.²⁹

Es wird demnach im Rahmen einer Arbeit wie der vorliegenden, die sich allgemein mit Regelabweichungen der öffentlichen Verwaltung befasst, nicht leistbar sein, eine Grenzziehung für derlei Verhalten, wie sie in einem späteren Abschnitt versucht werden soll, für jeden der mannigfaltigen Tätigkeitsbereiche der öffentlichen Verwaltung für die unmittelbare Praxisanwendung hinreichend konkret auszuformen. Die Schutzniveaus und die sich daraus ergebenden Anforderungen an die gesetzgeberseitige Programmierung der Verwaltung³⁰ dürften zu unterschiedlich sein.

2.1.2.2 Grenzen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit und Handlungsspielräume

Wie bereits angeführt, definiert der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung den äußeren Rahmen des Verwaltungshandelns. Die Gesetzesanwendung ist mithin Hauptaufgabe der öffentlichen Verwaltung³¹, diese „ist aber nicht nur auf solche konditional programmierte Exekutive beschränkt“³². Andererseits setzen neben den jeweils einschlägigen Fachgesetzen auch außerhalb der derart „durchregulierten“ Bereiche „Zuständigkeits-, Verfahrens- und Haushaltsvorschriften, allgemeine Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts und Verfassungsrechts allem Verwalten einen rechtlichen Rahmen, durch den es gelenkt wird und innerhalb dessen es kontrollierbar ist“.³³

Bereits für die Anwendung einzelner Rechtsnormen stellt *Schmidt-Aßmann* fest, dass „schon dieser Kern der Rechtsanwendung [...] keinen Vollzugsschematismus [darstellt]“.³⁴ Auch die gesetzesabhängige, einer strikten Bindung unterliegende Verwaltung ist zur Auslegung der ihre Aufgabeninhalte bestimmenden Rechtsnormen ohne weiteres verpflichtet.³⁵ „Wegen des [...] stets nur fragmentarischen Charakters der parlamentarischen Gesetzgebung ist eine komplementäre Normgebung (vor allem durch die Verwaltung selber) Voraussetzung der Handhabbarkeit und Wirksamkeit von förmlichen Gesetzen.“³⁶ Und *Stern* fasst zusammen: „Trotz aller Einengungen und Einbindungen durch die Legislative, trotz aller gubernativen Steuerungen und trotz aller gerichtlichen Kontrollen existiert ein funktioneller Eigenbereich auch der Verwaltung, der einen eigenverantwortlichen und teilweise beträchtlichen Gestaltungsspielraum gewährt.“³⁷ Gesetzesvollzug ist demnach wichtige, aber nicht einzige Aufgabe der Exe-

²⁹ BVerfG, Urteil vom 28.05.1993, BVerfGE 88, 203 (263); Zitat: ebd., S. 261.

³⁰ Siehe hierzu die späteren Ausführungen zu „Verwaltung und Recht“ (Abschnitt 2.2.2.2).

³¹ Wolff u. a. 2007, S. 33, § 3 Rn. 17.

³² Wolff/Bachof 1974, S. 14.

³³ Schmidt-Aßmann 1997, S. 747.

³⁴ Ebd., S. 756.

³⁵ Weimar 2009, S. 933.

³⁶ Schulze-Fielitz 1992, S. 239. Siehe auch die Ausführungen in Abschnitt 3.2.2.

³⁷ Stern 1980, Band II, S. 754.

kutive, der Verwaltung. Sie „muss in diesem Zusammenhang im weiteren Sinne als unmittelbare Gestaltung des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens verstanden werden“.³⁸

Eine weitere, wenn nicht Begrenzung, so doch zumindest Ergänzung des Bindungsgrundsatzes für die öffentliche Verwaltung ergibt sich aus der Verpflichtung, Regelungen unangewendet zu lassen, die gegen höherrangiges Recht verstoßen.³⁹ Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts weitet diese Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Verwaltungen zusätzlich aus.⁴⁰

2.2 Die öffentliche Verwaltung als System und Organisation

Das bisher zu der Verwaltung als Exekutive, als Organ der rechtsstaatlichen Ordnung, Gesagte ist lediglich für die öffentliche Verwaltung selbst zutreffend. Es kann nicht oder wenigstens nicht ohne einige Anstrengung – mit zweifelhaftem Nutzen – auf andere Akteure übertragen werden. Die Verwaltung ist aber nicht „nur“ Organ ausführender Gewalt. Sie kann aus der Perspektive der Soziologie in ihrer Gesamtheit als System und ihre Einheiten (beispielsweise Behörden) als („normale“) Organisationen betrachtet und beschrieben werden.⁴¹ In diesen Eigenschaften unterscheidet sich die öffentliche Verwaltung zunächst nicht von anderen Systemen und Organisationen, wie zum Beispiel der Wirtschaft (als System) und Privatunternehmen (als Organisationen).

2.2.1 Soziale Systeme, formale Organisationen und informale Strukturen

Für die hier vorgelegte Ausarbeitung soll die zuvor kurz eingeführte, grobe Unterscheidung zwischen System und Organisation in Bezug auf die öffentliche Verwaltung zunächst ausreichen.⁴² Eine Konkretisierung erfährt diese, wenn etwa *Luhmann* von *sozialen* Systemen und *formalen* Organisationen spricht. Während ein Sozialsystem den Zusammenschluss von Menschen zur Verfolgung eines bestimmten Zwecks darstellt, ist die formale Organisation ein Teilstück dieses Systems, namentlich die Teilmenge an Verhaltenserwartungen, die innerhalb des Systems formalisiert ist.⁴³ *Luhmann* lehnt die Existenz eines vollständig formalisierten Systems mit der Begründung ab, dass ein solches „gar nicht lebensfähig“ sei.⁴⁴ Andererseits

³⁸ Maurer 2010, S. 592, § 18 Rn. 4.

³⁹ *BVerfG*, Urteil vom 21.02.1961, *BVerfGE* 12, 180 (186); *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG Art. 20 Rn. 40; *Grzeszick* in: *Maunz/Dürig*, GG Art. 20 Rn. 142 m. w. N.

⁴⁰ Scheuing 2008, S. 50 m. w. N.; zu den hiermit verbundenen Schwierigkeiten: Schmidt-Aßmann 2006, S. 50 f. m. w. N.

⁴¹ Zur Unterscheidung der System- und der Organisationsperspektive in der soziologischen Untersuchung siehe die zusammenfassende Darstellung bei Mayntz 1985, S. 8.

⁴² Dabei ist anzumerken, dass es – einmal mehr – auf die eingenommene Perspektive ankommt, was „System“ und was „Organisation“ meint. Auch die hier als Organisation bezeichnete Verwaltungseinheit dürfte aus der systemtheoretischen Sicht *Talcott Parsons* alle Hauptfunktionen eines sozialen Systems, namentlich Normerhaltung (*pattern maintenance*), Integration (*integration*), Zielverwirklichung (*goal attainment*) und Anpassung (*adaption*), beinhalten (Parsons 2009, S. 12, 20; im Ergebnis auch Luhmann 1964, S. 6). Organisationen sind hiernach mithin gleichsam (formale und soziale) Systeme. In der vorstehenden Differenzierung zwischen öffentlicher Verwaltung als Gesamtheit und Organisationseinheiten (oder auch: „Komplex von Organisationen“, Mayntz 1985, S. 1) können die Letztgenannten als Untersysteme der Erstgenannten verstanden werden (zu diesem Konzept der Systemdifferenzierung vgl. Luhmann 1999, S. 76 f.).

⁴³ Luhmann 1999, S. 27 f.

⁴⁴ Ebd., S. 27.

bedarf die Organisation der Formalität, der formalisierten Erwartungen, die sich an dem Organisationszweck orientieren und für jedes Mitglied (Mindest-) Bedingung für Eintritt in die und Verbleib in der Organisation sind⁴⁵, um sich überhaupt bestandssichernd von einer „unkontrollierbaren, veränderlichen Umwelt“ abzugrenzen⁴⁶.

Neben der formalen Organisation bilden sich, so *Renate Mayntz*, demnach innerhalb des Handlungssystems stets auch informale Handlungsbereiche heraus, die parallel zu den formalisierten, bürokratischen (Verwaltungs-) Strukturen existieren. Diese basieren zum einen auf den individuellen Zielen und Interessen der Organisationsmitglieder (zum Beispiel die Verbesserung der Arbeitssituation oder die Verwirklichung von Aufstiegschancen). Darüber hinaus können informale Handlungsweisen auch der Organisation dienen.⁴⁷ *Stefan Kühl* umschreibt Informalität mit „Erwartungen an die Organisationsmitglieder [...], die nicht zur Mitgliedschaftsbedingung erhoben werden können“.⁴⁸ Der Einfluss informaler Strukturen und Erwartungen auf die Organisation kann daher wesentlich sein.⁴⁹ Die Auseinandersetzung mit informalen Strukturen im Rahmen dieser Arbeit beschränkt sich auf deren Auswirkungen für das Handeln der Organisation. Die zwischenmenschlichen, kommunikativen, psychologischen Aspekte, wohl bedeutende Komponenten der Entstehung dieser informalen Strukturen, sollen hingegen nicht im Fokus der hiesigen Betrachtung stehen. Soweit unumgänglich, werden sie allenfalls gestreift werden.

2.2.2 Die Organisation und ihre Umwelt

Das Handeln der Verwaltung wird auch und insbesondere von außen beeinflusst, also aus der Organisationsumwelt heraus. Nach *Edeling* können Politik, Recht und Wirtschaft in diesem Zusammenhang als maßgebliche Umweltfaktoren angesehen werden.⁵⁰ Von besonderer Bedeutung sind darauf aufbauend das Verhältnis zwischen Politik und Verwaltung innerhalb des politisch-administrativen Systems im Besonderen⁵¹ (2.2.2.1) und generell die Durchgriffsmöglichkeiten der Umweltakteure beziehungsweise die Abgrenzungsmöglichkeiten der öffentlichen Verwaltung gegen diese⁵². Zudem ist auch in der soziologischen Betrachtung die Bedeutung von Recht und Gesetz für das Verwaltungshandeln (2.2.2.2) verarbeitet worden.⁵³

⁴⁵ Luhmann 1999, S. 36 f.

⁴⁶ Ebd., S. 60.

⁴⁷ Zu alledem Mayntz 1985, S. 113.

⁴⁸ Kühl 2007, S. 273.

⁴⁹ Jooß-Mayer 2010, S. 150 f.; Kühl 2011, S. 116 f.

⁵⁰ Edeling 2015, S. 154. Die Frage, ob die Organisationsmitglieder (wie bei Luhmann 1999, S. 25) selbst zur Organisationsumwelt gezählt oder als „interne Interessengruppe“ (Homann 2005, S. 31 f.) behandelt werden, braucht hier nicht gelöst zu werden. Auf diese unterschiedliche Einordnung sei hier daher nur im Interesse der Vollständigkeit hingewiesen. Sie ist für die weiteren Ausführungen der Arbeit jedoch ohne Bedeutung.

⁵¹ Mayntz 1985, S. 42 f.

⁵² Edeling 2015, S. 155.

⁵³ Vgl. nur Mayntz 1985, S. 56 f.

Schließlich werden die Interaktionsmöglichkeiten der Verwaltung mit ihrer Umwelt (2.2.2.3) untersucht.

2.2.2.1 Verwaltung und Politik

In der grundlegenden Darstellung von *Mayntz* kommt der öffentlichen Verwaltung die Rolle des loyalen Instruments der gewählten politischen Führung zu.⁵⁴ In ihren Handlungen verwirklicht sich der demokratisch legitimierte Auftrag des Souveräns an seine es vertretenden Organe. Eine von politischer Steuerung vollkommen unabhängige Verwaltung würde im Gegensatz dazu den politischen Willen des Volkes ignorieren. Aufgrund der Gegebenheit wechselnder politischer Mehrheiten in einem demokratischen System ergibt sich für die Verwaltung grundsätzlich die Notwendigkeit politischer Neutralität.⁵⁵

Aus politischer Neutralität erwächst in dieser Vorstellung von öffentlicher Verwaltung eine Konzentration auf die Aufgaben, namentlich die Umsetzung von Recht und Weisungen unabhängig von dem politischen Programm der jeweiligen Führung und damit Gehorsam gegenüber dem Wählerwillen. Die Verwaltungstätigkeit erhält dadurch demokratische Legitimation.⁵⁶ Dies folgt der Prämisse, die Verwaltung sei „nur“ Werkzeug der amtierenden Führung. Es ist jedoch auch festzustellen, dass hierdurch auch die Chance vertan wird, dass die Verwaltung illegitimer Führung entgegenwirkt⁵⁷ und die Gefahr besteht, dass sie zum Ausführungsorgan von Klientelpolitik und politischem Opportunismus verkommt⁵⁸. Die Abwendung von der „reinen“ politischen Neutralität und der ohnedies beschränkten Steuerbarkeit⁵⁹ hin zu einem gewissen Grad der Verselbstständigung der öffentlichen Verwaltung wird daher nicht notwendigerweise als Mangel zu sehen sein.⁶⁰ Schließlich resümiert *Rainer Hegenbarth*: „Weder ist die Verwaltung die unpolitische, als die sie sich gern ausgibt, noch wird sie von den Betroffenen als solche wahrgenommen.“⁶¹ Bezug nehmend auf das Einwirken der Politik auch nach dem Abschluss des Gesetzgebungsprozesses, das heißt innerhalb des verwaltungs-

⁵⁴ Mayntz 1985, S. 64.

⁵⁵ Ebd.

⁵⁶ Heine/Mause 2013, S. 88.

⁵⁷ Mayntz 1985, S. 65 f. Einen Nachweis – freilich für ein Extrembeispiel, namentlich die staatliche, legalisierte Gewaltanwendung gegen Juden im Nationalsozialismus – führt Kühl 2014, S. 261 ff. – siehe hier insbesondere den Aspekt der Befehlskette (Dienstweg) und der mangelnden Möglichkeiten der Abweichung (ebd., S. 264 ff.). Diesem Exkurs sei an dieser Stelle noch die folgende Einordnung gewidmet, die an späterer Stelle noch einmal aufgegriffen werden soll: Wie *Pauer-Studer* herausarbeitet, ist eines der zentralen Elemente der nationalsozialistischen Rechtsanwendung die Aufgabe der Trennung von positivem Recht und sittlich-moralischen Vorstellungen. Am Beispiel des Strafrechts stellt sie dar, dass die „Ethisierung“ des Rechts sich in einer Ausdehnung der richterlichen Befugnisse durch ein Lösen von dem konkreten Wortlaut des Gesetzes niederschlug. Die Anwendung gesetzlicher Regelungen ordnete sich der Auslegung anhand überpositiver Rechtsgrundsätze unter, die der Ideologie der Nationalsozialisten (dem Führerwillen und dem hiermit verbundenen beziehungsweise durch diesen definierten Volkswillen) zur uneingeschränkten Geltung verhelfen sollten (Pauer-Studer 2014, S. 111 ff.; zum Führerprinzip auch Strasser-Gackenheim 2013, S. 186, 232 ff., jeweils m. w. N.).

⁵⁸ Heine/Mause 2013, S. 88.

⁵⁹ Vgl. die Ausführungen zu Möglichkeiten und Grenzen politischer Steuerung bei Mayntz 1985, S. 75 ff.

⁶⁰ Ebd., S. 65 f.

⁶¹ Hegenbarth 1980, S. 147.

eigenen Aufgabenkreises des Gesetzesvollzuges stellt er fest: „Der politische Zielfindungsprozess setzt sich auf der Durchführungsebene fort“.⁶²

2.2.2.2 Verwaltung und Recht

Ähnlich der rechtswissenschaftlichen Diskussion den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung betreffend versteht die Soziologie die Rechtsnormen, denen die Verwaltung unterworfen ist und deren Vollzug ihre Aufgabe darstellt, als Konditionalprogramme, deren Einhaltung relativ einfach gerichtlich überprüfbar ist.⁶³ Schon in *Max Webers* Bürokratiemodell kommen solche „berechenbaren Regeln“ als Teil der notwendigerweise rational geprägten bürokratischen Amtsführung vor.⁶⁴

Diese Konditional- oder auch Routineprogramme gliedern sich nach *Niklas Luhmann* grob in einen Empfangsmoment, in dem Informationen in das System (Verwaltung) eingebracht werden und in einen Ausgabemoment, in dem die Entscheidung (als so genannte Kommunikation) ausgegeben wird. Zuvor definierte Informationen lösen in dieser Konditionalprogrammierung gleichermaßen vordefinierte Kommunikationen des Systems aus.⁶⁵

Diese Programme betreffen zwar in aller Regel die Anwendung zwingenden Rechts, sind jedoch nicht vollständig unbeweglich und erlauben daher einen gewissen Ermessensspielraum.⁶⁶ *Luhmann* identifiziert bei der Abarbeitung von Routineprogrammen so genannte sekundäre Elastizitäten, die sich auch in verwaltungsrechtlichen Begriffen wiederfinden: Auf der Empfangsebene, die die ankommende Information betrifft, sind dies unbestimmte Rechtsbegriffe (Empfangselastizität); bei der Kommunikation, dem Ergebnis des Programmablaufs, verortet er das pflichtgemäße Ermessen (Elastizität nach vorn).⁶⁷ In diesen Stadien des Routineprogramms kommen *Luhmann* zufolge dann auch zweckprogrammatische Abläufe zum Tragen.⁶⁸ Im Unterschied zu den Konditional- oder Routineprogrammen steht bei den Zweckprogrammen die angestrebte Wirkung der Maßnahme im Vordergrund. Die Verwaltung ist bei der Wahl der Mittel – freilich in den Grenzen und in Abhängigkeit von konkretisierenden Regularien – grundsätzlich frei.⁶⁹

Renate Mayntz benennt insbesondere die bereits erwähnte, vergleichsweise einfache und durchgehende (gerichtliche) Überprüfbarkeit als Vorteil der Konditionalprogrammierung der Verwaltung durch Rechtsnormen. Allerdings kann sie die Aufgabenwahrnehmung beeinträch-

⁶² Hegenbarth 1980, S. 147. Hierin sieht er die Verwirklichung des politisch-administrativen Systems als Verschmelzung von Politik und Verwaltung (ebd., S. 149).

⁶³ Mayntz 1985, S. 57.

⁶⁴ Weber 2009, S. 25 ff.

⁶⁵ Zu alledem Luhmann 1964, S. 8 f.

⁶⁶ Ebd., S. 12 f.

⁶⁷ Ebd., S. 14 ff.

⁶⁸ Ebd.

⁶⁹ Ebd., S. 8; Mayntz 1985, S. 56. Eine ähnliche Abgrenzung kennt das Verwaltungsrecht, wenn es zwischen gesetzesabhängiger (strikt gebundener) und gesetzesfreier Verwaltung unterscheidet (Weimar 2009, S. 933 m. w. N.).

tigen, da sie relativ geringe Spielräume für einzelfallbezogene besondere Umstände und Veränderungen der Rahmenbedingungen im Entscheidungsprozess enthält.⁷⁰

2.2.2.3 Interaktion der Verwaltung mit ihrer Umwelt

Für die Interaktion mit ihrer Umwelt stehen der Verwaltung verschiedene Instrumente zur Verfügung.⁷¹ Diese können sowohl im Rahmen von Routine- als auch von Zweckprogrammen zur Geltung kommen.⁷² Die Interaktion mit ihrer – neben den zuvor erörterten „Akteuren“ Politik und Recht – „übrigen“ Umwelt, insbesondere mit Bürgerinnen und Bürgern sowie Unternehmen, stellt hiernach den Kernbereich der operativen Verwaltungstätigkeit dar. Anders als in dem Verhältnis zu Politik und Recht, ist die öffentliche Verwaltung in dieser Konstellation tatsächlich auf die Anwendung der vorstehend beschriebenen Entscheidungsprogramme angewiesen.

2.3 Die öffentliche Verwaltung als Dienstleistungsunternehmen

Sowohl die rechtswissenschaftliche, im Besonderen die staats- und verwaltungsrechtliche, als auch die soziologische, speziell die organisationssoziologische beziehungsweise systemtheoretische Perspektive nehmen die öffentliche Verwaltung selbst als „Gebilde“ – sei sie Staatsorgan, Aufgabenträgerin, Zusammenschluss von Zielen und Erwartungen und so weiter – in den Fokus. Anforderungen und Ziele werden insbesondere aus dieser Betrachtung heraus abgeleitet und – mehr oder weniger spezifisch – formuliert. Das auf kommunaler Ebene vornehmlich im Zusammenhang mit Reformbestrebungen seit dem Ende des vergangenen Jahrhunderts ausgedrückte (Selbst-) Verständnis der öffentlichen Verwaltung als Dienstleistungsunternehmen⁷³ ist stärker an der Sichtweise der Leistungsempfänger (in der Regel Bürger und Unternehmen oder „Kunden“) und der Erstellung von (Dienstleistungs-) Produkten für dieselben⁷⁴ ausgerichtet; aus diesem Blickwinkel werden die Funktionen, Anforderungen und Ziele der Verwaltung abgeleitet.

Insbesondere aus dem Neuen Steuerungsmodell ergibt sich eine zusätzliche Anforderungsdimension⁷⁵, der sich die öffentliche Verwaltung stellen muss: Die gesetzes- und normvollzugsfokussierte, inputorientierte Ausrichtung der Verwaltung verlagert sich hin zu einem qualitäts-, kunden- und damit outputorientierten Ansatz.⁷⁶

⁷⁰ Mayntz 1985, S. 57, und damit im Ergebnis wohl wie Schmidt-Aßmann 1997, S. 749 (Warnung vor „hinderlicher Verrechtlichung“).

⁷¹ Mayntz 1985, S. 58, ordnet diese fünf Kategorien zu: 1. Gebots- und Verbotsnormen, 2. Erlaubnisse für private Tätigkeiten, 3. finanzielle Transfers, 4. Anreize in Form von Subventionen und Abgaben sowie 5. Güter- und Dienstleistungsbereitstellung durch die Verwaltung selbst.

⁷² Ebd.

⁷³ KGSt 1993, S. 13; *dies.* 2013, S. 9.

⁷⁴ Hopp/Göbel 2013, S. 40.

⁷⁵ Schmidt-Aßmann 2006, S. 24 f. weist darauf hin, dass mit dem Neuen Steuerungsmodell keine Aufgabe der Bedeutung des Rechts für die öffentliche Verwaltung verbunden ist. Somit müssen die durch diese und andere Verwaltungsreformen hinzutretenden Anforderungen als Ergänzung der überkommenen zur Kenntnis genommen werden.

⁷⁶ Vgl. Hopp/Göbel 2013, S. 45 f.

2.4 Zwischenergebnis: Zusammengeführter Verwaltungsbegriff

Nach den vorangegangenen Ausführungen kann schwerlich noch von *einem* Verwaltungsbegriff gesprochen werden. Die unterschiedlichen Wissenschaftsdisziplinen haben naturgemäß sehr differenzierte und stark verschieden fokussierte Vorstellungen von der öffentlichen Verwaltung. Die hier zusammengetragenen Ansätze wurden freilich nicht zufällig ausgewählt. Aspekte eines jeden können für diese Arbeit herangezogen und für die Untersuchung fruchtbar gemacht werden. Das Ziel ist dabei nicht, die unterschiedlichen Perspektiven schlicht in einer interdisziplinären Definition mit vermutlich geringem Erkenntniswert zusammenzufügen. Auf der Suche nach den „Graubereichen“ zwischen unzweifelhaft ordnungsgemäßem und unzweifelhaft zweck- beziehungsweise rechtswidrigem Handeln können aber Erkenntnisse aus allen herangezogenen Blickwinkeln auf die öffentliche Verwaltung Hinweise geben.

Diese Erkenntnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die öffentliche Verwaltung muss sowohl in materieller als auch in organisatorischer Hinsicht verstanden und betrachtet werden. Aus beiden Sichtweisen, die einander bedingen, ergeben sich unterschiedliche Ziele und Anforderungen.
- Wählt man einen maximalen Abstraktionsgrad, lassen sich zwei Kategorien von Anforderungen an die öffentliche Verwaltung formulieren: Erstens die Bindung an Gesetz und Recht, die sich in der Beachtung und Vollziehung von positivem und überpositivem Recht verwirklicht. Zweitens die Wahrnehmung ihrer übertragener Aufgaben.
- In beiden genannten Anforderungsbereichen sieht sich die öffentliche Verwaltung internen und externen Einflüssen, Interessenlagen und – hieraus folgend – weiteren, konkreter formulierten Anforderungen ausgesetzt.
- Neue Anforderungen ergänzen und konkretisieren die überkommenen. Hier werden potenzielle Zielkonflikte und Spannungsfelder erkennbar.

Ersichtlich sind jedoch, das soll nicht verschwiegen werden, auch die Überschneidungen der verwaltungsrechtswissenschaftlichen und der soziologischen Perspektive. Diese Überschneidungen und Parallelen, etwa zwischen strikter Gesetzesbindung und Konditionalprogrammierung, werden im Folgenden erneut zutage treten und bei der Annäherung an Grenzen von Handlungsspielräumen von Nutzen sein.

2.5 Der dichotome Funktionsfähigkeitsansatz als theoretisches Modell

Die bisherigen Ausführungen haben einen zusammengeführten, gewissermaßen im Bezugsrahmen der vorliegenden Arbeit interdisziplinären Verwaltungsbegriff hervorgebracht. Aus ihm leitet sich für das Verwaltungshandeln de facto eine Schnittmenge aus Merkmalen und Anforderungen ab. Die ausführliche Annäherung an diese Schnittmenge hat im Hinblick auf die weitere Vorgehensweise ihren guten Grund: Wenn im Folgenden Handlungskonzepte und -spielräume umrissen und Grenzen ausgelotet werden, ist nicht einfach *eine*, nicht *die*

öffentliche Verwaltung im Fokus. Kern und Ziel der Betrachtung soll die *funktionsfähige* öffentliche Verwaltung sein.

2.5.1 Funktionsfähigkeit als Forderung mit Verfassungsrang

Welche Bedeutung hat die Funktionsfähigkeit für die öffentliche Verwaltung? Oder anders: Welche Bedeutung hat die Funktionsfähigkeit *der* öffentlichen Verwaltung für den Staat?

Wie *Bohne* feststellt, ist aus der Verfassung kein Effizienzgebot für öffentliches Verwaltungshandeln abzuleiten.⁷⁷ *Hans Peter Bull* und *Veith Mehde* warnen davor, dass ökonomische Anforderungen (wie etwa die Wirtschaftlichkeit und Effizienz des Verwaltungshandelns) nicht gegen rechtliche ausgespielt, insbesondere die letztgenannten nicht durch erstgenannte verdrängt werden dürften.⁷⁸ Effizienz ist demnach das Zweck-Mittel-Verhältnis⁷⁹, „das Verhältnis von wertmäßigem Output zu wertmäßigem Input, [das] für den Ökonomen der allein gültige Maßstab zur Beurteilung betrieblicher Handlungen [ist]“⁸⁰.

Die Forderung nach Funktionsfähigkeit setzt naturgemäß vorher an. Während Effizienz Funktionsfähigkeit voraussetzt, weil etwas, das nicht funktioniert (das heißt: keinen *Output* erzeugt), erst recht nicht effizient sein kann, verhält es sich umgekehrt ähnlich wie mit dem soeben wiedergegebenen verfassungsrechtlichen Befund: Eine funktionsfähige Verwaltung muss, um funktionsfähig zu sein, nicht unbedingt effizient sein. In dieser Hinsicht gebart sich der hier vorgestellte Ansatz ebenso neutral wie das Grundgesetz.

Legt man verfassungsrechtliche Maßstäbe an, muss man in der Relation Grundgesetz – Funktionsfähigkeit der Verwaltung indes zu einem anderen Ergebnis kommen. „Der Bürger erfährt die Staatsgewalt im konkreten Vollzugshandeln“⁸¹ durch die Exekutive, im Besonderen durch die Verwaltung.⁸² „Sie sorgt durch gleichmäßigen und sachgerechten Vollzug von Gesetzen erst dafür, dass abstrakt-generelle demokratische Entscheidungen verwirklicht werden.“⁸³ Die Verwirklichung, die Durchsetzung von Recht bezeichnet *Albrecht Randelzhofer* als wesentli-

⁷⁷ *Bohne* 1981, S. 221.

⁷⁸ *Bull/Mehde* 2015, S. 204, § 13 Rn. 465.

⁷⁹ *Ebd.*, S. 205, § 13 Rn. 467. Nun erscheint eine Abgrenzung zu der Zweck-Mittel-Relation im Sinne des *Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes* angebracht: Dieser bezieht sich auf die Auswirkungen einer Maßnahme (zum Beispiel eines Verwaltungsakts). Er betrifft das Verhältnis zwischen Staat und Bürger (*ebd.*, S. 74, § 4 Rn. 149). *Verwaltungseffizienz* kann hingegen als ein allgemeines Prinzip verstanden werden, welches sich auf das gesamte Verwaltungshandeln bezieht, unabhängig von der unmittelbaren Betroffenheit des Bürgers durch Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung. Zusammenfassend betrifft Effizienz die Frage, *wie die Verwaltung arbeitet*, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Frage *wie sich das Handeln der Verwaltung auswirkt*.

Freilich können sich aus effizientem oder ineffizientem Verwaltungshandeln mittelbare Aus- und Außenwirkungen ergeben. Man denke nur an finanzielle Belastungen der öffentlichen Haushalte, letztlich „des Steuerzahlers“, durch eine ineffiziente Erledigung öffentlicher Aufgaben, um nur ein Beispiel zu nennen. Diese Betrachtung ist jedoch von konkreten Handlungen und Maßnahmen losgelöst.

⁸⁰ *Wöhe/Döring* 2013, S. 8.

⁸¹ *Di Fabio* 2004, S. 625, § 27 Rn. 24.

⁸² Vgl. auch *Pitschas* 2012, S. 1772, § 42 Rn. 159.

⁸³ *Di Fabio* 2004, S. 625, § 27 Rn. 24.

che Voraussetzung der Wahrung innerer staatlicher Souveränität.⁸⁴ Das Grundgesetz normiert mit der Gewaltenteilung einen „prinzipalen Funktionsvorbehalt“⁸⁵, den die Verwaltung eigenverantwortlich wahrnimmt.⁸⁶

Nach alledem ist festzuhalten, dass die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung als Funktionsvoraussetzung für zumindest das Gewaltenteilungsprinzip, wohl aber in der Folge auch für den Staat als solchen und – wiederum – dessen Funktionsfähigkeit verfassungsrechtlich geboten ist.⁸⁷ Ein an die Funktionsfähigkeit der Verwaltung anknüpfendes Modell, wie es hier gezeichnet werden soll, knüpft mithin an nicht weniger als dem durch das Grundgesetz vorgegebenen Mindestniveau staatlichen Wirkens an.

2.5.2 Ableitung des Funktionsfähigkeitsansatzes für die weitere Untersuchung

Als funktionsfähig kann die Verwaltung gelten, so lassen sich die bisherigen Erkenntnisse zusammenfassen, wenn ihr Handeln im Wesentlichen zwei Maximen folgt⁸⁸:

- Zum einen unterwirft die öffentliche Verwaltung ihr gesamtes Wirken allen rechtlichen, insbesondere den gesetzlichen Bindungen. Sie vollzieht positiviertes, einfachgesetzliches Recht und wahrt den verfassungsmäßigen Rahmen. Sie folgt strikt allen Bindungen und füllt so ihre Rolle in der rechtsstaatlichen Ordnung aus. Im Folgenden soll dies auch als die *Bindungstreue* der öffentlichen Verwaltung bezeichnet werden.
- Zweitens erfüllt die öffentliche Verwaltung in strategischer und operativer Hinsicht die ihr übertragenen, je nach Fachbereich und Organisationseinheit sehr unterschiedlichen Aufgaben und damit die an sie gestellten fachlich-inhaltlichen Erwartungen.⁸⁹ Sie ist damit als Organisation und Aufgabenträgerin funktionsfähig im engeren Sinne. Nachstehend soll hierbei von *Handlungsfähigkeit* gesprochen werden.

Diesem *dichotomen Funktionsfähigkeitsansatz* liegen folgende Annahmen zugrunde:

⁸⁴ Randelzhofer 2004, S. 160 f., § 17 Rn. 39.

⁸⁵ Scholz 1975, S. 149.

⁸⁶ Stern 1980, S. Band II, S. 756 m. w. N.; Schmidt-Aßmann 1975, S. 229.

⁸⁷ Vgl. Hesse 1995, S. 215, § 14 Rn. 499: Die Gewaltenteilung (und mit ihr die Funktionswahrnehmungen durch die einzelnen Gewalten und ihre Organe) sind „wesentliche Bestandteile der demokratischen, der rechtsstaatlichen und der bundesstaatlichen Gesamtordnung des Grundgesetzes“.

⁸⁸ Eine dem Nachfolgenden in Ansätzen ähnliche begriffliche Ausformung ist zu finden bei Pitschas 2012, S. 1772 f., § 42 Rn. 159, 163, der die Effektivität der öffentlichen Verwaltung sowohl an die Rechtsumsetzung (Implementierung) als auch an die Zielwirksamkeit der Verwaltungstätigkeit knüpft. Effektivität, so Pitschas, „bildet in diesem Verständnis [...] ein Rechtsprinzip, das von Verfassungs wegen aus der Einordnung der öffentlichen Verwaltung als ‚vollziehende Gewalt‘ in das Grundgesetz folgt“ (ebd., Rn. 159).

⁸⁹ Die Unschärfe, die sich aus der Tatsache ergibt, dass die (in aller Regel gesetzlich definierten) Verwaltungsaufgaben ihrerseits rechtliche Bindungen darstellen und insofern eine Überschneidung der beiden Teilmengen der Funktionsfähigkeit unvermeidbar ist, soll im Interesse der Handhabbarkeit des theoretischen Ansatzes einstweilen vernachlässigt werden. Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich hieraus für die weitere Untersuchung allzu gravierende Widersprüche ergeben, wenn ab einem gewissen Grad Bindungstreue und Handlungsfähigkeit quasi gekoppelt auftreten und eine Unterschreitung beider die Gesamtfunktionsfähigkeit der Verwaltung in Frage stellt.

- Idealtypisch verwirklicht jedes Verwaltungshandeln volle Bindungstreue bei zugleich uneingeschränkter Handlungsfähigkeit der Organisation und damit Funktionsfähigkeit in Reinform. Es kommt weder zu Regelabweichungen noch gibt es Einschränkungen bei der Erfüllung der übertragenen Aufgaben.⁹⁰
- Realtypisch können verwaltungsendogene und -exogene Faktoren den Grad der Funktionsfähigkeit begrenzen. Dies können beispielsweise sein: begrenzte personelle, finanzielle oder sächliche Kapazitäten; Zielkonflikte⁹¹, insbesondere zwischen den Anforderungen an Bindungstreue und Handlungsfähigkeit (siehe hierzu auch die nachfolgenden Spiegelstriche); politische Einflussnahme auf Verwaltungsentscheidungen; unerwartete Ereignisse (wie etwa Naturkatastrophen oder Terroranschläge) und Herausforderungen (wie etwa in ganz jüngster Vergangenheit die stark zunehmenden Flüchtlingsbewegungen).
- Handlungsfähigkeit und Bindungstreue ergänzen einander, stehen zueinander aber auch in einem Spannungsverhältnis. Die Verwaltung beziehungsweise eine Verwaltungseinheit kann theoretisch ausschließlich bindungstreu (bei gleichzeitiger Vernachlässigung der Handlungsfähigkeit)⁹² oder ausschließlich handlungsfähig (und alle rechtlichen Bindungen ignorierend) handeln. In beiden Fällen kann von einer funktionsfähigen Verwaltung beziehungsweise von funktionierendem Verwaltungshandeln nicht gesprochen werden.
- Während der Idealtypus eine Gleichheit zwischen Bindungstreue und Handlungsfähigkeit aufweist, ist einzelfall- und/oder fallgruppenbezogen die stärkere Gewichtung der einen zu Lasten der anderen Maxime denkbar⁹³, also die Inkaufnahme von Einschränkungen der Handlungsfähigkeit zugunsten der Bindungstreue und umgekehrt.

Das Modell soll nachfolgend herangezogen werden, um die einzelnen Handlungskonzepte einzuordnen, zu bewerten und deren Grenzen zu verstehen. Ein Konzept und dessen Ausprägung kann nur dann als für das öffentliche Verwaltungshandeln überhaupt (noch) tauglich

⁹⁰ Man könnte sich die Funktionsfähigkeit auch als Waage, die Bindungstreue und die Handlungsfähigkeit als Waagschalen vorstellen. Würde man nun eine volle Erfüllung beider Maximen erwarten, beide Waagschalen nach unten zwingen, würde man die Waage zerstören und somit unbrauchbar machen.

⁹¹ Grundlegend hierzu Luhmann 1999, S. 154 f.; Beispiele widersprüchlicher Zwecksetzungen von Organisationen finden sich etwa bei Kühl 2007, S. 277 f.

⁹² Siehe zu diesem Extremum das Phänomen des „Dienstes nach Vorschrift“ (Mayntz 1985, S. 113), welches das Bundesverwaltungsgericht gar als streikähnliche Maßnahme bewertet (*BVerwG*, Urteil vom 16.11.1978, *BVerwGE* 63, 158 (161)). Etwas Ähnliches hat wohl auch Niklas Luhmann im Sinn, wenn er die „Zwischensphäre“ zwischen legalen und illegalen Handlungen beschreibt und feststellt, das „auch formalisierte Erwartungen [...] letztlich immer Tendenzenerwartungen“ sind, die zwar spezifische Handlungen explizit fordern, aber lediglich nur sinngemäße Einstellungen erwarten. „Sie können daher oft buchstäblich erfüllt und doch sinngemäß verletzt oder umgangen werden.“ (Luhmann 1999, S. 311). Der „Dienst nach Vorschrift“ ist letztlich nichts anderes, nämlich die (buchstäbliche) Erfüllung der Vorgaben bei gleichzeitiger Verletzung der dahinterstehenden Ziele und Erwartungen durch Behinderung und Schädigung der Wirksamkeit des Organisationshandelns.

⁹³ *Denkbar* ist hier wertungsfrei zu verstehen und nicht im Sinne von *akzeptabel*, *gerechtfertigt* oder *probat*. Die Einordnung und Bewertung ist den Ausführungen in den nachfolgenden Abschnitten vorbehalten, denen nicht vorgegriffen werden soll.

angesehen werden, wenn es sowohl die Bindungstreue als auch die Handlungsfähigkeit nicht nur berücksichtigt, sondern auch jeweils die Einhaltung eines Mindeststandards sicherstellt.

Der Funktionsfähigkeitsansatz mit den zwei Maximen Bindungstreue und Handlungsfähigkeit erlaubt einen handhabbaren Zugang zur Bewertung von Handlungskonzepten. Er stellt – und das unterscheidet ihn von der zuvor bereits angeklungenen Einordnung von Handlungsweisen in „Schwarz“, „Weiß“ und „Graubereiche“ – eine deutlich positiver besetzte Art der Annäherung dar, da sein Fokus nicht auf dem Verbotenen als Gegenstück zu dem Erlaubten, sondern auf einer Kombination zweier erstrebenswerter Idealzustände des Verwaltungshandelns und deren Wechselwirkungen und Spannungsverhältnis liegt.

3 Handlungskonzepte außerhalb des formalen Bereichs

Bis zu diesem Punkt wurden die Anforderungen an das Handeln der öffentlichen Verwaltung aus unterschiedlichen Perspektiven betrachtet und umrissen. Das Funktionsfähigkeitsmodell gibt für sich noch keine Auskunft darüber, „wo“ Verwaltungshandeln zu verorten ist. Ob es sich in einem formalen Bereich bewegt, der mit verwaltungsinternen und -externen Normen und Regeln versehen ist und unter diesen sich einordnet und diese einhält beziehungsweise vollzieht, oder außerhalb, also in dem informalen oder illegalen Bereich stattfindet, ergibt sich aus dem Handeln und dessen Interpretation selbst. Ein streng und ausschließlich innerhalb des formalen Bereichs verortetes Handeln soll für die weitere Ausarbeitung als stets vollumfänglich von den geltenden Regeln, gleich welchen Ursprungs, gedeckt angenommen werden. Es erfüllt damit die Maxime der Bindungstreue. Verwaltungshandeln außerhalb des formalen, innerhalb des informalen Bereiches kann sich in einer verringerten Bindungstreue ausdrücken.

In diesem Abschnitt, der der Erörterung ausgewählter Handlungskonzepte verschrieben ist, werden – um in diesem Bild zu bleiben – die „Orte“ beschrieben, an denen Verwaltungshandeln, das nicht oder nicht eindeutig innerhalb des formalisierten Bereiches verläuft, „zu finden sein kann“.

3.1 Gründe und Ausprägungen von Regelabweichungen

Bevor Handlungskonzepte überhaupt erforderlich werden, steht die Frage im Raum, ob diese nicht vermieden beziehungsweise durch stets absolut regelkonformes Verhalten, welches den Bereich des Formalen, der Normen und Gesetze, niemals auch nur annähernd zu verlassen sich anschickt, überflüssig gemacht werden können. Es ist einerseits müßig, über eine Welt (oder auch nur einen Teilbereich, wie die öffentliche Verwaltung) zu theoretisieren, in der es keinerlei Regelabweichungen gibt, denn von Regeln wurde und wird zu jeder Zeit abgewichen.⁹⁴ Andererseits ist es für das Verständnis der nachfolgenden Handlungskonzepte von Vorteil, zuvor ein ebensolches von den Gründen und Ausprägungen von Regelabweichungen zu erlangen.

3.1.1 Regelabweichung als Teil der Regel

Die Abweichung von beziehungsweise der Bruch der Regel ist ein konstitutiver Bestandteil der Regel selbst.⁹⁵ Die Regel als solche existiert als Gegeninstitut der Handlung, deren Verwirklichung ihre Verletzung darstellt. Verbote richten sich gerade *gegen* die verbotene Handlung. Handlungsvorgaben sollen Fehler vermeiden. Eine Regel ohne deren zugrundeliegenden (sie verletzenden) Tatbestand ist mithin nicht denkbar.⁹⁶

⁹⁴ Vgl. Ortmann 2003, S. 13, demzufolge Regelverletzungen „nicht nur unvermeidlich, [...] sondern notwendig“ sind.

⁹⁵ Kapitanova 2013, S. 165.

⁹⁶ Hierzu anschaulich Ortmann 2003, S. 37.

Diese sehr grundlegende Einordnung zeigt auf, dass für die Normierung von Verhalten letztlich eine prospektive Sicht auf mögliches abweichendes Verhalten, welches nicht erwünscht ist und durch die Regelung verhindert werden soll, erforderlich erscheint. Im Normvollzug zeigt sich dann, ob sich diese Erwartungen bewahrheiten oder ob eine Nachsteuerung erforderlich ist. Zu einem späteren Zeitpunkt soll hierauf noch einmal näher eingegangen werden.

3.1.2 Vollzugsdefizite in der öffentlichen Verwaltung

Für einen Brückenschlag hin zu der „Regelabweichung im Dienste der Sache“ als für den Funktionsfähigkeitsansatz wesentlichen Ausprägung und, hierauf folgend, zu den verwaltungsrechtlichen Handlungskonzepten (hier insbesondere das informale Verwaltungshandeln) bietet sich die Diskussion so genannter Vollzugsdefizite der öffentlichen Verwaltung an. Vollzugsdefizite können als „die Differenz zwischen dem vom Gesetzgeber vorgegebenen Soll einerseits und dem von der Verwaltung erreichten Ist andererseits“ beschrieben werden.⁹⁷ Sie kommen dann vor, wenn die Verwaltung nicht oder nicht mehr in der Lage ist, bestimmte Aufgaben überhaupt oder in Teilen zu erfüllen und diesbezügliche Rechtsnormen nicht oder nicht vollständig umgesetzt werden.

Nach *Winfried Brohm* sind vier Gründe für Vollzugsdefizite in der öffentlichen Verwaltung zu benennen:⁹⁸

- Der mangelnde Überblick über die Vielzahl der anzuwendenden Normen⁹⁹
- Die fehlende Bereitschaft, sich mit neuen Regelungen vertraut zu machen, da sie sich ja doch bald wieder ändern („persönlicher Verdruss“)
- Die mangelnde Rechtssicherheit aufgrund hoher formaler Anforderungen und die daraus folgende Gefahr der gerichtlichen Aufhebung einer Maßnahme
- Die Überforderung der Verwaltung durch überhöhte, überkomplexe Anforderungen und Interessenlagen und die daraus folgende faktische Unmöglichkeit, allen gleichermaßen gerecht zu werden

Zu dem letztgenannten Punkt, für den *Brohm* ein Beispiel aus dem Baurecht anführt, wird sich wohl auch das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberecht) zählen lassen. Neben dessen Funktion, einen möglichst kostengünstigen und wirtschaftlichen Einkauf zur Verwirklichung haushaltsrechtlicher Grundsätze zu ermöglichen, dient das Vergaberecht auch der Korruptionsprävention, dem Schutz des Wettbewerbs, der Durchsetzung rechtsstaatlicher

⁹⁷ Ule/Laubinger 1978, S. B 22.

⁹⁸ Brohm 1998, S. 107 f.

⁹⁹ Ebd., S. 107. *Brohm* nennt diesen Grund als den wohl am häufigsten vertretenen für Vollzugsdefizite, bezweifelt aber zugleich dessen Wahrheitsgehalt und verweist in diesem Zusammenhang auf die zunehmende Arbeitsteilung – und wohl auch Spezialisierung – innerhalb der öffentlichen Verwaltung. Wolff u. a. 2007, S. 53, § 5 Rn. 19, kritisieren hingegen gerade, dass die zunehmende Verrechtlichung immer häufiger Spezialisten erfordere, welche „nicht mehr den vielseitigen Überblick haben, der den klassisch generalistisch ausgebildeten Verwaltungsbeamten auszeichnete und auszeichnen muss“.

Prinzipien, dem Grundrechtsschutz¹⁰⁰ und zunehmend auch dem Schutz mittelständischer¹⁰¹, sozialer, umweltbezogener und innovativer Interessen¹⁰², der Einhaltung von Tarifbindungen und Mindestlöhnen¹⁰³ sowie neuerdings wohl der Unterstützung der Belange des Arbeitsschutzes und der Sicherheitstechnik¹⁰⁴. *Fehling* konstatiert, auch angesichts des vergaberechtlichen Regelungsgeflechts, eine „äußerste, an die Grenze der Rechtsstaatswidrigkeit heranreichende Unübersichtlichkeit“.¹⁰⁵

3.1.3 Regelabweichungen im Dienste der Sache

Dient die Nichtanwendung bestimmter Regelungen der Auflösung faktischer Unmöglichkeiten in deren Umsetzung, spricht *Brohm* von „Rechtsungehorsam aus Pflichtbewusstsein“¹⁰⁶, wenn nämlich die übergeordnete Aufgabe aufgrund der Widerstände nicht oder nicht hinreichend erfüllt werden könnte. Dies deckt sich im Wesentlichen auch mit der Einordnung von *Ortmann*, wonach Regelverletzungen in den meisten Fällen „im Dienste der Sache“ stattfinden.¹⁰⁷ Sie dienen dann der Handlungsfähigkeit der Verwaltung im Sinne einer Erfüllung fachlicher Aufgaben.¹⁰⁸ Dieser Aspekt wird im Folgenden bei dem Attribut „brauchbar“ wiederholt aufgegriffen werden.

¹⁰⁰ Die Aufzählung ist eine Zusammenfassung der Ausführungen von *Dörr* in: Dreher/Motzke, Einleitung Rn. 5 ff.

¹⁰¹ Siehe § 97 Abs. 3 GWB sowie § 97 Absatz 4 GWB n. F. nach Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 17.02.2016, BGBl. I, S. 203 (204 f.), welches zum 18.04.2016 in Kraft tritt.

¹⁰² § 97 Abs. 4 S. 2 GWB sowie § 97 Absatz 3 GWB n. F. nach Art. 1 VergRModG, BGBl. I, S. 203 (204). In der Neuregelung wurde die frühere Kann-Regelung durch eine Verpflichtungsregelung („werden [...] berücksichtigt“) ersetzt.

¹⁰³ *Frister* in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A § 16 Rn. 82.

¹⁰⁴ BR-Drs. 87/16, S. 2 f.

¹⁰⁵ *Fehling* in: Pünder/Schellenberg, GWB § 97 Rn. 28. Durch die umfassende Vergaberechtsreform, deren Inkrafttreten zum Zeitpunkt der Fertigstellung und Vorlage dieser Arbeit unmittelbar, nämlich am 18.04.2016 bevorsteht, werde „die bisher komplexe Struktur des deutschen Vergaberechts vereinfacht“ (BMWi 2016, o. S.). Der *Bundesrat* äußert in seiner Beschlussdrucksache über die Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRModVO) diesbezügliche Zweifel (BR-Drs. 87/16, S. 2 f.). Wie die Zusammenfassung bei Marx 2006, S. 53 ff., zur (späteren) Vergaberechtsreform 2009 zeigt, sind die Bestrebungen einer Vereinfachung und Vereinheitlichung des deutschen Vergaberechts indes nicht neu. Wie *Bohne* – wenngleich allgemein zu Deregulierung und Bürokratieabbau – zutreffend feststellt, hat man entsprechende Vorschläge zur Vereinfachung „schon früher in ähnlicher Weise gehört“ (Bohne 2006, S. 10).

¹⁰⁶ *Brohm* 1998, S. 108.

¹⁰⁷ *Ortmann* 2003, S. 36. Er führt an anderer Stelle (*Ortmann* 2003, S. 189) weiter aus: „Wenn in sozialen Systemen Regelverletzungen geduldet werden müssen – nicht, weil sie nie ganz zu vermeiden, sondern weil sie (in Grenzen, die aber unbestimmt bleiben) funktional sind, erwünscht, notwendig für Produktivität und Flexibilität, geboten im Dienste situativer, kontextueller Angemessenheit, oder weil dies jedenfalls herrschende Meinung ist – dann scheint das ein Paradoxon zu etablieren, nämlich die Regel: ‚Tue Verbotenes!‘ Auf den zweiten Blick scheint die drohende Paradoxie gebannt, weil es heißt: nur in Grenzen seien Regelverletzungen zu dulden – in Grenzen, die doch wohl aus einem übergeordneten Funktionserfordernis oder Zweck, eben der Funktionsfähigkeit, Produktivität oder Flexibilität des sozialen Systems abgeleitet werden können. Dann wären Korridore für solche Ausnahmen definierbar, die, wie es daher heißt, die Regel bestätigen.“ Diese Grenzen sind es, die in diesem und den folgenden Abschnitt möglichst ausgelotet werden sollen.

¹⁰⁸ Vgl. auch die Beobachtungen von *Kühl* 2007, S. 280: „Es ging bei den sich ausgebildeten Devianzen nicht darum, den Mitgliedern ein Drücken vor der Arbeit, ein Ausüben spaßvoller Freizeitaktivitäten in der Arbeitszeit oder ein Erschließen attraktiver Nebenverdienste zu ermöglichen. Vielmehr hatten die vom Regelwerk abweichenden selbst gestrickten Prozesse die Funktion, die Leistungsfähigkeit der [Teams] aufrechtzuerhalten.“

3.1.4 Deregulierung als Lösung zur Vermeidung von Regelabweichungen?

Da es vorliegend um Handlungskonzepte für die öffentliche Verwaltung unter den gegebenen Rahmenbedingungen geht, wäre es an dieser Stelle verfehlt, ausführlich Maßnahmen der Deregulierung und des Bürokratieabbaus zu diskutieren. Sie können allenfalls in den Bereichen von der Verwaltung selbst vorgenommen werden, in denen sie durch eigene Rechtssetzung (zum Beispiel durch Rechtsverordnungen, Satzungen und Verwaltungsvorschriften) tätig geworden ist.¹⁰⁹ Es sei aber die Anmerkung erlaubt, dass sich Bürokratieabbau ohnehin „nicht in der schlichten Beseitigung von Organisations- und Verfahrensstrukturen sowie in der Aufhebung von Rechtsvorschriften“ erschöpft.¹¹⁰ Insbesondere bezüglich der zuvor genannten Rechtsunsicherheit als mögliche Ursache für Vollzugsdefizite wäre allein die quantitative Reduzierung von Normen eher kontraproduktiv.¹¹¹ Sie löst auch nicht die Herausforderung vielfältigerer und komplexer werdender Lebenssachverhalte, der sich die öffentliche Verwaltung gegenüber sieht.¹¹² Stattdessen ist eine systematische Evaluation von Normen sowie die Überprüfung deren Implementation angezeigt, um die Auswirkungen der Normprogramme zu ermitteln und den Vollzugsdefiziten wirksam entgegenzuwirken.¹¹³

3.2 Verwaltungsrechtliche Handlungskonzepte

Wenn nun in der Praxis Unsicherheiten und Überforderungen bei der öffentlichen Verwaltung in ihrer Eigenschaft als Rechtsanwenderin und -vollzieherin bestehen, ändert das, wie bereits ausgeführt, nichts an den Bindungen, denen sie schon von Verfassungen wegen unterliegt. Und auch wenn bereits *Becker* im Jahre 1985 feststellt, die Deregulierung habe „inzwischen auch die Bundesrepublik erfasst“¹¹⁴, so kann doch die Problematik auch 30 Jahre später nicht als erledigt betrachtet werden. Es ist somit angezeigt, „Auswege“ aus dem Dilemma zu finden, ohne den grundsätzlichen Anspruch einer rechtstreuen öffentlichen Verwaltung in Frage zu stellen. Auf der anderen Seite ist der Weg zu nicht explizit normierten Handlungsformen nicht generell versperrt. Wie *Stern* konstatiert, erfolgte Verwaltungshandeln „niemals nach einem

¹⁰⁹ Siehe zum Beispiel Maurer 2011, S. 358 f., § 13 Rn. 1 f. Eine zusammenfassende Darstellung der genannten Handlungsformen findet sich bereits bei Stern 1980, Band II, S. 652 ff.

¹¹⁰ Böhne 2006, S. 15.

¹¹¹ Wenn „vereinfachende Gesetze“, wie von *Schulze-Fielitz* angemerkt, als „kompensatorische Folge“ eine „überbordende Flut von immer mehr Verwaltungsvorschriften“ auslösen, kann nicht von einem Beitrag zur Rechtssicherheit gesprochen werden (*Schulze-Fielitz* 1992, S. 238). Die gesetzgeberseitig gelassenen „Lücken“ verlagern den Regelungsauftrag dann auf die vollziehende Gewalt, die notgedrungen zumindest vordergründig für Rechtsklarheit sorgen muss. Siehe in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen zur Rechtsfortbildung durch die öffentliche Verwaltung (Abschnitt 3.2.2).

¹¹² Wenn Gesetze „schon um ihrer generell-abstrakten Fassung willen die vielfältig differenzierten, sich wandelnden Lebenssachverhalte, mit denen die Verwaltung täglich konfrontiert ist, nur unvollständig erfassen“ können (*Schmidt-Aßmann* 2006, S. 199), dann ist dies von deren Anzahl unabhängig (so im Ergebnis auch *Schulze-Fielitz* 1992, S. 238 f.). Deren bloße Reduzierung kann mithin (ohne weiteres) die Lösung nicht sein.

¹¹³ Allgemein hierzu *Röhl* 1987, S. 326.

¹¹⁴ *Becker* 1985, S. 1004.

geschlossenen Kanon“.¹¹⁵ Verwaltung erstreckt sich vielmehr „auch auf den gesetzesfreien Bereich, indem sie dort eigene Vorstellungen konzipiert und durchsetzt“.¹¹⁶

3.2.1 Informales Verwaltungshandeln

Nach dem Begriffsverständnis der Verwaltungsrechtswissenschaft ist informales Verwaltungshandeln alles in rechtlichen Regeln nicht festgelegtes Handeln als Alternative beziehungsweise Ergänzung des rechtlich normierten.¹¹⁷ Ein besonderes Augenmerk liegt bei der juristischen Betrachtung der Informalität auf der Frage der Funktionalität und Rechtmäßigkeit beziehungsweise Rechtswidrigkeit des Handelns.¹¹⁸

3.2.1.1 Informales und kooperatives Verwaltungshandeln: Einordnung und Abgrenzung

Unter kooperativem – auch: konsensuellem – Verwaltungshandeln lässt sich das einvernehmliche Zusammenwirken von öffentlicher Verwaltung und Privaten (zum Beispiel Bürgern, Wirtschaftsunternehmen) bei der Aufgabenerfüllung (zum Beispiel in Entscheidungsprozessen oder durch Informationsaustausch) zusammenfassen.¹¹⁹ Der Begriff „Konsens“ geht in diesem Zusammenhang über das momentane „Verlassen“ des Über-Unterordnungs-Verhältnisses im Zuge eines öffentlich-rechtlichen Vertragsschlusses¹²⁰ hinaus. *Schulze-Fielitz* benennt diese rechtliche Handlungsform, die Erreichung rechtlich geformter Entscheidungsergebnisse, als nur eine von drei Problemfeldern des so genannten „kooperativen Rechts“. Hinzu kommen verfahrensrechtliche Regelungen, die das Zustandekommen von Entscheidungen betreffen, und – als dritte Problemebene – die informalen Entscheidungsformen, die sowohl innerhalb als auch außerhalb des Gesetzesvollzugs stattfinden, mithin rechtmäßig, rechtergänzend oder rechtswidrig sein können.¹²¹ Die Kategorisierungen „formal“ und „informal“ sagen demnach noch nichts darüber aus, ob das jeweilige Handeln rechtmäßig oder rechtswidrig ist.¹²² Alle Kombinationen sind denkbar.¹²³

Dreier nimmt die Einordnung und Abgrenzung dahingehend vor, dass informales Verwaltungshandeln immer auch kooperative Elemente aufweist, während kooperatives Verwaltungshandeln auch ohne Informalität, mithin im Bereich des ausschließlich formalen Wirkens

¹¹⁵ Stern 1980, Band II, S. 743. Ähnlich wohl auch Stelkens 2011, S. 294.

¹¹⁶ Maurer 2010, S. 592, § 18 Rn. 4.

¹¹⁷ Schulze-Fielitz 1992, S. 235 f.; Bohne 1981, S. 48. Letzterer hebt hervor, dass es gerade auf das „alternative Beziehungsverhältnis“ zu rechtlich normierten Handlungsweisen ankommt, wenn man formale von informalen Handlungen unterscheidet, da sonst jede Handlung in einem Verfahren, die nicht explizit normiert sei (und „lückenlos durchnormiert“ sei auch das hochgradig formalisierte Verfahren nicht), unter den Informalitätsbegriff fallen würde, auch wenn sie keinerlei rechtliche Wirkung und Bedeutung habe. Als Beispiele nennt er reine Kommunikationshandlungen wie Einladungen und ähnliches (zu alledem Bohne 1981, S. 47 f.).

¹¹⁸ Schulze-Fielitz 1992, S. 237 m. w. N.

¹¹⁹ Schulze-Fielitz 2012, S. 855, § 12 Rn. 67.

¹²⁰ Vgl. hierzu Wolff u. a. 2007, S. 636, § 54 Rn. 27.

¹²¹ Schulze-Fielitz 1995, S. 226 f. m. w. N.

¹²² In dieser Klarheit insbesondere Bohne 1981, S. 48.

¹²³ Schulze-Fielitz 1992, S. 233.

möglich ist.¹²⁴ Somit ist die – konsensuale – Klärung eines Sachverhalts mittels öffentlich-rechtlichem Vertrag zugleich dem kooperativen und dem formalen Verwaltungshandeln zuzurechnen¹²⁵ und soll für die weitere Untersuchung in dieser Arbeit daher auch keine Rolle mehr spielen. Andererseits sind, *Ossenbühl* folgend, auch informale Handlungsformen ohne kooperative, konsensuale Elemente denkbar. Dies sind einseitige informale Hoheitshandlungen, „die sich außerhalb der verfassungsrechtlich formalisierten Rechtserzeugungsverfahren vollziehen, aber in ihrer praktischen Bedeutung nicht hinter den herkömmlichen klassischen Rechtsquellen [...] zurückstehen“.¹²⁶

Im Folgenden sollen drei Arten informalen Verwaltungshandelns unterschieden werden: Die staatliche Informationstätigkeit (3.2.1.2), die normersetzenden (3.2.1.3) sowie die normauffüllenden Handlungen (3.2.1.4).

3.2.1.2 Staatliche Informationstätigkeit

Dieser Bereich soll nur kurz gestreift werden. Dies dient in erster Linie einer Abgrenzung dieses „*informierenden* Verwaltungshandelns“¹²⁷ von dem informalen Verwaltungshandeln im engeren Sinne.

Die staatliche Informationstätigkeit umfasst insbesondere behördliche Warnungen und Empfehlungen, die im Rahmen der Aufgabenerfüllung der öffentlichen Verwaltung durch diese verbreitet werden, ohne dass es hierfür einen explizit rechtlich normierten Auftrag gibt.¹²⁸

Hierbei handelt es sich zwar auch Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung außerhalb der rechtlich festgelegten Handlungsformen.¹²⁹ Es ergeben sich aus dem informierenden Verwaltungshandeln für die Funktionsfähigkeitstheorie keine erkennbaren Besonderheiten, die eine intensivere Auseinandersetzung erforderlich machen würden. Liegt die behördliche Warnung oder Empfehlung unterhalb einer gewissen Eingriffsintensität zu Lasten Dritter (zum Beispiel den Produzenten bestimmter, von der Äußerung betroffener Produkte), ist sie rechtlich grundsätzlich unproblematisch¹³⁰ und kann, sofern überhaupt erforderlich, mit dem Funktionsfähigkeitsansatz auf ihre Wirksamkeit hin beurteilt werden und führt möglicherweise im Nachhinein zu Widerrufs- und/oder Haftungspflichten¹³¹. Führt die Veröffentlichung zu einem Grundrechtseingriff, bedarf sie hingegen aufgrund des Gesetzesvorbehalts einer formalgesetzlichen Grundlage.¹³² Hier liegt dann die Grenze zwischen der informalen zu der formalen

¹²⁴ Dreier 1993, S. 652.

¹²⁵ Becker 1985, S. 1003; Maurer 1990, S. 15 f.

¹²⁶ Ossenbühl 1987, S. 29 f. (Zitat: S. 30).

¹²⁷ Dreier 1993, S. 651.

¹²⁸ Vgl. zusammenfassend Ossenbühl 1987, S. 30 f.

¹²⁹ Schulze-Fielitz 1992, S. 237.

¹³⁰ Vgl. Ossenbühl 1987, S. 33; Maurer 2011, S. 424 ff., § 15 Rn. 3 ff.

¹³¹ Ossenbühl 1987, S. 39.

¹³² Ossenbühl 1987, S. 34 f.

Handlungsform. Die erstgenannte ist im Lichte der Bindungstreue als nicht mehr zulässig abzulehnen, die Ausübung der zweiten – die Existenz einer Rechtsgrundlage vorausgesetzt – anhand dieser, das heißt unter völlig anderen Vorbedingungen zu bewerten.

3.2.1.3 Normersetzende Handlungen

Wie der Name schon andeutet, handelt es sich bei den so genannten normersetzenden Handlungen (meist in Gestalt konsensualer Absprachen) um solche, die eine an sich vorgesehene oder zumindest in Betracht zu ziehende einseitig-hoheitliche Handlung durch eine Vereinbarung ersetzen. Anstelle der staatlichen Normsetzung tritt dann etwa eine freiwillig ausgesprochene Selbstverpflichtung der Adressaten.¹³³

Den normersetzenden Handlungen haftet stets eine gewisse Unverbindlichkeit an. Es steht der Verwaltung jedoch – oder gerade deshalb¹³⁴ – grundsätzlich frei, die Ziele einer (womöglich fehlgeschlagenen) informalen Absprache mit dem üblichen, formalen Instrumentarium zu erzwingen, indem sie zum Beispiel einen Verwaltungsakt erlässt. Insoweit verbleibt jederzeit der Weg zurück in das formale Verwaltungshandeln.¹³⁵

3.2.1.4 Normausfüllende Handlungen

Normausfüllende oder normvollziehende informale Handlungen sind solche, die im Umfeld oder im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens stattfinden. Hierzu zählen beispielsweise Kontaktaufnahmen, Abstimmungen und Verhandlungen vor der Einleitung eines Genehmigungsverfahrens, anlässlich derer bereits die späteren Inhalte des das Verfahren abschließenden Bescheides gemeinschaftlich festgelegt werden. Innerhalb des Verwaltungsverfahrens kann durch die Zusendung von Entwürfen des Verwaltungsakts eine „Feinabstimmung“ erfolgen; im Gegenzug verzichtet der Adressat auf sein Widerspruchsrecht.¹³⁶

¹³³ Grundlegend und mit Beispielen aus dem Umwelt-, Gesundheits- und Produktsicherheitsbereich Dreier 1993, S. 653 f.

¹³⁴ Die Verwaltung ist grundsätzlich ebenso wenig an ihre Zusage gebunden, nicht von hoheitlichen Instrumenten Gebrauch zu machen, wie ihr Gegenüber an die ausgehandelten Vereinbarungen gebunden ist (so, mit Verweis auf den fehlenden Bindungswillen, aber auch auf die Amtspflichten der Behörde, die es ihr unter anderem verwehren, sich – ohne sachlichen Grund – widersprüchlich zu verhalten, Eberle 1984, S. 449). Abzugrenzen ist dies aber von der Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*), die – mit Einschränkungen – auch im Vorfeld des Abschlusses von öffentlich-rechtlichen Verträgen im Sinne des § 54 VwVfG anzuwenden ist und unter Umständen zu einer Haftung aufgrund grundlos abgebrochener Vertragsverhandlungen führen kann (siehe hierzu, m. w. N., Bonk/Neumann in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG § 62 Rn. 46 ff.). Die Konstellation unterscheidet sich insofern von der hier beschriebenen, als sie auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, das heißt eines Instruments des formalen Verwaltungshandelns und gerade keiner informalen, das heißt bindungsfreien Absprache abzielt.

¹³⁵ Becker 1985, S. 1009 f.; so auch Dreier 1993, S. 654, demzufolge die „faktische Bindungswirkung“ normersetzender Absprachen auch von der Macht der Beteiligten und der Durchsetzbarkeit im Wege einseitig-hoheitlicher (Ersatz-) Handlungen abhängt.

¹³⁶ Zu alledem Dreier 1993, S. 655. Ob der Adressat dergestalt wirksam und verbindlich auf sein Widerspruchsrecht verzichten kann, ist nicht unproblematisch. Jedenfalls sind hier mehrere Unwägbarkeiten bedenkenswert: *Erstens* gibt der Bürger mit dem Verzicht auf das spätere Rechtsmittel eine für ihn günstige Rechtsposition auf. Zwar ist ein solcher Rechtsmittelverzicht grundsätzlich auch im Verwaltungsverfahren zulässig (so bereits *BVerwG*, Urteil vom 20.01.1967, *BVerwGE* 26, 50 (51 f.)), der Adressat eines belastenden Verwaltungsakts muss sich aber zum Zeitpunkt des Verzichts über dessen Tragweite im Klaren sein, was unter Umständen erst nach der Zustellung des Verwaltungsakts der Fall sein kann (*dass.*, Urteil vom 30.06.1964, *DVB1* 1964, 874 (874 f.)) Vorsichtig für eine Zulässigkeit im Vereinbarungswege Siegmund 2009, S. 142 (dort: Fn. 274).

Wesentliche Eigenschaft dieser Handlungsweisen und damit auch Merkmal der Abgrenzung von den normersetzenden Handlungen ist die Verwirklichung eines für den jeweiligen Sachverhalt sehr wohl vorhandenen gesetzgeberisch vorgegebenen Normenprogramms – mit Maßnahmen indes, die so von der Regelung nicht vorgesehen sind.

3.2.1.5 Sonstige informale Handlungen

Es kann im Einzelfall trotz der an sich klaren Einordnung schwierig sein, normersetzende und normausfüllende Handlungen voneinander abzugrenzen. Für die hier herangezogene Funktionsfähigkeitstheorie zur Bewertung von Handlungskonzepten ist eine solche aber auch weniger bedeutsam als der Grad der Aufgabe der Bindungstreue und die damit verwirklichte Handlungsfähigkeit. Daher ist es auch unschädlich und überfordert die Theorie nicht, wenn Handlungen keiner der beiden Kategorien zugeordnet werden können.

Wie schon für die Deutlichmachung von Vollzugsdefiziten kann auch hier das Vergaberecht als Beispiel dienen. Ähnlich wie das verwaltungsverfahrensrecht sind hier Verfahrensvorgaben für öffentliche Auftraggeber enthalten, mit denen die Einhaltung übergeordneter Grundsätze und Ziele sichergestellt werden soll.¹³⁷ Der Verstoß gegen eine Verfahrensvorgabe (zum Beispiel den bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen im nationalen Verfahren nach § 16 Abs. 3 lit. d VOL/A zwingenden Ausschluss eines Angebots, das eine Änderung der Vertragsunterlagen enthält) kann sowohl normersetzend sein, da die „Heilung“ eines derart gravierenden Mangels des Angebots, zum Beispiel durch Verhandlung, in diesem Verfahrensstadium überhaupt nicht vorgesehen ist und damit der Pfad des normierten Verfahrens verlassen wird. Der Verstoß kann aber auch normausfüllend sein, wenn er zum Beispiel bei einer Beschaffung auf einem monopolistischen Markt erfolgt und durch die Abweichung von dem normierten Vorgehen (in der genannten Konstellation wären dies der Ausschluss des Angebots und die Aufhebung und Wiederholung des Verfahrens) die dem Vergaberecht innewohnende Zielsetzung einer wirtschaftlichen und sparsamen öffentlichen Beschaffung verfolgt wird.

Das Beispiel zeigt darüber hinaus, dass informales Verwaltungshandeln nicht auf das Verwaltungsverfahren beschränkt ist¹³⁸, sondern letztlich jedes Tätigwerden der öffentlichen Verwaltung durchwirken kann.

Zweitens ist die Verwaltung nicht an den vorabgestimmten Inhalt des späteren Bescheides gebunden. Es kann für normausfüllende Handlungen insofern nichts anderes gelten als für die informalen normersetzenden Handlungen. Dementsprechend unverbindlich muss dann auch der Verzicht sein, der ohnedies allenfalls ein Verzicht unter der Bedingung der Inhaltsgleichheit von Entwurf und endgültigem Bescheid sein kann.

Drittens ist das Widerspruchsverfahren grundsätzlich als Vorverfahren der (in diesem Beispiel eines belastenden Verwaltungsakts) Anfechtungsklage vorgelagert. Auf das Vorverfahren kann nicht „umstandslos“ verzichtet werden, sehr wohl aber dann, wenn „die [...] Zweck(e) [sic] eines Vorverfahrens schon auf andere Weise erreicht worden sind oder nicht mehr erreicht werden können“ (BVerwG, Urteil vom 15.09.2010, BVerwGE 138, 1 (8 f.)). Ob man dies schon dann wird ausschließen können, wenn die Beteiligten (Behörde und Adressat) zuvor informal über den Inhalt des Verwaltungsakts gesprochen haben, erscheint fraglich.

¹³⁷ Zu diesen unterschiedlichen Zielsetzungen siehe oben den Abschnitt 3.1.2.

¹³⁸ Vgl. als Beispiel für eine in dieser Hinsicht einschränkende Zuordnung Schuppert 2000, S. 113 f. Gemeint ist das Verwaltungsverfahren nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder. Dass zum Teil die Meinung vertreten wird, dass das Vergaberecht dem Verwaltungsverfahren (dann: im weiteren Sinne?) zuzuordnen sei, soll hier nicht vertieft werden, so aber Schmidt-Abmann 2002, S. 435.

3.2.2 Rechtsfortbildung durch die Verwaltung

Während das informale Verwaltungshandeln auch und nicht zuletzt der Beherrschung handlungsfähigkeitsgefährdender Verrechtlichung dienlich ist, soll im Interesse einer möglichst vollständigen Darstellung ein weiterer Aspekt, eine weitere Aufgabe der öffentlichen Verwaltung hier nicht völlig verschwiegen werden. Mit *Weimar* wird sie hier als „Rechtsfortbildung durch die Verwaltung“ betitelt.¹³⁹ Hierunter sollen die Auslegung, der unbestimmte Rechtsbegriff und das Ermessen gefasst werden.

Wie bereits an anderer Stelle zu den Grenzen des Bindungsgrundsatzes¹⁴⁰ anklang, sind Handlungsspielräume der Exekutive schon in diesem Prinzip selbst angelegt. Anders als die Verrechtlichungsproblematik, die im Zusammenhang mit dem informalen Verwaltungshandeln und den Vollzugsdefiziten vorstehend diskutiert wurde, setzt die Wahrnehmung von Handlungsspielräumen bei der Auslegung gesetzlicher Regelungen, der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe und der Ermessensausübung durch die Verwaltung dort an, wo die gesetzliche Regelung keine, keine vollständige oder keine befriedigende Antwort auf tatsächliche Sachverhaltsfragen gibt oder geben kann.¹⁴¹

Die Nutzung der (beabsichtigt oder ungewollt) gegebenen Handlungsspielräume stellt dann eine Fortsetzung und den Abschluss des Rechtsproduktionsprozesses dar; die öffentliche Verwaltung übernimmt hierbei „eine rechtsschöpferische, das heißt rechts(fort)bildende“ Aufgabe.¹⁴² Dies gilt umso mehr, als die Verwaltung mit jeder (auch der ersten) Ausübung ihrer Spielräume aus dem Gleichheitssatz, dem Rechtsstaatsprinzip und der Rechtsschutzgarantie grundsätzlich eine Selbstbindung eingeht¹⁴³ und daraus folgend etwa gehalten ist, programmatische Entscheidungen und Weichenstellungen in gesetzeskonkretisierenden Verwaltungsvorschriften niederzulegen.¹⁴⁴

3.2.3 Privatisierung

Es ist zuzugeben, dass bei der Suche nach Handlungskonzepten für die öffentliche Verwaltung in Randbereichen oder außerhalb des formalen Bereichs das Thema Privatisierung nicht unmittelbar ins Auge fällt. Privatisierung – und hier soll von formeller Privatisierung die Rede sein, bei der sich die öffentliche Verwaltung für ihre Aufgaben privater Rechtsformen be-

¹³⁹ Weimar 2009.

¹⁴⁰ Siehe vorstehend den Abschnitt 2.1.2.2.

¹⁴¹ Vgl. z. B. *Gerhardt* in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO § 114 Rn. 16; wohl auch Hoffmann-Riem 2012, S. 722, § 10 Rn. 57. *Schulze-Fielitz* fasst die Problematik wie folgt zusammen: „[Man] könnte [...] schlicht auf die potenzierte Anzahl von Rechtsbeziehungen und regelungsbedürftigen Problemen in Industriegesellschaften verweisen, deren ausreichend differenzierte Regelung durch die relativ geringe Anzahl von Rechtsnormen trotz der Normenflut nicht mehr zu leisten ist“ (*Schulze-Fielitz* 1992, S. 238 f.). Er beschreibt so die „Grenzen [der] Determinationskraft“ jeder Form rechtlicher Normierung (ebd., S. 238).

¹⁴² Weimar 2009, S. 936.

¹⁴³ Scheuing 1982, S. 157.

¹⁴⁴ Vgl. *Schulze-Fielitz* 1992, S. 238.

dient¹⁴⁵ – bietet zunächst auch keine „alltägliche“ oder gar einzelfallbezogene Möglichkeit, beispielsweise einen vorhandenen, aus widersprüchlichen Zwecksetzungen erwachsenen Zielkonflikt aufzulösen. Sie vermag sich dennoch in das hier vorgestellte Portfolio insofern einzufügen, als sie einen Weg eröffnet, zuvor bestimmte und eingegrenzte Handlungsprogramme in einen veränderten Regelungskontext zu überführen und im Zuge dessen zuvor möglicherweise problematische Handlungsmuster in möglicherweise weniger oder nicht mehr problematische Handlungsmuster zu transformieren.

Es verwundert nicht, dass auch die Privatisierung als Instrument der „Entstaatlichung“ neben der Reduzierung der schieren Zahl von Gesetzen und der Vereinfachung von Verwaltungsstrukturen und -prozessen im Jahre 2016 nicht mehr als innovativ¹⁴⁶, wenngleich nach wie vor als aktuell bezeichnet werden kann¹⁴⁷. Auf den ersten Blick eröffnet sich hieraus für den Funktionsfähigkeitsansatz eine neue Anwendungsdimension: Wenn sich eine Entstaatlichung und letztlich Deregulierung durch die Privatisierung von Aufgaben erreichen lässt¹⁴⁸, müsste nach dem Modell der Erhalt oder die Verbesserung der Funktionsfähigkeit bei gleichbleibenden Anstrengungen erreicht werden, da sich die Anforderungen an eine (konstante) Bindungstreue allein durch die Reduzierung der einzuhaltenden Regelungen verringern müssten. Dies wird später als Bindungsintensität bezeichnet werden.

In dieser Deutlichkeit dürften sich die Erwartungen indes nicht erfüllen. Zum einen ist es dem Staat nicht möglich, sich über die Wahl einer privaten Rechtsform gleich welcher Art aus den ihm im Besonderen treffenden rechtlichen Verpflichtungen „herauszugründen“. Die Pflicht zur Einhaltung der für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben geltenden Normen besteht auch in privater Rechtsform grundsätzlich fort.¹⁴⁹ Gleiches gilt für die Bindung an die Grundrechte, die aus Art. 1 Abs. 3 GG folgt und rechtsformunabhängig Geltung entfaltet.¹⁵⁰ Letztere dürfte zudem für privatrechtliche verfasste öffentliche Unternehmen zu aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG fließenden Selbstbindungen führen.¹⁵¹ Gleichzeitig kann sich die in privater Rechtsform agierende Verwaltung aber nicht ohne Weiteres wie ein Privater auf die Grundrechte berufen.¹⁵² *Hartmut Maurer* stellt zusammenfassend fest, dass der

¹⁴⁵ Voßkuhle 2012, S.49, § 1 Rn. 60 m. w. N.

¹⁴⁶ Von den genannten Instrumenten der Entstaatlichung berichtet nämlich schon Becker 1985, S. 1005.

¹⁴⁷ So kommt das Thema nach wie vor in der Tagespresse vor, siehe zum Beispiel *Smolka*: „Verkauft der Staat mehr Kliniken?“, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 13.02.2016. Zugleich wird aber auf kommunaler Ebene mit der Rekommunalisierung von Leistungen insbesondere der Daseinsvorsorge eine Gegenentwicklung beobachtet (Budäus/Hilgers 2013, S. 701 f. m. w. N.).

¹⁴⁸ Voßkuhle 2012, S. 48, § 1 Rn. 58.

¹⁴⁹ Katz 2004, S. 223, § 103 Rn. 41.

¹⁵⁰ Ehlers in: Wurzel/Schraml/Becker, Kap. B Rn. 70.

¹⁵¹ Otting/Ohler/Olgemöller in: Hoppe/Uechtritz/Reck, § 14 Rn. 35.

¹⁵² BVerfG, Beschluss vom 03.11.2015, NVwZ-RR 2016, 242 (243).

öffentlichen Verwaltung auf dem Gebiet des Verwaltungsprivatrechts „nur die privatrechtlichen Handlungsformen, nicht die Freiheiten der Privatpersonen zur Verfügung“ stehen.¹⁵³

Das Instrument der Privatisierung kann mithin allenfalls in begrenztem Umfang „Ausweg“ oder besser „Rückweg“ aus dem Rand- und Außenbereich formalen Verwaltungshandelns in den formalen Bereich (bezogen auf die für verwaltungsnahe Organisationseinheiten geltenden Rahmenbedingungen) durch eine Verringerung des die Bindungstreue fordernden Normenapparats sein. Die Privatisierung, so *Schmidt-Aßmann*, ist kein uneingeschränkt tauglicher Beitrag zu einer Deregulierung von Verwaltungshandeln. Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf private Träger birgt Folgeprobleme, insbesondere im Hinblick auf die Regulierung und Kontrolle des dann entstehenden Privatsektors. Mithin findet eine Verlagerung von Rechtsnormen von dem Kernbereich öffentlicher Aufgabenwahrnehmung hin zu einem Regulierungsrecht statt. Insgesamt führt dies nicht zwingend zu einem Abbau von (Über-) Verrechtlichung.¹⁵⁴

3.3 Brauchbare Illegalität

Mit der „brauchbaren Illegalität“ soll nunmehr, nach den verwaltungsrechtlichen Handlungskonzepten, zusätzlich ein ebensolches aus dem Bereich der Soziologie eingeführt werden.

3.3.1 Vorstellung des Konzepts

Der von *Niklas Luhmann* geprägte Begriff der brauchbaren Illegalität geht von der zuvor bereits dargelegten Prämisse einer innerhalb veränderlicher Umweltbedingungen auf Bestands- und Funktionserhaltung ausgerichteten Organisation aus, deren Verhaltenserwartungen als Mitgliedschaftsbedingungen formalisiert wurden (formale Organisation).

Als Illegalität sind in einer solchen formalen Organisation Verhaltensweisen zu sehen, die nicht von den formalen Handlungserwartungen abgedeckt werden. In diesem Punkt entsprechen die *illegalen* noch den bereits erörterten *informalen* Handlungen. Anders als diese sind illegale Verhaltensweisen nicht nur in den formalisierten Erwartungen, die Normen der Organisation, unberücksichtigt, sondern verstoßen evident gegen diese.¹⁵⁵ Daher lösen sie bei den Vorgesetzten der derart handelnden Organisationsmitglieder Handlungspflichten aus. Der Vorgesetzte muss, sobald er Kenntnis von den illegalen Handlungen erhält, diese grundsätzlich beenden und sanktionieren.¹⁵⁶ Derweil ist Illegalität im Sinne dieses Konzepts jedoch nicht gleichzusetzen mit Illegalität im juristischen Sinne, also mit Gesetzeswidrigkeit.¹⁵⁷

¹⁵³ Maurer 2011, S. 453, § 17 Rn. 1.

¹⁵⁴ Schmidt-Aßmann 1997, S. 749 f.

¹⁵⁵ Luhmann 1999, S. 304.

¹⁵⁶ Kühl 2007, S. 273.

¹⁵⁷ Kühl 2011, S. 121.

Ortmann merkt hierzu aber an, dass „oft genug [...] die intelligente Abweichung von der Norm, wie wir alle wissen, das klügste“ sei.¹⁵⁸ Aus der Sicht *Luhmanns* wird damit bestätigt, dass Regelverstöße selbst eine positive Funktion haben, da sie es ermöglichen, die „widerspruchsfreie Normordnung“ des sozialen Systems in einer unkontrollierbaren Umwelt aufrecht zu erhalten und so den Bestand des Systems auch gegenüber sich widersprechenden Erwartungen zu sichern, die an dasselbe gestellt werden. Umgekehrt: Das System „kann nicht allen Erwartungen folgen, wenn es nach eigenen Normen leben will“.¹⁵⁹

Soweit die Abweichung von Normen, die Illegalität, dergestalt funktional ist, muss sie von der Organisation geduldet werden.¹⁶⁰ Sie kann aber zugleich, so der Ansatz weiter, nicht offen toleriert werden, sondern muss „latent bleiben“¹⁶¹, um nicht die formalen Regeln insgesamt in Frage zu stellen.¹⁶² Gleichwohl beobachtet beispielsweise *Kühl* eine Art stillen Konsens im Hinblick auf informale, Regeln verletzende Verhaltensweisen. Diese werden innerhalb einer Organisation von Führungskräften ignoriert (oder bewusst „übersehen“) und etablieren sich zudem zum Teil in ganzen Branchen.¹⁶³

Nur unter der genannten Funktionalitätsbedingung ist Illegalität *brauchbar*. Übertragen auf den Funktionsfähigkeitsansatz hieße dies: Nur unter der Bedingung, dass es der Handlungsfähigkeit dient, ist eine Verringerung der Bindungstreue hinzunehmen. Noch nicht betrachtet wird bei diesem Zusammenhang die Grenze, die auch jede funktionale Regelabweichung, jede brauchbare Illegalität einhalten muss. Wie *Günther Ortmann* aufzeigt, verläuft eine solche Grenze, die „von der alltäglichen Moral gezogen wird“, nicht zwischen *formal* und *informal*, sondern zwischen „*akzeptablen* und *inakzeptablen*, tolerierten und nicht tolerierten Regelverletzungen“.¹⁶⁴

3.3.2 *Verwaltungsrechtliche Replik*

Wie bereits gezeigt wurde, verschließt auch die rechtswissenschaftliche Diskussion nicht den Blick vor den faktischen Nöten einer unter immer vielfältiger und komplexer werdenden Rechtsnormen einer- und Umwelteinflüssen andererseits agierenden Verwaltung.¹⁶⁵ Das Konzept einer als brauchbar quasi legitimierten Illegalität erscheint aber zunächst nicht mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vereinbar.

¹⁵⁸ Ortmann 2003, S. 36.

¹⁵⁹ Luhmann 1999, S. 304 f. (Zitate auf S. 305).

¹⁶⁰ Kühl 2007, S. 273; Mayntz 1985, S. 114.

¹⁶¹ Luhmann 1999, S. 313.

¹⁶² Ortmann 2003, S. 36

¹⁶³ Vgl. Kühl 2011, S. 121 f.

¹⁶⁴ Ortmann 2003, S. 36 (Hervorhebungen nicht im Original).

¹⁶⁵ So auch, unter Hinweis auf die notwendige Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung, Wolff u. a. 2007, S. 301 f., § 30 Rn. 6.

Wolff u. a. weisen jedoch darauf hin, dass brauchbare Illegalität zum Teil verwaltungsrechtlich positiviert ist, indem bestimmte Fehler der Verwaltung qua Gesetz unbeachtlich sind.¹⁶⁶ *Hoffmann-Riem* stellt andererseits fest, dass die in § 22 VwVfG angelegten Legalitäts- und Opportunitätsprinzipien in der Verwaltungspraxis nicht selten für eine brauchbare Illegalität ge- oder missbraucht (heißt: überdehnt) werden, indem Tatsachen bewusst übersehen werden oder Untätigkeit mit Verweis auf begrenzte Ressourcen und konkurrierende Handlungspflichten begründet wird.¹⁶⁷

Nicht ohne Zweifel im Hinblick auf rechtsstaatliche und grundrechtliche Erwägungen schlagen *Wolff u. a.* zur Wahrung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung denn auch den Begriff der „funktionsgerechten Illegalität“ vor, „die zugleich den Begrenzungsmaßstab für abweichendes Verhalten liefert“.¹⁶⁸ In diesem Gedanken findet sich auch der dichotome Funktionsfähigkeitsansatz wieder, bei dem der Handlungsfähigkeitsaspekt (die Funktionsfähigkeit im engeren Sinne) ebenfalls als äußere Begrenzung für jedes mehr oder weniger „illegale“ Handeln (im Sinne von Handeln mit einem Weniger an Bindungstreue) zu verstehen ist.

3.4 Eine kurze Stellungnahme zur Bürokratietheorie

Wenn Rationalität und – untrennbar damit verbunden – Legalität zu den Prinzipien der öffentlichen Verwaltung gehören¹⁶⁹, scheint zumindest brauchbare Illegalität, wohl aber auch das informale Verwaltungshandeln, nicht so recht in das Bild zu passen. Ohne den nachfolgenden Ausführungen zu den eröffneten Handlungsspielräumen und deren Grenzen, die es – das versteht sich von selbst – geben muss, vorzugreifen, kann mit Blick auf die vorherigen Erläuterungen von Regelabweichungen und den zu Grunde liegenden Intentionen kein Widerspruch zwischen dem Legalitäts- beziehungsweise Rationalitätsdogma und den vorgestellten Handlungskonzepten festgestellt werden. Da vorliegend stets das Interesse der Funktionserhaltung, der Wahrung der Integrität und Handlungsfähigkeit der Organisation als Ausgangspunkte der „Ausscherungen“ in den informalen Bereich angenommen werden und gerade nicht eigennützige Motive¹⁷⁰, ist nicht ersichtlich, dass die öffentliche Verwaltung in diesen Fällen – weder einzelfallbezogen noch grundsätzlich – von rationalen Erwägungen Abstand nimmt.¹⁷¹

3.5 Zwischenergebnis: Einordnung der Konzepte in den Funktionsfähigkeitsansatz

Ordnet man das bis hierhin Erörterte in den dichotomen Funktionsfähigkeitsansatz ein, wird mehrerlei deutlich:

¹⁶⁶ Wolff u. a. 2007, S. 301, § 30 Rn. 6.

¹⁶⁷ Hoffmann-Riem 1994, S. 33.

¹⁶⁸ Wolff u. a. 2007, S. 301 f., § 30 Rn. 6.

¹⁶⁹ Weber 2009, S. 25 ff.; Bull/Mehde 2015, S. 203, § 13/5 Rn. 463 f.

¹⁷⁰ Wie zum Beispiel bei Korruptionshandlungen der Fall, siehe zur Einordnung den späteren Abschnitt 4.4.

¹⁷¹ So wohl auch Pitschas 2012, S. 1804, § 42 Rn. 227, nach dem in der Zeitoffenheit der Verwaltung „ebenfalls ein wesentlicher Bestandteil ihrer Rationalität“ liegt. Er bezieht sich dabei auf den Bedarf an flexibilisiertem Verwaltungshandeln.

Zunächst ist festzustellen, dass alle dargestellten Handlungskonzepte bei der Bindungstreue ansetzen. Während das *informale Verwaltungshandeln* und die *brauchbare Illegalität* bei grundsätzlich unveränderter Regelungsdichte, wenngleich mitunter differenzierter Bindungsintensität die Bindungstreue im Interesse einer Erhaltung oder Verbesserung der Handlungsfähigkeit verringern, haben Rechtsfortbildung und Privatisierung einen anderen Schwerpunkt.

Die *Rechtsfortbildung durch die öffentliche Verwaltung* verändert das Regelungsgeflecht. Die Bindungstreue bleibt, bezogen auf die vorgegebenen Regelungen, dabei zunächst identisch. Die Auswirkungen der Bindungstreue auf die Funktionsfähigkeit der Verwaltung verändern sich jedoch, indem gegebene, für dieses Handlungskonzept unbedingt erforderliche Handlungsspielräume ausgefüllt werden. Durch die Selbstbindung ergibt sich dann in einer nächsten Phase erneut die Frage nach der Bindungstreue, dann in Bezug auf den „fortgebildeten“ normativen Rahmen. Die Abwägungsentscheidung zwischen Handlungsfähigkeit und Bindungstreue und deren Konsequenzen, die wiederum zu einer Aufgabe der vorherigen Selbstbindung (Abweichen aus sachlichem Grund) führen kann, wiederholt sich.

Bei der *Privatisierung*, so viel wurde bereits gesagt, ist es nicht der bindende rechtliche Rahmen selbst, der sich verändert. Durch die Entscheidung für die formelle Privatisierung wählt die öffentliche Verwaltung lediglich einen anderen existierenden normativen Rahmen, namentlich den des Gesellschaftsrechts. Aufgrund der naturgemäß äußerst starken Rechtsbindung, der sich der Staat auch durch diese Wahl nur in geringem Umfang entziehen kann, mögen sich zwar unterschiedliche Voraussetzungen für auf die Privatisierung folgenden Funktionsfähigkeitsfragen ergeben. Im Ergebnis verbleibt es aber bei einer starken Bindung an den normativen Rahmen und die eigenen Entscheidungen. Zudem sind sich durch den zusätzlichen Regulierungs- und Gewährleistungsbedarf auf der Seite der Handlungsfähigkeit Nachteile erkennbar, die mögliche, geringfügige Vorteile in puncto Bindungstreue im Hinblick auf die Gesamtheit der Funktionsfähigkeit wiederum ausgleichen können.

Ein einigermaßen eindeutiger Befund ist bei der Anwendung des dichotomen Funktionsfähigkeitsansatzes bezüglich der Auswirkungen der beiden letztgenannten Handlungskonzepte auf die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung im Rahmen und mit der Methode dieser Arbeit, insbesondere ohne empirische Untersuchungen, nicht zu erwarten. Die Darstellungen des nachfolgenden Abschnitts konzentrieren sich daher zunächst auf das informale Verwaltungshandeln und die brauchbare Illegalität und damit auf die verhältnismäßig am stärksten akzentuierten Konzepte der beiden herangezogenen Fachgebiete.

4 Grenzen und ihre Einhaltung

Für die zuvor dargestellten und grob in das Funktionsfähigkeitsmodell eingeordneten Handlungskonzepte des informalen Verwaltungshandelns und der brauchbaren Illegalität konnte aufgezeigt werden, dass diese im Wesentlichen übereinstimmend im Dienste der Handlungsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung an deren Bindungstreue ansetzen und diese verringern. Damit erscheinen sie nach dem theoretischen Ansatz grundsätzlich geeignet, die Funktionsfähigkeit zu erhalten beziehungsweise zu verbessern. Eine weitere Funktionsfähigkeitsbedingung, die bereits bei der Herleitung des Modells anklang, ist der Erhalt eines verträglichen Mindestmaßes an Bindungstreue. Damit ist nicht gemeint, dass die Verwaltung bezüglich der Einhaltung von Gesetz und Recht nur ein „Mindestprogramm“ einhalten soll. Vielmehr kann von Funktionsfähigkeit im weiteren Sinne nach dem Ansatz nur dann gesprochen werden, wenn die Verringerung eines Bestandteils (hier: der Bindungstreue) nicht über ein gewisses Maß hinausgeht beziehungsweise die Bindungstreue nicht hinter einem bestimmten – oder: zu bestimmenden – Niveau zurückbleibt.

Das Ziel dieses Abschnitts ist es, sich den Grenzen der Handlungskonzepte über diese Annahme zu nähern. Diese Grenzen werden nicht allgemeingültig bestimmbar sein. Es sollen aber Rahmenbedingungen untersucht werden, die die Konzepte und damit auch den Raum für die Reduzierung der Bindungstreue seinerseits beschränken.

4.1 Grenzen informalen Verwaltungshandelns

Es wurde zuvor bereits festgestellt, dass informales Verwaltungshandeln inzwischen wohl weitüberwiegend als zulässig, ja sogar als für die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung erforderlich anerkannt wird. Doch wenngleich es außerhalb der Norm (im – *nomen est omen* – „informalen Bereich“) zu verorten ist, ist auch dieser Bereich kein rechtsfreier Raum.¹⁷²

4.1.1 Bedeutung des Tätigkeitsbereichs für die Bindungsintensität

In dem Funktionsfähigkeitsansatz ist die Bindungstreue zunächst ein in puncto Rechtskonformität umfassender Anspruch, der nicht zwischen den vielfältigen Tätigkeitsbereichen der öffentlichen Verwaltung unterscheidet. Das entspricht auch grundsätzlich dem Wortlaut der grundgesetzlichen Regelung („...an Gesetz und Recht gebunden“). Es erscheint jedoch für die Bewertung informalen Verwaltungshandelns sachgerecht – ja, durchaus erforderlich –, diese Indifferenz gegenüber den Betätigungsfeldern aufzugeben und von einer unterschiedlichen *Bindungsintensität* auszugehen. Eine höhere Bindungsintensität führt dann zu einer stärkeren Betonung der Bindungstreue für die Annahme der Funktionsfähigkeit des Verwaltungshandelns und *vice versa*.

¹⁷² Schmidt 1990, S. 498.

Die höchste Bindungsintensität besteht in diesem Ansatz bei hoheitlichen Aufgaben im Kernbereich der Daseinsvorsorge und in der Eingriffsverwaltung.¹⁷³ Eine Lockerung erfährt die Bindung bei begünstigendem und privatrechtlichen Verwaltungshandeln.¹⁷⁴ Dies wird insbesondere anhand des Gesetzesvorbehalts deutlich, der bei staatlichen Eingriffen in Rechtsgüter der Bürger stets eine entsprechende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich macht. Im Bereich der Leistungsverwaltung ist die Reichweite des Gesetzesvorbehalts zumindest umstritten.¹⁷⁵ Der Vorrang des Gesetzes gilt hingegen zwar unbedingt und uneingeschränkt.¹⁷⁶ Von einer verringerten Bindungsintensität soll jedoch etwa auch dann ausgegangen werden, wenn in einem Tätigkeitsbereich der öffentlichen Verwaltung relativ große Ermessens- und Beurteilungsspielräume gelten.¹⁷⁷

Der insgesamt bestehende Bindungsanspruch wird damit nicht aufgegeben. Die Grundrechte und rechtsstaatliche Prinzipien, namentlich der Anspruch auf rechtliches Gehör, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der Grundsatz der Wahrheit und Bestimmtheit des hoheitlichen Handelns bleiben als äußerer Rahmen und damit faktisch als „Mindestprogramm“ auch des „informalsten“ Verwaltungshandelns immer bestehen.¹⁷⁸ Die Annahme einer unterschiedlichen Bindungsintensität, insbesondere bezogen auf das einfachgesetzliche Recht sowie untergesetzliche Normen und Bindungen, erlaubt jedoch eine stärkere Differenzierung anhand der konkreten Funktion, Aufgabenstellung und Zielsetzung des Verwaltungshandelns.

Ein Exkurs in das Arbeitskampfrecht vermag zu verdeutlichen, worum es bei dieser funktionsorientierten Betrachtungsweise geht: Aus Art. 33 Abs. 5 GG leitet die Rechtsprechung das generelle Streikverbot für Beamte ab.¹⁷⁹ Getragen wird das Verbot insbesondere von der Zielsetzung der Funktionserhaltung der öffentlichen Verwaltung, dem beamtenrechtlichen Alimentationsprinzip¹⁸⁰ und der besonderen Treuepflicht des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn¹⁸¹, in erster Linie also von an den Beamtenstatus selbst anknüpfenden Erwägungen. In mehreren Entscheidungen, die Beamtenverhältnisse in der Türkei betrafen, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ein solches, statusbezogenes Streikverbot für mit Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unvereinbar

¹⁷³ So bereits Forsthoff 1961, S. 14 f.

¹⁷⁴ Schulze-Fielitz 2012, S. 829, § 12 Rn. 11.

¹⁷⁵ Grundlegend hierzu, statt vieler, Maurer 2011, S. 132 ff., § 6 Rn. 18 ff.

¹⁷⁶ Ebd., S. 123, § 6 Rn. 2.

¹⁷⁷ Zu dieser „Lockerung der Gesetzesbindung“, die auch mit einer Lockerung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle einhergeht, siehe Maurer 2011, S. 143, § 7 Rn. 6.

¹⁷⁸ Vgl. Ossenbühl 1987, S. 37; Maurer 2011, S. 452 f., § 17 Rn. 1.

¹⁷⁹ *BVerfG*, Beschluss vom 11.06.1958, BVerfGE 8, 1 (17); *dass.*, Beschluss vom 30.03.1977, BVerfGE 44, 249 (264); *BVerwG*, Urteil vom 16.11.1978, BVerwGE 63, 158 (161); *dass.*, Beschluss vom 19.09.1979, BVerwGE 53, 330 (331), *dass.*, Urteil vom 22.11.1979, BVerwGE 63, 293 (300 f.); *dass.*, Urteil vom 03.12.1980, BVerwGE 73, 97 (102); zuletzt noch *dass.*, Urteil vom 27.02.2014, NVwZ 2014, 736 (737) sowie *dass.*, Urteil vom 26.02.2015, NZA 2015, 505 (506); *BGH*, Urteil vom 16.06.1977, BGHZ 69, 128 (140 f.); *ders.*, Urteil vom 31.01.1978, BGHZ 70, 277 (281).

¹⁸⁰ Lindner 2011, S. 306.

¹⁸¹ Steinau-Steinrück/Sura 2014, S. 580.

erkannt.¹⁸² Das Bundesverwaltungsgericht geht, dieser Rechtsprechung folgend, nunmehr davon aus, dass ein Streikverbot „nur funktional, dh durch den Aufgabenbereich gerechtfertigt werden“ kann. Den Angehörigen des öffentlichen Dienstes (sowohl Beamten als auch Tarifbeschäftigten) können Arbeitskampfmaßnahmen nur dann untersagt werden, „wenn sie an der Ausübung von hoheitlichen Befugnissen zumindest beteiligt sind“.¹⁸³ Während das Streikverbot mangels gesetzgeberischer Intervention in der Bundesrepublik Deutschland nach wie vor gilt¹⁸⁴, bleibt es bei der durch die EMRK gebotene Abkehr von einer rein statusbezogenen und die Hinwendung zu einer aufgaben- beziehungsweise funktionszentrierten Einordnung im Bereich des öffentlichen Dienstrechts.¹⁸⁵

Dem soeben Ausgeführten kann für die vorliegende Arbeit ein funktionsabhängiges, unterschiedliches „Schutzniveau“ vor Beeinträchtigungen der öffentlichen Verwaltungstätigkeit entnommen werden. Diesem Ansatz folgend ist auch die Annahme einer unterschiedlichen Bindungsintensität in Abhängigkeit von der jeweiligen Handlungsform und dem Tätigkeitsbereich zulässig. Diese bestimmt bei dem Verhältnis zwischen Bindungstreue und Handlungsfähigkeit die Handlungsspielräume der öffentlichen Verwaltung auch in Bezug auf informales Handeln mit.

4.1.2 Demokratische Legitimation

Soweit die Verwaltung unzweifelhaft rechtmäßig handelt, füllt sie ihre verfassungsmäßig vorgesehene Rolle aus. Das Bundesverfassungsgericht fasst dies in einem allgemeinen Rechtssatz zusammen, nach dem „verfassungsmäßige Legalität zugleich demokratische Legitimität“ bedeutet, verfassungsmäßig vorgesehene Handlungen mithin keines zusätzlichen Legitimierungsakts bedürfen.¹⁸⁶ Soweit die öffentliche Verwaltung eindeutig rechtswidrig tätig wird, hat die Diskussion über demokratische Legitimation zwar noch akademischen, möglicherweise philosophischen Wert, verspricht jedenfalls aber keinen Erkenntnisgewinn hinsichtlich der hier zu erörternden, tatsächlich in Frage kommenden Handlungskonzepte.

4.1.2.1 Allgemeine Voraussetzungen demokratischer Legitimation

Die Voraussetzung der demokratischen Legitimation des Verwaltungshandelns ist bereits in Art. 20 Abs. 2 GG angelegt, wonach die – von dem Volk ausgehende – Staatsgewalt unter anderem durch besondere Organe der vollziehenden Gewalt ausgeübt wird. Für die Zwecke dieser Arbeit sind nicht die – allem staatlichen Handeln voraussetzende, grundsätzlich als gegeben anzunehmende¹⁸⁷ – institutionelle und funktionelle, auch nicht die personelle demo-

¹⁸² *EGMR*, Urteil vom 12.11.2008, NZA 2010, 1425; *ders.*, Urteil vom 21.04.2009, NZA 2010, 1423. Für die Arbeit benutzt wurden die an den vorstehenden Fundstellen abgedruckten, von *Jens Meyer-Ladewig* und *Herbert Petzold* übersetzten und bearbeiteten Texte.

¹⁸³ *BVerwG*, Urteil vom 27.02.2014, NVwZ 736 (740), Rn. 49.

¹⁸⁴ So zuletzt *BVerwG*, Urteil vom 26.02.2015, NZA 2015, 505 (506).

¹⁸⁵ Zusammenfassend zu einer möglichen Gesetzesänderung bis hin zur möglichen Abschaffung des Berufsbeamtentums siehe nur den Ausblick bei Kawik 2016, S. 219 ff.

¹⁸⁶ *BVerfG*, Urteil vom 16.02.1983, BVerfGE 62, 1 (43).

¹⁸⁷ *Sachs* in: *ders.*, GG Art. 20 Rn. 35.

kratische Legitimität¹⁸⁸ von Interesse. Für die Einordnung des Handelns der öffentlichen Verwaltung kommt es auf die sachlich-inhaltliche Legitimation an, die sich aus dem parlamentarischen Gesetz sowie Einwirkungs-, Weisungs- und Aufsichtsmöglichkeiten auf nachgeordnete Stellen ergeben kann.¹⁸⁹ „Ein unter rechtsstaatlichen und demokratischen Aspekten geordnetes Staatshandeln ist dabei durch eine vom Parlament ausgehende ununterbrochene Legitimationskette gekennzeichnet, durch die die Verwaltung in konditionaler Weise programmiert wird.“¹⁹⁰ „Ein Akt der Ausübung von Staatsgewalt muss über die Legitimationskette auf den Souverän zurückführbar sein, um Legitimität beanspruchen zu können.“¹⁹¹

Auf die Probleme einer rein konditionalprogrammierten Verwaltungstätigkeit wurde bereits vielfach hingewiesen. Demokratische Legitimation setzt demnach auch nicht Vollzugsautomatismus voraus. Die, um in dem zuvor in Anlehnung an *Hermann Hill* und *Karin Glaser* gezeichneten Bild zu bleiben, Legitimationskette darf zugleich aber nicht durch allzu große Verlagerungen von Programmentscheidungen auf die Exekutive zerrissen werden.

4.1.2.2 Demokratische Legitimation informalen Verwaltungshandelns

Insbesondere für die normersetzenden informalen Handlungen gilt daher, dass parlamentarische Rechte dadurch keinesfalls ausgehebelt werden dürfen.¹⁹² Dies mag in erster Linie auf der Regierungsebene zutreffen, wenn innerhalb einer Vereinbarung der Verzicht auf eine (dann den Erfolg erzwingende) Regelung per Gesetz¹⁹³ oder Verordnung zugesichert wird. Eine ähnliche Gefahr für das rechtlich vorgesehene Kompetenzgefüge ist aber etwa auch im kommunalen Bereich denkbar, wo Rechtssetzungsiniciativen (zum Beispiel für Satzungen)¹⁹⁴ in der Praxis von der operativen Verwaltungsebene ausgehen und vorangetrieben werden.¹⁹⁵

Würde im Rahmen generalklauselartig formulierter Gesetze der Rechtsetzungsauftrag letztlich weitgehend der Exekutive übertragen, „so würden die verfassungsrechtlichen Vorgaben geradezu auf den Kopf gestellt“.¹⁹⁶ Diese Einschätzung *Fritz Ossenbühls* lässt sich für die Frage der Grenze demokratischer Legitimation informalen Verwaltungshandelns möglicherweise so fruchtbar machen, dass diese immer dann zu hinterfragen ist, wenn durch das Ver-

¹⁸⁸ Zu diesen Legitimationsmerkmalen überblickhaft *Sachs* in: ders., GG Art. 20 Rn. 35 ff. m. w. N.

¹⁸⁹ *Sachs* in: ders., GG Art. 20 Rn. 41; Trute 2012, S. 350, § 6 Rn. 11 ff.

¹⁹⁰ Hill 1999, S. 139. Die Nähe dieser, wie *Hill* es benennt, ordnungsrechtlichen Vorstellung des öffentlichen Rechts zu *Niklas Luhmanns* Konditionalprogrammen ist schon begrifflich nicht zu leugnen.

¹⁹¹ Glaser 2013, S. 81.

¹⁹² Becker 1985, S. 1010.

¹⁹³ Zwar kann die Exekutive nicht unmittelbar Gesetze erlassen oder auf deren Erlass verzichten. Sie kann aber ein entsprechendes Handeln des Gesetzgebers herbeiführen (oder eben nicht) und ist insoweit in einer Machtposition, die ihr die „Durchsetzung“ einer alternativen Konsenslösung erlaubt (siehe nur das Beispiel bei Dreier 1993, S. 654, dort: erster Spiegelstrich).

¹⁹⁴ Siehe nur Hill/Martini 2012, S. 1052 f., § 34 Rn. 26.

¹⁹⁵ Vgl. Hegenbarth 1980, S. 132. Dieser verweist auf den Informationsvorrat der Verwaltung, den diese aus ihren Vollzugserfahrungen und ihrer Vollzugsnähe bezieht. Allgemein zu den „meist übersehenen“ Aufgaben der Verwaltung, zu denen auch die Gesetzesvorbereitung gehört, Maurer 2010, S. 594, § 18 Rn. 8.

¹⁹⁶ Ossenbühl 1987, S. 44.

waltungshandeln gesetzgeberische Aufgaben „miterfüllt“ werden. Das Problem der demokratischen Legitimation informalen Verwaltungshandelns und exekutiver Rechtsfortbildung, jeweils zu messen an den konkreten Fallgestaltungen, hat seinen Ursprung damit nicht (erst) in den Handlungen der Verwaltung selbst, sondern bereits in einer unzureichenden, unvollständigen gesetzgeberischen Betätigung.¹⁹⁷

4.2 „Unbrauchbarkeit“ als Grenze brauchbarer Illegalität

Eine sich bereits aus dem Begriff ableitende Voraussetzung *brauchbarer* Illegalität ist ihre Brauchbarkeit. Fehlt es einem in diesem Sinne illegalen Handeln hieran, kann es nicht mehr unter dem Konzept toleriert werden.

In dem dichotomen Funktionsfähigkeitsansatz ist die Brauchbarkeit immer dann zu verneinen, wenn die Maßnahme, die Regelabweichung, im konkreten Fall oder bezogen auf einen Handlungsbereich nicht zu einer Verbesserung der Funktionsfähigkeit beiträgt. Dies kann dann der Fall sein, wenn schon die Handlungsfähigkeit (die Funktionsfähigkeit im engeren Sinne) nicht positiv beeinflusst wird, etwa, weil durch die Illegalität die Autorität von Vorgesetzten untergraben, Innovation oder die Aufgabenerfüllung der Behörde verhindert wird.¹⁹⁸ Hingegen spielt die Bindungstreue für die Frage der Brauchbarkeit zunächst keine unmittelbare Rolle, da eine Verringerung der Bindungstreue bereits in dem Konzept der brauchbaren *Illegalität* angelegt ist. Gleichwohl kann es im Zuge der zuvor angerissenen Beeinträchtigung der Handlungsfähigkeit der Organisation auch zu einer zumindest indirekt bindungstreuelevanten Unbrauchbarkeit kommen, wenn die Handlungsfähigkeit bis zu einer Nichterfüllung gesetzlicher Aufgaben unterwandert wird. Dann ist die Illegalität nicht brauchbar, weil sie nicht mehr der Sache, sondern allenfalls anderen Zwecken dient, die Regelabweichungen aus Sicht der öffentlichen Verwaltung nicht zu rechtfertigen vermögen.

Wenn sich auch aus dem Konzept der brauchbaren Illegalität selbst noch keine absolute Grenze der Regelabweichung ableitet, heißt das nicht, dass diese schrankenlos ist. Neben den moralischen Grenzen, die bereits aufgegriffen wurden, ist bezüglich der öffentlichen Verwaltung auch im Konzept der brauchbaren Illegalität insoweit eine absolute Begrenzung angelegt, als die Einhaltung rechtsstaatlicher und demokratischer Mindeststandards in jedem Fall dem Organisationszweck und der Stellung der Verwaltung immanent ist. Wenn Brauchbarkeit mit der Verfolgung dieses Zwecks verknüpft ist, muss auch (spätestens) die Überschreitung dieser äußeren Grenzen zur Unbrauchbarkeit der jeweiligen Handlung führen.

4.3 Zwischenergebnis: Zusammenführung der Erkenntnisse

Wie bereits zuvor bei der Zusammenführung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen und soziologischen Verwaltungsbegriffe¹⁹⁹ zeigt sich auch bei den für die hiesige Darstellung aus-

¹⁹⁷ Zu den Anforderungen an den Gesetzgeber siehe auch die Ausführungen in Abschnitt 2.1.2.1 a. E.

¹⁹⁸ Mayntz 1985, S. 114.

¹⁹⁹ Siehe oben Abschnitt 2.4.

gewählten Handlungskonzepten und deren Grenzen eine große Schnittmenge. Der anfangs eingeführte dichotome Funktionsfähigkeitsansatz vermag diese Überschneidungen noch deutlicher herauszustellen.

Sowohl das informale Verwaltungshandeln als auch die (ebenfalls dem Bereich der Informalität angehörende) brauchbare Illegalität können der Funktionsfähigkeit der Verwaltung dienlich sein, sind aber absoluten Beschränkungen unterworfen. Mit der Bindungsintensität wurde eine zusätzliche Dimension herausgearbeitet, die überhaupt erst die Annäherung an variable, ziel- und funktionsabhängige Grenzen der Handlungsspielräume der öffentlichen Verwaltung ermöglicht.

Es wird nach alledem vorgeschlagen, das Attribut der Brauchbarkeit, welches der brauchbaren Illegalität entstammt und dort, wie soeben aufgezeigt, als „Unbrauchbarkeit“ die Verträglichkeitsgrenze auch im Hinblick auf den Funktionsfähigkeitsansatz darstellt, auf das informale Verwaltungshandeln zu übertragen. Auch informales Verwaltungshandeln – schlussendlich jedes Handeln – muss in diesem Sinne brauchbar, das heißt dem Ganzen, letztlich der Funktionsfähigkeit dienlich sein, um seine Berechtigung zu haben.

4.4 Korruption

In dieser Arbeit geht es, soweit dies überhaupt einer gesonderten Erwähnung bedarf, nicht um Korruption. Das wird schon dadurch deutlich, dass bereits zu Beginn der Ablehnung offensichtlich illegaler, strafrechtlich zu sanktionierender Handlungen ein eigenes Bekenntnis gewidmet wurde.²⁰⁰ Es erscheint aber nun doch erforderlich, etwas zu diesem Thema auszuführen.

Gunnar Folke Schuppert bezeichnet Korruption als „einen Prozess einer schleichenden Informalisierung“.²⁰¹ Damit scheidet er zunächst einzelne Regelverletzungen aus dem Begriff aus, nimmt aber „das Aufeinandertreffen von zwei unterschiedlichen Regelsystemen, nämlich der ‚offiziellen‘ Rechtsordnung auf der einen Seite und einem informalen Regelsystem auf der anderen Seite“ ausdrücklich in die Definition auf.²⁰² Würde man dieser Argumentation folgen, wäre – von zu vernachlässigenden Einzelfällen abgesehen – informales Verwaltungshandeln per se korruptionsverdächtig und damit letztlich als Handlungskonzept unbrauchbar.²⁰³

Die Einordnung greift aber zu kurz und ist daher in ihrer Absolutheit abzulehnen. Sie lässt wesentliche Merkmale des Korruptionsbegriffs außer Acht, nämlich insbesondere den „Missbrauch einer besonderen Vertrauensstellung“ sowie das Abzielen auf die Erlangung eines ma-

²⁰⁰ Siehe oben Abschnitt 1.4.

²⁰¹ Schuppert 2011, S. 165.

²⁰² Ebd., S. 151.

²⁰³ Es ist zweifelhaft, ob *Schuppert* selbst so weit gehen würde, konstatiert er doch am Ende seiner Arbeit, der formale Rechtsstaat sei „eingebettet in ein Meer von Informalität“ (Schuppert 2011, S. 183).

teriellen oder immateriellen Vorteils.²⁰⁴ Selbst in der von *Schuppert* zitierten²⁰⁵ Untersuchung von *Stulhofer u. a.* ist neben dem Rechts- beziehungsweise Regelverstoß immer auch ein Vorteilsaspekt („rewards“, „benefits“ oder „accumulation of wealth“) Bestandteil der Korruptionsdefinition.²⁰⁶

Die vorstehend ausführlich dargestellten Beweggründe für Regelabweichungen („im Dienste der Sache“) sowie die Grenzen der hier zusammengetragenen Handlungskonzepte zeichnen ein differenzierteres Bild, als es mit einer bloßen Abgrenzung zwischen *formal* und *korrupt* möglich und auch sinnvoll ist. Korruption ist, und das unterscheidet sie grundlegend von den zuvor betrachteten Handlungsansätzen, niemals *funktional*, niemals *brauchbar*. Sie dient den Interessen Einzelner, jedoch nicht der Integrität und Funktionserhaltung des Ganzen, der Organisation, der Behörde, der öffentlichen Verwaltung – sie schädigt sie, ihre Außenwahrnehmung und die durch sie und mit ihr verfolgten legitimen Ziele und Interessen.²⁰⁷

Übertragen auf das Funktionsfähigkeitsmodell liegt in Korruption eine Verringerung der Bindungstreue (einzelfallbezogen oder systematisch), ohne dass sich dies in einem Erhalt oder einer Verbesserung der Handlungsfähigkeit niederschlägt. Denn Korruption „lähmt die öffentliche Verwaltung“.²⁰⁸ Sie führt mithin in der Summe zu einem Weniger an Funktionsfähigkeit.

Es ist *Schuppert*, bei aller Kritik, grundsätzlich darin zuzustimmen, dass informale Strukturen das Potential aufweisen, formalrechtliche Strukturen „ihrer Wirksamkeit zu berauben“.²⁰⁹ Bei der Bekenntnis zu der Existenzberechtigung eines Bereichs außerhalb streng formaler Strukturen und Instrumente und dem Agieren der Verwaltung innerhalb dieses Bereichs sind daher zwei „Schutzmechanismen“ erforderlich:

- Das Bewusstsein, dass Informalität, insbesondere informale Strukturen, Korruption mehr Raum geben, als rein formales Handeln innerhalb konditionalprogrammierter, normfolgender Verfahren und Entscheidungsprozesse.²¹⁰ Manifestieren sich zusätzliche Handlungsspielräume, die der öffentlichen Verwaltung gewährt werden, in einer Verringerung der Bindungstreue, vergrößert sich hiernach zugleich der Spielraum für eine Abkehr oder zumindest Fehlinterpretation von Handlungsfähigkeitserwägungen zugunsten eigennütziger Motive.

²⁰⁴ Statt vieler Grützner/Jakob 2015, o. S., Stichwort „Korruption“.

²⁰⁵ Schuppert 2011, S. 151.

²⁰⁶ Stulhofer u. a. 2008, S. 10 f.

²⁰⁷ Vgl. Wolf 2014, S. 76.

²⁰⁸ So die damalige *Bundesregierung* in ihrer Antwort auf eine Kleine Anfrage (BT-Drs. 13/8277 vom 17.07.1997) und – wortidentisch – *Weltbank* und *Internationaler Währungsfonds (IWF)* in einer Erklärung anlässlich ihrer Jahrestagung vom 23.09.1997 (hier zitiert nach Bannenberg/Schaupensteiner 2007, S. 14).

²⁰⁹ Schuppert 2011, S. 165.

²¹⁰ Die Sensibilisierung für Korruptionspotenziale muss bei den Mitarbeitern vorhanden sein beziehungsweise durch gezielte Maßnahmen geschaffen werden, vgl. hierzu Bekemann 2007, S. 24 f.

- Die jederzeitige Beibehaltung eines Mindestmaßes an Transparenz und Dokumentation auch im informalen Bereich. Dies folgt der Prämisse, dass Transparenz der „Todfeind der Korruption“ ist.²¹¹

²¹¹ Bannenberg/Schaupensteiner 2007, S. 223.

5 Management von Regelabweichungen

Wenn nun bis zu diesem Punkt der Untersuchung herausgearbeitet wurde, dass

- Regelabweichungen im Sinne einer einzelfall- oder fallgruppenbezogenen und situativen Reduzierung der Bindungsintensität durch die öffentliche Verwaltung im Interesse einer besseren Handlungsfähigkeit und folglich einer erhaltenen oder verbesserten Funktionsfähigkeit des Verwaltungshandelns vertretbar sein können und
- Handlungskonzepten, die derlei Regelabweichungen beinhalten und institutionalisieren, Grenzen gesetzt sind und sein müssen, um das Verwaltungshandeln nicht in dem Maße ad absurdum zu führen und letztlich absolut und unhaltbar zu illegalisieren, wie es in dem weiten Funktionsfähigkeitsverständnis angelegt ist,

dann stellt sich die Frage, wie die Einhaltung der Grenzen in der Verwaltungspraxis sichergestellt werden kann. Dieser Herausforderung stellt sich der letzte Abschnitt der Untersuchung, der dem Management von Regelabweichungen gewidmet ist.

5.1 Erforderlichkeit eines Managements von Regelabweichungen

Um die Erforderlichkeit eines Managements von Regelabweichungen verdeutlichen und überhaupt erfassen zu können, muss man sich einer Gegebenheit bewusst werden, die in dieser Arbeit hin und wieder anklang, jedoch aufgrund ihrer schlicht nicht befriedigenden Greifbarkeit, ihrer nur wenig explizierten Existenz nur schwerlich systematisch zu erfassen ist: Dass Informalität existiert, dass Regelabweichungen existieren und dass sowohl Informalität als auch Regelabweichungen brauchbar, das heißt im Sinne des Organisationszwecks dienlich sein können, wird als weithin akzeptiert gelten können. Gleichzeitig fristen entsprechende Handlungskonzepte ein Schattendasein. Man kann sogar so weit gehen zu sagen, dass Informalität auch rund 35 Jahre nach ihrer „Entdeckung [...] durch die Verwaltungsrechtswissenschaft“²¹² weitestgehend der „Schmuddelecke“ des Verwaltungshandelns, der, so *Carl-Eugen Eberle*, „Dunkelkammer des Rechtsstaats“²¹³ zugerechnet wird.

Weniger plakativ ist festzustellen, dass brauchbare Regelabweichungen zwar notgedrungen geduldet, mit Blick auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aber in den Bereich des Unerwünschten abgedrängt werden.²¹⁴ Mit dem Unerwünschten möchte man sich lieber nicht befassen. In der Psychoanalyse nennt man diese Reaktion *Verdrängung*. (Ihre Existenz gilt heute jedoch als zweifelhaft.)²¹⁵ Ebenso problematisch erscheint es, ein in Teilen funktionsfähigkeits- und letztlich existenzsicherndes Instrument der Verwaltungspraxis²¹⁶

²¹² Fehling 2012, S. 1460, § 38 Rn. 3 unter Hinweis auf Böhne 1981.

²¹³ Eberle 1984, S. 463, auch unter Hinweis auf das „Zwielicht brauchbarer Illegalität“.

²¹⁴ Vgl. hierzu Stelkens 2011, S. 281, der eine ähnliche Ausgangssituation zum Zeitpunkt der Aufnahme der Regelungen über den öffentlich-rechtlichen Vertrag in das VwVfG beschreibt.

²¹⁵ Myers 2014, S. 563, 872.

²¹⁶ Für eine Aufnahme des informellen Verwaltungshandelns in die „Instrumentenwahl“ der öffentlichen Verwaltung Fehling 2012, S. 1516, § 38 Rn. 122.

nicht als solches anzuerkennen sondern „auf eine Funktion allenfalls als Notanker“ zu reduzieren²¹⁷ und somit von vornherein einer es ordnenden Steuerung zu entziehen.²¹⁸ Letztlich bedeutet dies nichts anderes, als Entscheidungen auch in hochsensiblen Lebensbereichen des Bürgers in informale, zur Intransparenz neigende Sphären zu entlassen.²¹⁹ Und während von einer Führungskraft in der öffentlichen Verwaltung erwartet wird, sich auch mit der Sinnhaftigkeit, der Brauchbarkeit von Regelabweichungen und -verstößen auszukennen²²⁰, benimmt man sich der Chance, dieses Handwerkszeug zum Gegenstand einer systematischen Ausbildung zu machen²²¹.

5.2 Ansätze für ein sinnvolles Management von Regelabweichungen

Man könnte diese abschließenden Ausführungen auch mit „Ansätze für ein *brauchbares* Management von *brauchbaren* Regelabweichungen“ überschreiben. Wie bis hierhin festgestellt wurde, ist Funktionsfähigkeit in dem hier verstandenen, doppelten Sinne durch brauchbares Handeln zu erreichen. Es ist also nur folgerichtig, diese Anforderung auch an ein Management von Regelabweichungen zu stellen.

Es können an dieser Stelle und im Rahmen dieser Arbeit nur erste Ansätze entwickelt werden, in welcher Weise ein Management von Regelabweichung in der öffentlichen Verwaltung implementiert werden kann. Diese Ansätze erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit und bedürfen weiterer Untersuchungen.

²¹⁷ Ebd., S. 1520, § 38 Rn. 132.

²¹⁸ So wohl auch Hill 2011, S. 356 f., der angesichts – unter anderem – „insgesamt turbulenter und unsicherer Natur- und Lebensverhältnisse“, die „das Recht und die Verwaltung weiterhin herausfordern“ seinerseits eine größere „Regelungsbreite“ des VwVfG fordert.

²¹⁹ Eine Führungskraft in einer großen Kommunalverwaltung äußerte sich im Rahmen eines – informellen – Gesprächs über das Thema und die Erkenntnisse dieser Arbeit folgendermaßen (keine wortgetreue Wiedergabe): „In einer Situation, in der die Abweichung von Regelungen im Raum steht und ich in der Entscheidungsverantwortung bin, liegt es an mir als Einzelperson, als Führungskraft, über Abweichung oder Einhaltung zu entscheiden. Wer oder was legitimiert mich zu dieser Entscheidung? Wie komme ich dazu, eine solche Entscheidung zu treffen? Was befähigt mich dazu? Aber wen sollte ich fragen?“

Dieses, freilich keineswegs repräsentative, Einzelbeispiel zeigt ein grundsätzliches Dilemma auf: In der konkreten Entscheidungssituation treffen mehrere instabile Faktoren aufeinander, namentlich eine zwingend („irgendwie“) zu lösende fachliche Aufgabe; Regelungen, die für den konkreten Fall keine oder mehrere widersprüchliche, allesamt unbefriedigende Lösungen anbieten; eine Führungskraft mit der sowohl fachlichen Zielverantwortung (Stichwort: *Handlungsfähigkeit*) als auch der Aufgabe, die – für den konkreten Fall als untauglich festgestellten – Regelungen anzuwenden (Stichwort: *Bindungstreue*), die zugleich eine Einzelperson mit eigenen Wertvorstellungen, Zielen, Erfahrungen, einer Erziehung und Ausbildung ist und die keine demokratische Legitimation in Bezug auf die ihr in die Hand gegebene Entscheidung für oder gegen die Regelabweichung beziehungsweise für oder gegen die Lösung der Fachaufgabe besitzt.

Überträgt man ein solches Szenario auf beliebige Situationen in beliebigen Entitäten der öffentlichen Verwaltung, so zeigt sich, dass beinahe alle genannten Faktoren variabel und im Zuge einer abstrakt-theoretischen Betrachtung unvorhersehbar sind, namentlich die zu lösende Aufgabe, die Führungskraft und die wiederum ihre Handlungen bestimmenden Einflussfaktoren. Als einigermaßen Konstant können lediglich der absolute Geltungsanspruch der Regelung und der Legitimationsmangel angesehen werden.

²²⁰ Luhmann 2016, S. 40 f.

²²¹ Vgl. Hill 2011, S. 356.

5.2.1 (Re-) Formalisierung des Informalen?

Diese Herangehensweise hilft auch dabei, eine auf den ersten Blick zielführende Strategie als wenig hilfreich zu entlarven: Denkbar ist es, brauchbares informales Verwaltungshandeln vollends zu legalisieren und zugleich zu legitimieren, indem man es unter dieselben (verfahrens-) rechtlichen Normen stellt, wie jedes formale Verwaltungshandeln. Damit würde man den Anspruch des Informalen, eine probate Handlungsform der öffentlichen Verwaltung zu sein, positivieren.²²² Während damit die zuvor geäußerten Bedenken einer Verdrängung der untersuchten Handlungskonzepte in einen wenig durchschaubaren Rand- beziehungsweise Graubereich ihre Erledigung fänden, wäre mit einer solchen Verrechtlichung im Hinblick auf den Funktionsfähigkeitsansatz wenig gewonnen. Es ginge, so auch *Fehling*, die Flexibilität als Kernelement informalen Verwaltungshandelns verloren. Die Folge wäre die Herausbildung noch intransparenterer – potenziell also noch weniger handhabbarer – Handlungsweisen.²²³ Bereits *Niklas Luhmann* stellt zu der möglichen Vermeidung von brauchbarer Illegalität fest, diese „wäre nur zu vermeiden, wenn man die entgegengesetzten Notwendigkeiten in die Normordnung inkorporierte und diese so elastisch formulierte, dass sie gegensätzliche Verhaltensweisen deckte“.²²⁴ Eine komplexe Rechtsordnung, die derartiges leistet, zugleich die erforderliche Bestimmtheit einhält und Raum für Anpassungen und Innovationen, nicht aber für Illegalität und Informalität belässt, dürfte kaum realisierbar sein.

Wenn aber die Formalisierung oder „Re-Formalisierung“²²⁵ keine sinnvolle Möglichkeit des Umgangs mit Regelabweichungen ist, bleibt es letztlich bei einem Rest an (brauchbarer) Informalität. Dieser Anspruch muss bei der Implementierung eines Managements berücksichtigt werden.

5.2.2 Verortung eines Managements von Regelabweichungen

Ein Ansatzpunkt, der zuvor im Zuge eines kleinen Exkurses²²⁶ benannt wurde, ist die (demokratische) Legitimation von Informalitätsentscheidungen. Letztlich geht es in dem aufgezeigten, nicht-repräsentativen Einzelbeispiel um die Instrumentenwahl als Ermessensentscheidung, wie sie auch *Fehling*²²⁷ thematisiert. Wenn es um die Legitimation dieser Entscheidung für oder gegen Informalität, für ein Mehr oder Weniger an Bindungstreue geht, schließt sich die Frage auch nach der Verortung eines Managements von Regelabweichungen der öffentlichen Verwaltung an.

²²² So im Ergebnis Ossenbühl 1987, S. 48, demzufolge „informelles Verwaltungshandeln [...] wieder in die Form des Rechts eingefangen“ werden müsse.

²²³ *Fehling* 2012, S. 1502, § 38 Rn. 89 m. w. N.

²²⁴ *Luhmann* 1999, S. 312.

²²⁵ *Fehling* 2012, S. 1502, § 38 Rn. 89.

²²⁶ Siehe vorstehend Fn. 219.

²²⁷ *Fehling* 2012, S. 1520, § 38 Rn. 131.

Im Wege einer ersten Annäherung soll die Implementierung in der Horizontalen geprüft werden. Hier wäre zunächst eine Anknüpfung an die gerichtliche Kontrolle bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit denkbar. Dies kann aus mehreren Gründen als unbrauchbar verworfen werden:

- Das Management von Informalität ist Folge einer Anerkennung der (brauchbaren) Informalität als legitimes Handlungsinstrument der öffentlichen Verwaltung. Es liefe ins Leere, würde man bei der Beurteilung der informalen Tätigkeit die exakt selben Prüfungsmaßstäbe anlegen, wie bei rein formalem Verwaltungshandeln.²²⁸ Andererseits ist es schwer vorstellbar, dass die Verwaltungsgerichte zwei unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe je nach Qualifizierung des Verwaltungshandelns als formal oder informal anlegen können.
- Die gerichtliche Kontrolle ist auf eine Betrachtung *ex post* ausgelegt.²²⁹ Das Management brauchbarer Regelabweichungen muss hingegen bereits im Vorfeld des Verwaltungshandelns ansetzen und dieses auch begleiten.²³⁰ Im Nachhinein ist allenfalls etwa an Evaluationsaufgaben zu denken.
- Verwaltungsgerichte befassen sich mit Einzelfällen. Die Managementaufgabe bezüglich Regelabweichungen der öffentlichen Verwaltung muss fallübergreifend wirksam werden, um den Umgang mit Informalität innerhalb der Verwaltung insgesamt beeinflussen zu können.

Erscheint nach alledem die Judikative für die Übernahme derlei Managementaufgaben ungeeignet, weil diese ihrem originären Aufgabenbereich derart fremd ist²³¹, verbleiben noch der Gesetzgeber und die Exekutive selbst als mögliche Aufgabenträger übrig.

Aus dem bisher Gesagten kann bezüglich der Rolle der Gesetzgebung für ein Management von Regelabweichungen mehreres abgeleitet werden:

²²⁸ Das hieße, einmal mehr einseitig die Bindungstreue in den Blick zu nehmen und die Handlungsfähigkeit zu vernachlässigen. So auch die Einschätzung bei Hegenbarth 1980, S. 145: „Die Grenzen eines jeden Rechtsschutzsystems sind allerdings offensichtlich. Erreicht werden kann der Schutz von verbrieften Rechtspositionen, nicht aber die Erfolgskontrolle des Verwaltungshandelns.“

²²⁹ Hegenbarth 1980, S. 145. Zur grundsätzlichen Unzulässigkeit vorbeugenden Rechtsschutzes *von Albedyll* in: Bader, Vor §§ 40 ff. Rn. 34.

²³⁰ Zu den Aufgaben von Managementsystemen in Organisation zählen im Allgemeinen neben der Kontrolle und der Erhaltung der Handlungsfähigkeit etwa auch die Koordination und die Anpassung an die Organisationsumwelt (vgl. zusammenfassend Bamberger/Wrona 2012, S. 236 f.). Diese Funktionen können nicht aus der Perspektive einer reinen Rückschau wahrgenommen werden. Sie haben dauerhaften, begleitenden und alle Aufgabenerfüllung umfassenden Charakter (vgl. Hopp/Göbel 2013, S. 13).

²³¹ Dem Verwaltungsrechtsweg kommt, gerade im Zusammenhang mit dem dichotomen Funktionsfähigkeitsansatz, gleichwohl eine wichtige Rolle zu. Wie *Pietzcker* anmerkt, ist das Verwaltungsgericht der – erforderliche – neutrale Dritte, der einen Ausgleich schafft zwischen dem Bürger auf der einen und der Verwaltung auf der anderen Seite. Er führt eine dem Funktionsfähigkeitsansatz sehr ähnliche Doppelrolle der Verwaltung aus, die gerade die Erfordernis des Regulativs der Verwaltungsgerichtsbarkeit bedingt: Zum einen beansprucht die öffentliche Verwaltung im Vergleich zu den Gerichten eine größere demokratische Legitimation (dies wurde hier im Zusammenhang mit der Bindungstreue diskutiert). Hinzu kommt bei *Pietzcker* (und dies umschreibt nichts Anderes als den Handlungsfähigkeits-Aspekt) die „Perspektive einer zielorientierten und auch machtbewussten Verwaltung, die eigene, d. h. auch Selbsterhaltungsinteressen verfolgt“. (Zu alledem *Pietzcker* 2001, S. 98.)

- Ist der Gesetzgeber nach objektiven Maßstäben seinem verfassungsrechtlichen Auftrag vollumfänglich nachgekommen, hat er – soweit erforderlich – die der Verwaltung verbleibenden Handlungsspielräume bereits „mit voller Absicht“ abschließend definiert und im Rahmen der Rechtsetzung positiviert.²³² Ein zusätzlicher Handlungsbedarf für den Gesetzgeber (im Nachgang des Gesetzgebungsprozesses) ist dann nicht mehr ersichtlich.
- Bestehen Handlungserfordernisse für die öffentliche Verwaltung im Informalen „unbeabsichtigt“, zum Beispiel aufgrund von Sachverhalten die von den Normen nicht oder nur unzureichend erfasst werden oder resultierend aus einer nicht handhabbaren Überregulierung, wurde die gesetzgeberische Aufgabe unzureichend erfüllt.²³³ Die Folgen und Folgeprobleme dieses Defizits für die Zukunft zu beseitigen beziehungsweise zu lösen, ist (nach wie vor) originäre gesetzgeberische Aufgabe. Dem Gesetzgeber bei Erkennen solcher Defizite neben seinem eigentlichen Auftrag noch eine Managementrolle zuzuordnen, erscheint überflüssig. (Der Aspekt der Defiziterkennung soll gleich noch einmal aufgegriffen werden.)
- Der Gesetzgeber wäre mit der kontinuierlichen Begleitung, Prüfung und Führung der Verwaltung schon aufgrund deren Größe und Komplexität überfordert.²³⁴

Schließlich bleibt im Gefüge der horizontalen Gewaltenteilung nur noch die Möglichkeit, das Management von Regelabweichungen in der Exekutive selbst anzusiedeln. Das ist, ergänzend zu dem Ergebnis des soeben vorgenommenen Ausschlussverfahrens, auch nur folgerichtig. Wie anhand des Funktionsfähigkeitsansatzes gezeigt wurde, gehört die Erhaltung der Funktionsfähigkeit, soweit sie die Ausführung (den Kernbetätigungsbereich der Exekutive) betrifft, offenkundig zu den Aufgaben der Exekutive selbst.²³⁵

Für die Implementierung eines solchen Managements von Regelabweichungen in der Verwaltung – dies kann eine besondere Verwaltungseinheit oder eine übergeordnete Stelle oder Aufsichtsbehörde sein²³⁶ – wird ein gewisses Maß an Selbstüberprüfungs- und Selbstregulierungsfähigkeit erforderlich sein. Doch auch dieser Aspekt ist innerhalb der öffentlichen Verwaltung nicht neu. Genannt seien nur das verwaltungsrechtliche Vorverfahren (§ 68 ff. VwGO), sowie als konkrete Stellen der Selbstregulierung und -prüfung der Bundesrechnungshof (eine oberste Bundesbehörde, § 1 S. 1 des Gesetzes über den Bundesrechnungshof – BRHG), die Rechnungsprüfungsämter der Länder (beispielhaft der Hessische Rechnungshof, eine oberste Landesbehörde nach § 1 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes über den Hessischen Rechnungshof – HRHG)

²³² Schulze-Fielitz 1992, S. 251.

²³³ Vgl. ebd.

²³⁴ Vgl. Scharpf 1970, S. 60; Hegenbarth 1980, S. 144.

²³⁵ So im Ergebnis auch Hegenbarth 1980, S. 142.

²³⁶ Zur Bedeutung von „Distanz“ für die Kontrolle, aber auch zur Möglichkeit der Selbstkontrolle und einer begleitenden Kontrolle siehe Schmidt-Aßmann 2001, S. 10 f., wengleich vorliegend ein Management gefordert wird, welches über die bloße Kontrolle hinausgeht, diese gleichwohl beinhalten muss.

und – zum Beispiel in Hessen – der Gemeinden (§§ 129 ff. der Hessischen Gemeindeordnung – HGO). Nimmt man erneut das Vergaberecht als Beispiel, so werden auf Bundes- und Landesebene Vergabekammern und damit die ersten Instanzen für Vergabenachprüfungsverfahren innerhalb der Exekutive eingerichtet.²³⁷ Erst die zweite Instanz, die so genannte Beschwerdeinstanz, ist dann bei den Oberlandesgerichten angesiedelt (§ 116 Abs. 3 GWB; § 171 Abs. 3 GWB n. F.).

Das Management von Regelabweichungen der Verwaltung gehört demnach in die Verwaltung. Da sich Regelabweichungen, wie gezeigt wurde, auch aus Unvollständiger oder ungeeigneter Gesetzgebung ergeben können, kann aber eine Rückkopplungsmöglichkeit zur Legislative sinnvoll sein, um an der Evaluation der zugrundeliegenden Normen mitzuwirken und Nachsteuerungen zu ermöglichen.

5.2.3 Inhaltliche Vorgaben für ein Management von Regelabweichungen

Noch weniger greifbar als dessen Verortung im Gefüge der öffentlichen Verwaltung erscheinen aus heutiger Sicht die konkreten Aufgaben eines Managements brauchbarer Regelabweichungen. Erste Ansätze solcher inhaltlichen Vorgaben für die Tätigkeit dieses Managements finden sich bei *Stefan Kühl*.²³⁸ Es kann sich einerseits nicht darauf beschränken, nur brauchbares Abweichen zu regeln und unbrauchbares, schädliches Handeln zu ignorieren. Andererseits verspricht die Etablierung einer zusätzlichen Compliance-Einheit ebenso wenig Erfolg, da es gerade nicht um die strikte Regeleinhaltung, sondern um den Umgang mit Regelabweichungen geht. Die Aufgabe des Managements von Regelabweichungen, von brauchbarer Informalität, von brauchbarer Illegalität ist es daher zunächst, die Notwendigkeit solcher Handlungsweisen anzuerkennen und die in der Folge innerhalb der Organisation herausgebildeten Strukturen und Handlungsmuster zu erheben und aufzubereiten. Erst danach kann eine Festlegung erfolgen, welche Regelabweichungen „akzeptiert und erwartet werden und welche zu weit gehen“²³⁹.

Die Konzeption eines Managements brauchbarer Regelabweichungen muss sich in diesem Kontext (wenigstens) zwei Herausforderungen stellen: Einmal gilt es, die von *Luhmann* als nachteilige Erfordernis formulierte Verborgenheit von (auch brauchbarer) Illegalität²⁴⁰ durch

²³⁷ § 106 GWB, künftig § 158 GWB n. F. nach Art. 1 VergModG, BGBl. I, S. 203 (225), gültig ab dem 18.04.2016. Während sich die Verortung der Vergabekammern des Bundes bei dem Bundeskartellamt unmittelbar aus dem GWB ergibt, sind etwa für Hessen die Vergabekammern bei dem Regierungspräsidium Darmstadt eingerichtet worden, § 1 Abs. 1 der Verordnung über die Vergabekammern vom 18.06.1999, GVBl. I, S. 318.

Vergabekammern sind demnach keine Gerichte nach deutschem Recht (*OLG Naumburg*, Beschluss vom 31.01.2011, BeckRS 2011, 04404; *OLG Rostock*, Beschluss vom 02.07.2008, ZfBR 2008, 828 (830); *OLG Celle*, Beschluss vom 04.05.2001, NZBau 2002, 53 (54)) sondern Verwaltungsbehörden (*Dreher* in: Immenga/Mestmäcker, GWB § 114 Rn. 64; *Landsberg* in: Pünder/Schellenberg, GWB § 102 Rn. 5). Dass der EuGH nach unionsrechtlicher Betrachtung Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art. 267 AEUV der deutschen Vergabekammern für zulässig erachtet (*EuGH*, Urteil vom 18.09.2014, Rs. C-549/13, juris, Rn. 21 ff.), ändert hieran nichts.

²³⁸ Zum Folgenden daher Kühl 2015, S. 6.

²³⁹ Ebd.

²⁴⁰ Luhmann 1999, S. 313.

die Schaffung von Transparenz zu entschärfen. Des Weiteren gilt es, die in (auch brauchbarem) informalem Handeln potenziell sich ergebenden Brüche zwingender Grundrechte und Rechtsgrundsätze²⁴¹ zu vermeiden.

Überträgt man diese – freilich noch zu konkretisierende – Anforderungsbeschreibung auf die öffentliche Verwaltung und nimmt man die Vielgestaltigkeit der Verwaltungsaufgaben hinzu, wird man zu dem Ergebnis kommen müssen, dass ein Management brauchbarer Regelabweichungen, zumindest aber die Festlegung der Grenze zwischen brauchbarer und unbrauchbarer Informalität und Illegalität, sich immer nur auf einzelne Verwaltungseinheiten, Aufgabenbereiche oder gar Fallgruppen beziehen kann. Die Systematisierung von Regelabweichungen kann nach alledem weder gleichgesetzt werden mit einer (Re-) Formalisierung, noch mit einer absoluten Grenzziehung, die ein für alle Mal Gültigkeit beansprucht.²⁴²

²⁴¹ Vgl. Schulze-Fielitz 1992, S. 245 f.

²⁴² Bezüglich der Abhängigkeit solcherlei Grenzziehungen von dem herrschenden Zeitgeist, von gesellschaftlichen und politischen Entwicklungen, sei abschließend noch einmal auf den kurzen Exkurs zu dem Umgang mit Recht in der Zeit des Nationalsozialismus – oder: zu dem Umgang des Rechts mit dem Nationalsozialismus – (oben Fn. 57) verwiesen.

6 Fazit und Ausblick

Die eingangs bemühten Volksweisheiten und Totschlagargumente wurden bereits als wenig hilfreich für das Verstehen von Verwaltungshandeln, formal wie informal, legal wie illegal, entlarvt. Vielleicht kann ein anderer Ausspruch aus dem Volksmund die Ergebnisse der Arbeit treffender umreißen:

„Außergewöhnliche Situationen erfordern außergewöhnliche Maßnahmen.“

Anhand eines aus mehreren Disziplinen gewonnenen, zusammengeführten Blicks auf die Verwaltung konnte vorliegend mit dem dichotomen Funktionsfähigkeitsansatz ein theoretisches Modell herausgearbeitet werden, mit dem sich eine funktionsfähige Verwaltung beschreiben lässt. Es ist dies eine Forderung, die sich bereits aus den elementaren verfassungsrechtlichen Prinzipien verpflichtend ergibt, die die Grundlage von Staat und Gesellschaft bilden. Mit dem Ansatz ist es zudem möglich, Handlungskonzepte zu erforschen, zu bewerten und in einen äußersten Rahmen einzuhegen.

Es ist in der Folge gelungen, einige ausgewählte Handlungsformen zusammenzutragen und mit dem beschriebenen Maßstab auf ihre Tauglichkeit und letztlich auf ihre Berechtigung in dem Portfolio der Instrumente des Verwaltungshandelns hin zu überprüfen. Dabei haben sich große Überschneidungen zwischen den verwaltungsrechtswissenschaftlichen und den soziologischen Handlungsansätzen gezeigt, die aber auch zu Unschärfen in der Darstellung führen können. Allen gemeinsam ist, dass sie sich auf die eine oder andere Weise in der täglichen Verwaltungspraxis zeigen; Informalität und Illegalität gehören gerade nicht in die „Schmutzdecke“.

Hierin liegt, so wurde festgestellt, eine große Schwäche des Umgangs mit derlei Handlungskonzepten. Indem sie aus dem verwaltungsrechtlichen Licht in den Schatten, wenigstens in den Halbschatten einer unter Umständen hinzunehmenden, latenten und unter dem Mantel des Schweigens verhüllten Existenz gedrängt werden, benimmt man sich innerhalb wie außerhalb der Verwaltung jedweder begleitender Regulierungsmöglichkeiten – was bleibt ist die nachträgliche Sanktionierung von Regelübertretungen anhand überkommener Maßstäbe.

Als Ergebnis der Arbeit wurden daher, neben einer ersten vagen Annäherung an Grenzen einzelner Handlungsansätze, Ansätze für die Implementierung eines Managements von Regelabweichungen in der öffentlichen Verwaltung erarbeitet. Dieses Ansinnen erhält seine Berechtigung aus der Erkenntnis, dass sich die Anforderungen an die öffentliche Verwaltung fortgesetzt weiterentwickeln. Es kommen neue Herausforderungen und Handlungsmaßstäbe hinzu, ohne dass hergebrachte im Gegenzug entfallen. Dass es auf der Seite der Handlungsinstrumente eine ebensolche Entwicklung braucht, wurde deutlich.

Der wesentliche Beitrag dieser Arbeit liegt nach alledem darin, die Erforderlichkeit der brauchbaren Informalität und der brauchbaren Illegalität innerhalb der öffentlichen Verwaltung zu unterstreichen und vor einem allzu leichtfertigen Abtun zu warnen. Es handelt sich

hierbei nicht um eine Randerscheinung, wie man angesichts der Behandlung insbesondere des informalen Verwaltungshandeln in Literatur und Verwaltungsausbildung meinen könnte. Hier wird offenkundig davon ausgegangen, dass es Informalität zwar gibt, diese auch nicht per se verdächtig, aber eben auch nicht unbedingt erwünscht und – allenfalls von einigen speziellen Rechtsbereichen abgesehen – von verschwindend geringer Bedeutung ist. Das Gegenteil ist der Fall: Die Entscheidung für oder gegen die Bindungstreue, die Regelbefolgung, das formale Handlungsinstrument, wird alltäglich in zahllosen Verwaltungseinheiten getroffen. Sie steht naturgemäß nicht selten ganz am Anfang des Verwaltungshandelns. Hierin liegt der „Reiz des Verbotenen“. Der bisherige Diskussionsstand wird dieser Bedeutung des Informalen nicht annähernd gerecht.

Eine Fortsetzung der hier gewonnenen Erkenntnisse kann in dreierlei Hinsicht erfolgen: Erstens kann mithilfe des Funktionsfähigkeitsmodells für unterschiedliche Tätigkeitsbereiche der öffentlichen Verwaltung eine Konkretisierung der Grenzziehungen erfolgen, die im Rahmen dieser Arbeit aufgrund deren bewusst gewählten Abstraktionsgrades nur sehr grob „aus der Ferne“ erfolgen konnten. Im Zuge dessen kann auch der Funktionsfähigkeitsansatz selbst hinterfragt und gegebenenfalls weiterentwickelt, seinerseits also konkretisiert und ergänzt werden. Zweitens bedürfen die Überlegungen zu der Implementierung eines Regelabweichungs-Managements gleichermaßen der Detaillierung und Übertragung auf unterschiedliche Verwaltungsbereiche. Drittens wäre eine Übertragung in die Verwaltungspraxis dergestalt anzugehen, dass die dort tatsächlich vorkommenden Regelabweichungen systematisch erhoben und die Erkenntnisse so empirisch angereichert werden.

Erst danach erscheint es überhaupt denkbar, ein Management von Regelabweichungen in ersten Modellversuchen zu implementieren, um Regelabweichungen nicht nur zu erkennen, sondern sie auch *anzuerkennen* und mit ihnen geordnet umzugehen.

Quellenverzeichnis

- Bader, Johann/Funke-Kaiser, Michael/Albedyll, Jörg von/Stuhlfauth, Thomas [Hrsg.] (2013):
Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Auflage,
Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg
(zit.: *Bearbeiter* in: Bader).
- Badura, Peter (2015): Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die
Bundesrepublik Deutschland. 6. Auflage, München.
- Bamberger, Ingolf/Wrona, Thomas (2012): Strategische Unternehmensführung. Strategien,
Systeme, Methoden, Prozesse. 2. Auflage, München.
- Bannenberg, Britta/Schaupensteiner, Wolfgang (2007): Korruption in Deutschland. Portrait
einer Wachstumsbranche. 3. Auflage, München.
- Becker, Jürgen (1985): Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher
Prozesse im Zeichen der Deregulierung, in: DÖV 1985, Heft 23, S. 1003–1011.
- Becker, Thomas (2014): Medienmanagement und öffentliche Kommunikation. Der Einsatz
von Medien in Unternehmensführung und Marketing, Wiesbaden.
- Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz (2015), hrsgg. von Epping, Volker/Hillgruber,
Christian, 27. Edition (Stand: 01.12.2015), München
(zit.: *Bearbeiter* in: BeckOK-GG).
- Bekemann, Uwe (2007): Kommunale Korruptionsbekämpfung, Stuttgart.
- Benz, Arthur/Seibel, Wolfgang [Hrsg.] (1992): Zwischen Kooperation und Korruption.
Abweichendes Verhalten in der Verwaltung, Baden-Baden.
- Bettermann, Karl August (1960): Berufliches, in: Der Spiegel vom 13.01.1960, 3/1960, o. S.
- Blankenburg, Erhard/Lenk, Klaus [Hrsg.] (1980): Organisation und Recht. Organisatorische
Bedingungen des Gesetzesvollzugs, Wiesbaden.
- BMWi – Bundesministerium für Wirtschaft und Energie [Hrsg.] (2016): Reform des
Vergaberechts,
abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/reform-des-vergaberechts.html>,
zuletzt geprüft am 22.03.2016.
- Bohne, Eberhard (1981): Der informale Rechtsstaat. Eine empirische und rechtliche
Untersuchung zum Gesetzesvollzug unter besonderer Berücksichtigung des
Immissionsschutzes, Berlin.

- Bohne, Eberhard [Hrsg.] (2006): Bürokratieabbau zwischen Verwaltungsreform und Reformsymbolik. Beiträge zum Forum „Bürokratieabbau: Verwaltungsreform oder Reformsymbolik?“ vom 7. bis 8. Oktober 2004 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin.
- Bohne, Eberhard (2006): Kriterien und institutionelle Voraussetzungen des Bürokratieabbaus, in: *ders.* 2006, S. 9–19.
- Brandt, Jürgen/Sachs, Michael [Hrsg.] (2009): Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess. 3. Auflage, Heidelberg.
- Breuer, Rüdiger [Hrsg.] (1987): Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1987, Düsseldorf.
- Brohm, Winfried (1998): Gesetzesvollzug als Handelsobjekt? in: Heinz 1998, S. 103–111.
- Budäus, Dietrich/Hilgers, Dennis (2013): Mutatis mutandis: Rekommunalisierung zwischen Euphorie und Staatsversagen, in: DÖV 2013, S. 701 ff.
- Bull, Hans Peter/Mehde, Veith (2015): Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre. 9. Auflage, Heidelberg.
- Burmeister, Joachim (1993): Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL) 1993, S. 190–247.
- Burmeister, Joachim [Hrsg.] (1997): Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München.
- Deutscher Juristentag [Hrsg.] (1978): Verhandlungen des zweiundfünfzigsten Deutschen Juristentages (Wiesbaden 1978). Band I: Gutachten, München.
- Di Fabio, Udo (2004): Gewaltenteilung, in: Isensee/Kirchhof 2004, S. 613–658.
- Döhler, Marian/Franzke, Jochen/Wegrich, Kai [Hrsg.] (2015): Der gut organisierte Staat. Festschrift für Werner Jann zum 65. Geburtstag, Baden-Baden.
- Dose, Nicolai/Voigt, Rüdiger [Hrsg.] (1995): Kooperatives Recht, Baden-Baden.
- Dreher, Meinrad/Motzke, Geld [Hrsg.] (2013): Beck'scher Vergaberechtskommentar. GWB 4. Teil, VgV, SektVO, VOB Teil A, 2. Auflage, München
(zit.: *Bearbeiter* in: Dreher/Motzke).
- Dreier, Horst (1993): Informales Verwaltungshandeln, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis. Rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Beiträge zum staatlichen Handeln 1993 (Jg. 4), Heft 4, S. 647–681.
- Eberle, Carl-Eugen (1984): Arrangements im Verwaltungsverfahren, in: Die Verwaltung 1984 (Jg. 17), Heft 4, S. 439–464.
- Edeling, Thomas (2015): Die bürokratische Verwaltung, in: Döhler/Franzke/Wegrich 2015, S. 145–160.

- Fehling, Michael (2012): Informelles Verwaltungshandeln, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle 2012, S. 1457–1521.
- Forsthoff, Ernst (1961): Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 1. Band: Allgemeiner Teil. 8. Auflage, München/Berlin.
- Glaser, Karin (2013): Über legitime Herrschaft. Grundlagen der Legitimitätstheorie, Wiesbaden.
- Grützner, Thomas/Jakob, Alexander (2015): Compliance von A–Z. 2. Auflage, München.
- Hegenbarth, Rainer (1980): Von der legislatorischen Programmierung zur Selbststeuerung der Verwaltung, in: Blankenburg/Lenk 1980, S. 130–152.
- Heine, Klaus/Mause, Karsten (2013): Delegation und demokratische Kontrolle: Können Behörden politisch zu unabhängig sein? in: Theurl 2013, S. 85–114.
- Heinz, Wolfgang [Hrsg.] (1998): Rechtstatsachenforschung heute. 2. Auflage, Konstanz.
- Henkels, Walter (1992): »... nicht so pingelig, meine Damen und Herren ...«. Die besten Anekdoten über den grossen »Alten«, Düsseldorf/Wien.
- Hesse, Konrad (1995): Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20. Auflage, Heidelberg.
- Hill, Hermann [Hrsg.] (1990): Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, Baden-Baden.
- Hill, Hermann (1999): Zur Veränderung von Handlungsspielräumen durch Kontraktmanagement, in: Ziekow 1999, S. 139–148.
- Hill, Hermann (2011): Das VwVfG vor neuen Herausforderungen, in: *ders.* u. a. 2011, S. 351–357.
- Hill, Hermann/Martini, Mario (2012): Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle 2012, S. 1025–1126.
- Hill, Hermann/Sommermann, Karl-Peter/Stelkens, Ulrich/Ziekow, Jan [Hrsg.] (2011): 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven. Vorträge der 74. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung vom 9. bis 11. Februar 2011 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (1994): Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in: *ders./Schmidt-Aßmann* 1994, S. 9–66.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (2012): Eigenständigkeit der Verwaltung, in: *ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* 2012, S. 677–776.

- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard [Hrsg.] (1994): Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard [Hrsg.] (2002):
Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas [Hrsg.] (2012):
Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I. Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation.
2. Auflage, München.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas [Hrsg.] (2012):
Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II. Informationsordnung, Verwaltungsverfahren,
Handlungsformen. 2. Auflage, München.
- Homann, Klaus (2005): Verwaltungscontrolling. Grundlagen - Konzept - Anwendung,
Wiesbaden.
- Hopp, Helmut/Göbel, Astrid (2013): Management in der öffentlichen Verwaltung.
Organisations- und Personalarbeit in modernen Kommunalverwaltungen. 4. Auflage,
Stuttgart.
- Hoppe, Werner [Mitbegr.]/Uechtritz, Michael/Reck, Hans-Joachim [Hrsg.] (2012): Handbuch
kommunale Unternehmen, 3. Auflage, Köln
(zit.: *Bearbeiter* in: Hoppe/Uechtritz/Reck).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim/Körber, Torsten [Hrsg.] (2014):
Wettbewerbsrecht. Band 2. GWB/Teil 2 (Vergaberecht). Kommentar zum
Deutschen Kartellrecht, 5. Auflage, München
(zit.: *Bearbeiter* in: Immenga/Mestmäcker).
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul [Hrsg.] (2004): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik
Deutschland. Band II: Verfassungsstaat. 3. Auflage, Heidelberg.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo [Hrsg.] (2014): Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland. Kommentar, 13. Auflage, München
(zit.: *Bearbeiter* in: Jarass/Pieroth).
- Jooß-Mayer, Sigrid (2010): Die Beschäftigten der öffentlichen Verwaltung im Fokus des New
Public Management. Eine Analyse individueller Lebensziele und organisationaler
Strukturen, München/Mering.
- Kapellmann, Klaus D./Messerschmidt, Burkhard [Hrsg.] (2015): VOB Teile A und B.
Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV).
Kommentar, 5. Auflage, München
(zit.: *Bearbeiter* in: Kapellmann/Messerschmidt).
- Kapitanova, Janeta (2013): Regeln in sozialen Systemen, Wiesbaden.

- Katz, Alfred (2004): Kommunale Wirtschaft. Öffentliche Unternehmen zwischen Gemeinwohl und Wettbewerb, Stuttgart.
- Kawik, Michael (2016): Streikverbot für Beamte? in: DÖV 2016, S. 212 ff.
- KGSt – Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement [Hrsg.] (1993): Das Neue Steuerungsmodell. Begründung, Konturen, Umsetzung. KGSt-Bericht Nr. 5/1993.
- KGSt – Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement [Hrsg.] (2013): Das Kommunale Steuerungsmodell (KSM). KGSt-Bericht Nr. 5/2013.
- Kloepfer, Michael (2015): Asylrechts-Debatte: Der Rechtsstaat ist in Gefahr. Beitrag auf www.tagesspiegel.de vom 04.12.2015, abrufbar unter: <http://www.tagesspiegel.de/themen/debatte-fluechtlinge-in-deutschland/asylrechts-debatte-der-rechtsstaat-ist-in-gefahr/12680554-all.html>, zuletzt geprüft am 11.04.2016.
- Kühl, Stefan (2007): Formalität, Informalität und Illegalität in der Organisationsberatung, in: Soziale Welt 2007 (Jg. 58), S. 271–293.
- Kühl, Stefan (2011): Organisationen. Eine sehr kurze Einführung, Wiesbaden.
- Kühl, Stefan (2014): Ganz normale Organisationen. Zur Soziologie des Holocaust, Berlin.
- Kühl, Stefan (2015): Volkswagen ist überall. Die alltägliche Normalität der Regelabweichung. Working Paper 7/2015, abrufbar unter: http://www.uni-bielefeld.de/soz/forschung/orgsoz/Stefan_Kuehl/pdf/Kuehl-Stefan-Working-Paper-7_2015-151005-Volkswagen-ist-ueberall.-Die-alltaegliche-Normalitaet-der-Regelabweichung-.pdf, zuletzt geprüft am 07.04.2016.
- Lindner, Josef Franz (2011): Dürfen Beamte doch streiken? in: DÖV 2011, S. 305 ff.
- Luhmann, Niklas (1964): Lob der Routine, in: VerwArch 1964 (Jg. 55), S. 1–33.
- Luhmann, Niklas (1999): Funktionen und Folgen formaler Organisation. Mit einem Epilog 1994. 5. Auflage, Berlin.
- Luhmann, Niklas (2016): Der neue Chef. Herausgegeben und mit einem Nachwort von Jürgen Kaube, Berlin.
- Mann, Thomas/Sennekamp, Christoph/Uechtritz, Michael [Hrsg.] (2014): Verwaltungsverfahrensgesetz. Großkommentar, 1. Auflage, Baden-Baden (zit.: *Bearbeiter* in: Mann/Sennekamp/Uechtritz).
- Marx, Friedhelm (2006): Verschlinkung des Vergaberechts, in: Bohne 2006, S. 51–58.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter [Begr.] (2015): Grundgesetz. Kommentar, hrsgg. von Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H., Stand: 75. Ergänzungslieferung (September 2015), München (zit.: *Bearbeiter* in: Maunz/Dürig).

- Maurer, Hartmut (1990): Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten, in: Hill 1990, S. 15–38.
- Maurer, Hartmut (2010): Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen. 6. Auflage, München.
- Maurer, Hartmut (2011): Allgemeines Verwaltungsrecht. 18. Auflage, München.
- Mayer, Otto (1895): Deutsches Verwaltungsrecht. Band 1, Leipzig.
- Mayntz, Renate (1985): Soziologie der öffentlichen Verwaltung. 3. Auflage, Heidelberg.
- Myers, David G. (2014): Psychologie. 3. Auflage, Berlin.
- Ortmann, Günther (2003): Regel und Ausnahme. Paradoxien sozialer Ordnung, Frankfurt am Main.
- Ossenbühl, Fritz (1987): Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz, in: Breuer 1987, S. 27–48.
- Parsons, Talcott (2009): Das System moderner Gesellschaften. Mit einem Vorwort von Dieter Claessens. 7. Auflage, Weinheim.
- Pauer-Studer, Herlinde (2014): Einleitung: Rechtfertigungen des Unrechts, in: *dies./Fink* 2014, S. 15–135.
- Pauer-Studer, Herlinde/Fink, Julian [Hrsg.] (2014): Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten, Berlin.
- Pietzcker, Jost (2001): Die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Kontrollinstanz, in: Schmidt-Aßmann 2001, S. 89–116.
- Pitschas, Rainer (2012): Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle 2012, S. 1689–1811.
- Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin [Hrsg.] (2015): Vergaberecht. GWB | VgV | VSVgV | SektVO | VOL/A | VOB/A | VOF | Haushaltsrecht | Öffentliches Preisrecht. Handkommentar, 2. Auflage, München
(zit.: *Bearbeiter* in: Pünder/Schellenberg).
- Randelzhofer, Albrecht (2004): Staatsgewalt und Souveränität, in: Isensee/Kirchhof 2004, S. 143–162.
- Röhl, Klaus F. (1987): Rechtssoziologie. Ein Lehrbuch, Köln.
- Sachs, Michael [Hrsg.] (2014): Grundgesetz. Kommentar, 7. Auflage, München
(zit.: *Bearbeiter* in: Sachs).
- Scharpf, Fritz (1970): Die politischen Kosten des Rechtsstaats. Eine vergleichende Studie der deutschen und amerikanischen Verwaltungskontrollen, Tübingen.

- Scheuing, Dieter H. (1982): Selbstbindungen der Verwaltung, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL) 1982, S. 153–186.
- Scheuing, Dieter H. (2008): Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit im Recht der Europäischen Union, in: Schwarze 2008, S. 45–77.
- Schmidt, Reiner (1990): Öffentliches Wirtschaftsrecht. Allgemeiner Teil, Berlin/Heidelberg.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (1975): Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL) 1975, S. 221–268.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (1997): Gefährdungen der Rechts- und Gesetzesbindung der Exekutive, in: Burmeister 1997, S. 745–762.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard [Hrsg.] (2001): Verwaltungskontrolle, Baden-Baden.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (2001): Verwaltungskontrolle: Einleitende Problemskizze, in: *ders.* 2001, S. 9–44.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (2002): Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: Perspektiven der Systembildung, in: Hoffmann-Riem/*ders.* 2002, S. 429–473.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (2006): Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung. 2. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (2013): Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben, Tübingen.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter [Hrsg.] (2014): GG. Kommentar zum Grundgesetz, 13. Auflage, Köln
(zit.: *Bearbeiter* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke).
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang [Hrsg.] (2014): Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO. Kommentar, Stand: 29. Ergänzungslieferung (Oktober 2015), München
(zit.: *Bearbeiter* in: Schoch/Schneider/Bier).
- Scholz, Rupert (1975): Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL) 1975, S. 145–215.
- Schulze-Fielitz, Helmuth (1992): Informales oder illegales Verwaltungshandeln? in: Benz/Seibel 1992, S. 233–253.
- Schulze-Fielitz, Helmuth (1995): Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, in: Dose/Voigt 1995, S. 225–256.

- Schulze-Fielitz, Helmuth (2012): Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle 2012, S. 823–902.
- Schuppert, Gunnar Folke (2000): Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden.
- Schuppert, Gunnar Folke (2011): Der Rechtsstaat unter den Bedingungen informaler Staatlichkeit. Beobachtungen und Überlegungen zum Verhältnis formeller und informeller Institutionen, Baden-Baden.
- Schwarze, Jürgen [Hrsg.] (2008): Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts. Rechtsvergleichende Analysen, Baden-Baden.
- Siegmund, Manfred (2009): Handlungsformen und Entscheidungen im Verwaltungsverfahren, in: Brandt/Sachs 2009, S. 101–177.
- Smolka, Klaus Max (2016): Verkauft der Staat mehr Kliniken? in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 13.02.2016, Nr. 37, S. 20.
- Steinau-Steinrück, Robert von/Sura, Stephan (2014): (Noch) kein Streikrecht für Beamte – Der öffentliche Dienst im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und EMRK, in: NZA 2014, S. 580 ff.
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael [Hrsg.] (2014): Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 8. Auflage, München (zit.: *Bearbeiter* in: Stelkens/Bonk/Sachs).
- Stelkens, Ulrich (2011): Kodifikationssinn, Kodifikationseignung und Kodifikationsgefahren im Verwaltungsverfahrenrecht, in: Hill u. a. 2011, S. 271–295.
- Stern, Klaus (1980): Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München.
- Strasser-Gackenheimer, Christian (2013): Die staatsrechtliche Kontinuität des Deutschen Reichs von der ‚Machtergreifung‘ bis zum Tod Hitlers. Zugleich eine Analyse des Niedergangs der Weimarer Demokratie, Baden-Baden.
- Stulhofer, Alexander; Kresimir, Kufirin; Caldarovic, Ognjen; Gregurovic, Margareta; Oadak, Iva; Detelic, Martina; Glavasevic, Bojan (2008): Corruption as a Cultural Phenomenon: Expert Perceptions in Croatia. Discussion Paper Series No 11, abrufbar unter: http://kops.uni-konstanz.de/bitstream/handle/123456789/11520/Corruption_Stulhofer.pdf?sequence=1&isAllowed=y, zuletzt geprüft am 22.03.2016.
- Theurl, Theresia [Hrsg.] (2013): Unabhängige staatliche Institutionen in der Demokratie, Berlin.
- Trute, Hans-Heinrich (2012): Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle 2012, S. 341–435.

- Ule, Carl Hermann/Laubinger, Hans-Werner (1978): Empfehlen sich unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung notwendigen Umweltschutzes ergänzende Regelungen im Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozeßrecht? in: Deutscher Juristentag 1978, B 5–108.
- Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL) [Hrsg.] (1966): Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 24. Staat und Verbände. Gesetzgeber und Verwaltung, Berlin.
- Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL) [Hrsg.] (1975): Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 34. Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung. Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Berlin.
- Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL) [Hrsg.] (1982): Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 40. Gesetzgebung im Rechtsstaat. Selbstbindungen der Verwaltung, Berlin/New York.
- Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL) [Hrsg.] (1993): Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 52. Grundsätze der Finanzverfassung des vereinten Deutschlands. Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, Berlin/New York.
- Vogel, Klaus (1966): Gesetzgeber und Verwaltung, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL) 1966, S. 125–179.
- Voßkuhle, Andreas (2012): Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/*ders.* 2012, S. 1–63.
- Weber, Max (2009): Wirtschaft und Gesellschaft. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte. Nachlaß. Studienausgabe der Max Weber Gesamtausgabe. Teilband 4: Herrschaft (Band I/22-4), Tübingen.
- Weimar, Robert (2009): Rechtsfortbildung durch die Verwaltung, in: DÖV 2009, S. 932–938.
- Wöhe, Günter/Döring, Ulrich (2013): Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre. 25. Auflage, München.
- Wolf, Sebastian (2014): Korruption, Antikorruptionspolitik und öffentliche Verwaltung. Einführung und europapolitische Bezüge, Wiesbaden.
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto (1974): Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch. 9. Auflage, München.
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried (2007): Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch. 12. Auflage, München.

Wurzel, Gabriele/Schraml, Alexander/Becker, Ralph [Hrsg.] (2015): Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Auflage, München
(zit.: *Bearbeiter* in: Wurzel/Schraml/Becker).

Ziekow, Jan [Hrsg.] (1999): Handlungsspielräume der Verwaltung. Vorträge und Diskussionsbeiträge auf dem gleichnamigen Forum vom 30. September bis 2. Oktober 1998 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin.