

# Das ferne Gericht – Wirkungsanalysen zum Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Verwaltungsbehörden

Thomas Gawron

*Obwohl Fragen nach Effektivität und Wirkung von Recht zum Kernbestand rechtsssoziologischer Theoriebildung und Forschungspraxis gehören, fehlt es – zumindest im deutschsprachigen Raum – fast vollständig an Untersuchungen zu Wirkungen von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf das Verwaltungshandeln. Der Beitrag geht erneut der Frage nach, wie sich die tatsächliche Wirkung des Bundesverfassungsgerichtes über den Einzelfall hinaus bestimmen lässt. Er schließt an den von Ralf Rogowski und dem Autor entwickelten wirkungstheoretischen Ansatz an. Der Verfasser formuliert erste Überlegungen, das Forschungsfeld zu erschließen. Die zentrale These lautet, dass der hohe Autonomiegrad, über den Verwaltungen verfügen, die von Verfassung wegen geforderte Ausrichtung an Recht und Gesetz teilweise leer laufen lässt.*

*Although questions concerning the effectiveness and impact of law are central to the theory and research practice of sociology of law, research on the impact of decisions of the German Federal Constitutional Court – at least in German-language literature – is virtually absent. This chapter revisits the question of how to assess the impact of the Federal Constitutional Court on administrative action beyond the ambit of an individual case. It seeks to build on the theoretical approach to the impact of courts developed by Ralf Rogowski and the author and offers an initial analysis with a view to filling this research void. The central argument advanced is that the considerable degree of autonomy granted to administrative authorities counteracts to some extent the constitutional requirement to respect the principles of law and justice.*

## I. Einleitung

Obwohl Fragen nach Effektivität und Wirkung von Recht zum Kernbestand rechtsssoziologischer Theoriebildung und Forschungspraxis gehören, fehlt es – zumindest im deutschsprachigen Raum – fast vollständig an Untersuchungen zu Wirkungen von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Der Beitrag geht der Frage nach, wie sich die tatsächliche Wirkung des Bundesverfassungsgerichtes über den Einzelfall hinaus bestimmen lässt. Er schließt an den wir-

kungstheoretischen Ansatz<sup>1</sup> an, den Ralf Rogowski und ich entwickelt haben.<sup>2</sup> Wir gehen davon aus, dass bei den staatlichen Adressaten von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entsprechend der klassischen Gewaltenteilung – Gesetzgeber, Verwaltungen und Gerichte – unterschiedliche Wirkungen zustande kommen, da diese Adressaten in ihren jeweiligen Systemen unterschiedlichen Handlungslogiken folgen und damit jeweils unterschiedliche Wirkungsbedingungen für die Umsetzung gerichtlicher Vorgaben herrschen. Dasselbe haben wir für kollektive und individuelle Akteure aus Wirtschaft und Gesellschaft angenommen (Unternehmen, Vereinigungen und Private).<sup>3</sup> Während die Implementationsbedingungen bei Gerichten<sup>4</sup> und Gesetzgeber<sup>5</sup> von uns bereits analysiert worden sind, ist dies bei dem Adressatenfeld Verwaltung noch nicht erfolgt. Der folgende Beitrag formuliert erste Überlegungen, das Forschungsfeld zu erschließen.

In den Verwaltungswissenschaften herrscht Einigkeit darüber, dass Verwaltungen über ein hohes Maß an Autonomie bei der Implementation politischer Programme verfügen.<sup>6</sup> Das in der Verfassung verankerte Rechtsstaatsprinzip begrenzt diese Autonomie, da es das Verwaltungshandeln an „Recht und Gesetz“ (Art. 20 Abs. 3 GG) bindet und Verwaltungen so dem Rechtsbefehl unterwirft. Politik- und Verwaltungswissenschaften haben das Postulat der Rechtsbindung insofern aufgenommen, als dass sie nach der Steuerungskraft des Gesetzes gefragt haben.<sup>7</sup> Besonders der Implementationsansatz hat zahlreiche Varianten einer nur teilweisen Befolgung gesetzlicher Programme zu Tage gefördert. Nach der ‚Boomphase‘ der Implementationsforschung in den 1980er Jahren hat die Beschäftigung mit den Folgen legislativer und politischer Programme sowohl in den Verwaltungswissenschaften wie in der Rechtssoziologie allerdings erheblich nachgelassen, sodass heute deutliche Leerstellen bei der Auseinandersetzung mit dem Thema Verwaltungsbehörden–Verfassungsgericht zu verzeichnen sind (unter II).

Meine zentrale These ist, dass der hohe Autonomiegrad, über den Verwaltungen verfügen, die von Verfassung wegen geforderte Ausrichtung an den Vorga-

1 Der Ansatz verbindet die rechtssoziologische Effektivitätsforschung mit dem aus der Politikwissenschaft entlehnten Implementationsansatz und der sozialwissenschaftlichen Evaluationsperspektive, um Prozesse der Umsetzung von Entscheidungen sowie gesamtgesellschaftliche Folgen verfassungsgerichtlicher Judikate zu erfassen. Siehe Gawron/Rogowski 2007.

2 Zuerst: Gawron/Rogowski 1996: 177 ff.

3 Gawron/Rogowski 2007: Kap. 3.

4 Gawron/Rogowski 2007: Kap. 4; erstmalig Gawron/Rogowski 1987.

5 Gawron/Rogowski 2007: Kap. 5; erstmalig Gawron/Rogowski 2002.

6 Schuppert 2000; Thieme 1984.

7 Treiber 2007/2008.

ben des Bundesverfassungsgerichts teilweise leer laufen lässt. Diese These entfalte ich in zwei Stufen (unter III): Zuerst zeige ich anhand veröffentlichter Daten, dass Klagen gegen Maßnahmen der Verwaltungsbehörden häufig schon im Vorfeld oder innerhalb des Instanzenzuges abgefiltert werden, so dass sie das Bundesverfassungsgericht gar nicht erreichen. Daran anschließend werden die Zugangsbeschränkungen zum Bundesverfassungsgericht selbst umrissen, die sich aus der hohen Selektivität des Verfassungsprozessrechts ergeben. Als zentrale Barriere gegenüber einem unkontrollierten Zufluss öffentlich-rechtlicher Konfliktfälle zum Bundesverfassungsgericht erweist sich die sog. Erschöpfungsklausel des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG, der die Petenten gegen unrechtmäßiges Handeln der Verwaltungen zwingt, zunächst den Rechtsweg zu den Gerichten für öffentliches Recht, das heißt Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichte (im Folgenden: GöR), zu beschreiten. Abfilterung und Zugangshürden summieren sich zu dem Effekt, dass das Bundesverfassungsgericht so gut wie keine einzige Verwaltungsmaßnahme als isolierten Rechtsakt unmittelbar kontrolliert, sondern dass die Fälle nur nach Durchlaufen des öffentlich-rechtlichen judiziellen Instanzenzuges im Rahmen von Urteilsverfassungsbeschwerden oder – im Folgenden allerdings nicht analysiert – im Wege der konkreten Normenkontrollen das Bundesverfassungsgericht erreichen.

Für eine Wirkungsanalyse von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf Verwaltungsbehörden bedeutet der Befund, dass ‚mangels Masse‘ auf die allgemeinen Kenntnisse über die Implementation von Gerichtsentscheidungen zurückzugreifen ist. Diese sind auf ihre Relevanz für das hier erörterte Thema zu prüfen (unter IV.). Dabei sind die Ergebnisse der Implementations- und verwaltungswissenschaftlichen Forschung zum *Umgang* mit Recht neu zu sortieren und auf die Frage zu fokussieren, welchen Stellenwert im Verwaltungsvollzug heute noch das Steuerungsmedium Recht in Form seiner judiziellen Interpretation einnimmt. Die Durchmusterung der (spärlich vorhandenen) empirisch verfahrenden Literatur lässt verschiedene Reaktionstypen auf Entscheidungen von GöR erkennen. Abschließend wird auf die Notwendigkeit hingewiesen, zwischen verschiedenen Typen von Verwaltung zu unterscheiden.

## *II. Verwaltungsbehörden und GöR im Kontext der verwaltungswissenschaftlichen und rechtsssoziologischen Forschung*

Eingangs einige kurze Anmerkungen zum Forschungsstand: Jahrzehnte lang haben sich weder Rechtssociologie und Rechtstatsachenforschung noch die sozialwissenschaftlich orientierte Verwaltungswissenschaft mit dem Themenfeld Verwaltungsbehörden–Verfassungsgericht beschäftigt. Die Justiforschung hat vor ca. 30 Jahren einige Untersuchungen vorgelegt, die sich mit der Mobilisie-

rung und dem Zugang zu GöR befasst haben. Politikwissenschaftliche ‚Klassiker‘ wie die Publikationen von Thomas Ellwein, Joachim Jens Hesse<sup>8</sup> und Klaus von Beyme<sup>9</sup> streifen das Thema nur am Rande (und beschäftigen sich ausführlich mit Fragen des Verhältnisses von Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht). Selbst die Implementationsforschung, die sich – zumindest in ihren Politikfeldanalysen – bis zum heutigen Tage der Umsetzung von legislativen und politischen Programmen widmet, hat nach anfänglichem Engagement zum Thema<sup>10</sup> bald das Interesse verloren.<sup>11</sup> Noch drastischeres Desinteresse zeigt sich in zwei wichtigen neuen Abhandlungen zur Verwaltungswissenschaft und Politikfeldanalyse: Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit werden dort nur deskriptiv, nicht aber analysierend vorgestellt<sup>12</sup> beziehungsweise ordnungshalber erwähnt – in Form eines Spiegelstrichs<sup>13</sup>.

Das Fehlen einer Beschäftigung mit dem Verhältnis zwischen Verwaltungsbehörden und GöR, das mit den vorangegangenen Hinweisen pointiert worden ist, kann allerdings als Charakteristikum der Verwaltungswissenschaft insgesamt vermerkt werden. Nach dem Abflauen der Implementationsforschung<sup>14</sup> rückten andere Themen in den Mittelpunkt sozialwissenschaftlich ausgerichteter Verwaltungswissenschaft. Den Übergang hatte die Implementationsforschung, hier als Teil einer sozialwissenschaftlichen Politik- und Verwaltungsforschung verstanden, selbst vorbereitet, indem sie nachwies, dass die Verwaltung als Kontroll- und Regulierungsbehörde in hohem Maße in eine *Implementationsstruktur* eingebunden ist, in der verschiedenartige gesellschaftliche Akteure und Institutionen<sup>15</sup> am Implementationsprozess beteiligt sind und sich zur notwendigen aufgabenbezogenen Kooperation zusammenfinden.<sup>16</sup>

Bei aller (deutlichen) Verschiedenheit der Ansätze und Forschungsrichtungen haben sie doch gemeinsam, die zentrale Rolle des regelsetzenden Staates, vor allem in Form des Gesetzgebers und der für eine maßstabsgerechte Regelumsetzung verantwortlichen Verwaltung, in Frage zu stellen.

8 Hesse/Ellwein 2012.

9 Beyme 2011.

10 Schäfer/Schmidt-Eichstaedt 1984; Wollmann et al. 1985; Treiber 1987; Scharmer 1987; Gawron 1987; Breuning 1990.

11 Vgl. das leicht sarkastische Resümee von Hubert Rottleuther im Jahr 1998: „Für Informationen zu den (...) angesprochenen Themen – Wirkung von Gerichtsentscheidungen und ihre Grenzen, Mobilisierung von Gerichten, Alternativen zu Gerichten und zu gerichtlichen Verfahren – sollte man sich (...) zu den Quellen aus den 80er Jahren bemühen“ (Rottleuthner 2001: 307).

12 Bogumil/Jann 2005: 105 ff.

13 Wollmann 2009: 379.

14 Wollmann 1980; Mayntz 1983 sowie 1987.

15 Insbesondere: Akteursbezogener Institutionalismus Mayntz/Scharpf 1995; Scharpf 2000.

16 Janning 2006: 82.

Die neueren Ansätze (...) gehen von einem generellen Bedeutungsverlust einer hierarchisch verfahrenden politischen Steuerung aus. Stattdessen werden unübersichtliche Akteurskonstellationen und komplexe Abstimmungsmechanismen zwischen politischen und privaten Akteuren analysiert. (...) In den empirischen Fallstudien tauchen Verwaltungungen (...) kaum noch als direkter Bezugspunkt der Analyse auf.<sup>17</sup>

Die Hinwendung der Verwaltungswissenschaft zur betriebswirtschaftlichen *Managementlehre* trug das Ihrige dazu bei, dass viel vom *controlling* die Rede war, aber nicht mehr vom Stellenwert verwaltungsgerichtlicher Kontrollen.

Politische Steuerung wird in der einschlägigen Literatur nur noch selten als durch Gesetze autoritär-einseitig angeordnet und dementsprechend regulativ-hoheitlich durch Verwaltungen vollziehbar beziehungsweise umsetzbar konzeptualisiert. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass ein komplexes Arrangement von wechselseitigen Kooperationsangeboten staatlicher und nicht-staatlicher Akteure und möglichst inklusiver Verhandlungslösungen unter Berücksichtigung beziehungsweise Einbeziehung der Selbststeuerungskompetenzen nicht-staat.<sup>18</sup>treitsixe eruetskA rehcil

Dagegen steht die Betonung der *Rechtsform* für das Verwaltungshandeln historisch in Verbindung mit der Durchsetzung des Rechtsstaats. Wird die Normbindung des Verwaltungshandelns durch die Akzentuierung der – auf welchem Weg auch immer – politisch vermittelten ‚Zielorientierung‘ gelockert, wachsen die Defizite an rechtsstaatlicher Kontrolle. „Je stärker ‚Zwecke‘ regieren, desto stärker wird die Rechtsnorm entwertet.“<sup>19</sup>

Die Vorstellung einer direkten Steuerungskraft des Gesetzes kann zudem in dem Maße als überwunden gelten, wie zahlreiche untergesetzliche Normierungen an Bedeutung gewonnen haben.<sup>20</sup> Die Komplexität der Regelungsgegenstände führt zu einem Gesetzgebungsstil, in dem die inhaltliche Konkretisierung der *policy* immer weiter aus der parlamentarischen Arena in den von Expertenzirkeln dominierten ‚Vollzug‘ verlagert wird<sup>21</sup>. „Bei regulativer Politik kann das soweit gehen, dass die Verwaltung nicht nur die Regeln, die sie anwenden soll, selbst entwickeln muss, sondern auch ihren Regelungsgegenstand.“<sup>22</sup>

Unter dem missverständlichen Begriff ‚regulative Politik‘ hat Marian Döhler die Dimensionen und Merkmale des Wandels von der klassischen hin zur regulierenden Verwaltung skizziert.<sup>23</sup> Ihm entspricht eine verwaltungsrechtliche Be-

17 Janning 2006: 78.

18 Kooimann 2003; Lorig 2002: 86 ff.

19 Stolleis 2000: 419.

20 So bereits Dreier 1991; ebenso Hoffmann-Riem 2005 und Döhler 2006: 213.

21 Steinberg 1998: 185 ff., 192 f.; ähnlich Vesting 2008: 243 ff. m.w.N.

22 Döhler 2006: 214.

23 Der Begriff der ‚regulativen Politik‘ ist in der politikwissenschaftlichen Diskussion als Politiktyp behandelt worden, der sich durch Gebote, Verbote, Aufsicht und hierarchische Durchsetzungsbefugnisse auszeichnet und von distributiven und redistributiven *policies*

trachtungsweise, die darauf hinweist, dass *administrative Selbstprogrammierung*<sup>24</sup> in hohem Maße außerrechtliche Maßstäbe rechtlich positiviert, die jedoch nur teilweise rechtlich sanktioniert und damit verwaltungsgerichtlich kontrollierbar gestaltet sind.<sup>25</sup> Die aktuelle Verwaltungswissenschaft rezipiert, wenn auch zögerlich, den (hier nur summarisch umrissenen) Wandel des Verwaltungshandelns, der sich nicht zuletzt durch die verstärkte regulierende Staatstätigkeit vornehmlich in den Bereichen der Versicherungs- und Bankaufsicht, der Medienkontrolle und der Telekommunikation, der Post, Eisenbahn und des Energiewesens abspielt.<sup>26</sup>

Als Ergebnis dieser notgedrungen kurorischen Ausführungen bleibt festzuhalten, dass nach einigen Anläufen in den 1980er Jahren das Verhältnis zwischen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten in der sozialwissenschaftlich orientierten Verwaltungswissenschaft nicht mehr explizit thematisiert worden ist. Dementsprechend bleibt auch die Rolle des Bundesverfassungsgerichts unerklärt und ungeklärt.

Das wenige empirische Wissen über das Verhältnis von Verwaltungsbehörden und GöR, welches die Justiz- und Rechtstatsachenforschung zusammengetragen hat, ist ebenfalls älter als ein Vierteljahrhundert. Die alten Untersuchungen kreisen um den Begriff der *Kontrolldichte*. Dieser wird in der rechtswissenschaftlichen Diskussion anders verstanden als im sozialwissenschaftlichen Sinn. Im juristisch-dogmatischen Diskurs ist unter dem Begriff die Intensität der gerichtlichen Überprüfung einzelner Maßnahmen der Gesetzgebung oder der Verwaltung gemeint. Gegenüber Maßnahmen der Verwaltung spielen in der juristischen Dogmatik insbesondere unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensklauseln eine wichtige Rolle bei der Maßstabsbildung gerichtlicher Kontrolle. In der sozialwissenschaftlichen Forschung bezeichnet der Parameter Kontrolldichte (nur) die Häufigkeiten gerichtlicher Überprüfung von Maßnahmen des Gesetzgebers oder der Verwaltung. Ihm liegen Annahmen über die Selektivität judizieller Kontrolltätigkeit zu Grunde. Üblich sind Vorstellungen über die stufenweise Abfilterung gesellschaftlicher Konflikte durch staatliche Institutionen, speziell auch durch judizielle Kontrolltätigkeit.

Es existieren verschiedene rechtsoziologische Untersuchungen über die Kontrolldichte von Gerichten vornehmlich aus den 1980er Jahren. Sie beziehen sich auf so unterschiedliche Bereiche wie die ‚Vergerichtlichung‘ von Konflikten im

unterscheiden lässt. Döhler will die überkommene Begrifflichkeit um den Aspekt der *Regulierung* erweitert beziehungsweise hierdurch ersetzt wissen.

24 Jestaedt 2010: § 11 V 1, Rn. 27, Fußn. 105.

25 Fehling 2008: 469 ff.

26 Döhler/Wegrich 2010: 35.

Arbeitsleben<sup>27</sup> und in Bauangelegenheiten<sup>28</sup>. Die tiefgestaffelten Analysen reichen vom Erfassen des Ursprungskonfliktes (Kündigung beziehungsweise Baugenehmigung) über die Stufen der Verrechtlichung (sog. „Berliner Trichter“<sup>29</sup>) und Vergerichtlichung bis hin zur Erhebung von Folgen gerichtlicher Entscheidungen (*impact* und *Implementation*)<sup>30</sup>. Bemerkenswert an diesen Untersuchungen im Zusammenhang mit dem hier erörterten Thema ist, dass das Bundesverfassungsgericht als Akteur judizieller Konfliktlösungen nicht in Erscheinung tritt.<sup>31</sup>

Dieser Befund scheint im Gegensatz zu den Angaben des Bundesverfassungsgerichts zu stehen. Denn den Verfahrensdaten zum Geschäftsanfall des Gerichts zufolge nehmen Verfassungsbeschwerden gegen Justizakte der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit einen beachtlichen Umfang ein. Allerdings sagt der Geschäftsanfall nichts über die Selektion dieser Beschwerden durch das Verfassungsgericht und erst recht nichts über die erfolgreich beschiedenen Klägerverfahren aus. Darauf wird zurückzukommen sein.

### *III. Mobilisierung des Bundesverfassungsgerichts: Filterwirkung von Vorverfahren, Instanzenzug und Annahmepraxis*

Statistiken zum Geschäftsanfall beim Bundesverfassungsgericht zeigen, dass in den mehr als zwanzig Jahren seit Herstellung der deutschen Einheit der überwiegende Teil der entschiedenen Verfassungsbeschwerden sich gegen Entscheidungen anderer Gerichte gewandt haben. Dabei dominieren Beschwerden gegen Judikate der Zivilgerichte (40.804), gefolgt von denen gegen Entscheidungen der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit (31.056) und gegen Strafgerichte (26.555).<sup>32</sup> Etwa 20 Prozent der Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen haben sich gegen Entscheidungen von Bundesgerichten gewandt. Bei ihnen dominieren die Klagen gegen Gerichte, die für öffentliches Recht zuständig sind. Sie machen fasst die Hälfte der eingereichten Verfassungsbe-

27 Rottleuthner 1984; Blankenburg/Schönholz/Rogowski 1979.

28 Wollmann et al. 1987; Schäfer/Schmidt-Eichstaedt 1984.

29 Rottleuthner 1984.

30 So die scharfsinnige Unterscheidung der Terminologie einer *Wirkungsforschung zur Rechtsprechung* bei Rottleuthner 2001: 307.

31 So explizit bemängelt bei Schäfer 1987: 284 f.

32 Jahresstatistik des Bundesverfassungsgerichts 2011, Tabelle A IV 4, Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen seit 1991, abrufbar unter <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2011/A-IV-4.html> (Stand: 1.7. 2013).

schwerden aus (9.343 von insgesamt 19.262 Beschwerden).<sup>33</sup> Von den bis Jahresende 2010 insgesamt 18.170 gegen höchstrichterliche Entscheidungen gerichteten Verfassungsbeschwerden waren nur 313 – das entspricht 1,72 Prozent – erfolgreich.<sup>34</sup>

Begibt man sich auf die Suche nach Gegenständen und Inhalten von Verfassungsbeschwerden sowohl gegen Entscheidungen von GöR als auch gegen solche von Verwaltungsbehörden, stößt man schnell auf eine überraschende Erkenntnis: Eine *unmittelbare* Überprüfung von Verwaltungsmaßnahmen in Form von Verwaltungsakten inklusive Planfeststellungsbeschlüssen findet beim Bundesverfassungsgericht praktisch nicht statt. Die Rechtsprechungsübersicht des alle Entscheidungen des Gerichts unter Zuordnung zu den einzelnen Grundgesetz-Artikeln dokumentierenden Grundgesetz-Kommentars von Leibholz/Rinck/Hesselberger (2011) weist lediglich drei Entscheidungen aus, die explizit als Überprüfung von Einzelmaßnahmen der Verwaltungsbehörden anzusehen sind.<sup>35</sup> Das Ergebnis überrascht, wenn es dem hohen Anteil von Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen der GöR gegenübergestellt wird. Der Output des Bundesverfassungsgerichts in Form unmittelbarer Beanstandung administrativer Einzelmaßnahmen spielt – so kann hier ohne Verkürzung oder Verzerrung formuliert werden – für die Praxis der Verwaltung keine Rolle. Für diese den Leser möglicherweise verblüffende Feststellung ist aus rechtssociologischem Blickwinkel nach Gründen zu suchen.

## 1. Fehlerkorrektur durch die Verwaltung

Der erste Grund liegt in *Abfilterungsprozessen*, die die Mechanismen der Konfliktlösung von Streitigkeiten, die an die GöR herangetragen, auslösen: Noch bevor die Gerichte eingeschaltet werden, hat zunächst ein verwaltungsinternes Vorverfahren stattzufinden,<sup>36</sup> dass sowohl dem Rechtsschutzinteresse der Bürger wie der Selbstkontrolle und Fehlerkorrektur der Verwaltung dienen soll. Erst

33 Zwar richten sich 8.112 Verfassungsbeschwerden nur gegen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Zivil- und Strafsachen), gefolgt von 3.607 gegen das Bundessozialgericht, 3.091 gegen das Bundesverwaltungsgericht und 2.645 gegen den Bundesfinanzhof; addiert werden jedoch 9.343 GöR-Entscheidungen, also deutlich mehr Entscheidungen als des Bundesgerichtshofs, beim Bundesverfassungsgericht mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen. Alle Angaben nach Jahrestatistik des Bundesverfassungsgerichts 2011 (Karlsruhe 2012), Tabelle A IV 6, Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen von Bundesgerichten seit 1991, abrufbar unter <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2011/A-IV-6.html> (Stand: 31.5.2013).

34 Zahlen bei Jestaedt 2011: 117 f.

35 Entscheidungen der Justizverwaltungen und Strafvollzugsbehörden unberücksichtigt.

36 Statt aller: Ule 1987: § 23 I.

dann schließt sich ein unter Umständen mehrere Justizinstanzen durchlaufendes Gerichtsverfahren an.

## 2. Filter des gerichtlichen Instanzenzugs

Ebenso große Bedeutung kommt dem sich anschließenden *Selektionsprozess* zu, der durch die GöR-Instanzen selbst hergestellt wird. Die Zulässigkeitshürden bei Berufung und Revision verringern die Konfliktzahlen im Verlaufe des Instanzenzuges in erheblichem Umfang. Unterlagen des Statistischen Bundesamtes, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichtes ermöglichen die (Re-)Konstruktion eines *GöR-Filters*. Die Zahlen für die Jahre 2007<sup>37</sup>, 2008<sup>38</sup> und 2009<sup>39</sup> sind in Tabelle 1 dargestellt.

Die Zahlen belegen die enormen *Filtereffekte* des *gestuften Justizaufbaus* der GöR. Von den in der Eingangsinstanz anhängig gemachten Verfahren bleiben im Jahr 2007 1,4 Prozent bei den Verwaltungs-<sup>40</sup> und sogar nur 0,8 Prozent bei den Sozialgerichten in der dritten Instanz der Bundesgerichte übrig. Bei der nur zweistufig organisierten Finanzgerichtsbarkeit liegt der Prozentsatz zwar höher, verbleibt aber immer noch im einstelligen Bereich (7 Prozent). Für die Jahre 2008 und 2009 gelten ähnliche Relationen.

37 Quellen: Statistisches Bundesamt 2009: 269; Pressegespräch der Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts vom 20.2.2008, Eckertz-Höfer 2008: 501; Statistiken des Bundesverfassungsgerichts, Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtentscheidungen und Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen von Bundesgerichten, jeweils für das Jahr 2007, Karlsruhe 2011. Eigene Zählung der Amtlichen Sammlungen von Senats- und Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2007.

38 Quellen: Statistisches Bundesamt 2010: 274; Statistik des Bundesverwaltungsgerichts für das Jahr 2008, Pressemitteilung Nr. 6/2009 vom 11.2.2009; Statistiken des Bundesverfassungsgerichts, Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtentscheidungen und Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen von Bundesgerichten, jeweils für das Jahr 2008, Karlsruhe 2011. Eigene Zählung der Amtlichen Sammlungen von Senats- und Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2008.

39 Quellen: Statistisches Bundesamt 2011: 273; Pressegespräch der Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.2.2010, Eckertz-Höfer 2010: 436; Statistiken des Bundesverfassungsgerichts, Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtentscheidungen und Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen von Bundesgerichten, jeweils für das Jahr 2009, Karlsruhe 2011. Eigene Zählung der Amtlichen Sammlungen von Senats- und Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2009.

40 Beim Bundesverwaltungsgericht ist zu berücksichtigen, dass dieses Gericht seit einigen Jahren als Eingangsinstanz für Infrastrukturvorhaben fungiert. Nach Angaben der Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts entfielen von den beim Gericht im Jahr 2010 anhängigen 84 erstinstanzlichen Verfahren 60 auf Vorhaben der Infrastruktur. Angaben nach Eckertz-Höfer 2011: 876.

Tabelle 1: Filter erledigter Verfahren bei den Gerichten für öffentliches Recht 2007–2009

	2007			2008			2009		
	Verwaltungsgerichte	Sozialgerichte	Finanzgerichte	Verwaltungsgerichte	Sozialgerichte	Finanzgerichte	Verwaltungsgerichte	Sozialgerichte	Finanzgerichte
Einganginstanz	139.986	318.450	50.560	136.175	338.048	49.262	127.053	361.903	46.402
• davon Verwaltungsgericht	139.472	512		135.658	517		126.457	596	
• davon Oberverwaltungsgericht									
Berufungsinstanz	3.392	27.786	—	3.651	27.764	—	3.694	26.703	—
Bundesgericht	1.987	2.657	3.514	1.712	2.727	3.494	1.577	2.694	3.430
• darunter Revisionen	303	500	—	326	537	—	331	608	—
• darunter Einganginstanz	133	—	—	51	—	—	51	—	—
Verfassungbeschwerden									
• gegen Gerichtsentscheidungen	735	355	163	720	401	161	748	464	180
insgesamt									
• gegen Entscheidungen der									
Bundesgerichte	164	218	156	181	254	158	126	217	201
Veröffentlichte Entscheidungen									
über Verfassungbeschwerden									
• gegen Gerichte der Länder	49	2	—	32	3	2	47	15	1
• gegen Bundesgerichte	13	15	3	20	16	22	12	7	12

### 3. Filter des Annahmeverfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht

Wird der Filter zum Bundesverfassungsgericht hin verlängert (das Gericht also in statistischer Hinsicht als ‚Superrevisionsinstanz‘<sup>41</sup> angesehen), steigert sich noch einmal die Selektionsleistung: Im Jahr 2007 sind vom Bundesverfassungsgericht insgesamt 13 Entscheidungen in Verfahren, die sich gegen Judikate des Bundesverwaltungsgerichts gewandt haben, 15 gegen solche des Bundessozialgerichts und ganze drei gegen diejenigen des Bundesfinanzhofs veröffentlicht worden. Für das Jahr 2008 lauten die Zahlen: 20 Judikate des Bundesverwaltungsgerichts, 16 des Bundessozialgerichts und – ungewöhnlich hoch – 22 des Bundesfinanzhofs<sup>42</sup>, für das Jahr 2009: 12 gegen das Bundesverwaltungsgerichts, 7 gegen das Bundessozialgericht und 12 gegen den Bundesfinanzhof.<sup>43</sup>

Auch die Größenordnungen im Bereich angegriffener Entscheidungen der Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte/Gerichtshöfe der Länder schwanken. Hier stehen im Jahr 2007 735 erhobenen Verfassungsbeschwerden 49 veröffentlichte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (6,7 Prozent) gegenüber. Im Jahr 2008 beträgt das Verhältnis 720 Verfassungsbeschwerden gegenüber 32 entsprechender Veröffentlichungen (4,4 Prozent); im Jahr 2009 stehen 739 Verfassungsbeschwerden 47 Veröffentlichungen (6,4 Prozent) gegenüber.

Die veröffentlichten Entscheidungen über Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte (im Jahr 2007 insgesamt 61, im Jahr 2008 insgesamt 53, im Jahr 2009 insgesamt 58) lassen sich nach Politikbereichen ordnen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Zusammenstellung der veröffentlichten Entscheidungen auf einer vom Verfassungsgericht selber vorgenommenen Auswahl basiert. Deren Kriterien sind nicht bekannt und werden vom Gericht auch nicht bekannt gemacht. Vermutet werden kann jedoch, dass bei der Veröffentlichungspraxis – insbesondere bei den abschlägig beschiedenen, das heißt nicht angenommenen Verfassungsbeschwerden – das Kriterium einer ‚juristischen Relevanz‘ eine Rolle spielt. Auch ein Abschreckungseffekt ist in Rechnung zu stellen. Potentielle Beschwerdeführer sollen durch die entsprechende Veröffentlichung einer im Ergebnis für den Petenten negativ ausgegangenen Entscheidung davon abgehalten werden, in gleich gelagerten Fällen ihrerseits den Weg nach Karlsruhe einzuschlagen.

41 Siehe zum Bundesverfassungsgericht als ‚Superrevisionsgericht‘ Schlaich/Korioth 2010: Rn. 283 ff. m.w.N.

42 Die hohe Zahl erklärt sich vor allem durch zahlreiche Parallelverfahren gegen Urteile des Bundesfinanzhofs in Angelegenheiten der steuerrechtlichen Abzugsmöglichkeiten gemäß § 10 Abs. 3 EStG.

43 Angaben nach obiger Tabelle.

**Tabelle 2: Politikbereiche der angegriffenen Entscheidungen von Verwaltungsgerichten in den Jahren 2007 bis 2009, die das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungssammlungen veröffentlicht hat<sup>44</sup>**

	2007	2008	2009	gesamt
Beamtenrecht	19	19	5	43
Ausländerrecht	8	9	10	27
Prozessrecht	11	5	6	22
Wirtschaftsrecht	5	2	10	17
Umwelt / Energie	2	6	10	18
Polizei-, Ordnungs- und Versammlungsrecht	6	—	10	16
Planfeststellungen	—	3	7	10
Baurecht	2	1	3	6
Bildungs- und Hochschulrecht	2	1	3	6

Ein Fünftel der vom Bundesverfassungsgericht veröffentlichten Entscheidungen über Verfassungsbeschwerden betreffen beamtenrechtliche Einzelfragen, von der Nebentätigkeit bis zur Konkurrentengegenklage. Ebenso wie bei Fragen des Rentenrechts werden die meisten der Beschwerden als nicht zulässig zurückgewiesen. Dies gilt auch für prozessrechtliche Beschwerden, im Wesentlichen Anträge auf einstweilige Anordnungen, aber auch Befangenheitsanträge gegen einzelne Richter und Anträge auf Prozesskostenhilfe (letzte übrigens durchgängig bei sozialrechtlich geprägten Gerichtsverfahren). Eine gleichermaßen hohe Annahme- und erfolgreiche Entscheidungsquote verzeichnen hingegen Beschwerden gegen Gerichtsentscheidungen in Fällen des Ausländerrechts. Dasselbe trifft auch für die Bereiche des Polizei-, Ordnungs- und Versammlungsrechts und des Wirtschaftsrechts zu, in denen häufig die Beschwerdeführer Recht erhalten haben. Bei Verfassungsbeschwerden im Wirtschaftsrecht zeichnet sich allerdings im Jahr 2009 eine deutliche Veränderung ab. In dem Maße, in dem in diesem

44 Quelle: Amtliche Sammlungen der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) und der Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGK) für die Jahre 2007 bis 2009. Eigene Zählung.

Jahr die Verfassungsbeschwerden gegen staatliche Maßnahmen zur Bekämpfung der weltweiten Finanzkrise ansteigen, sinkt die Erfolgsquote.<sup>45</sup>

#### *IV. Wirkung des Bundesverfassungsgerichts – „black box‘ Implementationsfragen*

Unter den vom Bundesverfassungsgericht veröffentlichten Entscheidungen finden sich so gut wie keine, die sich *unmittelbar* auf Handlungen von Verwaltungsbehörden beziehen und diese aufheben. Wie wirken Entscheidungen, die es gar nicht gibt? Auf diese paradoxe Frage ließe sich die Erkenntnis zuspitzen. Was gibt es da zu implementieren?

Damit hat sich die Wirkungsfrage jedoch nicht – gleichsam von selber – erledigt. Es bleibt die Frage, ob, und wenn ja, welche *Fernwirkungen* den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zukommen. Die oben am Beispiel der Entscheidungstätigkeit des Bundesverfassungsgerichts zu Verfassungsbeschwerden erhobene Zusammenstellung hat gezeigt, dass Verwaltungen sehr wohl im Visier des Verfassungsgerichts auftauchen. Der Blick geht jedoch immer „um die Ecke“, da die Verwaltungsbehörden durchgängig erst mittels verwaltungsgerichtlicher Entscheidungstätigkeit ins Karlsruher Blickfeld geraten.

Das Verfassungsgericht gelangt zu den Verwaltungen nur mittels der GöR. Das verfassungsgerichtliche Judiz ist an die GöR adressiert, mit der Aufforderung, den betreffenden Fall neu aufzurollen und die Rechtsfrage im Sinne der verfassungsgerichtlichen Entscheidung neu zu beantworten. Die Wirkungsfrage wird durch diese Prozesslogik zunächst zu einer Frage nach den Implementationsbedingungen von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts durch andere Gerichte.<sup>46</sup> Insofern ist es zutreffend, von Fernwirkungen der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu reden. Nicht mehr die entschiedenen Einzelfälle selbst stehen im Vordergrund – es sind vielmehr Begründungsinhalte und Argumentationsketten, die weiter verwandt und in andere Kontexte gestellt werden. „Das verfassungsgerichtliche Argument gilt – Ausdruck der „Dogmatisierbarkeit“ – eben grundsätzlich dem System und nicht dem Fall.“<sup>47</sup>

Die Implementations- und Wirkungsfrage *verschiebt* sich damit. Sie hat nicht mehr zu lauten: Wie gehen Verwaltungsbehörden mit Judikaten des Bundesverfassungsgerichts um? Stattdessen muss gefragt werden: Wie gehen Verwaltungen

45 Gleiches gilt auch für die Verfassungsbeschwerden gegen den EU-Vertrag von Lissabon, die allerdings im Wege der Gesetzesverfassungsbeschwerde vor das Gericht getragen werden.

46 Ausführlich Gawron/Rogowski 2007, Kap. 4.

47 Jestaedt 2011: 148.

tungsbehörden mit Entscheidungen der GöR, gegebenenfalls verfassungsrechtlich „nachjustiert“ durch das Bundesverfassungsgericht, um?

Dieser Fernwirkung ist empirisch schwer beizukommen. Die rechtswissenschaftlich/rechtstheoretischen Debatten um Rechtssystem und Rechtsdogmatik<sup>48</sup>, um Vorverständnis und Methodenwahl<sup>49</sup> und zur Frage „Was weiß Dogmatik?“<sup>50</sup> sind bislang noch nie in ein für empirische Untersuchungen brauchbares Analysedesign umgesetzt worden. Die Bestimmung von Wirkungen wird dadurch außerordentlich schwierig, da sie Befolgsparameter neu und anders konstruieren muss.

Die Diskussion zu „Vollzugsdefiziten“ verschiedener Rechtsmaterien durch Verwaltungsbehörden<sup>51</sup>, vorzugsweise des Umweltrechts, hat viele Erkenntnisse über organisatorische, verwaltungsinterne, auch technische Bedingungen des Gesetzesvollzuges zusammengetragen, ohne jedoch die hier interessierende Frage des Verwaltungsvollzuges von Verwaltungs- beziehungsweise Verfassungsgerichtsentscheidungen auch nur ansatzweise zu thematisieren. Anzunehmen ist, dass für die Verarbeitung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen eine komplexe Gemengelage von rechtlichen, verwaltungsökonomischen, technisch-materiellen und sozialen Aspekten typisch ist.<sup>52</sup>

Hubert Treiber hat in der Debatte über „Implementation von Gerichtsentscheidungen“ seinerzeit vorgeschlagen, angesichts des „enormen Defizits an empirischen Untersuchungen“<sup>53</sup> anhand von Fallstudien mögliche Regelmäßigkeiten zu erkunden. Bei aller gebotenen Zurückhaltung gegenüber Verallgemeinerungen kann immerhin festgehalten werden, dass in der Implementationsforschung verschiedene Muster der Befolung, Abweichung und „Gegenimplementation“ (vornehmlich gegenüber Entscheidungen der Legislative) diskutiert worden sind. Sie sollen im Folgenden vorgestellt werden:

## 1. Kenntnisnahme

Kenntnisnahme bis hin zu Kenntnisnahme eines „Rechts aus Rezensionen“<sup>54</sup> sind wenig erforscht. Zwar dürfte der Abdruck einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der nach wie vor von vielen Juristen gelesenen Neuen Ju-

48 Luhmann 1974.

49 Esser 1972.

50 Kirchhof/Magen/Schneider 2012.

51 Grundlegend Mayntz et al. 1978; einen guten Überblick bieten Bültmann/Wätzold 2002.

52 Am Beispiel arbeitsgerichtlicher Entscheidungen: Rottleuther 1987: 193.

53 Treiber 1987: 323.

54 Häberle 1980.

ristischen Wochenschrift (NJW) ein guter Indikator für die Wichtigkeit des Karlsruher Judikats in dem entsprechenden Fachkreis bilden;<sup>55</sup> dasselbe ist für den Abdruck in den führenden Rechtszeitschriften der Fachgebiete von Gör anzunehmen. Die zunehmende Auffächerung des juristischen Zeitschriftenmarktes und vor allem die Verfügbarkeit von Internet und Online-Datenbanken multiplizieren die Möglichkeiten der Kenntnisnahme. Genaue Untersuchungen zu dieser Explosion der Informationsquellen und ihrer tatsächlichen Nutzung im juristischen Bereich wären wünschenswert.

Weniger am Informationsinteresse der professionellen Rechtsbenutzer in Verwaltungen und Anwaltskanzleien ausgerichtet sind dagegen die Kommentar- und Rezessionsstrategien der juristischen Fachzeitschriften. Kenntnis von Inhalt und Duktus der Entscheidungen bei Juristen dürfte nur ein Ziel ihrer Kommentierung oder ausführlichen Entscheidungsrezension bilden. Sie zielen vielmehr auf einen Dialog mit dem Gericht selbst, um bestimmte Entscheidungsentwicklungen zu beeinflussen.<sup>56</sup> Ein solcher Dialog kann allerdings ebenfalls den Kenntnisgrad einer Entscheidung erhöhen.

In den oben angesprochenen Entscheidungsfällen spricht vieles für die Vermutung, dass außer dem äußerst begrenzten Kreis „professioneller“ Beobachter des Bundesverfassungsgerichts nur die überschaubaren Gruppen von juristischen Mitarbeitern in den einschlägig befassten Behörden und Anwaltskanzleien von ihnen Kenntnis nehmen.

## 2. Verbreitung

Die weithin geübte Rechtspraxis besteht in der Weitergabe verfassungs- und verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen in Form von Ländererlassen, Richtlinien der Ministerialbürokratie, Rundschreiben und sogenannten Handreichungen von Regierungspräsidien und städtischen Rechtsämtern.<sup>57</sup> Untersuchungen zur Praxis einer „Normsetzung durch die Verwaltung“<sup>58</sup> ermöglichen jedoch keine quantifizierbaren Aussagen darüber, ob und in welchem Umfang und in welcher Genauigkeit höchstrichterliche Rechtsprechung wiedergegeben und gegebenenfalls mit kommentierenden Anmerkungen versehen wird. Dies gilt auch für die Mitteilungen in den Periodika der kommunalen Spitzenverbände oder Informationsblättern der Fachpolitiken. Nicht nur im juristischen Bereich hat die Verfüg-

55 So Gawron/Rogowski 2007: 48.

56 Gawron/Rogowski 2007: 49.

57 Scharmer 1987: 309.

58 Brandt/Schmedding 2000.

barkeit von Internet und Online-Datenbanken die Möglichkeiten der Kenntnisnahme im Wege der Verbreitung gesteigert.

### 3. Befolgung

Die Durchdringung der Verwaltungspraxis durch Ausformung des Verfassungsrechts durch das Bundesverfassungsgericht reicht allerdings weiter. In die Verwaltungspraxis hat sich das Substrat verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung in der ‚kleinen Münze‘ regelhaft verfahrenden Alltagshandelns eingeschliffen. Dazu ist der Bestimmtheitsgrundsatz ebenso zu zählen wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip und der Gleichbehandlungsgrundsatz. Verwaltungstradition der deutschen Administration und eine (auch im internationalen Vergleich) solide Ausbildung des Personals scheinen einen Umsetzungsprozess entlang von ‚Recht und Gesetz‘ zu garantieren. Allerdings darf diese Annahme nicht ohne Einschränkungen getroffen werden. Vorhandene Defizite werden von vielen Faktoren beeinflusst, die außerhalb des Rechts liegen: mangelnder Perso-

59 BVerfGE 69, 315 ff.

60 Wrase 2013.

61 Gawron/Rogowski 2007: 112.

62 Wächter 2008: 73 ff.

63 Kniesel/Poscher 2007: Rn. 194.

64 Siehe schon Heldrich 1972.

nalbesatz, fehlende Finanzausstattung, ständiger ‚Neubau der Verwaltung‘, Führungsstile, ‚Verwaltungskultur‘ und nicht zuletzt die Neuen Steuerungsmodelle, die bereits vom Ansatz her auf eine Entrechtlichung zielen. Die Verwaltungswissenschaft hat zwar viel über diese Modelle geschrieben, eine genaue Bestimmung des Verhältnisses zwischen rechtsförmiger Steuerung und neuen Steuerungsmodellen (ohne Recht) im Verwaltungshandeln jedoch unterlassen.

#### 4. Umdeutung

Aus der Verwaltungsgerichtsforschung der 1980er Jahre ist bekannt, dass der ‚Rechtsgehorsam‘ gegenüber gesetzgeberischen Programmen ähnlich ausgeprägt ist wie der gegenüber gerichtlichen Entscheidungen.<sup>65</sup> Damalige Untersuchungen haben aber auch Tendenzen zu Tage gefördert, ergangene Entscheidungen, die die eingübte Verwaltungspraxis infrage stellen, etwa durch Veränderungen des Planungsmaßstabes durch Bauverwaltungs- und Stadtplanungsämter<sup>66</sup> neu zu justieren oder bei ähnlich gelagerten Fällen, die Grund für eine verwaltungsgerichtliche Beanstandung gegeben haben, „nicht weit vom Buchstaben des Gesetzes zu entscheiden“<sup>67</sup>, um auf diese Weise nur vermeintliche Rechtskonformität herzustellen.

Die vorgestellten Varianten von Umdeutung – die Eingrenzung des Vollzuges auf unstrittige oder auf Unstreitigkeit ‚getrimmte‘ Programmteile – sind von einer tatsächlich ausgeübten und/oder angeordneten Nichtbefolgung beziehungsweise Nichtanwendung<sup>68</sup> zu trennen.

Nichtanwendungserlasse, Umdeutung, ‚gewichtete Arbeitsweise‘ und ‚freie Orientierung‘ setzen Wissen der Akteure voraus. Von diesen Varianten sind alle Fallkonstellationen von *Nicht-Wissen* als *Unkenntnis* deutlich zu unterscheiden. So ist sowohl bei kleinen Gemeinden mit wenigen Mitarbeitern,<sup>69</sup> aber selbst in Steuerverwaltungen<sup>70</sup> der Grad von Uninformiertheit groß. Dementsprechend ist die Chance der Nichtbefolgung aufgrund von Nicht-Wissen außerordentlich

65 Gawron 1987: 272 f. m.w.N.

66 „Briefmarkenplanung“ – Voge 1993: 25.

67 Für die Finanzverwaltung: „Freie Orientierung am Vorschriftenzweck“ – Weingarten 1993: 429.

68 Nichtanwendungserlasse stellen bei Finanz- und neuerdings bei Sozialgerichtsverfahren eine nicht unbekannte Praxis dar, sind aber für eine Prüfung des Verhältnisses von Bundesverfassungsgericht und Verwaltungsbehörden an dieser Stelle ohne Relevanz; siehe Desens 2011.

69 Für die Bauverwaltung Voge 1993: 27; für die Umweltverwaltung Lahl 1993 und Lübbe-Wolff 1993.

70 Weingarten 1993: 380 ff. ; Haumann 2008: 12 ff.

hoch.<sup>71</sup> Einschränkend ist allerdings anzumerken, dass über den tatsächlichen Umfang des Nicht-Wissens keine empirisch gewonnenen Daten vorliegen.

## 5. Vermeidung neuer Konflikte mit GöR

Weitere Wege, Autonomie der Entscheidung gegenüber (zukünftigen) Klienten zu bewahren, sind mit der gütlichen Einigung beziehungsweise der vorgerichtlichen Streitbeilegung vorgezeichnet. Häufig werden damit strategische Interessen seitens der Verwaltung bedient. Ein Gerichtsurteil birgt das Risiko einer Beanstandung und damit einer notwendigen Korrektur der bisherigen Verwaltungspraxis. Mit einer vor- oder außergerichtlichen Streitbeilegung bleibt hingegen die eigene Handlungsroutine aufrechterhalten und kann im nächsten zur Entscheidung anstehenden Fall unangefochten weiter ausgeübt werden.<sup>72</sup> Derartige Praktiken sind sowohl von Finanzbehörden wie von der Polizei bekannt. Die Vermeidung von Vergerichtlichung sichert auch für eine nächste Zukunft den eigenen – judiziell nicht kontrollierten – Handlungsspielraum.

## V. Abschließende Bemerkungen zur Wirkungsanalyse von (Verfassungs-)Gerichtsentscheidungen gegenüber der Verwaltung

Wirkungen entfaltet die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf Verwaltungsbehörden nur in *indirekter* Weise: Seine Spruchtätigkeit gelangt zu den Behörden nur mittels der GöR. Voraussetzung dafür ist, dass deren (eingeschränkte) Kontrolltätigkeit des Verwaltungshandelns überhaupt zu Verfassungsbeschwerden in Karlsruhe geführt haben. Die Wirkungsbeziehung zwischen Verfassungsgericht und Verwaltungsbehörde stellt sich als eine *Wirkungskette* dar, vereinfacht durch die Begriffe Behörde – GöR – Bundesverfassungsgericht – GöR – Behörde charakterisiert. Über Mittlungen und Brechungen in dieser Kette ist sehr wenig bekannt.

Wirkungsanalysen, die ein wenig Licht in das (empirisch weitgehend unbekannte) Verhältnis zwischen Verfassungs- beziehungsweise Verwaltungsgericht und Verwaltungsbehörde bringen möchten, stehen vor mehreren Aufgaben:

Zum ersten sind die bekannten Ergebnisse der Implementations- und verwaltungswissenschaftlichen Forschung zum *Umgang* mit Recht erneut zu sortieren und auf die Frage zuzuspitzen, welcher Stellenwert im Verwaltungsvollzug heute

71 Popitz 1968.

72 Blankenburg/Klausa/Rottleuthner 1980; Blankenburg/Gottwald/Stempel 1982.

noch dem Steuerungsmedium Recht zukommt. Die umfangreiche Diskussion der 1980er Jahre über Vollzugsdefizite, Grenzen und Alternativen zum Recht hat sich (zu) wenig auf das Verwaltungshandeln im engeren Sinne konzentriert und das *Mit- und Nebeneinander* von rechtsförmiger und nicht-rechtsförmiger Steuerung des Verwaltungsvollzuges nicht in genügender Schärfe herausgearbeitet. Nicht die Alternativität, sondern die *Mischung der Steuerungsformen* ist über die Zeit zum klärungsbedürftigen Phänomen geworden. Das Verhältnis der Formen zueinander ist zugegebenermaßen schwer zu konzeptualisieren und noch schwieriger empirisch zu ermitteln.

Gleichwohl ist es unabdingbare Voraussetzung für eine (wenigstens in Umrissen erkennbare) Beantwortung der eingangs dieses Teils gestellten Frage: Der präzise Stellenwert rechtsförmiger *Steuerung* des Handelns von Verwaltungen ist deshalb von zentraler Bedeutung, weil eine judizielle Kontrolle *per definitionem* nur das *rechtsförmige Handeln* der Verwaltung ins Visier nehmen kann. Ein nicht am Rechtsbegriff orientiertes Verwaltungshandeln ist praktisch nur über Missbrauchsannahmen einer juristischen (Gerichts-)Kontrolle zugänglich. Um Autonomie im Sinne von Rechtsfreiheit im Verwaltungshandeln genauer bestimmen zu können, ist die präzise Ermittlung des rechtlich gebundenen Handelns zwingende Voraussetzung.<sup>73</sup> Erst wenn der Umfang des vergerichtlichungsfähigen Verwaltungshandelns genau bekannt ist, kann über die Implementationschancen judizieller Entscheidungen und über deren Wirkungen für die Verwaltung informierter als zurzeit möglich geforscht werden.

Von ebenso großer Bedeutung dürfte die Ermittlung von *Varianz* in ein und demselben Verwaltungsfeld sein. Es fehlen nahezu vollständig substantiierte Untersuchungen in vergleichender Perspektive darüber, wie Verwaltungseinheiten an unterschiedlichen Orten mit demselben Rechtsprogramm umgehen.<sup>74</sup> Dabei wird auf die verschiedenen *Typen von Verwaltung* zu rekurrieren sein: Für den sogenannten Regelvollzug in Sozialämtern und Steuerbehörden wird die Frage anders zu beantworten sein als im Bereich der Gefahrenabwehr oder für Planfeststellungs-Entscheidungen beim Ausbau von Fernenergieleitungen oder bei Flughafenplanungen. Hier eröffnen die Rechtsprogramme unterschiedliche Gestaltungs- und Handlungsspielräume für die betreffenden Verwaltungen. Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe rufen andere Handlungsspielräume auf als Planungsanforderungen und finale Programmierungen.<sup>75</sup> Dementsprechend wird

73 Jestaedt 2010; Schuppert 2011.

74 So ist beispielsweise bekannt, dass in den einzelnen Verwaltungsbezirken Berlins die Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt (HLU) unterschiedlich bemessen worden sind – trotz desselben Rechtsprogrammes; vgl. die älteren Ansätze bei Grunow/Hegner 1978.

75 Treiber 1980.

das *Mischungsverhältnis* von rechtlichem Steuerungspotenzial und außerrechtlichen Faktoren je nach *policy* unterschiedlich bedeutsam.

Jüngste Verwaltungsrechtsdogmatik und neueste Ansätze der Verwaltungswissenschaften lassen sich sinnvoll kombinieren und können zu präzisen Fragestellungen führen. Insbesondere bei Auslotung der Gestaltungsspielräume einer ‚regulierenden Verwaltung‘ und bei Planfeststellungsbeschlüssen zu Infrastrukturvorhaben sind neue Designoptionen für entsprechende Untersuchungen erkennbar. Werden die Ergebnisse beider Wissenschaftsstränge mit einer (wiederzubelebenden) Justiforschung kombiniert, ließen sich genauere Aussagen über die Bedingungen und Gründe von Beanstandungen der GöR und den Chancen ihrer Befolgung in den Verwaltungsbehörden treffen. Hierauf muss eine Analyse der (Fern-)Wirkungen von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in die Verwaltung aufbauen.

#### *Literatur*

- Beyme, Klaus von (2011) Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden.
- Blankenburg, Erhard/Klaus, Ekkehard/Rottleuthner, Hubert; Mitarbeit Rogowski, Ralf (Hg.) (1980) Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, Opladen.
- Blankenburg, Erhard/Gottwald, Walther/Stempel, Dieter (Hg.) (1982) Alternativen in der Ziviljustiz, Bonn.
- Blankenburg, Erhard/Schönholz, Siegfried/Rogowski, Ralf (1979) Zur Soziologie des Arbeitsgerichtsverfahrens, Neuwied/Darmstadt.
- Bogumil, Jörg/Jann, Werner (2005) Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, Wiesbaden.
- Bohne, Eberhard (1980) Informales Verwaltungshandeln im Gesetzesvollzug, in: Blankenburg, Erhard/Lenk, Klaus; Mitarbeit Rogowski, Ralf (Hg.), Organisation und Recht. Organisatorische Bedingungen des Gesetzesvollzuges, Opladen: 20 ff.
- Bohne, Eberhard (1981) Der informale Rechtsstaat. Eine empirische und rechtliche Untersuchung zum Gesetzesvollzug unter besonderer Berücksichtigung des Emissionsschutzes, Berlin.
- Brandt, Edmund/Schmedding, Ullrich (2000) Rechtssetzung durch die Verwaltung, Berlin.
- Breunung, Leonie (1990) Rechtstatsachenforschung im Bereich des Stadtplanungsrechts. Stand und Perspektiven, Vervielfältigtes Manuskript, Hannover.
- Bültmann, Alexandra/Wätzold, Frank (2002) Der Vollzug von Umweltrecht in Deutschland, Marburg.
- Desens, Marc (2011) Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, Bedingungen und Grenzen für Nichtanwendungserlasse, Tübingen.
- Döhler, Marian (2006) Regulative Politik und Transformation der klassischen Verwaltung, in: Bogumil, Jörg/Jann, Werner/Nullmeier, Frank (Hg.), Politik und Verwaltung, Wiesbaden: 209 ff.
- Döhler, Marian/Wegrich, Kai (2010) Regulierung als Konzept und Instrument moderner Staatstätigkeit, Der moderne Staat (dms), Jg. 3: 31 ff.

- Dreier, Horst (1991) Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, Tübingen.
- Dreier, Horst (1993) Informales Verwaltungshandeln, Staatswissenschaft und Staatspraxis, Jg. 4: 647 ff.
- Eckertz-Höfer, Marion (2008) Geschäftslage des Bundesverwaltungsgerichts – Neuordnung der Rechtswegezuständigkeit – erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, DVBl, Jg. 123: 500 ff.
- Eckertz-Höfer, Marion (2010) Geschäftslage beim Bundesverwaltungsgericht, DVBl, Jg. 125: 436 ff.
- Eckertz-Höfer, Marion (2011) Geschäftslage beim Bundesverwaltungsgericht, DVBl, Jg. 126: 876 ff.
- Esser, Joseph (1972) Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main.
- Fehling, Michael (2008) Das Verhältnis von Recht und außerrechtlichen Maßstäben, in: Trute, Hans-Heinrich et al. (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzeptes, Tübingen: 461 ff.
- Gawron, Thomas (1987) Einleitung zum Teil Implementation verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Blankenburg, Erhard/Voigt, Rüdiger (Hg., unter Mitarbeit von Gawron, Thomas/Rogowski, Rolf), Implementation von Gerichtsentscheidungen, Wiesbaden: 264 ff.
- Gawron, Thomas/Rogowski, Ralf (1987) Implementation von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen – die intergerichtliche Kommunikation, in: Blankenburg, Erhard/Voigt, Rüdiger (Hg., unter Mitarbeit von Gawron, Thomas/Rogowski, Ralf), Implementation von Gerichtsentscheidungen, Wiesbaden: 352 ff.
- Gawron, Thomas/Rogowski, Ralf (1996) Effektivität, Implementation und Evaluation. Wirkungsanalyse am Beispiel von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Zeitschrift für Rechtssoziologie, Jg. 17: 177 ff.
- Gawron, Thomas/Rogowski, Ralf (2002) Implementation of German Federal Constitutional Court Decisions. Judicial Orders and the Federal Legislature, in: dies. (Hg.), Constitutional Courts in Comparison. The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court. New York/Oxford: 239 ff.
- Gawron, Thomas/Rogowski, Ralf (2007) Die Wirkung des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden.
- Grunow, Dieter/Hegner, Friedhart (1978) Die Gewährung persönlicher und wirtschaftlicher Sozialhilfe, Bielefeld.
- Häberle, Peter (1980) Recht aus Rezensionen, Königstein.
- Hesse, Joachim J./Ellwein, Thomas (2012) Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden.
- Haumann, Christian (2008) Die „gewichtende Arbeitsweise“ der Finanzverwaltung, Berlin.
- Heldrich, Axel (1972) Höchstrichterliche Rechtsprechung als Triebfeder sozialen Wandels, in: Rehbinder, Manfred/Schelsky, Helmut (Hg.), Zur Effektivität des Rechts, Düsseldorf: 305 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (2005) Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch: zur Qualitätsgewährleistung durch Normen, Baden-Baden.
- Jann, Werner (2009) Praktische Fragen und theoretische Antworten: 50 Jahre Policy-Analyse und Verwaltungsforschung, Politische Vierteljahrschrift (PVS), Jg. 50: 476 ff.

- Janning, Frank (2006) Über das Verhältnis zwischen Policy-Forschung und Verwaltungswissenschaft, in: Bogumil, Jörg/Jann, Werner/Nullmeier, Frank (Hg.), Politik und Verwaltung, Wiesbaden: 77 ff.
- Jestaedt, Matthias (2010) Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin/New York: 329 ff.
- Jestaedt, Matthias (2011) Phänomen Bundesverfassungsgericht – Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: ders. et al. (Hg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin: 77 ff.
- Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (2012) Was weiß Dogmatik?, Tübingen.
- Kooimann, Jan (2003) Governing as Governance, London.
- Kranenpohl, Uwe (2010) Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses: Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts, Wiesbaden.
- Kniesel, Michael/Poscher, Ralf (2007) Versammlungsrecht, in: Lisken, Hans/Denninger, Erhard (Hg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., München: 1009 ff.
- Lahl, Uwe (1993) Das programmierte Vollzugsdefizit, Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), Jg. 1: 249 ff.
- Leibholz, Gerhard/Rinck, Justus/Hesselberger, Dieter (Hg.) (2011) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 56. Ergänzungslieferung, München.
- Lembcke, Oliver (2007) Hüter der Verfassung, Tübingen.
- Lepsius, Oliver (2011) Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt, Matthias et al. (Hg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren, Berlin: 159 ff.
- Lorig, Wolfgang H. (2012) Verwaltungsmodernisierung im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland, in: Härtel, Ines (Hg.), Handbuch Föderalismus, Bd. 2, Heidelberg et al.: 79 ff.
- Lübbe-Wolff, Gertrude (1993) Vollzugsprobleme der Umweltverwaltung, Natur und Recht (NuR), Jg. 15: 217 ff.
- Luhmann, Niklas (1974) Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart et al.
- Mayntz, Renate et al. (1978) Vollzugsprobleme der Umweltpolitik. Empirische Untersuchungen der Implementation von Gesetzen im Bereich der Luftreinhaltung und des Gewässerschutzes, Wiesbaden.
- Mayntz, Renate (Hg.) (1983) Implementation politischer Programme I, Königstein.
- Mayntz, Renate (Hg.) (1987) Implementation politischer Programme II, Königstein.
- Popitz, Heinrich (1968) Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, Tübingen.
- Rottleuthner, Hubert (Hg.) (1984) Rechtssoziologische Studien zur Arbeitsgerichtsbarkeit, Baden-Baden.
- Rottleuthner, Hubert (2001) Pointierte Zusammenfassung: Déjà vu, in: Hof, Hagen/Schulte, Martin (Hg.), Wirkungsforschung zum Recht III, Baden-Baden: 307 ff.
- Schäfer, Rudolf (1987) Städtebaupolitik vor dem Verwaltungsgericht, in: Blankenburg, Erhard/Voigt, Rüdiger (Hg., unter Mitarbeit von Gawron, Thomas/Rogowski, Rolf), Implementation von Gerichtsentscheidungen, Wiesbaden: 281 ff.
- Schäfer, Rudolf/Schmidt-Eichstaedt, Gerd (1984) Praktische Erfahrungen mit dem Bundesbau- gesetz, Melle.
- Scharmer, Eckart (1987) Gesetzgeber als Akteur bei der Implementation von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Blankenburg, Erhard/Voigt, Rüdiger (Hg., unter Mitar-

- beit von Gawron, Thomas/Rogowski, Rolf), *Implementation von Gerichtsentscheidungen*, Wiesbaden: 308 ff.
- Schlach, Klaus/Korioth, Stefan (2010) *Das Bundesverfassungsgericht*, 8. Aufl., München.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (2002) Zur Gesetzesbindung der verhandelnden Verwaltung, in: in: Eberle, Carl-Eugen/Ibler, Martin/Lorenz, Dieter (Hg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart – Festschrift für Winfried Brohm zu 70. Geburtstag*, München: 547 ff.
- Schuppert, Gunnar Folke (2000) *Verwaltungswissenschaft*, Baden-Baden.
- Schuppert, Gunnar Folke (2011) *Der Rechtsstaat unter den Bedingungen informaler Staatlichkeit*, Baden-Baden.
- Statistischen Bundesamt (2009), *Statistisches Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland 2009*, Wiesbaden.
- Statistischen Bundesamt (2010), *Statistisches Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland 2010*, Wiesbaden.
- Statistischen Bundesamt (2011), *Statistisches Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland 2011*, Wiesbaden.
- Steinbeiß-Winkelmann, Christine/Ott, Georg (2011) Das Widerspruchsverfahren als Voraussetzung des Gerichtszuganges in VwGO, FGO und SGG, NVwZ, Jg. 30: 914 ff.
- Steinberg, Rudolf (1998) *Der ökologische Verfassungsstaat*, Frankfurt am Main.
- Stolleis, Michael (2000) *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3, München.
- Thieme, Werner (1984) *Verwaltungslehre*. 4. Aufl., Köln et al.
- Treibler, Hubert (1980) Kritische Anmerkungen zum Referat Dieter Grunows „Personenbezogene und personalstrukturelle Bedingungen unterschiedlicher Rechtsanwendung im Verwaltungssalltag“, in: Blankenburg, Erhard/Klaus Lenk (Hg., unter Mitarbeit von Gawron, Thomas/Rogowski, Rolf), *Organisation und Recht. Organisatorische Bedingungen des Gesetzesvollzuges*, Opladen: 195 ff.
- Treibler, Hubert (1987) Was leistet der Implementationsansatz bei der Analyse des Vollzuges verwaltungsgerechtlicher Entscheidungen? , in: Blankenburg, Erhard/Voigt (Hg., unter Mitarbeit von Gawron, Thomas/Rogowski, Rolf), *Implementation von Gerichtsentscheidungen*, Wiesbaden: 264 ff.
- Treibler, Hubert (2007 und 2008) Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft – eine „Revolution auf dem Papier“?, *Kritische Justiz*, Jg. 40: 328 ff.; und Jg. 41: 48 ff.
- Treibler, Hubert (2010) Wie wirkt Recht?, in: Wagner, Gerhard (Hg.), *Kraft Gesetz. Beiträge zur rechtssoziologischen Effektivitätsforschung*, Wiesbaden: 119 ff.
- Ule, Carl-Herrmann (1987) *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl., München.
- Vesting, Thomas (2008) Rechtswissenschaftliche Beobachtung des Rechtssystems: Einheitsbildung und Differenzerzeugung, In: Trute, Hans-Heinrich et al. (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Tübingen: 233 ff.
- Voge, Andreas (1993) *Bebauungspläne vor Gericht*, Dortmund.
- Waechter, Kai (2008) Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes für das behördliche Vorgehen gegen politisch extreme Versammlungen: Maßgaben für neue Versammlungsgesetze der Länder, *Verwaltungsarchiv*, Jg. 99: 73 ff.
- Weingarten, Joe (1993) *Finanzverwaltung und Gesetzesvollzug*, Opladen.
- Werner, Fritz (1959) Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht. In: DVBl., Jg. 74: 527 ff.
- Wollmann, Hellmut (Hg.) (1980) *Politik im Dickicht der Bürokratie*, Opladen.

- Wollmann, Hellmut (1982) Untersuchungsansätze und Nutzungschancen einer Rechtstatsachenforschung im Städtebaurecht, Berlin.
- Wollmann, Hellmut (2009) Kontrolle in Politik und Verwaltung: Evaluation, Controlling und Wissensnutzung, in: Schubert, Klaus/Bandelow, Nils C. (Hg.), Politikfeldanalyse 2.0, München: 879 ff.
- Wollmann, Hellmut et al. (1985) Rechtstatsachenuntersuchung zur Baugenehmigungspraxis, Schriftenreihe des BM für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, Heft 03.110, Bonn.
- Wräse, Michael (2013) Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit. Zur problembezogenen Methode der Grundrechtsinterpretation, Diss., Berlin.

