

# Hubert Treiber

## Trägt die Vorschriftenbereinigung zum effektiveren Vollzug bei?

Oder die Entdeckung des versierten »Bastlers« im »Vorschriftendschungel«.<sup>1</sup>

Die Aktualität eines Themas läßt sich auch herstellen. Schließlich gibt es auch im Wissenschaftsbetrieb »Unternehmer«, die Themen »erfinden« und »verkaufen« – über geschickt plazierte Tagungen und ihnen folgende Publikationen. Erfolgversprechend sind vor allem solche Themen, die bereits Zugang zu einer interessierten Fachöffentlichkeit gefunden haben und auch schon medienwirksam aufbereitet worden sind. Dies trifft wiederum in besonderem Maße auf solche Themen zu, die sich in abrufbare topoi verwandelt haben und überdies miteinander verknüpft sind: Als ein besonders anschauliches Beispiel eines politisch wirkungsvollen Deutungsangebots der letzten Jahre erwies sich die Metapher von der »Gesetzes- und Vorschriftenflut«, die bereits auf der sprachlichen Ebene die Aktionsprogramme der »Gesetzesvereinfachung und Vorschriftenreduzierung« implizierte.

Es liegt nun nahe, weitere Verknüpfungen dergestalt herzustellen, daß danach gefragt wird, ob die durchgeführten Vorschriftenbereinigungen zu einem effektiveren, also wirkungsvolleren Vollzug beigetragen haben. Allerdings wirft diese Frage aus der Sicht einer empirisch informierten Verwaltungswissenschaft mehr Fragen auf als diese zu beantworten derzeit imstande ist. Angesichts fehlender empirischer Untersuchungen stellt sich somit die Aufgabe, Überlegungen anzubieten, die aufzeigen helfen, wie diese Fragestellung einer empirischen Bearbeitung zugänglich gemacht werden könnte. Eine solche (gegen das nicht unübliche Sammeln von Empiriesplittern gerichtete) Vorgehensweise vermag insofern systematische Überlegungen anzubieten, als sie einschlägige Veröffentlichungen zur Vollzugsforschung wie solche zur »Verwaltungs- bzw. Vorschriftenvereinfachung« gewissermaßen gegen den Strich liest (einschließlich solcher Berichte, welche über intendierte oder durchgeführte Reformbemühungen Auskunft geben). Erfolgversprechend scheint demnach eine Betrachtungsweise, die »Einsichten« der Vollzugsforschung in Beziehung setzt zu »Anliegen« der Vorschriftenbereinigung. Eine solche Betrachtungsweise entdeckt dann im »Vorschriftendschungel« eine Spezies, die sich diesem soweit angepaßt hat, daß sie bislang völlig übersehen wurde: den im Umgang mit Recht und Vorschriften versierten »Bastler«.

Zunächst scheint es angebracht, sich über zwei mißverständliche Begriffe zu verständigen. So fragt »effektiver(er) Vollzug« nach der Wirksamkeit von Recht bzw. von Verwaltungsprogrammen; üblicherweise geschieht dies dergestalt, daß im Sinne einer Absichtsanalyse die mit einem Programm intendierten Ziele identifiziert werden und dann zu ermitteln versucht wird, inwieweit sie durch das Verwaltungs-

<sup>1</sup> Es handelt sich um die leicht überarbeitete Fassung eines Vortrags aus Anlaß der vom Nieders. Innenministerium veranstalteten Tagung über »Probleme des Gesetzesvollzugs«. Ich danke Klaus Lenk (Oldenburg) als Mitveranstalter für sein Entgegenkommen, diesen Beitrag »an anderer Stelle« publizieren zu können. Für Kritik wie Zustimmung sei Rainer Keller und Rainer Wolf gedankt.

handeln auch tatsächlich erreicht werden.<sup>2</sup> Da wir mit dieser Begriffsklärung hier nur einen bescheidenen analytischen Nutzen verbinden, sollen die mit dieser Betrachtungsweise verbundenen Probleme, insb. die unausweichliche Problematik der Operationalisierung (bei vagen Zielvorgaben, bloßen Absichtserklärungen und sprachlich harmonisierten, aber eindeutig konfligierenden Zielvorstellungen), ausgeklammert werden.<sup>3</sup> Von der »Wirksamkeit« ist die »Geltung« von Recht resp. von Vorschriften zu unterscheiden, im Sinne der Beachtung/Einhaltung der jeweils proklamierten Gebote und Verbote bzw. im Sinne des Gebrauchs oder Nichtgebrauchs von Regelungsangeboten – ein nicht seltener Fall bei der verbreiteten »passiven Institutionalisierung« der Verwaltung, also ihres Tätigwerdens nur auf Antrag.<sup>4</sup> Der mit dieser Unterscheidung verbundene analytische Nutzen besteht darin, darauf hinzuweisen, daß die »Wirksamkeit« möglicherweise weniger von der Geltungsfrage abhängt, also von der genauen Beachtung möglichst aller relevanter Vorschriften, daß vielmehr eine selektive Handhabung der Geltung die Wirksamkeit von Normen resp. Vorschriften garantieren bzw. erhöhen kann.<sup>5</sup>

Was den Begriff »Verwaltungsvorschriften« angeht, so folgen wir dem Vorschlag Ellweins, der auf eine positive formelle Definition verzichtet<sup>6</sup> und statt dessen die nicht unübliche Form der negativen Abgrenzung wählt (die u. a. durch die vorherrschende rechtsdogmatische Betrachtungsweise evoziert wird, welche sich mit der Frage beschäftigt, wie sich Rechtsvorschriften zu Verwaltungsvorschriften verhalten und welche Außenwirkung mit diesen verbunden ist):

Insoweit zählt »zu den Verwaltungsvorschriften, was nicht Rechtsnorm ist (Gesetze, einschl. supranationaler Rechtssetzung, Verfassungsgerichtsentscheidungen mit Gesetzesrang, Rechtsverordnungen, Satzungen, allgemeine Rechtsgrundsätze, rechtssetzende Vereinbarungen zwischen dazu befugten Partnern, Gewohnheitsrecht und Observanzen) und was nicht lediglich mündlich weitergegeben wird. In dem so verbleibenden Bereich ist zwischen den Vorschriften selbst und den anderen »Äußerungen vorgesetzter Dienststellen zu unterscheiden, die wie Vorschriften wirken können.«<sup>7</sup>

Es liegt in der Konsequenz dieser Vorgehensweise, daß man sich dann mit einer

<sup>2</sup> Vgl. hierzu Blankenburg, E.: Über die Unwirksamkeit von Gesetzen, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 63 (1977), S. 40 f.; Mayntz, R./Endler, K./Feick, J./Klitzsch, W./Schumacher-Wolf, C./Siedenburg, U./Sippel, F.: Informations- und Kommunikationstechnologien in der öffentlichen Verwaltung. Bd. 1: Anwendungsstand und Ansatzpunkte für informationstechnische Innovationen. Bonn/St. Augustin 1983 (GMD-Studien Nr. 75), S. 70; Reh binder, M.: Die Verwaltung als Schaltstelle zwischen Recht und Gesellschaft, in: Verwaltung im Rechtsstaat. Festschrift für Carl Hermann Ule zum 80. Geburtstag, hg. v. W. Blümel et al., Köln usw. 1987, S. 291 f.; Reichard, C./König, H.: Zur Effizienz der öffentlichen Verwaltung, in: J. J. Hesse (Hg.): Politikwissenschaft und Verwaltungswissenschaft, PVS-Sonderheft 13/1982, S. 205 f.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu z. B. Blankenburg, E.: Rechtssoziologie und Rechtswirksamkeitsforschung: Warum es so schwierig ist, die Wirksamkeit von Gesetzen zu erforschen?, in: W. Schreckenberger (Hg.): Gesetzgebungslehre. Stuttgart usw. 1986, S. 109–120; Zeh, W.: Wille und Wirkung der Gesetze. Verwaltungswissenschaftliche Untersuchung am Beispiel des Städtebauförderungsgesetzes, Bundesimmissionsschutzgesetzes, Fluglärmsgesetzes und Bundesausbildungsförderungsgesetzes. Heidelberg 1984, S. 43 ff., 60 ff., 461–531.

<sup>4</sup> Leibfried, S.: Vorwort, in: F. F. Piven/R. A. Cloward: Regulierung der Armut. Die Politik der öffentlichen Wohlfahrt. Frankfurt 1977, S. 54 f.

<sup>5</sup> Grundlegend hierzu: Popitz, H.: Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe. Tübingen 1968; ferner Blankenburg (Fn. 2), S. 48; Blankenburg, E./Krautkrämer, U.: Ein Verwaltungsprogramm als Kaskade von Rechtsvorschriften: Das Arbeitsförderungsgesetz, in: R. Mayntz (Hg.): Implementation politischer Programme. Empirische Forschungsberichte. Königstein/Ts. 1980, S. 145.

<sup>6</sup> Vgl. auch Ellwein, T./Wollscheid, P.: Die Vorschriften der Gewerbeaufsicht. Zugänge zu einer Analyse, in: Zeitschrift für Gesetzgebung 1 (1986), S. 336.

<sup>7</sup> Ellwein, T.: Verwaltung und Verwaltungsvorschriften. Notwendigkeit und Chance der Vorschriftenvereinfachung. Opladen 1989, S. 28.

enumerativen Liste von »Fallgruppen« bescheiden muß; zu den Verwaltungsvorschriften im engeren Sinne zählt Ellwein<sup>8</sup> schließlich die folgenden Gruppen:

- »1. die formal herausgehobenen Durchführungsverordnungen, Verwaltungsverordnungen und Zuständigkeitsverordnungen;
2. die Dienstanweisungen, Geschäftsanweisungen, Arbeitsanweisungen und ggf. auch Geschäftsordnungen;
3. die Allgemeinen Anweisungen, Erlasse und Verfügungen;
4. die Mitteilungen, Hinweise, offiziell bereitgestellten Arbeitsmittel, Verzeichnisse, Formulare, Merkblätter usw., die arbeitsanleitend wirken;
5. die Verweise auf Regeln, welche von der Verwaltung anzuwenden sind, aber nicht in ihrer Verantwortung entstehen, vor allem also Gerichtsurteile und Technische Regeln oder Normen;<sup>9</sup>
6. die konkrete Weisung im Einzelfall;
7. informierende Empfehlungen.«<sup>10</sup>

Sowohl die wenigen empirischen Studien, die zu dem Untersuchungsgegenstand, der mit dem topos der »Gesetzesflut« belegt wurde, vorliegen und zugleich den üblicherweise geltenden methodologischen Voraussetzungen genügen – streng genommen trifft dies »nur« für Erika Müllers »Gesetzgebung im historischen Vergleich« mit gewissen Einschränkungen<sup>11</sup> und für Wolf Linders »Überrollt uns eine Gesetzesflut?« zu<sup>12</sup> – als auch die spärlichen empirisch informierten Studien zur »Vorschriftenflut«<sup>13</sup> sehen die hier mit Bezug auf die vorgegebene Fragestellung anzusprechende Ausgangsproblematik in erster Linie in dem Umstand der Quantität von Normen und Vorschriften, noch mehr allerdings in der Änderungshäufigkeit der zahlreichen miteinander auch verflochtenen Normen und Vorschriften, woraus u. a. das die Praxis beschäftigende Problem der Gültigkeit(sfeststellung) resultiert.

<sup>8</sup> A. a. O., S. 29.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu Wolf, R.: Rechtsordnung und Technostruktur: Die Grenzen regulativer Politik im Bereich der Kernenergie, in: Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, hg. v. V. Gessner/ G. Winter, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtslehre, Bd. 8 (1982), 240–265.

<sup>10</sup> Zur quantitativen Ausprägung der von der Gewerbeaufsicht heranzuziehenden Vorschriften vgl. Ellwein/Wollscheid 1986 (Fn. 6), S. 330, Tab. 4, Vgl. auch Ellwein 1989 (Fn. 7), S. 30 ff. u. 33 f.

<sup>11</sup> Müller, E.: Gesetzgebung im historischen Vergleich. Ein Beitrag zur Empirie der Staatsaufgaben. Pfaffenweiler 1989. Problematisch erweist sich die herangezogene Klassifizierung von »deklaratorischen Neufassungen«, »Änderungs-«, »Reform-« und »neuen« Normen (als Restkategorie), wodurch die Anzahl der »neuen« Normen auf Kosten der »Änderungsnormen« als zu hoch ausgewiesen wird (S. 82 f.); vgl. auch Müller, E./Nuding, W.: Gesetzgebung – »Flut« oder »Ebbe?«, in: Politische Vierteljahresschrift (PVS) 25 (1984), 74–96.

<sup>12</sup> Linder, W.: Überrollt uns eine Gesetzesflut? Eine empirische Untersuchung über die quantitative Entwicklung des schweizerischen Rechts, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 86 (1985), 417–444.

Allerdings bezieht sich die Studie Linders auf die Analyse der quantitativen Entwicklung des schweizerischen Rechts von 1947 bis 1982 – im Sinne einer Überprüfung des globalen Wachstums wie einer Erfassung der Entwicklung in einzelnen Rechts- resp. Aufgabengebieten und bei den einzelnen Normstufen (Gesetze, parlamentarische Beschlüsse, Verordnungen usw.). Jedoch ist Linder der einzige, der die glänzende Idee hatte, die quantitative Entwicklung des Rechts durch die Übertragung der von der Bevölkerungswissenschaft entwickelten statistischen Maße zu »messen«, so daß er neben den Zuwächsen auch die Aufhebungen zählte und sie einander gegenüberstellte.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Ellwein 1989 (Fn. 7), S. 72 f., 80 ff.; Ellwein/Wollscheid 1986 (Fn. 6), S. 316, den historisch gewachsenen Vorschriftenbestand der Steuerverwaltung und Gewerbeaufsicht betreffend; vgl. auch die einschl. Berichte zum Stand der Verwaltungsvereinfachung bei Bund und Ländern: z. B. Hesse, J. J.: Zum Stand der Verwaltungsvereinfachung bei Bund und Ländern, in: DÖV 40 (1987), 474–485; Volz, J.: Bürgernähe in der Verwaltung. Bericht über den Stand der Reformbemühungen im Bund und in den Ländern (I), in: VOP 4 (1982), 9–13; Volz, J.: Bürgernähe in der Verwaltung. Bericht über den Stand der Reformbemühungen im Bund und in den Ländern (II), in: VOP 4 (1982), 70–74; Waffenschmidt, H.: Aspekte zur Rechts- und Verwaltungsvereinfachung aus der Sicht der Bundesverwaltung, in: VOP 6 (1984), 4–11; skeptisch dagegen: Becker, B.: Öffentliche Verwaltung. Lehrbuch für Wissenschaft und Praxis. Percha 1989, S. 917 ff. und Seibel, W.: Entbürokratisierung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Die Verwaltung 19 (1986), 137–162.

Diese Problemsicht scheint weitgehend auch vom Personal von Verwaltungen geteilt zu werden, wie eine von Renate Mayntz und ihren Mitarbeitern durchgeführte Untersuchung aus dem Jahre 1983 zeigt, die allerdings weitgehend auf sog. Experteninterviews in ausgewählten Behörden beruht.<sup>13a</sup> Experteninterviews scheinen dafür anfällig zu sein, daß der externe Wissenschaftler dem zu interviewenden Organisationsmitglied mit analytischen Kategorien aufwartet, die diesen in der dem Wissenschaftler vertrauten Sprache antworten lassen, welche eine Vertrautheit mit der vom Forscher geteilten Problemsicht somit suggeriert, zumal dann, wenn die gängige Bürokratiekritik mit ihren einprägsamen *topoi* genügend Interpretationshilfen anbietet – dem Forscher wie dem Befragten. Auf diese Weise erarbeiten beide eine gemeinsame Problemsicht.

Aus der bereits erwähnten Mayntz-Studie sei ausführlich zitiert:

»In relativ vielen Untersuchungsbereichen stießen wir auf Probleme, die sich auf den Umgang mit den vorhandenen gesetzlichen Grundlagen und den damit korrespondierenden Verwaltungsvorschriften bezogen. Illustrieren läßt sich die angesprochene Problemlage recht gut mit dem Schlagwort von der Normierungsflut. Beklagt wurde sowohl die Normierungsdichte/-intensität (Schulverwaltung, Finanzverwaltung, Ordnungsverwaltung) als auch die zunehmende Rechtsvernetzung (Arbeitsverwaltung) sowie die zunehmende Rechtssetzungsdynamik/-änderungsgeschwindigkeit (Finanzverwaltung, Gewerbeaufsicht, Arbeitsverwaltung). Auch die Notwendigkeit der Beachtung von immer mehr einschlägigen Gerichtsentscheidungen (Gewerbeaufsicht) wurde als Effektivitätseinschränkend erachtet. Einer oder mehrere dieser Faktoren stellen die Mitarbeiter zum einen vor kontinuierlich anwachsende Schwierigkeiten, gültige Rechtsnormen schnell und sicher aufzufinden, und zum anderen sie auf die jeweiligen Einzelfälle präzise und gerecht anzuwenden. Im Kern geht es hier um Probleme des Zugangs zu prinzipiell zwar vorhandenen, jedoch intransparenten Informationen über unterschiedlich abstrakte und kontextabhängige Daten in Form von Handlungsvorschriften.«<sup>14</sup>

Dieser Problemsicht resp. Problemlage entspricht dann das praktische Bedürfnis, den Umfang der anzuwendenden bzw. zu beachtenden Normen und Vorschriften überschaubar und handhabbar zu halten. Entweder in der Form von Schlagwortverzeichnissen und/oder Gültigkeitslisten, die von zentralen Stellen zur Verfügung gestellt werden, um Suchprozeduren zu erleichtern, vor allem aber, um die ungewollte Nutzung überholter Vorschriften zu vermeiden<sup>15</sup>. Oder aber in der Form von »Nachschlagewerken« über »gesetzliche Grundlagen, Verwaltungsvorschriften, Verfügungen, Erlasse (und) einschlägige Gerichtsurteile«<sup>16</sup>, die arbeitsplatzbezogen von den einzelnen Sachbearbeitern erstellt werden. Die hinter dieser Praxis stehende »Logik« läßt sich dann zu der allgemeinen Aussage verallgemeinern, die – losgelöst von der jeweiligen konkreten Situation am Arbeitsplatz – einen evidenten Zusammenhang zwischen »Vorschriftenfülle« und »Selbstblockierung« statuiert. Dieser Zusammenhang läßt sich wiederum nach zwei Seiten hin interpretieren: einmal als ein Phänomen des Machtverlusts durch mögliche Situationen der Handlungs- und Entscheidungsunfähigkeit, dann aber auch als ein Phänomen der Machtsteigerung der Verwaltung: Jeder »Dienst nach Vorschrift«, d. h. die möglichst präzise Beachtung des vorhandenen Vorschriftenbestands, ist hierfür ein Indiz, wie er auch die

<sup>13a</sup> Mayntz et al. (Fn. 2), S. 41–67, 165 f.

<sup>14</sup> Mayntz et al. (Fn. 2), S. 165.

<sup>15</sup> A. a. O., S. 166.

<sup>16</sup> A. a. O., S. 166, 172.

These zu belegen vermag, daß ein hoher Geltungsgrad (von Vorschriften) nicht unbedingt gleichbedeutend ist mit einem hohen Grad an Wirksamkeit.<sup>17</sup>

Die wenigen brauchbaren empirischen Analysen auf dem Gebiet der Vorschriftenvereinfachung sind so angelegt, daß sie den Vorschriftenbestand eines bestimmten Rechts- bzw. Aufgabengebiets möglichst vollständig erfassen, um dann, da bei einem historisch gewachsenen Vorschriftenbestand und einer gegebenen Vielzahl von Vorschriftengebern kaum systematisch entwickelte Kriterien identifiziert werden können, die eine quantitative wie qualitative Vorschriftenreduzierung anleiten könnten, Prüfverfahren mit »Prüflisten« zur formalen Rechts- und Vorschriftenvereinfachung zu entwerfen.<sup>18</sup> Entbürokratisierung erfolgt also durch die bürokratische Maßnahme der Regelaufstellung; wie bei jeder Regelaufstellung muß mit Vollzugsdefiziten gerechnet werden, über die man allerdings so gut wie nichts erfährt. Statt dessen werden eindrucksvolle Bilanzen der Bereinigung von Vorschriften präsentiert, über die man allerdings auch lesen kann, daß es sich bei den meisten vollzogenen Aufhebungen um längst fällige, da vergessene Aufhebungen handelt.<sup>19</sup>

Der zu dieser Vorgehensweise gehörende erste Arbeitsschritt der Ermittlung des jeweils vorhandenen Vorschriftenbestands kann mit beeindruckenden Ergebnissen aufwarten. Illustrieren läßt sich dies z. B. mit Hilfe einer Zusammenstellung, die sich bei Ellwein/Wollscheid findet:

»Die Verwaltungsvorschriften zum Einkommenssteuergesetz stehen zu diesem ihrem Umfange nach im Verhältnis wie etwa 30:1, und nimmt man die in ihnen enthaltenen Verweise auf andere Gesetze, Vorschriften und Gerichtsurteile einigermaßen ernst, was in der Praxis kaum jemand tun kann, kommt man auf ein Verhältnis von 40 bis 70:1.«<sup>20</sup>

Angesichts solcher Größenordnungen, so die naheliegende, auch von Ellwein gezogene Folgerung, »müßte es als plausibel gelten, daß mit der wachsenden Zahl von Vorschriften sich ihre Vollzugeignung vermindert.«<sup>21</sup> Daß hier eine Relativierung angebracht ist, ergibt sich zunächst aus dem Hinweis, daß der vollzogene Grad an Ausdifferenzierung der Verwaltung zur Reduzierung des Normen- und Vorschriftenbestandes am jeweiligen *Arbeitsplatz* nicht unwesentlich beiträgt.<sup>22</sup> Noch entscheidender dürfte jedoch die allen vorliegenden empirischen Studien gemein-

17 Auch die Praxis weiß um diesen Zusammenhang, wenn es beispielsweise in einem Beschluß des Hamburger Senats aus dem Jahre 1971 heißt: Von einer Überprüfung, die dem Anliegen dient, Aufgaben einzuschränken oder ganz zu streichen, »sollen auch solche Aufgaben nicht ausgeschlossen bleiben, die zwar gesetzlich vorgeschrieben, deren Wahrnehmung aber nicht dringend notwendig erscheint« (vgl. Zeh (Fn. 3), S. 10).

Zur nützlichen Seite von Verwaltungsvorschriften – wenn auch in einem anderen Rechtskreis – vgl. den anregenden Beitrag von Ohashi, Y.: Verwaltungsvorschriften und informelles Verwaltungshandeln: Zum besseren Verständnis der Verwaltungspraxis Japans, in: Verwaltungs-Archiv 82 (1991), 220–245.

18 Ellwein, T./Hesse, J.J. (Hg.): *Verwaltungsvereinfachung und Verwaltungspolitik*. Baden-Baden 1985; Hesse (Fn. 13); Schultze, H.: *Rechtsvereinfachung in Niedersachsen als ein Beitrag zur Entbürokratisierung*, in: VOP 6 (1984), 178–182.

19 Vgl. z. B. Ellwein, T.: *Gesetzes- und Verwaltungsvereinfachung in Nordrhein-Westfalen*, in: DVBl. 1984, S. 256; Vogel, in: Ellwein/Hesse (Fn. 18), S. 61 f.; vgl. auch den Hinweis bei Dieckmann, R.: *Rechtsbereinigung und Vorschriftenkritik in Hamburg*, in: Zeitschrift für Gesetzgebung 4 (1989), S. 271: »bei zurückgehender Zahl der Gesetze und Rechtsverordnungen (habe) der durchschnittliche Umfang der einzelnen Rechtsvorschriften zugenommen«.

20 Fn. 18, S. 316; vgl. auch Ellwein/Wollscheid (Fn. 6), S. 316 u. 330, Tab. 4: Zur quantitativen Ausprägung von Vorschriften im Aufgabengebiet der Gewerbeaufsicht.

21 A. a. O. (Fn. 7), S. 13.

22 Vgl. Brohm, W.: *Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung*, in: NVwZ (1988), S. 795; Brohm, W.: *Gesetzesvollzug als Handelobjekt? Zur Notwendigkeit der Rechtstatsachenforschung auf dem Gebiet des informellen Verwaltungshandelns*, in: W. Heinz (Hg.): *Rechtstatsachenforschung heute*. Konstanz 1986, S. 107 f.

same Beobachtung sein, daß der einzelne Sachbearbeiter von sich aus an seinem Arbeitsplatz eine beträchtlich ins Gewicht fallende »Selektion« vornimmt:

Diese »Auswahl« am Arbeitsplatz wird (...) – jedenfalls im Falle »vieler« Vorschriften – eine Bedeutungshierarchie, ein System von Präferenzen entwickeln, in dem ganz oben der Teil der Vorschriften steht, die man unbedingt einhalten will, gefolgt von denen, welche nach Möglichkeit beachtet werden. Weiter unten in der Skala kommen die Vorschriften, auf die man zu verzichten bereit ist oder die ggf. als Spielmaterial benutzt werden (diskutierte Nichtanwendung mit dem Ziel, Vorschriften durchzusetzen, die im Präferenzsystem höher stehen).<sup>23</sup>

Will man diesem Selektionsvorgang erhöhte Aufmerksamkeit zukommen lassen, dann ist ein Perspektivenwechsel angebracht: weg von einer globalen Perspektive mit ihren eindrucksvollen Bilanzen zum Vorschriftenbestand und hin zum einzelnen *Arbeitsplatz* mit den jeweils dort gegebenen Vollzugsbedingungen. Für diesen Perspektivenwechsel spricht auch ein von Renate Mayntz und ihren Mitarbeitern deutlich herausgestellter Befund, der besagt, daß die jeweils artikulierten Probleme und Lösungsvorschläge »stark vom konkreten Arbeitsfeld... abhängig sind«:

Beispielsweise sah sich im Gewerbeaufsichtsamt derjenige Sachbearbeiter, der »vor allem Überwachungsfunktionen gegenüber nur einem Großunternehmen einer »emissionsträchtigen Branche« wahrzunehmen hat«, »durch das zunehmend dichter werdende Netz von Schutzvorschriften in Verhandlungssituationen... zu sehr eingeschränkt«. Die Gewährleistung resp. Wiedererlangung seiner relativen Entscheidungs- und Verhandlungsautonomie sieht dieser Sachbearbeiter »allein (in) einer Ausdünnung des Verordnungs-(bzw. Vorschriften-)wesens«. Solche Sachbearbeiter hingegen, die viele Betriebe aus verschiedenen Branchen auf die Einhaltung von arbeits- und immissionsschutzrechtlichen Bestimmungen zu überwachen haben, lokalisieren die von ihnen konstatierten Vollzugsdefizite in einer falschen »Prioritätensetzung zugunsten administrativer Innendiensttätigkeiten« und rufen nach einer »Rationalisierung des Innendienstes (informationstechnische Unterstützung der Terminverfolgung, Auskunftssystem bezüglich relevanter Gerichtsurteile, Übertragung von Akteninhalten auf Dateien usw.)«.<sup>24</sup>

Diese am jeweiligen Arbeitsplatz wirksam werdende Vorschriftenauswahl durch den jeweiligen Vorschriftenanwender (einschließlich der durch »Nichtwissen« herbeigeführten Selektion) mit ihren vermuteten Auswirkungen auf »Geltung« und »Wirksamkeit« bezeichnen exakt den hier interessierenden Untersuchungsgegenstand. Und nur so läßt sich die von Lenk<sup>25</sup> erhobene Forderung einlösen, »zwischen dem Vollzug von Rechtsnormen (Verwaltungsvorschriften) und der Beachtung von Rechtsnormen (Verwaltungsvorschriften)« stärker unterscheiden zu wollen – eine Forderung, die ganz auf der Einlassung Ellweins<sup>26</sup> liegt, viele Verwaltungsvorschriften seien »wegen der Information, die sie übermitteln«, (unentbehrlich und) »nicht wegen ihres Regelungsgehalts«.

Bei diesen am Arbeitsplatz beobachtbaren »Auswahlentscheidungen« handelt es sich um organisationsinterne Usancen, die von Organisation zu Organisation, von Arbeitsplatz zu Arbeitsplatz variieren, so daß allein schon deshalb die normativ geforderte einheitliche Handhabung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine

<sup>23</sup> Ellwein (Fn. 7), S. 18.

<sup>24</sup> Mayntz u. a. (Fn. 2), S. 53. Auch Ellwein, T.: Die Praxis der Vorschriftengebung in der Juristenausbildung, in: Zeitschrift für Gesetzgebung 5 (1990), hebt die »ganz unterschiedlichen Handlungsbedingungen bei der Vollzugserfahrung« hervor (S. 225).

<sup>25</sup> Lenk, K.: Ansatz und Reichweite der vorliegenden Vereinfachungsvorschläge: Eine verwaltungswissenschaftliche Perspektive, in: T. Ellwein/J. J. Hesse (Fn. 18), S. 91–103.

<sup>26</sup> Ellwein (Fn. 24), S. 228.

Utopie bleiben muß.<sup>27</sup> Diese organisationsinternen Usancen der Arbeiterledigung (die auch ein »methodenresistentes« »tacit knowledge« der jeweiligen Vorschriftenanwender anleitet) haben sich bei der Arbeit herausgebildet und werden, da sie sich in der Praxis bewährt haben, dem Neuling bei der Einweisung in seinen Arbeitsplatz mitvermittelt. In der Ausbildung und Anwendung solcher »Auswahlentscheidungen« zeigt sich ein erfolgsorientierter Pragmatismus zur Bewältigung der gestellten Aufgaben unter den jeweils gegebenen Restriktionen, unter die auch die »Vorschriftenfülle« subsumiert werden kann. Über die am Arbeitsplatz durch »Selektion« vollzogene Vorschriftenbereinigung wissen wir derzeit so gut wie nichts, auch nichts über die diese Selektion steuernden Auswahlkriterien. Wir wissen also nichts darüber, welche Vorschriften völlig resp. teilweise ignoriert werden und inwieweit die von Amts wegen durchgeführten Vorschriftenbereinigungen genau jene Vorschriften betreffen, die der einzelne Sachbearbeiter schon längst aus seinem Aufmerksamkeitsbereich gestrichen hat. Man müßte also wissen, inwieweit die Vorschriftenbereinigung weitgehend das nachvollzieht oder gar vorwegnimmt, was am Arbeitsplatz aus pragmatischen Gründen im Verwaltungsalltag »stillschweigend« geschieht. Da jedoch die Vorschriftenbereinigung im großen und ganzen eine Streichung überholter Vorschriften beinhaltet, kann angenommen werden, daß sie zu einem effektiveren Vollzug der Verwaltungsprogramme wenig beitrug. Und von den institutionalisierten Verfahren zur Prüfung neuer Vorschriften ist zu vermuten, daß sie, wenn überhaupt, eher einen Beitrag zur Steigerung der Effizienz des Verwaltungshandelns leisten (sollen). Was sich indessen postulieren läßt, ist die allgemeine Aussage, daß der Vollzug oftmals wirksamer gemacht wird durch die selektive Beachtung von Vorschriften am Arbeitsplatz, d. h. durch eine bewußt herbeigeführte Herabsetzung der Geltungskomponente. Auch hierzu verfügen wir über wenig Detailwissen, doch lassen sich wenigstens plausible und empirisch informierte Annahmen geltend machen. Möglich macht dies ein konstruierter Verfremdungseffekt.

In Anlehnung an eine von Pierre Bourdieu geprägte Formulierung sehe ich ein Hauptanliegen von Wissenschaft darin, »dahin zu gelangen, das auf überraschende und irritierende Weise zu denken, was man schon immer verstanden zu haben glaubt«. Der »Königsweg«, um das Selbstverständliche unselbstverständlich zu machen, besteht in dem methodisch herbeigeführten Versuch, Distanz herzustellen. Ein nicht gerade selten angewandtes Verfahren besteht darin, das »Heimische zu exotisieren«.

Ich möchte im folgenden diesen Weg ebenfalls gehen, und zwar mit Hilfe einer Unterscheidung, mit deren Hilfe Claude Lévi-Strauss versucht,<sup>28</sup> sich und seinen Lesern den Unterschied zwischen »wildem«, vor-wissenschaftlichem Denken und wissenschaftlichem Denken klar zu machen. Er besteht in erster Linie darin, daß das »wilde Denken« sich unmittelbar bezieht auf wahrnehmbare konkrete Erscheinungen der Erfahrungswelt und dabei Merkmale sinnlich anschaulichen Charakters, wie Farbe, Größe oder Gewicht, verwendet, so daß Lévi-Strauss von einer »Wissenschaft des Konkreten« spricht. Das »wissenschaftliche Denken« dagegen hat sich von der durch praktische Erfahrung bestimmten »Realität« entfernt und operiert

27 Für die Strafzumessung sind »Vollzugsunterschiede« inzwischen eine Selbstverständlichkeit geworden (vgl. z. B. Opp, K.-D./Peuckert, R.: *Ideologie und Fakten in der Rechtsprechung. Eine soziologische Untersuchung über das Urteil im Strafprozeß.* München 1971; Heinz, W.: *Implementation von Sanktionsentscheidungen der Strafjustiz*, in: *Implementation von Gerichtsentscheidungen*, hg. v. E. Blankenburg/R. Voigt, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 11 (1987), 221–250).

28 Lévi-Strauss, C.: *Das wilde Denken.* Frankfurt 1981, S. 29–48.

Lévi-Strauss versucht diesen Unterschied weiter zu verdeutlichen, indem er die »Wissenschaft vom Konkreten« mit einem Anwendertyp in Verbindung bringt, den er »Bastler« nennt, und das »wissenschaftliche, abstrakte Denken« typischerweise einem »professional man« zuschreibt, den er »Ingenieur« nennt und der somit den modernen Fachmann repräsentiert. Was sich hier andeutet, ist die Differenz zwischen wissenschaftlich geschulten Rechtstheoretikern und am Arbeitsplatz »handwerksmäßig« geschulten Praktikern, eine Differenz, die mitverantwortlich ist für den immer wieder beobachteten Unterschied zwischen »law in the books« und »law in action« (Roscoe Pound). Denjenigen, die in diesen Kontrasttypen bloße realitätsferne Konstruktionen erblicken wollen, sei in Erinnerung gerufen, daß die Rechtsanwendung auf der hier besonders interessierenden lokalen Ebene weitgehend ohne Juristen erfolgt.<sup>30</sup>

Wie kennzeichnet nun Lévi-Strauss den »Bastler« näher. Die »handwerkliche Kunst« des Bastlers besteht darin, »jederzeit mit dem, was ihm zur Hand ist, auszukommen, d. h. mit einer stets begrenzten Auswahl«<sup>31</sup> an Mitteln, die sich bei der Lösung von (nicht selten: bereits gelösten) Aufgaben praktisch bewährt haben, die gestellten Aufgaben bewältigen zu müssen. Der Bastler versteht es also, begrenzt vorhandene Mittel/Bausteine je nach Aufgabenerfordernissen neu zu arrangieren<sup>32</sup> – eine Vorgehensweise, die Lévi-Strauss<sup>33</sup> an jene »Kaufmannsregeln« denken läßt, »die aufgrund eines Extrakts der vergangenen Berufserfahrung die Möglichkeit bieten, auf (rationale) (im Original: ökonomische) Weise allen neuen Situationen zu begegnen (unter der Bedingung allerdings, daß sie von derselben Art sind wie die alten)«. Kurz gesagt: Der Bastler ist jemand, der »... Mittel verwendet, die im Vergleich zu denen des Fachmanns abwegig sind«.<sup>34</sup> Bezogen auf die hier interessierende Thematik bedeutet dies, daß – in den meisten Fällen – die auf der Sachbearbeiterebene zur Aufgabenerledigung herangezogenen Mittel aus der Sicht der Rechtswissenschaft resp. einer elaborierten Rechtsdogmatik als »abwegig« gelten müssen. Dies bedeutet aber nicht, daß sich der Bastler nicht »rational« verhielte und seine »Basteleien« (trotz ihrer »einfachen« Mittel) nicht zu überraschend wirksamen Ergebnissen führen könnten.<sup>35</sup> »Rational« und »wirksam« sind beispielsweise die

29 Die knappste Charakterisierung stammt von Leach, E.: Lévi-Strauss. London 1985 (Fontana Paperbacks), S. 85: »The distinction rather is between a logic which is constructed out of observed contrasts in the sensory qualities of concrete objects – e. g. the difference between raw and cooked, wet and dry, male and female – and a logic which depends upon the formal contrasts of entirely abstract entities...«. Vgl. auch Pace, D.: Claude Lévi-Strauss. The Bearer of Ashes. Boston etc. 1983 (Routledge & Kegan Paul). Um zu verdeutlichen, daß die Anleihe bei Lévi Strauss nicht weit hergeholt ist, sei an dieser Stelle nur an die Unterscheidung Max Webers erinnert, mit deren Hilfe er den Formalismus des Rechts kennzeichnet: »Entweder nämlich können die rechtlich relevanten Merkmale sinnlich anschaulichen Charakter besitzen (...). Oder die rechtlich relevanten Merkmale werden durch logische Sinndeutung erschlossen und darnach feste Rechtsbegriffe in Gestalt streng abstrakter Regeln gebildet und angewendet.« (Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922, S. 395 f).

30 Vgl. Ellwein (Fn. 24), S. 221. Aufschlußreich hinsichtlich der beiden voneinander verschiedenen »Welten«, welche unterschiedliche Schweisen begründen helfen, ist eine Formulierung, die sich im Tätungsbericht über die in Speyer April 1989 veranstaltete Konferenz »Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen« findet: »Daß sich die Wissenschaftler mehr den formellen (vertraglichen) Aspekten, die Praktiker eher den informellen Seiten widmeten, lag in der Natur der Sache« (Seibert, M.-J.: Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, in: VOP 12 (1990), S. 52).

31 Vgl. Lévi-Strauss (Fn. 28), S. 30.

32 Das funktionale »Äquivalent« beim (rechts-)wissenschaftlichen Denken ist die Denkfigur der »Analogie« und des »Vergleichs«.

33 A. a. O. (Fn. 28), S. 35.

34 A. a. O. (Fn. 28), S. 29.

35 Dies läßt sich anschaulich belegen mit Hilfe der von Knoepfel/Weidner international vergleichend

Entdeckung und Anwendung »informalen Verwaltungshandelns« – heute wie früher<sup>36</sup>, »rational« und »wirksam« ist aber auch die vereinzelt zu beobachtende Wiederentdeckung des »öffentlich-rechtlichen Vertrags« durch die Verwaltungspraxis.<sup>37</sup>

Daß die »Handlungslogik« des Bastlers, die im Kern auf das Neuarrangieren eines feststehenden Satzes von (praxis-)bewährten Mitteln hinausläuft, von der »Handlungslogik des (wissenschaftlich geschulten) Fachmanns« verschieden ist, demonstriert überdies die mit dieser wahlverwandte »Subsumtionslogik« vieler Automationskonzepte; zugleich wird dadurch ersichtlich, warum sich der Bastler mit einer derart konzipierten Datenverarbeitung schwer tun muß:

»Die Eindimensionalität einer auf dem Automationskonzept basierenden Anwendung informationstechnischer Systeme kommt auch in einer ausgeprägten Orientierung an der normativen Konstruktion von Aufgabenerledigungsprozessen und Handlungssituationen statt an den realen Abläufen zum Ausdruck. (...) Die realen Prozesse etwa in der Finanzkasse oder in der Gewerbeaufsicht, und hier besonders die Interaktionen mit den Klienten, laufen aber teilweise nach anderen als den normativ vorgesehenen Regeln ab. Bargaining-Prozesse oder stillschweigendes Einvernehmen über die Duldung nicht normgerechten Verhaltens werden durch normgerechte, automatisierte Abläufe ersetzt. Die Akzeptanz von normabweichenden Verfahren und Verhaltensweisen kann dabei für die Zwecke der Verwaltung und ihrer Aufgabenstellung durchaus funktional sein. Normgerechte, automatisierte Abläufe sind längst nicht immer situativ angemessen (...), wenn sie nicht gar nachhaltig das Beziehungsverhältnis stören und insoweit für die Aufgabenerfüllung der Verwaltung insgesamt dysfunktional sind.«<sup>38</sup>

Hat man sich mit der »Bastler-Perspektive« vertraut gemacht, dann ändert sich auch die Fragestellung. Nunmehr will man dem Bastler bei der Arbeit zusehen, will in Erfahrung bringen, was der Sachbearbeiter der Vollzugsverwaltung tatsächlich tut (nicht: was er tun sollte), findet es legitim herauszufinden, mit wie wenig Recht und Vorschriften er tatsächlich auskommt. Einer solchen Betrachtungsweise ist dann auch der Gedanke nicht fremd, daß es den im Schatten des formal-abstrakten Rechts betriebenen »Basteleien« in erster Linie zu danken ist, wenn die Wirksamkeit von Recht wenigstens lokal bzw. regional inkremental verbessert werden kann.

Sehen wir also dem »Bastler« bei der Arbeit zu, soweit dies einschlägige Veröffentlichungen und die wenigen zugänglichen Akten zu internen Entscheidungsprozessen zulassen.

Der Bastler macht sich handlungsfähig und trägt so gesehen zum effektiveren Vollzug bei, indem er am Arbeitsplatz eine Auswahl unter den anzuwendenden

durchgeführten Studien über ausgewählte regionale Implementationssysteme zur Luftreinhaltung nach ihrer Leistungsfähigkeit. Vgl. dazu Treiber, H.: Vollzugskosten des Rechtsstaates und andere Studien zum Recht. Baden-Baden 1989 (darin: Regulative Politik in der Krise? Anmerkungen zu einem aktuellen Thema oder Reflexive Rationalität im Schatten des gesetzten Rechts, S. 189–217; Was leistet der Implementationsansatz bei der Analyse des Vollzugs verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen, S. 218–244; sowie: Vollzugskosten des Rechtsstaates. Überlegungen aus der Sicht einer empirisch informierten Verwaltungswissenschaft, S. 245–267).

<sup>36</sup> Treiber (Fn. 35), S. 189 ff.

<sup>37</sup> Vgl. dazu Arnold, P.: Die Arbeit mit öffentlich-rechtlichen Verträgen im Umweltschutz beim Regierungspräsidium Stuttgart, in: Verwaltungs-Archiv 80 (1989), 125–142; Bulling, M.: Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis, in: DÖV 42 (1989), 277–289.

<sup>38</sup> Mayntz u. a. (Fn. 2), S. 266. Mit der Einführung von Rechtsinformationssystemen ist nicht nur eine Entlastung gegeben, sondern auch die Möglichkeit der Transparenzsteigerung, welche Selbstblockierungseffekte auslösen kann, zumal in Handlungsfeldern mit einer stark ausgeprägten Normierungsdichte (Mayntz u. a., S. 167, 172).

Vorschriften vornimmt.<sup>39</sup> Jede »Handakte« oder »Musterlösung« bedeuten eine Auswahl auf das »Notwendigste«.

Angesichts der enormen Zahl normativ zu berücksichtigender Gesetze, Rechts- und Verwaltungsvorschriften und der damit gegebenen Orientierungs- und Rechtsunsicherheit<sup>40</sup> – für Rechts- und Vorschriftenanwender wie für ihre Adressaten – macht sich der Bastler die konsensbildende Funktion von im Schatten des formalen Rechts geführten informellen Verhandlungen zu eigen.<sup>41</sup> Wer auf diesem Weg erzielten Verwaltungsentscheidungen zustimmt, verzichtet auf die »Mobilisierung von Recht«<sup>42</sup> und damit auf eine verwaltungsgerichtliche »Richtigkeitskontrolle«, welche prüft, inwieweit verbindliche Rechtsregeln und Verwaltungsvorschriften (mit Außenwirkung) korrekt angewandt wurden, also eine »Geltungskontrolle« beinhaltet. Der Bastler nutzt auch die mit der Normen- und Vorschriftenfülle gegebene Chance zur (relativen) Ausweitung seines Handlungsspielraums: indem er über informale Verhandlungen parallel zur formal-rechtlich geregelten Entscheidungsebene eine zweite anbietet, welche die Verknüpfung solcher »Entscheidungsgrößen« ermöglicht, die das Recht nicht zuläßt, die Entscheidungssituation ihm jedoch abverlangt. Aber auch dergestalt, daß er »Arrangements« (mündliche Absprachen in der Terminologie Bullings) sowohl initiiert wie die mit ihnen erzielten Ergebnisse als »verbindlich« deklariert, indem er mit der »vollen Härte des Gesetzes« droht<sup>43</sup>, d. h. mit dem vorgeschriebenen, (für alle Beteiligten) aufwendigen hoheitlich-formalen Verfahren<sup>44</sup> mit seinen zahlreichen Vorschriften, deren weniger »wichtige« als »Spielmaterial« eingesetzt werden, um »wichtigere« dann durchzusetzen.<sup>45</sup> Im übrigen sind diese Verfahrensweisen ein Beleg dafür, daß formales Recht und informale Verhaltensweisen eine Einheit bilden – theoretisch wie praktisch.<sup>46</sup> Genau hierauf beruht die Wirkungsweise der vom Bastler ergriffenen arbeitsplatzbezogenen Maßnahmen.

»Bastelei« ist es aber auch, wenn die im Ladenschlußgesetz vorgesehene Ausnahmeregelung des § 23 »genutzt« wird, um auf diese Weise für eine Einkaufspassage eine Dauerregelung zu konstruieren. Oder wenn eine als Streusiedlung angelegte Gemeinde, die ihren Gemeindemitgliedern den regelmäßigen Besuch des am Sitz der Verwaltung abgehaltenen Wochenmarktes ermöglichen will, die gesetzlich vorgeschriebene gewerbliche Genehmigung einer privat betriebenen Buslinie dadurch umgeht, daß sie die Sprechzeiten der Verwaltung auf den Tag des Wochenmarktes legt und nun einen Bus einsetzt, der den Bürgern ganz im Sinne der propagierten Leitidee einer bürgernahen Verwaltung den Besuch der Sprechstunden ermöglichen soll und mit der (»zurechtgebastelten«) Begründung als genehmigungsfrei angesehen wird, der Besuch von Sprechstunden der öffentlichen Verwaltung stelle hoheitliches Handeln dar. Eine an den verfügbaren rechtlichen Standards gemessene, unkonventionelle typische »Bastler-Lösung« ist es, wenn die Verwaltung, obwohl sie einen vom Verwaltungsgericht zugesprochenen »vollziehbaren Titel« in der

39 Beispiele bei Brohm (Fn. 22), S. 796; Treiber (Fn. 35), S. 189 ff., 245 ff.; Wagener, F.: Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin 1979, S. 215 ff.; 244, 253.

40 Brohm (Fn. 22), S. 795.

41 Statt vieler Böhne, E.: Der informale Rechtsstaat. Eine empirische und rechtliche Untersuchung zum Gesetzesvollzug unter besonderer Berücksichtigung des Immissionsschutzes. Berlin 1981.

42 Blankenburg, E.: Mobilisierung von Recht, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 1 (1980), 33–64.

43 Brohm (Fn. 22), S. 796.

44 Bulling (Fn. 37), S. 280.

45 Ellwein (Fn. 7), S. 18.

46 Treiber (Fn. 35), S. 219; Hill, H.: Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns, in: DÖV 40 (1987), S. 892 f.

Hand hat, die Abrißverfügung nicht vollziehen läßt, sondern den Eigentümern der abzureißenden »Schwarzbauten« den Kauf des Grundstücks anbietet, um auf diese Weise das mehrere Jahre bestehende Vollzugsdefizit zu beseitigen.

Der an einem effektiveren Vollzug interessierte Bastler zeigt dann eine Vorliebe für unkonventionelle Rechtsfiguren, wenn sie ihm aufwendiges, aber wirksamkeitsreduziertes Verwaltungshandeln ersparen helfen, wie es bei bestimmten Fallkonstellationen die konventionelle Anwendung des Verwaltungsakts impliziert: »Alte Rechte wären zurückzunehmen, jetzige Rechte zu erteilen und Pflichten aufzuerlegen, zukünftige Regelungen wären zuzusichern, Sofortvollzug anzuordnen (...). Und bei all diesen Einzelakten dürfte auch nicht ein einziger durch isolierte Anfechtung ausfallen, um nicht das ganze Regelungsgebäude zu gefährden.«<sup>47</sup> Auf diese Weise entdeckt der Bastler die Vorteile des öffentlich-rechtlichen Vertrags. Durch ihn verschafft er sich den Zugang zu Informationen, vermeidet die Heranziehung umfänglicher Vorschriften wie er überhaupt den Verwaltungsaufwand beträchtlich reduziert und zugleich die Wirksamkeit von Verwaltungsmaßnahmen erhöht: »Sämtliche Rechtsstreitfragen und Durchsetzungsakte (bis hin zur Kostenbeitreibung einer Ersatzvornahme) entfallen«<sup>48</sup> wie auch ein langwieriger Rechtsstreit vor dem Verwaltungsgericht vermieden wird (solange jedenfalls der geschlossene Vertrag eingehalten wird). Der eingangs behauptete analytische Nutzen der getroffenen Unterscheidung von »Geltung« und »Wirksamkeit« von Gesetzen/Vorschriften läßt sich hier noch einmal anschaulich demonstrieren: Während der konventionelle Bußgeldbescheid der Geltung(skomponente) genügt, ohne allerdings die Wirksamkeit zu beeinflussen, dient der »bewehrte« öffentlich-rechtliche Vertrag, »bei dem im Vertrag selbst unterschrieben und besiegelt ist, was im Falle der Vertragsverletzungen an tatsächlichen und rechtlichen Sanktionen vorgesehen ist«<sup>49</sup>, vor allem der Wirksamkeit (auch deshalb, weil hier durch die vertragliche Konstruktion die Geltung unmittelbar auf die Wirksamkeit bezogen ist). Auch die interne Durchsetzung des öffentlich-rechtlichen Vertrags (im Fall des Bäckereiarbeitszeitgesetzes)<sup>50</sup> als rechtlich zulässiges Instrument – mit der gesetzlichen Anerkennung des Verwaltungsvertrags in §§ 54 ff. VwVfG haben die rechtstheoretischen Bedenken (»Theorie« der Subordination) ihre praktische Bedeutung eingebüßt<sup>51</sup> – ist selbst ein höchst anschaulicher Beispielfall für den »Einfallsreichtum« des Bastlers, soweit dies die wenigen zugänglichen Dokumente zu diesem Entscheidungsprozeß erkennen lassen.

Mit diesem Beitrag will ich zu einem »Perspektivenwechsel« einladen: Die normativ geprägte Betrachtungsweise, die sich der Vorstellung einer »Kaskade« von Gesetz, Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschriften verpflichtet weiß, der auch die Implementationsansätze der ersten Stunde nachkonstruiert waren<sup>52</sup>, muß um eine analytische Betrachtungsweise ergänzt werden, die sich von der Beobachtung leiten läßt, »daß die konkrete Verwaltung mit konkreten Vorschriftenbeständen, die »an sich« nicht administrierbar sind, ganz gut zurechtkommt, allerdings nach Maßgabe eines – vorsichtig ausgedrückt – etwas selbständigen Umganges mit den Vorschrif-

47 Arnold (Fn. 37), S. 131.

48 Arnold (Fn. 37), S. 133 f.

49 Bulling (Fn. 37), S. 281.

50 Die Großbäckereien erhielten Verträge mit mehrstufigen Anpassungen an die gesetzlichen Regelungen, die über Jahrzehnte hinweg nicht beachtet wurden, wogegen bei den kleinen Bäckereien bezeichnenderweise das konventionelle Mittel des Verwaltungsakts (mit Nebenbestimmungen) angewandt wurde.

51 Faber, H.: Verwaltungsrecht. Tübingen 1989 (2. Aufl.), S. 244 ff.; 270 ff.; Seibert (Fn. 30).

52 Derlien, H.-U.: Implementationsprobleme: Bürokratische Ineffizienz oder politische Programmfehler?, in: Verwaltungs-Archiv 75 (1984), S. 265 f.

ten». <sup>53</sup> Offensichtlich erbringt die Verwaltung auf der »untersten Vollzugsebene« auf diese Weise eine »unentbehrliche Kompensationsleistung« – auch zur Garantie resp. Steigerung von Wirksamkeit des Verwaltungshandelns (wobei nicht verschwiegen werden soll, daß unter bestimmten Bedingungen solche »Kompensationsleistungen« auch zu einer »selektiven Ineffektivität« führen können). <sup>54</sup> Man kann mit Ellwein in diesen selektiv sich vollziehenden Kompensationsleistungen auch einen empirischen Beleg für die »reale Autonomie« der Verwaltung erblicken: Dann ist »die Differenz zwischen dem (Vorschrifteninput, wo immer er herkommt), und (der letztendliche(n) Vorschriftenauswahl, wie immer sie zustandekommt)... nicht das vielzitierte Vollzugsdefizit, sondern eine der möglichen Verwirklichungen dessen, was gewollt wird«. <sup>55</sup>

Diese analytische Betrachtungsweise verträgt sich auch mit dem Vorschlag Derliens <sup>56</sup>, die »detaillierenden Regelungen« dem Vollzug zuzuordnen, da »zunehmende Regelverfeinerung im Vollzug« unter dem Aspekt »zunehmende(r) Operationalisierung des Programms durch vollzugssteuernde Vorschriften gesehen werden könne«. Sofern die Verwaltung selbst diese Operationalisierung vornimmt (im Sinne einer Selbststeuerung), teilt auch Derlien die realistische Sicht von der »realen Autonomie« der Verwaltung. <sup>57</sup> Nicht zuletzt würde die verwaltungswissenschaftliche (rechtssoziologische) Forschung davon profitieren, wenn sie sich auf die hier skizzierte Betrachtungsweise einlassen würde: In dem Maße, wie sie dem »Bastler« bei der Arbeit tatsächlich zusieht, würde sie selbst zu einer »Wissenschaft des Konkreten« werden.

Man muß jedoch nicht unbedingt von der Annahme einer Überproduktion von Vorschriften (im weitesten Sinne) ausgehen, um den hier herausgestellten Zusammenhang zwischen »realer Autonomie« der Verwaltung und »selektivem Gehorsam« der ihr angehörenden Vollzugsspezialisten (mit Bastler-Mentalität) nachzuweisen. Die von Jean-Daniel Delley und vier weiteren Autoren im Jahre 1984 veröffentlichte, hier kaum bekannte (empirische) Studie über den »Grundstückserwerb durch Ausländer in der Schweiz« eignet sich vorzüglich zur Verifizierung dieser Behauptung. <sup>58</sup> Das Regelwerk ist relativ jung, die Vollzugsvorschriften (vornehmlich des Zentralstaates) werden im Zeitraum von 1961 bis 1978/79 zwar zahlreicher und detaillierter, bleiben aber in ihrem Komplexitätsgrad und hinsichtlich des erreichten Niveaus an Kompliziertheit überschaubar, darüber hinaus wird der Gesetzes- und Vorschriftenvollzug in erster Linie mit Hilfe einer Aktenanalyse untersucht, die die vorhandenen »dossiers« zu Bewilligungs-, Beschwerde- und Rekursverfahren zur Auswertung heranzog (zum Teil Vollerhebungen, zum Teil Stichproben). Im übrigen lädt die Studie dazu ein, den von ihr erbrachten Nachweis einer offensichtlich nicht zu bremsenden Bewilligungsflut (bei einem relativ einfachen Regelungstatbestand) zu einer skeptischen Beurteilung der ergriffenen Bemühungen zur »Eindämmung der Vorschriftenflut« heranzuziehen.

Um in der Schweiz die Grundstücksverkäufe an Ausländer einzuschränken, kam 1961 der Bundesbeschluß Lex v. Moos zustande, der – befristet auf 5 Jahre – eine

<sup>53</sup> Ellwein (Fn. 24), S. 226.

<sup>54</sup> Blankenburg/Krautkramer (Fn. 5), S. 143.

<sup>55</sup> Ellwein/Wollscheid (Fn. 6), S. 320.

<sup>56</sup> A. a. O. (Fn. 52), S. 266.

<sup>57</sup> Allerdings handelt es sich insofern um eine »relative Autonomie«, als viele Regelungsbereiche durch eine institutionelle und damit in der Regel einhergehende normative Fragmentierung von »Steuerung« und »Kontrolle« gekennzeichnet sind. (Vgl. dazu Windhoff-Héritier, A.: Verwaltungen und ihre Klientele. Erörtert am Beispiel des deutschen Arbeitsschutzes, in: Die Verwaltung 20 (1987), S. 57 f.)

<sup>58</sup> Vgl. Delley, J.-D./Derivaz, R./Mader, L./Morand, C.-A./Schneider, D.: Grundstückserwerb durch Ausländer in der Schweiz. Empirische Untersuchung der Lex Furgler. Bern/Stuttgart 1984 (zuerst 1982).

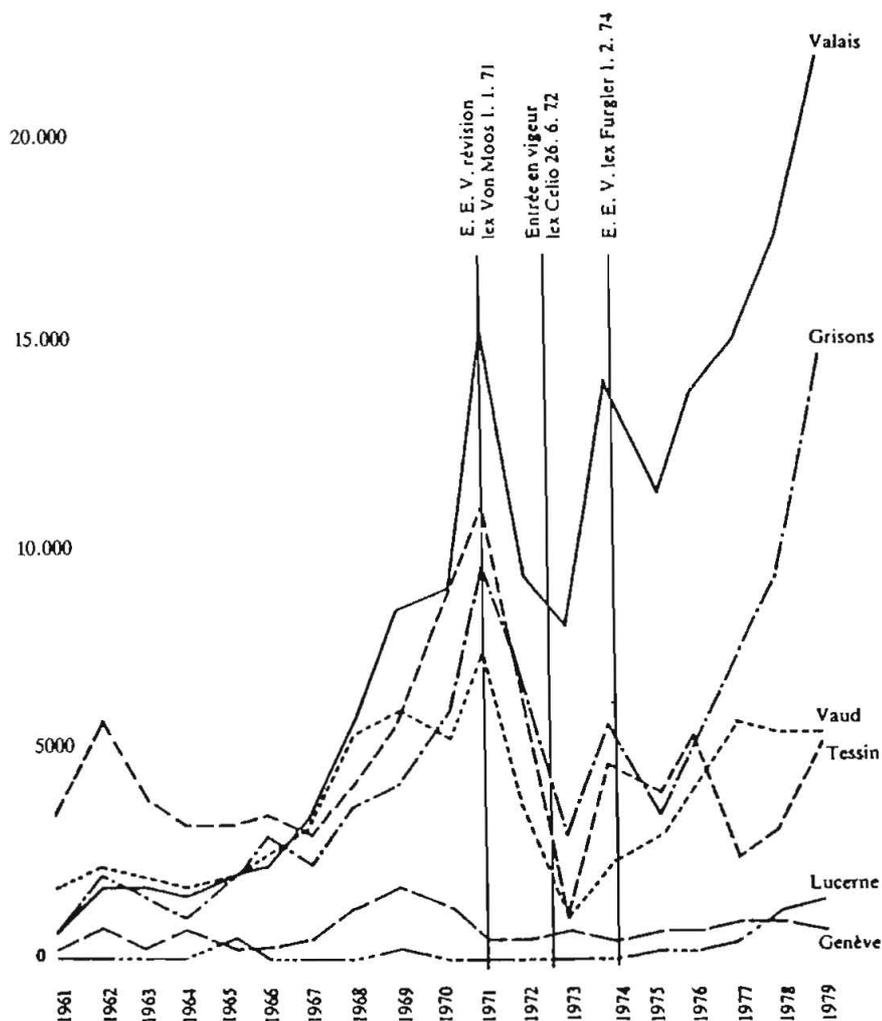
Bewilligungspflicht vorsah. Bewilligungen waren dann zu erteilen, wenn ein »berechtigtes Interesse«<sup>59</sup> vorlag. Die Durchführung der Lex v. Moos oblag den einzelnen Kantonen, die entgegen der herrschenden Lehre den unbestimmten Rechtsbegriff vom »berechtigten Interesse« gemäß der regional bzw. lokal jeweils gegebenen Interessenlage unterschiedlich »auslegten«: z. B. die beiden den Fremdenverkehr schon immer forcierenden Kantone Valais (Wallis) und Grison (Graubünden) stets »großzügig«, der Kanton Lucerne (Luzern), der schon immer eine sanfte touristische Entwicklung ohne ausländisches Kapital praktizierte, stets »restriktiv«. 1966 und 1971 wurde die Lex v. Moos jeweils um 5 Jahre verlängert, einzelne Bestimmungen der Vollzugsverordnung erfahren eine Verschärfung, allerdings nur dem »Wortlaut« nach.<sup>60</sup> Wie das Schaubild zeigt, stieg die Zahl der Bewilligungen stetig bis zum Jahr 1972: Der in diesem Jahr zu verzeichnende Einbruch ist auf die Lex Celio zurückzuführen, die den Ausländern aus währungs-politischen Gründen (Schwäche des Frankens) vorübergehend den Grundstückserwerb strikt verbot. Dieser Bundesratsbeschuß vom 26. 6. 1972 wurde Ende 1974 aufgehoben und unmittelbar von der Lex Furgler, die 1978 um weitere 5 Jahre verlängert wurde, abgelöst. Die Lex Furgler vom 1. 2. 1974 regelte den Grundstückserwerb in den Fremdenverkehrsorten noch restriktiver, sie ermöglichte sogar die Sperrung, wenn ein bestimmter Anteil an ausländischem Eigentum erreicht war. Ein Bundesratsbeschuß (von 1973) und eine jährlich zu verlängernde Verordnung (von 1976) regelten die Einzelheiten. Das Gesetz räumte den kantonalen Vollzugsbehörden die Möglichkeit ein, für »gesperrte Orte« Ausnahmegewilligungen erteilen zu können. Entgegen der Intention des Gesetzgebers, diese Ausnahmegewilligungen restriktiv zu handhaben, machten die großen Fremdenverkehrskantone hiervon großzügigen Gebrauch. Der Gesetzgeber (Bundesrat) reagierte hierauf mit einer zunehmenden Verschärfung seiner Verordnungen: So wurden zunächst die Grenzwerte für die »Sperrung« herabgesetzt, um dann 1979 eine Kontingentierung für die gesperrten Orte einzuführen. Erwähnenswert ist außerdem, daß diese Maßnahmen von einer zunehmenden Erweiterung der Bundeskompetenzen begleitet waren (z. B. Verstärkung der Bundesaufsicht in Form eines Beschwerderechts der Bundesverwaltung auch gegen die erstinstanzlichen kantonalen Bewilligungsbescheide).<sup>61</sup> 1979 wurde beim Bundesamt für Justiz in Bern sogar eine Sektion »Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland« eingerichtet, um die zentrale Kontrollkapazität zu verstärken. Dennoch verzeichnet das Schaubild einen Anstieg der Bewilligungen, da das zentralstaatliche Programm von den kantonalen Vollzugsbehörden mit ihrem »reichen Arsenal politischer wie administrativer Eigenmittel (umgeformt) und selektiv (aus-)(genutzt) (wird), wie es den regionalen Sonderwünschen entspricht«.<sup>62</sup> Anhand des Schaubilds läßt sich auch eine nicht intendierte »Auswirkung« des Gesetzes aufzeigen, so daß das eingangs eingeführte Begriffspaar von »Geltung« und »Wirkung« um eine weitere Kategorie der »Auswirkungen« von Gesetzen zu ergänzen wäre. Die mit der Lex Furgler vorgenom-

59 Ein Rechtsanspruch auf Bewilligung besteht unter den nachstehend aufgeführten Voraussetzungen:  
 »bei persönlichem Aufenthalt des Bewerbers, der dauerhafte, enge Beziehungen zum Erwerbssort unterhält, oder wenn der Kauf zur Förderung des Fremdenverkehrs beiträgt,  
 bei der Realisierung eines industriellen oder gewerblichen Projekts,  
 bei der Erstellung preisgünstiger Wohnungen,  
 zur Bildung von technischen Reserven von Versicherungsgesellschaften,  
 für Vorhaben, die gemeinnützigen Zwecken oder der Personalfürsorge dienen«.

60 Delley et al. (Fn. 58), S. 37.

61 Vgl. hierzu die Tafel 3 in: Delley et al. (Fn. 58), S. 149; Sperrung von Orten, Überprüfung der Ausnahmegewilligungen.

62 Linder, W.: Politische Entscheidung und Gesetzesvollzug in der Schweiz. Bern/Stuttgart 1987, S. 102.



### Anzahl Bewilligungen in sechs Kantonen

Quelle: DELLEY et al. (1982), S. 342

mene Präzisierung des Rechtsanspruchs auf Bewilligung führt zu einer Vereinheitlichung des Bundesrechts unter den »Minimalbedingungen« der Tourismuskantone<sup>63</sup>, mit der Konsequenz, daß die ursprünglich strengere Bewilligungspraxis des Kantons Luzern »geöffnet« werden mußte.

Gemessen an den Intentionen des zentralstaatlichen Gesetzgebers liegt hier ein Fall »selektiver Ineffektivität« vor; gemessen an den Intentionen der zentral »gesteuerten« kantonalen Vollzugsbehörden handelt es sich dagegen um einen Beispielfall für die »reale Autonomie« der Verwaltung.

63 A. a. O., S. 98.