

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 199

**Die Zweckmäßigkeit
der Ermessensausübung als
verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip**

Von

Hans Henning Lohmann



Duncker & Humblot · Berlin

HANS HENNING LOHMANN

**Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung
als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 199

Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip

Von

Dr. Hans Henning Lohmann



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Alle Rechte vorbehalten
© 1972 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1972 bei Feese & Schulz, Berlin 41
ISBN 3 428 02772 8

Vorwort

Die Arbeit lag im Wintersemester 1971/1972 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg als Dissertation vor. In der ursprünglichen Fassung waren Schrifttum und Rechtsprechung nach dem Stande vom Juni 1971 berücksichtigt. Nachweise neueren Datums habe ich im Rahmen der Überarbeitung bis einschließlich Juni 1972 nachgetragen.

Herrn Professor Dr. Hartmut Maurer danke ich für die aufmerksame Betreuung der Arbeit. Einigen Gewinn für das Thema konnte ich auch aus langen Gesprächen mit Herrn Professor Dr. Günther Bernert und Herrn Gerichtsreferendar Hans-Werner Alberts ziehen, denen ich an dieser Stelle herzlich danken möchte. Dank schließlich schulde ich der Konrad-Adenauer-Stiftung, die mich mit einem Promotionsstipendium gefördert, sowie Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann, der die Aufnahme dieser Arbeit in sein Verlagsprogramm ermöglicht hat.

Marburg/Lahn, im Juli 1972

Hans Henning Lohmann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
§ 1 <i>Das Problem zweckmäßiger Ermessensausübung und seine rechtliche Behandlung im Rahmen der verschiedenen Ermessenskonzeptionen</i> ..	19
§ 2 <i>Die rechtliche Determinierung der Ermessensentscheidung durch das Rechtsprinzip relativer Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns ..</i>	24
I. Die Differenzierung nach Zweckmäßigkeitsgraden	24
II. Die Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Zweckmäßigkeit in der Verwaltungsrechtslehre	24
1. Das Rechtsprinzip der Zwecktauglichkeit	26
2. Das Rechtsprinzip der Zulänglichkeit	26
3. Das Rechtsprinzip der Erforderlichkeit	27
4. Das Rechtsprinzip der Verhältnismäßigkeit	28
III. Die Konsequenzen für das Ermessen	29
§ 3 <i>Das Problem der absoluten Zweckmäßigkeit bei der Ermessensentscheidung</i>	32
I. Der innenrechtliche Aspekt der absoluten Zweckmäßigkeit von Ermessensentscheidungen	33
1. Die Dienstpflicht des Beamten	33
2. Die behördliche Zweckmäßigkeitsaufsicht	34
II. Der außenrechtliche Aspekt	35
1. Die Amtspflicht gegenüber einem Dritten (§ 839 BGB)	36
2. Die Überprüfung der Zweckmäßigkeit im Widerspruchsverfahren nach §§ 68 ff. VwGO	38
§ 4 <i>Die Vereinbarkeit von Freiheitsspielraum und immanenten Ermessensschranken</i>	41
I. Die Lehre von den immanenten Schranken des Ermessens	41
II. Die Rechtsgrundlage der immanenten Schranken	43
1. Organwalterpflicht	43
2. Die Lehre vom „détournement de pouvoir“	44
III. Kritik an der Lehre von den immanenten Schranken und eigenes Lösungsmodell	45
1. Die Terminologie	45
2. Das Problem des Ausmaßes gesetzlicher Gebundenheit beim Ermessen	46

a) Die Einwirkung des Normzwecks auf die Ermessensausübung	47
b) Die verschiedenen Theorien zur Wirkungsweise des Normzwecks, verdeutlicht am praktischen Beispiel	49
3. Die Wirkungsweise des Normzwecks nach §§ 114 2. Alt. VwGO, 163 S. 1 2. Alt. BBauG und 102 FGO	51
4. Das Argument autonomer Ermessensdeterminanten (verwaltungsmäßiger Zweckmäßigkeit) bei der Ermessensausübung ..	53
a) Problemstellung und Meinungsstand	53
aa) Die überlieferte Lehre	53
bb) Abweichende Ansichten	55
b) Die verfassungsrechtliche Analyse	59
aa) Autonome Ermessensdeterminanten und Gesetzmäßigkeitsprinzip	60
bb) Autonome Ermessensdeterminanten und Bestimmtheitsgrundsatz	65
cc) Autonome Ermessensdeterminanten und Gewaltenteilungsprinzip	65
dd) Autonome Ermessensdeterminanten und Rechtsschutzgarantie	66
c) Das Ergebnis in der Frage der Ermessensdeterminanten ..	66
5. Grenzen verwaltungsgerichtlicher Kontrolle als materiellrechtliche Argumentationsbasis	68
a) Die gerichtliche Praxis	69
b) Die „Lähmungstheorie“	70
c) Das Argument der „Doppelverwaltung“	70
d) Das Argument vorgegebener Erkenntnisgrenzen	72
e) Die „subjektive Schwankungsbreite“ der möglichen Meinungen als Argument	72
f) Der Sachverstand der Verwaltung als Argument	73
6. Die Bedeutung von Motivationsmängeln bei gleichzeitiger rechtlicher Gebundenheit im objektiven Bereich	74
§ 5 Ermessensfreiheit und unbestimmter Rechtsbegriff	77
I. Die Ausklammerung der unbestimmten Rechtsbegriffe aus dem Ermessen	77
II. Der Grund für die Ausklammerung der unbestimmten Rechtsbegriffe aus dem Ermessen und die dadurch entstehende Problematik	80
III. Vergleich von Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff	82
1. Die definitorische Gleichsetzung in der älteren Lehre und die gesetzgeberische Motivationslage	82
2. Strukturanalyse	87
a) Der Gegensatz kognitiv — volitiv als Kriterium	87
b) Das Problem der rechtlichen „Verknüpfung“	88
§ 6 Die prozessualen Konsequenzen	91
I. Richterliche Zweckmäßigkeitkontrolle als Konsequenz	91

II. Die Anforderungen an die Zweckmäßigkeitkontrolle	93
1. Die Theorie vom richterlichen Takt	94
2. Die Bindung richterlicher Überzeugungsbildung durch die Vermutung der Rechtmäßigkeit vertretbarer Ermessensentscheidungen	94
III. Die Vorteile der „prozessualen Lösung“ gegenüber der herrschenden Lehre	99
1. Die rechtliche Behandlung der evident unzweckmäßigen (unvertretbaren) Ermessensentscheidung	99
2. Die rechtliche Behandlung der objektiv zweckmäßigen oder vertretbaren Ermessensentscheidung	101
a) Das Problem des „Nachschiebens von Gründen“ bei Ermessensentscheidungen	101
b) Das Problem des „Vorwandes“	102
 § 7 <i>Ergebnis der Untersuchung und Ausblick auf die rechtliche Bedeutung der Zweckmäßigkeit im Bereich des „ius strictum“</i>	 104
I. Ermessen als besonderer Fall gebundenen Gesetzesvollzugs	104
II. Die rechtliche Bedeutung der Zweckmäßigkeit beim gebundenen Gesetzesvollzug im übrigen (ius strictum im engeren Sinne)	106
 <i>Schrifttumsverzeichnis</i>	 109

Abkürzungsverzeichnis

a. E.	= am Ende
a. F.	= alter Fassung
Alt.	= Alternative
AO	= Reichsabgabenordnung von 1919 i. d. F. vom 22. Mai 1931
AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts (zit. nach Band und Seite)
AS	= Amtliche Sammlung
AuslG	= (Bundes-)Ausländergesetz vom 28. April 1965
BaWüVBl.	= Baden-württembergisches Verwaltungsblatt (zit. nach Jahr und Seite)
bayGO	= Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25. Januar 1952
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter (zit. nach Jahr und Seite)
bayPAG	= Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern von 1954 i. d. F. vom 3. April 1963
bayVerfGH	= Verfassungsgerichtshof für den Freistaat Bayern
bayVGH	= Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	= Der Betriebsberater (zit. nach Jahr und Seite)
BBauG	= Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960
BBG	= Bundesbeamtengesetz von 1953 i. d. F. vom 22. Oktober 1965
BFH	= Bundesfinanzhof
BFernStrG	= Bundesfernstraßengesetz von 1953 i. d. F. vom 6. August 1961
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (zit. nach Band und Seite)
bremPG	= bremisches Polizeigesetz vom 5. Juli 1960
BRRG	= (Bundes-)Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz) von 1957 i. d. F. vom 22. Oktober 1965
BStBl.	= Bundessteuerblatt (zit. nach Jahr, Teil und Seite)
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
bwGO	= Gemeindeordnung für Baden-Württemberg vom 25. Juli 1955
bwLVG	= baden-württembergisches Landesverwaltungsgesetz vom 7. November 1955
bwPG, bwPolG	= baden-württembergisches Polizeigesetz vom 21. November 1955

DBG	= Deutsches Beamtengesetz vom 26. Januar 1937, aufgehoben durch § 199 I Ziff. 2 BBG bzw. LBG
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung (zit. nach Jahr und Seite)
DöH	= Der öffentliche Haushalt (zit. nach Jahrgang und Seite)
DStR	= Deutsche Steuer-Rundschau (zit. nach Jahr und Seite)
DurchfVO	= Durchführungsverordnung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt (zit. nach Jahr und Seite)
E	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des davor genannten Gerichts
EGKS-Vertrag	= Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951
Erl.	= Erläuterung
EVwVerfG	= Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes mit Begründung (EVwVerfG 1963), Köln und Berlin 1964
FGO	= (Bundes-)Finanzgerichtsordnung vom 6. Oktober 1965
FlurBG	= (Bundes-)Flurbereinigungs-gesetz vom 14. Juli 1953
GastG	= Gaststättengesetz vom 28. April 1930 (a. F.) bzw. vom 5. Mai 1970 (n. F.)
Gem. Komm.	= Gemeinschaftskommentar zum GWB, hrsg. von Müller-Henneberg-Schwartz
GewArch	= Gewerbearchiv (zit. nach Jahr und Seite)
GewO	= Gewerbeordnung für das Deutsche Reich von 1869 i. d. F. vom 26. Juli 1900
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
Grünhut	= Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (zit. nach Band und Seite)
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von 1957 i. d. F. vom 3. Januar 1966
h. L.	= herrschende Lehre
HSOG	= Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 17. Dezember 1964
i. d. F.	= in der Fassung
i. d. R.	= in der Regel
i. e. S.	= im engeren Sinne
i. S.	= im Sinne
i. w. S.	= im weiteren Sinne
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (zit. nach Band und Seite)
JR	= Juristische Rundschau (zit. nach Jahr und Seite)
JuS	= Juristische Schulung (zit. nach Jahr und Seite)
JZ	= Juristenzeitung (zit. nach Jahr und Seite)
LAG	= (Bundes-)Gesetz über den Lastenausgleich von 1952 i. d. F. vom 1. Dezember 1965
LB	= Lehrbuch
LBG	= Landesbeamtengesetz

LBO	= Landesbauordnung
LM	= Das Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, hrsg. von Lindenmaier und Möhring (zit. nach Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
LVG	= Landesverwaltungsgericht
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht (zit. nach Jahr und Seite)
MRVO	= Verordnung der Militärregierung
NamÄndG	= (Reichs-)Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen vom 5. Januar 1938
nds. SOG	= niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21. März 1951
n. F.	= neuer Fassung
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (zit. nach Jahr und Seite)
Nw, nw	= Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
nwLOG	= nordrhein-westfälisches Gesetz über die Organisation der Landesverwaltung (Landesverwaltungsgesetz) vom 10. Juli 1962
nwLWG	= nordrhein-westfälisches Landeswassergesetz vom 22. Mai 1962
nwOBG	= nordrhein-westfälisches Gesetz über Aufgaben und Befugnisse der Ordnungsbehörden (Ordnungsbehörden-gesetz) vom 16. Oktober 1956
OVG	= Oberverwaltungsgericht
PAG	= siehe bayPAG
PBefG	= (Bundes-)Personenbeförderungsgesetz vom 21. März 1961
Pr, pr	= Preußen, preußisch
PrPVG	= preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931
RAO	= siehe AO
RFH	= Reichsfinanzhof
RGaO	= (Reichs-)Verordnung über die Garagen und Einstellplätze (Reichsgaragenordnung) vom 17. Februar 1939
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit. nach Band und Seite)
RHO	= Reichshaushaltsordnung von 1922 i. d. F. vom 14. April 1930
RhPf, rhpf	= Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
rhpFLWG	= rheinland-pfälzisches Landeswassergesetz vom 1. August 1960
rhpFPVG	= rheinland-pfälzisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 26. März 1954
RN	= Randnummer
Rspr.	= Rechtsprechung
RStBl.	= Reichssteuerblatt (zit. nach Jahr und Seite)
RVBl.	= Reichsverwaltungsblatt (zit. nach Band und Seite)
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung (zit. nach Jahr und Spalte)
StAnpG	= (Reichs-)Steueranpassungsgesetz vom 16. Oktober 1934

StbJb	= Steuerberaterjahrbuch (zit. nach Jahr und Seite)
StuW	= Steuer und Wirtschaft (zit. nach Jahr und Spalte)
VersR	= Versicherungsrecht (zit. nach Jahr und Seite)
VerwArch	= Verwaltungsarchiv (zit. nach Band und Seite)
VerwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (zit. nach Band, Nummer und Seite)
VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (zit. nach Heft und Seite)
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb (zit. nach Jahr und Seite)
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht (zit. nach Jahr und Seite)
ZPO	= Zivilprozeßordnung von 1877 i. d. F. vom 12. September 1950

Einleitung

Zusammenhängende Darstellungen, die sich mit der rechtlichen Relevanz des Zweckmäßigen beim Verwaltungshandeln befassen, fehlen fast völlig. Die Untersuchung *Walter Jellineks* zum Verhältnis von Gesetz und Zweckmäßigkeit¹ liegt nun schon einige Zeit zurück. Was die neuere Literatur anlangt, so ist man angewiesen auf punktuelle und flüchtige Hinweise, weithin verstreut über Lehrbücher und Monographien des Verwaltungsrechts. Hinzu kommt, daß auch die rechtsdogmatische Behandlung benachbarter Themen wie des „Gemeinwohls“ oder des „öffentlichen Interesses“ noch nicht weit genug gediehen ist, um speziell für das Problem der Zweckmäßigkeit meßbaren Ertrag abwerfen zu können².

Dieser Befund nimmt einigermaßen wunder angesichts des überragenden Stellenwerts, den die Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandels allgemein genießt. Dem Soziologen gilt die bürokratische Verwaltung als die „rein technisch zum Höchstmaß der Leistung vervollkommenbare, rationalste Form der Herrschaftsausübung“; ohne sie kann der moderne Staat nicht auskommen³. Entsprechend sieht der Staatstheoretiker in der Zweckmäßigkeit einen spezifischen Maßstab der Verwaltung, an dem sich diese bei der Verfolgung des aufgegebenen Wohlfahrtsziels orientiert⁴. In der Verwaltungslehre schließlich bildet die Zweckmäßigkeit das zentrale und beherrschende Thema schlechthin. Hier ist von Grundsätzen die Rede wie: Rationalität⁵, Sachgerechtigkeit⁶, Koordination⁷, Wirtschaftlichkeit⁸, Sparsamkeit⁹,

¹ Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913.

² Die neueste Arbeit zu diesem Thema stammt von *Häberle*: Öffentliches Interesse als Juristisches Problem, 1970.

³ *Max Weber*, WuG 1. Halbbd., S. 128; ähnlich *Zippellius*, Allgemeine Staatslehre, S. 202.

⁴ *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 733, 735.

⁵ Dazu: *Morstein Marx*, Einführung in die Bürokratie, S. 48 ff.; *Simon*, Das Verwaltungshandeln, S. 43 ff.; *Thieme*, Verwaltungslehre, RN 892 (S. 249); *Wagener*, Der Neubau der Verwaltung, S. 5.

⁶ Dazu: *Morstein Marx*, Das Dilemma des Verwaltungsmannes, S. 161 ff.; *ders.* in: *Verwaltung*, S. 227 f. (228); *Kunze* in: *Morstein Marx*, *Verwaltung*, S. 229 ff.

⁷ Dazu: *Kunze*, aaO. S. 230/31; ferner *Morstein Marx*, Das Dilemma des Verwaltungsmannes, S. 177 sowie *Breuckmann* in: *Morstein Marx*, *Verwaltung*, S. 215 ff. (217).

Vereinfachung¹⁰, Effizienz¹¹. All diese Maximen sind nur besondere Ausprägungen jenes allgemeinen Rational- oder Zweckmäßigkeitmodells, für das die Erzielung größtmöglicher Erfolge bei vergleichsweise geringstem Aufwand charakteristisch ist¹².

Daß demgegenüber die Verwaltungsrechtsdogmatik dem Gegenstand der Zweckmäßigkeit so wenig Interesse entgegenbringt, hat seine Ursache in dem festgefahrenen und nur wenig reflektierten Dogma von der außerrechtlichen Natur des Zweckmäßigen. So formulierte *Rudolf von Ihering*: „Auf dem Gegensatz der beiden Ideen: der ihrer Natur nach gebundenen Gerechtigkeit und der ihrer Natur nach freien Zweckmäßigkeit beruht der innere Gegensatz zwischen der Rechtspflege und der Verwaltung (Regierung)¹³.“ Auch heute noch pflegt man mit einiger Selbstverständlichkeit von einer schier unversöhnlichen Antinomie zwischen Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit auszugehen¹⁴. Gesetzliche Bestimmungen wie § 68 I VwGO („Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes sind in einem Vorverfahren nachzuprüfen“) fördern diese Einstellung. Das eigentliche Problem gerät dadurch aus dem Blickfeld: die Frage nämlich, inwieweit Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit nach Art zweier nie überschneidender Kreise sich decken¹⁵. Wie jeder andere Gegenstand kann auch die Zweckmäßigkeit — oder besser: eine bestimmte Art von Zweckmäßigkeit — vom Recht rezipiert, „verrechtlicht“ sein. Aufgabe der Verwaltungsrechtsdogmatik ist es, die insoweit vorhandenen Ansätze im positiven Recht aufzuspüren und zu allgemeinen Grundsätzen auszubauen.

Die bislang unternommenen Vorstöße in diese Richtung sind unzureichend. Hin und wieder ist vom „Umschlag“ des Zweckmäßigen ins Rechtliche die Rede, der sich anscheinend in Fällen größter Un-

⁸ Vgl. *Thieme*, aaO. RN 996 ff. (S. 280 ff.); *Hüttl* in: *Morstein Marx*, Verwaltung, S. 282 ff.; *Wagener*, aaO. S. 299 ff.; *Hettlage* in: *Badenhoop*, Verwaltung, S. 38 ff.

⁹ Vgl. *Hüttl*, aaO. S. 289; *Hettlage*, aaO. S. 39 ff.

¹⁰ Dazu: *Wagener*, aaO. S. 5; *Hertel*, DÖH Jg. 5 (1958/59), S. 145 ff.

¹¹ Dazu: *Simon*, aaO. S. 111 ff.; *Wagener*, aaO. S. 4 f.; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip, S. 311 ff.; *ders.* DÖV 1970, 397 ff. (404 f.). Zur „efficiency“ in der amerikanischen Verwaltungslehre siehe *Morstein Marx*, Amerikanische Verwaltung, S. 163.

¹² In diesem Sinne zum allgemeinen Rationalprinzip: *Max Weber*, WuG, S. 32; *Heller*, Staatslehre, S. 212.

¹³ v. *Jhering*, Der Zweck im Recht 1. Bd., S. 388. Eine rechtstheoretische Begründung des Dogmas von der Staatszwecklehre her findet sich bereits bei *Friedrich Julius Stahl*, Philosophie des Rechts 2. Bd., S. 607 ff.

¹⁴ Vgl. etwa *Weides*, JuS 1964, 483 ff. (484): „Sachgerechtigkeit“ als Gegensatz zur „Rechtsgerechtigkeit“.

¹⁵ Die Möglichkeit, daß „Zweckmäßigkeit“ in § 68 I VwGO auch als Unterfall der zuerst genannten Rechtmäßigkeit verstanden werden könnte, betont *Löwer*, MDR 1965, 92 ff. (93).

zweckmäßigkeit ereignen soll¹⁶. Verräterisch ist schon die Terminologie. Die „Umschlagtheorie“ wird — wie die Lehre zum besonderen Gewaltverhältnis zeigt — immer dann eingesetzt, wenn es gilt, die tradierte Vorstellung rechtsfreier Verwaltungsräume in das Gefüge des geltenden Verfassungsrechts einzupassen und durch Zugeständnisse zu konservieren. Die damit verbundenen Fehlleistungen sind bereits von berufener Seite kritisiert worden¹⁷.

Darüber hinaus fehlt es auch an jeder inhaltlichen Präzisierung des Zweckmäßigkeitbegriffs, die doch für eine rechtsdogmatische Erfassung unerlässlich ist. Je nachdem, welche Zweckvorstellung zugrunde liegt und wie weitgehend Nebenfolgen des Handelns für andere Zielsetzungen der Verwaltung berücksichtigt werden¹⁸, fällt das Zweckmäßigkeiturteil hinsichtlich ein- und derselben Handlung unterschiedlich aus. Verglichen mit einem weitgespannten „Zweckhorizont“ eignet einer beschränkten Zweckbetrachtung ein entsprechend engerer Zweckmäßigkeitmaßstab. Es kommt daher darauf an, die möglichen Bezugsrahmen des Zweckmäßigkeiturteils beim Verwaltungshandeln, die durch Gesetz, Haushaltsplan oder Verfassung abgesteckt sein können, klar zu kennzeichnen. Nur dann haben rechtstheoretische Aussagen über die Zweckmäßigkeit einen Wert.

Damit trifft sich eine weitere notwendige Unterscheidung. Das Verwaltungshandeln pflegt in „gesetzesfreies“ und „gesetzesakzessorisches“ Handeln aufgeteilt zu werden¹⁹; letzteres wiederum gliedert sich in „strikt gebundenen“ und „gelenkten“ Gesetzesvollzug (Ermessen)²⁰. Von dieser Einteilung muß man — zumindest vorläufig — auch bei der rechtlichen Behandlung der Zweckmäßigkeit ausgehen.

Im Bereich der gesetzesfreien („frei gestaltenden“) Verwaltung macht sich die Zweckmäßigkeit am eindrucksvollsten bemerkbar. Sie tritt hier vor allem unter dem Stichwort „Wirtschaftlichkeit“, „Effizienz“ in Erscheinung, Maßstäben also, die sich unmittelbar an das allgemeine Prinzip rationalen Handelns anlehnen. Mit gegebenen Mitteln den größt-

¹⁶ So *Krüger*, Festgabe für Smend (1952), S. 211 ff. (230 ff.); *ders.* Allgemeine Staatslehre, S. 735 ff. Ferner *Hüberle*, Öffentliches Interesse, S. 455 f. Fußn. 114.

¹⁷ So von *Rupp*, Grundfragen, S. 19 ff., insbes. S. 31 ff.

¹⁸ Der Idee nach entspricht dem Modell optimalen Verwaltungshandelns die Rücksichtnahme auf schlechthin alle aktuellen und potentiellen Verwaltungsziele. Praktisch aber ist man immer zu einer gewissen „Folgenneutralisation“ gezwungen. Vgl. dazu *Luhmann*, VerwArch 51 (1960), S. 97 ff.

¹⁹ *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 616; *Stern*, Ermessen und Ermessensausübung, S. 15; *H. J. Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 31 (S. 162 f.); *Ossenbühl*, DÖV 1970, 84 ff. (89); *Salzwedel*, VVDStRL 22, 206 ff. (219 f.); *Peters*, Festschr. für Hans Huber, S. 206 ff.; *Reuß*, DÖV 1967, 217 ff. (218).

²⁰ *Stern*, aaO. S. 19; *Salzwedel*, aaO. S. 219 f.