

Law Department

Reform des Verwaltungsrechts -  
Möglichkeiten und Grenzen  
eines wissenschaftlichen Diskurses  
in Deutschland

CHRISTOPH MÖLLERS

LAW No. 2001/10

EUI WORKING PAPERS



EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE

European University Institute



3 0001 0034 9675 1



© The Author(s). European University Institute.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

WP Fa9  
EUR

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

DEPARTMENT OF LAW



EUI Working Paper LAW No. 2001/10

**Reform des Verwaltungsrechts -  
Möglichkeiten und Grenzen eines wissenschaftlichen  
Diskurses in Deutschland**

CHRISTOPH MÖLLERS

Heidelberg

**BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)**

All rights reserved.  
No part of this paper may be reproduced in any form  
without permission of the author.

© 2001 Christoph Möllers  
Printed in Italy in November 2001  
European University Institute  
Badia Fiesolana  
I – 50016 San Domenico (FI)  
Italy

- I. Problembeschreibung
- II. Kontexte der Reformdebatte
  - 1. Reform als wissenschaftliche Aufgabe
  - 2. Geschichtsteleologische Argumente
- III. Kritische Überlegungen
  - 1. Fehlen normativer Kriterien
  - 2. Fehlen deskriptiv-analytischer Kriterien
    - a) Begriffsbildung
    - b) Theorieholismus
    - c) Wozu Empirie?
  - 3. Fehlende dogmatische Verwertbarkeit
  - 4. Vermittlung durch Begriffe?
- IV. Komparative Verwaltungsrechtswissenschaft
  - 1. Kontextbildung und binnendisziplinärer Vergleich
  - 2. Anwendungsfelder
    - a) Dogmen, Ideen und Institutionengeschichte
    - b) Rechtsvergleichung
    - c) Interessenanalyse
    - d) Referenzgebiete
    - e) Falllösung
  - 3. Verwaltung und Verwaltungsrecht
- V. Ergebnis



## I. Problembeschreibung

Die zentrale Diskussion um Methodenprobleme des öffentlichen Rechts in Deutschland findet im Verwaltungsrecht statt. Die Reform und Flexibilisierung des Verwaltungsrechts gibt Anlaß auch die Rolle der Rechtswissenschaften zu überdenken. Die hier erkennbaren Tendenzen in der aktuellen Debatte lassen sich auf verschiedene theoretische Grundfragen zurückführen<sup>1</sup>: auf das Problem der Unterscheidbarkeit von Staat und Gesellschaft, auf die Frage nach der Organisation demokratischer Repräsentation im Verwaltungshandeln und schließlich auf die Fähigkeit der Verwaltungsrechtswissenschaft, gesellschaftliche Veränderungen zu verarbeiten, ohne ihre eigene wissenschaftliche Integrität in Frage zu stellen. Der nun folgende Beitrag wird den Versuch unternehmen, für den letztgenannten Problemkreis der wissenschaftlichen Erkenntnismöglichkeiten der Verwaltungsrechtslehre eine eigene kritische Rekonstruktion vorzulegen. Es wird im folgenden also nur mittelbar um die Entwicklungen im positiven Verwaltungsrecht gehen. Vielmehr ist darzustellen, auf welche Weise eine mit wissenschaftlichem Anspruch arbeitende dogmatische Disziplin wie die Verwaltungsrechtswissenschaft soziale Veränderungen so wahrnehmen kann, daß diese Veränderungen für die eigenen Fragestellungen handhabbar bleibt. Der Beitrag schließt damit an eine in den letzten Jahren in Gang gekommene Diskussion auch zur Rolle der Wissenschaft in der Entwicklung des Verwaltungsrechts an<sup>2</sup>. Die Untersuchung will zunächst mit

---

<sup>1</sup> Ein entsprechender Versuch wurde unternommen in *C. Möllers*, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Richtungs- und Methodenstreit?, *VerwArch.* 90 (1999), 187. Eine erste Formulierung der hier untersuchten Fragestellung findet sich ebda., 203206.

<sup>2</sup> Zunächst *E. Schmidt-Aßmann*, Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung, *JZ* 1994, 2; *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht*, Beiheft 2 zu *Die Verwaltung* (1999); *O. Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik 1999; *A. Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 80 ff.; *ders.*, Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft, *Die Verwaltung* 32 (1999), 545.

einer Vorüberlegung zu politischen und historischen Bezüge in der Verwaltungsrechtslehre der Gegenwart diese Fragestellung weiter konkretisieren (II.), um dann in einem dekonstruktiven Gedankengang<sup>3</sup> Kritik an Teilen des Diskussionsstands zu üben (III.), um anschließend eine eigene Rekonstruktion für Forschungsperspektiven zu liefern (IV.), die eine Bilanz ermöglichen soll (V.).

## II. Kontexte der Reformdebatte

### 1. Reform als wissenschaftliche Aufgabe

Vieles spricht dafür, die Reform des Verwaltungsrechts<sup>4</sup> zu einem Projekt der Wissenschaft zu machen<sup>5</sup>. Hinter einem solchen Programm erscheint ein progressives Wissenschaftsverständnis, das sich vor normativen Aussagen jenseits der positiven Rechtsordnung nicht fürchtet, und das eigene Kriterien zur Bewertung öffentlich-rechtlicher Institute entwickelt – ein Konzept, das verkrustete Überlieferungen ablehnt oder zur Disposition stellt und das an den zumal in Deutschland stets engen Zusammenhang zwischen Verwaltung und

<sup>3</sup> Zum Begriff der De-Konstruktion *J. Derrida*, *Positions*, 1972, S. 56 f.

<sup>4</sup> Zunächst *W. Hoffmann-Riem*, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe, *AöR* 115 (1990), 400 (401 ff.). Daran anschließend: *Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts* Bd. 18: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G. F. Schuppert* (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts Grundfragen, 1993; *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994; dies. (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996; *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997; *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung des Verwaltungsrechts*, 1998; *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999; *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000; *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Verwaltungskontrollen*, 2001.

<sup>5</sup> So die positive Zwischenbilanz bei *Vofßkuhle*, *Die Verwaltung* 32 (1999), 545.



Reform anschließen kann<sup>6</sup>. Schließlich ist auch der amerikanischen verwaltungsrechtlichen Diskussion der Begriff der Reform keineswegs fremd ist<sup>7</sup>. Reform, Innovation<sup>8</sup> und Modernisierung<sup>9</sup> indizieren Veränderungsbedarf und Veränderungswillen, wie er gerade in den als konservativ geltenden Rechtswissenschaften nicht selten angemahnt wird. Zumindest nachdenklich stimmen allerdings einige Gesichtspunkte, die in der Diskussion kaum Erwähnung finden – einer Diskussion, die sich überhaupt durch das Fehlen jeglicher Reflektion über den Begriff der Reform selbst auszeichnet:

Das im Anliegen der Reform zum Ausdruck kommende methodische Selbstverständnis ist seinerseits nicht neu. Wenn die Rechtswissenschaften das Recht reformieren sollen, dann werden sie selbst zur Rechtsquelle. Dies ist eine seit der Historischen Rechtsschule in Deutschland weit verbreitete Vorstellung<sup>10</sup>. Ein solches Verständnis steht aber zumindest in Spannung zum eigenen Anspruch auf Wissenschaftlichkeit, der gerade Distanz zum politischen Prozeß der Rechtserzeugung verlangt, zudem wirft er die Frage nach dem demokratischen Mandat rechtswissenschaftlicher Forschung auf.

<sup>6</sup> Vgl. nur *F. Wagener*, *Neubau der Verwaltung*, S. 1969, S. 99 ff.; *W. Seibel*, *Verwaltungsreformen*, in: *K. König/H. Siedentopf*, *Öffentliche Verwaltung in Deutschland*, 1996/97, 87 (87 f.).

<sup>7</sup> Als bekanntester rechtswissenschaftlicher Titel *R. B. Stewart*, *The Reformation of American Administrative Law*, *Harv. L. Rev.* 88 (1975), 1669.

<sup>8</sup> Zu diesem Konzept: *W. Hoffmann-Riem*, *Vorüberlegungen zur rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung*, in: *ders./J.P. Schneider* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung 1998*, 11 (14 ff.); *ders./M. Eifert*, *Regelungskonzepte des Telekommunikationsrechts und der Telekommunikationspolitik: Innovativ und innovationsgeeignet?*, in: *W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Innovation und Telekommunikation*, 2000, 10 (11 ff.); *ders.*, *Innovationssteuerung durch die Verwaltung*, *Die Verwaltung* 33 (2000), 155 (156 f.).

<sup>9</sup> *W. Hoffmann-Riem*, *Modernisierung von Recht und Justiz*, 2001.

<sup>10</sup> *P. Landau*, *Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in: *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit*, Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar im September 1992 in Stockholm, *Rättshistoriska Studier* 19 (1993), 69; *ders.*, *Puchta und Aristoteles: Überlegungen zu den philosophischen Grundlagen der historischen Schule und zur Methode Puchtas als Zivilrechtsdogmatiker*, *ZRG RA* 109 (1992), 130. *R. Ogorek*, *Richterkönig und Subsumtionsautomat*, 1986, S. 197 ff.; *M. Reimann*,

„Reform“ ist zudem ein rechtspolitisches Projekt<sup>11</sup>. Es tauchte in den verschiedensten historischen Kontexten<sup>12</sup> – etwa in den siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts<sup>13</sup> oder in der Stein/Hardenbergschen Ära<sup>14</sup> – auf und war stets Teil einer mit politischer Rhetorik überwölbten Programmatik<sup>15</sup>. Als Gegenstand eines wissenschaftlichen Projekts erzeugt das Programm einer Reform Nebenbedeutungen, deren Gehalt überdacht werden sollte. Warum soll überhaupt reformiert werden? Sind es wissenschaftliche oder politische Motive, ein rechtspolitisches Anliegen zu einem rechtswissenschaftlichen umzuwandeln? Und lassen sich empirisch zu bemerkende Veränderungstendenzen im Verwaltungsrecht als Ergebnis dieses Reformprojekts verstehen und damit der Verwaltungsrechtswissenschaft in irgendeiner Weise zurechnen?

---

Historische Schule und Common Law, 1993; *J. Rückert*, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, 1988, S. 56 ff., 77 ff.

<sup>11</sup> Zur politischen Funktion von Schlüsselbegriffen: *G. F. Schuppert*, Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation, AöR 114 (1989), 127 (127 f.) unter zustimmender Zitierung von *G. Jelinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., S. 632. Freilich ist das Politikverständnis Jelineks ausdrücklich nicht demokratisch.

<sup>12</sup> Für die Bundesrepublik schon *O. Nass*, Verwaltungsreform durch Erneuerung der Verwaltungswissenschaft, 1950, S. 49 ff. (samt Krisendiagnose); *Seibel*, Verwaltungsreformen (Fußn. 6), 91 ff.

<sup>13</sup> Die verwaltungsrechtlichen Literatur dieser Zeit ist voller Motive der aktuellen Diskussion. Vgl. für viele *D. Grimm*, Staatsrechtslehre und Politikwissenschaft, in: ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaften und Nachbarwissenschaften, 1971, Bd. 1, 53 (56 ff.); *W. Schmidt*, Rechtswissenschaft und Verwaltungswissenschaft, ebda., 89 (91 ff.); *W. Hoffmann-Riem*, Rechtswissenschaften als Rechtsanwendungswissenschaften – Lernzielthesen zur Integration von Rechts und Sozialwissenschaft in: ders. (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts II, 1979, 1 (5 ff.); *ders.*, Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung in öffentlichrechtlichen Übungen und Prüfungsarbeiten, in: ders. (Hrsg.), Sozialwissenschaften im öffentlichen Recht, 1981, 3 (11f., 24 ff., 42 ff.) jeweils m. w. N. Zum „Reformklima“ der neunziger Jahre, *A. Vofßkuhle*, „Schlüsselbegriffe“ der Verwaltungsrechtsreform, *VerwArch.* 92 (2001), 185 (188 ff.).

<sup>14</sup> *R. Koselleck*, Preußen zwischen Reform und Restauration, 2. Aufl. 1975, S. 153 ff., 162 ff.; *E. Wolgast*, Reform, Reformation, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, 1984, 313 (339 ff.).

<sup>15</sup> „The history of administrative reorganization in twentieth century is a history of rhetoric.“, so zu den Vereinigten Staaten: *J. G. March/J. P. Olsen*, Organizing Political Life: What Administrative Reform Tells Us about Government, *The American Political Science Review*, 77 (1983), 281 (282) mit zwei argumentativen Grundtypen ebda., 282/284, 291 f.

Reform und Innovation sind zudem *zukunftsorientierte* Konzepte<sup>16</sup>. Eine solche Orientierung ist für die Rechtswissenschaften, deren Gegenstand gerade die *Stabilisierung* von Erwartungen ist<sup>17</sup>, ein problematischer Anspruch. Weil Normativität einen in der Vergangenheit liegenden Geltungsgrund sowohl von gegenwärtigen Ereignissen als auch von zukunftsgerichteten Erwartungen abkoppelt, ist die Beschäftigung mit Recht nicht beliebig zu verzeitlichen. Zudem wirft die wachsende Zukunftsfixiertheit von anderen gesellschaftlichen Teilbereichen wie Politik und Wirtschaft<sup>18</sup> die Frage auf, ob sich die Rechtswissenschaften an dieser Entwicklung beteiligen oder bei einer Besinnung auf die Funktionen von Recht einen anderen Zugang wählen sollten: ein beschleunigter gesellschaftlicher Wandel bedarf jedenfalls der Arbeitsteilung zwischen eher beweglichen zukunftsorientierten und eher statischen vergangenheitsbezogenen Diskursen. Die Unterscheidbarkeit, damit aber auch die Relevanz des Verwaltungsrechts könnte durch eine zu weitgehende Zukunftsorientierung eher in Frage gestellt werden. Man muß jedenfalls die verzögernde Wirkung des Verwaltungsrechts nicht zu ihrer Hauptfunktion hochstilisieren<sup>19</sup>, um festzustellen, daß die Rechtswissenschaften wie das Recht ein asymmetrisches Verhältnis zur Zeitlichkeit aufweisen, das Vergangenheit gegenüber Zukunft privilegiert<sup>20</sup>. Dies zeigt sich in der verwaltungsrechtlichen

---

<sup>16</sup> Für den folgenden Gesichtspunkt danke ich Ulrich R. Haltern.

<sup>17</sup> N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 124 ff.

<sup>18</sup> P. Gendolla, *Zeit – zur Geschichte der Zeiterfahrung*, 1992; M. Sommer, *Lebenswelt und Zeitbewußtsein*, 1990; P. Virilio, *Revolutionen der Geschwindigkeit*, 1993.

<sup>19</sup> B. Schlink, *Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung durch das Verwaltungsrecht*, VVDStRL 48 (1990), 235 (259) kritisch: H. Schulze-Fielitz, *Zeitoffene Gesetzgebung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, *Innovation* (Fußn. 4), 139 (149); E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998, 1/32. Ausdrücklich anders W. Brohm, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, VVDStRL 30 (1971), 245 (251): *Dogmatik als „Zukunftswissenschaft“*.

<sup>20</sup> Anders formuliert, die Zukunft an die gegenwärtige Vergangenheit bindet: S. Kirste, *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins*, 1998, S.

Dogmatik nicht zuletzt darin, daß vergangenheitsbezogene Kategorien wie Vertrauensschutz oder Rechtssicherheit keinen zukunftsbezogenen Gegenpart gewonnen haben<sup>21</sup>. Nimmt man daher an, daß Innovation „kein Selbstzweck, sondern nur ein Modus der Problembewältigung“<sup>22</sup> ist, so bleibt die Frage zu beantworten, inwieweit dieser Modus gerade dem Medium Recht angetragen werden sollte. Manche Innovation mag gerade durch den überlieferten Formenhaushalt besonders gut zu verarbeiten sein<sup>23</sup>. Für die Form des Verwaltungsakts liegen entsprechende Untersuchungen vor, die weit davon entfernt sind, dessen Funktionalität in Frage zu stellen<sup>24</sup>. Daher ist die Forderung nach einer neuen Handlungsformenlehre<sup>25</sup> jedenfalls nicht allein mit der Zukunftsorientierung des Rechts zu begründen. Die „Speicherfunktion“ der Hand-

---

358 ff. und der Hinweis auf *P. Hiller*, *Der Zeitkonflikt in der Risikogesellschaft: Risiko und Zeitorientierung in rechtsförmigen Verwaltungsentscheidungen*, 1993, S. 62

<sup>21</sup> So *E. Schmidt-Aßmann*, *Flexibilität und Innovationsoffenheit als*

*Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts*, in: *Innovation und Flexibilität* (Fußn. 4), 407 (409 f.).

<sup>22</sup> *W. Hoffmann-Riem*, *Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht – Einleitende Problemskizzen*, in: *Innovation und Flexibilität* (Fußn. 4), 9 (15).

<sup>23</sup> Eine hier nicht weiter zu entwickelnde Möglichkeit, das Thema Innovation und Rechtsdogmatik zu behandeln, könnte sich aus der Entfaltung der von der Systemtheorie wiederentdeckten Unterscheidung von Medium und Form ergeben. Vgl. *F. Heider*, *Ding und Medium*, Symposium I (1926), 109. Zur Erläuterung: *S. Krämer*, *Form als Vollzug*, RJ 1998, 558; *N. Luhmann*, *Die Kunst der Gesellschaft*, 1995, S. 165 ff.

<sup>24</sup> *K.H. Ladeur*, *Die Zukunft des Verwaltungsakts*, *VerwArch.* 86 (1995), 511 (516 ff.); *F. Schoch*, *Der Verwaltungsakt zwischen Innovation und Flexibilität*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, *Innovation* (Fußn. 4), 199 (208 ff.). Vgl. auch *M. Ruffert*, *Regulierung im System des Verwaltungsrechts*, *AöR* 124 (1999), 237 (245 f.).

<sup>25</sup> Für viele *R. Pitschas*, *Entwicklungen der Handlungsformen im Verwaltungsrecht*, in: *W. Blümel/R. Pitschas* (Hrsg.), *Reform des Verwaltungsrechts*, 1994, 229 (237 f.); *G. F. Schuppert*, *Verwaltungswissenschaften*, 2000, S. 152 f. im Rahmen der Rechtsverhältnislehre: *H. Bauer*, *Informales Handeln im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, *VerwArch.* (1987), 241 (258 f.). Vorsichtiger *E. Schmidt-Aßmann*, *Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, *DVBl.* 1989, 533 (533 f.) sowie im Anschluß: *U. Di Fabio*, *System der Handlungsformen und Fehlerformenlehre*, in: *K. Becker-Schwarze/W. Köck/T. Kupka/M. v. Schwabenflügel* (Hrsg.), *Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht*, 1991, 47 (51). Weitergehend Auf die „Selbstheilungskräfte der Rechtsformenlehre“ verweist dagegen *T. v. Danwitz*, *Zu Funktion und Bedeutung der Rechtsverhältnislehre*, *Die Verwaltung* 30 (1997), 339 (346).

lungsformen<sup>26</sup> ist gerade eine vergangenheitsbezogene Leistung. Die eigentliche Funktion von Normen besteht darin, bestimmte Formen von Zukunft auszuschließen<sup>27</sup>.

Nimmt man diesen Zweifeln zum Trotz das Konzept der Reform des Verwaltungsrechts als *wissenschaftliches* Projekt beim Wort, so müssen schließlich Bewertungsmaßstäbe für diese Reform entwickelt werden, die wissenschaftlichen Ansprüchen genügen. Eine wissenschaftliche Reformdiskussion hat also *wissenschaftliche* Kriterien für eine Reform des Verwaltungsrechts zu entwickeln – oder zumindest über diese zu streiten. Es ist dieser Gedanke, der sich als der wichtigste Kritikpunkt von Teilen der aktuellen Diskussion in Deutschland erweisen wird.

## 2. Geschichtsteleologische Argumente

Die soeben herausgearbeiteten Probleme werden deutlicher, wirft man jenseits der engeren Reformdiskussion einen Blick auf einige argumentative Tendenzen in der gegenwärtigen Verwaltungsrechtswissenschaft. Eine solche Beobachtung könnte die folgende Vermutung begründen: Zwar finden im aktuellen Verwaltungsrecht – wie stets<sup>28</sup> – gravierende Veränderungen statt<sup>29</sup>, doch sind diese zuallermeist durch den nationalen und den europäischen Gesetzgeber indu-

---

<sup>26</sup> *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1989, 533. Dazu *W. Pauly*, Grundlagen einer Handlungsfornenlehre im Verwaltungsrecht, in: BeckerSchwarze u.a. (Hrsg.), Wandel (Fußn. 25), 25 (35 f.).

<sup>27</sup> *Kirste*, Zeitlichkeit (Fußn. 20), S. 363 f. mit dem wichtigen Hinweis, daß die „Zukunftsoffenheit“ des Rechts regelmäßig nur als ungenaues Synonym für Unbestimmtheit einer Norm behauptet wird.

<sup>28</sup> Eine Epoche, die sich über Mangel an Veränderung beklagt, dürfte zumindest seit der Neuzeit schwer zu finden sein. Insofern eignet auch der Feststellung des Wandels selbst etwas Unhistorisches.

<sup>29</sup> Zum Problem: *K.H. Ladeur*, Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels, *RabelsZ* 64 (2000), 60 (62 ff.).

ziert<sup>30</sup>, nicht durch die Verwaltungsrechtswissenschaften. Eigene rechtspolitische, namentlich demokratie- oder effizienzbezogene Bewertungskriterien für diese Veränderungen haben die Verwaltungsrechtswissenschaften aber nur sehr begrenzt entwickelt<sup>31</sup>.

Statt dessen finden sich in der Diskussion Argumentationstechniken, die an die Jellineksche Figur der normativen Kraft des Faktischen<sup>32</sup> erinnern, die eine bestimmte Entwicklungstendenz als notwendig unterstellt und damit zugleich rechtfertigt. Beispiele für solche Argumentationsformen sind in der aktuellen Diskussion leicht zu finden<sup>33</sup>: So etwa die Stilisierung eines nicht näher definierten vergangenen Zustands zum „Hoheits-“ oder „Obrigkeitsstaat“<sup>34</sup>, die Darstellung der verwaltungsrechtlichen Entwicklung in einem bündigen, historisch unhinterfragten Von-Zu-Schema<sup>35</sup> oder die Ernennung der

<sup>30</sup> Die Bedeutung des Gesetzgebers ist hervorgehoben bei *H. Schulze-Fielitz*, Verwaltungsrechtsdogmatik als Prozeß der Ungleichzeitigkeit, *Die Verwaltung* 27 (1994), 277 (283 ff.); *P. Badura*, Verwaltungsrecht im Umbruch, in: *Z. Kitagawa u.a.* (Hrsg.), *Das Recht vor der Herausforderung des neuen Jahrhunderts*, 1998, 147 (151).

<sup>31</sup> Vgl. noch den empirischen Kriterienkatalog für Verwaltungsreformen bei *Wagener*, *Neubau* (Fußn. 6), S. 265 ff., der mit der Einheit der Verwaltung als meist genanntem Kriterium beginnt.

<sup>32</sup> *G. Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1912, S. 337 ff. Zur versteckten Legitimationsfunktion dieser Formel *C. Möllers*, *Staat als Argument*, 2000, S. 21 f.

<sup>33</sup> Vgl. auch die Nachweise bei *H. Bauer*, *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?*, *Die Verwaltung* 25 (1992), 301 (301 f.).

<sup>34</sup> Der Begriff Obrigkeitsstaat stammt nicht zufällig aus der Genossenschaftstheorie: *V. Sellin*, *Regierung, Obrigkeit*, in: *Geschichtliche Grundbegriffe* (Fußn. 14), 361 (413 ff.). Vom Hoheitsstaat zum Konsensualstaat (*JbNPolÖ* 15 [1996]); *R. SchmidtDe Caluwe*, *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers*, 1999, S. 22 f.; *D. Schmidtchen* (Hrsg.), *Vom Hoheitsstaat zum Konsensualstaat*, 1999; *H.H. Trute*, *Vom Obrigkeitsstaat zur Kooperation*, in: *Jahrbuch für Umwelt und Technikrecht* 1996, 13.

<sup>35</sup> Zur Kritik an solchen Formeln *W. Brohm*, *Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln*, *DVBl.* 1994, 133 (139); *R. Wahl*, *Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert* (Fußn. 4), 177 (189). Vgl. für viele *W. Hoffmann-Riem*, *Tendenzen der Verwaltungsentwicklung*, *DÖV* 1997, 433 (434/438); *ders.*, *Modernisierung* (Fußn. 9), S. 15 ff.; *M. Schmidt-Preuß*, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, *VVDStRL* 56 (1997), 160 (169); *Schuppert*, *Verwaltungsrechtswissenschaften* (Fußn. 25), S. 916; *A. Voßkuhle*, *Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht in der Informationsgesellschaft*, in:

„Modernisierung“ der Verwaltung zum Hauptgegenstand der Verwaltungsrechtswissenschaft<sup>36</sup>. Dabei wird der aktuelle Zustand von Verwaltung und Verwaltungsrecht als „Umbruch“ oder „Krise“ verstanden und das „Ende“ bestimmter Formen von Verwaltung postuliert<sup>37</sup>. Diese Umstände sollen zumeist nicht konkrete verwaltungsrechtliche Institute betreffen, sondern den Gesamtkomplex hoheitlichen Handelns, der als „Verwaltung“, „Gesellschaft“ oder „Staat“<sup>38</sup> bezeichnet wird, allesamt Institutionen, die sich einer

---

Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Informationsgesellschaft (Fußn. 4), 349 (365 ff.) sowie soeben in Fußn. 34.

<sup>36</sup> Zur Geschichte des Modernisierungskonzepts: *T. Mergel*, Geht es weiterhin voran? Die Modernisierungstheorie auf dem Weg zu einer Theorie der Moderne, in: *T. Mergel/T. Welskopp* (Hrsg.), *Geschichte zwischen Kultur und Gesellschaft*, 1997, 203. Beispiele: *Hoffmann-Riem*, Modernisierung (Fußn. 9); *R. Pitschas*, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit im staatlichen Modernisierungsprozeß, in: *W. Blümel/R. Pitschas* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß im Wandel der Staatsfunktionen*, 1997, 27 (27 ff.).

<sup>37</sup> Zum geschichtsphilosophischen Potential des Krisenkonzepts: *R. Koselleck*, *Kritik und Krise* (1959), 1973, S. 105 ff. Beispiele: *A. Faber*, Selbstregulierung und Planung in der Bauleitplanung, FS *Hoppe*, 2000, 425 (426 ff.); *A. Finckh*, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, S. 36 ff.; *K. Günther*, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts, in: *D. Grimm* (Hrsg.), *Wandel der Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Staates*, 1994, 51; *D. Grimm*, *Die Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, ebda., 291; *R. Pitschas*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, S. 48 ff.; *T. Vesting*, *Erosion staatlicher Herrschaft*, AöR 117 (1992), 4; *Voßkuhle*, *Information* (Fußn. 35), 352 f.; *ders.*, *Kompensationsprinzip* (Fußn. 2), 83. Vgl. auch die Bezugnahme auf die Jellineksche Staatslehre bei *Voßkuhle*, *Kompensationsprinzip* (Fußn. 2), S. 13 f.

<sup>38</sup> Zur Kritik daran bereits *Lepsius*, *Steuerungsdiskussion* (Fußn. 2), 17 ff., m.N. insbes. Anm. 23 f. Differenziert: *P. Zumbansen*, *Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat*, 2000, S. 42 ff. Für viele auch politikwissenschaftliche Beiträge: *J. Aulehner*, *Polizeiliche Gefahren und Informationsvorsorge*, 1998, S. 309 ff., 340 ff.; *T. Ellwein/J. J. Hesse* (Hrsg.), *Der überforderte Staat*, 2. Aufl. 1997; *E. Grande/R. Prätorius* (Hrsg.), *Modernisierung des Staates?*, 1997; *D. Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990; *H. Hill*, *Neue Organisationsformen in der Staats und Kommunalverwaltung*, in: *Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem*, *Verwaltungsorganisationsrecht* (Fußn. 4), 65 (69 f. m.w.N.); *G. F. Schuppert*, *Geändertes Staatsverständnis als Grundlage des Organisationswandels öffentlicher Aufgabenwahrnehmung*, in: *D. Budäus* (Hrsg.), *Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung*, 1998, 19; *R. Steinberg*, *Der ökologische Verfassungsstaat*, 1998, S. 379f ff.; *U. Sacksofsky/J. Wieland* (Hrsg.), *Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat*, 2000; *R. Schmidt*, *Der Staat der Umweltvorsorge*, DÖV 1994, 749; *T. Vesting*, *Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann*, *Informationsgesellschaft* (Fußn. 4), 101 (111 ff. m.w.N.); *R. Voigt*

unaufhaltsam zunehmenden gesellschaftlichen Komplexität gegenübersehen – eine moderne Fassung des Hebbelschen „Ich verstehe die Welt nicht mehr!“<sup>39</sup>. Auf der anderen Seite wird etwa die Einführung der Rechtsverhältnislehre als ein Paradigmenwechsel „von der zweckrationalen zur kommunikativen Vernunft“ gefeiert<sup>40</sup> und der kooperative Staat mit dem Einbrechen des Zeitalters der Brüderlichkeit gleichgesetzt<sup>41</sup>. Die Wiedergabe bestimmter theoretischer Rekonstruktionen hoheitlichen Handelns wird zudem mit der Realität gleichgesetzt<sup>42</sup>. Doch seine „anscheinende Plausibilität verdankt dieser Interpretationsrahmen nicht so sehr den von Fall zu Fall herangezogenen, eher illustrativ verwendeten Beobachtungsaussagen, sondern dem Eigengewicht der literarischen Tradition.“<sup>43</sup>

Nun ließen sich manche, gewiß nicht alle dieser äußerst anspruchsvollen und voraussetzungsreichen historischen Diagnosen begründen, aber eine solche Begründung ist selten von Interesse. Deutlich wird nicht, daß die Bestimmung etwa des Deutschen Kaiserreichs als Obrigkeitsstaat historisch bestenfalls zweifelhaft, und systematisch fragwürdig sind, „als ob der ‚Volksstaat‘ nicht auch über ein System von Obrigkeiten verfügen müsse.“<sup>44</sup>, daß dagegen

---

(Hrsg.), *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?*, 1993. *T. Vesting*, *Der Staat der Wissensgesellschaft*, StWStP 9 (1998), 473. Vgl. auch Fußn. 34 f.

<sup>39</sup> *F. Hebbel*, *Maria Magdalene* (1844), III./11.

<sup>40</sup> *R. Groeschner*, *Das Überwachungsrechtsverhältnis*, 1992, S. 343.

<sup>41</sup> *E.H. Ritter*, *Der kooperative Staat*, AöR 104 (1979), 389, der mit durchaus handfesten historischen Voraussetzungen zur „Genesis“ des Rechtsstaats argumentiert (ebda., 406 ff.), und dem o.g. Zitat ebda., 412 unter Hinweis auf M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, 1975, S. 13, wo es aber nicht um das Verwaltungsrecht geht. Zum zugrundeliegenden geschichtsphilosophischen Konzept, vgl. oben bei Fußn. 34 ff.

<sup>42</sup> Deutlich etwa bei *A. Scherzberg*, *Die Öffentlichkeit der Verwaltung*, 1999, S. 5861.

<sup>43</sup> So die Analyse bei *G. Lehbruch*, *Administrative Interessenvermittlung*, FS Ellwein, 1987, 11 (16 f.), zu den in Deutschland verbreiteten Verfallstheorien.

<sup>44</sup> So schon die Kritik am Begriff des Obrigkeitsstaats bei *T. Heuss*, *Geleitwort*, zu *H. Preuss*, *Staat, Recht und Freiheit*, 1925, 18 zit. nach *Sellin*, *Obrigkeits* (Fußn. 34), 316. Als obrigkeitsstaatlich wird man zunächst einmal die mangelnde Verrechtlichung der impermeablen Staatsperson bezeichnen: *O. Bachof*, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, VVDStRL 30 (1971), 193 (206 f.).



kooperative<sup>45</sup> und korporative Herrschaftsausübung<sup>46</sup> auch in selbstregulativer Form<sup>47</sup> für Deutschland seit langem typisch sind. Unerwähnt bleibt, daß Komplexität nur als eine Funktion des Beobachters<sup>48</sup> sinnvoll zu verwenden ist, mit der Konsequenz, daß es schon Zeiten komplexerer Verwaltungsaufgaben gegeben haben mag<sup>49</sup>. Vergessen wird, daß der „Tod“ oder das „Ende“ des Staats bereits seit dem vorletzten Jahrhundert, und in der deutschen Staatsrechtslehre wieder verstärkt seit den sechziger Jahren<sup>50</sup> angekündigt wird<sup>51</sup>, und dies, obwohl der Staat vermutlich niemals gesellschaftlich mächtiger war als in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts<sup>52</sup>. Man mag sich dagegen fragen, ob viele der derart rekonstruierten Phänomene nicht Demokratisierungsfolgen sind. Ihre Definition als Krise würde dann Formen vordemokratischen Verwaltens als Normalmaß nehmen<sup>53</sup>, die es in ihrer vermeintlichen Funktionstüchtigkeit so niemals gab, und in der Demokratie auch nicht geben kann. Oftmals scheinen hier weniger institutionelle Veränderungen als Wahrnehmungsveränderungen

---

<sup>45</sup> A. Drexler, *Alte und neue Fürsorglichkeit*, 1989, S. 143 ff., 156 ff., 175 ff.; T. Ellwein, *Kooperatives Verwaltungshandeln im 19. Jahrhundert*, 1994, 23 ff.; H. Treiber, *Kooperatives Verwaltungshandeln in der Gewerbeaufsicht (Fabrikinspektion) des 19. Jahrhunderts*, in: N. Dose/R. Voigt (Hrsg.), *Kooperatives Recht*, 1995, 65.

<sup>46</sup> T. Nipperdey, *Deutsche Geschichte 1866/1914*, Bd. II; H.U. Wehler, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, Bd. III, 1995, S. 1038 ff.; G. Lehbruch, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, 3. Aufl. 2000, S. 14 ff.

<sup>47</sup> K. van Eyll, *Berufsständische Selbstverwaltung*, in: K. G. A. Jeserich/H. Pohl/G.C. v. Unruh (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte III*, 1984, 71 (77 ff.)

<sup>48</sup> N. Luhmann, *Soziale Systeme*, 1984, S. 46 f.

<sup>49</sup> Vgl. unten, IV., 1.

<sup>50</sup> Dazu Möllers, *Staat* (Fußn. 32), S. 141 ff. m.w.N.

<sup>51</sup> H. Quaritsch, *Staat und Souveränität*, 1970, 12 ff.; H. S. Johnson, *The French State in Question*, 1993.

<sup>52</sup> H. Schwengel, *Globalisierung mit europäischem Gesicht*, 1999, S. 134.

<sup>53</sup> So Lehbruch, *Interessenvermittlung*, 17, der feststellt, daß das „Goldene Zeitalter“ der Verwaltung zumeist vor die Epoche der Massendemokratisierung und der modernen Parteien verlegt wird. Vgl. schon E. Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, S. 194, wo von „normalen Zeiten einer gefestigten Staatlichkeit, wie sie vor dem Ersten Weltkrieg bestanden“, die Rede ist.

beschrieben zu werden<sup>54</sup>, die nicht in Betracht ziehen, daß die Unzufriedenheit mit dem Zustand des Verwaltungsrechts ihrerseits einen Dauerzustand darstellt<sup>55</sup>.

Doch diese Einwände gegen die Richtigkeit der unterstellten historischen Abläufe sind sekundär. Wichtiger ist es festzuhalten, daß diese Formulierungen nicht bloßes Beiwerk sind, das die Entwicklungen griffig auf den Punkt bringt. Solche Argumentationstechniken stiften vielmehr einen Bewertungsrahmen, in dem bestimmte verwaltungsrechtliche Institute unversehens in einen Aufstiegs oder Verfallszusammenhang eingebettet werden<sup>56</sup>, den man als solchen erst einmal begründen müßte. Dadurch werden verwaltungsrechtliche Institute bewertet, ohne daß es eine Theorie gäbe, die eine solche Bewertung fundieren könnte. Die Entwicklung des Verwaltungsrechts wird zur Genese stilisiert<sup>57</sup> und der Diskussion ein fatalistisches Moment verliehen, das Entwicklungen nicht als Ergebnis sei es rationaler, sei es politischer Entscheidung rekonstruieren kann<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> So *Lepsius*, Steuerungsdiskussion (Fußn. 2), 19. Insoweit wohl zustimmend *Vofßkuhle*, *VerwArch.* 92 (2001), 185 in Anm. 6. Kritik an der Krisenkategorie bereits bei *U. Di Fabio*, *Das Recht offener Staaten*, 1999, S. 9. Vgl. auch die Beobachtung, daß der Staat immer dann als Kategorie prominent wird, wenn es darum geht, seine Krise zu beschwören wird, dazu *Möllers*, *Staat* (Fußn. 32), S. 149.

<sup>55</sup> Vgl. schon den Mängelkatalog bei *Bachof*, *VVDStRL* 30 (1971), 200 ff. Zum Krisenmodell bereits *W. Schluchter*, Ansätze zur Bestimmung der Staatsfunktionen und ihre Folgen für die Konzeption des Verwaltungshandelns, in: *M. R. Lepsius* (Hrsg.), *Zwischenbilanz der Soziologie*, 1976, 347.

<sup>56</sup> Eine philosophische Kritik solcher Argumentationstechniken bei *H. Blumenberg*, *Legitimität der Neuzeit*, 1988.

<sup>57</sup> Begrifflichkeit: *M. Foucault*, Nietzsche, *La Généalogie, L'Histoire*, in: *Hommage à J. Hyppolite*, 1971, 145 (167 ff.). Vgl. auch den Hinweis auf den fehlenden dogmatischen Gehalt einer „teleologischen Geschichtsphilosophie“ bei *Brohm*, *VVDStRL* 30 (1971), 251 f. u. Anm. 24.

<sup>58</sup> Wobei sich immerhin seit den fünfziger und sechziger Jahren eine Umstellung der Temporalisierung feststellen läßt. Große Teile der öffentlichrechtlichen Diskussion in ersten beiden Jahrzehnten nach dem Krieg waren von der Furcht vor einer drohenden Auflösung von Normativität gekennzeichnet, deutlich wird dies in der Diskussion um Forsthooffs Rückkehr zum Gesetzespositivismus. Zur zeitgenössischen Kritik *P. Lerche*, *Stil, Methode, Ansicht*, *DVBl.* 1961, 690. In den siebziger Jahren beginnt die Wendung zur Reform und Zukunftsorientierung.

Für die wissenschaftliche Diskussion hat diese Tendenz bedenkliche Konsequenzen. Durch die fehlende theoretische Vermittlung von normativer Entwicklung und deren Bewertung droht die Disziplin sich in zwei Teile zu teilen, deren einer jede Form von Veränderung des wissenschaftlichen Beschäftigungsfeldes ablehnt und die überlieferten Methoden und Forschungsformen einfach fortführt, deren anderer sich an die Spitze einer vermeintlich notwendigen Bewegung setzt<sup>59</sup>. Dieser Arbeitsteilung zweier legitimer Zugriffsweisen zumindest aber wird man Neuheit nicht attestieren können. Sie entspricht der seit dem späten 19. Jahrhundert<sup>60</sup> in Deutschland stets drohenden Trennung von theoretisch nicht reflektiertem Handwerk und dogmatisch nicht geerdeter Theorie. Nicht vorgesehen ist in dieser Arbeitsteilung, so scheint es, die kritische Überprüfung einer diagnostizierten Tendenz als falsch oder umkehrungsbedürftig.

### III. Kritische Überlegungen

Die im vorigen Abschnitt entwickelten Gesichtspunkte sollen im folgenden systematisch rekonstruiert und ausgearbeitet werden. Dabei sind drei Problemkomplexe der aktuellen Debatte herauszuarbeiten, die das Fehlen eines normativen Beschreibungsrahmens (1.), das Fehlen analytisch oder empirisch gesättigter Beschreibungskategorien (2.), und die fehlende Rückbindung an die Rechtsdogmatik (3.) betreffen.

<sup>59</sup> Ähnliche Beobachtungen finden sich für die Gegenwart bei *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 275 und *Voßkuhle*, Kompensationsprinzip (Fußn. 2), S. 86 ff.: „Theorieüberhang oder Spezialistendogmatik“

<sup>60</sup> *P. v. Oertzen*, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus (1953), 1974, S. 249 ff.; *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. II, 1992, S. 330 ff. Zur wissenschaftsgeschichtlichen Parallelen in anderen Disziplinen, vgl. R. vom Bruch/G. Hübinger/F. W. Graf (Hrsg.), Idealismus und Positivismus (Kultur und Kulturwissenschaften um 1900 Bd. 2), 1996. Vgl. auch *J. Dewey*, Deutsche Philosophie und deutsche Politik (1942), 2000, S. 77 ff.

## 1. Fehlen normativer Kriterien

Schon die Vielzahl der angeführten geschichtsphilosophisch inspirierten Aussagen begründet die Vermutung, daß repräsentative Beiträge der aktuellen verwaltungsrechtlichen Diskussion nur implizite Beurteilungen der aktuellen Entwicklung des Verwaltungsrechts liefern, die häufig ohne einen eigenen wissenschaftlichen Bewertungsrahmen auskommen<sup>61</sup>. Dies ließe sich an der Diskussion einzelner Institute des Verwaltungsrechts erhärten, die nicht selten mit einem bewertenden Subtext beschrieben werden, der eine ausdrückliche Beurteilung ersetzen soll. Die Diskussion der Baurechtsprivatisierung, des Öko-Audit oder des Integrierten Umweltschutzes lassen sich in diesem Zusammenhang anführen<sup>62</sup>. Auf der einen Seite herrscht Sicherheit, wenn auch nicht Einigkeit im Ergebnis der Beurteilung, auf der anderen Seite fehlt es an einem theoretischen Rahmen, der diese Urteile fundieren könnte.

Dafür ein Beispiel: Besonders deutlich wird das Fehlen normativer Bewertungsrahmen trotz vorgenommener Bewertung bei der weiterhin bedeutsamen Diskussion um die Relevanz des Demokratieprinzips für das Verwaltungsrecht<sup>63</sup>. Die Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverfassungs-<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Strukturell ähnliche Einschätzung in anderem Zusammenhang – der Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission bei R. Lhotta, Verfassungsreform und Verfassungstheorie – ein Diskurs unter Abwesenden?, ZfParl 1998, 159, (160 f.)

<sup>62</sup> Vielleicht am deutlichsten wird dies bei den Beiträgen der Staatsrechtslehrtagung 1996 in Dresden, bei der die Referenten die vorzustellenden Instrumente der Selbstregulierung einmal eher affirmativ, einmal eher kritisch beurteilen: U. Di Fabio/M. Schmidt-Preuß, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung, VVDStRL 57 (1996), 160, 235 (etwa 227).

<sup>63</sup> Nachweise bei Möllers, VerwArch. 90 (1999), 188 ff.

<sup>64</sup> BVerfG, Urteil vom 24. 4. 1959 2 BvF 2/58 E 9, 268 (281 f.); Beschluß vom 15. 2. 1978 2 BvR 134, 268/76 E 47, 253 (275); Beschluß vom 1. 10. 1987 2 BvR 1178, 1179, 1191/86 E 77, 1 (40); Urteil vom 31. 10. 1990 BvF 3/89 E 83, 60 (72 ff.); Beschluß vom 24. 5. 1995 2 BvF 1/92 E 93, 37 (66 ff.).

und nunmehr auch des Bundesverwaltungsgerichts<sup>65</sup> ist in der Sache nicht neu<sup>66</sup>, wird aber immer deutlicher<sup>67</sup> und auch immer voraussetzungsreicher. Sie fordert die Heranziehung demokratietheoretischer Beiträge, die als solche eben nicht von den Rechtswissenschaften kommen müssen, geradezu heraus, zumal es Deutschland an einer eigenen demokratietheoretischen Tradition fehlt, die als verfassungseigene Verfassungstheorie der Diskussion einen Bewertungsrahmen geben könnte<sup>68</sup>. Von einer solchen Rezeption von Demokratietheorie ist die Diskussion aber weit entfernt, obwohl das Angebot nicht eben klein ist<sup>69</sup>. Von Juristen vorgelegte eigenständige Konzepte etwa der Deliberativen Demokratie<sup>70</sup>, des Vertrauens als legitimationsgenerierender Kategorie<sup>71</sup> oder der kognitiven Leistungen parlamentarischer Repräsentation<sup>72</sup> bleiben zumeist unrezipiert. Zwar arbeiten sich die kritischen Beiträge am „Etatismus“ der herrschenden Meinung zugunsten der Inklusion von Betroffenen<sup>73</sup> ab, jedoch

<sup>65</sup> BVerwG, Beschluß v. 17. 7. 97 – 6 C1/97 – NVwZ 1999, 870 (872 ff.); Beschluß vom 17. 12. 1997 – 6 C 2/97 – E 106, 64 (75); Beschluß v. 18. 12. 1996 – 6 P 6.94 – E 104, 14 (15 ff.); Beschluß v. 4. 2. 1999 – 6 B 131.98 – NVwZRR 1999, 374 (375); Beschluß v. 26. 1. 2000 – 6 P 2.92 – E 110, 287 (292 ff.).

<sup>66</sup> Alle theoretischen Motive finden sich bereits bei *F. Naschold*, *Organisation und Demokratie*, 3. Aufl. 1972, S. 81 ff. Vgl. auch *N. Luhmann*, *Politikbegriffe und „Politisierung“ der Verwaltung*, in: *Demokratie und Verwaltung*, FS Verwaltungshochschule Speyer, 1971, 211.

<sup>67</sup> Vgl. namentlich die neueren Beiträge in: Redaktion *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Demokratie und Grundgesetz. Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung*, 2000; *V. Mehde*, *Demokratieprinzip und neues Steuerungsmodell*, 2000. Vermittelnd *G. Britz*, *Die Mitwirkung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben*, *VerwArch.* 91 (2000), 418 (425 ff.).

<sup>68</sup> Anders als in den Vereinigten Staaten und in Frankreich.

<sup>69</sup> Überblick neuer Literatur bei *H. Buchstein*, *Demokratietheorie*, *PVS* 38 (1997), 128; *D. Held*, *Models of Democracy*; *M. G. Schmidt*, *Demokratietheorien*, 3. Aufl. 2000.

<sup>70</sup> *O. Gerstenberg*, *Bürgerrechte und Demokratie*, 1996; *C. S. Nino*, *The Constitution of Deliberative Democracy*, 1996.

<sup>71</sup> *H. C. Röhl*, *Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht*, 2000, S. 4452.

<sup>72</sup> *O. Lepsius*, *Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus*, in: *M. Bertschi u.a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit*, 1999, 123 (146 ff.).

<sup>73</sup> Eine Tautologie: Betroffene sind nicht empirisch zu ermitteln, sie sind Ergebnis einer Zurechnung. Welches die Norm ist, die für die Zurechnung von Belang ist, ist aber gerade die Frage.

ohne dem einen eigenen demokratiethoretischen Entwurf entgegenzustellen<sup>74</sup>. Dies allein würde es aber rechtfertigen, über den juristischen Methodenkanon hinausgehend<sup>75</sup> die Rechtsprechung in irgendeiner Weise theoretisch oder empirisch<sup>76</sup> zu widerlegen. Die bloße Anrufung von Empirie oder gar des Neuen Steuerungsmodells stellt ebenso wenig einen solchen Bewertungsrahmen dar, wie der (sachlich unzutreffende) Hinweis auf Carl Schmitt als Kronzeugen der Gegenauffassung<sup>77</sup>. Hier entstehen politisch inspirierte demokratiethoretische Fronten ohne Demokratietheorie. Bedenkenswerter sind organisationstheoretische Zweifel an einem hierarchischen Verwaltungsaufbau<sup>78</sup>. Doch wäre es ein Mißverständnis, von der Organisationstheorie einen Bewertungsrahmen für die „richtige Organisation“

<sup>74</sup> Repräsentative Kritik bei *B. O. Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, *StWStPr* 5 (1994), 305.

<sup>75</sup> Innerhalb dieses Kanons wird man etwa die Frage nach der Zulässigkeit autonomer Legitimation verorten können. Grundlegend *W. Brohm*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S. 243 ff.; *E. T. Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 389 ff.; zustimmend *E. Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, *AöR* 116 (1991), 329 (376 ff.); *W. Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 369 ff. Kritisch: *M. Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 492 ff. Eine Redogmatisierung der Diskussion wird eingefordert bei *M. Burgi*, Privat vorbereitete Verwaltungsentscheidungen und staatliche Strukturverschaffungspflicht, *Die Verwaltung* 33 (2000), 183 (196 f. in Anm. 64) gegen *Möllers*, *VerwArch.* 90 (1999), 206 f.

<sup>76</sup> Bei *Mehde*, Demokratieprinzip (Fußn. 67), S. 446 ff. wird die Gegenüberstellung des Demokratiekonzepts des BVerfG mit den Modellannahmen der Institutionenökonomik als „empirische“ Widerlegung er ersteren deklariert. Die verkennt aber zum einen den durchaus umstrittenen Status dieser Theorie innerhalb der Ökonomie, v.a. aber, daß die Abgleichung mit einem theoretischen Modell keine empirische Widerlegung darstellt. Strukturell ähnlich die zumeist nicht empirischen Nachweise bei *Rossen*, *Vollzug*, S. 290 in Anm. 10.

<sup>77</sup> *Bryde*, *StWStP* 5 (1994), 311. Dies bedeutet keine Zustimmung zu den im heutigem Sinn undemokratischen Vorstellungen Schmitts. Es geht nur darum, daß ein parlamentszentriertes Demokratieverständnis, was man immer auch davon halten mag, systematisch nichts mit dem Schmittschen Etatismus zu tun hat – gleiches läßt sich von der Freistellung der Exekutive von gesetzlichen Vorgaben nicht behaupten. Dazu eingehend *Möllers*, *Staat* (Fußn. 32), S. 230 ff., 245 ff. Zur Weimarer Diskussion um die Selbstverwaltung *Emde*, *Legitimation* (Fußn. 75), S. 221 ff., zu Schmitt, ebda., S. 391 ff.

<sup>78</sup> *H.H. Trute*, Funktionen der Organisation und ihre Abbildung im Recht, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem*, *Verwaltungsorganisationsrecht* (Fußn. 4), 249 (278 ff.); *T. Groß*, *Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation*, 1999, S. 113 ff., 184 ff.

zu erwarten<sup>79</sup>. Jenseits betriebswirtschaftlicher Ratgeberliteratur arbeitet die Organisationstheorie Wirkungszusammenhänge auf, die einerseits theoretisch zu kompliziert sind, um ein pauschales Ausspielen von horizontaler Koordination gegenüber Hierarchie zu gestatten, andererseits zu abstrakt, um auf Fragen der Reichweite des Demokratieprinzips eine Antwort zu geben. Von einer Verabschiedung der Hierarchie ist „die Organisationstheorie“, soweit sich davon reden läßt, jedenfalls weit entfernt<sup>80</sup>. Die Postulierung einer „verfassungsrechtlichen Zurechnungsbedingung“<sup>81</sup>, wie sie das Demokratieprinzip stiftet, die nicht auf vollständige Information der Verwaltungsspitze<sup>82</sup>, sondern auf die *politische Verantwortung für die politisch vertretbare Informationsauswahl* abstellt, ist damit jedenfalls nicht zu widerlegen. Einen Bewertungsrahmen für demokratisch adäquate Zurechnung liefert die Organisationstheorie nicht.

Im vorliegenden Zusammenhang ist diese Diskussion nur von exemplarischen Interesse. Wichtig bleibt, daß der Anschluß der Verwaltungsrechtswissenschaften an Legitimationstheorien mittlerer Reichweite, eben an Theorien politischer Repräsentation oder an solche ökonomischer Wirksamkeit kaum vorgenommen wird – selbst wenn es um die

---

<sup>79</sup> So auch T. Groß, Grundzüge der organisationswissenschaftlichen Diskussion, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht (Fußn. 4), 139 (139, 149 f.)

<sup>80</sup> Vgl. nur das Modell der sekundären Hierarchisierung bei D. Baecker, Organisation als System, 1999, S. 221 ff., den vertikal ausgerichteten Ansatz bei H. A. Simon, Administrative Behaviour, 4. Aufl. 1997, S. 7 ff., die Feststellung bei N. Luhmann, Organisation und Entscheidung, 2000, S. 20 „dass Hierarchie im Sinne von mehr oder weniger langen und, was untergeordnete Ebenen betrifft, breit ausgreifenden Weisungsketten zu den kaum zu ersetzenden Notwendigkeiten des Aufbaus komplexer Organisationen gehört.“, sowie die Analyse bei F. W. Scharpf, Games Real Actors Play, 1997, S. 171 ff.

<sup>81</sup> So K. Oertel, Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG, 2000, S. 305.

<sup>82</sup> So der gängige Einwand gegen hierarchische Verwaltung, für viele: Brohm, VVDStRL 30 (1971), 293 f.; Groß, Kollegialprinzip (Fußn. 78), S. 188 f.; Mehde, Demokratieprinzip (Fußn. 67), S. 448 ff., 510 ff. Dabei wird zumeist auch übersehen, daß die Spitze über eigene Organisationen zur Selektion von Information verfügt. Zum Problem vergleichend: G. Müller, Die Stabsstelle der Regierung als staatsrechtliches Problem, 1970, S. 310 ff.

Frage der Legitimation der deutschen<sup>83</sup> Verwaltung geht. Dies ist solange kein Problem, wie der methodische Konsens soweit reicht, daß alle Streitfragen mit Hilfe des tradierten verfassungsrechtlichen Argumentationskanons als Einzelrechtsfragen kleingearbeitet werden können. Ist dies nicht der Fall, und dafür spricht sowohl der Blick auf die Diskussion des Demokratieprinzips als auch ganz grundsätzlich der zukunftsbezogene Duktus der gegenwärtigen Verwaltungsrechtswissenschaft, dann müssen solche Theorien herangezogen werden, um einen Bewertungsrahmen für Reformen zu liefern.

## 2. Fehlen deskriptiv-analytischer Kriterien

Will man sich nicht auf das prekäre Unterfangen einlassen, für das Verwaltungsrecht normative Fundierungen jenseits des geltenden Rechts zu entwickeln, so fordert die aktuelle Diskussion zumindest die Entwicklung analytisch-deskriptiver Kategorien heraus. Viele Beiträge entfernen sich ganz augenscheinlich von der juristischen Dogmatik im engeren Sinne und bewegen sich in Richtung einer Theorie mittleren Abstraktionsniveaus<sup>84</sup>. Aber auch diese Form von Theoriebildung fordert Nachfragen heraus: Unter dem Fehlen einer deskriptiven, also nicht legitimationsorientiert argumentierenden Theorie sollen im folgenden drei mögliche Einwände näher beleuchtet werden: zur theoretischen Fundierung der verwendeten Begrifflichkeit, zur Tendenz zu holistischer Theoriebildung und zur empirischen Anschlußfähigkeit.

---

<sup>83</sup> Ein ganz anderes Bild zeigt sich in der europarechtlichen Diskussion, die sich ausführlich mit demokratietheoretischen Fragen auseinandersetzt. Für viele *M. Kaufmann*, Europäische Integration und Demokratieprinzip, 1997, S. 103 ff. und *G. Lübbe-Wolff*, Europäisches und deutsches Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), jew. m.w.N.

<sup>84</sup> Nicht zu verwechseln mit einer Theorie mittlerer Reichweite im Sinne Mertons. *R. K. Merton*, On Sociological Theories of the Middle Range, in: *Social Theory and Social Structure*, 2. Aufl. 1968, 39 (45 ff.), die gerade der Kritik an ganzheitlichen Theorien gilt.



## a) Begriffsbildung

Neue Begriffe sind in der verwaltungsrechtlichen Diskussion omnipräsent<sup>85</sup>: Informalität, Kooperation, Information, Verantwortung. Doch fast alle in der Diskussion relevanten Begriffe werden als *Begriffe*<sup>86</sup>, also als spezifizierungsbedürftige Elemente einer Theorie, wenig ernst genommen und ausgearbeitet<sup>87</sup>, sondern zumeist einfach gesetzt und dann weiter ausdifferenziert<sup>88</sup>.

Ein Beispiel bietet die Diskussion um das informale Verwaltungshandeln. Als Initialzündung diente das viel zitierte Buch von Bohne<sup>89</sup>. Unter Rückgriff auf bereits vorliegende empirische Erkenntnisse verarbeitete Bohne den Umstand, daß Hoheitsträger auch außerhalb der Formalordnung tätig werden und bewertete diesen an grundgesetzlichen Maßstäben. Tatsächlich war dieser Befund auch in Deutschland bereits viel früher bekannt<sup>90</sup> und wesentlich

<sup>85</sup> R. Schmidt, Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, VerwArch. 91 (2000), 149 (154 ff.); H. Schultze Fielitz, Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip, FS Vogel, 2000, 311 (312 ff.); Voßkuhle, VerwArch. 92 (2001), 196 ff., 203 ff.

<sup>86</sup> Zur Kontext oder Theorieabhängigkeit, die die Unterscheidung zwischen Wort und Begriff begründet: R. Haller, Begriff, in: J. Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 1, 1971, Sp. 780 (784 f.). Vgl. auch H. Wagner, Begriff, in: Handbuch philosophischer Grundbegriffe, I, 1973, 191 (208 f.).

<sup>87</sup> Vgl. aber A. Voßkuhle, Gesetzgeberische Regelungsstrategien zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, 1999, 47 (53 f.).

<sup>88</sup> Vgl. auch Voßkuhle, Kompensationsprinzip (Fußn. 2), S. 83 ff. zur Kritik an „deskriptivtypologischer Betrachtungsweise.“

<sup>89</sup> E. Bohne, Der informale Rechtsstaat, 1981 und die einflußreiche Rezeption bei W. Hoffmann-Riem. Selbstbindungen der Verwaltung. VVDStRL 40 (1981), 187 (191 ff.), sowie für viele aus der frühen Literatur: Bauer, VerwArch. 78 (1987), 241 ff.; J. Becker, Informelles Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung, DÖV 1985, 1003; C.E. Eberle, Arrangements im Verwaltungsverfahren, Die Verwaltung 17 (1984), 439.

<sup>90</sup> N. Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation (1. Aufl. 1964), 4. Aufl. 1995, S. 73 ff. Schon der Titel gibt einen entsprechenden Hinweis. Dazu D. Baecker, Organisation als Begriff, Lettre International 49 (II/2000), 97 (97).

genauer aufgearbeitet worden. Über informale Beziehungen von Vertragspartnern lag zudem schon lange einer der meist zitierten rechtssoziologischen Beiträge der Nachkriegszeit vor<sup>91</sup>. Diesen nichtjuristischen Beiträgen fehlte sowohl der pessimistische Duktus<sup>92</sup> wie auch jede Modernisierungseuphorie. Informales Handeln stellt keine Abnormalität dar, sondern ist Bedingung der Möglichkeit des Weiterbestands jeder formalen Organisation<sup>93</sup>, so daß die in der Diskussion erkennbare Tendenz zur vollständigen Verrechtlichung<sup>94</sup> nicht trägt<sup>95</sup>. Sehr selten<sup>96</sup> wird in der juristischen Diskussion zudem die notwendige Schwierigkeit einer *rechtswissenschaftlichen* also einer an der Rechtsform orientierten Auseinandersetzung reflektiert, die sich mit Informalität, also der informalen Seite rechtlich determinierter Kommunikation beschäftigt. Informales Handeln ist entweder juristisch erfaßt, damit aber auch formalisiert oder es bewegt sich auf

<sup>91</sup> S. Macaulay, Noncontractual Relations in Business: a Preliminary Study, *American Sociological Review* 28 (1963), 55 (62 ff.), vgl. auch H. Vollmer, Akzeptanzbeschaffung: Verfahren und Verhandlungen, *ZfS* 25 (1996), 147.

<sup>92</sup> Bohne, Rechtsstaat (Fußn. 89), S. 224 ff. Insoweit erinnern die Diagnosen, nicht die interdisziplinären Rezepte des Buchs an die Analysen bei E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2. Aufl. 1971.

<sup>93</sup> Luhmann, Funktionen (Fußn. 90), S. 283 ff.

<sup>94</sup> Besonders deutlich ist diese für die Rechtsverhältnislehre, die mit dem Argument gerechtfertigt wurde, sie könne die *Gesamtheit* des Lebenssachverhaltes erfassen. So für viele Bauer, *Die Verwaltung* 25 (1992), 317; Schmidt-Aßmann, DVBl. 1989, 540; M. Schulte, *Schlechtes Verwaltungshandeln*, 1995, 206. Man wird zweifeln, ob diese eine funktionale Aufgabe für eine dogmatische Figur ist. Kritisch K. F. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Aufl. 2001, S. 385; J. Pietzcker, *Das Verwaltungsrechtsverhältnis – archimedischer Punkt oder Münchhausens Zopf*, *Die Verwaltung* 30 (1997), 282 (292 ff.).

<sup>95</sup> Dieser Einwand zunächst bei W. Brohm, *Diskussionsbeitrag*, VVDStRL 40 (1981), 274 f. Er findet sich in der anschließenden Diskussion noch häufig, allerdings zumeist ohne Konsequenzen.

<sup>96</sup> Derartige Überlegungen bleiben rar, vgl. aber Ladeur, *VerwArch.* 86 (1995), 526ff.; H. Rossen, *Vollzug und Verhandlung*, 1999, S. 328 ff. Dazu im Vergleich Bohne, *Rechtsstaat* (Fußn. 89), S. 242 ff.

der Außenseite des rechtlichen Handelns<sup>97</sup>. Das Informale ist nur als Tatbestand juridifizierbar<sup>98</sup>.

So überrascht es kaum, wie schmal der *rechtsdogmatische* Gewinn der Diskussion um informales Verwaltungshandeln gemessen an der Größe der Diskussion ausfiel. Wirklicher Korrekturen der überlieferten Dogmatik bedurfte es nicht: Die Verarbeitung informalen Verwaltungshandelns verläuft zumeist über die Figuren des Grundrechtseingriffs<sup>99</sup> und des Vertrauensschutzes<sup>100</sup>. Ansonsten gelten für informales Handeln der Verwaltung dieselben rechtlichen Bindungen wie für formales, soweit es rechtsverbindlich ist<sup>101</sup>. Diese Selbstverständlichkeit erinnert vielleicht nicht zufällig an die parallele Sackgasse, die im Zivilrecht mit der Figur der faktischen Vertragsverhältnisse beschritten wurde<sup>102</sup>. Auch hier ging es um die Verarbeitung von Modernisierungsphänomenen durch das Recht. Auch hier versagte die ungefilterte begriffliche Abbildung des faktischen Problems in die Dogmatik.

<sup>97</sup> Vgl. auch die Formulierung von den „*informalen*, d.h. rechtlich nicht geregelten Entscheidungsformen“ bei *H. Schulze-Fielitz*, Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, DVBl. 1994, 657 (658), (1. Hervorhebung dort, 2. Hervorhebung hier), bemerkt bei *Ladeur*, VerwArch. 86 (1995), 512 f.

<sup>98</sup> Damit liegt der Diskussion um informales Verwaltungshandeln ein normtheoretisches Problem zugrunde, die Frage, inwieweit die Typisierung von Tatbestandsmerkmalen ein sinnvolles dogmatisches Vorgehen ist. Zur Kritik der hier letztlich in Frage stehenden Unterscheidung zwischen normativen und faktischen Tatbestandsmerkmalen *G. Jakobs*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, S. 292ff. mit der Unterscheidung zwischen normbezogenen und normgefückten Merkmalen.

<sup>99</sup> *Brohm*, DVBl. 1994, 143 ff.; *Schulte*, Verwaltungshandeln (Fußn. 94), 85 ff. Zusammenfassend: *J. Lege*, Nochmals: Staatliche Warnungen, DVBl. 1999, 569.

<sup>100</sup> *Schulte*, Verwaltungshandeln (Fußn. 94), 153 f.

<sup>101</sup> Vgl. auch die zurückhaltende, aber anders akzentuierte Bilanz bei *H. Dreier*, Informales Verwaltungshandeln, StWissStPr 4 (1993), 647 (662 ff.).

<sup>102</sup> Entwickelt bei *G. Haupt*, Über faktische Vertragverhältnisse, 1941 verbreitet bei *K. Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Aufl., S. 517 ff. widerrufen ebda., 7. Aufl., S. 515 f. Zur Kritik an der längst überwundenen, aber in der wissenschaftlichen Diskussion zeitweise zentralen Figur bereits: *W. Flume*, Das Rechtsgeschäft, 1965, S. 97 ff. Vgl. auch BGH U. v. 25. 9. 1985 – IV a ZR 22/84 – Z 95, 393 (399).

Das Desinteresse an der Analyse der verwendeten Begriffe ließe sich an anderen Beispielen belegen, etwa beim Konzept der Kooperation, das nicht selten überhaupt nicht von demjenigen des informalen Verwaltungshandelns abgegrenzt wird<sup>103</sup>, bei der Figur der Aufgabenprivatisierung<sup>104</sup> oder beim umstandslosen Import der systemtheoretischen Unterscheidung zwischen Konditional- und Finalprogrammierung<sup>105</sup> in die Abwägungsdogmatik, die sich zumindest für das Fachplanungsrecht als eher dysfunktional erwies<sup>106</sup>.

Plastisch wird der eingeschränkte analytische Beschreibungswert der aktuellen Begriffsverwendungen an der Beobachtung, daß es an anspruchsvollen *Gegenbegriffen* fehlt, deren Entfaltung es erst erlauben würden, das Beschreibungspotential der Begrifflichkeit auszuschöpfen. *Determinatio negatio* est: Man mag die Trennung von Staat und Gesellschaft in der Demokratie für überholt haben – erst durch ihre Unterscheidung gewinnen beide Begriffe einen eigenen Beschreibungswert. Was aber ist der Gegenbegriff zu Informationsverwaltung, wenn jede Verwaltung nicht anders kann, als mit Informationen zu handeln? Und was ist der Gegenbegriff zu regulierter Selbstregulierung<sup>107</sup>, wenn

<sup>103</sup> So *Schulze Filietz*, DVBl.1994, 657; zustimmend *Vofßkuhle* *Regelungsstrategien* (Fußn. 87), 6.

<sup>104</sup> Genaue Analyse bei *L. Osterloh*, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, VVDStRL 54 (1995), 204 (222 ff., 225). Kritik am Konzept der Aufgabenübertragung auch bei *H. C. Röhl*, *Vertragsstrukturen im Verwaltungsrecht*, Ms. 2001, § 4 D.

<sup>105</sup> *N. Luhmann*, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966.; *ders.*, *Rechtssoziologie* 2, 1972, S. 227 ff.

<sup>106</sup> Zur Kritik im planungsrechtlichen Kontext *R. Rubel*, *Planungsermessen*, 1982, S. 30 ff.; *H. Fouquet*, *Die allgemeinen materiellen Voraussetzungen der Planfeststellung*, *VerwArch.* 87 (1996), 212 (223 f.); *W. Sandner*, *Investitionserleichterung und kommunale Planungshoheit*, 1997, S. 53 ff.; *J. Dreier*, *Die normative Steuerung der planerischen Abwägung*, 1995, S. 48 f. Anderes mag für das Recht der Bauleitplanung gelten: einerseits: *W. Brohm*, *Öffentliches Baurecht*, 2. Aufl. 1999, § 11, Rn. 4; andererseits *E. Schmidt-Aßmann*, in: *Ernst / Zinkahn / Bielenberg*, *BBauG* 1960, § 1, Rn. 306. Grundsätzliche Kritik schon bei *W. Schmidt*, *Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen*, *AöR* 96 (1971), 321 (331 ff.). Für eine teilweise Re-Konditionalisierung des Planungsrechts schließlich: *U. Di Fabio*, *Die Struktur von Planungsnormen*, *FS Hoppe*, 2000, 75 (86 ff.).

<sup>107</sup> Grundlegend *W. Hoffmann-Riem*, *Konfliktmittler in Verhandlungen*, 1989, S. 76 ff. Vgl. dagegen die Analyse und Quintessenz bei *K. F. Röhl*, *Rechtssoziologische Befunde zum Versagen von Gesetzen*, in: *H. Hof/G. Lübke-Wolff* (Hrsg.),

sich in fast jeder Form von Regulierung öffentliche und private Beiträge finden? Andere Begriffe wie das Konzept der Kooperation haben zwar naheliegende Gegenparte. Doch ist ihre Verwendung nicht selten so ubiquitär, daß es zu einer Schärfung der Kategorien an Gegenbeispielen erst gar nicht kommen kann<sup>108</sup>. Für das Kooperationskonzept kommt hinzu, daß es in einen Entwicklungstrend eingebaut wird, der Kooperation mit Gegenwart und Zukunft, einseitiges hoheitliches Handeln mit Vergangenheit assoziiert<sup>109</sup>. Gerade die uneindeutige Beziehung von Kooperation und Rechtsform, die es denkbar erscheinen läßt, daß sich die Durchsetzungsmacht eines Hoheitsträgers, der sich hinter kooperativen Formen verbirgt, sogar erhöht<sup>110</sup>, dürfte sich einer solchen Darstellung streuben; ebenso die Tatsache, daß sich hoheitliches Handeln weiterhin durch die Fähigkeit, einseitige Verpflichtungen zu begründen, auszeichnet. Solche Unklarheiten hängen mit der für die Rechtswissenschaften durchaus typischen Gleichsetzung von Rechtsbegriff und Theorie zusammen, die schon in der juristischen Ausbildung eine wichtige Rolle spielt, wenn ein Abgrenzungsbegriff etwa als Drei-Stufen-„Theorie“ bezeichnet wird. Ein großer Teil der juristischen Arbeit besteht in der Entwicklung von Abgrenzungskriterien, die einerseits praktisch handhabbar sind, andererseits nicht zu Brüchen im axiomatischen System führen. Doch stellt diese juristische

---

Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, 413 (413 ff.), 418 gegen die Definition bei *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 162: „Es geht nicht um Selbstregulierung, sondern um Eigenvollzug“ Parallele Definitionsprobleme finden sich auch in anderen Rechtsordnungen; *J. Black*, Constitutionalising SelfRegulation, *The Modern Law Review* 59 (1996), 24 (26 f.). Für die deutsche Dogmatik würde sich die Fragen nach dem Verhältnis zu Kategorien wie Delegation, Kompetenzzuweisung, Beleihung und gesetzlicher Prägung grundrechtlichen Freiheitsgebrauchs stellen.

<sup>108</sup> Entsprechende Kritik an der Verwendung von Kooperation bei *SchulzeFielietz*, DVBl. 1994, 666.

<sup>109</sup> Vgl. oben bei II., 2.

<sup>110</sup> Für Frankreich *Röhl*, Vertragsstrukturen (Fußn. 104), § 6.

Systematisierungsleistung noch nicht den Entwurf einer theoretisch fundierten Begrifflichkeit dar<sup>111</sup>.

So bleibt ein zwiespältiges Resümee. Einer ausgesprochenen Vorliebe für neue und in sich ausdifferenzierte, skalierte oder gestufte Begriffe steht ein vergleichsweise großes Desinteresse an deren genauer Definition gegenüber. Auch dieses Phänomen dürfte mit der Zukunftsgerichtetheit der Diskussion in Zusammenhang stehen. Oftmals scheint es nicht allein darum zu gehen, einen Begriff systematisch einzuführen, sondern ihn – in reformatorischer also rechtspolitischer – Absicht stark zu machen. Dieses Ineinander von Beschreibung und Bewertung aber erschwert die Entwicklung einer präzisen Begrifflichkeit.

#### b) Theorieholismus

Fehlt es der Diskussion nicht selten an der konkreten Auslotung einer Begriffsbedeutung, so läßt sich auf der anderen Seite eine Tendenz zur Rezeption von solchen Theorien erkennen, die potentiell alle gesellschaftlichen Phänomene mit einem einzigen Theoriedesign zu erklären beanspruchen. Eine entsprechende Kritik an der verwaltungsrechtlichen Rezeption der Systemtheorie wurde geleistet<sup>112</sup>, auch wenn diese das Problem zu weitgehend der Systemtheorie selbst, nicht ihrer Rezeption zurechnet. Ähnliches läßt sich vom Konzept der Steuerung sagen<sup>113</sup>, das trotz vielfacher Verfeinerungen durch die Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht nur quasi metaphorisch

---

<sup>111</sup> Anders A. Voßkuhle, „Regulierte Selbstregulierung“ – zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, *Die Verwaltung*, Beiheft 4 (2001), sub 2., der gerade die Ähnlichkeit von Begriff und Theorie hervorhebt.

<sup>112</sup> Lepsius, *Steuerungsdiskussion*, S. 35 ff. zum Problem der Ganzheitlichkeit ebda., S. 17 f.; *ders.*, *Parlamentarismus* (Fußn. 72), 134 ff.

<sup>113</sup> Trotz zwischenzeitlicher Aufnahme in die Gesetzessprache § 2 Satz 2 Gesetz über den Deutschen Wetterdienst (DWD-Gesetz) v. 10.10.1998, BGBl. I, S. 2871.

weiterverwendet wird<sup>114</sup>. Zwar läßt sich das Steuerungskonzept auf spezifische Akteure beziehen und konkretisieren<sup>115</sup>, dieses Potential wird aber gerade nicht genutzt, wenn ganze soziale Systeme wie Staat oder Verwaltung zu Akteuren ernannt werden. Deutlich wird dieser Theorieholismus schließlich in der fortdauernden Befangenheit der Diskussion in der Staatsbegrifflichkeit, in der ein unaufgeschlüsselter Komplex hoheitlicher Institutionen als Ganzes bezeichnet und komplett als Gewährleistungs-, Dienstleistungs-, Hoheits- oder Konsensualstaat verschlagwortet wird<sup>116</sup>.

Kehrt man diese Feststellung um, so fällt weiterhin auf, wie gering das Interesse an Theorien ist, deren Bauelemente mit den durch das Recht konstruierten Zurechnungseinheiten, seien es Personen, seien es Behörden, kompatibel sind. Eine mögliche Analyse konkreter und überschaubarer verwaltungsrechtlicher Institute etwa durch die Rezeption von Public Choice<sup>117</sup> oder Rational Choice<sup>118</sup> Theorien blieb dagegen aus. Allein die Rezeption der ökonomischen Analyse des Verwaltungsrechts, die sich nicht auf die Diagnose theoretischer Anwendungsprobleme beschränkt<sup>119</sup>, beginnt namentlich im Umweltrecht

<sup>114</sup> Die Vielzahl an Kritik und Differenzierung blieb unbeachtet *K. v. Beyme*, Der Gesetzgeber, 1997, S. 14 ff.; *R. Mayntz*, Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme Anmerkungen zu einem theoretischen Paradigma, *JbStVW* 1 (1987), 89, (91 ff.); *dies.*, Zur Selektivität der steuerungstheoretischen Perspektive, *MaxPlanckInstitut für Gesellschaftsforschung*, working paper 01/2; *N. Luhmann*, Steuerung durch Recht?, *ZfRSoz* (1990), 142; *Scharpf*, *Games* (Fußn. 80). S. 36 ff.; *D. Weinreich*, Recht als Medium gesellschaftlicher Selbststeuerung, 1995, S. 109 ff.

<sup>115</sup> So *Vofßkuhle*, *VerwArch.* 92 (2001), 194 u. Anm. 65 gegen *Lepsius*, Steuerungsdiskussion (Fußn. 2). Ein Akteursbezug wird auch eingefordert bei *Vofßkuhle*, *Regelungsstrategien* (Fußn. 87), 61.

<sup>116</sup> Entsprechende Kritik oben bei Fußn. 38, sowie unten bei Fußn. 149.

<sup>117</sup> Einführend *D. A. Farber/P. P. Frickey*, *Law and Public Choice: a critical introduction*, 1991.

<sup>118</sup> Für nachbarrechtliche Probleme konkret angewendet bei *R. Ellickson*, *Order without Law: how neighbors settle disputes*, 1991, S. 156 ff.

<sup>119</sup> So etwa *Lepsius*, *Die Ökonomik als neue Referenzwissenschaft für die Staatsrechtslehre?*, *Die Verwaltung* 32 (1999), 429; *M. Morlok*, *Vom Reiz und vom Nutzen, von den Schwierigkeiten und den Gefahren der Ökonomischen Theorie für das Öffentliche Recht*, in: C.

konkretere Formen anzunehmen<sup>120</sup>. Praktisch und dogmatisch hochrelevante Fragen wie die Schadensersatzpflichtigkeit bei Einlegung eines Nachbarwiderspruchs analog § 945 ZPO<sup>121</sup>, die effiziente Kostenverteilung für die Polizeipflichtigkeit in der Insolvenz<sup>122</sup> oder die Entgeltregulierung nach § 24 TKG harren dagegen noch einer von solchen Theorien geleiteten rechtswissenschaftlichen Analyse<sup>123</sup>, obwohl gerade aus solchen ebenso überschaubaren wie kasuistisch darstellbaren Problemen die ökonomische Analyse des Rechts entstand<sup>124</sup>. Die Verwendung von Großtheorien verstärkt die bereits kritisierte Arbeitsteilung zwischen fallbezogener Kommentar und Lehrbuchliteratur und normativ nicht angebundener Theorie.

Ähnliche Verganzheitlichungstendenzen lassen sich nicht nur bei der Auswahl bestimmter nachbarwissenschaftlicher Theoreme, sondern auch in der verwaltungsrechtsinternen Diskussion erkennen<sup>125</sup>: etwa bei der bereits erwähnten Rechtfertigung der Rechtsverhältnislehre<sup>126</sup>, beim Vorschlag, die dogmatische Kategorie der juristischen Person durch diejenige der Organisation

---

Engel/M. Morlok (Hrsg.), *Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998, S. 1 ff.

<sup>120</sup> Vgl. etwa E. Gawel/G. Lübbe-Wolff (Hrsg.), *Effizientes Umweltordnungsrecht*, 2000; J.P. Schneider, *Interessenverarbeitung in flexibilisierten Genehmigungsverfahren*, in: D. Schmidtchen, *Hoheitsstaat* (Fn. 34), 80; R. A. Kleineidam, *Abfallwirtschaft in Deutschland und den USA: ein ökonomisch informierter Rechtsvergleich*, 2001.

<sup>121</sup> Streitstand bei F. Schoch, in: F. Schoch/E. Schmidt-Abmann/R. Pietzner (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, Stand: März 1999, § 80, Rn. 410.

<sup>122</sup> Vgl. BVerwG, U. v. 10. 2. 1999 – 11 C 9/97 E 108, 269 (271 f.); OVG Schleswig, U. v. 16. 1. 1997 – 3 L 94/96 = NJW 1998, 175.

<sup>123</sup> Ein solcher Versuch bei C. Möllers, *Kooperationsgewinne im Verwaltungsprozeß DÖV* 2000, 667.

<sup>124</sup> R. H. Coase, *The Problem of Social Cost* (1960), in: *The Firm, the Market and the Law*, 1988, 95 (95 f., 97 f.).

<sup>125</sup> Vgl. die Definition bei W. Hoffmann-Riem, *Ganzheitliche Verfassungsrechtslehre und Grundrechtsdogmatik*, in: G. F. Schuppert/W. Tzschaschel, *Angewandte Dialektik*, 1992, 125 (127 in Anm. 16): „Ansätze (...), die Rechtsauslegung und –anwendung als einen komplexen dynamischen Prozeß verstehen, der die gesamtgesellschaftlichen sowie die situativen organisatorischen und personellen Rahmenbedingungen einbezieht.“, sowie ebda., 139 ff.

<sup>126</sup> Vgl. bereits oben Fußn. 94.



zu ersetzen<sup>127</sup>, bei der Konfliktlösung durch Verhandlungen<sup>128</sup>, und schließlich auch beim Eintreten für eine Lehre von den Verwaltungsmaßstäben jenseits des Rechts<sup>129</sup>, deren Kriterien sich zwar aus Nachbardisziplinen ergeben sollen, die aber von der Verwaltungsrechtswissenschaft zu verwalten sind, und damit institutionell zu einer Verrechtlichung des *gesamten* Verwaltungshandelns *praeter legem* führen würden. Aus der pragmatischen Tugend des Verwaltungsrechts, immer nur Teile des Verwaltungshandelns erfassen zu können, wird so unversehens eine Not<sup>130</sup>.

### c) Wozu Empirie?

Bleibt die Diskussion auf begrifflicher wie auf theoretischer Ebene hinter ihren Möglichkeiten zurück, so stellt sich weiterhin die Frage, wie mit empirischen Befunden umgegangen wird. Dabei ist festzuhalten, daß Empirie eine heikle Kategorie ist und die Anrufung von „Wirklichkeit“ in der Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft nicht selten als Blankoscheck für die

<sup>127</sup> Noch gültige Kritik bei *D. Jesch*, Rezension, AöR 85 (1961), 472 (484 f.). Dieser Einwand ist selbstverständlich nicht gegen eine vermehrte Beschäftigung mit Verwaltungsorganisationsrecht, die aber die Figur der juristischen Person voraussetzen dürfte, vgl. auch unten Fußn. 207.

<sup>128</sup> So zumindest *Hoffmann-Riem*, Modernisierung (Fußn. 9), S. 67 f.

<sup>129</sup> Vgl. *W. Hoffmann-Riem*, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), 83 (88); *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fußn. 19), 2/22; 6/85; *G. F. Schuppert*, Die öffentliche Aufgabe als Schlüsselbegriff der Verwaltungswissenschaften, VerwArch. 71 (1980), 309 (dazu kritisch wegen des eher legitimatorischen als beschreibenden Gehalts der Kategorie: *Roellecke*, VerwArch. 91 (2000), 3. *R. Schmidt*, Flexibilität und Innovation im Bereich der Verwaltungsmaßstäbe, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Innovation (Fußn. 4), 67 (78 ff.).

<sup>130</sup> *Bachof*, VVDStRL 30 (1972), 231. Für die Momentaufnahme als Rechtfertigung der Figur der juristischen Person: *F. E. Schnapp*, Zu Dogmatik und Funktion des staatlichen Organisationsrechts, Rechtstheorie 9 (1978), 275 (286). Dagegen zur Rechtfertigung der Rechtsverhältnislehre: *Bauer*, Die Verwaltung 25 (1992), 314. Kritik an der „Momentaufnahme“ auch bei *H. P. Ipsen*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 30 (1971), 313 (314).

Implementation politischer oder weltanschaulicher Bewertung gedient hat<sup>131</sup>. Zu einen Realismus im Sinne einer methodisch reflektierten Verarbeitung von nachbarwissenschaftlich aufbereitetem Wissen kam es dagegen selten. Dies zeigt ein Blick auf die seit Georg Jellinek mit diesem Anspruch operierende Staatslehre<sup>132</sup> ebenso wie für die durch die Rechtswissenschaften betriebene Verwaltungslehre<sup>133</sup>.

Auffällig ist in der aktuellen Diskussion zunächst einmal ein großes Verlangen nach empirischer Erkenntnis<sup>134</sup>, obwohl mit „Empirie“ nicht selten auch Erörterungen bezeichnet werden, die gar keine empirischen Gehalte haben<sup>135</sup>. Ein repräsentatives Beispiel liefert das Verwaltungsvertragsrecht. Ein allgemeiner Topos in diesem Gebiet lautet, daß mehr Rechtstatsachenforschung im Vertragsrecht ein Desiderat sei<sup>136</sup>, obwohl im Vergleich zu anderen Gebieten

<sup>131</sup> O. Lepsius, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, 1994, S. 219 ff. Zu einem parallelen Problem in der Theologie (hier: der protestantischen Ekklesiologie): F. W. Graf, Innerlichkeit und Institution: Ist eine empirische Ekklesiologie möglich?, *Pastoraltheologie* 77 (1998), 382 (386 f., 389 f., 391 ff.).

<sup>132</sup> Dazu bilanzierend Möllers, Staat (Fußn. 32), S. 418 ff.

<sup>133</sup> N. Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaften, 1965, S. 18 ff. Skeptisch auch E. Schmidt-Aßmann, Einige Überlegungen zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, *Die Verwaltung*, Beiheft 2 (1999), 177 (179 f.). Freilich impliziert dieser Blick nach hinten nicht, daß jede Form von Wahrnehmung der Außenseite durch die Rechtswissenschaften dazu geeignet ist, die Normativität des Verwaltungsrechts zu destabilisieren. So zu Recht Vesting, Gewährleistungsstaat (Fußn. 34), 125 gegen Möllers, *VerwArch.* 90 (1999), 187 ff. Vgl. auch Rossen, Vollzug (Fußn. 96), S. 221 ff. Vgl. auch unten, IV., 2., a).

<sup>134</sup> Grundsätzlich formuliert bei A. Voßkuhle, *Verwaltungsdomatik und Rechtstatsachenforschung*, *VerwArch.* 85 (1994), 567.

<sup>135</sup> Deutlich bei der Rezeption von *Bohne*, Rechtsstaat (Fußn. 92), der seinerseits nicht empirisch arbeitet, sondern nur Empirie rezipiert. Weitere Beispiele für Unsicherheit mit dem Begriff Empirie in Fußn. 76 u. 140.

<sup>136</sup> So B. Bartscher, Der Verwaltungsvertrag in der Behördenpraxis, 1995, S. 10; H. Bauer, Die negative und die positive Funktion des Verwaltungsvertragsrechts, *FS Knöpfle*, 1996, 11 (31); W. Brohm, Gesetzesvollzug als Handelsobjekt?, in: W. Heinz (Hrsg.), *Rechtstatsachenforschung heute*, 1986, 103 (104); V. Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, 2000, S. 235 ff. (238 f. in Anm. 21 f. m.w.N.); Voßkuhle, *VerwArch.* 85 (1994), 569. Skeptisch zur Ergiebigkeit der empirischen Forschung dagegen Röhl, *Vertragsstrukturen* (Fußn. 104), § 11.

des Verwaltungsrechts bereits viele empirische Untersuchungen vorliegen<sup>137</sup>. Seltener wird die Frage gestellt, was eigentlich mit der Aufbereitung dieser Tatsachen beabsichtigt ist. Als Rechtfertigung für eine dogmatische Untersuchung des Verwaltungsvertrags dürfte die tatsächliche Zahl abgeschlossener Verträge weder notwendig noch hinreichend sein. Dogmatische und praktische Relevanz müssen sich nicht decken und die Konsequenz bei einem bescheidenen Befund, die Forschung einzustellen, wird kaum gezogen<sup>138</sup>. Dies bedeutet seinerseits nicht, daß die Integration empirischer Fragestellungen in einen rechtswissenschaftlichen Kontext ausgeschlossen ist<sup>139</sup>. Aber solche Fragestellungen bedürfen in den meisten Fällen normativer Anleitung, um rechtswissenschaftlich verwertbar zu sein. Daß solche Fragestellungen selten sind, zeigt sich schon am juristischen Desinteresse, wenn einmal Befunde vorliegen<sup>140</sup>. So verwundert es nicht, daß die Rechtssoziologie auf den Ruf nach Rechtsstatsachenforschung immer skeptischer reagiert<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> *Bartscher*, Verwaltungsvertrag (Fußn. 136); *H. Maurer/B. Bartscher*, Die Praxis des Verwaltungsvertrags im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl. 1997; *M. H. Eisenlohr*, Der Prozeßvergleich in der Praxis der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1998.. sowie die Nachweise bei *H. Bauer*, Anpassungsflexibilität im öffentlichrechtlichen Vertrag, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Innovation (Fußn. 4), 247 (248 in Anm. 12 f.)

<sup>138</sup> *Schlette*, Vertragspartner (Fußn. 136), S. 257 ff.

<sup>139</sup> Ein Beispiel ist die Forschung zur Komitologie: *S. Schlacke*, Risikoentscheidungen im europäischen Lebensmittelrecht, 1998.

<sup>140</sup> Auffällig bei der empirischen Untersuchung von *N. Dose*, Die verhandelnde Verwaltung, 1994 und bei der theoretischen Darstellung von *A. Benz*, Kooperative Verwaltung, 1997, die beide (unter Absehung ihres gänzlich unterschiedlichen Zugriffs) gemeinsam als Beispiele *zugunsten* ihrer Untersuchungsgegenstände zitiert werden. Dies, wie die Lektüre lehrt, zu Unrecht.

<sup>141</sup> Vgl. bereits *E. Blankenburg* Über die Unwirksamkeit von Gesetzen, ARSP 63 (1977), 31 (46 ff.) zur Kritik an der umweltrechtlichen Implementationsforschung; *ders.*, Rechtssoziologie und Rechtswirksamkeitsforschung, in: K. Plett/K. A. Zieger (Hrsg.), Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik, 1984, 45, (65 f.); *ders.*, Vom Nutzen der empirischen Rechtssoziologie, GS Wenz, 2000, 31, sowie die zurückhaltende Bilanz bei *P. A. Sabatier*, What can we learn form Implementation Research?, in: F. X. Kaufmann/G. Majone/V. Ostrom (Hrsg.), Guidance, Control, and Evaluation in the the Public Sector, 1986, 313; *ders.*, Two Decades of Implementation Research, in: F. X. Kaufmann (Hrsg.), The Public Sector, 1991, 257, der auf den notwendig langen Zeitrahmen genauer

Ertrreichere Befunde bietet wiederum das Umweltrecht, in dem gezieltere Untersuchungen<sup>142</sup> nicht nur die Vollzugsgeeignetheit umweltrechtlicher Regelungen<sup>143</sup> Auskunft geben können, sondern auch dabei helfen, Vorurteile über Normenflut, Normenversagen, Verwaltungsüberforderung oder die erhöhte Leistungsfähigkeit von flexiblen Regelungen<sup>144</sup> auszuräumen<sup>145</sup>, die sich wohl nicht zuletzt dem hier beschriebenen geschichtsphilosophisch inspirierten Verständnis von modernem Verwaltungsrecht verdanken dürften. Diese Beispiele zeigen, daß Empirie für die Verwaltungsrechtswissenschaft bedeutend wird, wenn die Diskussion beginnt, sich mehr und mehr auf nichtnormative Voraussetzungen zu stützen. Kenntnis der Milieus, in dem das Verwaltungsrecht reguliert, kann auch für einen verwaltungsrechtlichen Zugang hilfreich sein. Ob und inwieweit dies der Fall ist, ist freilich keine empirisch zu beantwortende Frage.

### 3. Fehlende dogmatische Verwertbarkeit

Schwierigkeiten ergeben sich schließlich bei der Rückbindung der neuen Begrifflichkeiten an die Rechtsdogmatik. Begriffe wie Privatisierung, regulierte Selbstregulierung oder Kooperation haben ein geringeres

---

Implementationsforschung hinweist. Zur selbstverstärkenden Wirkung einer pessimistischen Wirkungsforschung *Röhl*, Befunde (Fußn. 107), 431 f.

<sup>142</sup> Aus der neueren Forschung: *L. Breunung*, Die Vollzugsorganisation als Entscheidungsfaktor des Verwaltungshandelns, 2000; *Dose*, Verwaltung, (Fußn. 140).

<sup>143</sup> *G. Lübke-Wolff*, Modernisierung des Umweltordnungsrechts, 1996, S. 71 ff., 102 ff.

<sup>144</sup> Dazu *G. Lübke-Wolff*, Wie effizient ist Flexibilität? – Ergebnisse einer Behördenbefragung zur Wünschbarkeit größerer fallbezogener Entscheidungsspielräume der Umweltverwaltung, in: *Jahrbuch des Umwelt und Technikrechts* 2000, 73 (79 ff.); *dies.*, Regelbindung versus Entscheidungsstandards für die Umweltbehörden, in: *E. Gawel/G. Lübke-Wolff* (Hrsg.), *Effizientes Umweltordnungsrecht*, 2000, 151 (155 ff.). Ein weiteres Beispiel problematischer Flexibilisierung wäre das gestufte Genehmigungsverfahren. Vgl. die kritische Bilanz bei *E. Kutscheidt*, Das gestufte Genehmigungsverfahren – Glanz und Elend eines Rechtsinstituts, FS Sellner, 1991, 303 (307 ff.).

<sup>145</sup> Treffend *E. Müller*, Besprechung, NVwZ 2001, 419 (420).

Differenzierungsniveau als die Begriffsbildung der verwaltungsrechtlichen Dogmatik. Dies ist bei jeder Theorie, die als Theorie eben verallgemeinern will, der Fall, begründet also als solches keinen Einwand. Ungewiß ist unter diesen Umständen aber der Gebrauchswert für die juristische Arbeit<sup>146</sup>. Denn anders als verfassungstheoretische Begriffe wie das Demokratieprinzip oder die Rechtsstaatlichkeit, die kraft verfassungsrechtlicher Anordnung ein Theorieelement in die Dogmatik einführen, sind viele der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Kategorien eben keine Rechtsbegriffe. Sie zwingen nicht zu dogmatischer Arbeit, sie liefern aber Tendenzen<sup>147</sup>, die sich letztlich aber nur aus der Unterstellung einer gewissen Entwicklungsrichtung herleiten lassen.

Die fehlende dogmatische Anschlußfähigkeit für die mittlerweile ubiquitär verwendete Kategorie der Verantwortung, die etwa die Unterscheidung zwischen Aufgabe und Befugnis überspielt<sup>148</sup>, wurde bereits aufgearbeitet. Ähnliches läßt sich für die im Recht der Verfahrensprivatisierung gebräuchliche Figur der staatlichen Letztverantwortung feststellen, die ganzheitlich auf den „Staat“ Bezug nimmt, und damit genau dort zu differenzieren aufhört, wo die eigentlichen Probleme beginnen<sup>149</sup> – nämlich bei der Entwicklung von institutionellen Arrangements, die die Qualität der Entscheidung sichern können<sup>150</sup>. Zur Kenntnis genommen wird diese Kritik allerdings kaum<sup>151</sup>. Auch

---

<sup>146</sup> Auch hervorgehoben bei *Schulze-Fielitz*, Rationalität (Fußn. 85), 316; *Voßkuhle*, Kompensationsprinzip (Fußn. 2), S. 85 f.

<sup>147</sup> Insoweit auch *Schulze-Fielitz*, Rationalität (Fußn. 85), 317.

<sup>148</sup> *H. C. Röhl*, Verantwortungsverantwortung als dogmatischer Begriff?, *Die Verwaltung*, Beiheft 2 (1999), 33 (39 ff.).

<sup>149</sup> *H.H. Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *DVBl.* 1996, 950 (955); *ders.*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich veränderndenVerhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: *Schuppert*, *Jenseits* (Fußn. 103), 11 (32 ff.); *Möllers*, *Staat* (Fußn. 32), S. 285 ff. *Röhl*, *Die Verwaltung* Beiheft 2 (1999), 50f.

<sup>150</sup> *Trute*, *DVBl.* 1996, 960 ff.

<sup>151</sup> Vgl. etwa *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft* (Fußn. 25), 400 ff.; *W. Hoffmann-Riem*, *Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit*, *FS Vogel*, 2000, 47 (52 ff.)

die Konzeption der Informalität hat wie gezeigt die Dogmatik ihrerseits nicht wirklich fortentwickelt<sup>152</sup>. Besonders interessant ist schließlich der Befund für das Kooperationskonzept<sup>153</sup>, dessen Beurteilung sich in dem Moment zu ändern begann, in dem ihm durch das Bundesverfassungsgericht eine normative Bedeutung verliehen wurde<sup>154</sup>: nun wurde das Konzept von zuvor eher kritischen Stimmen befürwortet<sup>155</sup>, von Befürwortern dagegen unter Hinweis auf die Grenzen der juristischen Methode mit größerer Distanz behandelt<sup>156</sup>.

#### 4. Vermittlung durch Begriffe?

Auf Grundlage ganzheitlicher Gesellschaftstheorien werden Begriffe mittleren Abstraktionsniveaus eingeführt, die weder konkret genug sind, um juristisch verwertbar zu werden, noch ausreichend losgelöst vom juristischen Kontext bleiben, um andere Fragestellungen zu spezifizieren. So dürfte kein Sozialwissenschaftler etwa die vielbeschworenen Verantwortungsstufen rezipieren. Sie sind in ihrer Begrifflichkeit ein typischer Ausdruck juristischen Denkens, bleiben jedoch ohne normative Anbindung. Sie erweisen sich als Begriffsjurisprudenz ohne Geltungsgrund.

---

<sup>152</sup> Vgl. oben, III., 2., a)

<sup>153</sup> Angeregt bei *O. Lepsius*, Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2001, Kap. 9.

<sup>154</sup> BVerfG, U. v. 7. 5. 1998 – 2 BvR 1876/91, 1983, 2188 u. 2299/92, 2624/94 – E 98, 93 (98 ff.); U. v. 7. 5. 1998 – 2 BvR 1991, 2004/95 – E 98, 106 (121 f.).

<sup>155</sup> Kritisch zur Kooperation: *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 254 f. Zustimmung zur bundesverfassungsgerichtlichen Deutung: *ders.*, Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts, NVwZ 1999, 1153 (1156 f.).

<sup>156</sup> Tendentiell positiv zur Kooperation: *R. Schmidt*, Einführung in das Umweltrecht, 5. Aufl. 1990, S. 7 f. kritisch zum Kooperationskonzept des BVerfG *R. Schmidt/L. Diederichsen*, Anmerkung, JZ 1999, 37 (39 f.).

Diese fehlende Anschlußfähigkeit dürfte kein Zufall sein<sup>157</sup>. Sie hängt mit der bewußten Entscheidung zusammen, Begrifflichkeiten zu verwenden, die an mehrere Disziplinen anknüpfen und die unter einer Vielzahl von Bezeichnungen in der aktuellen Diskussion gängig sind: Brückenbegriffe<sup>158</sup>, Kontaktbegriffe<sup>159</sup>, Schlüsselbegriffe<sup>160</sup> der Perspektivenverklammerung<sup>161</sup>, Schleusenbegriffe<sup>162</sup>, Vermittlungsbegriffe<sup>163</sup>, Verweisbegriffe<sup>164</sup>, interdisziplinäre Verbundbegriffen<sup>165</sup> oder Verweisungs begriffe<sup>166</sup> sind mit im einzelnen angebotenen Differenzierungen Bezeichnungen für solche rechtswissenschaftliche und sozialwissenschaftliche Fragestellungen vermittelnden Kategorien<sup>167</sup>. Daß der mit solcher Begriffsbildung verbundene Vermittlungsanspruch sehr hoch greift, liegt schon abstrakt auf der Hand. Es bleibt unklar, welches Ziel mit der Vermittlung verbunden werden soll, und wel-

<sup>157</sup> Dies erkennt man auch an der Betonung der „heuristischen“ Funktion der Begrifflichkeiten: Grundlegend: *Bachof*, VVDStRL 30 (1971), 229 sowie *E. Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 34 (1976), 221 (228): „ein differenziertes Ausgleichssystem, in dem sich Rechtssätze, Sachgesetlichkeiten und Institutionen mit ihrem Selbstverständnis begegnen.“ Dem folgend (für viele) ; *R. Schmidt*, *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, HStR III, § 83, Rn. 6 in Anm. 8; *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 166 in Anm. 13. Es stellt sich aber die Frage, wie dies genau gemeint ist. Als „Heuristik“ bezeichnet man eine wissenschaftliche Suchhilfe (vgl. *K. Homann*, *Rationalität und Demokratie*, 1988, S. 88 ff.), diese setzt aber schon eine bestimmte wissenschaftliche Fragestellung voraus und kann sie ihrerseits nicht liefern.

<sup>158</sup> *Trute*, *Verantwortungsteilung* (Fußn. 149), 13.

<sup>159</sup> Kritisch zur Geeignetheit rechtswissenschaftlicher Begriffe *Luhmann*, *Verwaltungswissenschaften* (Fußn. 133), S. 2.

<sup>160</sup> *Hoffmann-Riem*, DÖV 1997, 339; *Voßkuhle*, *VerwArch*. 92 (2001), 196.

<sup>161</sup> *G. F. Schuppert*, *Schlüsselbegriffe der Perspektivenverklammerung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften*, *Die Verwaltung*, Beiheft 2 (1999), 103 (109 ff.).

<sup>162</sup> Im staatsrechtlichen Kontext: *E. W. Böckenförde*, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs* (1969), in: *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, 143 (143).

<sup>163</sup> *P. Badura*, *Diskussionsbeitrag*, VVDStRL 30 (1971), 327.

<sup>164</sup> Im staatsrechtlichen Kontext kritisch: *Möllers*, *Staat* (Fußn. 32), 129 ff. m.w.N.

<sup>165</sup> *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft* (Fußn. 25), S. 46.

<sup>166</sup> *C. Gusy*, „Wirklichkeit“ in der Rechtsdogmatik, *JZ* 1991, 213 (220 ff.) unter Hinweis auf *C. Starck*, *Empirie in den Rechtswissenschaften*, *JZ* 1971, 609.

che Einbußen die Begrifflichkeit in ihrer jeweiligen „eigentlichen“ deskriptiven oder normativen Funktion erleiden kann.

Solche Einbußen erscheinen aber in zwei Richtungen möglich: Es kann wie gezeigt zu einer Normativierung von Begriffen kommen, die keine Wurzel im positiven Recht haben. Seltener zur Kenntnis genommen wird das entgegengesetzte Problem, das sich durch den Import juristischer Begriffe in deskriptive Fragestellungen ergeben kann, und das darin besteht, daß die letztlich doch juristisch inspirierten Begriffe an den aktuellen Forschungen anderer Disziplinen vorbeikategorisieren. Diese Gefahr ist bei einer Vielzahl staatstheoretischer Kategorien (Einheit, Gewaltmonopol, Kontinuität), denen nicht zuletzt das weitgehende Desinteresse der Gegenwartssoziologie an juristischen Beiträgen zur Staatslehre zu verdanken ist, mit Händen zu greifen<sup>168</sup>. Die Gefahr einer Juridifizierung von Fragestellungen besteht aber auch spezifisch verwaltungsrechtlichen Feldern, etwa bei Fragen des Verfahrens oder der Organisation. Man wird dagegen den eigentlichen Erkenntniswert verwaltungssoziologischer Untersuchungen gerade im Absehen von normativen Fragestellungen erkennen müssen. „Nur wenn das Verwaltungssystem „rechtsfrei“ gedacht wird, (...), läßt sich feststellen, ob und wie die Verwaltung auf Recht reagiert“<sup>169</sup>.

Das hier in Erscheinung stehende Problem ist nicht neu. Die Vermutung, die Rechtswissenschaften müßten sich mit der Hilfe offener Kategorien auf verän-

---

<sup>167</sup> Die Rechtstheorie der juristischen Begriffsbildung wird dabei kaum wahrgenommen. Diese gelangt recht einhellig zur disziplinären Autonomie juristischer Begriffsbildung, vgl. nur *T. Schlapp*, *Theoriestructur und Rechtsdogmatik*, 1989, S. 189 ff. m.w.N.

<sup>168</sup> Vgl. die Nachweise aus der soziologischen und historischen Literatur zur Gefahr einer Juridifizierung ihrer Diskurse, vor der insbes. Hermann Heller gewarnt hat, bei *Möllers*, *Staat* (Fußn. 32), S. 219 ff., 248 ff.

<sup>169</sup> So *G. Roellecke*, *Verwaltungswissenschaft – von außen gesehen*, *VerwArch.* 91 (2000), 1 (7) unter Bezug auf *K. Damann/D. Grunow/K. P. Japp*, *Theorie der Verwaltungswissenschaft – nach mehr als einem Vierteljahrhundert*, in: dies. (Hrsg.), *Die Verwaltung des politischen Systems*, 1994, 229 (240). Ähnlich schon unter vernichtender Kritik juristischer Verwaltungslehre: *Luhmann*, *Verwaltungswissenschaften*, (Fußn. 133), S. 21 f.



derte Gegebenheiten einrichten, hat sich bewährt<sup>170</sup>; doch verliefen diese Entwicklungen innerhalb einer rechtswissenschaftlichen Fragestellung und blieben auf die Lösung von Rechtsproblemen bezogen. Wissenschaftliche Fragestellungen verschiedener disziplinärer Provenienz dagegen lassen sich kaum durch gemeinsame Begrifflichkeiten methodisch verknüpfen. Ja es scheint, als ob das Spiel mit Begriffen Ausdruck fehlenden Interesses an anderen Disziplinen ist, auf deren radikal andere Fragestellungen sich die Verwaltungsrechtswissenschaft nicht einlassen kann und will.

Keineswegs ist damit die Feststellung bejaht, daß eine „Einarbeitung in den Denkstil anderer Wissenschaften für den Juristen nicht möglich ist“<sup>171</sup>. Ganz im Gegenteil spricht nichts gegen konkrete Anfragen der Verwaltungsrechtslehre an Nachbardisziplinen: an die empirische Sozialforschung zu Aushandlungsprozessen im Komitologie-Verfahren<sup>172</sup>, an die Philosophie zum legitimatorischen Gehalt bestimmter Verfahren<sup>173</sup> oder an die Rechtsgeschichte zum den Problemen der Eisenbahnregulierung im 19. Jahrhundert in den USA<sup>174</sup>. Doch werden solche Anfragen gerade nicht über Begriffe vermittelt. Seine Qualität als *Begriff*<sup>175</sup> gewinnt ein Ausdruck nämlich erst durch einen bestimmten theoretischen Kontext, den man nicht einfach wechseln kann, sondern in den sich begibt, wer sich im Namen einer bestimmten wissenschaftlichen Disziplin äußert<sup>176</sup>. Wissenschaftliche Disziplinen sind die Interpretationsgemeinschaft<sup>177</sup>, sie schaffen den Bezugsrahmen, in denen aus Ausdrücken

<sup>170</sup> Für das Verhältnismäßigkeitsprinzip gegen damalige resignative Tendenzen grundlegend entwickelt bei P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, S. 53 ff.

<sup>171</sup> Luhmann, *Verwaltungswissenschaften* (Fußn. 133), S. 14.

<sup>172</sup> Beispiel, vgl. Schlacke, *Risikoentscheidungen* (Fußn. 139).

<sup>173</sup> D. v. d. Pfordten, *Rechtsethik*, 2001.

<sup>174</sup> H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, S. 121 ff., 303 ff., 356 ff.

<sup>175</sup> Vgl. oben bei Fußn. 86.

<sup>176</sup> Vgl. auch Röhl, *Die Verwaltung* Beiheft 2 (1999), 34 f.

<sup>177</sup> S. Fish, *Is There a text in this Class?*, 1980, S. 303 ff., 338 ff.

Begriffe werden. Begriffe stellen damit die spezifische Innenseite einer Disziplin dar. Beschränkt man sich darauf, verschiedene Fragestellungen durch Terminologie „äußerlich zu leimen“<sup>178</sup>, so fallen diese Termini vom Status des wissenschaftlichen Begriffs zurück zur bloßen Wortbedeutung oder zu einer alle „Rechtssprachen übergreifenden Poesie.“<sup>179</sup>.

Ohne Zweifel bedarf die Verwaltungsrechtswissenschaft auch solcher Begriffe, die ohne im engeren Sinn Rechtsbegriffe zu sein, Rechtsentwicklungen abkürzend oder metaphorisch kennzeichnen. Dies wird aber in dem Moment zum Problem, indem die Verselbständigung solcher Begrifflichkeiten zur eigentlichen wissenschaftlichen Beschreibungsleistung erhoben wird.

#### IV. Komparative Verwaltungsrechtswissenschaft

Die soeben geübte Kritik wollte den für die Verwaltungsrechtswissenschaft erreichten Diskussionsstand nicht grundsätzlich in Frage stellen, sondern von problematischen Strukturen seines Vorverständnisses lösen. Im Anschluß daran bietet es sich nunmehr an, den wissenschaftlichen Ertrag der neueren Diskussion in eine andere Fragestellung zu überführen. Eine solche Fragestellung muß die Verwaltungsrechtswissenschaft keineswegs auf die zentralen<sup>180</sup> Systematisierungs- und Rationalisierungsleistungen der Dogmatik reduzieren.

---

<sup>178</sup> So die Formulierung bei *H. Heller*, Staatslehre (1934), S. 69 zur Allgemeinen Staatslehre Georg Jellineks.

<sup>179</sup> Ausdruck *E. Blankenburg*, Diskurs oder Autopoiesis: Lassen sich Rechtstheorien operationalisieren?, ZfRSoz 15 (1994), 115 (116).

<sup>180</sup> *Brohm*, VVDStRL 30 (1972), 246 ff. unter Rückgriff auf *T. Geiger*, Vorstudien einer Soziologie des Rechts, 1947, S: 9 ff. Wichtig auch *H. Dreier*, Merks Verwaltungsrechtswissenschaft und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts, in: *R. Walter* (Hrsg.), *Adolf J. Merkl* (Hrsg.), *Werk und Wirksamkeit*, Wien 1990, 55; *R. Dreier*, *Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft*, *Rechtstheorie* 2 (1971), 37, (41); *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee* (Fußn. 19), 1/3 ff.; *T. v. Danwitz*, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, 1997, S. 34 ff., 40 ff.; *R. Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1983, 307 ff.

Neben die Dogmatik treten andere wissenschaftliche Beschreibungsansprüche, die im folgenden durch einen eigenen Entwurf verwaltungsrechtswissenschaftlicher Forschung rekonstruiert (1.), an Beispielen verdeutlicht (2.) und auf die Frage nach dem Gegenstand der Verwaltungsrechtswissenschaft zurückgeführt werden soll (3.).

### 1. Kontextbildung und binnendisziplinärer Vergleich

Wer den Beschreibungsanspruch der Verwaltungsrechtswissenschaft nicht auf Dogmatik beschränken will, ist deswegen nicht gezwungen zur Entwicklung interdisziplinärer Großvorhaben überzugehen. Überzeugender lassen sich die aktuellen Probleme des Verwaltungsrechts als *intra-* oder binnendisziplinäre Fragen verstehen<sup>181</sup>. Das spezifische Kapital der Verwaltungsrechtswissenschaft dürfte dabei in der Differenziertheit des Wissens, in der Konkretheit der Problembeschreibung und in der praktischen Operationalisierbarkeit der Vorschläge liegen<sup>182</sup>, weniger aber im theoretischen Niveau der Systembildung. Die Hinwendung zu einem höheren Theorieniveau scheint vielmehr immer auch eine Abwendung von dem spezifisch rechtswissenschaftlichen Modus der Problembeschreibung zu Fragen der politischen Theorie oder den theoretischen Sozialwissenschaften zu bedeuten<sup>183</sup>. Der Verwaltungsrechtswissenschaften kommt es dagegen zugute, daß die Kenntnis des positiven Rechts von vornherein mehr umfaßt als die Kenntnis der Normenordnung, denn diese Nor-

<sup>181</sup> *Schmidt-Aßmann*, JZ 1994, 8, dort entwickelt für das Verhältnis von öffentlichem Recht zum Privatrecht.

<sup>182</sup> Vgl. ähnliche Beobachtungen bei *F. W. Scharpf*, Globalisierung als Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten nationalstaatlicher Politik, JbNPoLÖ 41 (49); *N. Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft, 1999, S. 245 f. in Anm. 26. Vgl. auch *S. Grundmann*, Methodenpluralismus als Aufgabe, RabelsZ 61 (1997), 424 (449).

<sup>183</sup> Deutlich wird dies bei denjenigen an juristischen Fragestellungen interessierten und als Juristen ausgebildeten Sozialtheoretikern, die wie Max Weber, Hermann Heller und Niklas Luhmann mit ihrem Einstieg als Theoretiker aufgehört haben, juristisch zu arbeiten.

menordnung dient eben der Handlungsorientierung und der Selbstbeschreibung der Hoheitsträger<sup>184</sup>. Die Aufbereitung dieses normativen Wissens ist also mehr als Dogmatik<sup>185</sup>. Mit Empirie ist es deswegen aber nicht zu verwechseln. Es sollte aber auch nicht aufgrund wissenschaftstheoretisch naiver Vorstellungen als unterlegene Form der Beschreibung der Verwaltung verstanden werden.

Die kleinteilige Struktur des verwaltungsrechtswissenschaftlichen Wissens<sup>186</sup>, läßt sich systematisieren und ordnen, ermöglicht dadurch aber noch keine Theoriebildung. Dies gilt umso mehr, wenn Praxisbezüge erhalten werden sollen. Denn „Praxis“ bezeichnet eben das konkrete Einzelproblem, ohne Rücksicht auf seine systematische Einordnung<sup>187</sup>. Aus diesem Grund ist es eine der großen Schwierigkeiten rechtswissenschaftlicher Theoriebildung, daß allgemeine Begriffe nicht selten aus sehr konkreten Problemkonstellationen entstanden sind<sup>188</sup>. Akzeptiert man die wissenschaftstheoretische Prämisse, daß Einfachheit, Genauigkeit und Allgemeinheit einer wissenschaftlichen Erklärung nur auf Kosten des jeweils anderen zu haben sind<sup>189</sup>, so erscheint eine Integration von regulierungstheoretischen und interpretationsmethodischen Fragen in eine einheitliche Theorie<sup>190</sup> als ein zu anspruchsvolles Projekt. Zwar besteht eine der wichtigen Aufgaben der juristischen Dogmatik in der Systembildung<sup>191</sup>, doch dürften die Stärken juristischen Denkens jenseits der Dogmatik gerade in der Anschaulichkeit der Problembezüge liegen: Das Besondere der Verwal-

<sup>184</sup> *Di Fabio*, Recht (Fußn. 54), S. 12 f.

<sup>185</sup> *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fußn. 19), 1/1.

<sup>186</sup> *Anders E. Schmidt-Aßmann*, Zur Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Die Verwaltung 27 (1994), 137 (149): „kleinräumiger Interessensausgleich“ als typisch für das deutsche Verwaltungsrecht, nicht für juristische Problemlösung als solche.

<sup>187</sup> Eine einflußreiche auf die Verwaltung bezogene Analyse dazu: *C. E. Lindblom*, The Science of „Muddling Through“, Public Administration Review 19 (1959), 79 (86 f.).

<sup>188</sup> Dazu *C. Möllers*, Globalisierte Jurisprudenz, in: ARSPBeiheft 79 (2001), 41.

<sup>189</sup> *K. E. Weick*, Der Prozeß des Organisierens, 1985, S. 54 ff. m.w.N.

<sup>190</sup> Angeregt bei *H.H. Trute*, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Einige Leitomotive zum Werkstattgespräch, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), 9 (15 ff.).

tungsrechtswissenschaften besteht eben nicht in der Weitergabe großflächiger Pastiches über Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft „der Verwaltung“ oder gar „des Staats“, sondern in der präzisen Kenntnis von Verfahrensabläufen und im genauen Verständnis von institutionalisierten Rechtfertigungszusammenhängen.

Will man dieses Kapital nutzen und zugleich aus der Spezifik des Einzelproblems heraustreten, dürfte es sich anbieten, die *Kontexte* verwaltungsrechtlicher Einzelprobleme zum Thema der Verwaltungsrechtswissenschaften zu machen und das in seinen Kontext erkannte Einzelproblem in einen *Vergleichszusammenhang* zu stellen. Erst die Untersuchung solcher Problemkontexte vermag einen allgemeinen wissenschaftlichen Beschreibungsanspruch zu erheben und besondere konkrete und praktische Problemkenntnis zu vermitteln. Kontextbildung und Vergleich verhüten die bereits mehrfach erwähnte falsche Aufspaltung zwischen „Betriebspositivisten“<sup>192</sup> und Begriffstheoretikern. Zudem umgehen sie interdisziplinäre Reibungsverluste, indem die Problembezüge innerhalb des normativen Kontexts verbleiben.

Dabei ist mit Vergleich<sup>193</sup> nicht nur die Rechtsvergleichung gemeint. Vergleiche sind überall dort möglich, wo strukturell ähnliche Probleme funktional äquivalent gelöst werden sollen. Um Vergleichbarkeit zu garantieren, müssen verschiedene Formen der verwaltungsrechtlichen Problemlösung in einen bestimmten Kontext gestellt werden. Dieser Kontext geht über im engeren Sinn

---

<sup>191</sup> Für das Verwaltungsrecht: *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fußn. 19), Rn. 1/5.

<sup>192</sup> Ausdruck: *M. Hochhuth*, Relativitätstheorie des öffentlichen Rechts, 2000, S. 71.

<sup>193</sup> Man wird nicht übertreiben, in einer Vielzahl von Geisteswissenschaften den Vergleich als zentrales methodisches Modell erkennen zu können. Vielleicht beginnend mit den Vergleichenden Literaturwissenschaften (Komparatistik), spielt der Vergleich im Augenblick eine besonders wichtige Rolle in den Geschichtswissenschaften, ist geradezu begrifflich konstitutiv für die Kulturwissenschaften, erfreut sich auch in der Philosophie zunehmender Beliebtheit und ist eine theoretische Voraussetzung für die soziologische Systemtheorie. Im einzelnen m.w.N.: *H.G. Haupt/J. Kocka*, Historischer Vergleich: Methoden, Aufgaben, Probleme, in: dies. (Hrsg.), *Geschichte und Vergleich*, 1996, 9; *D. Baecker*, *Kultur, begrifflich*, 1998 S. 46 ff.; *N. Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, S. 42 f.; R.

rechtswissenschaftliche Problemlösung hinaus, bleibt aber Teil einer rechtswissenschaftlichen Fragestellung. Der methodische Reiz für die Rechtswissenschaften besteht nicht zuletzt im beibehaltenen hohen Konkretisierungsgrad. Unterschiedliche Kontexte können sich eben nicht nur aus verschiedenen Rechtsordnungen, sondern auch vergangenen Problemlösungsangeboten, entsprechenden Fallkonstellationen oder unterschiedliche Interessenstrukturen ergeben. Es wird sich zeigen, daß große Teile auch der neueren Diskussion so rekonstruiert werden können. Dies soll im folgenden an einigen Beispielen genauer illustriert werden.

## 2. Anwendungsfelder

### a) Dogmen, Ideen und Institutionengeschichte

Die Historisierung der eigenen Doktrin ist gerade für die aktuelle verwaltungsrechtliche Dogmatik, die wie gezeigt implizit von sehr voraussetzungsreichen entwicklungsgeschichtlichen Hypothesen ausgeht, dringend notwendig<sup>194</sup>. Dabei lassen sich drei Formen historischer Kontextualisierung – oder: Vergleichsbildung auf der Zeitschiene – unterscheiden:

Zunächst kann die eigene *Dogmengeschichte* des Verwaltungsrechts historisch untersucht werden. Wichtig für die in der Gegenwart virulenten Fragestellungen ist dabei, welche Reaktionen der Verwaltungsrechtswissenschaft auf gesellschaftliche Veränderungen sich als dauerhaft brauchbar erwiesen haben und welche nicht. Wie relevant solche Kontinuitäten sein können, läßt sich unschwer belegen. Fragt man etwa danach, seit wann für die aktuelle Diskussion

---

*Elberfeld*, Überlegungen zur Grundlegung „komparativer Philosophie“, *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie*, 24 (1999), 125.

so typische Annahmen wie Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Parlamentsgesetzes<sup>195</sup>, Anspruch auf begriffszentrierte Interdisziplinarität zur Kompensation drohender „Wirklichkeitsverluste“<sup>196</sup> oder die Forderung einer Re-Orientierung des Fachs an finalen Kategorien, wie (Verwaltungs) Maßstab, Zweck oder Aufgabe<sup>197</sup>, im deutschen öffentlichen Recht eine Rolle spielen, so kann man feststellen: seit seinen Anfängen. Parlamentsskepsis<sup>198</sup>, Suche nach nachbarwissenschaftlicher Orientierung<sup>199</sup> und materieller Zweckbezug<sup>200</sup> sind seit jeher typisch für die deutsche Diskussion. Dabei erweisen sich die rein juristischen Beiträge wohl in den meisten Fällen als langlebiger als die Ausflüge in Soziologie und Staatswissenschaften. Dies zeigt exemplarisch das Werk Georg Jellineks, dessen dogmatische Bemühungen um den Begriff der Verordnung oder um subjektive öffentliche Rechte immer noch eine Basis der Gegenwartsdogmatik bilden, während die soziologischen Teile seiner Staatslehre wohl schon durch die Beiträge seines Friends Max Weber überholt

---

<sup>194</sup> Vgl. auch die grundsätzlichen Überlegungen bei *W. Kahl*, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 18 ff.

<sup>195</sup> Für die aktuelle Diskussion dokumentiert bei *Lepsius*, Parlamentarismus (Fußn. 72), 127 ff.

<sup>196</sup> Vgl. oben III., 2, b).

<sup>197</sup> Vorsichtig optimistische Darstellung der dogmengeschichtlichen Hintergründe und des Gebrauchswerts dagegen bei *Wahl*, Aufgabenabhängigkeit (Fußn. 35), 180 ff. Dazu *Truee*, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), 12. Skeptischer *H. Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben (Fußn. 37), 11 (38 f.). Als wichtigste Beispiele vgl. oben bei Fußn. 129. Verwaltungsaufgaben oder –zwecke jenseits des positiven Rechts sind daher von vernunftrechtlichen Staatszwecken schwerlich zu unterscheiden. Zu deren Kritik: *Möllers*, Staat (Fußn. 32), S. 192213.

<sup>198</sup> Dazu für das Kaiserreich: *C. Schönberger*, Das Parlament im Anstaltsstaat, 1997. Für die Weimarer Republik: *H. Boldt*, Parlament und Parteien in der Weimarer Reichsverfassung, in: E. Kolb/W. Mühlhausen (Hrsg.), Demokratie in der Krise, 1997, 19.

<sup>199</sup> *C. Schönberger*, Der „Staat“ der Allgemeinen Staatslehre – Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich, in: O. Beaud/E. V. Heyen (Hrsg.), Eine deutschfranzösische rechtswissenschaft?, 111.

<sup>200</sup> Vgl. oben in Fußn. 197 a.E.

waren<sup>201</sup>. Es zeigt sich ähnlich deutlich für die Geschichte der Verwaltungslehre, die gleichfalls schon zu Beginn des letzten Jahrhunderts totgesagt wurde<sup>202</sup> und – folgt man den Untersuchungen von Michael Stolleis – ihre letzte Blüte im Nationalsozialismus erlebte<sup>203</sup>.

Neuere Untersuchungen beschränken sich allerdings nicht selten darauf, die „monarchistischen“<sup>204</sup> Ursprünge bestimmter verwaltungsrechtlicher Figuren zum Anlaß zu nehmen, diese für obsolet zu erklären: so das Verwaltungsermessen<sup>205</sup>, die Bestandskraft des Verwaltungsakts<sup>206</sup> oder – auch

<sup>201</sup> So der Befund der Analyse bei *S. Breuer*, Georg Jellinek und Max Weber, 1999, S. 14 ff. Zur Aktualität Jellineks mit ganz unterschiedlicher Akzentsetzung die große Untersuchung von *J. Kersten*, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, 178 ff., 303 ff., 341 ff. und *C. Möllers*, Skizzen zur Aktualität Georg Jellineks, in *S. Paulson/ M. Schulte* (Hrsg.), Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk, 2000, 155. Zum parallelen staatstheoretischen Wiederholungszwang in der deutschen Soziologie: *P. Nolte*, Die Ordnung der deutschen Gesellschaft, 2000, S. 257 f.

<sup>202</sup> *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. II, 1992, S. 419 f.

<sup>203</sup> *M. Stolleis*, Die „Wiederbelebung der Verwaltungslehre“ im Nationalsozialismus, in: *Recht im Unrecht*, 1994, 171 (174 ff.); *ders.*, Verwaltschaftswissenschaft und Verwaltungslehre 1866/1944, *Die Verwaltung* 15 (1982), 42 (69 ff.). Das bei *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaften* (Fußn. 25), S. 42 f. skizzierte Programm der Integration normativer und deskriptiver Fragestellung ist insoweit keineswegs neu oder von der alten Verwaltungslehre abzugrenzen., die sich nach dem Zerfall des staatsrechtlichen Willenspositivismus genau darum stets bemüht hat, während die strikte methodische Trennung der Fragestellungen, wie bei *Luhmann*, *Verwaltungswissenschaften* (Fußn. 133), S. 21 f. stets die Ausnahme blieb. Vgl. als Beispiele aus der Nachkriegszeit nur *Nass*, *Verwaltungsreform* (Fußn. 12), S. 111 ff.; *E. Becker*, *Stand und Aufgaben der Verwaltungswissenschaft*, *FS Giese*, 1953, 9 (19 ff.). Sowie *Wagener*, *Neubau* (Fußn. 6), S. 11 ff.; *Bachof*, *VVDStRL* 30 (1971), 217f.; *K. Stern*, *Verwaltungslehre – Notwendigkeit und Aufgabe im heutigen Sozialstaat*, *GS Peters*, 219 (230): „Verwaltungswissenschaft ist Integrationswissenschaft“. Die Unterschiede zur Verwaltungslehre bleiben rein terminologisch: *W. Thieme*, *Verwaltungslehre*, 4. Aufl. 1984, S. 6 ff.; *U. Battis*, *Juristische Verwaltungslehre*, *Die Verwaltung* 8 (1975), 413; *T. Oppermann*, *Öffentliches Recht, Staatswissenschaften und Sozialwissenschaften*, *JZ* 1967, 721; *R. Pitschas*, *Verwaltungslehre für Juristen*, *DÖV* 1975, 473; *R. Schnur*, *Zur Entwicklung der Verwaltungslehre in der BRD*, *Jur. Bl.* 1972, 305. Skeptisch: *E. Forsthoff*, *Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre*, in: *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, 129.

<sup>204</sup> Seinerseits kein neues Thema: *A. Merkl*, Die monarchistische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre (1920), in: *Gesammelte Schriften* I/2, 1995, 3.

<sup>205</sup> *U. HeldDaab*, *Das freie Ermessen*, 1996, S. 234 ff.

<sup>206</sup> *Schmidde Caluwe*, *Der Verwaltungsakt* (Fußn. 34), S. 269 ff. Vgl. dagegen die differenzierten Beiträge in Fußn. 24.



für das Verwaltungsrecht von Bedeutung – die Rechtspersönlichkeit des Staats<sup>207</sup>. Doch besteht die besondere Schwierigkeit solcher dogmatischer Historisierungen darin, daß die *reductio ad historiam* nicht notwendig eine *reductio ad absurdum* darstellt: Öffentlich-rechtliche Institute können einen Funktionswandel<sup>208</sup> erleben, der ihre Brauchbarkeit auch bei einem verfassungsrechtlichen Systemwechsel bewahrt. Historisierung als solche genügt nicht, sie bedarf einer Übersetzung der historischen Befunde in die Gegenwart<sup>209</sup>.

Hieran kann eine zweite Form der Historisierung anknüpfen: die Beschäftigung mit der *Rechtsgeschichte hoheitlicher Institutionen*. Auch die aktuelle Bedeutung dieser Frage läßt sich leicht dokumentieren. Viele der vorgenommenen Diagnosen zum Ende der Staatlichkeit, zur Überwölbung des Rechts durch selbstregulative Standards oder zur Krise der Verwaltung in einer „zunehmend komplexen“ Gesellschaft beziehen sich auf einen vergangenen Zustand ungeschmälerter Staatlichkeit, den man seinerseits erst einmal historisch auffinden müßte. Ob sich die Probleme, die sich beispielsweise der winzigen Bürokratie der Bismarckschen Reichsleitung im frühen Kaiserreich stellten, tatsächlich weniger komplex waren<sup>210</sup>, darf bezweifelt werden. Die

---

<sup>207</sup> H. Uhlenbrock, Der Staat als juristische Person, 2000, S. 164 ff. Diese Tendenz schon mit dem Anspruch auf „Wirklichkeit“ bei E. W. Böckenförde, Organ, Organisation und juristische Person, in: FS H. J. Wolff, 1973, 269. Zur praktischen Brauchbarkeit der Rechtspersönlichkeit dagegen W. Krebs, Verwaltungsorganisation, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, § 69, Rn. 24. Zu ihrer Integrierbarkeit in ein demokratisches öffentliches Recht: R. Thoma, Der Begriff der modernen Demokratie in seinem Verhältnis zum Staatsbegriff, in: Erinnerungsgabe Max Weber, 1923, 37 (56 f.).

<sup>208</sup> Methodisch erinnert das Vorgehen an die Parlamentskritik Schmitts, die die Institution einer bestimmten historischen Geburtsstunde zuweist, um dann ihren Funktionsverlust zu behaupten. So schon R. Thoma, Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur ASSP 53 (1925), 212 gegen Schmitt.

<sup>209</sup> Ein wichtiges Beispiel für eine solche Übersetzung ist nach wie vor: D. Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 74 ff.

<sup>210</sup> R. Morsey, Die Erfüllung von Aufgaben des Norddeutschen Bundes und des Reiches durch Behörden des Bundes und des Reiches, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh, Verwaltungsgeschichte (Fußn. 47), 138 (147 ff.).

schon vor zur letzten Jahrhundertwende geläufige Tragödie von Ende des Staats<sup>211</sup> wiederholt sich in der Diskussion als postmoderne Farce. Nicht wenig spricht schließlich auch dafür, daß die Geschichte der Globalisierung und Internationalisierung der Rechtsordnung weit vor dem 19. Jahrhundert beginnt und allenfalls durch die Zeit zwischen Erstem Weltkrieg und Ende des kalten Kriegs unterbrochen wurde<sup>212</sup>. Ähnliches dürfte sich für die vermeintlich so neuen Selbstregulierungsphänomene zeigen lassen.

Darum – drittens – ist der geschichtsphilosophische Duktus der aktuellen Diskussion<sup>213</sup> vielleicht am besten durch die Einbettung der aktuellen Verwaltungsrechtstheorie in einen *ideengeschichtlichen* Rahmen zu verstehen. Es liegt nahe, daß viele der verwendeten Kategorien aus dem Begriffsfundus der deutschen Philosophie des 19. Jahrhunderts, namentlich des deutschen Idealismus kommen<sup>214</sup>. Während die deutsche politische Theorie in den letzten beiden Jahrhunderten – anders als bei Montesquieu, den Federalists oder Tocqueville – wenig bis kein Interesse an institutionellen oder organisatorischen Fragen hatte, so scheinen bis in die Gegenwart Argumente aus dem typischeren Fundus der deutschen Subjektphilosophie geläufig.

Dies erklärt zum einen die Vorliebe für geschichtsphilosophische Argumentationsmuster<sup>215</sup>, wie sie in der politischen Theorie von Hegel über Marx namentlich durch Georg Jellinek und Carl Schmitt<sup>216</sup> in die Staatsrechtslehre eingeführt wurden. Dies zeigt sich aber auch an der Verwendung im engeren Sinne subjekttheoretischer Figuren, die man immer da

<sup>211</sup> Zur Geschichte dieses Topos vgl. oben bei Fußn. 51.

<sup>212</sup> F. W. Scharpf, *Regieren in Europa*, 1999, S. 12.

<sup>213</sup> Dazu oben II., 2.

<sup>214</sup> K. Löwith, *Weltgeschichte und Heilsgeschehen*, 7. Aufl. 1989, S. 55 ff. J. Taubes, *Abendländische Eschatologie* (1947), 1991, S. 125 ff.

<sup>215</sup> Vgl. oben II., 2.

<sup>216</sup> Zu Schmitt: R. Mehring, *Pathetisches Denken – Carl Schmitts Denken am Leitfaden Hegels*, 1989, S. 167 ff.; zur Jellinek-Rezeption Kants in der Selbstverpflichtungslehre: Kersten: Jellinek (Fußn. 201), S. 416 f.

vermuten kann, wo das reflexive Präfix „Selbst“ im Spiel ist<sup>217</sup>. Ähnliches ließe sich für die frühromantische Figur der Reflexion und ihrer Anwendung im „reflexiven Recht“ nachweisen<sup>218</sup>. Probleme kurzer bis mittlerer Reichweite – und solcherart sind juristische Probleme – werden dadurch verbegrifflicht, entdifferenziert und fundamentalisiert. Eine Historisierung solcher Argumentationsfiguren könnte einmal dazu beitragen, diese aus unbewußten Traditionszusammenhängen zu befreien, und dem wirklich Neuen des aktuellen Verwaltungsrechts diese Ehre auch mit Grund zu verleihen. Sie würde zum anderen den Anschluß an andere Traditionen westlichen Verfassungsrechts erleichtern, denen dank demokratietheoretischer Traditionen die strikte Trennung von öffentlicher Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte nicht bekannt ist. „Nur wer seine Traditionen kennt, ist in der Lage die positiven Leistungen des Rechts zu würdigen, aber auch die Ketten einer überkommenen Dogmatik und Rechtskultur wahrzunehmen und diese neu zu schmieden.“<sup>219</sup>

## b) Rechtsvergleichung

Eine andere Form von Kontextbildung ist in den letzten Jahren verstärkt auch die verwaltungsrechtliche Diskussion geraten: die strukturelle Rechtsvergleichung<sup>220</sup>. Strukturelle Kontexte verwaltungsrechtlicher Institute

<sup>217</sup> Zu den Schwierigkeiten des Konzepts der Selbststeuerung: *Mayntz*, JbStVWiss 1 (1987), 94.

<sup>218</sup> Näher *Möllers*, ARSP Beiheft 79 (2001), 41. Vgl. auch die Andeutung bei *U. Di Fabio*, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft – Grenzgänger zwischen Freiheit und Zwang, in: *M. Kloepfer* (Hrsg.), Selbstbeherrschung im technischen und ökologischen Bereich, 1998, 119 (119), der auf die Parallele zwischen Selbstregulierung und Bürgertugenden hinweist.

<sup>219</sup> *T. Würtenberger*, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 (1999), 139 (148).

<sup>220</sup> Aus der aktuellen Diskussion im öffentlichen Recht umfassend *G. Trantas*, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts, 1998, 31 ff., 63 ff. Zur Vorgeschichte *M. Stolleis*, Nationalität und Internationalität: Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht des 19. Jahrhunderts, in: Akademie der

ergeben sich aus der Untersuchung anderer Rechtssysteme, auch wenn man nicht jede Form von Rechtsvergleichung hierunter fassen können wird. Die reine Beschreibung eines anderen Rechtszustands – dies ist im Prinzip schon lange bekannt<sup>221</sup> – liefert für die eigenen Fragestellungen keine weiterführenden Erkenntnisse, und kann nicht eigentlich als Rechtsvergleichung bezeichnet werden. Dies gilt auch für die verwaltungsrechtliche Diskussion, die rechtsvergleichende Untersuchungen erst spät wiederentdeckte.

Im Kontext jeder Reformdiskussion des Verwaltungsrechts ist die Untersuchung struktureller Kontexte durch Rechtsvergleichung besonders davon bedroht, bestimmte Elemente anderer Rechtsordnungen zu übernehmen, ohne den staatsorganisatorischen und kulturellen Zusammenhang, aus dem heraus sie entstanden sind, also ohne die Probleme, als deren Lösung sie gedacht waren, mitzureflekieren. Eine problemgerechte Tiefenschärfe solcher Strukturvergleiche wurde vielleicht erst durch die Europäische Prägung der nationalen Verwaltungsrechtsordnungen möglich, der es auch zu verdanken sein dürfte, daß problembezogene Vergleichsuntersuchungen vorliegen, die eben wirklich einen Vergleich vornehmen, und anhand des Vergleichs auch die im Zusammenhang der vorliegenden Überlegungen so wichtige Frage nach den Maßstäben für die Bewertung bestimmter Verwaltungsarrangements aufwerfen<sup>222</sup>. Zugleich zeigen

---

Wissenschaften und der Literatur Mainz, Abhandlungen der geistes und sozialwissenschaftlichen Klasse 1998, Nr. 4, 18 ff. Vgl. auch *H. Bülck*, Zur Dogmengeschichte des europäischen Verwaltungsrechts, FS Kraus, 1964, 29, A. *Grof*, Grundfragen des internationalen Verwaltungsrechts am Beispiel des Umweltrechts, in: R. Mellinghoff/H.H. Trute (Hrsg.), Die Leistungsfähigkeit des Rechts, 1988, 303; C. *Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, 1021; *H. Strebel*, Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht, ZaöRV (1964), 404; *K. Vogel*, Administrative Law, International Aspects, Encyclopaedia of Public International Law, Inst. 9, 2.

<sup>221</sup> *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. 1996, S. 31 ff.; *Trantas*, Rechtsvergleichung (Fußn. 220), S. 43.

<sup>222</sup> Als Beispiele, die auch die Bildung von vergleichbarkeits und Beurteilungskriterien ausdrücklich mitbedenken seien genannt: *A. v. Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 1999, S. 261 ff.; *D. FischerAppelt*, Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, 1999, S. 184ff., 368 ff., 459 ff.; *C. Giebel*, Vereinbarungen als Instrument des Umweltschutzes, 2001, S. 261 ff.; *K. Gogos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten als Adressaten staatlicher Sonderbindung, 1997, S. 331 ff.; *M. Holoubek*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL

die Diskussion im Verwaltungsrecht der Gemeinschaft durchaus Parallelen zur deutschen Reformdiskussion<sup>223</sup>, die die Möglichkeit geben, den eigenen Diskussionsstand auf Verständlichkeit für andere Rechtskulturen hin zu überprüfen.

### c) Interessenanalyse

Ein weitgehend vernachlässigter Kontext des Verwaltungsrechts betrifft die Interessenstrukturen, die hinter verschiedenen Regulierungsformen stehen. Dieser Gesichtspunkt stand ganz am Anfang der eigentlichen Reformdiskussion<sup>224</sup>, geriet aber bald weitgehend in Vergessenheit. Die Untersuchung dieser Konstellationen, wie sie in den Gesetzgebungsmaterialien dokumentiert sind<sup>225</sup>, ermöglichen es aber, neue verwaltungsrechtliche Institute nicht als unabwendbare Emanationen eines vermeintlich notwendigen Modernisierungsprozesses zu überhöhen, oder als Verfallsererscheinungen zurückzuweisen, sondern als alternativenbezogene Auflösung konfligierender

---

60 (2001); *C. Ladenburger*, Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht, 1999, S. 290 ff., 383 ff., *H. Pünder*, Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, 1995, S. 88 ff., 202 ff., 232 ff. Eine Kritik kooperativer Verwaltungsstrukturen aufgrund sozialistischer Erfahrungen bei *I. Lipowicz*, Verwaltung und Verwaltungsrecht im kooperativen Rechtsstaat, in: *H. Bauer u.a.* (Hrsg.), *Ius Publicum im Umbruch*, 2000, 121.

<sup>223</sup> Beispielhaft sind: *C. Harlow*, European Administrative Law and the Global Challenge, in: *P. Craig/G. de Búrca* (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 1999, 261 (263 ff., 273 ff.); *M. Everson*, Administering Europe?, *Journal of Common Market Studies* 36 (1998), 195 (200 ff.).

<sup>224</sup> *E. Schmidt-Aßmann*, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: *Grundfragen* (Fußn. 4), 11 (37 ff.). Eingehend: *ders.*, *Ordnungsidee* (Fußn. 19), 3/45 ff.; *Trute*, DVBl. 1996, 961 f.

<sup>225</sup> Zum wieder wachsenden Interesse an subjektiven Auslegungsmethoden im Verfassungsrecht *H.P. Schneider*, Der Wille des Verfassungsgebers. Zur Bedeutung genetischer und historischer Argumente im Verfassungsrecht. FS Stern, 1997, 903 (915 ff.); *O. Depenheuer*, Der Wortlaut als Grenze, 1988, S. 53 ff.

Interessen zu verstehen<sup>226</sup>. Man kann diese Form der Kontextbildung als Untersuchung des *politischen* Kontextes einer Regelung verstehen, ohne daß mit dieser Bezeichnung Parteipolitik gemeint wäre. Vielmehr geht es darum, daß alle Ausgestaltungen des Verwaltungsrechts Interessen strukturieren und bestimmte Interessen privilegieren müssen, ohne daß dieser Umstand in der Diskussion immer angemessen berücksichtigt würde. Die Kenntnis solcher Interessen vermittelt aber zugleich etwas von der „Wirklichkeit“ der Regelung, denn die Frage, wer eine Regelung will und wer nicht, gibt handfeste Hinweise auf die Vorstellungen, die sich Adressaten von ihrer Wirkung machen. Für das Verständnis neuer Regulierungsformen im Umwelt<sup>227</sup> oder im Wirtschaftsverwaltungsrecht<sup>228</sup> dürfte diese Frage nicht zu unterschätzen sein. Die britische Provenienz des integrierten Umweltschutzes<sup>229</sup> oder der politische Kontext der als Referenzregulierung sehr einflußreichen Abwasserprivatisierung<sup>230</sup>, aber auch die Frage, warum der Topos des Nachbarschutzes in der Baurechtsdogmatik auch nach der Relativierung des Genehmigungserfordernisses

---

<sup>226</sup> P. Lerche, Vorbereitung grundrechtlichen Ausgleichs durch gesetzgeberisches Verfahren, in: P. Lerche/W. Schmitt Glaeser/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verfahren als staats und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, 97 (118 ff.).

<sup>227</sup> Zu Interessenasymmetrien im Umweltrecht etwa G. Lübke-Wolff, Das Umweltauditgesetz, NuR 1996, 217, (219 ff.), zustimmend Trute, DVBl. 1996, 963 in Anm. 148.

<sup>228</sup> Vgl. für den Telekommunikationssektor L. Gramlich, Entwicklungen der staatlichen Wirtschaftsaufsicht, VerwArch. 88 (1997), 598 (613 ff.); Oertel, Regulierungsbehörde (Fußn. 81), S. 120 ff.

<sup>229</sup> E. Bohne, Langfristige Entwicklungstendenzen im Umwelt und Technikrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Strukturen (Fußn. 4), 217 (220 ff.); J. Masing, Kritik des integrierten Umweltschutzes, DVBl. 1998, 549 (553 ff.). Grundsätzlich zum britischen Regelungskontext: A. Héritier/S. Mingers/C. Knill/M. Becka, Die Veränderung von Staatlichkeit in Europa, 1994, S. 103 ff. Ähnlich zur UVP: Trantas, Rechtsvergleichung (Fußn. 220), S. 29 f.

<sup>230</sup> Vgl. die Analyse der Motive des Niedersächsischen Gesetzgebers bei F. Schoch, Privatisierung der Abfallentsorgung, 1992, S. 61 ff.

immer noch eine so große und praktisch bedeutsame<sup>231</sup> Rolle spielt, würden solche Fragen darstellen.

#### d) Referenzgebiete

Zur verwaltungsrechtlichen Systembildung gehört die Frage, welche Teile der Rechtsordnung als für diese Rechtsordnung repräsentativ verstanden werden sollten. In diesem Problem verbinden sich Fragen der wissenschaftlichen Systematik mit solchen der richtigen rechtswissenschaftlichen Ausbildung<sup>232</sup>. Es läßt sich – wie hier vorgeschlagen – als ein solches von Kontext und Vergleich reformulieren. Zu vergleichen sind verschiedene Sonderverwaltungsrechte mit Blick auf die Verallgemeinerbarkeit oder „Repräsentativität“<sup>233</sup> ihrer Strukturen<sup>234</sup>, um den Anspruch des Allgemeinen Verwaltungsrechts auf Allgemeinheit zu rechtfertigen<sup>235</sup>.

Das so formulierte wissenschaftliche Konzept wurde als Suche nach einschlägigen Referenzgebieten<sup>236</sup> des Allgemeinen Verwaltungsrechts von *Schmidt-Aßmann* entwickelt und in vielen Beiträgen der aktuellen Diskussion angewendet, es erscheint aber noch lange nicht ausgereizt. Für die wissenschaftliche Diskussion stellt es insbesondere ein hilfreiches Mittel dar, um

<sup>231</sup> Zur Herabsetzung der ansonsten für ausreichend gehaltenen Zulässigkeitsstandards in § 123 VwGO für den klagenden Baunachbarn vgl. schon VGH Mannheim, Beschl. v. 26. 10. 1994 – 8S 2763/94 –, BauR 1995, 219 (220f.). Zur dogmatischen Kritik an dieser Tendenz: *S. Oeter*, Baurechtsvereinbarung (sic!), Drittschutz und das Erfordernis wirksamen Rechtsschutzes, DVBl. 1999, 189 (191 ff.).

<sup>232</sup> Zu diesem Zusammenhang *SchulzeFielietz*, Die Verwaltung 27 (1994), 291.

<sup>233</sup> So *Wahl*, Aufgabenabhängigkeit (Fußn. 35), 211.

<sup>234</sup> Umfassender Überblick bei *Lepsius*, Besitz (Fußn. 153), Einleitung, I. d).

<sup>235</sup> *T. Groß*, Die Beziehungen zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, in: *Trute*, Wissenschaft (Fußn. 2), 57 (70 ff.).

<sup>236</sup> Zunächst entwickelt bei *E. Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverträge im Städtebaurecht, FS Gelzer, 1991, 117 (117, 129); *ders.*, Die Verwaltung 27 (1994), 148 ff., sowie zur Realisierung die Beiträge in *Die Verwaltung* 27 (1994), Heft 3.

wissenschaftliche Streitfragen konkret und doch potentiell verallgemeinerbar zu halten. An der Frage, ob man das klassische Ordnungsrecht als Referenzgebiet beibehalten oder ob es einen umweltrechtlichen Regulierungstechniken überführt werden sollte<sup>237</sup>, lassen sich bereits Grundlinien einer solchen Diskussion nachweisen. Wichtig bleiben auch entsprechende Vergleichsperspektiven zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht<sup>238</sup>, zwischen kodifiziertem und nicht kodifiziertem Allgemeinen Verwaltungsrecht<sup>239</sup> und zwischen einfachgesetzlichem Recht und Verfassungsrecht<sup>240</sup>. Letztendliches Ziel der Untersuchung von Referenzgebieten könnte schließlich die Entwicklung verschiedener miteinander konkurrierender wissenschaftlicher Entwürfe eines Allgemeinen Verwaltungsrechts sein<sup>241</sup>. Für den vorliegenden Zusammenhang bleibt festzuhalten, daß das Konzept der Referenzgebiete eine auf die positive Rechtsordnung bezogene aber über Rechtsdogmatik hinausgehende Form der wissenschaftlichen Behandlung des Verwaltungsrechts darstellt.

## e) Falllösung

Die Arbeit mit Fällen und der Zwang, Entscheidungen zu treffen, ist vielleicht das größte methodische Privileg der Rechtswissenschaften<sup>242</sup>. Es markiert zugleich die Grenzen einer rechtswissenschaftlichen Theoriebildung, die bei

<sup>237</sup> Vgl. mit unterschiedlichen Tendenzen: *M. Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001; *H.H. Trute*, Die Erosion des klassischen Polizeirechts durch polizeiliche Informationsvorsorge, GS Jeand'Heur, 1999, 403; *Lepsius*, Besitz (Fußn. 153).

<sup>238</sup> Eine Theorie und Dogmatik verbindende Analyse bei *H.H. Trute*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht – anhand ausgewählter Beispiele, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Auffangordnungen (Fußn. 4), 167. Zur Theorie auch *Zumbansen*, Ordnungsmuster (Fußn. 38), S. 241 ff.

<sup>239</sup> *R. Mußgnug*, FS Uni Heidelberg, 1986, 203; *Röhl*, Vertragsstrukturen, § 11.

<sup>240</sup> *G. F. Schuppert/C. Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 39 ff.

<sup>241</sup> Vgl. bereits *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee.



einer Reduktion auf Fälle daran scheitert, sich auf reflektierte Weise vom jeweils konkreten Einzelproblem zu lösen, die aber bei einem Verzicht auf Fälle immer davon bedroht ist, mit Begriffswelten zu arbeiten, die weder für das Rechtssystem<sup>243</sup> noch für andere Wissenschaften von irgendeiner Bedeutung sind. So muß der Umgang mit Fällen nicht notwendig in einen auch für das deutsche öffentliche Recht mit Grund beklagten Gerichtspositivismus<sup>244</sup> führen. Vielmehr lassen sich auch anspruchsvolle theoretische Probleme anhand von Fällen darstellen, ja überhaupt erst erkennen<sup>245</sup>. Auffällig ist jedoch, daß die fallbezogene Untersuchung theoretischer Probleme in der aktuellen verwaltungsrechtlichen Diskussion – anders als in der verfassungsrechtlichen<sup>246</sup> – eine relativ geringe Rolle spielt und nicht selten gegen eine Orientierung an der „Verwaltungspraxis“ ausgespielt wird<sup>247</sup>.

---

<sup>242</sup> J. Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, S. 331 f., 598 f.

<sup>243</sup> Zur Gerichtszentriertheit des Rechtssystems: Luhmann, *Recht* (Fußn. 17), 297 ff. Damit ist nicht ausgesagt, daß nicht auch andere Gwalten Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchung sein können, aber eben doch, daß das gerichtliche Verfahren der institutionelle Ort der weitestgehenden Verrechtlichung ist.

<sup>244</sup> B. Schlink, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989), 161.

<sup>245</sup> Aus der amerikanischen Literatur seien hier nur zwei Beispiele genannt, denen weder mangelndes theoretisches Niveau noch fehlende Anschaulichkeit vorgeworfen werden dürfte: R. Dworkin, *Law's Empire*, 1986, S. 2023 (zu *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 U.S. 153 (1978).) und die Fallanalysen in S. Fish, *The Law has to have a formal existence*, in: *There is no such thing as free speech*, 1994, 141.

<sup>246</sup> Beispiele zur Theorie der Grundrechte: BVerfG U. v. 16. 5. 1995 – 1 BvR 1087/91 – E 93, 1 und die Beiträge in W. Brugger/S. Huster (Hrsg.), *Der Streit um das Kreuz in der Schule*, 1998, sowie U. R. Haltern, *Kommunitarismus und Grundgesetz*, *KritV* 2000, 153. Zum Vorrang der Verfassung: BayVerfGH, *Entsch. v. 17. 9. 1999 – Vf. 12VIII.98 u.a.* = *DÖV* 2000, 28 dazu einerseits J. Isensee, *Verfassungsreferendum mit einfacher Mehrheit*, 1999; H.D. Horn, *Die Bayerische Verfassung, der Senat und der Volksentscheid*, *BayVBl.* 1999, 430 andererseits: H. Dreier, *Landesverfassungsänderung durch quorenlosen Volksentscheid*, *BayVBl.* 1999, 513; J. Lege, *Verfassungsänderung oder Verfassungsinterpretation?*, *DÖV* 2000, 283.

<sup>247</sup> Für viele Bauer, *Anpassungsflexibilität* (Fußn. 137), 249; Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee* (Fußn. 19), 1/15; ders., *Die Verwaltung* 27 (1994), 149 f.; Voßkuhle, *VerwArch.* 92 (2001), 568. Vgl. auch K. König, *Diskussionsbeitrag*, *VVDStRL* 30 (1971), 331.

Immerhin stellen Urteile eine ausgearbeitete, durch Zulässigkeitsregelungen und Instanzenzüge institutionell intensiv aufbereitete Form der Darstellung von Rechtsproblemen dar<sup>248</sup>. Ähnliche Darstellungsformen fehlen aber für die Beschreibung der Verwaltungspraxis und damit auch für das sachliche Substrat des in diesem Zusammenhang postulierten Wechsels von der Rechtsschutz zur Steuerungsperspektive<sup>249</sup>. Praktisch deutlich wird dieser Zusammenhang an der Entdeckung eines neuen Rechtsgebiets: des Vergaberechts, das eben erst in dem Augenblick für die Verwaltungsrechtswissenschaft wirklich relevant wurde, als es als Außenrecht auch gerichtlich überprüfbar wurde<sup>250</sup>. Im Vergaberecht hat gerade umgekehrt die *Umstellung von der Steuerungs auf die Rechtsschutzperspektive* die Wissenschaft inspiriert – ähnliches dürfte für die Internationalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts gelten.

Wie im Verfassungsrecht bedarf es im Verwaltungsrecht der verstärkten Vermittlung von grundsätzlichen Problemen und Fallmaterial – einer Vermittlung, die es ermöglichen würde, die praktische Bedeutung verschiedener theoretischer Beschreibungsmuster zu veranschaulichen, so wie das Fehlen von Fallmaterial zu einem bestimmten theoretischen Problem zu einer verschärften Kontrolle des wissenschaftlichen Erkenntnisinteresses führen könnte<sup>251</sup>.

An Beispielen für Vermittlungsmöglichkeiten fehlt es nicht. So ließe sich an der Frage der polizeirechtlichen Haftung insolventer Störer das Verhältnis von

---

<sup>248</sup> Vgl. E. Schmidt-Aßmann, Der Beitrag der Gerichte zur verwaltungsgerichtlichen Symbildung, VBIBW 1988, 381 (384 ff.).

<sup>249</sup> Grundlegend Hoffmann-Riem, AöR 115 (1990), 404 f.; G. F. Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Grundfragen (Fußn. 4), 65; P. M. Huber, Die entfesselte Verwaltung, StWStP 8 (1997), 423 (424)

<sup>250</sup> Entsprechende Beobachtung bei J. Pietzcker, Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR 162 (1998), 427 (431). Im übrigen läßt sich die nun erfolgte Verrechtlichung des Vergaberechts auch als nachträgliche Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Überlegung in Jesch, Gesetz (Fußn. 209), S. 204 f. verstehen.

<sup>251</sup> Vgl. etwa R. Pitschas, Das Informationsverwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Die Verwaltung 33 (2000), 111, dessen Fallmaterial sich ohne weiteres auch ohne die Entwicklung eines neuen Rechtsgebiets rekonstruieren ließe.

öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Regelungsregimen – und damit vielleicht von konfligierenden Regelungsregimen überhaupt aufrollen<sup>252</sup>. Das Problem vergabefremder Zwecke wirft die potentiellen Allumfassendheit wirtschaftsbezogener Regelungsgegenstände auf<sup>253</sup>, die keine Repräsentation wirtschaftsfremder Rationalität mehr kennen. Die Einführung verdachtloser Polizeikontrollen veranschaulicht den Zusammenstoß von Risikoregulierung und überlieferter Grundrechtsdogmatik<sup>254</sup>, aber auch die Notwendigkeit, die Rationalitäts- und Kontrollpotentiale polizeilichen Handelns durch untergesetzliche Normen zu erhöhen. Die Arbeit am Fall ist kein Gegenpol zu einer theoriegeleiteten Verwaltungsrechtswissenschaft, sondern rechtfertigt in vielen Fällen erst den investierten begrifflichen Aufwand.

### 3. Verwaltung und Verwaltungsrecht

Die Kenntnis des positiven Verwaltungsrechts umfaßt mehr als die Fähigkeit, Fälle zu lösen und Gutachten zu erstellen. Sie begründet ein spezifisches Wissen um die Praxis hoheitlicher Institutionen und liefert einen Beschreibungsrahmen, von dem aus eben auch abweichende Handlungsformen erfaßt werden können. Dies impliziert, daß Normen ebenso wie Gerichtsurteile realitätserzeugende Konstrukte von – wie stets – nur relativem, aber doch beträchtlichen Beschreibungswert sind<sup>255</sup>. Warum das Studium der Gesetzblätter einen weniger

<sup>252</sup> Vgl. oben Fußn. 122.

<sup>253</sup> EuGHE 1988, 4635 (Tz. 28 ff.); 2000, I7445 (Tz. 47 ff.). Zur reinen rechtsdogmatischen Frage im deutschen Vergaberecht: *M. Heintzen*, Vergabefremde Ziele im Vergaberecht, ZHR 165 (2001), 62.

<sup>254</sup> LVerfG MV, u. v. 21. 10. 1999, DVBl. 2000, 262. Dazu *B. Kastner*, Verdachtsunabhängige Personenkontrollen im Lichte des Verfassungsrechts, VerwArch. 92 (2001), 216 (247 ff.).

<sup>255</sup> Vgl. entsprechende neuere Überlegungen bei *J. G. March/M. Schulz/X. Zhou*, The Dynamics of Rules, 2000, S. 186 ff. („rules as carriers of knowledge“); *Lepsius*,

realistischen Beschreibungswert haben soll, als das Studium der Theorie sozialer Systeme, ist unklar. Durch Gesetz und Urteil geschaffene Beschreibungen sind als Wirklichkeitsrekonstruktion aus eigenem Wert anzuerkennen, die aufgrund ihrer institutionellen Kanalisierung in aufwendigen Verfahren und ihres sehr konkreten Problembezuges einen hohen Beschreibungswert haben. Probleme des Verwaltungsrechts „gibt“ es eben nicht vor dem Recht, sondern sie werden durch die Rechtssetzung definiert. Gesetz und Urteil sind auch als wissenschaftliche Beschreibungsangebote dessen, was „Verwaltung“ auszeichnet, schon deshalb der „Verwaltungspraxis“ nicht unterlegen, weil zumeist unklar ist, was mit Verwaltungspraxis gemeint ist. Als bloßes Abstraktum stellt „Verwaltungspraxis“ keinen praktischen, sondern einen kryptotheoretischen Begriff dar, der als Platzhalter für die Ungewißheit der Vollzugsbedingungen verwendet werden kann<sup>256</sup>, dessen Anspruch auf Realismus aber methodisch schwer einzulösen ist. Das bedeutet im Umkehrschluß nicht, daß Normen des Verwaltungsrechts als realisiert oder vollzogen verstanden werden müssen, und auch nicht, daß nur diejenigen Fragen verwaltungsrechtlich von Interesse sind, die vor ein Verwaltungsgericht kommen. Aber es dokumentiert, daß Normen und Urteile einer anspruchsvolleren Beschreibung bedürfen als der schlichten Unterscheidung zwischen bloß fiktiver Regelung und „wirklicher“ Praxis<sup>257</sup>. Auch Normen des Verwaltungsrechts erzeugen vermutlich seltener als erwünscht Handlungen, doch sie verändern in jedem Fall deren Bedeutung.

---

Parlamentarismus („Gesetz als erkenntnisleitender Konsens“); *C. Möllers*, Philosophie – Recht – Kultur, in: D. Rustemeyer (Hrsg.), *Symbolische Welten*, 2001, 115 (135 ff.).

<sup>256</sup> *Rossen*, *Vollzug* (Fußn. 96), S. 284: „dunkle Seite“.

<sup>257</sup> „Gesucht ist eine Rechtsversagenstheorie mittlerer Reichweite mit eher pragmatischer Zielsetzung“ *Röhl*, *Befunde* (Fußn. 107), 418 im Anschluß an *R. Holtschneider*, *Normenflut und Rechtsversagen*, 1991.

<sup>258</sup> Anregungen hierfür könnten aus der neueren amerikanischen Diskussion zur Theorie hoheitlicher Regulierung kommen: *L. Lessig*, *The New Chicago School*, *The Journal of Legal Studies* 27 (1998), 661 (662 ff.); *C. R. Sunstein*, *On The Expressive Function of the Law*, *U of Chic. L. Rev* 144 (1996), 2021.

Für die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht erscheint es daher vielversprechender, „Wirklichkeitsverluste“ oder „Vollzugsdefizite“ als normative Dissonanzen zu verstehen, die sich dann ergeben, wenn bestimmte durch Normen konstruierte Strukturen sich nicht mehr mit anderen Regelungsstrukturen harmonisieren lassen. Auch solche Fragen mag man als Formen eines problematischen Wirklichkeitsbezugs etwa der Wirklichkeitskonstruktion des Gesetzgebers im Verhältnis zu derjenigen der tradierten Verfassungsauslegung verstehen. Augenscheinlich wird dies im Verhältnis von Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht<sup>259</sup>: So ist das Konzept der Selbstregulierung in seinem Verhältnis zur Reichweite der Grundrechtsgeltung nach Art. 19 Abs. 3 GG problematisch<sup>260</sup>. Hier geht es nicht um klassische Verfassungsverstöße, sondern um eine Veränderung des einfachgesetzlichen Substrats, an dem die verfassungsrechtliche Dogmatik abgeleitet. Ein solches durchaus „reales“ Problem ist aber – und darauf kommt es hier an – weder durch den Blick auf Nachbardisziplinen noch mit einem klassischen Falllösungsschema auch nur zu beschreiben, geschweige denn zu lösen.

Bei dieser binnendisziplinären Problemformulierung muß es nicht notwendig bleiben. Andere Disziplinen werden immer dann auf den Plan treten, wenn spezifische Voraussetzungen verwaltungsrechtlicher Probleme einer Überprüfung bedürfen<sup>261</sup>. Allerdings ist dabei zu bedenken, daß solche Rückfragen stets eher für Verunsicherung als für Rückversicherung sorgen werden. Um ein bereits angesprochenes Beispiel<sup>262</sup> aufzugreifen: die Voraussetzung, daß hierarchische Verwaltungen reibungslos funktionieren, ist durch die Organisationstheorie stark in Frage gestellt worden. Ob aber

<sup>259</sup> Möllers, *VerwArch.* 90 (1999), 197 f.

<sup>260</sup> Vgl. *Di Fabio*, *VVDStRL* 57 (1996), 255f.

<sup>261</sup> *W. MeyerHesemann*, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981, S. 156.

Alternativen nicht den gleichen Einwänden ausgesetzt sind, bleibt unklar. Nachbarwissenschaften mögen daher in vielen Fällen neue Frage anstoßen, für Antworten muß die Verwaltungsrechtswissenschaft aber selbst sorgen.

Wegen seiner im Vergleich zu anderen Rechtssystemen sehr großen Nähe zur positiven Rechtsordnung und wegen seines bemerkenswerten Einflusses auch auf die Rechtsprechung<sup>263</sup> pflegt das deutsche Verwaltungsrecht sich diesem Problem seit jeher auf zweierlei eng miteinander verwandte Weisen zu nähern: zum einen durch die Beibehaltung überholter theoretischer Grundlagen, zum anderen durch den Aufbau einer eigenen disziplinären Umwelt in Form von Verwaltungslehre oder Verwaltungswissenschaften<sup>264</sup>, die die Irritation durch Nachbardisziplinen gleich selbst übernimmt und damit in Grenzen hält. Zwei Alternativen könnten sich als vielversprechender erweisen. Auf der anderen Seite ist zu erkennen, daß sich die Verwaltungsrechtswissenschaft von kognitiven Voraussetzungen in vielen Fällen immunisieren kann und muß. Die rechtswissenschaftliche Ignoranz wäre insoweit als notwendige Funktionsbedingung in ihr Recht zu setzen<sup>265</sup>. Auf der anderen Seite sollten sich Anfragen auf Einzelprobleme beschränken und zwar immer in dem Bewußtsein, daß Disziplinen wie Soziologie oder Politikwissenschaft nur eingeschränkt als Ratgeber zu gebrauchen sind<sup>266</sup>, weil sie nur sehr eingeschränkt mit normativen Fragestellungen operieren.

---

<sup>262</sup> Vgl. oben III., 1.

<sup>263</sup> v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System (FuBn. 180), S. 48 ff.

<sup>264</sup> Der deutschen Sprache fehlt es an der Unterscheidung zwischen „disciplines“ und „studies, die die unterschiedlichen Anliegen von gegenstandsbezogenen Forschungen und wissenschaftlichen Disziplinen zum Ausdruck bringen kann: M. Garber, *Academic Instincts*, 2001, S. 77 f.

<sup>265</sup> Für das Verwaltungsrecht liegt ein so gut wie nicht zur Kenntnis genommene Ausarbeitung dieses Ansatzes schon lange vor: A. Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, S. 77 ff., 85 ff.

<sup>266</sup> Vgl. für das Zivilrecht K. F. Röhl, *Zur Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht*, GS Wenz (FuBn. 141), 39.

Will die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht aber mehr, will sie normative Antworten jenseits des Rechts, so werden auch nur normative Theorien jenseits des Rechts weiterhelfen: das bedeutet für die Verwaltungsrechtswissenschaft der Gegenwart die schwierige Notwendigkeit, sich mit der Vielfalt konfligierender Theorien demokratischer Repräsentation auseinanderzusetzen<sup>267</sup>. Dabei muß sie sich bewußt machen, welche Funktion Verwaltungsrechtswissenschaften in einem demokratischen System haben, in denen drohenden Realitätsverlusten des Verwaltungshandeln durch Gesetzgebung, Rechtsschutz und Öffentlichkeit institutionell begegnet werden kann, und in denen für die wissenschaftliche Entwicklung von Kategorien der Verwaltungsteleologie kein institutioneller Ort mehr vorhanden ist.

## V. Ergebnis

Die Untersuchung ergab einen höchst problematischen Befund mit Blick auf die die Unterstellung vermeintlich notwendiger historischer Entwicklungslinien (II.) und neuer Integrationsbegrifflichkeiten (III.) innerhalb der neueren verwaltungsrechtlichen Diskussion in Deutschland. Beide Vorgehensweisen sind erscheinen kaum als angemessene Mittel um das öffentliche Recht auf der Höhe seiner eigenen Gegenwart zu halten. Beide Methoden verarbeiten nämlich weniger aktuelle soziale Tendenzen oder nachbarwissenschaftliche Erkenntnisse, sondern vielmehr systematisch wenig abgesicherte Konstruktionen, die deutlich in der staats- und verwaltungswissenschaftlichen Tradition der Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts in Deutschland stehen. Typisch sind insbesondere die Furcht vor rechtlich Ungeregeltem, der ausgreifende Beschreibungsanspruch und die Tendenz, vermeintliche Empirie zu

---

<sup>267</sup> Vgl. für den angloamerikanischen Rechtskreis mit zahlreichen verwaltungsrechtlichen Bezügen *P. A. Craig*, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, 1990.

normativieren<sup>268</sup>. Dieses Vorgehen stellt auf verschiedenen Ebenen eine Grenzüberschreitung dar: Eine Überschreitung disziplinärer Grenzen ohne entsprechende fachliche Vorbereitung; eine Überschreitung der Temporalisierungsgrenzen des Rechts zur Zukunftsorientierung entgegen der Funktionsstruktur des Rechts und eine Überschreitung der Grenzen des Verwaltungsrechts zu einer Verrechtlichung der Gesamtheit der Verwaltungstätigkeit.

Diese Kritik an durchaus großen Teilen der aktuellen verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskussion in Deutschland läßt sich aber auch positiv wenden (IV.): Die in den letzten Jahrzehnten errungenen Einsichten der Verwaltungsrechtswissenschaft – das gewachsene Interesse für die verschiedensten Formen des Besonderen Verwaltungsrechts, der präziser werdende Blick auf vergleichsfähige Regelungsstrukturen im Privatrecht, aber auch in ausländischen Rechtsordnungen, die zunehmende Orientierung an Problemen des Verwaltungsorganisationsrechts – bedurften und bedürfen solcher kategorialer oder narrativer Unterfütterung nicht. Sie sind Ergebnis einer genuin rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Regelungsstrukturen. Sie lassen sich – in der hier vorgeschlagenen Rekonstruktion – als eine über die rein dogmatische Methode hinausweisende Entwicklung von Kontext und Vergleichsbildung verwaltungsrechtlicher Strukturen verstehen. Und sie lassen sich schließlich auch als ein Gewinn an Realität verstehen, denn Normen sind gerade für die Wirklichkeit der Verwaltung konstitutiv. Anders als vielfach vermutet ist es die Auflösung der Unterscheidung von Norm und Wirklichkeit, die verhindert, die Wirklichkeit der Normen, damit aber auch die Wirklichkeit der Verwaltung zu erkennen.

---

<sup>268</sup> Zu solchen spezifisch deutschen Denkfiguren: *H. Plessner*, Grenzen der Gemeinschaft (1924, in: Gesammelte Schriften V, 1981, 7 (21 ff.)) sowie die Bemerkungen bei *Nipperdey*, Deutsche Geschichte (Fußn. 46), S. 904; *W. Hennis*, Verfassung und Verfassungswirklichkeit: ein deutsches Problem, 1968, S. 6 ff.





# EUI WORKING PAPERS

EUI Working Papers are published and distributed by the  
European University Institute, Florence

Copies can be obtained free of charge  
- depending on the availability of stocks - from:

The Publications Officer  
European University Institute  
Badia Fiesolana  
I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)  
Italy

**Please use order form overleaf**

## Publications of the European University Institute

To The Publications Officer  
European University Institute  
Badia Fiesolana  
I-50016 San Domenico di Fiesole (FI) - Italy  
Fax: +39-055-4685 636  
e-mail: [publish@iue.it](mailto:publish@iue.it)  
<http://www.iue.it/>

From Name .....

Address .....

.....

.....

.....

.....

- Please send me a list of EUI Working Papers
- Please send me a list of EUI book publications
- Please send me the EUI brochure Academic Year 2002/2003

Please send me the following EUI Working Paper(s):

Dept, n°, author .....

*Title:* .....

Dept, n°, author .....

*Title:* .....

Dept, n°, author .....

*Title:* .....

Dept, n°, author .....

*Title:* .....

Date .....

Signature .....



# Working Papers in Law

Published since 2000

## LAW 2000/1

Agustín José MENÉNDEZ  
In Redistributive Taxation We Trust -  
Some Elements for a Democratic Theory  
of Tax Law

## LAW 2000/2

Y. KRAVARITOU/P. FITZPATRICK/  
E. PULCINI/ J. L. SCHROEDER/  
N. LACEY/ T. PITCH/M. VIRGILIO/  
L. FERRAJOLI  
Droit et Amour en Europe: relations  
complexes  
Love and Law in Europe: Complex  
Interrelations

## LAW 2000/3

Sonja FEIDEN/Kristina RIEDL (eds)  
Towards a Europeanised Judiciary?  
Practitioner's Experiences of National  
Judges with the Europeanisation of  
Private Law

## LAW 2000/4

Jean-Victor LOUIS (Project Director)  
*Euro Spectator: Implementing the Euro* -  
1999 - Introductory Report/Summary of  
the National Reports

## LAW 2000/5

Jean-Victor LOUIS (Project Director)  
*Euro Spectator: Implementing the Euro* -  
1999 - National Reports: Austrian Report/  
Belgian Report

## LAW 2000/6

Jean-Victor LOUIS (Project Director)  
*Euro Spectator: Implementing the Euro* -  
1999 - National Reports: French Report/  
German Report

## LAW 2000/7

Jean-Victor LOUIS (Project Director)  
*Euro Spectator: Implementing the Euro* -  
1999 - National Reports: Greek Report/  
Italian Report

## LAW 2000/8

Jean-Victor LOUIS (Project Director)  
*Euro Spectator: Implementing the Euro* -  
1999 - National Reports: Portuguese  
Report/Spanish Report

## LAW 2000/9

Jean-Victor LOUIS (Project Director)  
*Euro Spectator: Implementing the Euro* -  
1999 - National Reports: Swedish  
Report/UK Report/Synthesis Report

\* \* \*

## LAW 2001/1

Luke NOTTAGE  
Convergence, Divergence, and the Middle  
Way in Unifying or Harmonising Private  
Law

## LAW 2001/2

Marie-Jeanne CAMPANA (ed.)  
Étude comparée sur la propriété utilisée  
comme sûreté

## LAW 2001/3

Marie-Jeanne CAMPANA (ed.)  
L'État, les entreprises en difficulté et  
l'Europe

## LAW 2001/4

Kristin NEMETH  
European Insurance Law: A Single  
Insurance Market?

## LAW 2001/5

Christoph U. SCHMID  
A Theoretical Reconstruction of WTO  
Constitutionalism and its Implications for  
the Relationship with the EU

## LAW 2001/6

Christian JOERGES  
Das Recht im Prozeß der  
Konstitutionalisierung Europas

\*out of print

**LAW 2001/7**

Luke NOTTAGE  
Japanese Corporate Governance at a  
Crossroads: Variation in 'Varieties of  
Capitalism'?

**LAW 2001/8**

Alexandra GEORGE  
Property in the Human Body & Its Parts.  
Reflections on Self-Determination in  
Liberal Society

**LAW 2001/9**

Hanno E. KUBE  
National Tax Law and the Transnational  
Control of State Aids - On the Need for a  
Further Reconciliation of Economic and  
Social Policy Concerns in Transnational  
Law

**LAW 2001/10**

Christoph MÖLLERS  
Reform des Verwaltungsrechts -  
Möglichkeiten und Grenzen eines  
wissenschaftlichen Diskurses in  
Deutschland

\*out of print







