

Eberhard Schmidt-Aßmann
Verwaltungsrechtliche Dogmatik



Eberhard Schmidt-Aßmann

Verwaltungsrechtliche Dogmatik

Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung,
Reform und künftigen Aufgaben

Mohr Siebeck

Eberhard Schmidt-Aßmann, geboren 1938; Studium der Rechtswissenschaften in Göttingen und Genf. 1967 Promotion, 1971 Habilitation. 1972 ordentl. Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bochum, seit 1979 an der Universität Heidelberg. Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht. Seit 2006 emeritiert.

ISBN 978-3-16-152926-9

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf säurefreies Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
<i>Erster Teil</i>	
Die Dogmatik und ihre Reform: Grundfragen	3
A. Aufgaben verwaltungsrechtlicher Dogmatik	3
B. Die Struktur der Dogmatik in der Reform	6
I. Bestandsaufnahmen im Besonderen Verwaltungsrecht: „Referenzgebiete“	8
II. Alte und neue methodische Zugänge	10
1. Die überkommene „Juristische Methode“	11
2. Rechtsaktbezogener und verhaltensbezogener Ansatz	14
III. Vorverständnisse und Leitbilder	16
C. Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft	18
I. Steuerungswissenschaftliche Ausrichtung	19
1. Analytisches Konzept	19
2. Zusammenhänge und Wechselwirkungen	20
II. Die Einbeziehung nicht-juristischer Erkenntnisse	21
1. Rechtspraxis und Rechtswissenschaft	22
2. Brückenbegriffe	24
III. Die neue Rolle der Rechtsvergleichung	25
1. Praktische dogmatische Aufgaben	25
2. Problembezogene Ausrichtung: „Gemeinsames Lernen“	26

Zweiter Teil

Drei klassische Themenbereiche verwaltungsrechtlicher Dogmatik: Rechtsquellen, Rechtsformen, Rechtsschutz	29
<i>1. Abschnitt: Die Rechtsquellenlehre</i>	32
A. Aufgaben der Rechtsquellenlehre	32
I. Der politische Gehalt dieser Lehre	32
1. Überkommene Engführungen	32
2. Eine kritische Analyse	33
II. Rechtsquellenlehre als „polyzentrisches Gefüge“	34
1. Vielfalt der Typen, Regime und Schichten	34
2. Vielfalt der Regelungsarten und der Konkretisierungsmethoden	35
3. Rechtsetzungsmonopole, numerus clausus und Adäquananzgebot – Fragen	36
B. Drei beispielhaft herausgestellte Rechtsquellen	38
I. Das parlamentarische Gesetz: ein unverzichtbarer Eckpfeiler	38
1. Steuerungsleistungen unterschiedlicher Normierungstypen	39
2. Die Bestimmtheit und die legitime Offenheit des Gesetzes	40
II. Die zunehmende Bedeutung des Völkerrechts für die Verwaltung	42
1. Völkerrechtliche Verträge	44
2. Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts	46
III. Allgemeine Rechtsgrundsätze: eine übergreifende Kategorie	47
1. Bedeutung im deutschen Recht	48
2. Bedeutung im Unionsrecht	50
3. Brückenfunktionen der allgemeinen Rechtsgrundsätze	53
IV. Exkurs: Soft law im Verwaltungsrecht	54
1. Erscheinungsformen der Praxis	55
2. Zur Funktion des Begriffs im Verwaltungsrecht	56
C. Regelungszusammenhänge und Rangordnungsfragen	58
I. Parlamentarisches Gesetz und administrative Rechtsetzung	59
II. Unionsrecht und mitgliedstaatliches Recht	62
1. Vorrang und Wechselwirkungen	62
2. Grenzen der Vergemeinschaftung des Rechts	64

2. <i>Abschnitt</i> : Die Formenlehre:	
Rechtsformen, Handlungsformen und Bewirkungsformen	66
A. Rechtsformen: Bestand und Wandel	68
I. Ausdifferenzierungen: Das Beispiel des Verwaltungsakts	69
1. Unverzichtbares und vielfältig einsetzbares Instrument	69
2. Stabilisierungsleistung und Flexibilität	70
II. Perspektivenänderungen: Das Beispiel der administrativen	
Rechtsätze	72
1. Rechtssätze als Instrumente des Verwaltungshandelns	73
2. Rechtssätze als Rechtsquellen des Verwaltungsrechts	74
B. Handlungsformen – Zur Dogmatik des nicht-rechtsförmigen	
Verwaltungshandelns	76
I. Die Normalität nicht-rechtsförmigen Verwaltungshandelns	76
II. Grundlinien einer Dogmatik	78
1. Allgemeine Rahmenbedingungen für schlichtes	
Verwaltungshandeln	78
2. Besondere Gefährdungssituationen: „Informales	
Verwaltungshandeln“	79
III. Ordnungsfunktionen der Handlungsformen	80
C. Bewirkungsformen: Zusammenhänge und Wechselwirkungen	82
I. Bewirkungsformen und Instrumentenverbindungen	83
1. Regeln für Instrumentenverbindungen	84
2. „Optionenermessen“	85
II. Bewirkungsformen in der europäischen Verbundverwaltung	86
1. Transnationale Verwaltungsakte	88
2. „Interadministratives Vertrauen“	90
3. <i>Abschnitt</i> : Der Rechtsschutz	93
A. Die Rechtsschutzgarantien als Wirkungszusammenhang	94
I. Das Gebot übergreifender Wirksamkeit: Rechtsschutzkohärenz ..	94
II. Die Rechtsschutzgarantien des Grundgesetzes	95
1. Anpassungsleistungen des Art. 19 Abs. 4 GG	96
2. Unsicherheiten beim Rechtsschutz in Fälle mit Auslandsbezug	97
III. Rechtsschutzgarantien im Unionsrecht	100
1. Geteilte Rechtsschutzverantwortung (Art. 19 Abs. 1 EUV) ...	101
2. Art. 47 EU-GRCh als übergreifende Garantie	102
3. Speziell: Rechtsschutz gegen Realakte der Unionsverwaltung .	103
4. Speziell: Rechtsschutz der Union gegen internationale	
Hoheitsakte	104

IV. Rechtsschutzgarantien des Völkerrechts	105
1. Der Anspruch auf Gerichtsschutz nach Art. 14 IPCCPR	105
2. Die Vertragsstaaten als Verpflichtete	106
B. Veränderungen in den Parametern des Rechtsschutzes	107
I. Entwicklungen der Klagebefugnisse	108
1. Die Rolle des subjektiven Rechts	109
2. Die Schutznormlehre: Leistungen und Kritik	110
3. Individueller und überindividueller Rechtsschutz: „Gemeinwohl im Prozess“	111
II. Die gerichtliche Kontrollintensität	115
1. Rechtsmaßstäbe und andere „normative Orientierungen“	115
2. Kontrolle am Maßstab des Rechts	117
3. Ein einheitliches Strukturmodell für Fälle begrenzter Kontrollen	120
III. Kontrollumfang: Rechtswidrigkeitszusammenhang	121
1. Bezug zum klägerischen Rechtsstatus	122
2. Verlagerungen zur Ergebnisrelevanz	122
C. Vernetzungen, Konkurrenzen und komplementäre Rechtsschutzformen	124
I. Rechtsschutzvernetzungen und Rechtsschutzkonkurrenzen	124
1. Das übergreifende Gebot der Rechtswegklarheit	125
2. Nationale Kontrollkompetenzen gegenüber ausländischen Hoheitsakten	126
3. Rechtsschutzkonkurrenzen und „Jurisdiktionskonflikte“	128
II. Komplementäre Rechtsschutzformen	129
1. Gerichtsschutz als Standardgarantie	130
2. Komplementäre Formen	130
III. Rechtsschutz in informationsbasierten Konflikten: eine Skizze ..	133

Dritter Teil

Verwaltungsorganisationsrecht zwischen Einheit, Vielfalt und Verbundidee	137
Vorbemerkung: Die Herausforderung der Netzwerke	137
A. Regelungsaufgaben, Steuerungsansätze und Methoden	140
I. Der politische Charakter des Verwaltungsorganisationsrechts ...	141
1. Ansatzpunkte politischer Gestaltung	142
2. Asymmetrische Systembildung (Otto Mayer)	143

II. Methodenfragen des Organisationsrechts	144
1. Kontextsteuerung und juristisches Argumentieren im Organisationsrecht	144
2. Leistungen und Leistungsgrenzen speziell des Governance-Ansatzes	147
B. Die verfassungsrechtlichen Rückbindungen des Verwaltungs- organisationsrechts	149
I. Das Verfassungsrecht als zentrales Rezeptionsmedium	150
II. Das Kernthema der Legitimation	152
1. Die Komplexität der Fragestellung	152
2. Die substantielle Seite: Legitimation und Legitimität	154
3. Die strukturelle Seite: Legitimation im Verwaltungsverbund ..	157
4. Speziell zur Legitimation der EU-Eigenverwaltung	158
III. Legitimationsprobleme des Agenturwesens	159
1. Agenturen der EU-Eigenverwaltung	160
2. Unabhängige Agenturen in mitgliedstaatlichen Verwaltungen.	162
3. Übergreifende Regelungsanliegen	164
C. Institutionelle und prozedurale Komponenten des Verwaltungs- organisationsrechts	166
I. Einheit und Vielgliedrigkeit der Verwaltung: verfassungsrechtliche Überlegungen	166
1. Ein ambivalenter erster Eindruck	167
2. Demokratische Offenheit	167
II. Der Europäische Verwaltungsverbund: Vielfalt und prozedurale Handlungskoordination	168
1. Der Verbund als Analyseraster und Ordnungsidee	169
2. Prozedurale Handlungskoordination im Verbund	170
3. Organisationsbezogenes Verfahrensrecht als Entwick- lungsperspektive	172
III. Die Auswahl zwischen organisationsrechtlichen Bauformen	174
1. Die organisationsrechtliche Wahlfreiheit und ihre Grenzen ...	175
2. Organisationsermessen: „institutional choice“:	177
<i>Eine kurze Schlussbetrachtung</i>	179
Literaturverzeichnis	181
Sachverzeichnis	189

Einleitung

Dogmatik ist der fortgesetzte Abgleich überkommener Einsichten mit neuen Erkenntnissen und Anforderungen, der Rekurs auf Vertrautes in der Auseinandersetzung mit Argumenten, die auf Fortentwicklung drängen.¹ Auf dem Gebiet der verwaltungsrechtlichen Dogmatik vollzieht sich diese Entwicklung in der *täglichen* Rechtsanwendung der Behörden und Gerichte, *zugleich* aber auch in längerfristigen perspektivischen Überlegungen als wissenschaftliche Reflexion über die Strukturen der Dogmatik selbst. Diese Reflexion bewegt sich auf dem Felde dogmatischer Aussagen. Sie griffe aber nicht weit genug, bezöge sie nicht auch die Rechtsgeschichte und die Rechtsvergleichung ein. Es ist ein glückliches Zusammenwirken, dass seit 2012 Michael Stolleis großes Werk zur „Geschichte des Öffentlichen Rechts“ abgeschlossen vorliegt² und das von Armin von Bogdandy initiierte weitgespannte Projekt eines „Ius Publicum Europaeum“ schon mit den bisher erschienenen beiden Bänden die Rechtsvergleichung entscheidend vorgebracht hat.³ Hier sind Grundlagen verfügbar, die nicht ungenutzt bleiben dürfen. In einem den nationalen Rechtsraum übergreifenden Rahmen hat jüngst Sabino Cassese die Entwicklungsaufgaben verwaltungsrechtlicher Dogmatik aufgezeigt.⁴

Die nachfolgenden Überlegungen gelten der Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts. Sie schließen an die „Grundlagen des Verwaltungsrechts“ an, die seit Kurzem in neuer Auflage vorliegen.⁵ Das Gemeinschaftswerk ist durch zehn Tagungen zur Reform des Verwaltungsrechts angeregt worden, die in den

¹ Ähnlich *Christoph Engel*, Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition – Das Proprium des Rechts aus der Perspektive des öffentlichen Rechts, in: ders./Schön, Proprium der Rechtswissenschaft, S. 205 (237): Dogmatik als „Instrument zur permanenten Rekonstruktion vorläufiger Sicherheit auf der Grundlage des bis jetzt Verstandenen“. Darauf als ein weites Verständnis von Dogmatik Bezug nehmend *Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, S. 69 f.

² *Michael Stolleis*, Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. I, 1988; Bd. II, 1992; Bd. III, 1999; Bd. IV, 2012.

³ Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Sabino Cassese (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. III, 2010 und Bd. IV, 2011. Freundlicherweise haben mir die Herausgeber auch die Beiträge des Bandes V zugänglich gemacht.

⁴ *Sabino Cassese*, New paths for administrative law: A manifesto, in: International Journal of Constitutional Law Vol. 10 (2012), S. 603 ff.

⁵ Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd. I und II, 2012 und Bd. III, 2013.

Jahren 1991 bis 2003 stattgefunden haben.⁶ Jetzt soll es nach der Erörterung einiger Grundfragen (Teil 1) darum gehen, in den drei klassischen Themenbereichen der Rechtsquellen, der Rechtsformen und des Rechtsschutzes den gegenwärtigen Stand der Dogmatik zu betrachten (Teil 2) und schließlich über Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsorganisationsrechts nachzudenken (Teil 3). Die Ausführungen konzentrieren sich auf konkrete Ergebnisse. Entsprechend knapp wird zitiert, oft nur unter Verweis auf die jeweiligen Stellen in den „Reformschriften“ und in den „Grundlagen“. Die Bilanz wird eine *Zwischenbilanz* sein; denn die Reformen des Verwaltungsrechts begannen nicht schlagartig, und sie werden mit dem heute erreichten Zustand nicht enden.⁷ Sie sind eine Daueraufgabe.⁸

⁶ Vgl. den zusammenfassenden Nachweis der „Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts“ im Literaturverzeichnis.

⁷ Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Die Integration von Reformimpulsen in die Systematik des Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft, S. 1011 ff. mit Hinweis u.a. auf *Winfried Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 245 ff.

⁸ *Vofßkuhle*, in: GVwR Bd. I, § 1 Rn. 12 ff.

Erster Teil

Die Dogmatik und ihre Reform: Grundfragen

A. Aufgaben verwaltungsrechtlicher Dogmatik

Die „Reform des Verwaltungsrechts“ war von Anfang an eine Reform der *verwaltungsrechtlichen Dogmatik*. Dogmatik ist die „operationalisierende Schicht zwischen Rechtstext und Rechtsanwendung“ durch Verwaltung (Rechtsvollzug) und Gerichte (Rechtsprechung).¹ Sie bildet ein Gefüge „von normativen Instituten und Sinnzusammenhängen, die auf der Grundlage des positiven Rechts entwickelt werden, die aber nicht vom Bestand einzelner Rechtssätze abhängen“.² Dogmatik ist im Rechtsstaat stets „rechtsakzessorisch“.³ Aber ohne Dogmatik verliert der Rechtsstaat eines seiner wichtigsten Elemente, die Über-schaubarkeit des Rechts und die Rationalität der Rechtsanwendung.

Die verwaltungsrechtliche Dogmatik ist eine Gemeinschaftsleistung – vor allem der Judikatur und der Wissenschaft.⁴ Beide wirken auf unterschiedliche Art zusammen: die Gerichte durch konkrete Entscheidungen, die Wissenschaft durch systematisierende Ordnung.⁵ Wer von beiden vorangeht, wer nachfolgt,

¹ *Martin Eifert*, Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft, in: G. Kirchhof/Magen/K. Schneider, Dogmatik, S. 79 (96). Weitere Definitionen, die sich in der Literatur finden, bei *Christian Waldhoff*, Kritik und Lob der Dogmatik, dort, S. 17 (22 ff.).

² Im Anschluss an *Möllers*, in: GVwR Bd. I, § 3 Rn. 35. Ähnlich *Klement*, Verantwortung, S. 34 ff. mit der Unterscheidung zweier Arten von Rechtssätzen: statuierenden und konstatierenden. Dogmatische Rechtssätze sind solche der zweiten Art; sie „bilden aus den Sollenssätzen der ersten Gruppe allgemeine, konkretisierende normative Aussagen“ (S. 39). Das Verhältnis der beiden Gruppen zueinander soll „durchaus als wechselseitig zu verstehen“ sein (S. 40).

³ So *Waldhoff*, in: G. Kirchhof/Magen/K. Schneider, Dogmatik, S. 17 (27).

⁴ Doch dürfen auch die Beiträge der Verwaltung und der Gesetzgebung nicht übersehen werden. Zutreffend *Martin Eifert*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 286 ff.: „Dogmatik als Bezugsgröße aller Funktionen und Akteure im Rechtssystem“; ähnlich *Andreas Voßkuhle*, Was leistet Rechtsdogmatik?, in: G. Kirchhof/Magen/K. Schneider, Dogmatik, S. 111 (112); *Matthias Jestaedt*, Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs, JZ 2012, S. 1 ff. Aus der Sicht des Zivilrechts *Höpfner*, Auslegung, S. 109 (129 f.).

⁵ *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 1. Kap. Tz. 1 ff. Für das Zivilrecht *Wolfgang Ernst*, Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtlers, in: Engel/Schön, Proprium der Rechtswissenschaft, S. 3 (28 ff.).

ist nicht vorab festgelegt, sondern variiert nach Perioden und Gebieten.⁶ Auch Verschränkungen zwischen Judikatur und Wissenschaft sind in Rechnung zu stellen.⁷ Auf dieser Basis und in diesem Rahmen ist die Rechtswissenschaft nicht nur zur Nachzeichnung getroffener Rechtsentscheidungen, sondern zu eigenständigen Beiträgen legitimiert.⁸ Das folgt aus dem Medium des Rechts selbst, das mehr ist als der parlamentarisch einmal verabschiedete Gesetzestext. Rechtsvorschriften und Rechtsentscheidungen müssen nicht nur gesammelt, sie müssen vielmehr nach Ordnungsgesichtspunkten auch aufgearbeitet, zu Rechtsinstituten geformt und in größere Entwicklungslinien eingeordnet werden.⁹ In diesen Gedankenoperationen bringen sich Ansätze eigener Normativität zur Geltung.¹⁰

Rechtsdogmatik muss ihre Aussagen nicht notwendig zu einem ausgreifenden System zusammenfügen. Ihr eignet jedoch ein mindestens in Ansätzen systematisierendes Arbeiten. Dabei wird kein hermetisch geschlossener Systembegriff zugrundegelegt. Die Systemidee der juristischen Dogmatik folgt vielmehr aus dem Gedanken der „generalisierenden Tendenz der Gerechtigkeit“¹¹ und aus dem Streben des Rechts, seine Wirksamkeit zu sichern. Die Hierarchisierung der Rechtsquellen und die Forderung nach einer „Widerspruchsfreiheit des Rechts“ sind besonders markante Mittel, um das zu erreichen.¹² Doch ist die rechtswissenschaftliche Systembildung nicht auf diese Postulate festgelegt. Auch dort, wo unterschiedliche Normsetzer am Werk sind und Rechtsordnungen aus unterschiedlichen Rechtserzeugungsprozessen ohne feste Rangregeln aufeinander stoßen, ist systematisierendes Arbeiten gefragt.¹³ Auch in polyzentrischen Rechtsordnungen müssen Vorschriften auf die in ihnen verarbeiteten Interes-

⁶ Vgl. *Helmuth Schulze-Fielitz*, Das Bundesverwaltungsgericht als Impulsgeber für die Fachliteratur, in: FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, S. 1061 (S. 1071), der m. E. allerdings den Beitrag der Rechtsprechung zu stark in den Vordergrund stellt.

⁷ Zur Wissenschaft zählen auch die publizistischen Beiträge von Richtern, zur Gerichtsbarkeit auch das, was Professoren als Richter in der Verfassungsgerichtsbarkeit oder sonst in der Justiz leisten. Ein Nebeneinander einer „Dogmatik der Professoren“ und einer „Dogmatik der Richter“, wie es sich in der französischen Verwaltungsrechtsentwicklung beobachten lässt (vgl. *Jouanjan*, in: IPE Bd. IV, § 69 Rn. 70), ist für Deutschland nicht nachweisbar. Auf das besondere Problem „wissenschaftlicher Selbstbegleitung“ der Rechtsprechung durch Richter weist *Schulze-Fielitz*, a.a.O., S. 1061 (1083 f.) hin.

⁸ Darin liegt entgegen *Oliver Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: G. Kirchhof/Magen/K. Schneider, Dogmatik, S. 39 (43 f.) auch keine „Selbstermächtigung“ der Wissenschaft.

⁹ Präzise Darstellung dieses „modus operandi“ in drei Stufen bei *Jestaedt*, JZ 2012, S. 1 (3): „Dekontextualisierung“, „Konsistenzialisierung“ und „(Re-)Konkretisierung“.

¹⁰ Dazu *Arno Scherzberg*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Praxis und Reflexion – Theoretische Grundlagen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 837 (855 ff.).

¹¹ *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, S. 12 ff.

¹² Ausführlich zur Widerspruchsfreiheit *Höpfner*, Auslegung, S. 12 ff.

¹³ Dazu siehe unten 2. Teil, 1. Abschnitt, A. II. und C. Vgl. *Höpfner*, Auslegung, S. 54 ff. Speziell zu den systematischen Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts von *Dan-*

senkonstellationen hin analysiert und verglichen, Konflikte minimiert und Regeln für eine Abgleichung und gegenseitige Zuordnung der Zentren entwickelt werden. Ob man das als „Herausarbeitung strukturalogischer Argumente“ bezeichnet und es dem Systembegriff als einer „hierarchische(n) Wissensarchitektur“ gegenüberstellt,¹⁴ oder es aber – wie ich es für sinnvoll halte – in einen weit gefassten Systembegriff einbezieht, erscheint mir zweitrangig. Wichtig ist, dass beide Gedankenoperationen für die Dogmenbildung genutzt werden.¹⁵

Die Rechtsdogmatik wird das „Kernstück“ der Rechtswissenschaft genannt. Präziser dürfte es sein, sie als „Schnittmenge von praktischer Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft“ zu bezeichnen.¹⁶ Ihre wichtigsten Funktionen sind die Stabilisierung, die Entlastung und die Orientierung.¹⁷ Rechtsdogmatik wendet sich damit primär an die Rechtsanwendung, indem sie den Sinngehalt getroffener Entscheidungen aufbereitet und für die Entscheidung weiterer Fälle verfügbar macht. Sie ist jedoch auch für die Rechtsgestaltung, die Rechtskritik und die Rechtsfortbildung wichtig, weil sie Regelungsmodelle zu vergleichen ermöglicht und auf diese Weise Optionen für künftige Entwicklungen aufzeigt. Rechtsdogmatik ist so Systemnutzung und Systembildung zugleich. Sie lässt sich als Austauschprozess, „als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“ verstehen¹⁸ und „ist keineswegs nur nachvollziehend, sondern bisweilen hochgradig kreativ“.¹⁹ Schon diese Einsicht sollte davor bewahren, Dogmatik als Hort von Inflexibilität misszuverstehen. Die Rechtsdogmatik ist beharrend, insofern es eine Aufgabe des Rechts überhaupt ist, Verhältnisse zu stabilisieren. Aber sie will ebenso auf neue Anforderungen reagieren und neue Denkanstöße aufnehmen.

Rechtsdogmatik ist kein „deutscher Sonderweg“.²⁰ Sie ist in der deutschen Rechtsordnung zwar besonders ausgeprägt, lässt sich aber auch in den ande-

witz, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 8 f.; ausf. *ders.*, Verwaltungsrechtliches System, bes. S. 161 ff.

¹⁴ So Möllers, in: GVwR Bd. I, § 3 Rn. 37. Zu unterschiedlichen Systembegriffen auch Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, S. 23 ff.

¹⁵ Von einer „erweiterten Systemperspektive“ spricht zutreffend Voßkuhle, in: GVwR Bd. I, § 1 Rn. 46.

¹⁶ So Möllers, in: GVwR Bd. I, § 3 Rn. 35: Beide Seiten finden im Diskurs zueinander, „ohne dass sich deswegen beide auf Dogmatik beschränken müssten“. Der Vorbehalt ist wichtig, um die über Dogmatik hinausreichenden Gebiete und Aufgaben von Wissenschaft und Praxis nicht zu unterdrücken.

¹⁷ Andreas Voßkuhle, Was leistet Rechtsdogmatik? Zusammenführung und Ausblick in 12 Thesen, in: G. Kirchhof/Magen/K. Schneider, Dogmatik, S. 111 These 3.

¹⁸ So Matthias Jestaedt, Wissenschaftliches Recht – Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, in: G. Kirchhof/Magen/K. Schneider, Dogmatik, S. 117 ff.

¹⁹ So von Bogdandy, in: IPE Bd. IV, § 57 Rn. 58. Treffende Aussagen zur Bedeutung von Kreativität in der Dogmatik auch bei Klement, Verantwortung, S. 39 ff.

²⁰ So auch G. Kirchhof/Magen, Dogmatik: Rechtliche Notwendigkeit und Grundlage fä-

ren kontinentalen Rechtsordnungen nachweisen und ist selbst dem anglo-amerikanischen Rechtskreis nicht unbekannt. Fortgesetzte Selbstzweifel sind insofern nicht veranlassend. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung zeigen, dass sich die Verwaltungsrechtswissenschaft anderer Länder durchaus nicht so selten am dogmatischen Zugang des deutschen Rechtsdenkens orientiert, dieses aufgegriffen und auf ihre Weise eigenständig ausgeformt hat.²¹ Die Bedeutung dogmatischen Arbeitens wird im europäischen Entwicklungszusammenhang eher noch zunehmen; denn gerade das fragmentierte Recht der Europäischen Union kann ohne dogmatische Aufarbeitung auf Dauer weder seine Transparenz noch seine Akzeptanz sicherstellen.²² „Die dogmatische Ausrichtung bildet daher eine sinnvolle Mitte für eine gemeinsame Verwaltungsrechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum.“²³

B. Die Struktur der Dogmatik in der Reform

Das verlangt freilich, den überkommenen Bestand der Dogmatik immer wieder zu überprüfen und gegebenenfalls neu zu justieren. Dabei geht es – über die fortlaufende Arbeit an einzelnen Dogmen hinaus – um die *Struktur der Dogmatik* selbst: Von welchem Vorverständnis wird sie bestimmt? Welchen Feldern und Fragestellungen gilt ihre Aufmerksamkeit? Nach welchen Methoden geht sie vor? Welche Ziele verfolgt sie? Hier die notwendigen Reflexionen zu leisten ist eine Aufgabe vor allem der Wissenschaft.²⁴ So hat sich die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer mit dieser Aufgabe zentral auf ihren Jahrestagungen in Regensburg (1971) und Freiburg (2007) beschäftigt.²⁵ Auch die Re-

cherübergreifenden Dialogs – eine systematisierende Übersicht, in: dies./K. Schneider, Dogmatik, S. 151 (158); anders *Lepsius*, dort, S. 39 ff. Wer anderes behauptet, kann zwar schon in Gierkes Rezension von Labands Staatsrecht von 1883 (Nachdruck der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, 1961, S. 3) einige sarkastische Formulierungen zum „deutschen Geist und seinem typischen Doktrinarismus“ finden. Die Rechtsvergleichung zeigt jedoch, dass dogmatisches Denken ein vorherrschender Zug der Verwaltungsgeschichte auch in anderen Teilen Europas ist. Dazu die vergleichenden Länderberichte in: IPE Bd. IV, §§ 58–67.

²¹ Vgl. *Jouanjan*, in: IPE Bd. IV, § 69 Rn. 47 ff.; *Sandulli*, dort, § 61 Rn. 14 ff. (Italien); *Edelstam*, dort, § 64 Rn. 18 ff. (Schweden).

²² *von Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, S. 187 ff.; *ders.*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 9 f.

²³ *von Bogdandy*, in: IPE Bd. IV, § 57 Rn. 50. Vgl. auch *Schönberger*, dort, § 71 Rn. 28 und die Überlegungen zu einem „Europäischen Entwicklungszusammenhang“ bei *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 1. Kap. Tz. 64 ff.; *Matthias Ruffert*, Was kann die deutsche Europarechtslehre von der Europarechtswissenschaft im europäischen Ausland lernen?, in: Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV Bd. 40 (2007), Beiheft 7, S. 253 (262).

²⁴ Aus der Reihe der Habilitationsschriften, die diese Thematik schon in ihrem Titel aufweisen, *Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel; *Pöcker*, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik.

²⁵ „Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung“,

formdiskussion und die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft zielen darauf, den Strukturfragen der Dogmatik selbst nachzugehen. Auch hier stellen die Überprüfung, Ergänzung und gegebenenfalls Neujustierung das Zentrum der Überlegungen dar.

Für eine Dogmatik, die dem Systemdenken verpflichtet ist, kann sich diese Arbeit nicht in punktuellen Änderungen und Ergänzungen erschöpfen; denn in einem System verschieben sich durch eine Intervention an einzelnen Stellen zugleich die Gewichtungen im Gefüge insgesamt. Die Vorstellung, die verwaltungsrechtliche Dogmatik reformiere sich durch die praktisch jeden Tag erfolgende Rechtsfortbildung in kleinen Schritten von selbst, geht zwar von einem richtigen Ansatz aus, greift aber zu kurz.²⁶ Wenn es um Strukturfragen geht, sind weiter ausgreifende Bestandsaufnahmen und gründlichere wissenschaftliche Reflexion notwendig. Die hinter den Dogmenbeständen stehenden Grundannahmen der überkommenen Dogmatik müssen präzise benannt, Perspektivenverengungen kritisch herausgestellt und Notwendigkeiten der Fortentwicklung klar formuliert werden. Dabei sind Kontrastierungen und gelegentliche Überzeichnungen in der Aufgabe selbst angelegt. „In der Wissenschaft wie im Leben pflegen Fortschritte sich nicht ohne einseitige Übertreibungen an sich berechtigter Gedanken zu vollziehen.“²⁷ Auch die in der Reformdiskussion genutzte „von – zu“-Formel teilt dieses Schicksal: Sie ist einprägsam und kann Kreativität fördern; aber sie ist zu plakativ, als dass sie nicht zu Missverständnissen Anlass geben könnte. Jedenfalls war und ist damit keine geschichtsteleologische Aussage darüber getroffen, welche Gebiete und Handlungsformen des Verwaltungsrechts künftig allein wichtig, und welche inzwischen irrelevant geworden sind.²⁸

Auch das, was im Folgenden als „klassische“ oder „überkommene“ Dogmatik angesprochen wird, ist kein kanonisierter Bestand, sondern ein Gefüge normativer Annahmen, die in ihren Einzelausprägungen mancherlei Varianten aufweisen. Dasselbe gilt auch für die Dogmatik der Neuen Verwaltungsrechtswis-

mit Referaten von *Otto Bachof* und *Winfried Brohm*, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 193 ff. und 245 ff. „Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch“, mit Referaten von *Ivo Appel* und *Martin Eifert*, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 226 ff. und 286 ff.

²⁶ Treffend *Engel*, in: ders./Schön, *Proprium der Rechtswissenschaft*, S. 205 (229): „Wer einfach fortsetzt, was in der Vergangenheit wohlbegründet war, der bemerkt nicht unbedingt, wie grundlegend sich sein Gegenstand geändert hat“. Auch *Pöcker*, *Wandel*, S. 183 ff.

²⁷ *von Gierke*, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* (Nachdruck der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, 1961), S. 2.

²⁸ Beispiele: „von imperativen zu kooperativen Interaktionsformen“, „von der Programmsteuerung zur Ressourcensteuerung“. Vgl. *Wolfgang Hoffmann-Riem*, *Tendenzen der Verwaltungsrechtsentwicklung*, DÖV 1997, S. 433 ff., dort aber deutlich als „Trends“ bezeichnet und mit dem Zusatz versehen: „Wie immer wenn (nur) Trends beschrieben werden, sind Vereinfachungen auf das Wesentliche sinnvoll“ (S. 434). Zu diesen Formeln vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: *Hoffmann-Riem*, *Offene Rechtswissenschaft*, S. 1011 (1018 f.).

senschaft. Vorschnelle Harmonisierungsversuche zwischen beiden sind jedoch nicht angesagt. Beide unterscheiden sich in grundlegend. Das soll an drei Themen nachgezeichnet werden, mit denen sich das Reformprogramm zu beschäftigen hatte, nämlich der Bestandsaufnahme auf Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts als „Referenzgebieten“ für das Allgemeine Verwaltungsrecht (I), der Verdeutlichung der unterschiedlichen methodischen Zugänge zwischen alter und neuer Dogmatik (II) und der Analyse des Vorverständnisses der überkommenen Dogmatik (III).

I. Bestandsaufnahmen im Besonderen Verwaltungsrecht: „Referenzgebiete“

Die Bestandsaufnahme beginnt bei dem verwaltungsrechtlichen Normenmaterial. Zu ihm zählt vor allem das einschlägige Fachrecht, die Gesetze des Besonderen Verwaltungsrechts ebenso wie untergesetzliche Regelwerke unter Einschluss der einschlägigen Verwaltungsvorschriften. Gefragt wird danach, welche Interessenkonstellationen in diesen Rechtsakten verarbeitet sind, welche Rechtsverhältnisse begründet und welche Rechtsformen und Verfahren verwendet werden. Dabei geht es weniger darum, Details zu kritisieren, als vielmehr darum, den ganzen Reichtum gesetzlicher Regelungstechniken wahrzunehmen. Die Gesetzgebung ist oft einfallsreicher, als es die Theorie von ihr erwartet. Das gilt zumal unter dem Einfluss des europäischen Rechts, das Rechtsregeln und Institute einzubeziehen verpflichtet, die im Rechtsvergleich aus anderen Verwaltungsrechtsordnungen gewonnen worden sind.

Ein zweites Hauptgebiet der Bestandsaufnahme ist das Urteilsmaterial. Gerichtsurteile geben allen dogmatischen Überlegungen Anschaulichkeit und bewahren sie vor vorschnellen Verallgemeinerungen.²⁹ Für denjenigen, der die spezifische Darstellungsweise gerichtlicher Entscheidungen zu lesen versteht, dokumentieren sie in komprimierter Form Anwendungsfragen des Verwaltungsrechts, zeigen es als „law in action“. Als Ergebnisse der „Systementscheidung für den Individualrechtsschutz“ (Art. 19 Abs. 4 GG) speichern sie Rechtsschutzanliegen des Einzelnen und sind so Garanten für die unverzichtbare individualzentrierte Ausrichtung jedes verfassungsstaatlichen Verwaltungsrechts.³⁰

²⁹ *Friedrich Schoch*, Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre, in: Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV Bd. 40 (2007), Beiheft 7, S. 177 (203 ff.). Als Vorzug des amerikanischen Verwaltungsrechts geschildert bei *Oliver Lepsius*, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, dort, S. 319 ff.

³⁰ Zur Notwendigkeit dieser Ausrichtung *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 1. Kap. Tz. 27 ff. Zur „Systementscheidung für den Individualrechtsschutz“ vgl. *Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, S. 59 ff.

Die bestandsaufnehmende Einarbeitung in das Normen- und Urteilsmaterial verlangt zwar kein flächendeckendes Vorgehen. Aber eine große Breite der Felder und Fallbeispiele ist unverzichtbar. Erfasst werden müssen Bereiche, die für das gegenwärtige Verwaltungshandeln repräsentativ sind und so bewusst oder unbewusst als „Referenzgebiete“ der Dogmenbildung dienen.³¹ Was dazu gehört, bestimmt sich nach unterschiedlichen Kriterien, z.B. der Bedeutsamkeit des Sachgebietes, der Häufigkeit eines bestimmten Instrumenteneinsatzes, der Kofliktträchtigkeit der beteiligten Interessen, aber auch der Innovationsfähigkeit eines Gebietes. Für die mit der Bestandsaufnahme verbundene vergleichende Betrachtung ist es wichtig, dass Gebiete ausgewählt werden, die unterschiedliche Typen von Interessenkonstellationen zeigen: zwei-, drei- und mehrpolige Verwaltungsrechtsverhältnisse, personen- und sachbezogene Steuerungsansätze, auf Statik und auf Dynamik angelegte Problemlagen. Auswahl und Auswertung der richtigen Referenzgebiete sind Vorgänge, die neben analytischen Fähigkeiten auch Intuition verlangen. Die Reformdiskussion hat von Anfang an auf das Arbeiten mit Referenzgebieten besonderen Wert gelegt.³² Es stellt eine Form der speziell aufbereiteten Realbereichsanalyse dar. Jüngere Monographien zeigen im Einzelnen, dass ein solches Vorgehen auf dem Felde der Dogmatik fruchtbar ist.³³ Auch das Verwaltungsrecht der Europäischen Union lässt sich auf dieser Grundlage anschaulich entfalten.³⁴

Über die Referenzgebiete wird die verwaltungsrechtliche Dogmatik in der gebotenen Weise auch mit den *Aufgaben der Verwaltung* verbunden. Der periodisch auftretenden Forderung nach einer „aufgabenorientierten“ Systematik³⁵ lässt sich nur nachkommen, wenn man die Distanz zwischen Aufgabe und Recht in mehreren Zwischenschritten abbaut.³⁶ Auch die schon etwas äl-

³¹ Dazu *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 1. Kap. Tz. 12 ff. und 3. Kap. Tz. 1 ff.

³² *Vofskuble*, in: GVwR Bd. I, § 1 Rn. 43 ff.; *Karl-Heinz Ladeur*, Die Bedeutung des Allgemeinen Verwaltungsrechts für ein Europäisches Verwaltungsrecht, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 795 (796 f.).

³³ *Siegel*, Entscheidungsfindung, S. 48 ff.; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, bes. S. 6 ff. und 195 f. Für das Europäische Verwaltungsrecht *Terbechte*, in: ders., Verwaltungsrecht der EU, § 1 Rn. 62 ff. Zum umgekehrten Weg der Konstituierung eines neuen Gebietes des Besonderen Verwaltungsrechts durch Orientierung an den Ordnungsmustern des Allgemeinen Verwaltungsrechts vgl. *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 45 ff.

³⁴ Grundlegend *Terbechte*, in: ders., Verwaltungsrecht der EU, § 1 Rn. 62: „Die zentrale These dieses Buches ist, dass das europäische Verwaltungsrecht in seiner Entwicklung und ggf. in seiner Konsolidierung ebenso durch seine Referenzgebiete geprägt wird wie das mitgliedstaatliche Verwaltungsrecht“.

³⁵ So prominent etwa *Badura*, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, S. 20 ff. Zu entsprechenden in das 19. Jahrhundert zurückreichenden Forderungen ähnlicher Art vgl. die Nachweise bei *Heinz Mohnhaupt*, Vorstufen der Wissenschaften von „Verwaltung“ und „Verwaltungsrecht“ an der Universität Göttingen (1750–1830), Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte Bd. 1 (1989), S. 73 ff.

³⁶ Ähnlich *Wabl*, in: Reform Bd. I, S. 177 (bes. 209 ff.).

tere Verwaltungstypenlehre verfolgte diesen Ansatz.³⁷ Die Lehre von den Referenzgebieten beginnt damit, typische Verwaltungsaufgaben durch Bestandsaufnahme und Analyse von Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts zu erfassen; denn es sind dessen einzelne Gebiete, die einzelne Verwaltungsaufgaben juristisch in Form bringen und sie mit Verfahren und Instrumenten ausstatten, die nach bisher gewonnenen Erfahrungen die Aufgabenerfüllung ermöglichen. Gebietstypische Gerichtsurteile indizieren Friktionen und Vollzugswiderstände. Aus alledem kann rückgeschlossen werden, welche Instrumente und Arrangements sich für eine bestimmte Verwaltungsaufgabe als vollzugsfördernd erweisen und welche das nicht tun. Das ist ein Weg, um mindestens auf einer „mittleren Ebene“ dogmatische Einsichten zu gewinnen, eventuell sogar auf der Ebene des Allgemeinen Verwaltungsrechts zu einem veränderten Zuschnitt der Rechtsformen und des Verfahrensrechts zu gelangen.

Insgesamt hat sich schon die Bestandsaufnahme, die erste Stufe des Reformprojekts, als ein aufwändiges, aber unverzichtbares Unternehmen erwiesen. Sie soll dazu führen, dass das Allgemeine Verwaltungsrecht sein überkommenes Formenarsenal mit neuen Regelungselementen abgleicht, für die es in einzelnen Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts schon Vorbilder gibt, um so mit neuen oder entsprechend fortentwickelten Formen und Verfahren reagieren zu können, wenn sich vergleichbare Probleme auch in anderen Gebieten des Fachverwaltungsrechts stellen.³⁸

II. Alte und neue methodische Zugänge

Methodenfragen stellen sich für das Verwaltungsrecht zunächst in zwei Zusammenhängen:³⁹ als Fragen der Rechtsanwendung und als Fragen der Rechtswissenschaft. Die Rechtsanwendung meint dabei nicht nur den Gesetzesvollzug in Einzelentscheidungen, sondern auch Gestaltungsentscheidungen der Verwaltung wie die Planung und die administrative Normsetzung. Insofern Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung in der Dogmatik zusammenfinden, erscheinen die Schnittstellen, die der Dogmatik zugrundezulegende Begriffs- und Systembildung und die Frage der Einbeziehung von Erkenntnissen anderer Wissenschaften besonders interessant. „Hinter der Frage nach der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methode verbergen sich also letztlich zwei zusammenhängende Fragen: die nach den Veränderungen dogmatischen Arbeitens und die

³⁷ Zu ihr *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, 3. Kap. Tz. 98 ff.

³⁸ Vgl. jüngst *Wiesinger*, *Innovation im Verwaltungsrecht durch Internationalisierung. Eine rechtsvergleichende Studie am Beispiel der Aarhus-Konvention*.

³⁹ Systematisch zum Folgenden *Möllers*, in: *GVwR* Bd. I, § 3 Rn. 18 ff.; *I. Augsberg*, in: *Terhechte*, *Verwaltungsrecht der EU*, § 4.

nach den Wandlungen im Umgang mit den nichtdogmatisch verfahrenen Disziplinen“.⁴⁰

1. Die überkommene „Juristische Methode“

Die überkommene Dogmatik wird üblicherweise mit der „Juristischen Methode“ identifiziert.⁴¹ Damit ist ein Wissenschaftsprogramm in Bezug genommen, das sich in Deutschland mit den Namen Gerber und Laband verbindet,⁴² etwa gleichzeitig aber auch in anderen europäischen Ländern Anerkennung fand.⁴³ Es geht zentral um die Bildung eines juristischen Begriffsapparates und eines darauf aufbauenden Systems. Beides soll frei von historischen und politischen Einflüssen rechtswissenschaftlich autonom erfolgen. „Das Politische ist nicht Zweck, sondern nur Material“, heißt es bei Gerber 1852 bündig.⁴⁴ Die Konstruktion der Rechtsbegriffe erscheint als „eine rein logische Denktätigkeit“; alle historischen, politischen und philosophischen Betrachtungen seien für die Dogmatik eines konkreten Rechtsstoffes ohne Bedeutung und dienen „nur zu häufig dazu, den Mangel an konstruktiver Arbeit zu verhüllen“.⁴⁵ Nicht ganz einheitlich beantwortet wird, worauf sich die konstruktive Arbeit in der Sache beziehen und woher sie ihre Konstruktionsideen erhalten soll: Bei Gerber spielt dabei das Privatrecht als Referenz die wichtigste Rolle. Für Laband sind es eher die „geltenden positiven Rechtssätze“, über die das deutsche Reichsstaatsrecht seit 1871 verfügt. Sie sind es, die gründlich erforscht werden müssen und dann das Material auch für Analogien und Umkehrschlüsse bilden, mit denen Lücken im positiven Recht aufgefüllt werden. Man kann insofern von einer rechtspositivistischen und einer stärker gesetzpositivistischen Ausprägung der Juristischen Methode sprechen.⁴⁶

Nun ist schon seinerzeit eingewandt worden, dass die rigorose Ausklammerung nichtjuristischer Argumente weder den Bedingungen des Staatlebens angemessen noch ihrerseits so voraussetzungslos sei, wie sie zu sein vorgibt. Klassisch formulierte Gierke seine Kritik:⁴⁷ „So hat Laband die Fragen nach Grund,

⁴⁰ Bumke, in: Reform Bd. X, S. 73 (78). Vgl. auch Pöcker, Wandel, S. 65 ff.

⁴¹ I. Appel, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 226 (236 ff.); Voßkuhle, in: GVWR Bd. I, § 1 Rn. 2 ff.

⁴² Dazu die Darstellung von Stolleis, Geschichte Bd. II, S. 322 (330 ff.); Pauly, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hrsg.), Ius Publicum Europaeum Bd. II, 2008, § 27 Rn. 7 ff.; zum Verhältnis beider vgl. Kremer, Die Willensmacht des Staates, S. 41 ff. und 289 ff.

⁴³ Dazu von Bogdandy, in: IPE Bd. II, § 39 Rn. 14 ff.

⁴⁴ Gerber, Über Öffentliche Rechte (Nachdruck der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, 1961), S. 23; dazu Kremer, Die Willensmacht des Staates, S. 277 ff.

⁴⁵ Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches in vier Bänden, Vorwort S. IX.

⁴⁶ Vgl. Stolleis, Geschichte Bd. II, S. 343 f.

⁴⁷ von Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft (Nachdruck der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, 1961), passim, vgl. etwa S. 23 f.; s. auch Kremer, Die Willensmacht des Staates, S. 296 ff.

Wesen und Zweck von Staat und Recht nur scheinbar aus seinem Gesichtsfelde zu verbannen vermocht. In Wahrheit tauchen sie überall im Hintergrunde auf und werden mindestens in einer bestimmten Richtung beantwortet“. Aber das Methodenkonzept kam den politischen Verhältnissen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und dem zeitgenössischen Bilde einer möglichst „objektiv“ vorgehenden Wissenschaft so passgenau entgegen, dass es breite und lang anhaltende Gefolgschaft fand.⁴⁸

Auch die sich entfaltende Verwaltungsrechtswissenschaft konnte hier anknüpfen. Nicht länger sollte die überbordende Materialflut des Fachverwaltungsrechts den Hauptgegenstand der Lehrbücher bilden, sondern ein Lehrgebäude, das wissenschaftlichen Ansprüchen an die Ausbildung eines Systems entsprach.⁴⁹ Freilich wurden dabei die Forderungen des staatsrechtlichen Positivismus nicht einfach übernommen. Das zeigt eine Analyse des methodischen Vorgehens, das dem Werke Otto Mayers zugrundeliegt. Mayer folgt zwar der Juristischen Methode; aber die „schroffe Einseitigkeit“ ihrer Begriffsbildung lehnt er ab.⁵⁰ Seine Arbeit ist folglich nicht durch eine Ausklammerung aller nichtjuristischen Argumente, sondern durch seine auf Rechtsprinzipien bezogene hermeneutische Vorgehensweise bestimmt.⁵¹ Der große Erfolg seiner Lehre beruhte auf der Verbindung von Rechtsvorstellungen und Verwaltungsaufgaben zu einem Sozialmodell, das dem zeitgenössischen gesellschaftlichen Selbstverständnis entsprach: ein liberales Rechtsstaatsmodell, in dem das Gesetz die Grenzlinie zwischen den Handlungsbefugnissen der monarchischen Exekutive und den Freiräumen der bürgerlichen Gesellschaft aufzeigt.⁵² Das Zentrum bildet ein Formensystem, das dem Geflecht von Verwaltungshandlungen Transparenz und Ordnung vermitteln soll. Das ist eine große wissenschaftliche Leistung, die auch heute Anerkennung verdient. Eine ganz andere Frage ist es jedoch, ob das zugrunde gelegte Ordnungsmodell die gegenwärtige Dogmenbildung weiter zu leiten vermag.

Die hohe Plausibilität der dogmatischen Folgerungen als Akte der Rechtserkenntnis gründet auf der Überschaubarkeit dieser Grundannahmen, dem auf

⁴⁸ Plastisch *Stolleis*, Geschichte Bd. II, S. 343: Laband als „ein Denkmal staatsrechtlicher Selbstgewißheit des Kaiserreichs“.

⁴⁹ „Der erste, der das deutsche Verwaltungsrecht auf solche Weise zur Darstellung gebracht, war der Württembergische Oberamtsrat Friedrich Franz Mayer mit seinem Buche: Grundsätze des Verwaltungsrechts, 1862“. So O. Mayer, Verwaltungsrecht Bd. 1, S. 20 Fn. 14. Vgl. *Ishikawa*, Friedrich Franz von Mayer. Begründer der „juristischen Methode“ im deutschen Verwaltungsrecht, S. 116 ff. Zur Entwicklung insgesamt *Stolleis*, Geschichte Bd. II, S. 394 ff.; *ders.*, in: GVwR Bd. I, § 2 Rn. 47 ff.

⁵⁰ Dazu die Analyse der verstreuten Aussagen O. Mayers zu seiner Methode bei *Hueber*, Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, S. 15 (22 f.).

⁵¹ Dazu *Engel*, in: *ders./Schön*, Proprium der Rechtswissenschaft, S. 205 (216).

⁵² Vgl. *Hueber*, a.a.O., S. 83 ff.: „Das moderne Verwaltungsrecht als Kompromiß von Staatsidee und Rechtsstaatsidee“.

Formen konzentrierten Rechtskonzept und dem bewusst beschränkten, ex negativo, d.h. im Kontrast zu dem überwundenen Modell des Polizeistaates bestimmten Bestand an Staatsaufgaben. Grundvorstellung ist „die tunlichste Justizförmigkeit der Verwaltung“.⁵³ Komplexe Verwaltungsstrukturen, die sich nicht in einfache normative Argumentationszusammenhänge einordnen lassen, wie die Organisation der Verwaltung oder das Verwaltungsverfahren, haben im Allgemeinen Teil, der das Zentrum des Mayerschen Systems ausmacht, keinen Platz. Wo sich diese Konzentration nicht durchhalten ließ, wo wie z.B. im Anstaltswesen die Sachgesetzlichkeiten der zu erfüllenden Aufgabe in den Vordergrund drängten, griff auch Mayer „über das positive Recht hinaus und holte sich den Baustoff aus der Wirklichkeit des Verwaltungslebens selbst“.⁵⁴ Dass dabei auch Verwaltungszwecke in seine Begriffsbildungen einfließen, hat kritisch schon die zeitgenössische Literatur angemerkt.⁵⁵ Selbst der Ankerpunkt des gesamten dogmatischen Baus, das Gesetz, erweist sich bei näherer Betrachtung keineswegs als ein rein rechtsnormatives Konstrukt, sondern hat eine lange philosophische Tradition (unter Einschluss naturphilosophischer Vorstellungen) in sich aufgenommen.⁵⁶

Überhaupt gilt:⁵⁷ „Eine Verwaltungsrechtswissenschaft, die autonom im Sinne der Abgeschlossenheit wäre, hat es im 19. Jahrhundert nicht gegeben“. Anders formuliert:⁵⁸ „Der emanzipatorische verwaltungsrechtswissenschaftliche Beitrag im 19. Jahrhundert besteht vor allem in der Entwicklung und Ausbuchstabierung von Rechtsinstituten, in denen die politischen und staatsrechtlichen Kompromisse zwischen freiheitlichen und obrigkeitlichen Kräften operativ werden können“. Die Aussage, die Juristische Methode zeichne sich „durch die Konzentration auf das Juristische aus“,⁵⁹ hilft daher wenig, wenn nicht genauer festgelegt ist, woraus das „Juristische“ seine Begründungselemente nimmt und wie eng die Deduktionszusammenhänge zwischen normativem Ausgangspunkt und konkretem Ergebnis sein müssen, um dieses Ergebnis als Akt der Rechtserkenntnis anzuerkennen. Eine Bastion einer „guten alten“ Methoden-

⁵³ O. Mayer, *Verwaltungsrecht* Bd. 1, S. 62.

⁵⁴ So Forsthoff, *Verwaltungsrecht*, S. 55.

⁵⁵ Vgl. Stolleis, *Geschichte* Bd. II, S. 402 unter Verweis auf Edgar Loening, *Die konstruktive Methode auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts*, Schmollers Jahrbuch Bd. 11 (1887), S. 117 (135); ausführlich Erich Kaufmann, *Otto Mayer*, *VerwArch* Bd. 30 (1925), S. 377 (388 ff.). Zur Polizei- und Finanzgewalt als „Rechtsinstituten höherer Ordnung“ Bumke, in: *Reform* Bd. X, S. 73 (87): „Einbindung der Verwaltungsaufgabe als ein Element handlungsbezogener Betrachtung in die rechtsaktbezogene Begriffs- und Konstruktionswelt“.

⁵⁶ Dazu Vesting, in: *Reform* Bd. X, S. 253 (268 ff.).

⁵⁷ Vesting, in: *Reform* Bd. X, S. 253 (272).

⁵⁸ von Bogdandy, in: *IPE* Bd. IV, § 57 Rn. 48. S. auch Kremer, *Die Willensmacht des Staates*, S. 407 ff.: „Gerbers System als Versuch einer adäquaten Beschreibung des konstitutionellen Dualismus“.

⁵⁹ So Krebs, in: *Reform* Bd. X, S. 209 (216).

tradition kann die Juristische Methode nicht sein. Eher besteht die Gefahr, dass solche Vorstellungen historisch unergiebigem Verfallsszenarien anhängen.

2. Rechtsaktbezogener und verhaltensbezogener Ansatz

In der jüngeren Literatur werden die angesprochenen Methodenfragen daher nach einer von Christian Bumke entwickelten Unterscheidung eher unter den Begriffen der „rechtsaktbezogenen“ und der „verhaltensbezogenen“ Betrachtungsweise behandelt.⁶⁰

(a) *Rechtsaktbezogen* ist die Sicht der überkommenen Dogmatik, die das rechtlich relevante Handeln auf bestimmte Formen konzentriert und für diese Formen Zuordnungsentscheidungen im Rechtssystem nach einem „binären Code“ (öffentlich-rechtlich/privatrechtlich, rechtmäßig/rechtswidrig) trifft. Die Betrachtung spiegelt vorrangig die Entscheidungssituation verwaltungsgerichtlicher Verfahren aus ihrer Kontrollperspektive. „Man begreift die Rechtsordnung nicht als ein komplexes Gefüge, das aus einer Vielzahl konkreter Handlungen erwächst. Stattdessen geht man mit ihr und den Rechtsakten so um, als ob es sich um abstrakte Gegenstände handelt, die man losgelöst vom konkreten Handeln der Rechtsakteure untersuchen kann“.⁶¹ Dank dieser Konzentration vermittelt die rechtsaktbezogene Betrachtungsweise den Eindruck verlässlicher und vorhersehbarer Ergebnisse. Ähnlich wie im System Otto Meyers wird auch hier die Eindeutigkeit jedoch durch eine hohe Selektivität der erkenntnisleitenden Gesichtspunkte erkauft. Die Akteure, die hinter den Rechtsakten stehen, interessieren so wenig wie die Zwecke, die sie mit ihnen verfolgen, oder die Entscheidungssituation, in der sie sie erließen. Das aber erscheint in der grundgesetzlichen Verfassungsordnung, die multipolare Grundrechtsslagen und eine differenzierte Lehre demokratischer Legitimation kennt, nicht ausreichend, um das Verwaltungshandeln rechtlich wirklich „in Form“ zu bringen.⁶² Natürlich existieren auch heute Verwaltungsrechtsverhältnisse, die sich dogmatisch in einfachen Formen beschreiben lassen. Eine allein auf die rechtsaktbezogene Perspektive verengte Dogmatik müsste aber als unterkomplex angesehen werden.

(b) *Verhaltensbezogen* ist eine Dogmatik, die primär auf das Vorgehen der Akteure, ihr Zusammenwirken und auf die Zwecke ihres Handelns abstellt. Die Betrachtung setzt nicht ex post bei der getroffenen Entscheidung, sondern ex ante bei ihrem Zustandekommen an. Nicht die Kontroll-, sondern die

⁶⁰ Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, S. 255 ff.; ders., in: Reform Bd. X, S. 73 (75 ff.); daran anknüpfend etwa I. Appel, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 226 (252); Eifert, dort, S. 286 (289 f.); Voßkuhle, in: GVwR Bd. I, § 1 Rn. 3.

⁶¹ Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, S. 257.

⁶² Vgl. Eifert, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 286 (290 f.); auch Engel, in: ders./Schön, Proprim der Rechtswissenschaft, S. 205 (218 ff. als „Kritik an Otto Meyers Projekt“).

Handlungsperspektive steht im Vordergrund. Damit erweitert sich der Kreis der normativen Orientierungen über die harten Rechtsregeln hinaus auf Abwägungsdirektiven und finale Programme. Auf dieser Grundlage verlangen es die Verwaltungsaufgaben und die unterschiedlichen Verwaltungszwecke, ihren normativen Stellenwert zu bestimmen. Fragen nach der Bedeutung verwaltungsorganisatorischer Arrangements stellen sich. Die Unsicherheitsbedingungen, unter denen administratives Handeln oft steht, werden benannt und in Argumentationsmustern aufzufangen versucht, die über den überkommenen juristischen Methodenkanon hinausreichen.

Auch der verhaltensbezogene Ansatz steht auf dem Boden rechtswissenschaftlichen Arbeitens. Er ist kein Projekt der Sozialwissenschaften. Aber er hat zu diesen Wissenschaften eine stärkere Affinität als die rechtsaktbezogene Perspektive. Dafür erscheinen seine Zuordnungen nicht selten weniger eindeutig. Sie werden nicht notwendig nach einem binären Code getroffen, sondern können auch Aussagen über ein zu erreichendes Maß von Wirksamkeit enthalten. Zur Vorbereitung solcher Aussagen ist es u. U. erforderlich, mit Skalierungen und Typenreihen zu arbeiten, die in Rechtsaussagen zu überführen nicht einfach ist und nicht ein für alle Mal festliegt, sondern kontextabhängig zu erfolgen hat. Entscheidend sind die Strukturen des einschlägigen Rechtsbegriffs, über den sich die Einbeziehung vollziehen soll, und die Regelungssituation, in der die Rechtsarbeit steht. Für administrative Planungen gelten andere Rezeptionsbedingungen als für Kontrollentscheidungen von Aufsichtsbehörden.

Der gegen die verhaltensbezogene Dogmatik erhobene Einwand, die Fülle der zu berücksichtigenden Gesichtspunkte überfordere die Rechtsanwendung, ist ernst zu nehmen. Der Gefahr muss dadurch begegnet werden, dass die unterschiedlichen Strukturen der Rechtsbegriffe exakt herausgearbeitet werden. In nicht wenigen Fällen werden die Ergebnisse schon nach dem vertrauten juristischen Methodenstandard relativ eindeutig sein. Es gibt aber auch außerordentlich komplexe Begriffe, deren Anwendung mehr erfordert als einen Subsumtionsschluss. Wenn die „Grundrechtsrelevanz“ eines Verfahrensfehlers oder das „hinreichende Legitimationsniveau“ eines Verwaltungsträgers festgestellt werden soll, nützt es nichts, auf einfache Schlussverfahren zu bauen. Hier müssen komplexe Argumentationsmuster gefunden werden. Die verhaltensbezogene Perspektive will genau das bewusst machen und solche Muster aufzeigen. Die Probleme werden durch den Zuschnitt der Rechtsfragen verursacht. Die Methode stellt sich nur auf sie ein. Man entgeht einer Problematik nicht dadurch, dass man sie ignoriert.

III. Vorverständnisse und Leitbilder

In einem dritten Schritt fragt das Reformprojekt nach den Vorverständnissen, die der überkommenen Dogmatik zugrundeliegen, und überprüft, inwieweit diese noch dem Verwaltungskonzept entsprechen, das das Verfassungsrecht und das europäische Recht heute zeichnen. Dogmatiken sind Gefüge normativer Aussagen. Sie stellen die aus dem positiven Recht gewonnenen Erkenntnisse nicht einfach als Einzelaussagen neben einander, sondern ordnen sie nach bestimmten normativen Leitvorstellungen von dem, was Verwaltung sein und leisten und wie sie dem Bürger gegenüberzutreten soll.⁶³

Auf seine wesentlichen Punkte konzentriert, ist das Konzept des überkommenen Verwaltungsrechts durch die *Trias* von Einheits-, Subsumtions- und Formenbindungslehre gekennzeichnet.⁶⁴ Das, was Verwaltung ist, wird vom Gewaltenteilungsprinzip her negativ als Tätigkeit des Staates definiert, die nicht Gesetzgebung und nicht Justiz ist. Als solche bildet die Verwaltung einen geschlossenen Block, der durch ein ministerielles Weisungsrecht zusammengehalten wird („Einheit der Verwaltung“). Ihre Aufgabe besteht im Vollzug möglichst genau formulierter materieller Gesetzesprogramme mittels juristischen Subsumtionsschlusses („Theorie der einen richtigen Entscheidung“). Die Vollzugsentscheidungen sind auf bestimmte Rechtsformen festgelegt, die die möglichste Justizförmigkeit administrativen Handelns sicherstellen sollen („Formenbindung“). Das ist ein stark *reduktionistisches Konzept*. Gerade in ihrem Reduktionismus liegt die Faszination der überkommenen Dogmatik. Hier wird mit leicht einsichtigen Vorstellungen von „innen“ und „außen“, „oben“ und „unten“ und scharfen Dualismen gearbeitet. Das verheißt eindeutige Zuordnungen und klare Ergebnisse. Hier scheinen Aussagen von rein juristischer Qualität getroffen zu werden.⁶⁵

Natürlich hat das Verwaltungsrecht mit der Einbeziehung der leistenden und der planenden Verwaltung an Formenreichtum gewonnen und kennt heute ne-

⁶³ Allgemein zur Bedeutung von Leitvorstellungen für das Verwaltungsrecht *Baer*, in: Reform Bd. X, S. 223 ff.

⁶⁴ *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Einige Überlegungen zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, DV Bd. 32 (1999), Beiheft 2, S. 177 ff.; detailliert *Engel*, in: ders./Schön, Proprium der Rechtswissenschaft, S. 205 (208 ff.).

⁶⁵ Präzise vorgezeichnet bei *O. Mayer*, Verwaltungsrecht Bd. 1, S. 62 f.: Zunächst die Grundaussage: „der Rechtsstaat bedeutet die tunlichste Justizförmigkeit der Verwaltung“. Danach folgt ein einschränkender Vorbehalt: „Soweit tunlich soll das durchgeführt werden; man soll sich „die lebendige Verwaltung“ nicht „schlechthin eingezwängt denken in die festumschließenden gleichmäßigen Formen der Justiz“, sondern „nur soweit das vereinbar ist mit dem Zweck dieser Tätigkeit, darf das geschehen“; in diesem Maße soll es aber auch geschehen. Gesetzgebung und Behörden „sollen diese rechtsstaatsmäßigen Dinge möglichst weit und reich hinübertragen in das zu pflegende Arbeitsfeld“. Formuliert ist die Grundsituation justizförmigen Gesetzesvollzuges; andere Zugänge werden zwar anerkannt, bilden aber Sonderfälle. Vgl. auch *Pöcker*, Wandel, S. 27 ff.

ben der hierarchisch organisierten Verwaltung die Selbstverwaltung, neben der Subsumtionsentscheidung die Ermessensentscheidung, neben dem rechtsförmigen das nicht-rechtsförmige Verwaltungshandeln. Wichtige Modernisierungsdiskurse haben das verwaltungsrechtliche Denken vor allem um verfahrensrechtliche Perspektiven bereichert.⁶⁶ Aber der reduktionistische Grundansatz, der sich in der Trias ausdrückt, ist nach wie vor nicht überwunden: Auf einer solchen Basis fällt es nach wie vor schwer, neben der Staatsverwaltung die eigenständige Legitimation der Selbstverwaltung, neben dem Hierarchieprinzip das Kollegialprinzip, neben der subsumierenden die gestaltende Verwaltung, neben dem einseitigen Entscheiden den Verwaltungsvertrag als *Normalität des Verwaltens* und als *gleichberechtigten Systemteil* des Verwaltungsrechts anzuerkennen.⁶⁷

In der verwaltungsrechtlichen Systembildung ist souverän, wer das Leitbild definiert. Andere Ansichten werden so auf Ausnahmepositionen verwiesen, als irregulär eingestuft und mindestens mit Begründungslasten beschwert. „Wenn die Verwaltungspraxis von den normativen Vorstellungen der konsentierten Systematik und von den darauf gegründeten Typen und Formen abweichen will, ist sie in der Defensive“.⁶⁸ Ja, sie läuft Gefahr, als Verfallserscheinung angesehen zu werden. Genau das geschieht noch heute in alter Weise. Nach wie vor dominieren in den Lehrbüchern viel zu einfache Vorstellungen von der Gesetzesanwendung der Verwaltung, von der Formgebundenheit administrativen Handelns und vom Vorrang hierarchischer Organisationsformen.⁶⁹ Das erfolgt regelmäßig verdeckt, d.h. ohne darüber in eine Diskussion einzutreten, ob der als Normalität genommene Maßstab diese Normalität tatsächlich wiedergibt. Es ist das *Verwaltungsverständnis hierarchisch verfasster Staatlichkeit*, das hier nachwirkt.⁷⁰

Ein solches Vorverständnis kann nicht akzeptiert werden. Die Reformdiskussion und die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft bestreiten, dass die verfassungsrechtliche Position der Verwaltung, dass ihre Organisation und ihre Aufgaben, ihr Verhältnis zu den Bürgern und ihr Umgang mit dem Gesetz sich in einem so stark vereinfachenden Modell einfangen lassen. Sie zeigen, dass das

⁶⁶ Dazu *Kaiser*, Kommunikation der Verwaltung, S. 73 ff. und 136 ff.

⁶⁷ Am Beispiel des Verwaltungsvertrages *Bauer*, in: GVwR Bd. II, § 36 Rn. 1 ff.

⁶⁸ *Engel*, in: ders./Schön, Proprium der Rechtswissenschaft, S. 205 (217).

⁶⁹ Zutreffend gegen einen Primat der hierarchischen Ministerialverwaltung jetzt aber *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § 79 Rn. 63. Anders *Loschelder*, in: HStR Bd. V, § 107 Rn. 22: Hierarchie als „das zentrale Bauprinzip der Exekutive, auch im demokratischen Verfassungsstaat“, als „Grundmuster“ (Rn. 38 ff.), demgegenüber andere Formen unter „Grenzen und Einschränkungen“ fallen; eher differenzierend *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 20 (Stand Januar 2010) Rn. 139 ff.: „Ministerialverwaltung als Grundmodell“, Auseinandersetzung mit der Kritik dieser Ansicht dort Rn. 152 ff. und Hinweis, das Grundmodell sei „hinreichend offen und flexibel“, dort Rn. 169 ff.

⁷⁰ Grundlegende Kritik an diesem Bilde bei *Möllers*, Staat als Argument.

Grundgesetz und die EU-Verträge nicht von der Verwaltungseinheit sondern der Verwaltungsvielfalt ausgehen, für die ein mehrgliedriges, keineswegs nur hierarchisch geprägtes Legitimationssystem entfaltet werden muss (Art. 20 Abs. 2, 28 GG, Art. 10, 11 EUV).⁷¹ Sie betonen, dass Gewaltenteilung und Gesetzesbindung die Exekutive nicht auf subsumtionsmäßigen Vollzug parlamentarischer Vorgaben festlegen, sondern sie als eigenständige Gewalt anerkennen, die auch ermessensbestimmte Gestaltungsaufgaben wahrzunehmen hat (Art. 20 Abs. 3 GG).⁷² Sie verweisen auf ein breites Handlungsarsenal der Verwaltung, das nicht nur einseitige förmliche Hoheitsakte, sondern auch konsensuale Formen und informales Handeln als Normalität anerkennt, alle diese Vorgänge jedoch einer umfassenden Grundrechtsbindung unterstellt (Art. 1 Abs. 3 GG). Das Verwaltungsmodell der überkommenen Dogmatik ist in seinen Vorverständnissen zu eng. Die von ihm angenommenen Erscheinungsformen, Handlungsweisen und Aufgaben der Verwaltung sind zwar nach wie vor beachtlich. Sie konstituieren jedoch nicht mehr *die* „dogmatische Grundsituation“. Das Verwaltungsrecht des offenen Verfassungsstaates (Art. 23, 24 GG, Art. 4 Abs. 3 EUV) ist ein durch *Pluralität* seiner Methoden und Regelungselemente, seiner Rechtsquellen, Handlungsformen, Verfahren und Organisationseinheiten, bestimmtes Recht.⁷³ Die *Gegenwartsaufgabe der Dogmatik* besteht folglich darin, diese Vielfalt systematisch zu erfassen, die erforderlichen rechtlichen Verknüpfungen zwischen einzelnen Regelungselementen herzustellen und so das für die Wirksamkeit des Rechts wichtige Zusammenwirken der einzelnen Bauformen zu gewährleisten.⁷⁴ Die neue *Trias* lautet: Ausdifferenzierung, Verknüpfung, Kohärenzsicherung.

C. Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft

Die unterschiedlichen Entscheidungssituationen administrativer Rechtsanwendung erfordern unterschiedliche methodische Zugänge. Die Verwaltungsrechtswissenschaft muss sich, wenn sie an der dogmatischen Systembildung weiter mitarbeiten will, darauf einstellen. In der Literatur wird daher empfohlen, die rechtsakt- und die verhaltensbezogene Perspektive zu verklammern.⁷⁵ Eine einfache Addition des Neuen zum Bisherigen kann damit freilich nicht gemeint

⁷¹ Dazu *Trute*, in: GVwR Bd. I, § 6 Rn. 15 ff. und 102 ff.; siehe unten 3. Teil, B. und C.

⁷² *Reimer*, in: GVwR Bd. I, § 9 und *Hoffmann-Riem*, dort, § 10.

⁷³ *Schmidt-Aßmann*, in: GVwR Bd. I, § 5 passim; auch *St. Augsburg*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der EU, § 6 Rn. 2.

⁷⁴ Vgl. *Karl-Heinz Ladeur*, Die Herausbildung des globalen Verwaltungsrechts und seine Verknüpfung mit dem nationalen Recht, DÖV 2012, S. 369 ff.; *Pöcker*, Wandel, S. 196 ff.

⁷⁵ *I. Appel*, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 226 (252 ff.); ähnlich *Eifert*, dort, S. 286 (300 ff.).

sein. Das überkommene Denken muss vielmehr auf ein breiteres Spektrum von Zugängen umgestellt und damit *umgestaltet* werden. Andreas Voßkuhle spricht davon, die Verwaltungsrechtswissenschaft sei von einer „anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft“ zu einer „rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“ fortzuentwickeln.⁷⁶ Idealtypisch lassen sich dazu eine *Entscheidungssituation* und eine *Beratungssituation* unterscheiden, die *beide* die verwaltungsrechtliche Dogmatik herausfordern.⁷⁷ Die bisherigen Rechtsinstitute und dogmatischen Ausformungen sollen zwar nicht vollständig ersetzt werden.⁷⁸ Die notwendigen Perspektivenerweiterungen und „Schwerpunktverlagerungen“ müssen aber zu neuen verwaltungsrechtlichen Modellvorstellungen führen.

I. Steuerungswissenschaftliche Ausrichtung

Dafür steht als theoretischer Rahmen das Konzept der „Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft“ zur Verfügung.⁷⁹ Alles Recht ist auf steuernde Wirkungen angelegt. Auch das unscheinbarste Gerichtsurteil zur nachbarschützenden Funktion einer bestimmten baurechtlichen Vorschrift schafft dem Kläger (oder dem Bauherrn) nicht nur „sein Recht“, sondern hat Steuerungseffekte im Städtebaurecht; beide Wirkungen sind überhaupt nicht zu trennen. Eine steuerungswissenschaftliche Betrachtung des Rechts lässt sich folglich nicht gegen ein wertbetontes Rechtsdenken ausspielen.

1. Analytisches Konzept

Das Steuerungskonzept ist zunächst einmal ein *analytisches* Konzept, das die Regelungsabläufe und Bewirkungsvorgänge zwischen Verwaltung und Gesellschaft in ihren einzelnen Elementen (Akteure, Verfahren, Ziele, Instrumente, Effekte) untersucht und systematisch nach Wechselbeziehung und Wechselwirkungen zwischen ihnen fragt. Es ist handlungsorientiert, folgt aber keiner bestimmten Sozialtheorie. Mit *Governance-Ansätzen* hat es den analyti-

⁷⁶ Voßkuhle, in: GVwR Bd. I, § 1 Rn. 15 ff.; zu der darin liegenden Perspektivenerweiterung auch Franzius, dort, § 4 Rn. 1 ff. und Hoffmann-Riem, dort, § 10 Rn. 111 ff.

⁷⁷ Dazu siehe unten 3. Teil, A. II. 1.

⁷⁸ Das ist bereits im Vorwort des 1. Bandes der Reformschriften klar herausgestellt worden. Zum überkommenen Konzept des Verwaltungsrechts und seiner Zentriertheit auf das Gesetz und den hoheitlichen Gesetzesvollzug heißt es dort (S. 7): „Dieses alles sind wichtige und unverzichtbare Grundannahmen auch für unsere Zeit. Aber es muß doch gefragt werden, ob die Situation modernen Verwaltens rechtlich damit so zureichend erfaßt ist, wie das von einem sozial-rechtsstaatlichen Verwaltungsrecht und seiner Verpflichtung auf eine wirklichkeits-wissenschaftliche Fundierung gefordert wird“.

⁷⁹ Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, S. 262 ff.; ders., in: Reform Bd. X, S. 73 (127 ff.).

schen Ausgangspunkt gemeinsam.⁸⁰ Anders als diese stellt es aber diejenigen Regelungsabläufe in den Mittelpunkt, in denen *staatliche Entscheidungsträger* eine zentrale Funktion haben. Andere Akteure und andere als hierarchische Regelungsstrukturen spielen für das verwaltungsrechtliche Steuerungskonzept ebenfalls eine Rolle. Es ist ja gerade ein besonders wichtiges Anliegen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, die Einseitigkeiten der überkommenen Lehre mit ihren Hierarchie- und Einheitsvorstellungen aufzulösen.⁸¹

Sie folgt dabei den Governance-Lehren jedoch nicht, wenn diese davon ausgehen, dass die Differenz von Steuerungssubjekt und Steuerungsobjekt entfallen sei. Inwieweit sich eine solche Annahme für sozialwissenschaftliche Theoriebildungen eignet, ist hier nicht zu entscheiden. Beobachtungen, die für die internationale Ebene und für einzelne Politikbereiche zutreffen mögen, können jedenfalls nicht die Grundlage für ein Verwaltungsrecht sein, das die Verwaltung auf *allen* Ebenen (also vor allem auch auf nationaler Ebene) und in *allen* Aufgabefeldern (also auch in den Standardvorgängen der Ordnungs-, Abgaben- und Sozialverwaltung) erfassen muss. Nur ein steuerungswissenschaftliches Konzept gewährleistet auch die Anschlussfähigkeit der verwaltungsrechtlichen Modellannahmen an die *rechtsnormativen Zuordnungen*, die in den konstitutionellen Grundlagen des Verwaltungsrechts getroffen sind. Das Verwaltungsrecht beruht nun einmal „auf Zuweisungen von Kompetenzen und Verantwortungsbereichen an einzelne Akteure“, die sich im Steuerungsmodell besser abbilden lassen als in einem Governance-Konzept.⁸² Nicht ausgeschlossen ist es dagegen, auf einzelne Aspekte dieses Konzepts auch in einem steuerungswissenschaftlich ausgerichteten Verwaltungsrecht zurückzugreifen.⁸³ Steuerung und Governance sind nicht kategorial getrennt, setzen aber die Akzente anders.⁸⁴

2. Zusammenhänge und Wechselwirkungen

Die Grundlinien des Steuerungskonzepts sind an anderer Stelle dargestellt worden.⁸⁵ Zentral wichtig ist, dass Vorschriften und Rechtsinstitute nicht nur einzeln betrachtet werden, sondern dass Zusammenhänge und Wechselwirkun-

⁸⁰ Dazu nur die Nachweise bei *Vofskuhle*, in: GVwR Bd. I, § 1 Rn. 68 ff. und *Schuppert*, dort, § 16 Rn. 20 ff.; ders. (Hrsg.), *Governance-Forschung*; *Hans-Heinrich Trute/Wolfgang Denkhaus/Doris Kühlers*, *Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, DV Bd. 37 (2004), S. 451 ff.

⁸¹ Dazu siehe oben B. III.

⁸² So auch *Vofskuhle*, in: GVwR Bd. I, § 1 Rn. 71. Für eine Fortentwicklung des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes zu einer governancetheoretischen Perspektive demgegenüber *Schuppert*, dort, § 16 Rn. 20 ff.

⁸³ Dazu siehe unten 3. Teil, A. II. (zum Verwaltungsorganisationsrecht).

⁸⁴ So *Renate Mayntz*, *Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?*, in: *Schuppert, Governance-Forschung*, S. 11 (17).

⁸⁵ *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, 1. Kap. Tz. 33 ff. unter Bezugnahme vor allem auf die Arbeiten Schupperts. Weitere Nachweise bei *Vofskuhle*, in: GVwR Bd. I, § 1 Rn. 17 ff.

gen in die Untersuchungen einbezogen werden. Besonders deutlich wird das im Verwaltungsorganisationsrecht; doch gilt es auch für das Verfahrensrecht und für die Handlungsformenlehre.⁸⁶ „Es gibt zwei Aufgaben eines Verwaltungsrechts, das sich nicht nur der Kontrolle von Herrschaft verschrieben hat: die Rekonstruktion von Steuerungszwecken und das vergleichende Urteil über Steuerungsinstrumente“.⁸⁷ Mit beiden geht der Steuerungsansatz über seine analytische Funktion hinaus. Das Denken in *Zusammenhängen* entspricht der systematischen Ausrichtung der verwaltungsrechtlichen Dogmatik. Es wird heute zudem durch die hohe Komplexität wichtiger Gebiete des Besonderen Verwaltungsrechts wie des Umwelt- und des Regulierungsrechts verlangt. Das Denken in *Wechselwirkungen* nimmt das mit dem Recht verbundene Wirksamkeitsgebot auf.⁸⁸ Als Interpretationstopos ist dieses Gebot z.B. als „Rechtsschutzeffektivität“ seit langem anerkannt. Besonders ausgeprägt tritt es als „effet utile“ im EU-Recht auf.⁸⁹

Zusammenhänge und Wechselwirkungen lassen sich allerdings mit den einfachen Methoden juristischer Subsumtionsschlüsse allein nicht bewältigen.⁹⁰ Beide Aufgaben erfordern, über das Zusammenspiel von juristischen und nicht-juristischen Erkenntnissen nachzudenken. „Die herkömmliche ‚juristische Methode‘ wird durch die Umstellung der Jurisprudenz auf eine ‚Steuerungswissenschaft‘ keinesfalls überflüssig; aber sie büßt doch ihren Alleinstellungsanspruch ein und wird durch weitere, nachbarwissenschaftlich bereitgestellte Perspektiven angereichert“.⁹¹

II. Die Einbeziehung nicht-juristischer Erkenntnisse

Damit ist das Thema der *Interdisziplinarität der Verwaltungsrechtswissenschaft* aufgerufen, das sich wie ein roter Faden durch die Geschichte der Disziplin zieht und gelegentlich stark emotionsgeladen behandelt worden ist. Die Auseinandersetzungen um die Juristische Methode haben das gezeigt.⁹² Entwicklungsgeschichtlich nüchterner wird das Verhältnis als ein solches periodischer „Öffnungen und Schließungen“ der Rechtswissenschaft gegenüber ande-

⁸⁶ Dazu siehe unten 2. Teil, 2. Abschnitt, C.: „Bewirkungsformen“.

⁸⁷ Engel, in: ders./Schön, Proprium der Rechtswissenschaft, S. 205 (227).

⁸⁸ Zu diesem Gebot Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2. Kap. Tz. 20 ff.

⁸⁹ Dazu Seyr, Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH, bes. S. 278 („breites Verständnis von Wirksamkeit“). Zur dabei notwendigen Beachtung von Kompetenzgrenzen siehe unten 2. Teil, 1. Abschnitt, C. II. 2.

⁹⁰ Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 1. Kap. Tz. 49.

⁹¹ Matthias Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Engel/Schön, Proprium der Rechtswissenschaft, S. 241 (261).

⁹² Dazu siehe oben B. II. 1.

ren Wissenschaften beschrieben.⁹³ Es sei an die Stichworte „Daseinsvorsorge“, „Partizipation“, „Risiko“ und „Planung“ erinnert.⁹⁴ Die Beobachtungen zum Diskurs der Wissenschaften lassen sich wie folgt zusammenfassen:⁹⁵ „Wie die vorangegangene Darstellung gezeigt haben dürfte, ist die Frage, ob man das Gespräch mit den nichtdogmatisch arbeitenden Disziplinen suchen sollte, praktisch beantwortet: Die Verwaltungsrechtswissenschaft hat stets um solche Gespräche nachgesucht. Sie bedarf ihrer, um grundlegende gesellschaftliche Veränderungen zu verarbeiten. Zudem wirkt sich der Blick über die eigenen Fachgrenzen innovativ auf die Art und Weise der dogmatischen Betrachtung und Bewältigung konkreter Sachfragen aus“.

1. Rechtspraxis und Rechtswissenschaft

Geht man systematisch vor und beginnt mit der *Rechtspraxis* und ihrer Rechtsanwendung im Einzelfall, so sollte die Positionsbestimmung einfach sein. Wo eine Verwaltungsentscheidung oder ein richterliches Urteil Kenntnisse aus anderen Sachbereichen, etwa aus der Technik oder der Ökonomie, verlangt, greift der Rechtsanwender wie selbstverständlich auf die Expertise anderer Wissenschaften zurück. Er ist beweisrechtlich sogar verpflichtet, dieses tun, wenn er eigene Sachkunde nicht in hinreichendem Maße besitzt. Gleiches gilt aber auch für komplexere Formen der Rechtsanwendung wie die administrative Planung und Normsetzung. Auch hier geht es nicht ohne die Heranziehung von Kenntnissen anderer Fachrichtungen, die den Juristen mit diesen ins Gespräch bringt, ihn zu Rückfragen und zur Auseinandersetzung veranlasst.

Ein ganz anderer Eindruck entsteht, wenn man nach dem Verhältnis der *Rechtswissenschaft* zu anderen Disziplinen fragt. Hier geht es jedenfalls für manchen erkennbar um die Identität des Faches, um „Methodenreinheit“ und das eigene Selbstverständnis.⁹⁶ Aber: liegen die beiden Felder, liegen Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft in der Dogmatik wirklich so weit auseinander, dass so unterschiedliche Reaktionen gerechtfertigt sind? Man mag einwenden, dass es in Fällen der Rechtspraxis um Einwirkungen anderer Wissenschaften auf die Tatsachenfeststellung gehe, während in der letzteren Gruppe der Zugriff nicht-dogmatischer Wissenschaften auf die Konstitution der Rechtsbegriffe selbst drohe und eben darin der wesentliche Unterschied liege.

⁹³ Dazu für die Rechtslage in der Bundesrepublik *Bumke*, in: Reform Bd. X, S. 73 (85 ff.). Im Ausgangspunkt wissenschaftstheoretisch in zahlreichen Aussagen ähnlich *Jestaedt*, in: Engel/Schön, Proprium der Rechtswissenschaft, S. 241 (247 ff.).

⁹⁴ Auch das Kommunikationsparadigma kann hierher gerechnet werden; dazu *Kaiser*, Kommunikation der Verwaltung, S. 59 ff.

⁹⁵ So *Bumke*, in: Reform Bd. X, S. 73 (128).

⁹⁶ Vgl. *Lepsius*, Besitz und Sachherrschaft, S. 398 ff.; *Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, S. 183 ff.

Eine genauere Betrachtung führt jedoch auf eine für *beide* Gruppen gemeinsame Einsicht zu: Erkenntnisse anderer Wissenschaften werden niemals in ihrem ursprünglichen Zuschnitt in das Recht einbezogen. Für die Rechtsanwendung des Praktikers ist das evident. Nicht der Techniker bestimmt, ob eine Immission im Sinne einer bestimmten Vorschrift des Lärmschutzrechts „unzumutbar“ ist, sondern der Verwaltungsbeamte bzw. der Richter, der eine Rechtsentscheidung nach Maßgabe des einschlägigen Rechts zu treffen hat. Es gilt aber auch für die Arbeit des Rechtswissenschaftlers, soweit sie dogmatisch sein soll. Auch sie muss für die Erkenntnisse der nicht-juristischen Wissenschaften Bezugspunkte im Rechtssystem identifizieren und von ihnen aus die rezipierenden Argumentationszusammenhänge aufbauen. Verlangt ist ein „normgeprägter Zugriff auf die Nachbarwissenschaften“.⁹⁷

Die Grundstruktur dieser rechtswissenschaftlichen Arbeit ist in einem „differenziert-integrativen Ansatz“ zu sehen, „der es erlaubt, unterschiedliche Perspektiven zusammenzuführen, ohne die jeweilige disziplinäre Identität aufzugeben“.⁹⁸ Gegenüber unkontrollierten „Theorieimporten“ ist die Normativität des eigenen Faches und der sie schützenden „Verkehrsregeln“ zu beachten⁹⁹. Ein Abschottungsgebot aber gibt es nicht. „Die Veränderungen der Gesellschaft bedingen einen epistemischen Komplexitätszuwachs, der eine weitgehende Verschleifung der normativen und der kognitiven Dimension des Rechts erfordert“.¹⁰⁰ Im Einzelnen vollzieht sich der Austausch mit den anderen Wissenschaften nach ganz unterschiedlichen „Mustern“. Diese Muster spiegeln die Erfahrungen bisheriger Kommunikation. Sie zeigen Rezeptionsmechanismen und Rezeptionsbarrieren auf und legen Filter gegen Fehlinterpretationen fest. Viel hängt von der Art der heranzuziehenden Erkenntnisse, d.h. davon ab, ob es sich um empirische, analytische oder normative Aussagen handelt.¹⁰¹ An-

⁹⁷ Hoffmann-Riem, in: Reform Bd. X, S. 11 (58 ff.); ähnlich Schmidt-Aßmann, dort, S. 387 (396 ff.).

⁹⁸ So Voßkuhle, in: GVwR Bd. I, § 1 Rn. 39; ders., Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in: Bauer u.a., Umwelt, Wirtschaft, Recht, S. 171 (173 ff.).

⁹⁹ Vgl. Vesting, in: Reform Bd. X, S. 253 (275 ff.); auch Christoph Engel, Verhaltenswissenschaftliche Analyse: eine Gebrauchsanweisung für Juristen, in: ders./Markus Englerth/Jörn Lüdemann/Indra Spiecker genannt Döhmann, Recht und Verhalten, S. 363 ff.; ähnlich unter Bezugnahme auf eine Unterscheidung Michel Foucaults Möllers, in: GVwR Bd. I, § 3 Rn. 42: „Es geht nicht um Methodenimperative, sondern um Vorsichtsregulative“.

¹⁰⁰ So Ino Augsberg, Multi-, inter-, transdisziplinär? Zum Erfordernis binnenjuristischer Metaregeln für den Umgang mit extrajuridischem Wissen im Verwaltungsrecht, in: ders., Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht. Analysen und Perspektiven, S. 3 (33) unter Nachzeichnung der Schwierigkeiten der geforderten „Übersetzungsleistungen“ (S. 16 ff.) und Darstellung vorhandener (materieller, prozeduraler und kompetentieller) binnenjuristischer Metaregeln (S. 23 ff.).

¹⁰¹ Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 1. Kap. Tz. 47 f. sowie die Beiträge zu „Anwendungsfeldern“ in: I. Augsberg, Extrajuridisches Wissen, S. 121 ff.

schaulichkeit ist hier nur zu gewinnen, wenn die Begegnungen der Rechtswissenschaft mit der Geschichts-, Wirtschafts-, Sozial-, Kultur- und Naturwissenschaft Bereich für Bereich durchgespielt werden.¹⁰²

2. Brückenbegriffe

Das Gespräch mit anderen Wissenschaften ist für die dogmatisch arbeitende Rechtswissenschaft kein Selbstzweck. Die Reformdiskussion hat die Notwendigkeit solcher Diskurse von Anfang an betont und dazu mit einer Reihe von Brücken- oder Verbundbegriffen gearbeitet:¹⁰³ u.a. den Begriffen „Verantwortungsteilung“, „Gewährleistungsstaat“, „regulierte Selbstregulierung“, „Informationsgesellschaft“. „In Schlüsselbegriffen kommen jene übergeordneten Grundvorstellungen zum Ausdruck, die notwendig sind, um das bestehende Repertoire an Rechtsinstituten und Regelungsmodellen im Hinblick auf veränderte Realbedingungen neu zu durchdenken und fortzuentwickeln“.¹⁰⁴

Jedenfalls geht es hier nicht um feste dogmatische Begriffe. Manche von ihnen sind aber immerhin „rechtsnah“ und können – wie etwa der Begriff der „Verantwortungsteilung“ – heuristische Aufgaben erfüllen, wenn es z.B. darum geht, Vorschriften eines bestimmten Gesetzes in ihrem ökonomischen Zusammenhang zu betrachten. Andere Verbundbegriffe, wie der der „Informationsgesellschaft“, sind eher plakative Kennzeichnungen, die anregen sollen, einen überkommenen Regelungszusammenhang einmal aus einer anderen Perspektive zu betrachten, die klassischen Institute des Verwaltungsrechts einmal nicht von ihrem Entscheidungsgehalt, sondern von ihren informationellen Voraussetzungen her zu denken.¹⁰⁵ Die Arbeit mit solchen Verbundbegriffen hat in der Literatur Kritik hervorgerufen, insofern ihr eine Vermischung rechtsnormativer und anderer Aussagen angelastet wird.¹⁰⁶ Der Kritik ist einzuräumen, dass solche Gefahren auftreten *können*, insbesondere wenn auf diesem Wege „soziologische Großtheorien“ rezipiert würden.¹⁰⁷ Um solchen Entwicklungen vorzubeugen, hat die Reformdiskussion stets Wert darauf gelegt, ihre theoretischen

¹⁰² Dazu Möllers, in: GVwR Bd. I, § 3 Rn. 43 ff.; speziell zum historischen Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft ders., in: Reform Bd. X, S. 131 ff.

¹⁰³ Gunnar Folke Schuppert, Schlüsselbegriffe der Perspektivenverklammerung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, DV Bd. 32 (1999), Beiheft 2, S. 103 ff.; Bumke, in: Reform Bd. X, S. 73 (106); Schmidt-Aßmann, dort, S. 387 (401 ff.).

¹⁰⁴ Voßkuhle, in: GVwR Bd. I, § 1 Rn. 40.

¹⁰⁵ Dazu Vesting, in: GVwR Bd. II, § 21.

¹⁰⁶ Vgl. Hans Christian Röhl, Verantwortung als dogmatischer Begriff?, in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, DV Bd. 32 (1999), Beiheft 2, S. 33 ff.; Christoph Möllers, Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, VerwArch Bd. 93 (2002), S. 22 (43 ff.); genaue Nachzeichnung der Argumentationszusammenhänge bei Klement, Verantwortung, S. 96 ff.

¹⁰⁷ So die Kritik von Möllers, in: GVwR Bd. I, § 3 Rn. 48.

Annahmen an das normative Material des Fachverwaltungsrechts zurückzubinden. „Parallel“ zur Arbeit mit Verbundbegriffen stand deshalb von Anfang an das Arbeiten mit Referenzgebieten. Verbundbegriffe und Referenzgebiete stellen *komplementäre Vorgehensweisen* dar, die über die tradierte Dogmatik hinausführen und die Pluralität der Denkansätze eines modernen Verwaltungsrechts anschaulich machen sollen.

Auch künftig kann auf solche Begriffe nicht verzichtet werden. Das gilt vor allem im Blick auf das EU-Recht, dem eine strikte Trennung zwischen dogmatisch festliegenden und offenen Begriffen ohnehin fremd ist.¹⁰⁸ Begriffe wie „Good governance“ mögen dem dogmatisch geschulten Juristen suspekt erscheinen. Soweit sie jedoch auf die Rechtsentwicklung einwirken, wie das z.B. mit dem in Art. 41 EU/GRCh anerkannten „Recht auf gute Verwaltung“ geschieht, muss man sich mit ihnen und mit ihren Transformationswirkungen juristisch beschäftigen.¹⁰⁹

III. Die neue Rolle der Rechtsvergleichung

„Eine zukunftsfruchtige Neuausrichtung des Verwaltungsrechts im europäischen Rechtsraum ist ohne Rechtsvergleichung kaum denkbar.“¹¹⁰

1. Praktische dogmatische Aufgaben

Der Rechtsvergleich ist mehr und mehr auch zu einem Bestandteil rechtsdogmatischen Arbeitens geworden. Das Eigenverwaltungsrecht der EU und die Vorgaben des EU-Richtlinienrechts sind häufig ohne komparatistische Kenntnisse kaum richtig zu verstehen, denn sie beruhen ihrerseits auf vergleichender Auswertung unterschiedlicher nationaler Modellvorstellungen. Darüber hinaus bildet die Verwaltungsrechtsvergleichung einen unverzichtbaren Fundus, aus dem die Wissenschaft für ihre dogmatischen Arbeiten Anregungen zieht.¹¹¹ Die Eigenheiten der eigenen Rechtsordnung treten vor dem Hintergrund vergleichend gewonnener Erkenntnis deutlicher hervor.¹¹² Zusammenhänge und Wechselwirkungen von Regelungen werden anschaulicher, wenn sie an unter-

¹⁰⁸ Vgl. *Ingolf Pernice*, *Europarechtswissenschaft oder Staatsrechtslehre?* in: *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, DV Bd. 40 (2007), Beiheft 7, S. 225 (246 f.)

¹⁰⁹ Vgl. siehe unten 2. Teil, 1. Abschnitt, B. III. 3.

¹¹⁰ *von Bogdandy*, in: *IPE Bd. IV*, § 57 Rn. 10; vgl. auch *Möllers*, in: *GVwR Bd. I*, § 3 Rn. 41.

¹¹¹ Für den *europäischen Rechtsraum*: die Beiträge in *IPE Bd. III* und *IV* sowie in: *J.-P. Schneider* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in Europa*, Bd. I und Bd. II; *Fromont*, *Droit administratif des États européens*; *John S. Bell*, *Comparative Administrative Law*, in: *Reimann/Zimmermann, Handbook*, S. 1257 ff. Darüber hinausgreifend: *Rose-Ackermann/Lindseth* (eds.), *Comparative Administrative Law*.

¹¹² Ähnlich schon *Jellinek*, *Verwaltungsrecht*, S. 114.

schiedlichen Modellen studiert werden können. Ältere Vorbehalte gegenüber der Rechtsvergleichung gerade im Verwaltungsrecht können heute als überwunden gelten.¹¹³ Jüngere Arbeiten zeigen vielmehr, wie sehr sich die Herausbildung des modernen nationalen Verwaltungsrechts überhaupt der Rechtsvergleichung verdankt.¹¹⁴ Ähnliches zeichnet sich derzeit in der Entwicklung des internationalen Verwaltungsrechts ab.¹¹⁵ Die in Berichten, Empfehlungen und Konventionsentwürfen internationaler Gremien zusammengetragenen Regeln und Rechtsinstitute sind durchgängig aus dem Rechtsvergleich gewonnen. Der *horizontale* Vergleich zwischen staatlichen Rechtsordnungen erhält hier ein Pendant eines *vertikalen* Vergleichs in Mehrebenen-Rechtsordnungen.¹¹⁶ Dabei kann es nicht darum gehen, vertraute Modelle aus dem nationalen Rechtsraum auf die internationale Ebene einfach zu übertragen. Wie sich die Rechtsvergleichung von der Zivilrechtsvergleichung durch ihre besondere Sensibilität gegenüber den institutionellen Besonderheiten des Verwaltens unterscheidet, so müssen sich die horizontale und die vertikale Rechtsvergleichung auf die je unterschiedlichen Erscheinungsformen nationaler und internationaler Verwaltung einstellen. Gemeinsam aber bleibt ihr Ansatz in *vergleichenden Bewertungen*.

2. Problembezogene Ausrichtung: „Gemeinsames Lernen“

Zur Ordnung des rechtsvergleichenden Materials wird gern auf den Gedanken der „Rechtsfamilien“ oder der „Rechtskreise“ zurückgegriffen. Rechtsfamilien sind auch ein Indiz erfolgter Austauschprozesse und bestehender Nähebeziehungen zwischen Rechtsordnungen. Die Vorstellung solcher „Familien“ stammt aus der Zivilrechtsvergleichung, ist aber auch dort nicht unumstritten. Im Verwaltungsrecht hilft sie – jedenfalls im europäischen Raum – wenig. Natürlich kann man auch hier vergleichend gewisse „Gruppen“ bilden und sie auf eine die Gruppe in gewisser Hinsicht prägende Rechtsordnung ausrichten. So

¹¹³ Schönberger, in: IPE Bd. IV, § 71 Rn. 1 ff.; (referierend) Janina Boughey, Administrative Law: The next Frontier for Comparative Law, in: International and Comparative Law Quarterly Vol. 62 (2013), S. 55 ff.

¹¹⁴ Dazu nur Schiera, in: IPE Bd. IV, § 68 Rn. 7 ff.; Jouanjan, dort, § 69 Rn. 6 ff.; Schönberger, dort, § 71 Rn. 31; vgl. auch Zacharias, dort, § 72 Rn. 7 ff.

¹¹⁵ Internationales Verwaltungsrecht hier verstanden als das im Völkerrecht verankerte Verwaltungsrecht internationaler Organisationen und Konventionen (Aktions- und Determinationsrecht); dazu Schmidt-Aßmann, in: GVWR Bd. I, § 5 Rn. 48 ff.; auch Ruffert, dort, § 17 Rn. 149 ff. Zum teilweise anderen Konzept eines *Global Administrative Law* und dessen Bezug zur Rechtsvergleichung vgl. Schönberger, in: IPE Bd. IV, § 71 Rn. 52; Auby, La globalisation, le droit et l'État, S. 109 ff.; Ming-Sung Kuo, From Administrative Law to Administrative Legitimation? Transnational Administrative Law and the Process of European Integration, in: International and Comparative Law Quarterly Vol. 61 (2012), S. 855 ff.

¹¹⁶ Zu diesen beiden Perspektiven der Rechtsvergleichung vgl. Schönberger, in: IPE Bd. IV, § 71 Rn. 52.

unterscheidet etwa Michel Fromont drei Gruppen von Verwaltungsrechtsordnungen und ordnet sie drei „modèles majeurs“ zu: einem modèle français, einem modèle allemand und einem modèle anglais.¹¹⁷

Auch insofern muss man sich allerdings vor Überzeichnungen der Einflussnahme hüten. Regelmäßig sind es nur einzelne Konzepte, z.B. das „Staatsratsmodell“ oder die „Grundrechtsprägung“, die in der Vergangenheit eine Vorbildfunktion entfalteten, von anderen übernommen wurden und zur „Familiengründung“ beitrugen. Auch der Begriff des „legal transplant“ erscheint – ähnlich wie der der „Familie“ – wenig hilfreich.¹¹⁸ Es entspricht nicht dem Selbstverständnis der europäischen Verwaltungsrechtsordnungen, etwas in toto von einer anderen Ordnung zu rezipieren. Transplantate sind nicht mehr die richtige Form des Transfers. Ausgangspunkt ist vielmehr „die Ähnlichkeit der zu lösenden Sachprobleme“.¹¹⁹ Gefragt sind Denkanstöße und Argumente für eine „regulatory“ oder „institutional choice“. Die moderne Form der Rechtsvergleichung ist daher das „gemeinsame Lernen“.¹²⁰

¹¹⁷ Fromont, Droit administratif, S. 13 ff.; *ders.*, in: IPE Bd. III, § 55 Rn. 22 ff.

¹¹⁸ Ausführlich zu „legal transplants“ *Michele Graziadei*, Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, in: Reimann/Zimmermann, Handbook, S. 441 ff.; *Schönberger*, in: IPE Bd. IV, § 71 Rn. 25 ff.

¹¹⁹ *Schönberger*, a.a.O., Rn. 11; auch *Bell*, in: Reimann/Zimmermann, Handbook, S. 1257 (1266 f.); *Kuo*, a.a.O., S. 855 (860 f.).

¹²⁰ Dazu *Eberhard Schmidt-Aßmann/Stéphanie Dagron*, Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen, ZaöRV Bd. 67 (2007), S. 395 ff.

Zweiter Teil

Drei klassische Themenbereiche verwaltungsrechtlicher Dogmatik: Rechtsquellen, Rechtsformen, Rechtsschutz

In diesem Teil sollen drei Themenbereiche behandelt werden, die als klassisch gelten können. Rechtsquellen, Rechtsformen und Rechtsschutz sind Urgestein verwaltungsrechtlicher Dogmatik und Standardgegenstände der Lehrbuchliteratur. Standardisiert ist auch der Kreis der Rechtsprobleme und Parameter, die zu den einzelnen Themen erörtert werden: Definitionen, Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, verfassungsrechtliche (und in jüngerer Zeit auch europarechtliche) Implikationen, auch Verfahrensfragen, eine Fehlerlehre. Das alles wird in kompakter Darstellung geboten, die das Gewicht eher auf die Ergebnisse als die Entwicklungsvorgänge legt. Von Statik zu sprechen wäre trotzdem nicht angemessen. Neueste Rechtsprechung und Änderungen der Gesetzgebung zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, z.B. das neue Institut einer Genehmigungsfiktion (§ 42a VwVfG), werden von Auflage zu Auflage präzise eingearbeitet. Das gilt auch für die Korrekturen, die das EU-Recht und die Judikatur der Unionsgerichte von der deutschen Dogmatik etwa in der Bestandskraftlehre der §§ 48 ff. VwVfG, bei Verwaltungsvorschriften, im Staatshaftungsrecht, im Konzept des subjektiven öffentlichen Rechts und beim vorläufigen Rechtsschutz verlangen.¹ Da der Gesetzgeber wichtige Änderungen jedoch gern an den Kodifikationen des VwVfG und der VwGO „vorbei“ in Spezialgesetzen unterbringt,² besteht für Darstellungen der allgemeinen Lehren wenig Anlass, sich mit diesen Änderungen zu beschäftigen, insbesondere nach der Legitimität und den Folgen solcher „Dekodifikationen“ zu fragen. Im Effekt ähnlich wirkt das EU-Recht: Es ist selbst fragmentiert und bringt sich in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten fragmentierend zur Geltung.

Dogmatik lebt jedoch nicht allein davon, dass sie in ihrem Bestand sorgfältig referiert und Punkt für Punkt verlässlich fortgeschrieben wird. Sie muss im-

¹ Vgl. dazu nur *Detterbeck*, Verwaltungsrecht, Rn. 749 ff., 882, 1305 ff. und 1512 ff.

² Beispiele: das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB und das Umweltrechtsbehelfsgesetz von 2006 mit Korrekturen durch Gesetz vom 21. Januar 2013 (BGBl. I, S. 95). Zur Kritik an dieser Gesetzgebungspraxis *Wolfgang Kahl*, 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – 35 Jahre Europäisierung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, NVwZ 2011, S. 449 ff.; ausführlich *ders.*, in: Reform Bd. IX, S. 67 ff.

mer wieder auch danach fragen, wie Einzelentwicklungen zusammenwirken, welche Kräfte hinter ihnen stehen und welche Entwicklungsrichtungen sich in Gesetzgebung und Rechtsprechung abzeichnen. Das sind keine Fragen, die sich auf einer ganz anderen Ebene als der des üblichen dogmatischen Arbeitens stellen. Referat und Reflexion gehören vielmehr zusammen. Die Anforderungen des „Alcan“-Urteils an die Interpretation des § 48 Abs. 2 VwVfG veranlassen dazu, die Ermittlungspflichten der Behörden in gestuften Verwaltungsverfahren in einem größeren Zusammenhang genauer zu betrachten.³ Die Vorgaben des „Trianel“-Urteils für die umweltrechtliche Verbandsklage gewinnen über den entschiedenen Fall hinaus auch Bedeutung für das Verhältnis des Individualrechtsschutzes zu Formen überindividueller Rechtsschutzes.⁴ Dogmatik denkt über den entschiedenen Fall immer ein Stück hinaus. Sie überlegt, wie sich das gefundene Ergebnis verändert, wenn die Ausgangskonstellation des Falles auf einer gleitenden Skala in eine andere Konstellation überführt wird, die sich künftig ergeben kann. Der Horizont weitet sich. Neben den Punkten, die die Koordinaten des entschiedenen Falles bilden, gewinnen weitere Gesichtspunkte auf die Argumentation Einfluss. Sie stellen das Einzelergebnis in den größeren Rahmen der „Rechtsslage“, unter deren Bedingungen sich Verwaltung heute vollzieht und die ein steuerungswissenschaftlich ausgerichtetes Verwaltungsrecht in den Blick zu nehmen hat. Für den vorliegenden Untersuchungszusammenhang sind zwei Merkmale dieser Lage wichtig:

- die Bindung der Verwaltung an ein *polyzentrisches Gefüge* nationaler, europäischer und internationaler Rechtsregeln, deren Rangverhältnis sich nicht durchgängig nach einer einheitlichen Formel bestimmen lässt;
- die Einbeziehung aller Verwaltungen der Mitgliedstaaten und der EU in einen *Verwaltungsverbund*.

Beide Merkmale kommen keineswegs in allen Verwaltungsvorgängen zur Geltung. Aber sie bilden den größeren Rahmen, in dem verwaltungsrechtliche Dogmatik heute arbeiten muss.⁵ Oft werden sich Einsichten, die in diesem Rahmen gewonnen worden sind, leicht in die überkommenen Lehren einfügen und zu deren langsamer Fortentwicklung beitragen. In anderen Fällen aber ist nicht daran vorbeizukommen, tradierte Zuordnungen in Frage zu stellen, denn sie sind es, die den Argumentationshaushalt dogmatischen Arbeitens auf eine

³ EuGH, Urt. v. 20. 3. 1997, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I S. 1607 Tz. 34 ff.

⁴ EuGH, Urt. v. 12. 5. 2011, Rs. C-115/09, Slg. 2011, I S. 3673 ff. Vgl. dazu mit weiteren Nachweisen nur *Bilun Müller*, Die Öffentlichkeitsbeteiligung im Recht der EU und ihre Einwirkungen auf das deutsche Verwaltungsprozessrecht, in: *Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht*, 52. ATÖR, 2012, S. 119 ff.

⁵ Konzeptionelle Überlegungen dazu bei *Ladeur*, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 795 ff. und *Scherzberg*, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 837 ff.

ebenso unauffällige wie nachhaltige Art reglementieren.⁶ Dass dabei zeitgebundene politische Vorverständnisse oft eine entscheidende Rolle spielen, wird an der historischen Entwicklung der Rechtsquellenlehre und der Formenlehre deutlich. Für das Verwaltungsorganisationsrecht gilt nichts anderes.⁷ Vor diesem Hintergrund sind gegebenenfalls neue Zuordnungen und neue Verknüpfungen zwischen Rechtsschichten und Rechtsinstituten zu entwickeln, die der Verbundstruktur heutigen Verwaltens besser entsprechen und auch der Bewirkungsdimension des Rechts Rechnung tragen. Das alles kann für die drei Themenbereiche hier freilich nur skizziert und an wenigen Beispielen verdeutlicht werden.

⁶ Dazu siehe oben 1. Teil, B. III. 3. zu „Vorverständnissen“.

⁷ Dazu siehe unten 3. Teil, A. I.