Dritter Beratungsgegenstand:

**Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen
Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch**

1. Bericht von Professor Dr. Ivo Appel, Augsburg*

Inhalt

	Seite
I. Verwaltungsrechtswissenschaft zwischen Öffnung und disziplinärer Integrität	228
1. Fortentwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft . . .	228
2. Bezugs- und Orientierungspunkte	230
a) Problemlösungs- und Aufgabenbezug	230
b) Norm- und Wirklichkeitsbezug	231
c) Rechtsdogmatik und Rechtspolitik	233
d) Erkenntnisinteressen und Methoden	233
e) Wandel des wissenschaftlichen Kontextes	235
II. Grundkoordinaten eines klassischen dogmatischen Verwaltungsrechtsverständnisses	235
1. Gängiger Rekurs auf die Juristische Methode	235
2. Folgen für das traditionelle Verwaltungsrechtsverständnis .	239
III. Neuorientierung der Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft	241
1. Grundanliegen der steuerungsorientierten Perspektive . .	241
2. Verwaltungsrechtswissenschaft als Teildisziplin einer rechtsgebietsübergreifenden Steuerungswissenschaft . . .	246
3. Verhältnis von rechtsakt- und verhaltensbezogener Perspektive	252
IV. Verortung des Verwaltungsrechts zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch	255

* Der vorliegende Text stimmt mit dem in Freiburg gehaltenen Vortrag überein und ist einschließlich Fußnoten auf dem Stand vom 5. Oktober 2007. Angesichts der Weite des Themas musste auf einen auch nur annähernd nach Vollständigkeit strebenden Zitierapparat verzichtet werden.

1. Rechtsverwirklichung durch Rechtsanwendung und Rechtserzeugung	256
a) Relativität von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung	256
b) Arbeitsteilige Anwendung und Erzeugung von Recht	257
c) Normative Verteilung der Rechtserzeugung	259
2. Reichweite der Gesetzesbindung im Prozess der Rechtsverwirklichung	260
a) Fortbestehende Scharnierfunktion der Gesetzesbindung	260
b) Graduelle Abschichtung der normativen Bindungsdichte	262
c) Methoden und Maßstäbe jenseits der Gesetzesbindung	263
d) Reduzierte normative Bindungsdichte und Interdisziplinarität	268
3. Rechtsverwirklichung durch Verfahren und Organisation	271
a) Prozeduralisierungsstrategien und Bedeutung des Verfahrens	271
b) Normative Verfahrensgewichtung	273
c) Verhältnis von formellem und materiellem Recht	273
V. Ausrichtung der Fortentwicklungstendenzen auf Rechtsverwirklichung im europäischen Kontext	274
VI. Fazit	276

I. Verwaltungsrechtswissenschaft zwischen Öffnung und disziplinärer Integrität

1. Fortentwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft

Rechtswissenschaftliches Denken ist keine statische Angelegenheit.¹ Es ist auf Fortentwicklung angelegt. Lange Zeit ist die Aufgabe der Fortentwicklung vor allem auf das Verwaltungsrecht selbst und die Verwaltungsrechtsdogmatik bezogen worden.² Erst in neuerer Zeit findet sich auch in der Rechtswissenschaft die Tendenz, die Rolle der Wissenschaft in der Entwicklung des Verwaltungsrechts zu thematisieren.³ Die damit verbundenen Fragen rühren an die disziplinäre Substanz: Sie gelten dem besonderen Charakter der Rechtswissenschaft als Disziplin im System

¹ Es steht, wie jedes wissenschaftliche Denken, unter dem Vorbehalt einer möglichen Veränderung von Maßstäben und Methoden sowie einer besseren Erkenntnis. Versteht man das Verwaltungsrecht nicht nur als ein Tableau vertrauter Rechtsregeln und Rechtsinstitute, sondern auch als „Ort und Auftrag fortgesetzter Reflexion und Systembildung“, müssen sich das Verwaltungsrecht und die darauf bezogene Wissenschaft stetig fortentwickeln und den aktuellen Herausforderungen stellen. Dazu nur *E. Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 1/1.

² Die Erkenntnis, dass auch das wissenschaftliche Verständnis von Verwaltung und Verwaltungsrecht der geschichtlichen Entwicklung unterworfen ist und regelmäßig darauf überprüft werden muss, ob es seinem Gegenstand noch gerecht wird, war nur subkutan vorhanden und aktiv. Letztlich lassen sich Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft zwar entwicklungsgeschichtlich unterscheiden, nicht aber voneinander trennen. Die Ausgestaltung des positiven Verwaltungsrechts wirkt auf das Selbstverständnis der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht zurück. Umgekehrt können Änderungen des wissenschaftlichen Selbstverständnisses das positive Recht und seine praktische Anwendung beeinflussen (vgl. *C. Möllers* Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hrsg.] GVwR I, 2006, § 3 Rn. 1).

³ Vgl. für dieses, aus allmählichen Anfängen immer umfangreicher gewordene Schrifttum nur *E. Schmidt-Aßmann* Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung, JZ 1994, 2 ff.; *O. Lepsius* Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999; *A. Voßkuhle* Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft, Die Verwaltung 32 (1999), 545 ff.; *ders.* Neue Verwaltungswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 2), § 1; *C. Möllers* Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, VerwArch. 93 (2002), 22 ff. Verschiedene Perspektiven zusammen führen die Beiträge in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999) sowie *H. Schulze-Fielitz* (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007). Für die europarechtliche Perspektive *A. v. Bogdandy* Betrachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht, Der Staat 40 (2000), 1 ff.; *I. Pernice* Europarechtswissenschaft oder Staatsrechtslehre? Eigenarten und Eigenständigkeit der Europarechtslehre, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007), 225 ff.; *M. Ruffert* Was kann die deutsche Europarechtslehre von der Europarechtswissenschaft im europäischen Ausland lernen?, ebd., 253 ff.

der Wissenschaften.⁴ Auf das Verwaltungsrecht bezogen lenken sie den Blick auf die Besonderheiten der Verwaltungsrechtswissenschaft im Verhältnis zu anderen Teilen der Rechtswissenschaft. Sie richten sich auf die Möglichkeiten der Verwaltungsrechtswissenschaft, gesellschaftliche Veränderungen zu verarbeiten, ohne ihre eigene disziplinäre Identität in Frage zu stellen.⁵ Insgesamt verbirgt sich dahinter die Suche nach einem „zeitgerechten Verwaltungsrechtsverständnis“⁶ und mit ihr die Frage nach der Leistungsfähigkeit der Verwaltungsrechtswissenschaft. Als wäre die Behandlung dieser Fragen nicht Aufgabe genug, ist die Diskussion um die Frage erweitert worden, ob es sich bei den jüngsten Entwicklungsschritten der Verwaltungsrechtswissenschaft um die ewige Wiederkehr des Leitmotivs „Reform des Verwaltungsrechts“ oder eine grundlegende Zäsur in Reaktion auf dimensional neue Herausforderungen handle.⁷ Diese – nicht zuletzt um den Begriff des „Neuen“ an der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Entwicklung kreisende – Diskussion zeigt an, dass Veränderungen des Verwaltungsrechtsverständnisses im Raum stehen, die teilweise als notwendige Fortentwicklung, teilweise als unzulässige Überschreitung traditioneller Entwicklungslinien angesehen werden. Die rechtswissenschaftliche Bewältigung dieser ungleich wahrgenommenen Veränderungen dauert an.

Einige wenige Aspekte dieser Diskussion sollen in fünf Schritten angesprochen werden: Nach einem Blick auf mögliche Bezugs- und Orientierungspunkte für die Fortentwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft (I.2.) werden – in aller Kürze – die Umrisse eines klassischen dogmatischen Verständnisses (II.) und die Konturen einer steuerungs-

⁴ Zu diesen Fragen, bezogen auf die Staatsrechtslehre, *H. Schulze-Fielitz* Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 (2007), 11 (12).

⁵ Von einer auf disziplinäre Identität bzw. Integrität bedachten (Verwaltungs-)Rechtswissenschaft sprechen *C. Möllers* Theorie (Fn. 3), 23; *ders.* Methoden (Fn. 2), § 3 Rn. 42; *A. Voßkuhle* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 3), § 1 Rn. 8; *M. Jestaedt* Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, 73 f.; *H.-H. Trute* Staatsrechtslehre als Sozialwissenschaft?, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 (2007), 115 (122).

⁶ *H. Bauer* Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?, Rechtsformen und Rechtsverhältnisse als Elemente einer zeitgemäßen Verwaltungsrechtsdogmatik, *Die Verwaltung* 25 (1992), 301 (302).

⁷ Zur Diskussion um die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ nur *A. Voßkuhle* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 3), § 1; *R. Wahl* Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, 87 ff.; *G.F. Schuppert* Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel – Von Planung über Steuerung zu Governance, im Erscheinen, MS 11 ff. (insbesondere unter II.: „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft – vollmundiger Anspruch oder weiterführendes Konzept?“).

wissenschaftlichen Perspektive (III.) nachgezeichnet. Den Versuch einer Verortung des Verwaltungsrechts zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch (IV.) schließt ein Ausblick auf die Einbindung in die europäische Entwicklung ab (V.).

2. *Bezugs- und Orientierungspunkte*

Anerkennt man die Fortentwicklung nicht nur des Verwaltungsrechts, sondern auch des Verwaltungsrechtsverständnisses als disziplinäre Daueraufgabe, drängt sich die Frage nach den Bezugs- und Orientierungspunkten für eine solche Fortentwicklung auf.

a) *Problemlösungs- und Aufgabenbezug*

Verwaltungsrechtswissenschaft ist in letzter Konsequenz auf die Leistungsfähigkeit verwaltungsrechtlicher Regelungsstrukturen und Instrumente bezogen. Diese Leistungsfähigkeit hat ihren Bezugspunkt in den zu lösenden sozialen Problemen.⁸ Der Problemlösungsbezug führt dazu, dass das Recht vom Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse und der damit verbundenen Aufgaben⁹ nicht unberührt bleibt. Die Rede von der Wandelbarkeit des Rechts verdeckt jedoch mitunter die Erkenntnis, dass es um die Verarbeitung eines außerrechtlichen Wandels durch Recht geht. Für die Verarbeitung des Wandlungsprozesses stellt bereits das positive Recht eine Vielzahl von Zuständigkeiten, Ermächtigungen

⁸ H.-H. Trute Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Einige Leitmotive zum Werkstattgespräch, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), 9 (18).

⁹ Wird der Wandel von Verwaltung und Verwaltungsrecht als komplexe Reaktion des Rechts auf gesellschaftlichen Wandel verstanden, bildet die These von der Aufgabenabhängigkeit des Verwaltungsrechts das nötige Scharnier. Der Analyse-, Typisierungs- und Systematisierungspfad, den das Verwaltungsrecht für zu bewältigende Rechtsprobleme einschlägt, wird immer auch durch die Staats- und Verwaltungsaufgaben bestimmt, die in Reaktion auf bestimmte Sachanforderungen neu festgelegt werden (grundlegend R. Wahl Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert [Hrsg.] Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, 177 ff.; ders. Herausforderungen [Fn. 7], 44). Dabei handelt es sich jedoch nicht um einen schlichten Ableitungszusammenhang von bestimmten Aufgaben mit bestimmten dogmatischen Figuren, sondern um eine „plausible Verknüpfung von pragmatisch identifizierten Aufgaben mit typischen Sachproblemen und daraus sich nahe legenden rechtlichen Lösungen“ (R. Wahl Herausforderungen ebd., 44). Auch bezieht sich die Abhängigkeit nicht nur auf (neue) Aufgaben, sondern auch auf das damit verbundene (neue) Aufgabenverständnis oder – wie im Bereich von Privatisierung und Deregulierung – auf (neue) Modi der Aufgabenverwirklichung, die die Fortentwicklung des Verwaltungsrechts in eine bestimmte Richtung nahe legen können (dazu G.F. Schuppert Verwaltungsrecht [Fn. 7], MS 8).

und Verfahren bereit. Beansprucht die Verwaltungsrechtswissenschaft ihren Anteil an der Anpassungsleistung, kann sich das Erkenntnisinteresse sowohl auf den vom positiven Recht selbst organisierten und institutionalisierten Wandel als auch auf außerrechtlich begründeten Änderungsbedarf beziehen.¹⁰ Das jeweilige Erkenntnisinteresse sollte klar ausgewiesen werden.¹¹

b) Norm- und Wirklichkeitsbezug

Die Forderung, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Hinblick auf sozialen Wandel fortzuentwickeln, versteht sich nicht von selbst.¹² Für die Verwaltungsrechtswissenschaft als Normwissenschaft ist primärer Bezugspunkt der rechtliche Normenbestand. Gleichwohl hat die Verwaltungsrechtswissenschaft neben dem Norm- anerkanntermaßen auch einen ausgeprägten Wirklichkeitsbezug.¹³ Daher

¹⁰ Klar in der Unterscheidung zwischen rechtsordnungsendogenem und rechtsordnungsexogenem Wandel des Rechts mit einem dezidiert auf Zurückdrängung außerrechtlich gesteuerter Wandlungsprozesse gerichteten Impetus *M. Jestaedt* Theorie (Fn. 5), 55 ff.

¹¹ Ein Kern des Problems besteht darin, dass sich die Verwaltungsrechtswissenschaft je nachdem, wie sie ihr (auslegungsbezogenes, dogmatisches, theoretisches etc.) Erkenntnisinteresse formuliert, sowohl als rechtsordnungsendogener als auch als rechtsordnungsexogener Akteur gerieren und zwischen beiden Bereichen changieren kann. Vor diesem Hintergrund ist die Versuchung groß, auch über das positive Recht hinausgehende Änderungsvorschläge als rechtsordnungsendogenen Wandel auszugeben. Ein Grund dafür mag auch in der unklaren Zuordnung der Rechtsdogmatik zum positiven Recht oder zur Rechtspolitik liegen (dazu unten I.2.c). Zum Verhältnis von gesellschaftlichem Wandel und rechtswissenschaftlicher Methodendiskussion *K.-H. Ladeur* Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels, *RabelsZ* 64 (2000), 60 ff.

¹² Bezogen auf die Fortentwicklung der Verwaltungsrechtsdogmatik bereits *W. Brohm* Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, *VVDStRL* 30 (1972), 245 (249).

¹³ Abgesehen von der methodischen Erkenntnis, dass gesetzliche Vorschriften regelmäßig nicht schon aus ihrem Normtext heraus verstanden werden können, sondern ihren Sinngehalt erst aus dem jeweiligen Sachverhalt erfahren, der seinerseits in seinen relevanten Daten wiederum von der Norm bestimmt wird (grundlegend *J. Esser* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, 14 f.; *ders.* Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl. 1972; *K. Engisch* Logische Studien der Gesetzesanwendung, 2. Aufl. 1960, 37 ff.; *M. Kriele* Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, 159 ff., 197 ff.; *J. Hruschka* Die Konstitution des Rechtsfalles, 1965; teilweise wird der Realbereich [Normbereich] auch zum konstitutiven Bestandteil der Rechtsnorm gezählt; vgl. *F. Müller/R. Christensen* Juristische Methodik I, 9. Aufl. 2004, Rn. 15 ff., 230 ff., 281, 397 f.; *W. Hoffmann-Riem* Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schmidt-ABmann/

stünde zu erwarten, dass ein ausgeprägtes Interesse und eine starke Ausrichtung an der „Wirklichkeit“ zum wissenschaftlichen Standardrepertoire zählen. Dass dies bislang nicht so ist, liegt an strukturellen Problemen der Rechtswissenschaft bei der Erfassung und Verarbeitung des Wirklichkeitsbezugs.¹⁴ Während der Normbezug durch Textanknüpfung vergleichsweise leicht hergestellt werden kann, hängt eine fundierte Herstellung des Wirklichkeitsbezugs auch von den Realbeschreibungen anderer Wissenschaftsdisziplinen ab.¹⁵ Die damit verbundene Interdisziplinarität rührt methodisch und strukturell an das Selbstverständnis der Rechtswissenschaft als dogmatisch-normativer Disziplin. Sie ruft in-

Hoffmann-Riem [Hrsg.] *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 9 [11 ff.]), lässt sich die Leistungsfähigkeit rechtlicher Strukturen und Instrumente ohne Kenntnisse der relevanten Wirklichkeitsausschnitte kaum angemessen reflektieren. Näher dazu *A. Voßkuhle* *Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 3), § 1 Rn. 29, der zu Recht darauf verweist, dass ansonsten weder Regelungsdefizite im geltenden Recht offen gelegt noch angemessene rechtliche Lösungen für neuartige Sachprobleme entwickelt werden könnten.

¹⁴ Die strukturell defizitäre Rechtstatsachenforschung (*A. Voßkuhle* *Rechtstatsachenforschung und Verwaltungsdogmatik*, *VerwArch.* 85 [1994], 567 [576]; *ders.* *Verwaltungsrechtswissenschaft* [Fn. 3], § 1 Rn. 30; *B. Bartscher* *Der Verwaltungsvertrag in der Behördenpraxis*, 1996, 9 ff.; *V. Schlette* *Die Verwaltung als Vertragspartner*, 2000, 235 ff.; *B. Remmert* *Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren*, 2003, 111 ff.) vermag diese Schwierigkeiten nur äußerst punktuell auszugleichen, da überhaupt nur wenige Forschungsarbeiten vorliegen und der rechtswissenschaftliche Rückschluss aus empirischen Erkenntnissen häufig selbst dann noch unklar bleibt, wenn diese einmal vorliegen. So sehr die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, in die hinein das Verwaltungsrecht wirken soll, für den rechtlichen und wissenschaftlichen Zugang gewinnbringend sein könnte, schwankt der verwaltungsrechtswissenschaftliche Umgang mit empirischen Befunden immer noch zwischen der relativen Irrelevanz und der Sorge, dass jede Form der rechtswissenschaftlichen Wahrnehmung der empirischen Außenseite des Verwaltungsrechts dessen Normativität destabilisieren könnte. Näher dazu *C. Möllers* *Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?*, *VerwArch.* 90 (1999), 187 ff.; *M. Schulte* *Wandel der Handlungsformen der Verwaltung in der Informationsgesellschaft*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 333 (343 f.) einerseits, *T. Vesting* *Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann ebd., 101 (125); *C. Möllers* *Theorie* (Fn. 3), 22 (41 mit Fn. 136) andererseits.

¹⁵ *A. Voßkuhle* *Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 3), § 1 Rn. 30. Der in aller Regel notwendige Bezug zu den Beschreibungen anderer Wissenschaftsdisziplinen verdeutlicht, dass es im rechtswissenschaftlichen Zusammenhang regelmäßig nicht um die Erkenntnis von Wirklichkeit, sondern um die Rezeption von Wirklichkeitserkenntnis geht. Eine in dieser Hinsicht rezeptionsoffene Rechtswissenschaft wirft jedoch die Frage auf, wie Theoriebestände anderer Wissenschaften dogmatisch und methodisch verarbeitet werden können (*H.-H. Trute* *Wissenschaft* [Fn. 8], 14 f.; *C. Engel* *Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft*, in: *ders.* [Hrsg.], *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter*, 1998, 11 ff.).

stinktive Abwehrreaktionen hervor, die es erschweren, bestimmte Entwicklungspfade zu beschreiten.

c) *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*

Prägend für die Fortentwicklung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft ist nach deutschem Verständnis die Entgegensetzung von Rechtsdogmatik und Rechtspolitik. Gerade in Abgrenzung zur Rechtspolitik inszeniert sich die Rechtswissenschaft als Gralshüter des positiven Rechts und der daran anknüpfenden Dogmatik.¹⁶ Dieses Verhältnis ist aber nicht vorgegeben, sondern durch Vorverständnisse geprägt.¹⁷ Im Ergebnis führen die Berührungängste und die dezidierte Abschottung der Rechtsdogmatik von der Rechtspolitik dazu, dass die Perspektive für eine Fortentwicklung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft mitunter vorschnell verkürzt wird.¹⁸

d) *Erkenntnisinteressen und Methoden*

Diskurse über Methoden und Erkenntnisinteressen sind besonders intensiv, weil sie die Identität der Rechtswissenschaft als Wissenschaft betreffen.¹⁹ Die für das Methodenverständnis maßgebenden Erkenntnis-

¹⁶ Die Fortentwicklung der Dogmatik soll dort ihre definitiven Grenzen finden, wo die Rechtspolitik beginnt; stellvertretend *W. Brohm* Dogmatik (Fn. 12), 252 ff. mit Fn. 25.

¹⁷ Zwar wird die Rechtspolitik teilweise als eine Dimension der Rechtswissenschaft anerkannt (vgl. *R. Dreier* Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft [1971], in: ders. *Recht, Moral, Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, 1981, 48 [56]; *E. v. Hippel* Rechtspolitik. Ziele – Akteure – Schwerpunkte, 1992, 183 ff.; *P. Koller* [Hrsg.] *Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik*, 1992; *C. Engel* *Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen*, JZ 2005, 581 ff.), überwiegend aber den von juristischer Seite vernachlässigten Gesetzgebungswissenschaften zugewiesen. Daneben wird teilweise berücksichtigt, dass auch jede Rechtskonkretisierung und jeder Normvollzug eine politische Dimension haben können (grundlegend *M. Kriele* Rechtsgewinnung [Fn. 13], 195 ff.). Klare methodische oder dogmatische Folgerungen werden aus dieser Erkenntnis aber nicht gezogen. Stattdessen wird mit einem auf Rechtskonkretisierung einerseits und einem auf Gesetzgebung bezogenen Begriff der Rechtspolitik andererseits eine Differenzierung vorgenommen, die die Reinheit der Dogmatik von Politik wahren soll. Damit wird die nur graduelle, nicht aber strukturelle Verschiedenheit der beiden Begriffe aber nur mühsam übertüncht. Allgemein zum Verhältnis von Politik und öffentlichem Recht *A. Voßkuhle* Die politischen Dimensionen der Staatsrechtslehre, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 (2007), 135 ff.

¹⁸ Zu den Grenzen, aber auch den Möglichkeiten rechtswissenschaftlich angeleiteter Rechtspolitik *C. Engel* Rechtspolitik (Fn. 17), 581 ff.

¹⁹ Angesichts der Bedeutung von Erkenntnisinteressen und Methodenwahl für die Fortentwicklung des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft steht bei der Suche nach ausschlaggebenden Faktoren stets auch die (wissenschaftssoziologi-

interessen rechtswissenschaftlichen Forschens sind jedoch vielfältiger, als manche traditionelle Vorstellung dies nahe legt.²⁰ Alleinstellungsmerkmal hat die Rechtswissenschaft nur im normativ-dogmatischen Bereich als Falllösungswissenschaft am Maßstab des Rechts. Dementsprechend groß ist die Sorge innerhalb der Disziplin, dass durch eine methodische Öffnung das Eigentliche der Rechtswissenschaft²¹ verloren gehen könnte.²² Verengt die (Verwaltungs-)Rechtswissenschaft ihr methodisches Verständnis aber auf das eines „Zulieferers“²³ der Rechtsanwendung, rührt das nicht nur an ihren Charakter als Wissenschaft. Es drohen auch Erkenntnismöglichkeiten verloren zu gehen, die für die Rechtswissenschaft – und auch die Rechtsanwendung – von Bedeutung sind.²⁴ Öffnungsprogramme zielen auf einen Methodenpluralismus, der je nach Erkenntnisinteresse unterschiedliche Methoden zur Anwendung bringt.

sche) Frage nach den Personen im Raum, die bestimmte Erkenntnisinteressen pflegen und propagieren, (Reform-)Projekte anstoßen und damit einen bestimmten Wahrnehmungshorizont verbinden. Verstärkt werden können die damit verbundenen Selektionsprozesse durch persönliche Vorverständnisse, spezielle Forschungsbedingungen, die Veröffentlichungs- und Verbreitungsmodi für (neue) Erklärungsansätze sowie andere externe Faktoren.

²⁰ Verwaltungsrechtswissenschaft kann praktische Falllösungswissenschaft am Maßstab des Rechts sein, die sich an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns, am subjektiven Rechtsschutz und seinem verwaltungsgerichtlichen Schutz orientiert (*H. Schulze-Fielitz* Dimensionen [Fn. 4], 43). Das rechtswissenschaftliche Erkenntnisinteresse kann aber in seinem dogmatischen, methodischen, zukunftsgerichtet gestaltenden oder grundlagenorientierten Bestreben weit darüber hinausgehen. Der konkrete methodische Zugriff ist nicht zuletzt davon abhängig, ob das Erkenntnisinteresse bezogen auf die Rechtsordnung aus der Teilnehmer- oder der Beobachterperspektive formuliert wird. Aber auch diese Abgrenzung ist nicht trennscharf, da oftmals für die (Verwaltungs-)Rechtswissenschaft gerade jene Perspektive am reizvollsten ist, die gleichsam zwischen der Beobachter- und der Teilnehmerperspektive liegend zwar grundsätzlich auf Beobachtung angelegt ist, aber auf die Teilnehmerperspektive einwirken will und soll und daher mögliche (normative und methodische) Bindungen und Grenzen der Teilnehmerperspektive mitdenkt. Zur Spannung zwischen wissenschaftlicher Orientierung der (Verwaltungs-)Rechtswissenschaften und ihrer praktischen Relevanz *H.-H. Trute* Staatsrechtslehre (Fn. 5), 121 f.

²¹ Aus verschiedenen Perspektiven heraus das Proprium des Rechts und der Rechtswissenschaft zu bestimmen versuchen die Beiträge in *C. Engel/W. Schön* (Hrsg.) Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007.

²² Zugleich ist damit oft die Befürchtung verbunden, die rechtswissenschaftlichen Erkenntnisinteressen könnten durch andere Disziplinen womöglich mit gleicher oder besserer Berechtigung und Methodik „bedient“ werden.

²³ Bezogen auf die Aufgabe der Rechtsdogmatik *J. Harenburg* Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, 1986, 154 ff.

²⁴ *C. Möllers* Methoden (Fn. 2), § 3 Rn. 22.

e) *Wandel des wissenschaftlichen Kontextes*

Grundlegend gewandelt hat sich der wissenschaftliche Bezugsrahmen durch den erreichten Grad an europäischer Integration. Die nationale Rechtsordnung und die darauf bezogene Wissenschaft, die lange Zeit aus sich heraus gelebt haben, stehen in einem weitgehend veränderten Umfeld. Die europäischen Umsetzungserfordernisse machen nicht nur eine ziel- und ergebnisorientierte Fortentwicklung des Verwaltungsrechts notwendig. Sie stellen prinzipiell die Frage nach der Konzept- und Systemfähigkeit einer in den europäischen Zusammenhang eingebundenen nationalen Rechtsordnung.²⁵ Es geht nicht (mehr) nur um das Aufeinandertreffen einzelner Normen oder Normenkomplexe, sondern um den Austausch ganzer Rechtsordnungen mit je eigenen Methoden, einer unterschiedlichen Bedeutung des Richterrechts, nicht zuletzt aber auch einer je spezifischen Rolle der Wissenschaft im Prozess der Interpretation, Anwendung und Fortentwicklung des Rechts. Alle Fortentwicklungstendenzen der Verwaltungsrechtswissenschaft müssen den Wandel des wissenschaftlichen Kontextes vom nationalen zum gestuften gemeinschaftlichen und mitgliedstaatlichen Umfeld in Rechnung stellen.

II. Grundkoordinaten eines klassischen dogmatischen Verwaltungsrechtsverständnisses

1. *Gängiger Rekurs auf die Juristische Methode*

Dies vorausgeschickt kann sich der Blick auf das klassische dogmatische Verwaltungsrechtsverständnis richten. Erste Anlaufstelle für dessen Konkretisierung ist die „Juristische Methode“.²⁶ Auch wenn es sich dabei nicht um einen klar abgrenzbaren Begriff, sondern um eine wissenschaftliche Grundhaltung²⁷ handelt, lassen sich – in aller gebotenen Kürze – einige Grundkoordinaten benennen:²⁸

²⁵ Die Frage stellt sich jedenfalls insoweit, als sich die nationale Rechtsordnung als in sich geordnetes, grundsätzlich schlüssiges und systematisch abgestimmtes Konzept begreift. In aller Deutlichkeit, auch zum Folgenden, *R. Wahl* Herausforderungen (Fn. 7), 100f.

²⁶ Der Begriff soll hier im Anschluss an *W. Krebs* Die Juristische Methode im Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Fn. 13), 209 (213) auch die rechtswissenschaftliche Dogmatik umfassen.

²⁷ *A. Voßkuhle* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 3), § 1 Rn. 2. Die wissenschaftliche Grundhaltung ist regelmäßig auf einen Methodenkanon gestützt (*W. Krebs* Juristische Methode [Fn. 26], 213).

²⁸ Die Charakterisierung der Juristischen Methode und des traditionellen Verwaltungsrechtsverständnisses ist bewusst vereinfachend formuliert worden, um die Grund-

- Kennzeichnend für die Juristische Methode sind ein *hoher Grad an Systematisierung*²⁹ und die *Ausbildung einer Dogmatik*³⁰ zur Sicherung der Rechtsbindung auch bei steigender Komplexität der normativen Vorgaben.³¹ Das damit verbundene Konzept entspricht dem Anspruch modernen Rechtsdenkens an Rationalität³² und Berechenbarkeit.³³

strukturen klarer hervortreten zu lassen. Auch wenn es auf Details und etwaige Ausnahmen von der Regel in diesem Zusammenhang nicht ankommt, ist unverkennbar, dass die skizzierten Grundstrukturen nach wie vor präsent sind und sich bis in dogmatische Details hinein auswirken.

²⁹ W. Krebs Juristische Methode (Fn. 26), 215 f.; A. Voßkuhle Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 3), § 1 Rn. 5.

³⁰ A. Voßkuhle Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 3), § 1 Rn. 6.

³¹ Dass die Subsumtionstechnik nur zwei mögliche Antworten vorsieht (die gesetzlichen Anforderungen sind entweder erfüllt oder nicht erfüllt), ist auch ein Grund dafür, dass Systematisierung und dogmatische Argumentation häufig einem binären Schema folgen (Wirksamkeit/Nichtigkeit, Öffentliches Recht/Privatrecht, Innenrecht/Außenrecht, Staat/Gesellschaft). Die Vorzüge einer solchen Methode liegen auf der Hand. Ihre hohe Systematisierungs- und Selektionsleistung sorgt für eine starke Durchdringung und Aufarbeitung der Rechtsanwendungspraxis (C. Möllers Methoden [Fn. 2], § 3 Rn. 22) und fördert damit die Erwartungssicherheit in Bezug auf die Rechtsanwendung (zu dieser Stabilisierungsfunktion A. Voßkuhle Verwaltungsrechtswissenschaft [Fn. 3], § 1 Rn. 7). Sie entlastet den Normanwender in zweierlei Hinsicht: Der Rechtsaktbezug erlaubt, dass er bestimmte Handlungen nur am Maßstab des Rechts messen muss, die Systematisierung erleichtert ihm die Auffindung der jeweiligen rechtlichen Maßstäbe. Gleichzeitig dienen rechtsaktbezogene Systembildung und Dogmatik wiederum der Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall, erleichtern die kritische Betrachtung der Rechtsentwicklung und gegebenenfalls die Rezeption neuer Rechtsentwicklungen (A. Voßkuhle ebd., § 1 Rn. 7).

³² Die Unaufgebbbarkeit juristischer Rationalität betont F. Schoch Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007), 177 (209f.).

³³ Es formuliert klare Voraussetzungen für die Erzeugung rechtlicher Verbindlichkeit und gibt sowohl dem Gesamtsystem als auch jedem Anwender die Sicherheit eines festen Punktes, der der Erzeugung verbindlichen Rechts feste, verlässliche und vorhersagbare Grenzen setzt (M. Pöcker Fehlende Kommunikation und die Folgen. Das heutige Verhältnis dogmatischer Rechtswissenschaft zu rechtstheoretischer Innovationsforschung, Die Verwaltung 37 [2004], 509 [530]). Werden die damit verbundenen Routinen dogmatisch ausgeformt und systematisch beschrieben, liegt darin eine wissenschaftliche Leistung, die in erster Linie der praktischen Rechtsanwendung gilt und dieser dient. Rechtswissenschaft und Rechtspraxis kommen dadurch in einen – nicht zuletzt im internationalen Vergleich – „durchaus bemerkenswerten Dialog, der die jeweilige Kriterienbildung aufeinander beziehen und aneinander korrigieren kann“ (C. Möllers Methoden [Fn. 2], § 3 Rn. 35).

- Die Ausrichtung auf Rechtspflege³⁴ zieht einen *rechtsaktbezogenen Ansatz* nach sich, der außerrechtliche Faktoren und Wirkungen staatlichen Handel vernachlässigt.³⁵ Das daraus folgende Erkenntnisinteresse ist regelmäßig auf die Beurteilung eines bestimmten Sachverhalts nach dem binären Schema „rechtmäßig“ oder „rechtswidrig“ gerichtet.³⁶
- Die ex-post Beurteilung eines abgrenzbaren Sachverhalts am Maßstab des Rechts mit dem Ziel der Entscheidung entspricht Funktion und Vorgehensweise der Rechtsprechung.³⁷ Da die Rechtsprechung – einer Eigenart vor allem der zivilrechtlichen Methodenlehre folgend³⁸ – noch immer der Rechtsanwendung zugeordnet wird, stellt sich die Juristische Methode als (*rechts-*)*anwendungsorientiert* dar.³⁹
- Dem zugrunde liegt eine *klare Trennung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*.⁴⁰ Nur unter der Prämisse, dass Rechtsetzung als unge-

³⁴ W. Krebs Juristische Methode (Fn. 26), 213 f.

³⁵ A. Voßkuhle Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 3), § 1 Rn. 3.

³⁶ Insofern weist die Juristische Methode einen starken Fallbezug auf. Der Tradition der deutschen Rechtswissenschaft entsprechend ist Gegenstand der Beurteilung im Regelfall die abschließende Entscheidung, während der Weg (das Verfahren) zur Sachentscheidung selbst dann wenig(er) Beachtung findet, wenn dieser durch rechtliche Regeln und nicht (nur) durch andere Faktoren wie Organisation, Personal oder Sachmittel bestimmt wird (A. Voßkuhle Verwaltungsrechtswissenschaft [Fn. 3], § 1 Rn. 4). Folge dieser Konzentration auf die abschließende Entscheidung ist die Einnahme einer ex-post-Perspektive. Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit richtet sich im Rechtsstaatsmodell des Grundgesetzes und unter den Prämissen des Vorrangs der Verfassung, des Vorrangs des Gesetzes und der Gesetzesbindung der Verwaltung (allein) danach, ob der zur Überprüfung gestellte Rechtsakt mit höherrangigen Rechtsakten vereinbar ist. Bestimmende Technik dieser Art der Überprüfung ist noch immer die Subsumtion (C. Möllers Methoden [Fn. 2], § 1 Rn. 23).

³⁷ Zu Recht wird der Juristischen Methode daher eine justizzentrierte (A. Voßkuhle Verwaltungsrechtswissenschaft [Fn. 3], § 1 Rn. 4) falllösungsorientierte Sichtweise attestiert. Differenziert zur Prägekraft und Bedeutung der Rechtsprechung F. Schoch Gemeinsamkeiten (Fn. 32), 186, 188 f., 203 ff.

³⁸ Ein wesentliches Manko der Methodendiskussion besteht aus öffentlich-rechtlicher Sicht darin, dass das Methodenverständnis im deutschen Rechtskreis stark zivilrechtlich geprägt ist. Den Besonderheiten des Öffentlichen Rechts, die sich etwa aus der Normenhierarchie, der prägenden Kraft des Gesetzesvorbehalts oder einer regelmäßig enge(re)n Verklammerung mit dem Prozessrecht ergeben, kann damit kaum hinreichend Rechnung getragen werden.

³⁹ C. Möllers Methoden (Fn. 2), § 3 Rn. 21.

⁴⁰ Normebene und Anwendungsebene stehen danach in einem Verhältnis der Hierarchie zueinander, die Normebene kann durch die nachrangige Anwendungsebene nicht beeinflusst werden. Die Normebene bildet den Maßstab für die Rechtsanwendung, die der Norm entsprechen muss. Das Ableitungsverhältnis wird über die Figur des Geset-

bundener politischer Vorgang etwas kategorial anderes ist als Rechtsanwendung, konnte und kann sich die Juristische Methode auf die (vermeintlich) „unpolitischen“ Rechtsfragen konzentrieren.⁴¹

- Dem (Parlaments-)Gesetz als maßgebender Erkenntnisquelle für die Rechtsanwendung korrespondiert eine *starke Betonung der Gesetzesbindung*.⁴² Da die Realisierung der Gesetzesbindung rechtsaktbezogen und damit punktuell gedacht wird, bleibt für das Handeln der Rechtsakteure kein angemessener Platz.⁴³
- Maßgebender *Bezugspunkt* ist das *materielle Recht*.⁴⁴ Die *Rechtsanwendung* wird als *Vorgang objektiver Rechtserkenntnis* konzipiert.⁴⁵ Da

zesvorrangs gesichert. Näher dazu *M. Pöcker* Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, 2007, 27 ff.

⁴¹ Es spricht manches dafür, dass die klassische Juristische Methode ihre Wurzeln auch in einem überkommenen – bisweilen sorgfältig gepflegten – Verständnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung hat. Nur so konnte eine Verwaltungsrechtswissenschaft mit dem Anspruch ausgebildet werden, eine „Rechtsstaatsfunktion“ wahrzunehmen (*W. Krebs* Juristische Methode [Fn. 26], 217). „Juristische“ Rechtswissenschaft, Verwaltung und Rechtsprechung können in einem solchen Modell unpolitisch sein, sie entscheiden nur über die Vereinbarkeit einer Handlung mit dem Gesetz, nicht über ihre moralische Qualität, ökonomische Sinnhaftigkeit oder politische Klugheit. Die Differenz zwischen politischer Rechtsetzung und unpolitischer Rechtsanwendung gewinnt besondere Bedeutung, wenn es darum geht, das voluntative politische Element der Rechtsanwendung – aus welchen Gründen auch immer – kleiner darzustellen, als es in Wirklichkeit ist (zu den „Versuche[n] einer unpolitischen und ahistorischen Methodenlehre“ nach 1945 *B. Rüthers* Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, JZ 2006, 53 [56]).

⁴² *M. Morlok* Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007), 49 (73); *M. Pöcker* Stasis (Fn. 40), 28 f.

⁴³ Die dem traditionellen Verständnis des Verwaltungsrechts mittlerweile schon fast als Gemeinplatz zugeordnete Rechtsaktzentriertheit ist der Sache nach nur eine Folge der tiefer liegenden Tendenz, den Blick – rechtstatsächlich und auch wissenschaftlich – auf die staatliche Einforderung und tatsächliche (meist punktuelle) Aktualisierung der allgemeinen Gesetzesbindung der Normunterworfenen zu richten. Über die Gesetzesbindung soll die Ordnungsfunktion des Rechts hergestellt und auf bereits eingetretene pathologische Fälle reagiert werden. Der Code „rechtmäßig/rechtswidrig“ dient als Maßstab für die Aktualisierung der Gesetzesbindung (*C. Bunke* Relative Rechtswidrigkeit, 2004, 254 f.; *M. Morlok* Reflexionsdefizite [Fn. 42], 70).

⁴⁴ Die Figur der einzigen richtigen Entscheidung beim Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen und die Verknüpfung mit dem Code rechtmäßig/rechtswidrig stehen stellvertretend für den Anspruch des traditionellen Verständnisses, dem materiellen Recht die eine richtige Entscheidung entnehmen zu können. Das Verfahrensrecht ist in diesem Verständnis gegenüber dem materiellen Recht unselbständig gedacht und dient allein der Erkenntnis des materiellen Rechts. Die weitgehende Relativierung und Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern ist auf der Grundlage dieses Ansatzes konsequent.

⁴⁵ Rechtsanwendung ist nach diesem Verständnis ein kognitiver Akt, der Einsicht in die richtige Rechtslage vermittelt. Der Anspruch auf richtige Rechtserkenntnis lässt sich

Rechtserkenntnis „von sich aus keiner Einbettung in einen organisatorischen und verfahrensmäßigen Ablauf bedarf“, sondern sich immer und überall ereignen kann,⁴⁶ sind Verfahren und Organisation für das Zustandekommen richtiger Rechtserkenntnis prinzipiell irrelevant.⁴⁷

2. Folgen für das traditionelle Verwaltungsrechtsverständnis

Die Zentrierung auf die Juristische Methode und ihre damit verbundene Dominanz sind für das traditionelle Verwaltungsrechtsverständnis nicht folgenlos geblieben.⁴⁸ Sie führen – bei allen unbestreitbaren Vor-

bis in die sprachliche Fassung von Urteilen und Verwaltungsentscheidungen hinein nachzeichnen, die als Deduktionen aus dem vorrangigen Gesetz ausgegeben werden (vgl. *M. Pöcker* Stasis [Fn. 40], 23 ff., 39). Richtige Rechtserkenntnis, die vor allem bei den Gerichten verortet wird, führt zu einer erheblichen Festigkeit der einmal gefundenen Ergebnisse in zeitlicher Hinsicht. Was einmal richtig war, kann sich nicht ohne Änderung der richtigkeitsrelevanten Faktoren gleich wieder ändern (*M. Pöcker* ebd., 31).

⁴⁶ *M. Pöcker* Stasis (Fn. 40), 31 f.

⁴⁷ Dies ist der tiefere Grund für die Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Recht. Alles was für die Rechtserkenntnis nicht zwingend erforderlich ist, kann in die relative Bedeutungslosigkeit des (bloß) formellen Rechts abgeschoben werden.

⁴⁸ Neben ihren unbestreitbaren Vorzügen dürfte der Grund für die Dominanz der Juristischen Methode nach 1949 derselbe Grund sein, der zur Herausbildung der Juristischen Methode Mitte des 19. Jahrhunderts geführt hat (*W. Krebs* Juristische Methode [Fn. 26], 216). In beiden Perioden bestand das primäre Interesse der Verwaltungswissenschaft darin, die Verwaltung (rechtlich) zu disziplinieren (*A. Voßkuhle* Verwaltungsrechtswissenschaft [Fn. 3], § 1 Rn. 8), indem man sie (wieder) an Recht und Gesetz band. Nach 1949 hatte die Verwaltungsgerichtsbarkeit daher auf fast allen verwaltungsrechtlichen Rechtsgebieten die Aufgabe zu erfüllen, „ein bisher unter der Perspektive der Handlungsmaßstäbe für die Verwaltung wahrgenommenes Rechtsgebiet für die Bedürfnisse der kontrollierenden Gerichte zuzubereiten und den Rechtsstoff in Form eines Prüfungsschemas oder Leitfadens zu strukturieren“ (dazu *R. Wahl* Herausforderungen [Fn. 7], 51). Die (Verwaltungs-) Rechtswissenschaft hat ihre dogmatische Arbeit in weitem Maße an eben dieser Perspektive ausgerichtet (zu der damit verbundenen Gefahr eines Rechtsprechungspositivismus, bezogen auf die Staatsrechtslehre und ihr Verhältnis zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nur *B. Schlink* Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 [1989], 161 ff.; *U.R. Haltern* Die Rule of Law zwischen Theorie und Praxis, *Der Staat* 40 [2001], 243 ff.; *M. Jestaedt* Verfassungsgerichtspositivismus, in: *Hommage an Josef Isensee*, 2002, 183 ff.). In der Folge ist auch die deutsche Juristenausbildung noch heute maßgeblich auf den Richterberuf zugeschnitten (*C. Möllers* Methoden und Richtungsstreit [Fn. 14], 206 mit Fn. 117; *C. Möllers/A. Voßkuhle* Die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der internationalisierten Wissen-

teilen der Methode – zu einer ansatzbedingten Verengung des wissenschaftlichen Blickfeldes,⁴⁹ die hier nur in Umrissen skizziert werden kann:

- Die Grundstrukturen der Juristischen Methode kommen der Rechtsanwendung mehr entgegen als der Rechtswissenschaft. Sie bringen die Gefahr mit sich, die Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft *funktional* auf eine *dienende Rolle für die Rechtsanwendung* zu limitieren.⁵⁰ Die (Verwaltungs-)Rechtswissenschaft hat sich schwer getan und tut es bis heute, Rechtswissenschaft nach eigenen Aufmerksamkeitskriterien zu betreiben⁵¹ und eine eigene, vom Anwendungs- und Falllösungsbezug losgelöste Perspektive des Verwaltungsrechts zu gewinnen.
- Mit der begrenzten Perspektive des traditionellen Verständnisses geht eine nur *eingeschränkte Offenheit für Interdisziplinarität* einher. Da andere als rechtsnormative Beurteilungskriterien für staatliches Handeln vernachlässigt werden, fehlt auch von vornherein die Möglichkeit einer angemessenen *Rechtsetzungsmethodik*.⁵²

schaften – Beobachtungen, Vermutungen, Thesen, Die Verwaltung 36 [2003], 321 [327 f.]).

⁴⁹ C. Bünke Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 13), 73 (76); C. Möllers Methoden (Fn. 2), § 3 Rn. 22.

⁵⁰ Wird als Hauptaufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft ausgegeben, eine Systematik zu liefern und Lösungen anzubieten, um zu bestimmen, was in verwaltungsrechtlichen Fällen von Rechts wegen gilt (dazu M. Morlok Reflexionsdefizite [Fn. 42], 70; J. Oebbecke Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungswissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7 [2007], 211 [214]), muss die Leistungsfähigkeit vor allem darauf gerichtet werden, den Rechtsstoff des positiven Rechts im Hinblick auf das Treffen von Entscheidungen nach allgemeinen Kriterien zu systematisieren (H. Schulze-Fielitz Dimensionen [Fn. 4], 20). Dieser Hauptaufgabe kommt die juristische Methode entgegen. Gerade wegen ihres Bezugs zur Entscheidung und Lösung konkreter Fälle hat sie überhaupt erst eine solche Dominanz gewinnen können.

⁵¹ R. Wahl Herausforderungen (Fn. 7), 55.

⁵² Für eine in erster Linie als Falllösungswissenschaft konzipierte, zu diesem Zweck die Gesetzesbindung aktualisierende Verwaltungsrechtswissenschaft haben nicht-juristische Aussagen anderer Disziplinen allenfalls insoweit Bedeutung, als sie für das Lösen von verwaltungsrechtlichen Fällen im Verhältnis von vorgegebener Norm und Anwendung auf den konkreten Fall wichtig sind. Dies gilt insbesondere bei Prüfungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der rechtlichen Bedeutung von Prognosen sowie dort, wo es auf Teleologie und Wirkungszusammenhänge ankommt. Oft werden die Erkenntnisse anderer Disziplinen nicht bewusst (und schon gar nicht methodenbewusst) rezipiert. In vielen Fällen werden sie einfach ausgeklammert und in die so genannten Grundlagenfächer abgeschoben. Zur Problematik nur J. Oebbecke Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 50), 214; O. Lepsius

- Zur *Dominanz* und der nur begrenzten *kommunikativen Anschlussfähigkeit*⁵³ des klassischen dogmatischen Verständnisses trägt bei, dass der normative Anspruch unerschütterlich auch auf Methodik und Dogmatik bezogen wird. Hier zeigt sich das Problem einer normbezogenen Wissenschaft, die das *wissenschaftliche und methodische Selbstverständnis* nicht selten ebenfalls als *normativ konzipiert* und praktisch handhabt.⁵⁴

III. Neuorientierung der Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft

1. *Grundanliegen der steuerungsorientierten Perspektive*

In bewusster Ausweitung der Perspektive gegenüber dem klassischen dogmatischen Verständnis steht das Konzept der Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft.⁵⁵ Das Aufkommen einer steue-

Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?, JZ 2005, 1 ff.; ders. Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007), 319 (335 ff.).

⁵³ Die Elemente des traditionellen dogmatischen und methodischen Verständnisses geben die Modalitäten dafür vor, welche Argumente als rechtliche überhaupt Berücksichtigung finden. Allein wegen dieser Kommunikationsstrukturen ist das traditionelle Verständnis mit seinen Voraussetzungen relativ stabil. Näher dazu M. Pöcker Kommunikation (Fn. 33), 528.

⁵⁴ Der Unterschied zwischen dem Normbefehl selbst und den methodischen oder dogmatischen Aussagen über den Normbefehl wird auf diese Weise überspielt – mit der erwünschten Folge, dass Methodik und Dogmatik dem positiven Recht zugeordnet oder jedenfalls gleichgestellt werden. Dabei wird jedoch übersehen, dass es sich um höchst unterschiedliche Formen von Normativität handelt: Während die Normativität des Normbefehls eine Eigenschaft des Rechtssatzes darstellt und sich letztlich aus der Positivität des Rechts speist, kann sich der normative Anspruch von Methodik und Dogmatik lediglich aus der „Autorität des Arguments“ ergeben und ist damit alles andere als geltendes Recht. Näher dazu M. Jestaedt Theorie (Fn. 5), 52 f.

⁵⁵ Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft versucht die dargestellten Schwächen der Juristischen Methode zu vermeiden, indem sie das Blickfeld in viele Richtungen weitet. Sie möchte andere Steuerungsakteure als den Gesetzgeber, andere Steuerungsmittel als das Recht (z.B. Geld und Macht), und „neben dem Recht andere Steuerungsmedien wie den Markt, das Personal und die Organisation“ in die Betrachtung einbeziehen (vgl., jeweils zusammenfassend, E. Schmidt-Aßmann Verwaltungsrecht [Fn. 1], 1/34 ff.; A. Voßkuhle Verwaltungsrechtswissenschaft [Fn. 3], § 1 Rn. 20, 23). Wirkungszusammenhänge und Wechselbeziehung zwischen verschiedenen Steuerungssubjekten, -objekten, -medien und -instrumenten sollen analysiert und bewertet, Steuerungswissen zur Verbesserung der Steuerungsleistung des (Verwaltungs-)Rechts erlangt und eingesetzt werden (näher dazu G.F. Schuppert Verwaltungsrechtswissenschaft als

rungsorientierten Perspektive hat vielfältige Gründe, von denen hier nur zwei erwähnt werden sollen: Bereits in der Selbstbezeichnung findet sich die deutliche Antithese zur These von der Steuerungsunfähigkeit des Staates und des Rechts.⁵⁶ Zudem fällt ihr Aufkommen nicht zufällig mit den komplexen Realphänomenen der Privatisierung⁵⁷ und Deregulierung

Steuerungswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert [Fn. 9], 65 [68 ff.]; *E. Schmidt-Aßmann* ebd., 1/37; *A. Voßkuhle* ebd., § 1 Rn. 24; vgl. zu zahlreichen Einzelaspekten auch die Beiträge in *K. König/N. Dose* [Hrsg.], *Instrumente und Formen staatlichen Handelns*, 1993). Erstrebt wird die Öffnung der rechtsaktbezogenen Perspektive für „neuartige Formen des Verwaltungshandelns, etwa gezielten Einsatz von Informationen, die Schaffung von monetären Anreizen oder verschiedene Formen der Konfliktmittlung und Kooperation“ (*A. Voßkuhle* ebd., § 1 Rn. 23; vgl. auch *E. Schmidt-Aßmann* ebd., 1/37).

⁵⁶ Die Ursprünge der rechtlichen Steuerungsdiskussion können als (verwaltungs-) rechtswissenschaftliche Gegenreaktion auf die von sozialwissenschaftlicher und systemtheoretischer Seite grundlegend in Frage gestellte Steuerungsfähigkeit des Rechts verstanden werden. Die eigentliche Leistung bestand und besteht aber *nicht* in der aus rechtswissenschaftlicher Sicht in gewisser Weise erwartbaren Gegenbewegung, sondern in der konstruktiven Wendung dieser Reaktion, in der zunehmend konkreter werden den Ausformung eines Programms zur Wahrung staatlicher und rechtlicher Einflussmöglichkeiten verbunden mit einer (vom Anspruch her) dimensional erweiterten Analyse der komplexen Wirkungsweisen von Recht als zentralem Steuerungsmedium moderner Gesellschaften. Vgl. zu dieser allmählichen Entwicklung nur *G.F. Schuppert* *Zur Neubelebung der Staatsdiskussion: Entzauberung des Staates oder „Bringing the State Back In“?*, *Der Staat* 28 (1989), 91 ff.; *H. Willke* *Ironie des Staates*, 1992, 29 ff. sowie die Beiträge in *R. Voigt* (Hrsg.) *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?*, 1993; zur vorangegangenen Diskussion in den anglo-amerikanischen Ländern nur *Evans/Rueschmeyer/Skocpol* (Hrsg.) *Bringing the State Back In*, 1985. Zur Forderung nach konstruktiver Anpassung des Verwaltungsrechts an die veränderten Herausforderungen exemplarisch *W. Hoffmann-Riem* *Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht – Einleitende Problemskizze*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, 9 ff. sowie dezidiert *E. Schmidt-Aßmann* *Verwaltungsrecht* (Fn. 1), 1/34: „Unsere Überlegungen folgen nicht den generellen Zweifeln, die in der sozialwissenschaftlichen Diskussion gegenüber der Steuerbarkeit von Systemen und gegenüber der Steuerungsfähigkeit des Rechts geäußert worden sind. (...) Wir folgen vielmehr einer pragmatischen Lehre, die das Recht als taugliches und unverzichtbares Steuerungsmittel ansieht, dessen Wirkungsmängel es zu analysieren und dessen Wirkungsbedingungen es zu verbessern gilt.“

⁵⁷ Es spricht einiges dafür, dass der neuere steuerungswissenschaftliche Anspruch in der Staatsrechtslehre überhaupt erst im Zusammenhang mit den starken Privatisierungs- und Deregulierungsbestrebungen ausgeformt wurde. War die Welle der Privatisierungen nicht aufzuhalten, konnte als defensives Ziel immerhin formuliert werden, den staatlichen Einfluss zur Wahrung von Gemeinwohlzwecken unter veränderten Umständen möglichst weitgehend zu sichern und den Staat auf diese Weise im Spiel zu halten. Die Idee der staatlichen Gewährleistungsverantwortung und des damit verbunde-

lierung⁵⁸ zusammen, für die es eine Reihe alternativer Gestaltungen gab, die in diesem Sinne gesteuert werden mussten.

In ungebührlicher – hier aber gebotener – Knappheit zusammengefasst soll sich Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft von der dienenden Rolle einer auf Rechtsanwendung fixierten Interpretationswissenschaft emanzipieren⁵⁹ und auf Rechtserzeugung und Problemlösung gerichtete Handlungs- und Entscheidungshilfen geben.⁶⁰

nen Steuerungsanspruchs war ein geeignetes Mittel, Privatisierungsvorgänge durch staatliche Steuerung zu mildern und zu begrenzen. Insofern lässt sich die Diskussion um die staatliche Gewährleistung durch Regulierung auch als Kampf um die Reichweite der Staatlichkeit und des Rechts, letztlich als Kampf um die Gesetzgebung deuten. Zwar gab es (Wirtschafts-)Regulierung auch vor der Privatisierungs- und Deregulierungswelle, doch waren die dafür vorgesehenen Steuerungsformen kaum ausdifferenziert. „Steuerung“ durch Regulierung fand im Wesentlichen innerhalb der Hierarchie statt, während Steuerung in Außenrechtsformen etwa durch Preisaufsicht, gegenüber der Deutschen Bundesbahn oder zur grundlegenden Sicherung der Daseinsvorsorge die große Ausnahme blieb. Mit dem Übergang zu stärkerer Privatisierung und Deregulierung wird die Ausnahme zu einem Regelfall, der eine gesteigerte Vielfalt unterschiedlicher Sachgebiete, eine dimensional größere Reichweite der von der Privatisierung erfassten Bereiche sowie eine weitaus stärkere Heterogenität der eingeschalteten staats-externen Akteure umfasst. Die zwangsläufige Folge dieser Entwicklung war, dass die staatlichen Gewährleistungs- und Steuerungsfunktionen ausgebaut und ausdifferenziert werden mussten und müssen.

⁵⁸ Aus verwaltungsrechtlicher Sicht bestand und besteht das maßgebende Problem darin, dass nach der Logik der Privatisierung und Deregulierung bestimmte Elemente und Instrumente des traditionellen dogmatischen Verständnisses nicht mehr ohne weiteres greifen. Soll die rechtliche Verpflichtungskraft gleichwohl nicht aufgegeben werden, war und ist die Suche nach neuen Konzepten und Steuerungselementen die nahe liegende Konsequenz. Die Begriffe der Gewährleistungs- und Auffangverantwortung, der Qualitätssicherung, des Privatorganisations-, Privatisierungsfolgen-, Verwaltungs-kooperations-, Regulierungsverwaltungs- oder Gewährleistungsverwaltungsrechts sind unterschiedlich ausgeprägte Chiffren für eben dieses Anliegen, die verbleibenden normativen Vorgaben und Ziele möglichst weitgehend zu verwirklichen. In diesem Zusammenhang erweist sich die steuerungsorientierte Perspektive auch als Reaktion auf Engführungen, die mit dem klassischen dogmatischen Verständnis verbunden sind. Exemplarisch für die Suche nach neuen Handlungsdimensionen und -formen, bezogen auf die Verwaltungskontrolle, die Beiträge in *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.) *Verwaltungskontrolle*, 2001.

⁵⁹ Über die Funktion des Rechts als Kontrollmaßstab für die Gerichte hinaus wird seine Bereitstellungsfunktion für die Verwaltung hervorgehoben. Grundlegend *G.F. Schuppert* *Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 55), 96 ff.; *ders.* *Verwaltungswissenschaft*, 2000, 455 ff.; vgl. auch *A. Voßkuhle* *Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 3), § 1 Rn. 24.

⁶⁰ Zur häufig zitierten Formel „von der rechtsetzungsbezogenen Interpretationswissenschaft zur rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“ *A. Voßkuhle* *Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 3), § 1 Rn. 15; die daran anknüpfende, auf weitere Präzisierung gerichtete Formel „von der normtextorientierten Interpreta-

Neben einer Revision traditioneller Felder wie Organisation und Personal werden zu diesem Zweck auch neue Bereiche entwickelt, nicht zuletzt die Lehre von den über die Rechtmäßigkeit hinausgehenden Maßstäben des Verwaltungshandelns.⁶¹ Entscheidend für das Konzept der Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft ist die Vorstellung von „Recht als Instrument zur Bewirkung von erwünschten und zur Vermeidung von unerwünschten Wirkungen, also zur Beeinflussung von Ereignisabläufen“.⁶² Zwar soll die Eigenständigkeit der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Betrachtungsweise gewahrt, zugleich sollen aber sozial- und wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse einbezogen⁶³ und die tatsächlichen Verwaltungsabläufe einschließlich des Verhaltens der Rechtsakteure und der daraus resultierenden Folgen systematisch aufgearbeitet werden. Die Neuausrichtung führt damit nicht nur zu einer erheblichen Verbreiterung der verwaltungsrechtswissenschaft-

tions- und Entscheidungswissenschaft zur rechtserzeugungs- und problemlösungsorientierten Handlungswissenschaft“ findet sich bei *G.F. Schuppert* Verwaltungsrecht (Fn. 7), MS 19. Zu Methode und Forschungsstil einer rechtsetzungsorientierten Entscheidungswissenschaft *A. Voßkuhle* Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: H. Bauer u.a. (Hrsg.), Umwelt – Wirtschaft – Recht, 2002, 172 ff.

⁶¹ Entwickelt werden soll eine Methode, die es nicht nur erlaubt, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns, sondern auch seine Wirksamkeit bei der Verfolgung normativer Ziele zu beurteilen und zu fördern. Neben der Rechtmäßigkeit sollen insbesondere die Sach- oder Ergebnisrichtigkeit, Transparenz, Akzeptanz, Bürgernähe, Effizienz und Wirtschaftlichkeit des Verwaltungshandelns gefördert werden. Näher dazu *W. Hoffmann-Riem* Verwaltungsrechtsreform. Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Fn. 9), 115 (130 ff.); *ders.* Methoden (Fn. 13), 46 ff.; *E. Schmidt-Aßmann* Verwaltungsrecht (Fn. 1), 6/57 ff.; *A. Voßkuhle* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 3), § 1 Rn. 24; vgl. demgegenüber *W. Krebs* Juristische Methode (Fn. 26), 209 f., der die „Richtigkeit“ der Entscheidung als Anforderung der Rechtmäßigkeit und damit auch als Ziel der Juristischen Methode einstuft.

⁶² *G.F. Schuppert* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 55), 65 ff.; daran anknüpfend *W. Hoffmann-Riem* Flexibilität (Fn. 56), 9 ff.; *ders.* Verwaltungskontrolle. Perspektiven, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 58), 325 (333 ff., 365 ff.); *E. Schmidt-Aßmann* Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektiven des Verwaltungshandelns, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 56), 407 (411 ff.); *ders.* Verwaltungsrecht (Fn. 1), 1/33.

⁶³ Hatte sich einst die monodisziplinäre Juristische Methode von der multidisziplinären Staatswissenschaft abgesetzt (*W. Krebs* Juristische Methode [Fn. 26], 217), ist es heute umgekehrt. Der steuerungswissenschaftliche Anspruch ist interdisziplinär, er umfasst auch andere Wissenschaften, die sich mit politischer Steuerung befassen (*A. Voßkuhle* Verwaltungsrechtswissenschaft [Fn. 3], § 1 Rn. 25). Allerdings haben sich die bevorzugten Partnerdisziplinen geändert. Dominierte vormals noch die Geschichtswissenschaft (vgl. *W. Krebs* ebd., 216) neben der Rechtswissenschaft, sollen es heute vor allem die Ökonomie, die Politologie, die Soziologie und die Technikwissenschaften sein (vgl. *A. Voßkuhle* ebd., § 1 Rn. 39).

lichen Untersuchungsfelder. Sie muss auch als Versuch gelesen werden, die historisch gewachsene, anwendungsbezogene Perspektive zu überwinden und eine eigene wissenschaftliche Perspektive auf das Recht zu gewinnen.

Mit dem Aufkommen der Governance-Diskussion besteht die konkrete Möglichkeit, dass der steuerungsorientierte Ansatz – bei aller Modernität – durch einen prägnanteren, vor allem aber auch international anschlussfähigeren Begriff überholt wird. Der Governance-Ansatz fragt nicht nach Akteuren, sondern nach Regelungsstrukturen, innerhalb derer verschiedene staatliche und nichtstaatliche Akteure auf unterschiedlichen Ebenen zur Regelung kollektiver Sachverhalte zusammenwirken.⁶⁴ Die bisher geäußerten Vorbehalte gegenüber dem Governance-Ansatz beziehen sich darauf, dass der immer noch vergleichsweise unscharfe Governance-Begriff⁶⁵ aufgrund der spezifischen Funktions-

⁶⁴ Aus dem kaum noch zu übersehenden Governance-Schrifttum aus rechtswissenschaftlicher Sicht nur *H.-H. Trute/W. Denkhaus/D. Kühlers* Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, *Die Verwaltung* 37 (2004), 451 ff.; *W. Hoffmann-Riem* Governance im Gewährleistungsstaat – Vom Nutzen der Governance-Perspektive für die Rechtswissenschaft, in: Schuppert (Hrsg.) *Governance-Forschung*, 2. Aufl. 2006, 195 ff.; *C. Franzius* Governance und Regelungsstrukturen, *VerwArch.* 97 (2006), 186 ff.; *M. Seckelmann* Keine Alternative zur Staatlichkeit – Zum Konzept der „Global Governance“, *Die Verwaltung* 40 (2007), 30 ff.; *G.F. Schuppert* Was ist und wozu Governance?, *Die Verwaltung* 40 (2007), 463 ff.; *H.-H. Trute/D. Kühlers/A. Pilniok* Der Governance-Ansatz als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in: Schuppert/Zürn (Hrsg.) *PVS*, Sonderheft 1/2008, im Erscheinen. – Aus politikwissenschaftlicher Sicht grundlegend *R. Mayntz* Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie, Working Paper 04/1 (März 2004) des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung (auch in: Schuppert *Governance-Forschung*, ebd., 11 ff.); vgl. auch *A. Benz* (Hrsg.) *Governance – Regieren in komplexen Regelungssystemen*, 2004; *Lang/Schimanek* (Hrsg.) *Governance und gesellschaftliche Integration*, 2004; *B. Jessop* *The Future of the Capitalist State*, 2002; *J. Kooiman* *Governing and Governance*, 2003; *J. Pierre* (Hrsg.) *Debating Governance. Authority, Steering and Democracy*, 2000. Die Entwicklung zusammenfassend *J. v. Blumenthal* *Governance – eine kritische Zwischenbilanz*, *Zeitschrift für Politikwissenschaft* 15 (2005), 1149 ff.; *A. Benz/S. Lütz/U. Schimanek/G. Simonis* Einleitung in: dies. (Hrsg.) *Handbuch Governance*, 2007.

⁶⁵ Vgl. für die höchst unterschiedlichen Begriffsdefinitionen, die sich im Laufe der letzten Jahre ergeben haben, *H. Hill* *Good Governance – Konzepte und Kontexte*, in: Schuppert (Fn. 64), 220 ff.; *G.F. Schuppert* *Zauberwort Governance. Weiterführendes Forschungskonzept oder Wein in alten Schläuchen?*, *WZB-Mitteilungen* 114/2006, 53 ff.; kritisch *M. Seckelmann* *Staatlichkeit* (Fn. 64), 30 ff., die von einem „Formelkompromiss“ spricht. Das Problem besteht nicht zuletzt darin, dass die Verwendung des Begriffs zwischen der Beschreibung neuer Modi des Regierens, ihrer analytischen Erklärung sowie ihrer präskriptiven Aufladung als Muster „guten“ Regierens schwankt; vgl. dazu *W. Hoffmann-Riem* *Governance* (Fn. 64), 195 Fn. 1.

weise moderner Verfassungsstaaten, die an einzelne Akteure als Kompetenzträger und Zurechnungsobjekte⁶⁶ anknüpfen, für die Steuerungsdiskussion nur bedingt fruchtbar sei.⁶⁷ Auf mittlere Sicht wird sich das Problem aller Voraussicht nach umgekehrt stellen. Denn es steht zu vermuten, dass der steuerungswissenschaftliche Ansatz nur dann bleibende Wirkung entfalten wird, wenn er seine relativ gesehen größere Präzision in die Governance-Diskussion einbringen, sich dort bewähren und es ihm gelingen kann, das Governance-Konzept auf schärfere Konturen zu verpflichten.

2. *Verwaltungsrechtswissenschaft als Teildisziplin einer rechtsgebietsübergreifenden Steuerungswissenschaft*

Bei der Analyse der steuerungsorientierten Perspektive fällt auf, dass das Erkenntnisinteresse vor allem auf die Steuerung der Verwaltung bezogen wird.⁶⁸ Verwaltungsrecht soll den Akteur Verwaltung determinieren.⁶⁹ Von anderen, nicht staatlichen Akteuren als Steuerungsobjekten ist allenfalls mittelbar die Rede.⁷⁰ Dies überrascht, wenn man sich

⁶⁶ Dazu A. Voßkuhle *Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 3), § 1 Rn. 21.

⁶⁷ Die größte unmittelbare Anschlussfähigkeit für die steuerungsorientierte Perspektive scheint er bislang in seiner Facette als „Good Governance“ zu besitzen, wie ihn etwa die Europäische Kommission verwendet (vgl. *Europäische Kommission* *Europäisches Regieren – Ein Weißbuch*, KOM[2001] 428 endgültig vom 25. 7. 2001, 10 Fn. 1; näher zum Konzept der „Good Governance“ H. Hill *Governance* [Fn. 65], 220ff.), wenn und soweit er einen Akteur (den Staat) adressiert, Steuerungsmodi in Bezug nimmt (z. B. „Regeln, Verfahren und Verhaltensweisen“) und normative Ziele (z. B. „Offenheit, Partizipation, Verantwortlichkeit, Effektivität und Kohärenz“) bestimmt, die sich zumindest partiell mit dem Steuerungsansatz decken (näher *Europäische Kommission* ebd., 10 Fn. 1).

⁶⁸ Nach klassischem dogmatischen Verständnis ist die Begrenzung des Blickwinkels konsequent: Wenn Verwaltungsrecht definiert wird als „Inbegriff der (geschriebenen und ungeschriebenen) Rechtssätze, die in spezifischer Weise für die Verwaltung ... gelten“ (H. Maurer *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl. 2006, § 3 Rn. 1), erübrigt sich eine nähere Auseinandersetzung mit anderen möglichen Adressaten. Denn in diesem Fall regelt das Verwaltungsrecht zwar auch „die Beziehung zwischen der Verwaltung und dem Bürger und begründet sonach Rechte und Pflichten für den Bürger, aber eben immer nur im Verhältnis zur Verwaltung“ (H. Maurer, ebd.).

⁶⁹ Vgl. nur G.F. Schuppert *Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 55), 69; H.-H. Trute *Wissenschaft* (Fn. 8), 16.

⁷⁰ In aller Deutlichkeit G.F. Schuppert *Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 55), 69: „Steuerungsobjekt ist die Verwaltung“. In den Blick genommen werden in erster Linie Handlungsnormen als normative Vorgaben für das Verwaltungshandeln in Abgrenzung von Kontrollnormen als normative Vorgaben für die Kontrolle, insbesondere die Gerichtskontrolle – nicht aber allgemeine Verhaltensnormen. Dass auch die Gerichte, Ver-

das Anliegen des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes vor Augen hält, den Anspruch des Rechts verwirklichen zu helfen, gesellschaftliche Wirkungen zu erzielen. Die Wirkungskraft des Verwaltungsrechts kann aber nicht auf den Akteur Verwaltung begrenzt werden. So lässt sich, um nur ein Beispiel zu nennen, der Anspruch umweltrechtlicher Grundpflichten, gesellschaftliche Wirkungen zu erzielen, kaum angemessen erfassen, wenn nur das Verhältnis von Verwaltungsrecht und Verwaltung in den Blick genommen wird. Wirkungen des Verwaltungsrechts können offenbar auch unabhängig vom Akteur Verwaltung eintreten – und tun dies in Zeiten von Privatisierung und Deregulierung umso mehr.⁷¹

Dass sich alle Teilrechtsordnungen – neben dem Verwaltungsrecht auch das Zivilrecht und das Strafrecht⁷² – mit der unmittelbaren Steuerung menschlichen Verhaltens als Aufgabe schwer tun, hat strukturelle Gründe.⁷³ Normative Verhaltensstandards im Verhältnis des Staates zu

bände, Parteien, Unternehmen und andere (private) Akteure selbst steuern und damit auch potentieller Adressat steuernder (Verwaltungsrechts-)Gesetzgebung sein können und müssen, tritt in den Hintergrund.

⁷¹ Damit drängt sich die Frage auf, um welche Wirkungen es sich handelt. Zugleich stellt sich die Frage, welche spezifische Funktion der Verwaltung zukommt, wenn das Verwaltungsrecht unter Umständen auch ohne Einschaltung der Verwaltung gesellschaftliche Wirkungen erzielen kann.

⁷² Auch Privatrecht und Strafrecht weisen die Aufgabe der Verhaltenssteuerung regelmäßig mit der empörten Sorge von sich, das eigene Rechtsgebiet werde dadurch von der Politik für ihm eigentlich fremde Zwecke instrumentalisiert. Zu den Berührungsängsten aller Teilrechtsordnungen gegenüber der Verhaltenssteuerung eindrücklich *G. Wagner* Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 2006, 352 (435ff.).

⁷³ Hinzu kommt, dass Verhaltenssteuerung – weitaus mehr als die rechtliche Umsetzung und der Vollzug einmal gesetzter Normen – offenbar als Sache des nicht auf eine Teilrechtsordnung festgelegten Gesetzgebers begriffen, damit aber zugleich auch dem Bereich der allgemeinen Rechtspolitik zugeordnet wird. Nur dies erklärt die bisweilen an einen Affekt grenzenden, von einem grundlegenden Misstrauen gegenüber dem Gesetzgeber geprägten Reaktionen in Teilen des Privat- und des Strafrechts, die Verhaltenssteuerung nicht nur als Zumutung empfinden, sondern darin stets auch eine Gefahr für System und Dogmatik der je eigenen Disziplin wittern. Das Reaktionsmuster ist stets gleich: Zunächst wird die Befürchtung geäußert, traditionelle und rechtsstaatlich untermauerte Institutionen und Verfahren würden zugunsten modischer Steuervorstellungen abgebaut oder unterminiert und die jeweils eigene Teilrechtsdisziplin heteronom (sprich: politischen) Zwecken dienstbar gemacht. Sodann wird unter Berufung auf die vage formulierten autonomen Ziele der Teilrechtsdisziplinen – „Privatautonomie“ im Privatrecht, „Gleichheit der Bestrafung“ im Strafrecht, im Verwaltungsrecht wäre es die „Rechtsstaatlichkeit“ – eine Beschränkung auf die eigentlichen Zwecke der Teildisziplin eingefordert. Vgl. zu diesen Argumentationsmustern zusammenfassend *G. Wagner* Prävention (Fn. 72), 360.

nicht staatlichen Akteuren liegen den Teilrechtsordnungen gleichsam voraus. Sie sind rechtsgebietsübergreifend und insoweit „rechtsgebietsneutral“.⁷⁴ Die einzelnen Teilrechtsordnungen kommen ins Spiel, wenn es um den je spezifischen Modus der Durchsetzung verhaltenssteuernder Normen geht.⁷⁵ Während das Privatrecht die Rechtsverwirklichung den nichtstaatlichen Akteuren überlässt, dient das Strafrecht der Rechtsverwirklichung durch eine spezifische staatliche, im besonderen öffentlichen Interesse liegende Reaktion auf Normverletzungen.⁷⁶ Verwaltungsrecht dient demgegenüber der Rechtsverwirklichung *ex ante*⁷⁷ durch Einsatz eines eigens dafür vorgesehenen Rechtsstabs „Verwaltung“. Dass Verhaltenssteuerung eine Grundfunktion des gesamten Rechts darstellt, ist der tiefere Grund für die Rede von den Teilrechtsordnungen als „Auffangordnungen“.⁷⁸ Sie sind Auffangordnungen für die Verwirklichung des normativen Anspruchs, wenn andere Teilrechts-

⁷⁴ Nicht von ungefähr hat fast jede normative Verhaltensvorgabe eine privatrechtliche, eine verwaltungsrechtliche und eine strafrechtliche Seite – oder kann sie zumindest haben. Das Kartellrecht, Datenschutzrecht, Informationsrecht, Internetrecht, Umweltrecht oder das neue Recht des Klimaschutzes sind nur einige wenige Beispiele für den Grundbefund, dass grundsätzlich jeder Verhaltensstandard von jeder Teilrechtsordnung oder von mehreren zugleich in Bezug genommen werden kann.

⁷⁵ Sämtliche Rechtsordnungen demokratischer Verfassungsstaaten setzen nicht allein auf die (Steuerungs-)Funktionen einer einzigen Teilrechtsordnung, sondern kombinieren die Instrumentarien verschiedener Teilrechtsordnungen, um ihre normativen Ziele zu erreichen.

⁷⁶ Diese spezifische staatliche Reaktion ist auf Rehabilitierung der verletzten Norm und des dahinter stehenden Normgebers gerichtet. Näher dazu *I. Appel* Verfassung und Strafe, 1998, 460 ff.

⁷⁷ Dieses Ziel kann durch unsichere dezentrale Verhaltenssteuerung im Zivilrecht und die ex post-Reaktion im Strafrecht nicht erreicht werden.

⁷⁸ Vgl. nur die Beiträge in *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996; zur Auffangfunktion des Strafrechts *W. Hoffmann-Riem* Administrativ induzierte Pönalisierung – Strafrecht als Auffangordnung für Verwaltungsrecht, FS Jung, 2007, 299 ff. Die Rede von den wechselseitigen Auffangordnungen ist in ihrem Ursprung allem Anschein nach der Privatisierungs- und Deregulierungsdiskussion verhaftet, in deren Zuge nach einem Ersatz für das zurückgenommene Öffentliche Recht gefragt und gesucht wurde. Neben der Idee eines Gewährleistungs(verwaltungs)rechts lag dabei auch die Konzipierung der anderen Rechtsgebiete als Auffangordnungen nahe, um den Schwund an staatlichem Einfluss zumindest teilweise zu kompensieren. Diesem Ansatz folgend wird an die unterschiedlichen Steuerungsleistungen der einzelnen Teilrechtsordnungen „Öffentliches Recht“, „Privatrecht“ und „Strafrecht“ mit der Frage angeknüpft, wie Regelungsbedürfnisse, die im Rahmen einer Teilrechtsordnung nicht ausreichend befriedigt werden können, durch Rückgriff auf Gestaltungselemente der jeweils anderen Teilrechtsordnung erfüllt und in diesem Sinne aufgefangen werden können.

ordnungen ihrem spezifischen Rechtsverwirklichungsanspruch – etwa im Zuge von Privatisierungsstrategien – nicht oder nicht mehr in vollem Umfang nachkommen können oder sollen.⁷⁹

Denkt man den steuerungswissenschaftlichen Anspruch zu Ende, muss Bezugspunkt die gesamte Rechtsordnung sein. In der Sache geht es um ein funktionelles Verständnis und Ergänzungsverhältnis von Teilrechtsordnungen einer ganzheitlichen, auch verhaltenssteuernden Rechtsordnung.⁸⁰ Ein in dieser Weise ausgreifender steuerungswissenschaftlicher Anspruch hat Folgewirkungen:

⁷⁹ Es ist auch und gerade die Aufgabe einer steuerungsorientierten Perspektive, die durch die verschiedenen Teilrechtsordnungen verkörpertten Optionen – die funktionalen Alternativen zur Rechtsverwirklichung in den je einzelnen Teilrechtsordnungen – rechtsgebietsübergreifend in den Blick zu nehmen und die jeweiligen Vor- und Nachteile herauszustellen. Formen des private enforcement können die erforderliche Rechtsverwirklichung unter Umständen ebenso bewirken wie der Einsatz von Verwaltung und Verwaltungsrecht. Nicht zuletzt das europäische Recht hat mit allem Nachdruck klar gemacht, dass die Zuordnung zu einer oder mehreren Teilrechtsordnungen in den Mitgliedstaaten für die äquivalente und effektive Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts unmaßgeblich ist, sofern der normative Anspruch des Gemeinschaftsrechts nur effektiv umgesetzt wird und wirkt (vgl. EuGH v. 17. 9. 2002, Rs. C-253/00 [Antonio Munoz y Cia SA Frumar Ltd], Slg. 2002, I-7289).

⁸⁰ Allerdings ist die Feststellung in dieser Allgemeinheit noch nicht ausreichend differenziert. Denn hält man sich den Gesamtkomplex von rechtsnormativer Verhaltenssteuerung und Rechtsverwirklichung durch die einzelnen Teilrechtsordnungen vor Augen, kann der steuerungswissenschaftliche Anspruch unterschiedliche Bezugspunkte haben:

- Bezogen auf die gleichsam ursprüngliche Aufgabe des Rechts, Verhaltensvorgaben im Verhältnis Staat-Bürger zu treffen, richtet sich der steuerungswissenschaftliche Anspruch letzten Endes auf die Frage, wie menschliches Verhalten in komplexen Handlungssituationen mit rechtlichen Mitteln gesteuert wird und gesteuert werden kann. Bezugspunkt dieses steuerungswissenschaftlichen Anspruchs kann nur die Rechtsordnung insgesamt sein. In der Sache geht es um die Domäne einer allgemeinen (rechtsgebietsübergreifenden) Gesetzgebungslehre.
- Gedanklich davon zu trennen ist die Frage, wie die Einhaltung bestimmter Verhaltensstandards gewährleistet werden kann. Hier bezieht sich der steuerungswissenschaftliche Anspruch auf die Ausgangsfrage für den Normgeber, wie er – bezogen auf eine bestimmte Verhaltensanforderung oder normative Zielsetzung – die Aufgabe der möglichst konsequenten, effizienten und effektiven Normverwirklichung auf die einzelnen Teilrechtsordnungen verteilt. Konkret geht es um die Nutzbarmachung der einzelnen Teilrechtsordnungen, ihrer je eigenen Rechtsverwirklichungsfunktionen sowie ihrer Institute für die Zwecke der Rechtsverwirklichung.
- Sobald die Aufgabe der Rechtsverwirklichung auf die einzelnen Teilrechtsordnungen aufgeteilt ist, kann sich ein begrenzterer, dritter steuerungswissenschaftlicher Anspruch auf die Frage beziehen, wie das Recht der betreffenden Teilrechtsordnung bestimmte erwünschte Wirkungen bewirkt und unerwünschte Wirkungen vermeidet.

- Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft ist Teildisziplin einer auf die gesamte Rechtsordnung bezogenen Steuerungswissenschaft (die ihrerseits als Teildisziplin einer übergreifenden Steuerungswissenschaft zu verstehen wäre).⁸¹ Das bedeutet nicht, dass Bezugspunkt für steuerungsorientierte Überlegungen stets die gesamte Rechtsordnung sein muss. Abhängig von der jeweiligen Problem- und Fragestellung kann der steuerungswissenschaftliche Anspruch in vielen Fällen auf die jeweilige Teilrechtsdisziplin beschränkt werden. Sofern sich übergreifende Fragen stellen, kann die Wahrnehmung des steuerungswissenschaftlichen Anspruchs aber kein Monopol nur einer einzigen Teilrechtsordnung sein.⁸² Die einzelnen Teilrechtsordnungen können sich dementsprechend nicht (mehr) als in sich geschlossene Systeme konzipieren, sondern müssen sich auf eine entsprechende Offenheit einstellen.⁸³

Die anderen Teilrechtsordnungen kommen lediglich als Auffangordnungen ins Spiel, sofern eine Teilrechtsordnung – etwa im Zuge von Privatisierungsvorgängen – ihre spezifische Rechtsverwirklichungsfunktion nicht (mehr) erfüllen soll oder erfüllen kann.

⁸¹ Soll die – historisch und rechtsvergleichend keineswegs selbstverständliche – „Separation und disziplinäre Identität“ (*A. Voßkuhle* Verwaltungsrechtswissenschaft [Fn. 3], § 1 Rn. 8) der Teilrechtsordnungen überwunden werden, gibt es dazu keine Alternative, selbst wenn bei einer so weit gefassten Steuerungsperspektive die Gefahr der wissenschaftlichen Überforderung besteht. Im Ausland ist die Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht ohnedies keine Selbstverständlichkeit und vielfach weniger folgenreich als nach deutschem Rechtsverständnis üblich. In rechtshistorischer Perspektive wird als gesichert vorausgesetzt, „die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht sei eine historisch situierbare Redeweise, die sich zeitlich auf die Frühe Neuzeit und auf das 19. Jahrhundert und geographisch auf die europäischen kontinentalen Rechtskulturen begrenzen lässt“ (*M. Stolleis* Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* [Fn. 78], 41). In Deutschland hat sie – vor allem als Folge einer inhaltlichen Profilierung des Privatrechts durch Idealismus und Liberalismus als „Reich der Freiheit“ – den Durchbruch um das Jahr 1750 (*M. Stolleis* ebd., 55) geschafft und sich vor allem im 19. Jahrhundert zu voller Blüte entfaltet. Zusammenfassend auch *G. Wagner* Prävention (Fn. 72), 423.

⁸² Bezogen auf die Steuerungszwecke *E. Schmidt-Aßmann* Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Fn. 78), 7 (13 f.).

⁸³ Die maßgebende Aufgabe besteht insofern darin, den Einsatz der drei Teilrechtsordnungen so zu steuern, dass ein für die Rechtsverwirklichung möglichst gutes Ergebnis herauskommt (vom Privatrecht ausgehend ebenso *G. Wagner* Prävention [Fn. 72], 432). Insofern muss es auch darum gehen, die jeweiligen Teilrechtsdogmatiken auf eine rechtsgebietsübergreifende effektive Rechtsverwirklichung auszurichten.

- Hinzu kommt, dass die Verwaltungsrechtswissenschaft sich auch mit Verhaltenssteuerung befassen muss,⁸⁴ sofern diese für die Bewirkung erwünschter oder Vermeidung unerwünschter Wirkungen von Bedeutung ist. Damit geraten neben Handlungs- und Kontrollnormen auch Verhaltensnormen in den Blick – und mit ihnen die unterschiedlichen Adressaten dieser Verhaltensnormen. Bislang unterscheidet die Verwaltungsrechtswissenschaft – vom Verfassungsgebot des Art. 19 Abs. 3 GG abgesehen – weder methodisch noch dogmatisch danach, ob Adressat einer Norm eine Einzelperson, eine Gruppe, ein Unternehmen oder eine (staatliche) Institution ist.⁸⁵ Unter steuerungswissenschaftlichen Gesichtspunkten ist dies insofern erstaunlich, als Nachbarwissenschaften vergleichsweise gesicherte Erkenntnisse und Theoriekonzepte dafür liefern, wie die Heterogenität von Akteuren Steuerungserfolge unterschiedlich beeinflussen kann.⁸⁶ Damit drängt sich zum einen die Frage auf, ob und inwieweit sich die (Verwaltungs-)Rechtswissenschaft den Erkenntnissen der Verhaltens- und Lebenswissenschaften öffnen muss.⁸⁷ Zum anderen steht die Frage im Raum, ob nicht die juristische Methodenlehre bei der Auslegung, Anwendung und womöglich auch der Formulierung von Normen auf die unterschiedlichen Normadressaten prinzipielle Rücksicht nehmen muss.⁸⁸

⁸⁴ In der strafrechtlichen Terminologie Verhaltens- oder Bewirkungsnormen neben Behandlungsnormen; eindrücklich *A. Eser* Verhaltensregeln und Behandlungsnormen. Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht, FS Lenckner, 1998, 25 ff.

⁸⁵ Daher bleiben spezifische kulturelle Verhaltensbedingungen und Verhaltensformen grundsätzlich außer Betracht. So – bezogen auf nicht staatliche Normadressaten – *I. Spiecker genannt Döhmann* Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, DVBl. 2007, 1074.

⁸⁶ *I. Spiecker genannt Döhmann* Verwaltungsrecht (Fn. 85), 1074 mit Verweis, für den Sonderfall der Fairness-Empfindung, auf *S. Magen* Zur Interaktion von Recht und sozialen Normen bei der dezentralen Bereitstellung von Gemeinschaftsgütern, in: Stolleis/Streeck (Hrsg.) Politik und Recht unter den Bedingungen der Dezentralisierung, 2007, 185 (196 ff.).

⁸⁷ Vgl. zu möglichen Einbindungen der Verhaltens- und Lebenswissenschaften in das Recht die Beiträge in *Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker genannt Döhmann* (Hrsg.) Recht und Verhalten, 2007.

⁸⁸ Eingebettet in einen Vergleich zwischen deutscher und amerikanischer Rechtswissenschaft auch *O. Lepsius* Staatsrechtslehre (Fn. 52), 325. Ob die Rechtswissenschaft sich mit einer solchermaßen erweiterten Perspektive nicht überfordern würde, soll an dieser Stelle dahinstehen (vgl. dazu die kritischen, im Hinblick auf den Ertrag verhaltenswissenschaftlicher Analysen für die Rechtswissenschaft zwiesgespaltenen Anmerkungen von *C. Engel* Verhaltenswissenschaftliche Analyse: Gebrauchsanweisung für Juristen, in: *Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmann* [Fn. 87], 363 ff.).

3. *Verhältnis von rechtsakt- und verhaltensbezogener Perspektive*

Stellt man den steuerungsorientierten Ansatz dem klassischen dogmatischen Verständnis gegenüber, zeigt sich eine Differenzierung, die aufgrund der Dominanz der Juristischen Methode lange Zeit in den Hintergrund gedrängt wurde: Während die Juristische Methode und auch die traditionelle Methodenlehre wie selbstverständlich vom Rechtsakt her konzipiert und gedacht werden, ist der steuerungswissenschaftliche Anspruch geradezu Sinnbild dafür, dass beim Blick auf die Rechtsordnung neben einer rechtsaktbezogenen auch eine handlungs- oder verhaltensbezogene Perspektive eingenommen werden kann.⁸⁹ Das traditionelle Verständnis betrachtet Rechtsakte vom Handeln und Verhalten der Rechtsakteure weitgehend abstrahiert und isoliert auf der Grundlage eines binären Schemas (rechtmäßig/rechtswidrig, Innenrecht/Außenrecht, Staat/Gesellschaft). Demgegenüber richtet die verhaltensbezogene Perspektive den Blick auf tatsächliche Abläufe und das Verhalten der Rechtsakteure und folgt einem drei- oder mehrwertigen Modell, das auf entsprechende Offenheit und Unbestimmtheit angelegt ist.⁹⁰ Da die verhaltensbezogene Begrifflichkeit auch auf Erfassung der Rechts- und Verwaltungswirklichkeit gerichtet ist, sind die Grundbegriffe und Grundsätze oft mit normativen und empirischen Gehalten aufgeladen. Damit ist Systembildung zwar nicht ausgeschlossen, aber von vornherein auf eine erweiterte Perspektive und Offenheit für verschiedene Einflussfaktoren ausgerichtet.⁹¹ Auf diese Weise kann der

⁸⁹ Zur Unterscheidung zwischen der rechtsakt- und der verhaltensbezogenen Betrachtungsweise des Rechts in aller Klarheit und Differenziertheit C. Bumke Rechtswidrigkeit (Fn. 43), 255 ff., der für die verhaltensbezogene Perspektive zu Recht auch auf die in der Strafrechtswissenschaft nach wie vor präsente *Welzelsche Handlungslehre* (H. Welzel Das deutsche Strafrecht, 1969, 33 ff.; ders. Studien zum System des Strafrechts, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, 120 ff.) verweist. Mit seiner Forderung nach Erweiterung der Perspektive von der Gerichtszentriertheit hin zu den verschiedenen Steuerungsdimensionen der Verwaltung und ihres Handelns sowie dem Streben nach Einbeziehung sozial- und wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse kann der steuerungswissenschaftliche Ansatz auch als „Ausdruck eines Unbehagens mit der herrschenden rechtsaktbezogenen Betrachtungsweise“ gedeutet werden (C. Bumke ebd., 256).

⁹⁰ Die verwendete Terminologie greift auf skalierende Begriffe, Leitbilder, Typologien und Verbundbegriffe zurück, deren Dichte und Stringenz mit der herkömmlichen Dogmatik nicht vergleichbar sind (dazu und zum Folgenden C. Bumke Rechtswidrigkeit [Fn. 43], 260).

⁹¹ Letzten Endes tendiert die verhaltensbezogene Perspektive dazu, über eine rein rechtsnormative Beurteilung hinauszugehen. Denn stehen keine rechtsnormativen Bindungen entgegen oder ist die rechtliche Beurteilung unklar, so dass Unsicherheiten und dementsprechend Spielräume bestehen, sollen auch nicht positivrechtlich normierte

steuerungswissenschaftliche Ansatz ein Spektrum an Erkenntnisinteressen – beispielsweise bei der Beurteilung von Gesetzgebungsprojekten – bedienen, das weit über das traditionelle Falllösungsinteresse am Maßstab des Rechts hinausgeht.

Entscheidend ist, dass beide Betrachtungsweisen des Rechts – rechtsaktbezogene und verhaltensbezogene Perspektive – ihre Berechtigung haben. Beide verfolgen je eigene rechtswissenschaftliche Erkenntnisinteressen und tragen auf ihre Weise zum Verständnis des Rechts bei.⁹² Insofern ist es ebenso müßig wie unergiebig, danach zu fragen, welches die richtige oder bessere Betrachtungsweise ist. Die entscheidende Frage lautet, ob die beiden Perspektiven unverbunden nebeneinander stehen, oder ob sie sich erkenntnisfördernd und systembildend verbinden lassen.⁹³ Dabei liegt auf der Hand, dass der Versuch einer Verklammerung dem klassischen dogmatischen Verständnis wegen seiner stärkeren methodischen und dogmatischen Geschlossenheit vergleichsweise größere Schwierigkeiten bereitet. Dies ist nicht zuletzt der Grund dafür, dass dem steuerungswissenschaftlichen Ansatz im Schrifttum erhebliche Vorbehalte begegnen.⁹⁴ Rechtsstaatliche Vorbehalte sehen vor allem

Maßstäbe herangezogen werden (C. Bumke Rechtswidrigkeit [Fn. 43], 260; näher dazu W. Hoffmann-Riem Verwaltungsrechtsreform [Fn. 61], 130ff.; E. Schmidt-Aßmann Verwaltungsrecht [Fn. 1], 6/57ff.).

⁹² Dies gilt unabhängig davon, dass beide Perspektiven aufgrund der unterschiedlichen Begriffslogik, der relativen Geschlossenheit der rechtsaktbezogenen Sichtweise und der damit verbundenen begrenzten Anschlussfähigkeit vergleichsweise eigenständig und unabhängig nebeneinander stehen (vgl. C. Bumke Rechtswidrigkeit [Fn. 43], 262).

⁹³ So zu Recht C. Bumke Entwicklung (Fn. 49), 127; ders. Rechtswidrigkeit (Fn. 43), 262. Zur „Grundsituation verwaltungsrechtlicher Systematik heute“, die „Überkommenes und Neues“ verarbeiten und neu justieren müsse, E. Schmidt-Aßmann Verwaltungsrecht (Fn. 1), 1/33.

⁹⁴ Sie speisen sich teils aus dem Erfahrungsschatz mit Vorläufermodellen teils aus der Befürchtung, der steuerungswissenschaftliche Ansatz könne angesichts der erweiterten Perspektive seinen eigenen Anspruch nicht – jedenfalls nicht innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen – einlösen. Die theoretische Fundamentalkritik richtet sich auf eine angenommene starke Nähe der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Perspektive zur Systemtheorie, deren Modellannahmen nicht nur ein unzutreffend negatives Bild vom Steuerungsvermögen des Rechts suggerierten (grundlegend O. Lepsius Steuerungsdiskussion [Fn. 3], 4), sondern auch mit der verfassungsrechtlich vorgegebenen Subjektivität des Menschen sowie dem verfassungsrechtlichen Verständnis von Demokratieprinzip, Gesetzesbindung und Gewaltenteilungsgrundsatz unvereinbar seien (O. Lepsius ebd., 5f., 35ff.; ders. Besitz und Sachherrschaft im Öffentlichen Recht, 2002, 406ff.). Dabei wird jedoch vernachlässigt, dass der steuerungswissenschaftliche Anspruch innerhalb der Verwaltungsrechtswissenschaft die Modellannahmen der Systemtheorie gerade nicht ohne weiteres übernommen hat und in Auseinandersetzung und Abgrenzung

das klassische Modell der Gesetzes- und Verfassungsbindung in Gefahr, wenn Rechtserzeugung und Problemlösung über die traditionelle Rechtsanwendung hinaus betrieben⁹⁵ und die rechtsnormative Perspektive nicht eindeutig gewahrt wird.⁹⁶ Methodische Vorbehalte beziehen sich vor allem auf die Gefahr eines verdeckten rechtspolitischen Anspruchs ohne Rückbindung an Maßstäbe und Methode.⁹⁷ Diese Vorbehalte gilt es ernst zu nehmen, zugleich aber die möglichen Verbindungs- und Nahtstellen auszuloten. Statt ein einfaches Entweder-Oder zu pflegen, ist es Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft, klassisches dogmatisches Verständnis und steuerungswissenschaftlichen Ansatz, rechtsaktbezogene und verhaltensbezogene Perspektive möglichst gewinnbringend zueinander ins Verhältnis zu setzen.

zur systemtheoretischen Kritik am rechtlichen Steuerungsversagen entstanden ist (vgl. oben bei Fn. 56). Im verwaltungsrechtswissenschaftlichen Rahmen wird ganz überwiegend auf einen von systemtheoretischen Modellannahmen losgelösten handlungsorientierten Steuerungsansatz zurückgegriffen (näher dazu *A. Voßkuhle* Verwaltungsrechtswissenschaft [Fn. 3], § 1 Rn. 20).

⁹⁵ Soll Rechtserzeugung nur innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen möglich sein, ist ein Ansatz wie der steuerungswissenschaftliche suspekt, der „normative Orientierungen“ ausdrücklich auch neben den Rechtmäßigkeitsmaßstäben sucht.

⁹⁶ Zu dieser Schwierigkeit *C. Bumke* Rechtswidrigkeit (Fn. 43), 261. Hinzu kommt die Frage, wie das Verwaltungsrecht unter diesen Voraussetzungen Freiheit sichernde und schützende Wirkungen für den Rechtsstatus des Einzelnen entfalten soll. Insgesamt läuft die Befürchtung darauf hinaus, dass sich die Verwaltungsrechtswissenschaft von dem guten „alten“ rechtsstaatlichen Verwaltungsrecht hin zu einem handlungsorientierten, auf Effizienz getrimmten Verwaltungsrecht bewege. Vgl. die diese Vorbehalte zusammenfassende, in der Folge jedoch differenzierende Einschätzung von *F. Ossenbühl* Grundlagen des Verwaltungsrechts, Die Verwaltung 40 (2007), 125 (128) zur sogenannten „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“.

⁹⁷ Der versteckte politische Impetus führe – so die Befürchtung – zum Verschwinden der Grenze zwischen Rechtsdogmatik und Methodenlehre einerseits sowie Rechtspolitik andererseits. Hinzu kommt der Vorwurf eines unkontrollierten und unkontrollierbaren Methodensynkretismus beim Rückgriff auf die Erkenntnisse anderer Disziplinen. Vorbehalte betreffen im Übrigen auch das *Selbstverständnis der Verwaltungsrechtswissenschaft*. Übernehme Rechtswissenschaft Steuerungsfunktionen und forme diese wissenschaftlich aus, so die Sorge, gerate sie in ein Spannungsverhältnis zum eigenen Anspruch auf Wissenschaftlichkeit, der Distanz zum politischen Prozess der Rechtserzeugung verlange (vgl. *C. Möllers* Theorie [Fn. 3], 24).

IV. Verortung des Verwaltungsrechts zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch

Sollen die Basiselemente der gesetzesegeleiteten Rechtsanwendung und der Gesetzesbindung gewahrt⁹⁸ und zugleich das traditionelle Verständnis mit dem steuerungswissenschaftlichen Ansatz verklammert werden, muss die Vorfrage geklärt werden, ob und wo es in diesem Rahmen Raum für steuerungswissenschaftliches Argumentieren gibt.⁹⁹ Letztlich geht es um den Ort, den der steuerungswissenschaftliche Ansatz im Zusammenspiel mit einem Konzept der gesetzesegeleiteten und gesetzesegebundenen Rechtsgewinnung einnehmen kann. Unter diesem Blickwinkel gilt es Grundfragen der Verwaltungsrechtslehre zum Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, zur Gesetzesbindung und zum Verfahren erneut zu thematisieren. Dies ist nicht nur notwendig, um dem steuerungswissenschaftlichen Ansatz und dem klassischen Verständnis Plätze nebeneinander zuweisen zu können. Erforderlich ist es auch, um eventuelle konzeptionelle Engführungen des klassischen dogmatischen Verständnisses bezeichnen zu können, die einer Verbindung der beiden Ansätze entgegenstehen.

⁹⁸ Die leitende Funktion des (Parlaments-)Gesetzes und die Gesetzesbindung sind nicht nur zentrale Elemente des klassischen dogmatischen Verständnisses, sie werden auch von den Vertretern des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes nicht grundlegend in Frage gestellt; vgl. *E. Schmidt-Aßmann* Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert* (Fn. 9), 11 (47); *ders.* Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft – Perspektiven der Systembildung, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Fn. 13), 387 (406); *G.F. Schuppert* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 55), 131; *ders.* Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, in: *ders.* (Hrsg.) Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, 1998, 105 ff.; *ders./C. Bumke* Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, 46; *W. Hoffmann-Riem* Flexibilität (Fn. 56), 26; *ders.* Methoden (Fn. 13), 48.

⁹⁹ Während die Frage nach dem „Wie“ der Steuerung aufgrund der Entwicklung des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes und der Literaturlage vergleichsweise umfassend behandelt worden ist, wird die Frage nach dem „Ob“ bzw. „Wo“ der Steuerung weitaus weniger hervorgehoben. Allein dies spricht dafür, die Frage des „Ob“ und „Wo“ steuerungswissenschaftlichen Argumentierens in den Vordergrund zu rücken. Hinzu kommt, dass die Möglichkeit eines Zusammenspiels von klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Ansatz zwangsläufig thematisiert werden muss, wenn nicht von einem bloßen Entweder/Oder bzw. einer reduzierten Von-Zu-Rhetorik ausgegangen werden soll. Vgl. zur erforderlichen Anschlussfähigkeit neuer (Steuerungs-)Konzeptionen unten VI.

1. Rechtsverwirklichung durch Rechtsanwendung und Rechtserzeugung

a) Relativität von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung

Markiert der steuerungswissenschaftliche Ansatz seinem eigenen Anspruch nach den Übergang von einer „rechtsanwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft zur rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“,¹⁰⁰ steht das Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung im Raum. Zugleich drängt sich die Frage auf, ob es sich bei dieser Von-Zu-Beschreibung tatsächlich um eine Ablösung oder nicht vielmehr ein künftiges geordnetes Nebeneinander von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung handeln muss. Denn Rechtsetzung und Rechtsanwendung sind keineswegs so klar voneinander getrennt, wie es das klassische dogmatische Verständnis nahe legt.¹⁰¹ Die Erkenntnis, dass in einer gestuften Rechtsordnung grundsätzlich jeder Akt der Rechtsverwirklichung sowohl rechtsanwendenden (rechtsauslegenden) als auch rechtsetzenden (rechtserzeugenden) Charakter hat, ist mit dem anschaulichen Bild vom „doppelten Rechtsantlitz“ seit fast hundert Jahren verfügbar,¹⁰² aber erst in neuerer Zeit wieder hervorgehoben worden.¹⁰³ Ohne dass damit theoretische Gesamtkonzepte über-

¹⁰⁰ A. Voßkuhle *Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 3), § 1 Rn. 15.

¹⁰¹ Dass sich Rechtsanwendung nicht in der „kognitiv-logisch-deduktiven Operation“ (M. Jestaedt *Theorie* [Fn. 5], 20) eines „Subsumtionsautomaten“ (R. Ogorek *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, 1986) erschöpft, zählt zwar heute zu den methodischen Gemeinplätzen. Die Folgerung, dass die Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung kein absoluter, sondern ein relativer ist, wird aber nur selten ausdrücklich gezogen.

¹⁰² Grundlegend zum „doppelten Rechtsantlitz“ A. J. Merkl *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes* (1918), in: ders. *Gesammelte Schriften*, Bd. I/1, 1993, 227 ff.; ders. *Das Recht im Lichte seiner Anwendung* (1916/1917/1919), ebd., 83 ff.; ders. *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, 1923, 81 ff.; zur Rechtserzeugungsfunktion bei der Rechtsanwendung H. Kelsen *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 250.

¹⁰³ Dass es keinen kategorialen Unterschied zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung gibt, betont in Anknüpfung an Merkl C. Möllers *Methoden* (Fn. 2), § 3 Rn. 33. Rechtsanwendung und Rechtsetzung als zwei Elemente der Rechtsgewinnung werden aufgegriffen von M. Jestaedt *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, 287 ff., 307 ff.; ders. *Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive*, in: Erbguth/Masing (Hrsg.) *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen*, 2005, 25 (36 ff.); ders. *Theorie* (Fn. 5), 22 ff. Die Relativität von Rechtsetzung und Rechtsanwendung betonen R. Rhinow *Rechtsetzung und Methodik. Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, 1979, 134 ff., 164 ff., 232 ff., 240 ff.; ders. *Schlusswort*, in: Peters/Schefer, *Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts*, 2004, 93 (98 ff.); G. Biaggini *Verfassung und Richterrecht*, 1991, 59 ff., 68 ff., 163 ff.; K. Eichenberger *Wechselbeziehung zwischen*

nommen werden müssten, lässt sich festhalten, dass Rechtsverwirklichung grundsätzlich aus Rechtsanwendung *und* Rechtserzeugung besteht.¹⁰⁴ Die Rechtsverwirklichung muss nicht zwangsläufig auf einen Rechtsakt gerichtet sein, sondern kann auch informell erfolgen. Da es sich in diesem Fall allerdings um eine letzte, rechtlich nicht mehr anschlussfähige Stufe handelt, sollte insoweit nicht von Rechtserzeugung, sondern von (informeller) Rechtsverwirklichung gesprochen werden. Entscheidend ist, dass sich Rechtsverwirklichung auch in diesem Fall aus einem gebundenen Teil der Rechtsanwendung und einem prinzipiell ungebundenen Teil der Rechtsverwirklichung zusammensetzt.

b) Arbeitsteilige Anwendung und Erzeugung von Recht

Rechtsverwirklichung ist danach ein arbeitsteiliger Prozess, in dem neben dem Gesetzgeber auch Verwaltung, Gerichte und unter Umständen nicht staatliche Akteure als normativ angeleitete Baumeister tätig sind.¹⁰⁵ Dass die exekutive und die judikative Rechtsetzung eine Selbst-

Gesetzgebung und Rechtsanwendung, in: Müller/Rhinow/Schmid (Hrsg.), *Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat*, 2002, 245 ff.; G. Müller *Methodik in der Rechtsetzung*, in: Peters/Schefer, ebd., 7 (8 ff.) – Die allgemeinere Erkenntnis, dass die gesetzlichen Tatbestände bei der Rechtsgewinnung in vielfacher Weise ergänzt werden müssen und der Rechtsanwender dabei jenseits der Gesetzesbindung operiert, ist in bestimmten Zeitabständen immer wieder hervorgehoben worden; vgl. neben den zuvor Genannten nur H.-J. Koch/H. Rüßmann *Juristische Begründungslehre*, 1982, insb. 236 ff. und 346 ff.; aus einem spezifischen hermeneutischen Zusammenhang heraus auch F. Müller *Richterrecht*, 1986, passim, insb. 26, 47; R. Christensen *Was heißt Gesetzesbindung?*, 1989, insb. 182 ff.; R. Christensen/H. Kudlich *Theorie richterlichen Begründens*, 2001, insb. 127 ff.

¹⁰⁴ Mit Blick auf die übergeordneten, bedingenden Rechtssätze erweist sich die Rechtsverwirklichung als Rechtsanwendung, mit Blick auf die (entstehenden) nachgeordneten Normen als Rechtserzeugung. Ausgenommen davon ist nur die höchste Stufe der historisch ersten Verfassung und die niedrigste des Vollstreckungsrealakts (M. Jestaedt *Rechtsprechung* [Fn. 103], 35 ff.; ders. *Theorie* [Fn. 5], 22 ff.; vgl. auch R. Rhinow *Rechtsetzung* [Fn. 103], 232 ff.; G. Müller *Methodik* [Fn. 103], 11 f.). Grundsätzlich weist jeder Akt der Rechtsverwirklichung beide Aspekte auf, wenn auch je nach Dichte der normativen Vorgaben in unterschiedlichem Mischungsverhältnis. Der Anteil der Rechtserzeugung ist umso größer, je geringer die Bindungsdichte der normativen Vorgaben ist, er ist aber stets vorhanden. Das Element der Rechtserzeugung hat dabei immer auch ein (rechts-)politisches Moment, das unausweichlich ist und daher positiver besetzt sein sollte, als dies beim Umgang mit Rechtspolitik in Abgrenzung zur Rechtsdogmatik üblicherweise der Fall ist.

¹⁰⁵ Die mit einem steuerungsorientierten Ansatz verbundene Forderung nach einer methodischen Perspektiverweiterung über die klassische Juristische Methode hinaus muss vor diesem Hintergrund als Einsicht verstanden werden, dass Rechtsverwirklichung (in der Terminologie des Steuerungsansatzes: Rechtsanwendung) grundsätzlich

verständlichkeit und nicht nur ein „Krisenreaktionsmechanismus“¹⁰⁶ bei einem tatsächlichen oder vermeintlichen Steuerungsversagen des parlamentarischen Gesetzgebers sind, ermöglicht und erleichtert die hier postulierte Zusammenschau von klassischer Methode und steuerungswissenschaftlicher Perspektive. Auf diese Weise lässt sich die arbeitsteilige Tätigkeit aller drei Gewalten komplexitätsadäquat, d. h. nicht ausschließlich anhand der Differenz rechtmäßig/rechtswidrig beleuchten: Während sich der rechtsanwendende Teil der Rechtsverwirklichung an der rechtsaktbezogenen Perspektive orientiert, kann der rechtserzeugende Teil an einer – steuerungswissenschaftlich angeleiteten – verhaltensbezogenen Betrachtungsweise ausgerichtet werden.¹⁰⁷

Sind alle drei Gewalten an der Rechtserzeugung beteiligt, drängt sich allerdings die Frage auf, warum sich der steuerungswissenschaftliche Ansatz bislang weitgehend auf die Verwaltung konzentriert und trotz der offensichtlichen Bedeutung des Richterrechts nicht auch die dritte Gewalt stärker in den Blick genommen hat. Die (faktischen) Steuerungswirkungen des Richterrechts sind zu offensichtlich, als dass sie vernachlässigt werden könnten.¹⁰⁸ Die Tätigkeit der Gerichte erschöpft sich keineswegs in der Kontrolle der beiden anderen Gewalten.¹⁰⁹ Toleriert ein dogmatisches Konzept etwa eine objektiv-teleologische Auslegung, nimmt es systemimmanent in Kauf, dass an die Stelle der Steuerungsabsichten des Gesetzgebers die Steuerungsabsichten der Gerichte treten.¹¹⁰ Noch viel mehr gilt dies bei der richterlichen Rechtsfortbil-

immer auch mit Rechtserzeugung verbunden ist und daher auch Rechtsprechung und Verwaltung am (politischen) Steuerungsprozess beteiligt sind.

¹⁰⁶ Begriff bei *M. Jestaedt* Rechtsprechung (Fn. 103), 39.

¹⁰⁷ Vgl. dazu unten 3.

¹⁰⁸ Thematisiert werden in steuerungsorientierter Perspektive zwar Alternativen zur Gerichtsbarkeit wie die Mediation, nicht aber – jedenfalls nicht vertiefter – die Rolle der Gerichtsbarkeit selbst. Die relative Vernachlässigung der dritten Gewalt hängt vermutlich mit dem Ausgangspunkt der juristischen Steuerungsdebatte zusammen, nämlich der Kritik an Rechtsaktbezogenheit, Anwendungsorientiertheit und Kontrollperspektive, die nicht zuletzt an der Gerichtszentriertheit der klassischen Verwaltungsrechtswissenschaft festgemacht wurde. Insofern lag es nahe, die Aufmerksamkeit nicht zunächst auf die Gerichtsbarkeit zu lenken. Darüber ist aus dem Blick geraten, dass gerade auch das Verständnis der dritten Gewalt sich erheblich gewandelt hat und unter Steuerungs Gesichtspunkten relevant ist. Geht es um das mit dem steuerungswissenschaftlichen Ansatz erhobene Anliegen, den Anspruch des Rechts verwirklichen zu helfen, gesellschaftliche Wirkungen zu erzielen, kann die dritte Gewalt nicht außen vor bleiben.

¹⁰⁹ Der Steuerungserfolg durch das Gesetz hängt maßgeblich davon ab, ob die Gerichte bereit sind, sich von den gesetzlichen Vorgaben binden zu lassen.

¹¹⁰ Grundannahme der objektiven Auslegungslehre ist das gängige Bekenntnis, dass „das Gesetz“ (und damit der Gesetzesinterpret) eben klüger sein könne als der Gesetz-

dung.¹¹¹ Irritierenderweise lassen sich die Ansätze der bisherigen Steuerungsdiskussion nicht einfach auf die Gerichte übertragen. Dennoch wird man nicht umhin kommen, die Entscheidungsparameter und Methoden auch der Gerichtsbarkeit zu hinterfragen und gegebenenfalls zu optimieren.¹¹² Vereinfacht gesagt: Auch auf Gerichtsebene spielt nicht nur die Kontroll-, sondern auch die Handlungsperspektive eine entscheidende Rolle.

c) *Normative Verteilung der Rechtserzeugung*

In welchem Umfang Rechtserzeugung arbeitsteilig von den einzelnen staatlichen Gewalten und im Verhältnis von staatlichen und privaten Akteuren wahrgenommen wird, hängt grundsätzlich von der normativen Verteilung ab.¹¹³ Nicht ernsthaft fraglich kann sein, dass innerhalb des arbeitsteiligen Rechtserzeugungsprozesses ein Bereich formuliert werden muss, der dem (formellen) Parlamentsgesetzgeber vorbehalten bleibt. Dass jede Rechtsverwirklichung auch Elemente der Rechtsetzung beinhaltet, muss und kann nicht bedeuten, dass der Gesetzgeber durch Verzicht auf eigene Rechtserzeugung der Verwaltung eine beliebig große Rechtsetzungsmacht einräumt. Über diesen verfassungsrechtli-

geber (vgl. dazu nur BVerfGE 36, 342 [362]). Ob *G. Radbruch* mit dem von ihm stammenden Bonmot (Rechtsphilosophie [3. Aufl. 1932], 8. Aufl. 1973, 207) auch die Folgen einer extensiven objektiven Auslegung hingenommen hätte, mag dahinstehen. Zur Kritik an der objektiven Auslegungslehre nur *H.-J. Koch/H. Rüßmann* Begründungslehre (Fn. 103), 222 ff.; *B. Rütters* Methodenrealismus (Fn. 41), 53 ff.

¹¹¹ Sie erlangt umso größere Bedeutung, je offener die rechtlichen Vorgaben der anderen Gewalten formuliert sind. Gerade wenn man einen ganzheitlichen Steuerungsansatz unter Einbezug des Zivil- und Strafrechts verfolgt, muss sich die Steuerungsdiskussion mit den Gerichten befassen, da es in diesen Bereichen – mangels Dazwischentreten der Verwaltung – die Gerichte sind, die (allein) dezentrale Rechtsproduktion betreiben (müssen). Allgemein zur richterlichen Rechtsfortbildung statt vieler *A. Röthel* Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, 56 ff., 126 ff., 332 ff.

¹¹² In der Sache stellen sich mit Blick auf die Gerichte und das Richterrecht Fragen, wie sie vergleichbar auch an die steuernde Verwaltung herangetragen werden: Wie ist das Justizwesen auszugestalten, damit das benötigte Wissen vorhanden ist? Welche personellen, organisatorischen und strukturellen Konsequenzen (mit Blick auf Ausbildung, Planstellen und Instanzenzug) sind daraus zu ziehen? Wie kommen die Gerichte zu ihren Rechtsfortbildungstatsachen? Wie lassen sich reflexive Elemente in die Entscheidungsfindung einbauen? Inwieweit muss und darf die Rechtsprechung auf private Vorleistungen zurückgreifen? Wie kann Folgenorientierung gesichert werden? Wie verträgt sich die zunehmende Flexibilisierung des Gerichtsverfahrens (Informalisierung, Lockerung der Protokollvorschriften, Absehen von Anhörungen) mit der gleichzeitigen Öffnung der materiellen Normen?

¹¹³ Entscheidend dafür sind der Umfang und die Dichte höherrangiger bedingender Normen, die bei der Rechtsverwirklichung Beachtung finden müssen.

chen Gemeinplatz kommt auch eine steuerungsorientierte Perspektive nicht hinweg. Die Konkretisierung dieses Vorbehalts wird sich allerdings kaum sinnvoll an der Kategorie der Wesentlichkeit festmachen lassen.¹¹⁴ Entscheidend muss sein, wer funktional, organisatorisch und von der Ausgestaltung des Verfahrens her am besten geeignet ist, bestimmte Normen zu setzen und damit Recht zu erzeugen.¹¹⁵ Eine solche Abgrenzung böte nicht zuletzt die Möglichkeit, Verlagerungsprozesse zugunsten der untergesetzlichen Normgebung im Umwelt- und Technikrecht, die zur sprichwörtlichen „umgekehrten Wesentlichkeitstheorie“ geführt haben, aber auch den stetig wachsenden Bereich privater Normsetzung und den Einfluss dezentraler internationaler Normungsprozesse stimmiger zu erklären und zu erfassen.

2. *Reichweite der Gesetzesbindung im Prozess der Rechtsverwirklichung*

Die Frage nach der Legitimation steuerungswissenschaftlichen Argumentierens und seinem möglichen Platz im Zusammenspiel mit dem klassischen dogmatischen Verständnis hängt unmittelbar mit Bedeutung und Reichweite der Gesetzesbindung zusammen.¹¹⁶ Soweit die Gesetzesbindung greift, ist für steuerungswissenschaftliche Überlegungen nach klassischem Verständnis kein Raum. Jenseits der Gesetzesbindung können steuerungsorientierte Überlegungen Platz greifen.

a) *Fortbestehende Scharnierfunktion der Gesetzesbindung*

Die Gesetzesbindung steuert nach klassischem Verständnis den Rechtsanwendungsprozess und fordert insbesondere die Begründbarkeit der Auslegung aus dem anwendbaren Recht.¹¹⁷ Dabei besteht weit-

¹¹⁴ Zum allmählichen Abschied von der Wesentlichkeitstheorie *W. Hoffmann-Riem* Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, AöR 130 (2005), 5 (50ff.); *F. Reimer* Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Fn. 2), § 9 Rn. 50ff.

¹¹⁵ Als geeigneter Maßstab und gedanklicher Fluchtpunkt für den zulässigen Grad der Übertragung von Rechtsetzungsfunktionen bieten sich daher die Funktion und Leistungsfähigkeit des jeweiligen Verfahrens an, in dem die Normsetzung erfolgt.

¹¹⁶ Zwar ist Gesetzesbindung für rechtswissenschaftliche Tätigkeit keine absolute Größe. Sie ist relativ zum rechtswissenschaftlichen Erkenntnisinteresse und abhängig vor allem davon, ob die gewählte rechtswissenschaftliche Perspektive die eines Teilnehmers oder Beobachters ist. Sofern eine Verbindung mit dem klassischen rechtsaktbezogenen Verständnis gesucht und hergestellt werden soll, muss jedoch das dort zentrale Verständnis von Gesetzesbindung Berücksichtigung finden.

¹¹⁷ *C. Gusy* Brauchen wir eine juristische Staatsrechtslehre?, JöR 55 (2007), 41 (58).

gehende Einigkeit darüber, dass es aus sprachtheoretischen,¹¹⁸ philosophischen und rechtssoziologischen Gründen keine aus dem Gesetz herleitbare „einzig richtige Entscheidung gibt“.¹¹⁹ Normanwendung ist stets ein kontextabhängiger Prozess¹²⁰ der Wirklichkeitskonstruktion.¹²¹ Gleichwohl ist anerkannt, dass das abstrakte Recht das Spektrum mög-

¹¹⁸ Stellt man die strukturelle Offenheit von Sprache in Rechnung, ist Rechtsanwendung durch Auslegung sprachlich gefasster Normen nie nur Erkenntnisakt, sondern hat stets auch konstitutiven Charakter. Aus sprachwissenschaftlicher Perspektive ist die Rechtswissenschaft – auch als Falllösungswissenschaft am Maßstab des Rechts – daher nie nur eine anwendungsbezogene Interpretationswissenschaft, sondern stets auch eine rechtsetzende Handlungs- und Entscheidungswissenschaft. Nicht nur im Schrifttum, sondern auch in der höchstichterlichen Rechtsprechung lassen sich im Übrigen zahlreiche Beispiele finden, dass bei völlig gleich bleibendem Textbestand eine Umkehrung der zuvor vorherrschenden Auffassung möglich war und ist. Die sprachliche Offenheit bzw. Unschärfe, die eine Bindung an sprachlich gefasste Normen erschwert, wird im juristischen Zusammenhang erstaunlicherweise kaum thematisiert (als ausdrückliches „Reflexionsdefizit“ wird dies benannt bei *M. Morlok* Reflexionsdefizite [Fn. 42], 51 ff.; auch *F. Müller/R. Christensen/N. Sokolowski* Rechtstext und Textarbeit, 1997, 22 f. gehen davon aus, dass die Rechtswissenschaft eine implizit bleibende eigene juristische Sprachtheorie pflegt, die Ergebnisse der sprachwissenschaftlichen Fachdiskussion zu einem guten Teil verleugnet). Offenbar darf die Rechtswissenschaft als Falllösungswissenschaft am Maßstab des Rechts die Grundannahme nicht in Frage stellen, dass eine solche Bindung über das Medium Sprache möglich ist – genauso wie sie (unabhängig vom jeweiligen Stand des Determinismus-Indeterminismus-Streites) nicht in Frage stellen kann, dass Normadressaten durch normative Vorgaben überhaupt determiniert werden können. Ohne diese Grundannahmen wäre Recht als normatives Konzept weitgehend hinfällig.

¹¹⁹ *W. Hoffmann-Riem* Governance (Fn. 64), 208; *C. Gusy* Staatsrechtslehre (Fn. 117), 58.

¹²⁰ Auslegung und Anwendung von Normen sind stets in ein bestimmtes soziales Umfeld und die damit verbundenen Erfahrungswelten, Leitbilder, Ordnungsideen und Regelungskonzepte der beteiligten Personen bzw. Organisationen eingebunden. Wird Recht dynamisch als permanenter Konkretisierungs- und Individualisierungsvorgang konzipiert und die einzelne Rechtsnorm in ihrem spezifischen Erzeugungszusammenhang wahrgenommen, treten die Tatsachen, die den jeweiligen Kontext bilden, in den Vordergrund. Rechtliche Entscheidungen, nicht zuletzt solche der Gerichte, erfahren dadurch eine Relativierung durch Kontextualisierung. Dies müsste zur Folge haben, dass Rechtsprechungskasustik in wesentlich geringerem Maße verallgemeinerungsfähig, weil von den konkreten Umständen abhängig ist, als nach dem herkömmlichen deutschen Verständnis üblich. Näher dazu *O. Lepsius* Staatsrechtslehre (Fn. 52), 354 ff.

¹²¹ *A. Scherzberg* Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, 28 ff.; *O. Lepsius* Besitz (Fn. 94), 174 ff.; *W. Hoffmann-Riem* Methoden (Fn. 13), 30 f.; *ders.* Governance (Fn. 64), 208. Vgl. zur pragmatischen Situiertheit aller Aussagen nur die Positionen von *R. Hegebarth* Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik, 1982; *D. Busse* Was ist die Bedeutung eines Gesetzes?, in: Müller (Hrsg.) Untersuchungen zur Rechtslinguistik, 1989; *H. Rodingen* Pragmatik der juristischen Argumentation, 1977.

licher Auslegungsalternativen der einzelnen Normen begrenzen kann und begrenzt.¹²² Dieser als Gesetzesbindung fassbare Begründungszusammenhang zu den anwendbaren Normen muss bei einer Zusammenschau von klassischer und steuerungswissenschaftlich ausgerichteter Verwaltungsrechtswissenschaft der zentrale Bezugspunkt sein.¹²³ Soweit die Gesetzesbindung reicht, muss ihr durch Rechtsanwendung – insbesondere Rechtsauslegung – nach klassischem rechtsaktbezogenen Methodenverständnis Rechnung getragen werden. Wo die Gesetzesbindung und damit der Bereich der Rechtsanwendung enden, beginnt der rechtserzeugende Teil der Rechtsverwirklichung (Rechtserzeugungsraum). Hier ist Platz für steuerungswissenschaftliche Überlegungen.

b) Graduelle Abschichtung der normativen Bindungsdichte

Die Rechtsordnung weist unzählige Abstufungen und Relativierungen der gesetzlichen Bindungsdichte auf, die es rechtfertigen, von einer Gradualisierung der Gesetzesbindung zu sprechen. Soweit diese graduelle Abschichtung zu Unsicherheiten der Entscheidungsfindung und der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung führt,¹²⁴ macht diese eine gesetzliche Bindung unmöglich und eröffnet Raum für Rechtserzeugung.¹²⁵

¹²² Dazu C. Gusy Staatsrechtslehre (Fn. 117), 58 mit Verweis auf H. Kelsen Rechtslehre (Fn. 102), 346 ff.

¹²³ Die Bindung primär an das Gesetz darf, soweit die Bindung reicht, nicht – und schon gar nicht systematisch – überspielt werden. Maßgebend für die Gesetzesbindung kann ansatzbedingt nur eine rechtsaktbezogene Perspektive sein, die am zweiwertigen Rechtswidrigkeitsurteil ausgerichtet ist, eine Unterscheidung von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit ermöglicht und diese mit Regeln über den Umgang mit rechtswidrigen Rechtsakten koppelt.

¹²⁴ Art und Maß der Gesetzesbindung variieren damit nicht nur je nach Funktion, Struktur und Regelungsdichte des Gesetzes. In dem Maße, in dem die Dichte der Gesetze abnimmt und Unsicherheiten entstehen, wachsen auch die Eigenanteile der Rechtsanwender, allen voran der Verwaltung, im Hinblick auf die Rechtsentwicklung und Rechtserzeugung (*R. Wahl* Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VBIBW 1988, 387 [390]). Hier zeigt sich erneut das doppelte Rechtsantlitz im Prozess der Rechtsverwirklichung: In dem Maße, in dem die übergeordneten, kraft ihrer Positivität mit einem Bindungsanspruch ausgestatteten Normen ein weniger dichtes Anforderungsprofil vorsehen, so dass die Determinations- und Direktionskraft der normativen Vorgaben schwindet, bleibt Raum für Rechtserzeugung und setzen dementsprechend auch Verwaltung und Rechtsprechung Recht.

¹²⁵ Eine gewisse Strategie zur Rettung der Gesetzesbindung und zur Verkleinerung des durch Unsicherheiten entstehenden Rechtserzeugungsraumes kann in dem Versuch liegen, den Umgang mit Unsicherheit durch prozedurale Vorgaben positivrechtlich einzufangen, wie dies besonders anschaulich bei Risikoentscheidungen im Gentechnikrecht geschieht. Abgesehen davon, dass die Unsicherheiten damit nicht aufgehoben, sondern der Umgang mit ihnen lediglich partiell vorstrukturiert werden kann, ist die

Rechtserzeugungsräume¹²⁶ können sich aus höchst unterschiedlichen Quellen speisen:¹²⁷ Sie können sich nicht nur aus den klassischen, rechtlich ausdrücklich zugewiesenen Gestaltungs- oder Entscheidungsspielräumen ergeben. Es können auch Spielräume sein, die durch eine umstrittene Rechtslage oder die faktische Handhabung des Kontrollmaßstabs und der Kontrolldichte durch die Gerichte entstehen. Sie können ihre Wurzeln darüber hinaus im Tatsächlichen haben, durch fehlende oder nicht ausreichende Information oder schlicht durch Erkenntnisgrenzen bedingt sein.¹²⁸ Spielräume für die Rechtsverwirklichung können sich zudem nicht nur auf das Handeln selbst, sondern auch auf die Handlungsformen beziehen. Soll an das Modell der Gesetzesbindung angeknüpft werden, muss es Aufgabe und ureigenes Interesse der steuerungswissenschaftlichen Argumentation sein, diese jenseits der Gesetzesbindung liegenden, zahlreichen unterschiedlichen Spielräume, Unsicherheiten und Bereiche der Gestaltungsfreiheit klar auszuweisen und nach Möglichkeit zu typisieren.

c) Methoden und Maßstäbe jenseits der Gesetzesbindung

Verbleiben Unsicherheiten und entsteht im Prozess der Rechtsverwirklichung ein Rechtserzeugungsraum, stellt sich die Frage nach Strategien bei der Ausfüllung dieses Raumes.¹²⁹ Im binären Schema der

Bindungskraft prozeduraler Regelungen aber nach klassischem dogmatischen Verständnis durch die Verfahrensfehlerfolgerelativierungen und die damit verbundene geringere normative Wertigkeit verfahrensrechtlicher im Vergleich zu materiell-rechtlichen Normen erheblich geschwächt.

¹²⁶ Da der Bereich jenseits der Gesetzesbindung über die klassischen Gestaltungs- und Entscheidungsspielräume hinausgeht, sollte von Rechtsetzungs- oder Rechtserzeugungs(spiel)räumen gesprochen werden.

¹²⁷ Für die Unsicherheiten bei der Entscheidungsfindung C. Bumke *Rechtswidrigkeit* (Fn. 43), 266.

¹²⁸ Ausschlaggebend können aber auch rechtliche Gründe sein, die zu einer ungeklärten oder umstrittenen Rechtslage führen oder die rechtliche Würdigung eines Einzelfalls unsicher werden lassen. Unbestimmtheit und Unsicherheit ergeben sich nicht zuletzt auch aus der normativ vorgegebenen Abhängigkeit von Diagnosen, Wertungen, Prognosen, Auswahlentscheidungen und Abwägungen. Die Verwendung voraussetzungsvoller unbestimmter Rechtsbegriffe wie „gerechter Preis“, „angemessener Preis“, „Kosten-Nutzen-Analyse“ oder „wirtschaftliche Vertretbarkeit“, aber auch normativ geforderte Risikoabschätzungen oder Gefahrenvorsorge bringen es immer häufiger mit sich, dass normative Vorgaben keinem klaren Entweder-Oder-Schema folgen, sondern offener angelegt und durch Ausweichprozesse und zahlreiche Unsicherheiten gekennzeichnet sind.

¹²⁹ Besteht die Funktion von Normen darin, bestimmte Formen von Zukunft auszuschließen (dazu S. Kirste *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewusstseins*, 1998, 363 f.), heißt dies nach klassischem dogmatischen Ver-

rechtsaktbezogenen Perspektive gibt es nur Bindung oder Gestaltungsfreiheit. Eine Kategorie für Unbestimmtheit, Unsicherheit oder Optimierung der Optionenvielfalt ist nicht vorgesehen.¹³⁰ An dieser Stelle kommt die steuerungsorientierte Perspektive ins Spiel. Sie zielt auf Erfassung gerade auch dieses Raums der Unbestimmtheit und Unsicherheit.¹³¹ Auf die Verwaltung bezogen geht es um „normative Orientierungen des Verwaltungshandelns, in einem über die Rechtmäßigkeit hinausgehenden, auf Richtigkeit zielenden Sinne“,¹³² um alle zu berücksichtigenden Zwecke möglichst weitgehend zu verwirklichen. Als Zwecke genannt werden – in unterschiedlichen Zusammenstellungen – vor allem Sach- oder Ergebnisrichtigkeit, Transparenz, Akzeptabilität, Bürgernähe, Rationalität, Effizienz und Wirtschaftlichkeit des Verwaltungshandelns.¹³³

Für eine steuerungswissenschaftliche Perspektive ist diese Ausweitung der Maßstäbe des Verwaltungshandelns folgerichtig. Geht es jedoch darum, traditionelles Verständnis und steuerungsorientierte Perspektive zu verklammern,¹³⁴ liegt hier einer der größten Problemunkte.¹³⁵ Gerade hier stellen sich entscheidende Fragen: Wie sollen sich der Gedanke der Entscheidungsrichtigkeit und die daraus hergeleiteten Maßstäbe zum Maßstab der Rechtmäßigkeit verhalten? Nach welchen Maßstäben und Methoden werden die „normativen Orientierungen“ gewonnen? Ist es überhaupt systemadäquat, solche Maßstäbe zu normativieren? Und wenn sie normativiert werden, um welche Art von Normativität handelt es sich dabei?

Auf diese Frage können hier nur äußerst knappe Antworten gegeben werden:

- Das Verhältnis von Entscheidungsrichtigkeit und Rechtmäßigkeit als Maßstäben des Verwaltungshandelns ergibt sich aus Bedeutung und

ständnis, dass die (durch normative Bindung) nicht ausgeschlossenen Zukunftsformen offen und der (freien) Gestaltung zugänglich sind.

¹³⁰ C. Bumke Rechtswidrigkeit (Fn. 43), 258.

¹³¹ Der steuerungswissenschaftliche Anspruch bezieht sich nicht zuletzt darauf, entscheidungsrelevante Unbestimmtheiten und Unsicherheiten der völligen Gestaltungsfreiheit zu entziehen und „normativ orientiert“ einzuhegen.

¹³² E. Schmidt-Aßmann Verwaltungsrecht (Fn. 1), 6/57 ff. unter Verweis auf W. Hoffmann-Riem Verwaltungsrechtsreform (Fn. 61), 130 ff.

¹³³ W. Hoffmann-Riem Verwaltungsrechtsreform (Fn. 61), 130 ff.; ders. Methoden (Fn. 13), 46 ff.; E. Schmidt-Aßmann Verwaltungsrecht (Fn. 1), 6/57 ff.; A. Voßkuhle Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 3), § 1 Rn. 24.

¹³⁴ Vgl. oben III. 3.

¹³⁵ Nicht von ungefähr bündeln sich in diesem Punkt wie in einem Brennglas auch die meisten Vorbehalte gegenüber dem steuerungswissenschaftlichen Anspruch.

- Reichweite der Gesetzesbindung.¹³⁶ Soll die Verwaltungsrechtswissenschaft nicht ihr rechtswissenschaftliches Profil verlieren, kann sich der Gedanke der Entscheidungsrichtigkeit im Rahmen einer rechtswissenschaftlichen Maßstabslehre für das Verwaltungshandeln nur auf jene Bereiche beziehen, in denen nach der klassischen rechtsaktbezogenen Perspektive Gestaltungsspielräume – nach hier vorgeschlagener Terminologie: Rechtserzeugungsräume – bestehen. Die Suche nach der richtigen Entscheidung kann sich daher stets nur im Rahmen des rechtlich Zulässigen bewegen und ist abhängig von der Reichweite der Gesetzes- und Verfassungsbindung.¹³⁷
- Jenseits der Gesetzesbindung geht es um die Entwicklung von Strategien für die Verwaltung und die Gerichte, letztlich aber auch den Gesetzgeber und ggf. private Rechtserzeuger, wie – angesichts einer Vielfalt von Entscheidungsfaktoren und möglichen Kriterien für die Richtigkeit von Entscheidungen – mit dem rechtserzeugenden Teil der Rechtsverwirklichung umzugehen ist.¹³⁸ Eine Rechtserzeugungslehre und -methodik¹³⁹ könnte – nach Rechtserzeugungsräumen typisierend – verschiedene Pfade und Strategien der Rechtserzeugung

¹³⁶ Zu dieser Frage ist im Schrifttum bereits das Entscheidende gesagt worden; vgl. dazu und zur folgenden Begründung C. Bumke *Rechtswidrigkeit* (Fn. 43), 266.

¹³⁷ Zunächst müssen daher stets alle rechtsaktbezogenen Maßstäbe (einschließlich der übergreifenden Maßstäbe der Demokratie, Rechts- und Sozialstaatlichkeit) ausgeschöpft und der Bereich des Rechtmäßigen durch Auslegung bestimmt werden.

¹³⁸ Gefordert ist in steuerungswissenschaftlicher Perspektive nicht nur eine administrative, sondern auch eine auf die Gesetzgebungstätigkeit bezogene legislative sowie eine auf das Richterrecht bezogene judikative Rechtserzeugungslehre, gegebenenfalls ergänzt um Rechtserzeugungsstrategien für private Akteure. Eine solche umfassende Rechtserzeugungslehre hätte nicht nur die Aufgabe, die verschiedenen möglichen Entscheidungsfaktoren und Richtigkeitsdimensionen für die Rechtserzeugung (Effizienz, Akzeptabilität, Transparenz etc.) zueinander ins Verhältnis zu setzen (auf die Notwendigkeit einer Klärung, wie die verschiedenen Richtigkeitsdimensionen zueinander stehen, weisen hin H. Schulze-Fielitz *Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber*, FS Vogel, 2000, 311 [320 ff.]; W. Hoffmann-Riem *Governance* [Fn. 64], 211). Sie könnte darüber hinaus Typisierungen für eine prozedurale Vorgehensweise bei bestehenden Unsicherheiten vornehmen. Sie könnte nicht zuletzt aber auch auf einen – bislang fehlenden – Konsens „über Anforderungen einer entscheidungsbezogenen (auch kommunikativen) Rationalität ... in der Rechtswissenschaft“ hinwirken. Dass es einen solchen Konsens bislang nicht gibt, stellen unisono fest H. Schulze-Fielitz ebd., 320 ff.; A. Scherzberg *Rationalität – Sachwissenschaftlich betrachtet*, FS Erichsen, 2004, 177 ff.; W. Hoffmann-Riem ebd., 213.

¹³⁹ Deziert für die Ausbildung einer Rechtserzeugungsmethodik neben der (von ihm so genannten) Rechtserkenntnismethodik M. Jestaedt *Grundrechtsentfaltung* (Fn. 103), 320 ff.; ders. *Theorie* (Fn. 5), 59 f., 75 mit Fn. 218.

entwickeln.¹⁴⁰ Sie könnte dabei von Rechtsordnungen lernen, die aufgrund ihrer case law-Tradition ein offeneres Konzept des Richterrechts und der damit verbundenen Rechtserzeugung verfolgen. Für den Bereich der Verwaltung würde durch Ausformung einer Rechtserzeugungslehre nicht zuletzt auch den wiederholt vorgetragenen Forderungen nach einer „administrativen Gesetzesanwendungslehre“¹⁴¹ Rechnung getragen. Diese würden zugleich auf den rechtserzeugenden Teil der Rechtsverwirklichung gelenkt.

- Damit ist freilich nicht entschieden, ob eine Einhegung der Rechtserzeugungsräume durch Normativierung der nicht-rechtlichen Maßstäbe sinnvoll und systemadäquat ist. Während mit Blick auf die Verwaltung auf der einen Seite für eine „normative(n) Verankerung sämtlicher entscheidungserheblicher Faktoren“ plädiert wird,¹⁴² soll auf der anderen Seite eine wichtige Leistung der Verwaltungswissenschaft gerade darin bestehen, Freiräume des Verwaltungshandelns als solche auszuweisen und der typisch juristischen Versuchung zu widerstehen, sie mit Bindungen zu versehen.¹⁴³ Die Formel von der „normativen Orientierung“ verweist auf einen Mittelweg: Er liegt in

¹⁴⁰ Eine Rechtserzeugungslehre könnte und sollte sich nicht nur auf die Frage erstrecken, nach welchen Maßstäben, sondern auch in welchen Formen Recht erzeugt wird – formell oder informell, durch Rechtsakt oder auf andere Weise. Insgesamt geht es darum, die Verwaltungsrechtswissenschaft auch als Rechtserzeugungswissenschaft zu begreifen. Dabei können die Erkenntnisse der Gesetzgebungswissenschaft fruchtbar gemacht werden. Für eine Integration der Gesetzgebungswissenschaft in die Verwaltungsrechtswissenschaft *C. Franzius* Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) *GVwR* I, 2006, § 4 Rn. 104 ff.; zur Notwendigkeit einer Verbindung von Verwaltungsrecht und Gesetzgebungslehre auch *U. Smeddinck* „Gesetzesproduktion“ als interdisziplinärer Verbundbegriff, *ZG* 2004, 382 ff.

¹⁴¹ *E. Schmidt-Aßmann* Reform (Fn. 98), 48 ff.; *ders.* Gefährdungen der Rechts- und Gesetzesbindung der Exekutive, *FS Stern*, 1997, 745 (749); *G.F. Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 59), 498 ff.; zustimmend *F. Reimer* Parlamentsgesetz (Fn. 114), § 9 Rn. 113.

¹⁴² So *W. Hoffmann-Riem* Juristische Verwaltungswissenschaft, multi-, trans- und interdisziplinär, in: Ziekow (Hrsg.) *Verwaltungswissenschaften und Verwaltungswissenschaft*, 2003, 45 (52). Vgl. auch *E. Schmidt-Aßmann* Verwaltungsrecht (Fn. 1), 1/37 („Es kommt darauf an, für alle Steuerungsinstrumente einen rechtlichen Ordnungsrahmen zu schaffen.“), 1/44 („Das Recht muss für alle Maßstäbe des Verwaltungshandelns den institutionellen Rahmen bieten.“).

¹⁴³ *C. Möllers* Methoden (Fn. 2), § 3 Rn. 6. Ist die Hervorhebung der Grenzen der Maßstabsbildung mit der Betonung der Gestaltungsfreiheit jenseits der Gesetzesbindung tendenziell einem rechtsaktbezogenen Verständnis verhaftet, liegt die weitgehende normative Ausformung in der Konsequenz eines auch normativ verstandenen steuerungswissenschaftlichen Ansatzes.

der Formulierung einer (begrenzten) methodischen Anleitung, wie mit dem rechtserzeugenden Teil der Rechtsverwirklichung umzugehen ist, flankiert durch eine differenzierende Dogmatik der unterschiedlichen Rechtserzeugungsspielräume.¹⁴⁴ Methodik und Dogmatik haben dabei den großen Vorteil, dass sie mit einem stets nur vorläufigen Grad an Gewissheit zurechtkommen und dennoch – trotz fehlender rechtsnormativer Fassung – relative Verlässlichkeit vermitteln.¹⁴⁵ Diese Vorteile können auch für die dogmatische Ausdifferenzierung der Rechtserzeugungsräume und die Formulierung einer Methodik der Rechtserzeugung genutzt werden.

- Um Missverständnissen vorzubeugen, gilt es eine Selbstverständlichkeit ausdrücklich festzuhalten: Ihre normative Orientierungskraft können durch eine Rechtserzeugungslehre entwickelte Maßstäbe nur aus der Kraft des überzeugenden Arguments beziehen. Sofern die

¹⁴⁴ Dabei geht es für den Bereich der Verwaltung nicht – wie bisweilen befürchtet – um die Entwicklung einer umfassenden „Lehre von den Verwaltungsmaßstäben jenseits des Rechts, ... die ... von der Verwaltungsrechtswissenschaft zu verwalten sind, und damit institutionell zu einer Verrechtlichung des gesamten Verwaltungshandelns praeter legem führen würden“ (so die Befürchtung bei C. Möllers Theorie [Fn. 3], 40). Es versteht sich von selbst, dass das Verwaltungsrecht – allein aus pragmatischen Gründen – immer nur Teile des Verwaltungshandelns erfassen kann und erfassen sollte. Zudem müssen Gestaltungsspielräume gerade dort gesichert und vor einer regelhaften Aufbereitung bewahrt werden, wo die Maßstäbe mit Blick auf die Einzelsituation offen gehalten werden sollen. Umgekehrt gibt es aber eine Reihe von Bereichen, in denen typisierte Abläufe wie der Umgang mit Risiken nach einer in gewisser Weise vorstrukturierten, an bestimmten Maßstäben ausgerichteten Vorgehensweise geradezu verlangen. – Zur Entwicklung von Verwaltungsmaßstäben über das ausdrücklich positiviert Recht hinaus W. Hoffmann-Riem Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), 83 (88); G.F. Schuppert Die öffentliche Aufgabe als Schlüsselbegriff der Verwaltungswissenschaften, VerwArch. 71 (1980), 309 ff.; R. Pitschas Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) GvWR II, 2007, § 42. Kritisch zu Legitimation und Funktion dieser Orientierungsmaßstäbe G. Roell-ecke Verwaltungswissenschaft – Von außen gesehen, VerwArch. 91 (2000), 1 (3); R. Schmidt Flexibilität und Innovation im Bereich der Verwaltungsmaßstäbe, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 56), 67 (78 ff.). Zum Dilemma zwischen normativer Orientierungsnotwendigkeit über die Rechtsmaßstäbe hinaus und der Gefahr einer zu weitgehenden Verrechtlichung dieser Orientierungsmaßstäbe E. Schmidt-Aßmann Verwaltungsrecht (Fn. 1), 2/22 ff., 6/85 ff.

¹⁴⁵ Sind sie „Instrument(e) zur permanenten Rekonstruktion von vorläufiger Sicherheit auf der Grundlage des bis dahin Verstandenen“, kann es ihnen gelingen, „trotz offen eingestandener Vorläufigkeit und Kontextgebundenheit Intersubjektivität herzustellen“ (auf die Dogmatik als „elegante Antwort“ auf Situationen der Unsicherheit bezogen C. Engel Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition. Das Proprium des Rechts aus der Perspektive des Öffentlichen Rechts, Preprints of the Max Planck Institute for the Research on Collective Goods 2006/13, 31).

Maßstäbe systematisch stimmig ausgeformt und ihre Wirkungsweise und ihr Verhältnis zueinander bei der Entscheidungsfindung allgemein beschrieben werden, können sie – auf die Verwaltung bezogen – mehr sein als „Maßstäbe bloßer Verwaltungspolitik“¹⁴⁶ im herkömmlichen, tendenziell abwertenden Verständnis. Je nach Überzeugungskraft und dem Grad intersubjektiver Verfestigung können sie die Mischfunktion eines Motivlieferanten,¹⁴⁷ einer Richtschnur und der Argumentationserleichterung bei der Rechtserzeugung einnehmen. An der Positivität des Rechts und dessen Verbindlichkeit nehmen sie jedoch nicht teil.

d) *Reduzierte normative Bindungsdichte und Interdisziplinarität*

Eine reduzierte Bindungsdichte gesetzlicher Vorgaben bei gleichzeitig steigender Tendenz zu Ausrichtung der Rechtsverwirklichung auf bestimmte Zwecke drängt die Verwaltungsrechtswissenschaft in die Interdisziplinarität.¹⁴⁸ Denn helfen die dogmatischen Instrumente mangels ausreichender normativer Dichte nur eingeschränkt weiter, obwohl Aufgabenerledigung zur Erreichung bestimmter Zwecke gefordert wird, ist der Rückgriff auf nicht dogmatische Hilfsmittel und Informationsquel-

¹⁴⁶ So die Befürchtung von *W. Hoffmann-Riem Governance* (Fn. 64), 212 Fn. 20.

¹⁴⁷ *M. Jestaedt Theorie* (Fn. 5), 85.

¹⁴⁸ *C. Engel Herrschaftsausübung* (Fn. 145), 25 („zur Interdisziplinarität verdammt“). Zur mittlerweile praktizierten Selbstverständlichkeit interdisziplinärer Arbeit nur *C. Engel Rechtswissenschaft* (Fn. 15), 11 ff.; *G.F. Schuppert Schlüsselbegriffe einer Perspektivenverklammerung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 2* (1999), 103 ff.; *A. Voßkuhle Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 3), § 1 Rn. 39; *H. Schulze-Fielitz Dimensionen* (Fn. 4), 16 f., 22 ff.; *H.-H. Trute Staatsrechtslehre* (Fn. 5), 117, 125 ff., 129. Darauf, dass selbst auf dem Höhepunkt der Vorherrschaft der Juristischen Methode grundlegende Vorstellungen nachbarschaftlichen „Wissens“ übernommen wurden, weist *T. Vesting Nachbarschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft – „Verkehrsregeln“ und „Verkehrsströme“*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann* (Fn. 13), 253 (256 ff.) hin. Mit der unausweichlichen Interdisziplinarität werden jedoch zahlreiche Fragen aufgeworfen: Wie sieht die kontrollierte Rezeption der Wissensansprüche anderer Disziplinen im Recht aus? Wie verarbeitet die Rechtswissenschaft normativ die sozialwissenschaftlich nur begrenzt verarbeitbare Komplexität und wird dabei zugleich der Funktion gerecht, die sie in ihrem anwendungsorientierten Teil der Dogmatik hat? (dazu nur *H.-H. Trute Wissenschaft* [Fn. 8], 14, 19). Dahinter verbirgt sich nicht zuletzt die Sorge, dass Interdisziplinarität mit Methodensynkretismus oder Methodenlosigkeit einhergehe (näher *C. Bumke Entwicklung* [Fn. 49], 124; *C. Möllers Methoden* [Fn. 2], § 3 Rn. 42; *C. Engel Herrschaftsausübung*, ebd., 25). Zur Entkräftung jedenfalls des Einwandes des Methodensynkretismus in aller Gelassenheit *C. Bumke ebd.*, 124 f.; zur Kritik am Begriff des Methodensynkretismus auch *W. Hoffmann-Riem Sozialwissenschaften* (Fn. 144), 87 ff.

len die zwangsläufige Folge.¹⁴⁹ Wird Interdisziplinarität auf dem Boden disziplinärer Identität verfolgt¹⁵⁰ und geschieht sie zu den Bedingungen des Rechts,¹⁵¹ ist sie jedoch ebenso alternativlos wie im Übrigen seit langem gängige Praxis. Muss bei reduzierter Gesetzesdichte in vielen Fällen unter hoher Unsicherheit entschieden werden, „sind sozialwissenschaftliche Modelle oft die einzige Möglichkeit, überhaupt begründete Aussagen zu machen.“¹⁵² Insofern kann es sogar von Vorteil sein, wenn Tatbestände immer präziser auf sozialwissenschaftliche – nicht zuletzt ökonomische – Fundierungen verweisen.¹⁵³ Für die Rechtswissenschaft

¹⁴⁹ Auch wenn sich in der Entwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft ein Wechsel von Phasen der relativen Offenheit für nicht dogmatische Disziplinen mit solchen stärkerer dogmatischer Geschlossenheit findet, werden Anregungen und Orientierung mittlerweile in einer verstetigten Weise außerhalb der tradierten Wissensbestände gesucht, sofern diese keine ausreichenden Differenzierungen und Instrumente bereithalten. Anschaulich nachgezeichnet findet sich dieses Reaktionsmuster der Verwaltungsrechtswissenschaft bei C. Bumke Entwicklung (Fn. 49), 118 ff., 122 ff. mit dem für den Umgang der Verwaltungsrechtswissenschaft mit den nicht dogmatischen Disziplinen ebenso charakteristischen wie ernüchternden Hinweis (ebd., 123), „dass der Vorgang des Öffnens und Verschließens gegenüber dem Nichtdogmatischen weder kontinuierlich noch systematisch erfolgt und auch selten Gegenstand des fachlichen Selbstgesprächs über die verwaltungsrechtswissenschaftliche Arbeitsweise war. Alles hängt vielmehr von der Vorbildung und dem persönlichen Forschungsinteresse des verwaltungsrechtswissenschaftlichen Akteurs ab“. Zur okkasionellen oder temporären Interdisziplinarität N. Luhmann, Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, 457 ff.; H.-H. Trute Staatsrechtslehre (Fn. 5), 127. Für die Entwicklung einer übergreifenden Metatheorie, an der sich die Öffnung der Verwaltungsrechtswissenschaft für neues Wissen orientieren soll, T. Vesting Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 148), 280 f.; für die Ausformung von Anforderungen, die an Transformationsvorgänge zu stellen sind, auch A. Voßkuhle Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 3), § 1 Rn. 39.

¹⁵⁰ Zu dieser Voraussetzung für Interdisziplinarität R. Czada Disziplinäre Identität als Voraussetzung interdisziplinärer Verständigung, in: Bizer/Führ/Hüttig (Hrsg.) Responsive Regulierung, 2002, 23 ff.; zustimmend M. Jestaedt Theorie (Fn. 5), 38 Fn. 114, 73 f.; C. Engel Herrschaftsausübung (Fn. 145), 25; C. Gusy, Staatsrechtslehre (Fn. 117), 68.

¹⁵¹ Dazu nur M. Morlok Vom Reiz und vom Nutzen, von den Schwierigkeiten und den Gefahren der Ökonomischen Theorie für das Recht, in: Engel/Morlok (Hrsg.) Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, 1 (17 ff., 25 f.); H. Schulze-Fielitz Dimensionen (Fn. 4), 24.

¹⁵² C. Engel Herrschaftsausübung (Fn. 145), 32.

¹⁵³ Die Sozialwissenschaften können der Rechtswissenschaft „empirisch abgesichertes Erfahrungswissen bieten, Wirkungszusammenhänge erklären und durch das Aufzeigen von Wahrscheinlichkeiten und Gesetzmäßigkeiten Orientierung über künftige Entwicklungsrichtungen gesellschaftlicher Prozesse und politischer Systeme geben“ (E. Schmidt-Aßmann Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource. Einleitende Problemskizze, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem [Hrsg.] Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, 9 [16]; vgl. auch W. Hoffmann-Riem Methoden [Fn. 13], 37 f.; E. Schmidt-Aßmann Verwaltungsrecht [Fn. 1], 1/47).

kann der Rückgriff auf die Sozialwissenschaften einen Legitimitätsvorsprung gerade auch im Verhältnis zur Rechtsanwendungspraxis mit sich bringen, der umso wichtiger ist, je stärker die legitimierende Kraft des Gesetzestextes abnimmt.¹⁵⁴ Dabei kann es – wie die viel thematisierte Ökonomisierung des Rechts¹⁵⁵ zeigt – nicht darum gehen, rechtliche Argumentation zu ersetzen, sondern sie durch den Einbau interdisziplinärer und nicht zuletzt wirtschaftlicher Betrachtungsweisen dort zu ergänzen, wo es die gesetzliche Regelung und der davon erfasste Sachbereich nahe legen.¹⁵⁶

Soll die Nutzung von Forschungen anderer Wissenschaften informiert und methodenbewusst erfolgen,¹⁵⁷ wird eine der wichtigsten Funktionen der Verwaltungsrechtswissenschaft – und ein Baustein einer Rechtserzeugungslehre – darin bestehen, die Erträge sozialwissenschaftlicher Forschungen für das Recht nutzbar zu machen.¹⁵⁸ Dabei wird kein Weg

¹⁵⁴ C. Engel Herrschaftsausübung (Fn. 145), 32.

¹⁵⁵ Zur Ökonomisierung des Öffentlichen Rechts nur M. Morlok Reiz und Nutzen (Fn. 151), 1 ff.; O. Lepsius Die Ökonomik als neue Referenzwissenschaft für die Staatsrechtslehre?, Die Verwaltung 32 (1999), 429 ff.; J.-P. Schneider Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 34 (2001), 317 (320 ff.); C. Gröpl Ökonomisierung von Verwaltung und Verwaltungsrecht, VerwArch. 93 (2002), 459 ff.; J. Oebbecke Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, VVDStRL 62 (2003), 366 (367 ff.); M. Burgi Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, VVDStRL 62 (2003), 405 (416 f.); M. Fehling Kosten-Nutzen-Analysen als Maßstab für Verwaltungsentscheidungen, VerwArch. 95 (2004), 443 ff.

¹⁵⁶ Die ökonomische Analyse des Rechts und das Zusammenspiel von Law and Economics spielen vor allem dort zu Recht eine Rolle, wo es – wie im Wettbewerbs- oder im Kapitalmarktrecht – darum geht, wirtschaftlich vernünftige Ergebnisse zu erzielen. In diesen Bereichen muss das rechtliche Interesse auch darauf gerichtet werden, was in concreto wirtschaftlich vernünftig ist (zur „Legalität“ von ökonomischen Argumenten in Auslegung und Rechtsanwendung dezidiert S. Grundmann Methodenpluralismus als Aufgabe, RabelZ 61 [1997], 423 [430 ff.]). Abgesehen davon, dass die wirtschaftliche Vernünftigkeit auch in diesen Bereichen nicht allein ausschlaggebend sein kann, sondern andere (gemeinwohlbezogene) Gründe eine maßgebende Rolle spielen können, wird dadurch rechtliche Argumentation aber nicht aufgehoben.

¹⁵⁷ E. Schmidt-Aßmann Einige Überlegungen zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), 177 (180).

¹⁵⁸ C. Bumke Entwicklung (Fn. 49), 124; M. Eifert Innovationen in und durch Netzwerkorganisationen: Relevanz, Regulierung und staatliche Einbindung, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung, 2002, 90 (101 ff.); C. Möllers Methoden (Fn. 2), § 3 Rn. 42; C. Engel Herrschaftsausübung (Fn. 145), 32 f. Zur Notwendigkeit und zu den Möglichkeiten der Verarbeitung anderer Wissensbestände durch rechtswissenschaftliche Theoriebildung, Rechtsdogmatik und Rechtspraxis C. Engel Rechtswissenschaft (Fn. 15), 12 ff.; J. Harenburg/G. Seeliger Transformationsprozesse in der Rechtspraxis, in: Böhme/v. Engelhardt (Hrsg.), Entfremdete Wissenschaft,

an dem Aufwand vorbeiführen, nach einzelnen Disziplinen zu differenzieren.¹⁵⁹ Gelingt jedoch ein Austausch zu den Bedingungen des Rechts, läge ein wesentlicher Vorteil nicht zuletzt darin, dass sozialwissenschaftliche Erkenntnisse auch der Verwaltungs- und Gerichtspraxis zur Verfügung gestellt werden könnten, obwohl die methodischen Standards der in Bezug genommenen Wissenschaften unter den (zeit- und aufwandbegrenzten) Bedingungen des Verwaltungs- und Gerichtsverfahrens nicht einlösbar sind.¹⁶⁰

3. *Rechtsverwirklichung durch Verfahren und Organisation*

Die postulierte Zusammenschau von klassischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Ansatz bedarf nicht zuletzt eines Blicks auf das Verfahren. Dies gilt umso mehr, als Prozeduralisierungsstrategien gleichsam zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch angesiedelt sind.

a) *Prozeduralisierungsstrategien und Bedeutung des Verfahrens*

Für die Rechtserkenntnis nach traditionellem Verständnis ist das Verfahren eigentlich nicht erforderlich, es hat lediglich ordnende, strukturierende, auf jeden Fall aber dienende Funktion. In Fällen der Unbestimmtheit und Unsicherheit findet sich aber auch im klassischen Konzept – neben dem Ausbau von Begründungserfordernissen – ein verstärktes Ausweichen auf das Verfahren. Der entscheidende Grund liegt darin, dass das klassische Modell nur Bindung oder Gestaltungsfreiheit kennt. In Fällen der Unbestimmtheit oder Unsicherheit müsste dementsprechend von einer weit reichenden Gestaltungsfreiheit ausgegangen werden. Das Ausweichen ins Verfahren kann vor diesem Hintergrund als Versuch gedeutet werden, durch die positivrechtliche Nor-

1979, 59f.; H.-H. Trute Staatsrechtslehre (Fn. 5), 131; kritisch zur Möglichkeit der Verarbeitung sozialwissenschaftlicher Theorie auf der Ebene der Dogmatik O. Lepsius Sozialwissenschaften (Fn. 52), 11f.

¹⁵⁹ Letztlich wird nur der differenzierende Blick auf die einzelnen Disziplinen, die dort verfügbaren Beschreibungsangebote und deren Bedeutung für die Verwaltungsrechtswissenschaft Aufschluss über die Möglichkeiten einer Nutzarmachung und die Bedingungen dafür geben können. Vgl. dazu – nach geschichtswissenschaftlichen, wirtschaftswissenschaftlichen, sozialwissenschaftlichen, naturwissenschaftlichen und kulturwissenschaftlichen Bezügen differenzierend – C. Möllers Methoden (Fn. 2), § 3 Rn. 43 ff.

¹⁶⁰ C. Engel Herrschaftsausübung (Fn. 145), 32; vgl. auch ders. The Difficult Reception of Rigorous Descriptive Social Science in the Law, Preprints of the Max Planck Institute for the Research on Collective Goods 2006/1.

mierung eines prozeduralen Rahmens jenen Bereich der Unsicherheit zurückzudrängen, in dem sonst Gestaltungsfreiheit herrschen und andere – nicht positivierte – Maßstäbe eine Rolle spielen würden.¹⁶¹

Allerdings verändert sich durch solche Prozeduralisierungsstrategien die Bedeutung der Verfahrensregelungen. Denn diese gewinnen mindestens eine weitere Funktion: Als Teilkompensation der fehlenden materiellen Vorgaben sollen sie Bindung in einem Bereich schaffen, der sonst – rechtsnormativ gedacht – bindungslos wäre.¹⁶² Das Verfahren hegt auf diese Weise den (verbleibenden) Prozess der Rechtserzeugung ein.¹⁶³ Wenn aber im Vorhinein feststeht, dass – mangels eindeutiger materieller Vorgaben – auch nach der Entscheidung keine völlige Gewissheit bestehen kann,¹⁶⁴ kommt es auf die Zuständigkeitsordnung, die Verwaltungsorganisation und das Verfahren an. Da es nicht um Erkenntnis des noch gar nicht vorhandenen materiellen Rechts gehen kann, sondern (nur) um Entscheidungslegitimation, bekommt das Verfahren einen Eigenwert.¹⁶⁵

¹⁶¹ Durch positivrechtliche Prozeduralisierungsstrategien wird der Bereich des Unsicheren wenigstens ein Stück weit dem klassischen dogmatischen Verständnis zugänglich gemacht. Genau genommen werden in diesem Fall zwar nicht Rechtsakte, sondern das Verhalten der Rechtsakteure zum Gegenstand einer rechtsaktbezogenen Betrachtung gemacht (zu dieser Möglichkeit bereits *C. Bumke* Rechtswidrigkeit [Fn. 43], 258). Das daraus erwachsende Spannungspotential zwischen Rechtsakt und Verhalten wird aber dadurch aufgehoben, dass das Verfahren als Vollzug eines gesetzlich vorgegebenen Programms konzipiert wird und damit dem zweiwertigen Begriffsschema von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit unterworfen werden kann (*C. Bumke* ebd., 258).

¹⁶² Zu diesem Zweck werden sie an die Unterscheidung von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit sowie die Regeln über den Umgang mit rechtswidrigen Rechtsakten gekoppelt.

¹⁶³ Der Umgang bzw. die Überwindung der Unsicherheit ist nicht mehr der völligen Gestaltungsfreiheit überlassen, sondern in ein verfahrensmäßiges Korsett eingebunden.

¹⁶⁴ So die einprägsame Formulierung bei *C. Engel* Herrschaftsausübung (Fn. 145), 31.

¹⁶⁵ Um es bildlich auszudrücken: Anders als im klassischen rechtsaktbezogenen Modell, in dem das gesetzlich (klar) vorgegebene materielle Recht als Herr, das Verfahren als Diener fungieren kann, ist bei Bestehen von Spielräumen nicht klar, wer überhaupt Herr ist und wem das Verfahren dienen sollte: der durch das materielle Recht verkörperten Wahrheit oder dem Rechtsfrieden durch Erzeugung einer richtigen oder auch unrichtigen Entscheidung (dazu *N. Luhmann* Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978, 17). Das materielle Recht ist offen und muss unter Unsicherheitsbedingungen überhaupt erst erzeugt werden. Eine dienende Funktion des Verfahrens macht hier keinen Sinn. Das Verfahren wird im Gegenteil zur Maß gebenden rechtlichen Vorgabe, es steuert das Verhalten auf dem Weg zu einer Entscheidung unter Unsicherheitsbedingungen. Der einzuschlagende Weg ist dann aber auch ausschlaggebend dafür, welche Entscheidung in der Sache getroffen wird.

b) *Normative Verfahrensgewichtung*

Kann der Weg hin zu einer Entscheidung eine abgestufte Bedeutung von einer bloßen dienenden Rolle bis hin zu einem Eigenwert des Verfahrens aufweisen, muss diese Stufung auch im Recht abgebildet werden.¹⁶⁶ Es bedarf einer Typisierung, in welchen Fällen dem Verfahren ein rechtlich relevanter Eigenwert zukommt. Als Ausgangspunkt für eine normative Verfahrensgewichtung lässt sich die Grundaussage treffen: Je bedeutender der Rechtserzeugungsanteil an einer Entscheidung ausfällt, umso größer ist der Eigenwert des Verfahrens.¹⁶⁷ Geht es in erster Linie um die Leistungsfähigkeit des Verfahrens als Rechtserzeugungsverfahren unter Unsicherheitsbedingungen, muss von einem Eigenwert des Verfahrens ausgegangen werden, für das sich ein eigenständiger Verfahrenstypus nahe legt.

c) *Verhältnis von formellem und materiellem Recht*

In sich stimmig ist eine Strategie der abgestuften Verfahrensgewichtung jedoch nur, wenn die zugewachsene Bedeutung nicht durch weitreichende Relativierungen des Verfahrens aufgrund von Verfahrensfehlerfolgeregelungen konterkariert wird. In den Fällen, in denen die Gesetzesbindung zurückgenommen ist oder nicht mehr greift, so dass das materielle Recht allenfalls noch einen Teil der Wahrheit abbildet,¹⁶⁸ muss sich der Eigenwert des Verfahrens für die Rechtserzeugung auch in der Bedeutung der Verfahrensregelungen und einer entsprechenden Ausdifferenzierung der Regelungen zu den Verfahrensfehlerfolgen niederschlagen.¹⁶⁹ Zugleich ist

¹⁶⁶ Sind sinnvolle Aussagen im Verwaltungsrecht im Unterschied zu anderen Rechtsgebieten „immer nur im Zusammenhang mit verfahrensrechtlichen Vorgaben, aber auch im Hinblick auf die organisatorische Stellung des jeweiligen administrativen Akteurs zu treffen“ (C. Möllers Methoden [Fn. 2], § 3 Rn. 5), so dass prozedurales Rechtsdenken für das Verwaltungsrecht schlechthin konstitutiv ist, bedarf es einer Differenzierung, unter welchen Voraussetzungen dem Verfahren eine eher dienende oder eine gesteigerte „eigenwertige“ Bedeutung zukommt.

¹⁶⁷ Letztlich muss durch Auslegung ermittelt werden, welche Verfahrensfunktion im Vordergrund steht. Je stärker sich eine Verwaltungsentscheidung vom klassischen Bild des rechtsanwendenden Gesetzesvollzugs entfernt, desto größere Bedeutung gewinnt der Entscheidungsprozess (bezogen auf die in diesen Fällen geforderte stärkere Beteiligung der Betroffenen am Entscheidungsprozess bereits W. Brohm Dogmatik [Fn. 12], 279). Umso geringer sind im Regelfall auch die materiellen Kriterien für die Kontrolle der Richtigkeit einer Entscheidung.

¹⁶⁸ W. Zöllner Materielles Recht und Prozessrecht, AcP 190 (1990), 471 (474).

¹⁶⁹ Vor diesem Hintergrund gilt es die geltenden Regelungen zu den Fehlerfolgerelativierungen im Hinblick auf die unterschiedliche normative Gewichtung des Verfahrens zu überdenken und – abhängig vom Eigenwert des Verfahrens – auszudifferenzieren.

aber klar, dass das Verfahrensrecht nicht isoliert betrachtet werden kann. Da es letzten Endes darum geht, ein in der Summe von Verfahrensrecht, materiellem Recht und Prozessrecht angemessenes Anforderungsniveau für behördliches Handeln zu etablieren,¹⁷⁰ kann Verfahrensfehlern nicht einfach dann eine größere Beachtlichkeit zuerkannt werden, wenn die Anforderungen des materiellen Rechts reduziert sind. Als Kompensation für die größere Beachtlichkeit der Verfahrensanforderungen muss darauf geachtet werden, dass dann die Sachentscheidung von den Gerichten nicht (mehr) in vollem Umfang überprüft wird.¹⁷¹

V. Ausrichtung der Fortentwicklungstendenzen auf Rechtsverwirklichung im europäischen Kontext

Die Verknüpfung von rechtsaktbezogenem und steuerungsorientiertem Ansatz ist nicht nur möglich, sondern auch angezeigt, wenn mit Blick auf den erreichten Grad an Europäisierung nicht zu introvertiert agiert werden soll. In einer Situation, in der es für die Verwaltungsrechtswissenschaft zur Normallage zählt, dass ein permanenter unmittelbarer Austausch mit dem Gemeinschaftsrecht und ein mittelbarer mit den Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten stattfindet,¹⁷² steht nicht nur das Verwaltungsrecht selbst, sondern auch das Verwaltungsrechtsverständnis in einer beispiellosen Weise im „Möglichkeitsraum vieler Alternativen“.¹⁷³ Eine der Hauptaufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft wird darin bestehen, die Konzept- und Systemfähigkeit des Verwaltungsrechts trotz stetiger Austausch- und Anpassungsnotwendig-

¹⁷⁰ R. Wahl Das Verhältnis von Verwaltungsvorhaben und Verwaltungsprozeßrecht in europäischer Sicht, DVBl. 2003, 1285 (1287); I. Appel/J. Singer Verfahrensvorschriften als subjektive Rechte, JuS 2007, 913 (916).

¹⁷¹ Eine erhöhte Beachtlichkeit der Kontrolle der Verfahrensfehler und die Beibehaltung der hohen Kontrolldichte beim materiellen Recht würden sowohl zu übermäßigen Anforderungen an die Verwaltung als auch zu einer überschießenden Maximierung des Rechtsschutzes führen. Vor diesem Hintergrund wäre im Falle eines Eigenwerts des Verfahrens die größere Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern bei reduzierter gerichtlicher Prüfung in der Sache die stimmigste Lösung.

¹⁷² Als Rechtsordnung eines Mitgliedstaates ist die nationale Rechtsordnung eine dauerhafte, nicht mehr zu lösende Verbindung mit dem Gemeinschaftsrecht und den Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten eingegangen. Vgl. nur J. Schwarze Europäisches Verwaltungsrecht, 2 Bde. 1988, 2. Aufl. 2005; R. Wahl Das deutsche Genehmigungs- und Umweltrecht unter Anpassungsdruck, in: Dolde (Hrsg.) Umweltrecht im Wandel, 2001, 237 (248 ff., 257 ff.); ders. Herausforderungen (Fn. 7), 95.

¹⁷³ Bezogen auf die einzelnen nationalen Rechtsordnungen R. Wahl Herausforderungen (Fn. 7), 103.

keit¹⁷⁴ zu erhalten.¹⁷⁵ Insoweit besteht eine grundlegend neue Ausgangslage, in der vieles neu bedacht werden muss. Dazu zählt nicht zuletzt die Betrachtungsweise des europäischen (Verwaltungs-)Rechts. Auch hier liegt eine Zusammenschau von rechtsakt- und verhaltensbezogener Perspektive nahe. Auf der einen Seite finden sich um den Europäischen Gerichtshof als Fixpunkt herum ein ausgeprägter Falllösungs- und Rechtsaktbezug, eine starke Betonung und Durchsetzung der Bindungskraft europäischer Gesetze sowie eine grundlegende Anwendungsorientiertheit. Auf der anderen Seite weist das europäische Recht in erheblichem Umfang Spielräume auf, die einer steuerungsorientierten Perspektive nicht nur in die Hände spielen, sondern sie geradezu nahe legen. Neben einem tendenziell stärkeren Zielbezug, der geringeren Bedeutung und Binnendifferenzierung des materiellen Rechts, der Betonung der Konkretisierungsleistung im Verfahren und der stärkeren Ausrichtung auf den konkreten Einzelfall zählen dazu auch ein vergleichsweise stärkerer Pluralismus rivalisierender rechtlicher Lösungen und Lösungswege¹⁷⁶ und ein grundsätzlich gleichberechtigtes Nebeneinander von Formen des private und des public enforcement bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts.¹⁷⁷ Vor diesem Hintergrund könnte sich die deutsche

¹⁷⁴ Die Verwaltungsrechtswissenschaft muss sich systemprägend auf diesen permanenten Austausch mit dem Europarecht einstellen. In der Folge wird es zu „wechselseitigen Anpassungen kommen und kommen müssen, Anpassungen, die auch vor Grundsätzen und systematischen Bausteinen des deutschen Rechts nicht haltmachen“ (*R. Wahl* Herausforderungen [Fn. 7], 106). Mit der Lehre von den Gestaltungsspielräumen der Verwaltung, den Verfahrenskonzepten und der Verfahrensfehlerlehre sind hier nur einige wenige Punkte angesprochen worden. Wie beispielsweise eine Dogmatik der Gestaltungsspielräume der Verwaltung – die Gesamtproblematik von Ermessen und Beurteilungsspielraum – künftig gestaltet und wie Verwaltungsspielräume und die entsprechende Ermessenslehre in zwanzig Jahren aussehen werden, wird nicht allein aus einem deutschen Verständnis (sei es klassisch oder steuerungswissenschaftlich) heraus fortentwickelt werden, sondern in einem permanenten Dialog und Anpassungsprozess zwischen nationalem Recht, Gemeinschaftsrecht und den Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten. Auf Dauer – dieser Erkenntnis wird sich kein Verwaltungsrechtsverständnis entziehen können – erfordert einheitliches europäisches Recht auch eine einheitliche Dogmatik und Methodik.

¹⁷⁵ *R. Wahl* Herausforderungen (Fn. 7), 101; zuvor bereits *ders.* Genehmigungs- und Umweltrecht (Fn. 172), 248 ff.

¹⁷⁶ Allein dadurch, dass teilweise rivalisierende materiell-rechtliche Lösungen in den einzelnen Mitgliedstaaten akzeptiert und die damit verbundene Vielfalt bis zu einem gewissen Grad hingenommen wird, bietet sich reichlich Anschauungsmaterial für unterschiedliche Steuerungsformen und die damit verbundenen Erfolge oder Misserfolge.

¹⁷⁷ Nach der Grundkonzeption des *effet-utile*-Gedankens ist die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts zudem unabhängig davon, welche Binnendifferenzierungen die nationalen Rechtsordnungen vorsehen. Formen des private und des public enforcement

Verwaltungsrechtswissenschaft mit einer Verbindung von rechtsakt- und verhaltensbezogener Perspektive konstruktiv auch in die Diskussion auf europäischer Ebene einbringen.¹⁷⁸ In umgekehrter Richtung spricht jedenfalls viel dafür, dass ein Verwaltungsrechtsverständnis, dass die rechtsaktbezogene und die verhaltensbezogene Perspektive verbindet, die unvermeidlichen, europäisch und international bedingten Anpassungsleistungen leichter und in einem fruchtbareren Austauschprozess wird erbringen können als ein methodisch, dogmatisch und systematisch stark abgeschottetes Konzept.¹⁷⁹

VI. Fazit

Nach alledem müssen klassisches dogmatisches Verwaltungsrechtsverständnis und steuerungswissenschaftlicher Anspruch nicht unverbunden nebeneinander stehen. Werden die Eigenständigkeit des klassischen Ansatzes, die Berechtigung einer steuerungswissenschaftlich orientierten Perspektive und die Fruchtbarkeit eines interdisziplinären Dialogs gleichermaßen anerkannt,¹⁸⁰ lassen sich Verknüpfungen und Verklammerungen finden, die die jeweiligen perspektivischen Vorteile nutzen und die Nachteile reduzieren. Entscheidend ist, dass bei aller Anpassungsnotwendigkeit und Fortentwicklung, bei aller Offenheit für

stehen grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander, so dass die Perspektive für unterschiedliche Umsetzungs- und Steuerungsformen zur Erreichung der vorgegebenen Ziele erheblich geweitet wird. Zur Bedeutung von „private enforcement“ neben einem bestehenden Verwaltungsvollzug EuGH v. 17. 9. 2002, Rs. C-253/00 (Antonio Munoz y Cia SA Frumar Ltd), Slg. 2002, I-7289.

¹⁷⁸ Sie sollte ihr Selbstverständnis danach ausrichten, die vorhandenen beträchtlichen Spielräume in diesem Entwicklungsprozess zu nutzen: Durch das Einbringen prägender Elemente des deutschen Verwaltungsrechts in den Dialog auf europäischer Ebene; durch konstruktive, systembildende innerstaatliche Einbindung nicht nur des reinen Gehalts der Normen, sondern auch der neuen Prinzipien, Begrifflichkeiten, Verständnisse und Konzepte, die sich auf europäischer Ebene ausgebildet haben, sofern die Begegnung mit der vorrangigen Gemeinschaftsrechtsordnung dies erfordert; und durch das Erfüllen der genuinen Aufgabe von Wissenschaft, Kritik zu üben und eigenständige Beiträge zur Methodik und Systematik zu liefern, auch und gerade auf europäischer Ebene.

¹⁷⁹ Dies spricht nicht gegen die Grundaufgabe der Rechtswissenschaft, methodische, dogmatische und auf Systematik angelegte Arbeit zu leisten. Deren Leistungsfähigkeit sollte jedoch realistisch eingeschätzt werden. Und bei aller Werbung für die Vorteile der eigenen Lösungen nicht zuletzt auf europäischer Ebene sollte die nötige Offenheit für Austausch und Änderungen vorhanden sein.

¹⁸⁰ Dass es an der Zeit ist, die alten Gegensätze zu überwinden und die wechselseitige Eigenständigkeit anzuerkennen, betont C. Bumke Entwicklung (Fn. 49), 129.

Anderes und Neues stets auch die Anschlussfähigkeit an das Vorhandene gewahrt wird. Letztlich ist die Fortentwicklung des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft wie das Arbeiten an einem Schiff auf offener See.¹⁸¹ Man kann das Schiff nicht auf ein Dock verfrachten, dort zerlegen und aus völlig anderen Bestandteilen einfach neu bauen. Man muss das Schiff so, wie es ist, und mit allem, was sich angesammelt hat, während der Fahrt mitten im Ozean überholen, an die Umstände anpassen und nach Möglichkeit verbessern. Ob man das Schiff „Verwaltungsrechtswissenschaft“ nach den jüngsten Entwicklungen und Erweiterungstendenzen als „neu“ bezeichnen will, als „runderneuert“ – oder ob das alte Schiff in neuem Glanz erstrahlt, ist eine Frage der Perspektive und letztlich nachrangig. Hauptsache das Schiff ist und bleibt in der Lage, Passagiere und Mannschaft zuverlässig über die Ozeane zu tragen.

¹⁸¹ Das Bild stammt von *Otto Neurath*. Das genaue Zitat, das sich auf die Suche nach dem richtigen philosophischen Methodenverständnis bezieht, lautet: „Es gibt keine tabula rasa. Wie Schiffer sind wir, die ihr Schiff auf offener See umbauen müssen, ohne es jemals in einem Dock zerlegen und aus besten Bestandteilen neu errichten zu können“, *O. Neurath* Protokollsätze, *Erkenntnis* 3 (1932), 204–14, zit. nach *O. Neurath* Gesammelte philosophische und methodologische Schriften Bd. 2, 1981, 577. *Willard Van Orman Quine* hat die zitierten Sätze seinem Buch *Word and Object*, 1960, als Motto vorangestellt. Aufgegriffen wurde das Bild auch von *P. Lorenzen* *Methodisches Denken*, in: *Ratio* 7 (1965), 1 ff.; vgl. dazu *H. Blumenberg* *Schiffbruch mit Zuschauer*, 1979, 72.

Leitsätze des 1. Berichtstatters über:

Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch

I. *Verwaltungsrechtswissenschaft zwischen Öffnung und disziplinärer Integrität*

1. *Fortentwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft*

(1) Mit den jüngsten Entwicklungstendenzen der Verwaltungsrechtswissenschaft stehen Veränderungen des Verwaltungsrechtsverständnisses im Raum, die teilweise als notwendige Fortentwicklung, teilweise als unzulässige Überschreitung traditioneller Entwicklungslinien angesehen werden. Die rechtswissenschaftliche Bewältigung dieser ungleich wahrgenommenen Veränderungen dauert an.

2. *Bezugs- und Orientierungspunkte*

a) *Problemlösungs- und Aufgabenbezug*

(2) Beansprucht die Verwaltungsrechtswissenschaft ihren Teil der Anpassungsleistung an veränderte Verhältnisse, kann sich das Erkenntnisinteresse sowohl auf den vom positiven Recht selbst organisierten und institutionalisierten Wandel als auch auf außerrechtlich begründeten Änderungsbedarf beziehen. Das jeweilige Erkenntnisinteresse sollte klar ausgewiesen werden.

b) *Norm- und Wirklichkeitsbezug*

(3) Für eine fundierte Herstellung des Wirklichkeitsbezugs ist die Verwaltungsrechtswissenschaft auch auf die Realbeschreibungen anderer Wissenschaftsdisziplinen angewiesen. Die damit verbundene Interdisziplinarität rührt methodisch und strukturell an das Selbstverständnis der Rechtswissenschaft als dogmatisch-normativer Disziplin und ruft instinktive Abwehrreaktionen hervor.

c) *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*

(4) *Die dezidierte Abschottung der Rechtsdogmatik von der Rechtspolitik führt dazu, dass die Perspektive für eine Fortentwicklung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft mitunter vorschnell verkürzt wird.*

d) *Erkenntnisinteressen und Methoden*

(5) *Die für das Methodenverständnis maßgebenden Erkenntnisinteressen rechtswissenschaftlichen Forschens sind vielfältiger, als manche traditionelle Vorstellung dies nahe legt. Öffnungsprogramme zielen auf einen Methodenpluralismus, der je nach Erkenntnisinteresse unterschiedliche Methoden zur Anwendung bringt.*

e) *Wandel des wissenschaftlichen Kontextes*

(6) *Durch den mittlerweile erreichten Grad der europäischen Integration hat sich der wissenschaftliche Bezugsrahmen grundlegend verändert. Alle Fortentwicklungstendenzen der Verwaltungsrechtswissenschaft müssen den Wandel des wissenschaftlichen Kontextes vom nationalen zum gestuften gemeinschafts- und mitgliedstaatlichen Umfeld in Rechnung stellen.*

II. *Grundkoordinaten eines klassischen dogmatischen
Verwaltungsrechtsverständnisses*

1. *Gängiger Rekurs auf die Juristische Methode*

(7) *Der Juristischen Methode liegt eine klare Trennung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung zugrunde. Nur unter der Prämisse, dass Rechtsetzung als politischer Vorgang etwas kategorial anderes ist als Rechtsanwendung, konnte und kann sich die juristische Methode auf die (vermeintlich) „unpolitischen“ Rechtsfragen konzentrieren.*

(8) *Da die Betonung der Gesetzesbindung rechtsaktbezogen und damit punktuell gedacht wird, bleibt für die Rechtsakteure und deren Handeln kein angemessener Platz.*

(9) *Wird Rechtsanwendung als objektive Rechtserkenntnis konzipiert, sind Verfahren und Organisation – auch wenn sie aus Zweckmäßigkeitsgründen vorgesehen werden – prinzipiell irrelevant.*

2. *Folgen für das traditionelle Verwaltungsrechtsverständnis*

(10) *Die Grundstrukturen der Juristischen Methode kommen der Rechtsanwendung mehr entgegen als der Rechtswissenschaft. Die Verwaltungs-*

rechtswissenschaft hat sich schwer getan und tut es bis heute, Rechtswissenschaft nach eigenen Aufmerksamkeitskriterien zu betreiben und eine eigene, vom Anwendungs- und Falllösungsbezug losgelöste Perspektive des Verwaltungsrechts zu gewinnen. Mit der eingeschränkten Offenheit für Interdisziplinarität und der weitgehenden Beschränkung auf rechtsnormative Beurteilungskriterien für staatliches Handeln fehlt zudem die Möglichkeit einer angemessenen Rechtsetzungsmethodik.

III. Neuorientierung der Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft

1. Grundanliegen der steuerungsorientierten Perspektive

(11) Die mit dem Konzept der Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft verbundene Neuausrichtung führt nicht nur zu einer Verbreiterung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Untersuchungsfelder. Sie muss auch als Versuch gelesen werden, die historisch gewachsene anwendungsbezogene Perspektive zu überwinden und eine eigene wissenschaftliche Perspektive auf das Recht zu gewinnen.

(12) Mit dem Aufkommen der Governance-Diskussion steht die konkrete Möglichkeit im Raum, dass der steuerungsorientierte Ansatz – bei aller Modernität – durch einen prägnanteren, vor allem aber auch international anchlussfähigeren Begriff überholt wird. Es steht zu vermuten, dass der steuerungswissenschaftliche Ansatz nur dann bleibende Wirkung entfalten wird, wenn er seine relativ gesehen größere Präzision in die Governance-Diskussion einbringen, sich dort bewähren und es ihm gelingen kann, das Governance-Konzept auf schärfere Konturen zu verpflichten.

2. Verwaltungsrechtswissenschaft als Teildisziplin einer rechtsgebietsübergreifenden Steuerungswissenschaft

(13) Verhaltenssteuerung ist eine Grundfunktion des gesamten Rechts. Die einzelnen Teilrechtsordnungen kommen zur Erfüllung verhaltenssteuernder Normen ins Spiel, wenn es um den je spezifischen Modus der Rechtsverwirklichung geht.

(14) Denkt man den steuerungswissenschaftlichen Anspruch zu Ende, muss Bezugspunkt die gesamte Rechtsordnung sein. Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft ist Teildisziplin einer rechtsgebietsübergreifenden rechtswissenschaftlichen Steuerungswissenschaft. Das bedeutet nicht, dass Bezugspunkt für steuerungsorientierte Überlegungen stets die gesamte Rechtsordnung sein muss. Sofern sich übergreifende Fragen stellen,

kann die Wahrnehmung des steuerungswissenschaftlichen Anspruchs aber kein Monopol nur einer einzigen Teilrechtsordnung sein.

(15) Die Verwaltungsrechtswissenschaft muss sich neben Handlungs- und Kontrollnormen auch mit Verhaltensnormen befassen, sofern diese für die Bewirkung erwünschter oder Vermeidung unerwünschter Wirkungen von Bedeutung sind. Damit drängt sich zum einen die Frage auf, ob und inwieweit sich die (Verwaltungs-)Rechtswissenschaft den Erkenntnissen der Verhaltens- und Lebenswissenschaften öffnen muss. Zum anderen steht die Frage im Raum, ob nicht die juristische Methodenlehre bei der Auslegung, Anwendung und womöglich auch der Formulierung von Normen auf die unterschiedlichen Normadressaten prinzipielle Rücksicht nehmen muss.

3. Verhältnis von rechtsakt- und verhaltensbezogener Perspektive

(16) Während die Juristische Methode und auch die traditionelle Methodenlehre wie selbstverständlich vom Rechtsakt her konzipiert und gedacht werden, ist der steuerungswissenschaftliche Anspruch geradezu Sinnbild dafür, dass beim Blick auf die Rechtsordnung neben einer rechtsaktbezogenen auch eine handlungs- oder verhaltensbezogene Perspektive eingenommen werden kann. Beide Betrachtungsweisen des Rechts haben ihre Berechtigung. Beide verfolgen je eigene rechtswissenschaftliche Erkenntnisinteressen und tragen auf ihre Weise zum Verständnis des Rechts bei.

(17) Statt ein einfaches Entweder-Oder zu pflegen, ist es Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft, klassisches dogmatisches Verständnis und steuerungswissenschaftlichen Ansatz, rechtsaktbezogene und verhaltensbezogene Perspektive gewinnbringend zueinander ins Verhältnis zu setzen.

IV. Verortung des Verwaltungsrechts zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch

(18) Sollen die Basiselemente der gesetzeseleiteten Rechtsanwendung und der Gesetzesbindung gewahrt und zugleich das traditionelle Verständnis mit dem steuerungswissenschaftlichen Ansatz verklammert werden, muss die Vorfrage geklärt werden, ob und wo es in diesem Rahmen Raum für steuerungswissenschaftliches Argumentieren gibt. Unter diesem Blickwinkel gilt es Grundfragen der Verwaltungsrechtslehre zum Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, zur Gesetzesbindung und zum Verfahren erneut zu thematisieren.

1. Rechtsverwirklichung durch Rechtsanwendung und Rechtserzeugung

a) Relativität von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung

(19) Ohne dass damit theoretische Gesamtkonzepte übernommen werden müssten, lässt sich festhalten, dass Rechtsverwirklichung (Rechtsgewinnung) grundsätzlich aus Rechtsanwendung und Rechtserzeugung besteht.

b) Arbeitsteilige Anwendung und Erzeugung von Recht

(20) Rechtsverwirklichung ist ein arbeitsteiliger Prozess, in dem neben dem Gesetzgeber auch Verwaltung, Gerichte und unter Umständen nicht staatliche Akteure als normativ angeleitete Baumeister tätig sind.

(21) Dass die exekutive und die judikative Rechtserzeugung eine Selbstverständlichkeit sind, ermöglicht und erleichtert die hier postulierte Zusammenschau von klassischer Methode und steuerungswissenschaftlicher Perspektive. Während sich der rechtsanwendende Teil der Rechtsverwirklichung an der rechtsaktbezogenen Perspektive orientiert, kann der rechtserzeugende Teil an einer – steuerungswissenschaftlich angeleiteten – verhaltensbezogenen Betrachtungsweise ausgerichtet werden.

(22) Der steuerungswissenschaftliche Ansatz sollte gezielt auch die dritte Gewalt in den Blick nehmen. Die (faktischen) Steuerungswirkungen des Richterrechts sind zu offensichtlich, als dass sie vernachlässigt werden könnten. Auch auf Gerichtsebene spielt nicht nur die Kontroll-, sondern auch die Handlungsperspektive eine entscheidende Rolle.

c) Normative Verteilung der Rechtserzeugung

(23) In welchem Umfang Rechtserzeugung arbeitsteilig von den einzelnen staatlichen Gewalten und im Verhältnis von staatlichen und privaten Akteuren wahrgenommen wird, hängt grundsätzlich von der normativen Verteilung ab.

(24) Innerhalb des arbeitsteiligen Rechtserzeugungsprozesses muss ein Bereich formuliert werden, der dem (formellen) Parlamentsgesetzgeber vorbehalten bleibt. Die Konkretisierung dieses Vorbehalts wird sich allerdings kaum sinnvoll an der Kategorie der Wesentlichkeit festmachen lassen. Entscheidend muss sein, wer funktional, organisatorisch und von der Ausgestaltung des Verfahrens her am besten geeignet ist, bestimmte Normen zu setzen und damit Recht zu erzeugen.

2. Reichweite der Gesetzesbindung im Prozess der Rechtsverwirklichung

a) Fortbestehende Scharnierfunktion der Gesetzesbindung

(25) Der als Gesetzesbindung fassbare Begründungszusammenhang zu den anwendbaren Normen muss bei einer Zusammenschau von klassischer und steuerungswissenschaftlich ausgerichteter Verwaltungsrechtswissenschaft der zentrale Bezugspunkt sein.

(26) Soweit die Gesetzesbindung reicht, muss ihr durch Rechtsanwendung – insbesondere Rechtsauslegung – nach klassischem rechtsaktbezogenen Methodenverständnis Rechnung getragen werden. Wo die Gesetzesbindung und damit der Bereich der Rechtsanwendung enden, beginnt der rechtserzeugende Teil der Rechtsverwirklichung (Rechtserzeugungsraum). Hier ist Platz für steuerungswissenschaftliche Überlegungen.

b) Graduelle Abschichtung der normativen Bindungsdichte

(27) Die Rechtsordnung weist über Ermessensermächtigungen und Beurteilungsspielräume hinaus unzählige Abstufungen und Relativierungen der gesetzlichen Bindungsdichte auf, die es rechtfertigen, von einer Gradualisierung der Gesetzesbindung zu sprechen. Soweit diese graduelle Abschichtung zu Unsicherheiten der Entscheidungsfindung und der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung führt, macht diese eine gesetzliche Bindung unmöglich und eröffnet Raum für Rechtserzeugung.

(28) Rechtserzeugungsräume können sich aus höchst unterschiedlichen Quellen speisen. Wird das Modell der Gesetzesbindung nicht grundlegend in Frage gestellt, muss es Aufgabe und ureigenes Interesse der steuerungswissenschaftlichen Argumentation sein, diese jenseits der Gesetzesbindung liegenden unterschiedlichen Spielräume, Unsicherheiten und Bereiche der Gestaltungsfreiheit klar auszuweisen und nach Möglichkeit zu typisieren.

c) Methoden und Maßstäbe jenseits der Gesetzesbindung

(29) Jenseits der Gesetzesbindung richtet sich der steuerungswissenschaftliche Blick auf normative Orientierungen des Verwaltungshandelns in einem über die Rechtmäßigkeit hinausgehenden, auf Richtigkeit zielenden Sinne. Geht es darum, traditionelles Verständnis und steuerungsorientierte Perspektive zu verklammern, liegt hier einer der größten Problempunkte.

(30) Im Vordergrund steht die Entwicklung von Strategien für die Verwaltung und die Gerichte, wie – angesichts einer Vielfalt möglicher Kriterien für die Richtigkeit von Entscheidungen – mit dem rechtserzeugenden Teil der Rechtsverwirklichung umzugehen ist. Eine Rechtserzeugungsmethodik könnte – nach Rechtserzeugungsräumen typisierend – verschiedene Pfade und Strategien der Rechtserzeugung entwickeln.

(31) Eine Einhegung der Rechtserzeugungsräume durch Normativierung der nicht-rechtlichen Maßstäbe ist insoweit sinnvoll und systemadäquat, als es sich um eine begrenzte methodische Anleitung handelt, wie mit dem rechtserzeugenden Teil der Rechtsgewinnung umzugehen ist, flankiert durch eine differenzierende Dogmatik der unterschiedlichen Rechtserzeugungsspielräume.

d) Reduzierte normative Bindungsdichte und Interdisziplinarität

(32) Eine reduzierte Bindungsdichte gesetzlicher Vorgaben bei gleichzeitig steigender Tendenz zu rechtsnormativer Ausrichtung der Rechtsverwirklichung auf bestimmte Zwecke drängt die Verwaltungsrechtswissenschaft in die Interdisziplinarität.

(33) Für die Rechtswissenschaft kann der Rückgriff auf die Sozialwissenschaften einen Legitimitätsvorsprung gerade auch im Verhältnis zur Rechtsanwendungspraxis mit sich bringen. Eine der wichtigsten Funktionen der Verwaltungsrechtswissenschaft wird darin bestehen, die Erträge sozialwissenschaftlicher Forschungen durch Austausch mit den anderen Disziplinen für das Recht – insbesondere auch für Verwaltung und Gerichte – nutzbar zu machen.

3. Rechtsverwirklichung durch Verfahren und Organisation

a) Prozeduralisierungsstrategien und Bedeutung des Verfahrens

(34) Prozeduralisierungsstrategien sollen Bindung in einem Bereich schaffen, der sonst – rechtsnormativ gedacht – bindungslos wäre. Hegen Verfahrensvorgaben den Prozess der Rechtserzeugung ein, gewinnt das Verfahren einen Eigenwert.

b) Normative Verfahrensgewichtung

(35) Als Ausgangspunkt für eine normative Verfahrensgewichtung lässt sich die Grundaussage treffen: Je bedeutender der Rechtserzeugungsanteil an einer Entscheidung ausfällt, umso größer ist der Eigenwert des Verfahrens.

c) Verhältnis von formellem und materiellem Recht

(36) Ein Eigenwert des Verfahrens bei der Rechtserzeugung muss sich in der Bedeutung der Verfahrensregelungen und einer entsprechenden Ausdifferenzierung der Regelungen zu den Verfahrensfehlerfolgen niederschlagen. Als Kompensation für die größere Beachtlichkeit der Verfahrensanforderungen muss darauf geachtet werden, dass dann die Sachentscheidung von den Gerichten nicht (mehr) in vollem Umfang überprüft wird.

*V. Ausrichtung der Fortentwicklungstendenzen auf
Rechtsverwirklichung im europäischen Kontext*

(37) Die Verknüpfung von rechtsaktbezogenem und steuerungsorientiertem Ansatz ist nicht nur möglich, sondern auch angezeigt, wenn mit Blick auf den erreichten Grad an Europäisierung nicht zu introvertiert agiert werden soll.

(38) Es spricht viel dafür, dass ein Verwaltungsrechtsverständnis, dass die rechtsaktbezogene und die verhaltensbezogene Perspektive verbindet, die unvermeidlichen, europäisch und international bedingten Anpassungsleistungen leichter und in einem fruchtbareren Austauschprozess wird erbringen können als ein methodisch, dogmatisch und systematisch stark abgeschottetes Konzept.

VI. Fazit

(39) Werden die Eigenständigkeit des klassischen dogmatischen Ansatzes, die Notwendigkeit einer steuerungswissenschaftlich orientierten verhaltensbezogenen Perspektive und die Fruchtbarkeit eines interdisziplinären Dialogs gleichermaßen anerkannt, lassen sich Verknüpfungen und Verklammerungen finden, die die jeweiligen perspektivischen Vorteile nutzen und die Nachteile reduzieren.

Dritter Beratungsgegenstand:

**Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen
Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch**

2. Bericht von Professor Dr. *Martin Eifert*, Gießen *

Inhalt

	Seite
I. Einleitung	288
II. Das Verwaltungsrecht und die wissenschaftlichen Zugriffe	289
1. Rechtsaktbezogene Perspektive der Juristischen Methode	289
2. Steuerungswissenschaftlicher Ansatz	293
III. Die Ansätze vor dem Hintergrund rechtswissenschaftlicher Selbstbeschreibung	300
1. Keine konzeptionelle Verkopplung mit der „Methodenlehre“	300
2. Dogmatik als gemeinsame Aufgabe bei unterschiedlichen Schwerpunkten	302
a) Aufmerksamkeitsverteilung	302
b) Umgang mit Gestaltungsspielräumen	303
c) Abstraktionsgrad der Systembildung	305
3. Theorie als Reflexion	307
4. Rechtsgestaltung als wissenschaftliche Aufgabe?	311
5. Zwischenfazit: Zur Rolle der Verwaltungsrechtswissenschaft	313
IV. Produktives Zusammenspiel der Ansätze	314
1. Notwendige Ergänzungen	314
a) Die steuerungswissenschaftliche Sensibilisierung klassischer Dogmatik	314
b) Die Formgebung der Juristischen Methode als Element der Steuerung	317

* Der vorliegende Text stimmt mit dem in Freiburg i.Br. gehaltenen Referat überein. Für kritische Diskussionen und Anregungen danke ich besonders *C. Bumke* sowie *G. Britz*, *W. Hoffmann-Riem*, *E. Schmidt-Aßmann* und *A. Voßkuhle*.

2. Wechselspiel	319
a) Konzeptionelle Rechtsentwicklung	320
b) Rechtliche Disziplinierung politischer Dynamik	323
3. Perspektivenergänzung durch Reformulierung	324
4. Erweiterung des Blicks und des Feldes der Dogmatik: Information, Kommunikation, Wissen	325
V. Fazit	329

I. Einleitung

Verwaltungsrechtswissenschaft muss methodisch vorgehen, wenn sie Wissenschaft sein will.¹ Die Frage ist aber, wie ihre geordneten Regeln zum Erkenntnisgewinn aussehen.

Verwaltungsrechtswissenschaft muss systematisch sein.² Die Frage ist aber, was sie systematisiert und wie sie es systematisiert.

Verwaltungsrechtswissenschaft muss dabei eine Dogmatik entwickeln, wenn sie lehrbar und praktisch relevant sein will.³ Die Frage ist aber, welchen Bereichen ihre dogmatische Aufmerksamkeit gilt und welche Begriffe sie entwickelt.

Verwaltungsrechtsdogmatik muss sich reflektieren können, will sie anpassungsfähig bleiben.⁴ Die Frage ist aber, vor dem Hintergrund welcher Aufgabe sie ihre Aussagen und Konstruktionen hinterfragt.

Allen vier Fragen möchte ich im Weiteren nachgehen. Es wird sich zeigen, dass es hinsichtlich der beiden gleich näher zu beschreibenden und hier gedanklich getrennten Arbeitsweisen um ein produktives Miteinander und nicht um Ausschließlichkeitsansprüche geht.⁵ Es geht um die Erweiterung der überkommenen Arbeitsweise.

¹ Vgl. *A. Voßkuhle* in: Bauer/Czybulka/Kahl/ders. (Hrsg.) *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, 171 (172f.); auch *W. Bock* *Rechtstheorie* 36 (2005), 449 (462ff.). Dies ist ungeachtet aller Streite in der Wissenschaftstheorie eine notwendige Bedingung wissenschaftlichen Arbeitens (siehe zu den wissenschaftstheoretischen Ansätzen nur *A. F. Chalmers* *Wege der Wissenschaft*, 6. Aufl. 2007); zum umfangreichen Streit über den Charakter der Rechtswissenschaft als Wissenschaft nur *A. Kaufmann* *ARSP* 72 (1986), 425ff.

² Schon „klassisch“ ist die Formulierung von *H. J. Wolff* „Rechtswissenschaft zumindest ist systematisch oder sie ist nicht!“ (*STUDIUM GENERALE*, 1952, 195 [205]); ausführlich zum Systemgedanken *C. Bumke* *Relative Rechtswidrigkeit*, 2004, 23 ff. und zur Systembildung im Verwaltungsrecht *E. Schmidt-Aßmann* *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2006, 1. Kap. Rn. 1 ff.

³ Vgl. zu diesen Funktionen der Dogmatik nur *H. Hofmann* *FS Roellecke*, 1997, 117 (121f.); *R. Alexy* *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl. 1996, 307ff.; *N. Luhmann* *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, 16.

⁴ Die Reflexion wird hierbei meist der Theorie zugeordnet (vgl. nur *M. Morlok* *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie*, 1988, 128ff., 156ff.); näher zu den Bezugspunkten notwendiger Reflexion *ders.* *DV, Beiheft 7*, 2007, 49 (50f.); als Anwendungsbeispiel aus dem Verwaltungsrecht nur *H. Rossen* *Vollzug und Verhandlung*, 1999; siehe auch näher unten bei Fn. 97 ff.

⁵ Die Notwendigkeit einer Verbindung betonend *C. Bumke* in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.) *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 73 (107, 127); *F. Schoch* *DV, Beiheft 7*, 2007, 177 (209f.). Ihre Produktivität betont auch etwa *J. Masing* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.) *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2006, § 7 Rn. 15 ff.

II. Das Verwaltungsrecht und die wissenschaftlichen Zugriffe

Die disziplinäre Identität der Verwaltungsrechtswissenschaft ist latent instabil. Ihren traditionellen Bezugspunkt⁶ bildet die „Juristische Methode“, deren Siegeszug allerdings beständig von gewichtigen kritischen Stimmen begleitet war.⁷ In den letzten gut 20 Jahren hat diese Begleitmusik mit dem steuerungswissenschaftlichen Ansatz⁸ ein alternatives Grundthema gefunden. Hierdurch wurde der Umgang der Verwaltungsrechtswissenschaft mit dem Verwaltungsrecht nachhaltig herausgefordert⁹ und das Bedürfnis nach Selbstvergewisserung aktualisiert.¹⁰

1. Rechtsaktbezogene Perspektive der Juristischen Methode

Die seit den Anfängen einer eigenständigen Verwaltungsrechtswissenschaft verwendete und insofern „klassische“ Beschreibung des Verwal-

⁶ Siehe nur *H. Dreier* in: *Walter* (Hrsg.) *Adolf J. Merkl – Werk und Wirksamkeit*, 1990, 55 (59 ff.).

⁷ Nachgezeichnet bei *W. Meyer-Hesemann* *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981, 15 ff.; siehe auch *M. Stolleis* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Fn. 5), § 2 Rn. 47 ff.; *ders.* *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. II, 1992, 394 ff.

⁸ Den Kristallisationspunkt dieses Ansatzes bilden die Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts, deren 10 Bände von *W. Hoffmann-Riem* und *E. Schmidt-Aßmann* herausgegeben wurden; zur Entwicklung *W. Hoffmann-Riem* *JZ* 2007, 645 ff.

⁹ Grundlegend dazu *C. Bumke* in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Fn. 5), 73 (75 ff.); *A. Voßkuhle* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders.* (Fn. 5) § 1 Rn. 2 ff.; prägnant den steuerungswissenschaftlichen Ansatz zusammenfassend *A. Voßkuhle* *DV* 32 (1999), 545 (546 ff.); zur gegenüberstellenden Diskussion nur die Beiträge von *W. Hoffmann-Riem* *DV*, Beiheft 2, 1999, 83 ff.; *G. F. Schuppert* *DV*, Beiheft 2, 1999, 103 ff.; *W. Krebs* *DV*, Beiheft 2, 1999, 127 ff.; *F. Schoch* *DV*, Beiheft 7, 2007, 177 ff. Ein „Richtungstreit“ war zuvor auch bereits für die Orientierung der Dogmatik an Handlungsformen oder Rechtsverhältnissen apostrophiert worden (*H. Bauer* *DV* 25 [1992], 301 [306 ff.]), doch hat diese Ausdifferenzierung das Verwaltungsrecht doch weniger tief betroffen und das Selbstverständnis der Disziplin weniger erschüttert.

¹⁰ Siehe nur die folgenden jüngeren Tagungen und ihre Dokumentationen: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Fn. 5); *H. Schulze-Fielitz* (Hrsg.) *Die Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, *DV*, Beiheft 7, 2007; *C. Engel/W. Schön* (Hrsg.) *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007; vgl. auch *R. Stober* *FS Bartlspurger*, 2006, 599 ff.; die lange bestehende verbreitete Wahrnehmung eines letztlich geringen Bedarfs an einer Methodendiskussion der Verwaltungsrechtswissenschaft illustriert *E. V. Heyen* *Der Staat* 22 (1983), 21 (26 f.).

tungsrechts ist die „Juristische Methode“¹¹. Sie bildet bis heute¹² die Chiffre einer nicht fest umrissenen, aber durch bestimmte, historisch verfestigte Merkmale charakterisierten¹³ Arbeitsweise. Die „Juristische Methode“ ist rechtsaktbezogen.¹⁴ Sie selektierte die Rechtsakte aus dem vielgestaltigen Verwaltungshandeln¹⁵ und brachte diese abstrahierend auf Begriffe und in eine Ordnung von typisierten Handlungsformen.¹⁶ Entsprechend der angestrebten rechtsstaatlichen Disziplinierung der Verwaltung¹⁷ blickt sie von außen, von den betroffenen Rechtspositionen her begrenzend¹⁸ auf die Verwaltung. Als Ziel ist der Rechtsschutz

¹¹ Zur Herausbildung vor allem *Meyer-Hesemann* Methodenwandel (Fn. 7), 15 ff.; knapp auch *H.-J. Feist* Die Entstehung der Rechtswissenschaft als Rechtsdisziplin, 1968, 155 ff. Ein deutlich offeneres Verständnis der Methode als nachfolgend gezeichnet, weil den Begriff als „Chiffre für einen Methodenkanon“ nutzend, findet sich bei *W. Krebs* in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 5), 209 (213 ff.), der sie letztlich nur noch als „systematische Durchdringung des Rechtsstoffes“ (217) charakterisiert. Damit verliert der Begriff aber zugleich seine Trennschärfe.

¹² Die fortbestehende Bedeutung wird von *D. Ehlers* in: Erichsen/ders. (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 3 Rn. 90 prägnant betont: „An der juristischen Methode führt auch heute kein Weg vorbei“. Als „überlieferte verwaltungsrechtliche Dogmatik“ bei allen kritischen Zwischentönen auch eingestuft bei *H. Bauer* DV 25 (1992), 301 (302 ff.). Die prägende Kraft der tradierten Handlungsformenlehre auch für die Zwischenbilanzen der Verwaltungsrechtsdogmatik von *O. Bachof* und *W. Brohm* Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 193 ff. bzw. 245 ff. zeigt *C. Bumke* in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 5), 73 (96 f.) auf.

¹³ Vgl. dazu auch *A. Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Fn. 5), § 1 Rn. 3 ff.

¹⁴ *Bumke* Rechtswidrigkeit (Fn. 2), 257 f.; ders. in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 5), 73 (75 ff.).

¹⁵ Zu dieser sich schon vor *O. Mayers* Allgemeinem Verwaltungsrecht verbreitenden Kernforderung der Ausblendung der Zwecke nur *Feist* Rechtsdisziplin (Fn. 11), 172 ff.

¹⁶ Siehe näher *Meyer-Hesemann* Methodenwandel (Fn. 7), 20 ff.; auch *P. Badura* Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966, 10 f.

¹⁷ Siehe nur *T. Groß* DV, Beiheft 2, 1999, 57 (63); *J. Masing* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 5), § 7 Rn. 2. Selbstverständlich wird mit der Bindung an das Gesetz auch zugleich eine demokratische Komponente verwirklicht, im Vordergrund steht hier aber auch bei der Gesetzesbindung die Begrenzung der Verwaltung.

¹⁸ Besonders klar in kritischer, aber letztlich nicht verwerfender Perspektive *E. Forsthoff* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl. 1973, 3; aus der Innensicht entspricht dem das Verständnis der Verwaltung als gesetzgebundener Rechtsverwirklichung und nicht als Zweckverfolgung (so die Darstellung von *Badura* Verwaltungsrecht [Fn. 16], 8 f.).

angelegt und als Gesprächspartner¹⁹ sind die mit gleicher Perspektive versehenen Gerichte vorgezeichnet.²⁰

Während die grundlegenden Kategorisierungen durch Otto Mayer noch vor allem deduktiv und ohne feste Vorgaben des positiven Rechts vorgenommen werden konnten,²¹ verlagerte sich der Schwerpunkt mit der zunehmenden Positivierung des Verwaltungsrechts immer stärker zur Systematisierung und Auslegung des anwachsenden Normbestandes. Die wissenschaftliche Relevanzstruktur bilden vor allem Fragen dogmatischer Konstruktion. Im Zuge der Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts²² unter dem Grundgesetz gab es dabei zunächst noch eindeutige übergeordnete Bezugspunkte.²³ Mit der zunehmenden verfassungsrechtlichen Abbildung der Multipolarität und der damit verbundenen Betonung gesetzgeberischer Gestaltungsspielräume verloren diese Anknüpfungen allerdings ihre Eindeutigkeit.²⁴ Alle Verwaltungs-

¹⁹ Die Anteile in diesem Gespräch sind freilich nach verbreiteter Ansicht ungleich verteilt, wobei der Rechtsprechung hier regelmäßig die Vorreiterrolle zugewiesen wird (vgl. nur *R. Wahl*/Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, 39 f.; differenzierte Aufarbeitung des Gesprächs zwischen Verwaltungsrechtswissenschaft insgesamt und BVerwG bei *H. Schulze-Fielitz* DV 36 [2003], 421 ff.; *ders.* FG 50 Jahre BVerwG, 2003, 1061 ff.). Dies kann nicht verwundern, weil nach der grundlegenden Systembildung die Fragen oft einen Detaillierungsgrad erreicht haben, der sich wissenschaftlich im Rahmen der Juristischen Methode oft nur spekulativ vorarbeiten ließe.

²⁰ Siehe zur Herausbildung *C. Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. III, 2008 (im Erscheinen), § 36 Rn 7 ff.

²¹ Vgl. nur *A. Hueber* Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, 1981, 29 ff.

²² Siehe näher *G. F. Schuppert/C. Bumke* Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, 16 f. und passim; *Wahl* Herausforderungen (Fn. 19), 35 ff.

²³ Die verfassungsangeleitete Durchdringung wurde hinsichtlich der subjektiven Rechte in den Grundrechten und hinsichtlich des Verfahrens (siehe vor allem *F. O. Kopp* Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahren, 1971) im Rechtsstaatsprinzip verankert.

²⁴ Die Kodifikation des Verfahrens in den Verwaltungsverfahrensgesetzen und seine fachgesetzlichen Modifikationen verdeutlichten die primär gesetzgeberische Ausgestaltung hinsichtlich der formellen Anforderungen und insbesondere der Rechtsfolgen der dogmatisch verfestigten Handlungsformen. Im Ergebnis wurden die meisten verwaltungsrechtlichen Entwicklungen zwar verfassungsrechtlich problematisiert, aber letztlich doch nicht für verfassungswidrig erklärt (siehe nur stellvertretend die Entwicklung der Fehlerfolgenregime für Verfahrensfehler [dazu nur die Nachweise in Fn. 117] und Satzungen [dazu nur *F. Hufen* Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. 2002, Rn. 446 ff.]; allgemein: *C. Möllers* VerwArch. 90 [1999], 187 [190 ff., 195 f.]; zum weiten Gestaltungsspielraum auch *K. Lange* VerwArch. 82 [1991] 1 [11]). Erhebliche Gestal-

rechtsentwicklungen sind verfassungsrechtlich thematisierbar, immer weniger verwaltungsrechtliche Fragen aber verfassungsrechtlich entscheidbar.²⁵ Die begriffliche Kategorienbildung verliert im gesetzgeberisch gestaltbaren, positivierten Verwaltungsrecht ihre Bezugspunkte.²⁶

Es bleiben aber sicherlich nachhaltige und unverzichtbare Leistungen: der Ansatz der rechtlichen Disziplinierung von Herrschaft durch Formgebung, die daran anschließende Ausarbeitung eines letztlich recht stabilen Kanons an Handlungsformen²⁷ als zentraler Ordnungskategorie, die Konturierung des Bürgerstatus über die subjektiven Rechte sowie das identitätsprägende methodische Bewusstsein um den normativen Charakter der Verwaltungsrechtswissenschaft.

Die hohe Selektivität der Methode erlaubt eine klare Systembildung. Ihr Preis liegt jedoch in der Verengung des Blicks auf den Rechtsakt und seine Folgen für den Adressaten.²⁸ Schon eine Multipolarität der Entscheidung, erst recht aber deren Entstehungsvoraussetzungen finden hier nur nach Maßgabe subjektiver Rechte zwanglos Eingang.²⁹ Und die

tungsspielräume ergeben sich notwendig schon daraus, dass die Verfassungsvorgaben regelmäßig nur Erfolge verbieten und deshalb keine Ableitung konkreter Verhaltenspflichten ermöglichen (siehe näher *Bumke* Rechtswidrigkeit [Fn. 2], 18f.). Gerade die Diskussion um den Grundrechtsschutz durch Verfahren hat hier verdeutlicht, wie eng der Bereich eindeutiger Verfassungsvorgaben ist (dazu nur jüngst die Bilanz von *E. Schmidt-Aßmann* Liber amicorum Erichsen, 2004, 207ff.).

²⁵ Vgl. nur *T. Würtenberger* Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 (1999), 139 (170); *C. Möllers* VerwArch. 90 (1999), 187 (195f.).

²⁶ Mit anderer Begründungslinie, aber im Ergebnis ähnlich *C. Engel* in: ders./Schön (Fn. 10), 205 (228f.).

²⁷ Trotz aller tiefgreifenden Veränderungen in Staat und Gesellschaft sind die Handlungsformen, hier verstanden als die Rechtsformen des Handelns, weitgehend stabil geblieben. Als neue Handlungsform konnte sich allein die normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift vorsichtig etablieren. Einen umfassenden Reformbedarf indizierenden breiten Zuwachs von Handlungsformen „sui generis“ sucht man vergebens. Zuordnungsprobleme ergeben sich im Wesentlichen nur hinsichtlich einzelner europarechtlich induzierter Rechtsformen (siehe z.B. VG München NVwZ 2005, 1219f. zur Luftreinhalteplanung und unten Fn. 92), planerischer Entscheidungen (vgl. nur *W. Brohm* Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. 2002, § 37 Rn. 12, 15, 25) und im sachstrukturell eigenartigen Bereich des Sozialrechts (vgl. näher *P. Axer* Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, 22ff.). Allerdings ist die Stabilität auch stark der Breite der Kategorie der Verwaltungsvorschriften und der Auffangkategorie „Schlichtes Verwaltungshandeln“ geschuldet, die beide zukünftig weitere Ausdifferenzierungen erfahren dürften.

²⁸ Diese Verengung wird bereits seit Jahrzehnten kritisiert, siehe etwa bereits *Bachof* Dogmatik (Fn. 12), 216, 231, der ansonsten in seiner Kritik der überkommenen Dogmatik eher behutsam war.

²⁹ Siehe zur Erfassung der multipolaren Konstellationen für den Ausschnitt der subjektiven Rechte im weiterreichenden „objektiv-rechtlichen Ordnungsgefüge“

zeitliche Dimension des Verwaltungshandelns kommt nur in Form der Veränderung bestehender Rechtsakte in den Blick.³⁰

Mit der zunehmenden Bedeutung der teleologischen Auslegung hielt über den Verwaltungszweck auch ein Bezug zur Verwaltungsaufgabe breiten Einzug in das traditionelle verwaltungsrechtswissenschaftliche Arbeiten. Er wurde aber konzeptionell nicht näher verarbeitet³¹ und blieb damit im Wesentlichen auf die teleologische Auslegung von Normen beschränkt.

2. Steuerungswissenschaftlicher Ansatz

Beim steuerungswissenschaftlichen Ansatz³² rückt der Bewirkungsauftrag des Rechts im modernen Staat³³ in den Vordergrund. Die sach-

M. Schmidt-Preuß Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, 20 ff., 714 f.

³⁰ Zu diesen Defiziten einer rechtsaktbezogenen Perspektive nur W. Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Abmann/Schuppert (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, 115 (121 ff.); D. Ehlers DVBl. 1986, 912 (914 f.); M. Schulte Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, 192 ff. Die Lehre vom Rechtsverhältnis versuchte hier zwar gerade auch die ausgeblendeten Dimensionen von Multipolarität und Zeitlichkeit mit einer allgemeinen Figur wieder einzufangen, verdeutlichte aber im Ergebnis eher diese Defizite als sie einer generellen Lösung zuführen zu können (siehe zur Rechtsverhältnislehre N. Achterberg Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, 1982 und die behutsame Einordnung als Komplementäransatz zur Handlungsformenlehre bei H. Bauer DV 25 [1992], 302 [308 ff.] und R. Gröschner DV 30 [1997], 301 ff.; kritisch zu ihrem Ertrag nur J. Pietzcker DV 30 [1997], 281 ff.; J. Masing in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle [Fn. 5], § 7 Rn. 120 ff.; C. Bumke in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem [Fn. 5], 73, [102]; das Rechtsverhältnis als normativen Rahmen für die steuerungstheoretische Figur der Regelungsstruktur betont zwar H.-H. Trute DVBl. 1996, 950 [951 f.], benötigt sie aber in keiner Weise für seine konkreten Folgerungen). Insofern ist die Verbindung zur Steuerungstheorie letztlich weniger bedeutsam (diese betonend aber R. Schröder Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, 208 f.).

³¹ Im Ausgangspunkt ist der Juristischen Methode in der Nachfolge O. Mayers eigentlich eine begrifflich-systematische Betrachtung zu eigen, so dass die Öffnung für die Zwecke eine zentrale Perspektivenverschiebung bildet, die aber in ihrer Selbstbeschreibung nicht näher erhellt wird. Dies ist ein Zeichen für die mangelnde systematische Weiterentwicklung der Methode (allgemein dazu A. Hueber [Fn. 21], 163 f.).

³² Seine Selbstbeschreibung als „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ (A. Voßkuhle in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/ders. [Fn. 5], § 1) weist schon begrifflich die mehr als graduelle Verschiedenheit des Zugriffs aus. Dies befördert die Selbstreflexion der Verwaltungsrechtswissenschaft, wenn diese dabei nicht der Gefahr eines „Lagerdenkens“ erliegt.

³³ Zur Veränderung der Gesetzgebung von der Regelung allgemeiner grundlegender Fragen zur gezielten Steuerung gesellschaftlicher Entwicklungen im modernen Wohlfahrtsstaat siehe die Beiträge in D. Grimm (Hrsg.) Staatsaufgaben, 1994; Badura Verwal-

gerechte Aufgabenwahrnehmung³⁴ wird zum zentralen Ziel. „Steuerung“ meint hier „etwas zur Folge haben sollen“³⁵ und nimmt damit die zukunftsgerichtete und normativ eingebettete Perspektive von Gesetzgeber und Verwaltung auf.³⁶ Entsprechend steht die Funktion des Rechts als Verhaltensanleitung im Mittelpunkt³⁷ und wird dessen Vielgestaltigkeit vor allem nach Bewirkungsmodi oder Regulierungsformen systematisiert.³⁸ Dabei wird das gesamte objektive Recht in den Blick ge-

tungsrecht (Fn. 16), 7; G. Teubner in: Kübler (Hrsg.) Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1985, 289 ff.; aus kritischer Perspektive J. Habermas Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, 4. Aufl. 1987, 505 ff. Mit dem Verwaltungsrecht wurde zwar schon immer die Gesellschaft „gesteuert“ (zu recht kritisch gegenüber pauschalierenden Entgegensetzungen T. Vesting in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem [Fn. 5], 253 [290]), doch führte die Spezifität der Zwecke und die Ausrichtung auf einen konkreten positiven Zielzustand zu einer neuen Qualität.

³⁴ G. F. Schuppert in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Fn. 30), 65 (96, 108) (dort Sachgerechtigkeit neben anderen Zielwerten wie Effektivität, Legitimität, rechtsstaatlicher Geordnetheit, die später in der Reformdiskussion mehr als Unterpunkte des übergreifenden Topos verstanden wurden); prägnant zusammenfassend A. Voßkuhle DV 32 (1999), 545 (547 f.); damit wird die Rechtswissenschaft zumindest auch zur Entscheidungswissenschaft (W. Hoffmann-Riem DV, Beiheft 2, 1999, 83 [99]; näher entfaltet von A. Voßkuhle in: Bauer/Czybulka/Kahl/ders. [Fn. 1], 171 [188 ff.]; modifizierend G. F. Schuppert Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel [erscheint in AöR], Typoskript, 19).

³⁵ Die Formulierung entspricht Bumke Rechtswidrigkeit (Fn. 2), 264; ganz ähnlich W. Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2008 (im Erscheinen), § 33 Rn. 16, der unter Steuerung durch Recht die Aufgabenerfüllung „zur Erreichung normativ erwünschter Ziele und zur Vermeidung normativ unerwünschter Wirkungen“ versteht; die hier verwendete Formulierung baut hierauf auf und will mit dem „sollen“ neben der normativen Dimension zugleich die Beschränkung auf eine Wirkungserwartung hervorheben (zum Erfordernis einer normativen Perspektive bereits im Begriff der Steuerung näher C. Bumke in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem [Fn. 5], 73 [127 f.]).

³⁶ Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 2), 2. Kap. Rn. 46 (Rechtsarbeit der Exekutive), Rn. 48 (zur Methodenlehre).

³⁷ Zur Perspektive auf die Verhaltenssteuerung W. Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Aßmann/Schuppert (Fn. 30), 115 (122) mit der Kontrastierung gegenüber der Konzentration auf den punktuellen Abschluss des Verwaltungsvorgangs auf 132; weiterführend Bumke Rechtswidrigkeit (Fn. 2), 255 ff.; ders. in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 5), 73 (105 f.).

³⁸ Siehe zur entsprechend weiterhin zentralen Stellung des Gesetzes als Steuerungsinstrument G. F. Schuppert Verwaltungswissenschaft, 2000, 461 ff.; ders. in: ders. (Hrsg.) Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaats, 1998, 105 ff. Der Inhalt der gesetzlichen Regelungen verschiebt sich allerdings in vielen Bereichen von der materiellen Steuerung auf die Einrichtung prozeduraler Mechanismen. Wenn gegen die damit verbundene Zukunftsorientierung darauf verwiesen wird, dass das Recht die Vergangenheit privilegiere (siehe C. Möllers VerwArch. 93 [2002], 22 [25]), wird nicht hin-

nommen.³⁹ Die subjektiven Rechte werden nicht länger systematisch bevorzugt, sondern nur mit Blick auf die spezifische Möglichkeit gerichtlicher Durchsetzung hervorgehoben.⁴⁰ Bei der Verwaltung rückt deren Gestaltungsaufgabe verstärkt in den Blick.⁴¹

Die primären Gesprächspartner⁴² des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes sind damit die Verwaltung und die Rechtsetzer.⁴³ Gerichtet ist der Ansatz auf eine Anreicherung der juristischen Betrachtung durch die Integration insbesondere gesellschaftswissenschaftlich fundierter

reichend bedacht, dass diese Privilegierung auch Teil der traditionellen Perspektive auf das Verwaltungsrecht ist, die gerade in Frage gestellt wird.

³⁹ Siehe nur *W. Hoffmann-Riem* in: Schmidt-Aßmann/ders. (Fn. 5), 9 (26 ff.) mit dem ergänzenden Hinweis auf die Einbeziehung auch nicht-rechtlicher Faktoren. Die Betrachtung des gesamten objektiven Rechts wurde auch unabhängig vom steuerungswissenschaftlichen Ansatz gefordert (vgl. nur *H. Dreier* in: Walter (Fn. 6), 55 [83 ff.]), in ihm aber konzeptionell ausgeformt.

⁴⁰ Dies verschiebt etwas die Perspektive. Die Präklusion wird etwa nicht nur als Zielkonflikt aus Rechtssicherheit und Rechtsschutz fassbar, sondern durch den Blick auf die Bedeutung des Verfahrens für die Richtigkeit der Entscheidung und den mit ihr verbundenen Anreiz zur Beteiligung als Sicherung dieser Funktion ergänzt (vgl. schon *E. Schmidt-Aßmann* *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 34 [1976], 221 [245]). Zutreffend bemerkt *J. Masing* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 5), § 7 Rn. 13, dass die Freiheit des Einzelnen in dieser Perspektive „nicht Maßstab, sondern Gesichtspunkt“ sei. Die Einrichtung und Ausgestaltung subjektiver Rechtspositionen wird dadurch nur in einen anderen Kontext gestellt, in ihrer Bedeutung aber nicht geschmälert (vgl. nur *T. Vesting* DV, Beiheft 4, 2001, 21 ff.).

⁴¹ Frühe Betonung aber auch schon bei *U. Scheuner* DÖV 1969, 585 ff.; *Schmidt-Aßmann* *Verwaltungsverantwortung* [Fn. 40], 231 f. Die traditionelle Unterbelichtung dieses Feldes dürfte auch der überkommenen Politikferne des deutschen Verwaltungsverständnisses geschuldet sein (dazu näher *M. Fehling* *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe*, 2001, 141 ff.).

⁴² Für den steuerungswissenschaftlichen Ansatz besteht hierbei die Gefahr in einer zu affirmativen Einstellung gegenüber neuen Entwicklungen, die an die Stelle der Fixierung der „klassischen Dogmatik“ auf die Rechtsprechung tritt. Die ebenfalls gegebene Gefahr einer Vernachlässigung des Fallmaterials aus der Rechtsprechung als Informationsquelle kritisieren *C. Möllers* *VerwArch.* 93 (2002), 22 (56) und *F. Schoch* DV, Beiheft 7, 2007, 177 (203 ff.).

⁴³ Der aus der Perspektive der Gewaltenteilung fundamentale Unterschied der Gesprächspartner programmierender Gesetzgeber und Verwaltung relativiert sich zum einen angesichts der Bedeutung der nur schwach gesetzlich angeleiteten Verordnungsgebung und der Tatsache, dass die Initiative zur Gesetzgebung in der Staatspraxis ganz überwiegend von der Ministerialbürokratie ausgeht (*M. Reh binder* FS Ule, 1987, 283 [288 f. mzN]) und der Informationsaustausch zwischen regelmäßig vollziehender Landesverwaltung und der Bundesverwaltung intensiv ist (vgl. nur am Beispiel des Immissionsschutzrechts *H. Schulze-Fielitz* in: Klopfer [Hrsg.] *Umweltföderalismus*, 2002, 287 [293 ff.]).

Optionen⁴⁴ und Reflexionen.⁴⁵ Seine Methode besteht darin, das dogmatische Instrumentarium so auszubauen, dass dortige Einsichten in entscheidungserheblicher Weise eingebunden werden. Die primäre Relevanzstruktur bilden gesellschaftliche Problemlagen.⁴⁶

Das steuerungswissenschaftliche Verständnis des Verwaltungsrechts hat sich im Kontext der sozialwissenschaftlichen Diskussionen um die Steuerbarkeit der Gesellschaft entwickelt.⁴⁷ Es konnte zugleich aber an verschiedene rechtswissenschaftliche Entwicklungen anknüpfen.⁴⁸ Me-

⁴⁴ Vgl. frühzeitig, wenngleich entsprechend der damaligen Methodendiskussion vor allem rechtsprechungsorientiert zu einem dreistufigen Prozess rechtswissenschaftlicher Produktion, dessen erste Stufe die realwissenschaftliche Analyse und darauf fundierter Regelungsvorschläge ist, an die als zweite Stufe deren dogmatische Analyse ansetzt und als dritte Stufe die dogmatische Umsetzung von Regelungsvorschlägen und deren dogmatische Kontrolle tritt *J. Harenburg* Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, 1986, 363 ff., insbes. 368. Die Komplexität der Anknüpfung rechtlicher Steuerungsansprüche an verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse wird deutlich bei *A. Scherzberg* Liber amicorum Erichsen, 2004, 177 (194 ff.).

⁴⁵ Die Integration der Sozialwissenschaften ist aus mehreren Gründen notwendig: Die Wirkungsorientierung setzt Kenntnisse über die Wirklichkeit voraus, für die die Rechtswissenschaft keine eigenen Methoden bereithält. Aber auch die Kommunikation mit den „Gesprächspartnern“ Verwaltung und Gesetzgeber ist rechtlich und tatsächlich erheblich weniger dicht und institutionell gesichert als jene der „klassischen“ Dogmatik mit den Gerichten, so dass die Beschreibungen der Nachbarwissenschaften über jene auch eine Kompensation hierfür bildet.

⁴⁶ In der Folge sind die Leitthemen auch stärker von den politischen Leitvorstellungen und -bildern geprägt (siehe paradigmatisch die Themenfelder bei *A. Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. [Fn. 5], § 1 Rn. 41 f., 50 ff.).

⁴⁷ Vgl. nur die breiten Bezugnahmen darauf in den Beiträgen von *G. F. Schuppert* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Fn. 30), 65 ff. und *W. Hoffmann-Riem* ebd., 115 ff.; zum Bezug zu den sozialwissenschaftlichen Diskussionen, aber auch mit dem Hinweis auf bestehende ältere steuerungstheoretische Konzeptionen des Rechts ferner *H.-H. Trute* DV, Beiheft 2, 1999, 9 (15). Der steuerungswissenschaftliche Ansatz ist letztlich als rechtswissenschaftlicher Ansatz aber von den sozialwissenschaftlichen Ansätzen unabhängig, vgl. bereits *E. Schmidt-Aßmann* ebd., 11 (15) (sozialwissenschaftliche Erkenntnisse für die Reformüberlegungen als „Hintergrund“ bedeutsam).

⁴⁸ Die letztlich rechtswissenschaftliche Verankerung des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes, bei dem selbst der Zentralbegriff der Steuerung nie mit einem spezifischen sozialwissenschaftlichen Verständnis kurzgeschlossen war, entkoppelt ihn auch grundsätzlich von begrifflichen Verschiebungen in den Sozialwissenschaften ohne damit freilich die Verarbeitung neuer Erkenntnisse abzuschneiden. Die dortige Hinwendung zum Governance-Ansatz hat u. a. die Vorteile hoher internationaler Anschlussfähigkeit und der Erhellung struktureller und institutioneller Fragen unter starker Einbeziehung nicht-staatlicher Akteure und Handlungsformen (vgl. näher die Beiträge in *G. F. Schuppert* [Hrsg.] Governance-Forschung, 2005 und weiterführend *ders.* DV 40 [2007], 465 ff. sowie die rechtswissenschaftliche Perspektive bei *H.-H. Trute/W. Denkhauß/D. Kühlers* DV 37 [2004], 451 ff.). Die inhaltlichen Aspekte waren allerdings auch schon im steue-

thodisch hatte die teleologische Auslegung ein Denken in Gesetzgebungszwecken befördert. In der Grundrechtsdogmatik, insbesondere im Rundfunk⁴⁹ und Hochschulrecht⁵⁰, wurde die normative Bedeutung und das Steuerungspotential von Organisation und Verfahren herausgearbeitet.⁵¹ Und das vordringende Abwägungsparadigma bildet ein weitreichendes Beispiel für die Übersetzung gesellschaftlicher Problemlagen in die Dogmatik.⁵²

Die wirkungsbezogene Perspektive konnte sogar die beständige Kritik am mangelnden Aufgabenbezug der Juristischen Methode aufnehmen,⁵³ ohne in die staatswissenschaftliche Methode einer bloßen Beschreibung der realen Verwaltungstätigkeit zurückzufallen.

Drei Unterschiede gegenüber der staatswissenschaftlichen Methode sind insofern zentral: Die Sachangemessenheit der Aufgabenerfüllung bildet einen normativen, verfassungsrechtlich verschieden abgepannten Bezugspunkt,⁵⁴ der allen empirischen Elementen vorgegeben

runswissenschaftlichen Begriff der „Regelungsstrukturen“ (Mayntz) aufgehoben, wurden in der rechtswissenschaftlichen Analyse insbes. organisationsrechtlich auch aufgegriffen (vor allem durch H.-H. Trute Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994) und bringen für das letztlich akteursorientierte Verwaltungsrecht vor allem neue Einsichten in komplexe Wechselwirkungen, nicht aber paradigmatische Veränderungen. Der Ansatz wird deshalb hier begrifflich nicht aufgegriffen.

⁴⁹ Seit BVerfGE 12, 262 ff. ständig weiterentwickelte Linie des BVerfG.

⁵⁰ Vgl. nur die Referate von H. H. Rupp und W. K. Geck Die Stellung der Studenten in der Universität, VVDStRL 27 (1969), 113 ff. bzw. 143 ff.

⁵¹ Als Begrenzung der Übertragung von Verwaltungssagenden auf Private etwa fruchtbar gemacht bei F. Ossenbühl Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), 137 (165 f.).

⁵² Für das Verwaltungsrecht Schmidt-Aßmann Verwaltungsverantwortung (Fn. 40), 251 f.

⁵³ Siehe nur die Zusammenfassung der früheren Gegenstimmen und -tendenzen in Meyer-Hesemann (Fn. 7), 50, 59 ff., 74 ff., 78 ff und 82 ff.; für die jüngste Vergangenheit berichtete M. Stolleis in: Simon (Hrsg.) Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, 227 (250 f.) von einer seit den Referaten von O. Bachof und W. Brohm (Fn. 12) auf der Staatsrechtslehrertagung von 1971 bestehenden Einigkeit darüber, dass die Verwaltungszwecke stärker für die Strukturierung genutzt werden müssten.

⁵⁴ Hoffmann-Riem in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Fn. 30), 115 (133) weist auf die positiven Handlungsaufträge von Eignung, Abwäglichkeit und Vermeidung dysfunktionaler Nebenfolgen hin, die nur in der Gerichtskontrolle negativ formuliert werden; verfassungsrechtliche Ableitungen für Verwaltungsorganisation und -verfahren auch etwa bei T. v. Danwitz Der Staat 35 (1996), 329 (340 ff.); U. Di Fabio VerwArch. 81 (1990), 193 (210); T. Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, 199 ff. und negativ als Relevanz einer Durchsetzungsschwäche des Rechts bei K. Lange VerwArch. 82 (1991), 1 ff.; jetzt insgesamt näher A. Scherzberg in: Groß/Möllers/Röhl/Trute (Hrsg.) Herausforderungen an das allgemeine

ist.⁵⁵ Zum Zweiten werden die Aufgaben nicht primär mit Verwaltungsbereichen gleichgesetzt, sondern vor allem nach vergleichbaren, sachstrukturellen Problemlagen erfasst. Es geht etwa nicht um Arzneimittel-, Lebensmittel- oder Immissionsschutzrecht, nicht einmal um Umweltrecht im engen oder weiten Sinne, sondern um Risikorecht. Damit wird der permanente Bezug des Besonderen auf das Allgemeine ermöglicht und so dessen Erweiterung, nicht aber Auflösung betrieben. Und drittens geht es um das Verbindungselement von Aufgabe und Handlungsmöglichkeiten, also Instrumente in einem weiten Sinne.⁵⁶ Hier werden vor allem Handlungsformen, Verfahrens- und Organisationselemente gebündelt und auf die Problemlagen bezogen.⁵⁷ Dadurch werden der Entscheidung vorgelagerte Elemente und die zeitliche Dimension der

Verwaltungsrecht (im Erscheinen), Typoskript, 4f. mit Verweis auf das rechtsstaatliche Rationalitätsgebot und die Grundrechte.

⁵⁵ Nicht geteilt wird entsprechend die Einschätzung, dass der steuerungswissenschaftliche Ansatz eine „Präferenz für die sozialwissenschaftliche oder politikwissenschaftliche Methodenseite“ habe (so *Schröder Verwaltungsrechtsdogmatik* [Fn. 30], 191).

⁵⁶ Hier findet sich in der Sache eine deutliche Anknüpfung an die Perspektive von *H. Peters* Lehrbuch der Verwaltung, 1948, der in der Einleitung zu seinem Besonderen Teil im Abschnitt über die „Mittel zur Erreichung des behördlichen Ziels“ (235f.) eine erstaunlich modern anmutende Instrumentendarstellung vornimmt, die nicht nur mit dem Hinweis eingeleitet wird, „dass sich der geschickte Verwaltungsbeamte [...] oft in erster Linie anderer, nicht minder wirksamer Mittel als des Rechts bedient und erst bei deren Versagen zu den Hilfsmitteln der Rechtsordnung greift“, sondern anschließend auch mit der „psychologisch richtigen Behandlung des Bürgers“, „Belehrung und Propaganda“ und „Raterteilung und Mahnungen“ bereits zentrale Fallgruppen der Verwaltungskommunikation herausstellt, die mit dem informellen und informierenden Verwaltungshandeln sowie dem Verfahren als Kommunikationszusammenhang heute zentrale Kategorien modernen Verwaltungsverständnisses sind. *W. Jellinek* strukturierte sogar den Besonderen Teil des Verwaltungsrechts zumindest partiell nach Typen der Aufgabenwahrnehmung, die sich vorrangig auf Organisationsformen beziehen (*W. Jellinek Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 1931, 352ff., insbes. 500ff., 524ff.).

⁵⁷ Allgemein *G. F. Schuppert* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Fn. 30), 65 (97, 111ff.); *W. Hoffmann-Riem* ebd., 115 (123). Beispielsweise geht es bei der Steuerung von Privaten also um vertrags- und organisationsbezogene Mechanismen. Zur Bündelungsfunktion der Steuerungsperspektive etwa *H. Schulze-Fielitz* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 5), § 12 Rn. 6. Die Bündelung kommt sprachlich in Begriffen wie „Steuerungskonzept“ (Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, DV, Beiheft 4, 2001) oder „Regulierungsstrategien“ (*M. Eifert* Regulierungsstrategien in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Fn. 5], § 19) zum Ausdruck. Zur Verlagerung des Interesses der Rechtswissenschaft von der einzelfallorientierten Dogmenbildung auf eine strukturelle Ebene *H.-H. Trute* DV, Beiheft 2, 1999, 9 (11, 13, 18).

Aufgabenerfüllung umfasst.⁵⁸ Und wie schon die Beschreibung der Problemlage wird deren instrumentelle Bearbeitung ständig von der Frage nach Übertragbarkeit und Verallgemeinerbarkeit geprägt.⁵⁹

Der steuerungswissenschaftliche Zugriff kombiniert dabei induktives Vorgehen mit theoretischer Reflexion. Entwicklungen und Erfahrungen der Praxis werden aufgegriffen, unter Heranziehung technischer, gesellschafts- und wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse auf ihre Angemessenheit zur Problemlösung reflektiert und zu Bauelementen geformt, deren Bedeutung dann über die konkreten gesetzgeberischen Ausprägungen hinausgehen soll. Die Verknüpfungen und Verfestigungen folgen dabei nicht einer festen Leitidee, sondern Heuristiken wie der „regulierten Selbstregulierung“, die solche Bündelungen auf den Begriff bringen. Breite und Dynamik der Positivierung des Verwaltungsrechts werden bei diesem Vorgehen nicht zum bedrohlichen Moment,⁶⁰ sondern zum Anstoß für umsichtige Fortbildungen des verwaltungsrechtlichen Systems.⁶¹ Dabei werden spezifische Felder des besonderen Verwaltungsrechts als Referenzgebiete genutzt.⁶²

⁵⁸ Dabei geht es nicht nur um den Wechsel von einer rechtsaktbezogenen Erwartungssicherung auf eine zukunftsgerichtete Verhaltensteuerung, sondern vor allem auch um die Hereinnahme der zeitlichen Dimension des Verhaltens und damit die Verstärkung der zeitlichen Komponente im Recht selbst. Auch schon vor der Konzipierung des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes ermöglichte die Betonung des Verfahrens Ansatzes zur Einbeziehung der Zeitdimension, vgl. R. Scholz *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 34 (1976), 145 (172 f.).

⁵⁹ Methodisch zentral für dieses Vorgehen ist das Arbeiten in „Referenzgebieten“, E. Schmidt-Aßmann in: Hoffmann-Riem/ders./Schuppert (Fn. 30), 11 (14 ff.); siehe als ein Beispiel der Übertragung die Strukturierung des Informationsrechts nach den Leitprinzipien und Instrumenten des Umweltrechts bei M. Kloepper *Informationsrecht*, 2002, 132 ff.

⁶⁰ Zur retardierenden Wirkung der Positivierung auf die „juristische Methode“ nur Meyer-Hesemann *Methodenwandel* (Fn. 7), 62.

⁶¹ Siehe etwa Schmidt-Aßmann *Ordnungsidee* (Fn. 2), 1. Kap. Rn. 2, 3. Kap. Rn. 117 (Ausformung der großen Zahl positiv-rechtlicher Ansätze des Fachrechts zu Rechtsinstituten als Arbeitsprogramm für das Gewährleistungsverwaltungsrecht); vgl. auch P. M. Huber *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 1997, 447; zur Gefahr eines zu affirmativen Vorgehens durch die Parallelität der Blickrichtung von Wissenschaft und Gesetzgeber A. Voßkuhle *VerwArch.* 92 (2001), 184 (195); siehe zur disziplinierenden Funktion der juristischen Methode in diesem Kontext auch unten IV.1.b).

⁶² Grundlegend dazu E. Schmidt-Aßmann in: Hoffmann-Riem/ders./Schuppert (Fn. 30), 11 (26 ff.).

III. Die Ansätze vor dem Hintergrund rechtswissenschaftlicher Selbstbeschreibung

Wie verhalten sich nun diese unterschiedlichen Ansätze zur Verwaltungsrechtswissenschaft? Sie verfolgen ihre Erkenntnisinteressen nach kontrollierbaren, wenn auch nicht notwendig homogenen Regeln, also in methodisch angeleiteter, systematischer Form und sind damit Wissenschaft. Allerdings herrscht offenkundig eine disziplinäre Verunsicherung darüber, welche Methoden und Erkenntnisinteressen zur Verwaltungsrechtswissenschaft gehören sollen.⁶³ Aus dem Blickwinkel der „Juristischen Methode“ erscheint der steuerungswissenschaftliche Ansatz schnell als „bloße“ Verwaltungs- oder Rechtspolitik.⁶⁴ Aus Sicht des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes ist die „Juristische Methode“ mindestens zu eng⁶⁵ oder erscheint gar als überholt.⁶⁶ In der wechselseitigen Kritik vermischen sich leicht die Ebenen und Bezugspunkte. Als „Lackmustest“ sollen die Ansätze deshalb in zentralen Kategorien der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Selbstbeschreibung gespiegelt werden: Methodenlehre, Dogmatik, Theorie und Rechtsgestaltung.

1. Keine konzeptionelle Verkopplung mit der „Methodenlehre“

Die Ansätze sind konzeptionell unabhängig von den Diskussionen in der juristischen Methodenlehre, die hier in ihrer üblichen Gestalt als Lehre von der Ermittlung des Inhalts einer konkreten Rechtsnorm verstanden wird. Denn die Art und Weise der Bestimmung des Norminhalts ist dem systematischen Zugriff auf das Verwaltungsrecht vorgelagert.

Entsprechend besteht in den zentralen Anschlusspunkten Einigkeit.

Alle gehen davon aus, dass die Öffnung des geltenden Rechts gegenüber den Erkenntnissen anderer Wissenschaften vom Recht selbst bestimmt wird und deshalb in der Rechtsanwendung nur nach Maßgabe der jeweiligen Rechtsnormen erfolgen kann.⁶⁷ Und man ist sich eben-

⁶³ Siehe die Nachweise oben Fn. 10.

⁶⁴ Siehe nur J. Oebbeke DV, Beiheft 7, 2007, 211 (219), allerdings mit öffnender Tendenz auf 221.

⁶⁵ Die beobachteten Verengungen von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft bildeten geradezu den Auslöser für die nachhaltigen Bemühungen um die Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, siehe W. Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Abmann/Schuppert (Fn. 30), 115 (125 ff.).

⁶⁶ So bereits vor dem Aufblühen des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes H. Faber FS Ridder, 1989, 291 ff.

⁶⁷ Siehe nur M. Jestaedt Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, 37; ausführlich ders. in: Engel/Schön (Fn. 10), 241 (272 ff.); C. Gusy JZ 1991, 213 (215 ff.); H. Schulze-

falls einig darüber, dass dies vielfältig der Fall ist. Denn hier genügt jede Anerkennung teleologischer Interpretation⁶⁸ – und selbst wenn man das Recht „rein“ halten möchte,⁶⁹ schleicht sich die Wirklichkeit in die Rechtsgewinnung.

Die stärkere Hervorhebung des Wirklichkeitsbezugs in den steuerungswissenschaftlichen Arbeiten liegt vor allem an zwei Punkten: Sie interessieren sich vor allem für die Gestaltungsspielräume der Verwaltung, in denen eine solche Öffnung regelmäßig vorliegt.⁷⁰ Und es präferieren wichtige Vertreter den methodischen Ansatz einer Normkonkretisierung, bei dem Norm- bzw. Realbereich den Inhalt der Norm von vornherein mitprägen.⁷¹ Dies ist wegen des starken Wirklichkeitsbezuges des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes und dem konsistenten Angebot zwar naheliegend, keineswegs aber konzeptionell erforderlich.

Beide Ansätze müssen auch anerkennen, dass die Reflexion der tradierten Auslegungsmethoden den Glauben an ein einzig richtiges Auslegungsergebnis zerstört hat.⁷² Ein solches liegt regelmäßig nicht vor. Bei der Juristischen Methode geht dies jedoch in der Kompetenz zur endgültigen Entscheidung auf, während aus steuerungswissenschaftlicher Perspektive dadurch die Herstellungsbedingungen relevant werden.⁷³

Fielitz DV, Beiheft 7, 2007, 11 (15); *W. Hoffmann-Riem DV*, Beiheft 2, 1999, 83 (102); aus der älteren Literatur nur *N. Achterberg Rechtstheorie* 9 (1978), 385 (410).

⁶⁸ Siehe zur methodisch allerdings keineswegs trivialen Berücksichtigung von Folgen einschließlich der Nebenwirkungen bei der objektiv-teleologischen Methode nur *M. Hensele Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik*, 1998, 43 ff., insbes. 72 ff.; zur Folgenorientierung im Spiegel der Ansätze der Methodenlehre *M. Deckert Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995, 9 ff.

⁶⁹ Gegenwärtig am pronociertesten im Anschluß an Kelsen hier *Jestaedt Theorie* (Fn. 67), 43 ff.; *ders.* in: Engel/Schön (Fn. 10), 241 (267 ff.).

⁷⁰ Siehe etwa zur Notwendigkeit einer auch die Folgen berücksichtigenden Argumentation für die Bereiche, in denen die Bindung an das Gesetz als deduktive Begründung seine Grenzen hat *H.-J. Koch ARSP* 61 (1975), 27 (41).

⁷¹ Zentral für diese Methode steht *F. Müller Juristische Methodik*, 1971; siehe jetzt *F. Müller/R. Christensen Juristische Methodik*, 9. Aufl. 2004, 36 ff. Vgl. nur *W. Hoffmann-Riem* in: Schmidt-Abmann/*ders.* (Fn. 5), 9 (23 ff.); *H.-H. Trute* in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Fn. 5), 293 ff., *H. Schulze-Fielitz DV*, Beiheft 7, 2007, 11 (15); *A. Scherzberg*, in: Groß/Möllers/Röhl/Trute (Fn. 54), 13; Kritik am Ansatz etwa bei *T. Jestaedt* in: Engel/Schön (Fn. 10), 241 (254 ff.).

⁷² Siehe nur *H.-J. Koch*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, 1979, 75 ff.; zum damit verbundenen Bedeutungsverlust der „klassischen juristischen Methodik“ *H. Schulze-Fielitz DV*, Beiheft 7, 2007, 11 (25 f.).

⁷³ Vgl. *C. Bumke* in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Fn. 5), 73 (105); die unterschiedlichen Bearbeitungsweisen bilden etwa auch den Hintergrund der umfangreichen Diskussion um die Relativierung der Folgen von Verfahrensfehlern (dazu nur einerseits *J. Pietzcker* *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechts-*

2. *Dogmatik als gemeinsame Aufgabe bei unterschiedlichen Schwerpunkten*

Die Juristische Methode und der steuerwissenschaftliche Ansatz betreiben beide Dogmatik.⁷⁴ Darunter soll hier mit der breit akzeptierten Umschreibung Winfried Brohms verstanden werden: „ein aus der Gesamtheit der Rechtsordnung zu erarbeitendes und erarbeitetes Gefüge juristischer Begriffe, Institutionen, Grundsätze und Regeln [...], die unabhängig von einer speziellen gesetzlichen Fixierung allgemein Anerkennung und Befolgung beanspruchen und so als *ratio iuris* die *ratio legis* der einzelnen gesetzlichen Regelungen übergreifen“.⁷⁵ Oder verkürzt: eine Systembildung mit normativer Relevanz.⁷⁶

Es bestehen aber Unterschiede zwischen den Zugriffen in der Aufmerksamkeitsverteilung gegenüber Rechtsbereichen, dem Umgang mit Gestaltungsspielräumen und dem Abstraktionsgrad der Systembildung.⁷⁷

a) *Aufmerksamkeitsverteilung*

Bei der Juristischen Methode haben rechtsstaatliche Zielsetzung und Gerichtsorientierung zu einer starken Fokussierung auf die subjektiv-rechtlichen Gehalte des Verwaltungsrechts geführt. Diese decken aber die rechtliche Ordnung des Verwaltungshandelns nur partiell ab. Unbe-

schutzauftrag, VVDStRL 41 [1983], 187 [221 ff.] und andererseits *Hufen* Verwaltungsverfahren [Fn. 24], Rn. 584 ff.).

⁷⁴ Die Dogmatik wird auch als „Herzstück“ (*F. Schoch* DV, Beiheft 7, 2007, 177 [209]) oder „Kernstück“ (*R. Dreier* Rechtstheorie 2 [1971], 37 [41]) der Rechtswissenschaft bezeichnet; starke Fokussierung darauf für die Rechtswissenschaft insgesamt bei *W. Krebs* DV, Beiheft 2, 1999, 127 (128) mit in der Reichweite unklarer Öffnung auf 131; *J. Oebbeke* DV, Beiheft 7, 2007, 211 (214).

⁷⁵ *W. Brohm* FS Maurer, 2001, 1079 (1082); ähnlich *ders.* Dogmatik (Fn. 12), 245 f.; diese Definition zugrunde legend auch *C. Möllers* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Fn. 5), § 3 Rn. 35; ähnlich *U. Volkmann* JZ 2005, 261 (262).

⁷⁶ Die normative Relevanz wirft für die Dogmatik notwendig die Frage nach ihrer Legitimation auf. Diese Frage ist allerdings grundsätzlicher als die Differenz zwischen den Perspektiven auf das Verwaltungsrecht. Letztlich dürfte eine wirklichkeitsorientierte Konstruktion wohl darauf hinauslaufen, dass der Gesetzgeber von vornherein und für ein funktionierendes Rechtssystem auch notwendig die in ihren Regeln recht stabile Dogmatik einbezieht und häufig geradezu bewusst auf deren Problemlösungsfähigkeit vertraut (in diese Richtung etwa *C. Engel* in: *ders.* [Hrsg.] *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter*, 1998, 11 [14]), so dass die derzeitige gesetzgeberische Korrekturmöglichkeit qua Zugriff als Legitimation genügt.

⁷⁷ Auch hier geht es aber nicht um Exklusivität. Es bildet vielmehr den Normalfall, dass in einer Rechtsordnung mehrere dogmatische Methoden nebeneinander bestehen (*F. Wieacker* FS Gadamer, Bd. II, 1970, 311 [322 ff.]).

achtliche Verfahrensfehler und umfassende Aufsichtsbefugnisse halten diese Differenz zwar allgemein im Bewusstsein.⁷⁸ Aber erst die Perspektive auf die Verfahrens- und Organisationsvorschriften als bedeutende Steuerungsfaktoren führt zur Notwendigkeit einer genaueren dogmatischen Durchdringung;⁷⁹ und diese Perspektive ermöglicht auch die organische Verarbeitung der gleichsinnigen europarechtlichen Ansätze von der schon fast betagten UVP-Richtlinie bis zum neueren Verfahren der Marktregulierung in der Telekommunikation.⁸⁰

b) Umgang mit Gestaltungsspielräumen

Entsprechendes gilt für den Umgang mit Gestaltungsspielräumen. Traditionell werden in den Fehlerlehren nur die Grenzen thematisiert, auf deren Absicherung dann auch die Begründungspflichten ausgerichtet sind.

Damit übernimmt die Dogmatik eine Grenzziehung, die für die Gerichtskontrolle mit Blick auf die Gewaltengliederung funktional ist, nicht aber aus dem Verwaltungsrecht selbst folgt.⁸¹ Die im Planungsrecht allgemein anerkannte⁸² Differenzierung in Handlungs- und Kontrollnormen weist den weitergehenden Rationalisierungsanspruch des Verwal-

⁷⁸ Vgl. nur *H. Schulze-Fielitz* DV, Beiheft 7, 2007, 11 (43).

⁷⁹ Die stärkere Einbeziehung des Organisationsrechts wurde auch bereits einhellig von den in weiten Teilen sehr unterschiedlich akzentuierten Referaten von *Bachof* und *Brohm* Dogmatik (Fn. 12), 233 ff. bzw. 293 ff. gefordert.

⁸⁰ Siehe allgemein zur Bedeutung des Verfahrensgedankens im Gemeinschaftsrecht etwa *S. Kadelbach* Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, 415 ff.; *W. Kahl* VerwArch. 95 (2004), 1 (8 ff.); *H. P. Nehl* in: Nowak/Cremer (Hrsg.), Individualrechtsschutz in der EG und der WTO, 2002, 135 (136 f.); vgl. beispielhaft aus dem Umweltbereich die UVP-Richtlinie (RL 85/337/EWG, ABl. EG 1985 L 175/40) und den Anwendungsbereich des Ansatzes verbreiternd die Plan-UP-Richtlinie (RL 2001/42/EG, ABl. EG 2001 L 197/30), die IVU-Richtlinie (RL 96/61/EG, ABl. EG 1996 L 257/26) und die planerischen Ansätze im Bereich der Luftreinhaltung (Art. 7 Abs. 3 und 8 Abs. 3 Luftqualitätsrahmenrichtlinie, RL 96/62/EG, ABl. EG 1996 L 296/55) sowie aus dem Bereich der Regulierung der Netzwirtschaften Art. 6 f., 14 ff. Telekommunikationsrahmenrichtlinie (RL 2002/21/EG, ABl. EG 2002 L 108/33).

⁸¹ Siehe nur *W. Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Abmann/Schuppert (Fn. 30), 115 (125 ff.); zur Verknüpfung beider Perspektiven in dem Sinne, dass die zurückgenommene Kontrolldichte gerade Voraussetzung zur Sicherstellung des nicht weiter begründeten Auftrags an die Verwaltung ist nur BVerfGE 63, 1 (34).

⁸² Vgl. *H. Schulze-Fielitz* Sozialplanung im Städtebaurecht, 1979, 300, 303 f., 325. Aus der gegenwärtigen Lehrbuchliteratur nur *W. Hoppe/C. Bönker/S. Grotefels* Öffentliches Bauecht, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 82, 94; in der Sache ähnlich *W. Krebs* in: Schmidt-Abmann (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, 4. Kap. Rn. 105.

tungsrechts beispielhaft offen aus.⁸³ Konsequenterweise wurde früher im Planungsrecht auch breit eine Einbeziehung der Erkenntnisse der Planungstheorie zur Strukturierung der planerischen Abwägung gefordert.⁸⁴

Wenn sich die planungsrechtliche Abwägungsdogmatik aber kaum nachhaltig mit gesellschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen verband,⁸⁵ lag dies nicht nur an der schon bald erfolgenden Aufmerksamkeitsverschiebung des Planungsrechts zum Planerhalt.⁸⁶ Es liegt auch an einem

⁸³ Die Differenzierung ist prinzipiell auf alle Gestaltungsspielräume übertragbar, da sich Planungsermessen und Verwaltungsermessen (sowie Beurteilungsspielräume) nicht kategorial unterscheiden (siehe schon *H. Ehmke*, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, 1960, 23 ff.; näher *H.-J. Koch* Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, 1979, 172 ff.; *R. Rubel* Planungsermessen, 1982; *W. Krebs* in: Schmidt-ABmann [Fn. 82], 4. Kap. Rn. 99); *E. Pache* Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, 457 ff.; siehe zur Differenzierung der Normen beim Ermessen auch bereits *P. Häberle* Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, 656 und aus der jüngeren Kommentarliteratur *H.-G. Henneke* in: Knack (Begr.) Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2004, § 40 Rn. 38 ff. Dem entspricht etwa die Forderung von *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 38), 534 ff., 762 nach einer Ermessensausübungs-Begründungslehre bzw. nach einer Konturierung des Ermessens als Rationalitätsstandard. Ohne entsprechende Differenzierung aber etwa *L.-H. Rode* § 40 VwVfG und die deutsche Ermessenslehre, 2002, 152; ablehnend etwa *H. A. Wolff* in: Sodan/Ziekow (Hrsg.) VwGO, 2. Aufl. 2006, § 114 Rn. 26 ff.

⁸⁴ Siehe *W. Hoppe* DVBl. 1977, 136 (142); *Schulze-Fielitz* Sozialplanung (Fn. 82), 126; als (seltene) jüngere Forderungen *G. Strassert* Das Abwägungsproblem bei multikulturellen Entscheidungen, 1995 und jetzt die vor allem aus der ökonomischen Analyse gewonnenen Ansätze bei *E. Hofmann* Abwägung im Recht, 2007.

⁸⁵ Dies zeigt nicht nur der Negativbefund bei der Durchsicht von Urteilen und wissenschaftlichen Abhandlungen, sondern zugleich die Einschätzung der Praxis, dass nur ein sehr geringer Teil aller Verwaltungsverfahren zu Instrumenten des Umwelt- und Ressourcenmanagements dem gesellschaftlich (also erst recht nicht dem wissenschaftlich, M.E.) erforderlichen Standard entspricht (so *A. Bechmann* in: Rengeling/Hof [Hrsg.] Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund, 2001, 269 [281 f.]). Die Kosten-Nutzen-Analyse als Rationalisierungsinstrument wird aber zumindest bei der Planungsschranke des § 42 Abs. 2 BImSchG aufgegriffen (siehe BVerwG, NVwZ 2004, 340; allgemein zur Kosten-Nutzen-Analyse *M. Fehling* VerwArch. 95 [2004], 443 ff.; zur frühen Einbindung ins Planungsrecht nur *W. Blümel* DVBl. 1975, 695 ff.). Zustimmung zur Zurückhaltung bei *U. Di Fabio* FS Hoppe, 2000, 75 (94 f.). Die Planungstheorie wäre hier trotz ihrer Krise nicht prinzipiell verschlossen (vgl. etwa *W. L. Schönwandt* Planung in der Krise, 2002, 56).

⁸⁶ Vgl. die Darstellung bei *H.-J. Koch/R. Hendler* Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 4. Aufl. 2004, § 18 Rn. 1 ff. Die weitere Konturierung der Abwägungsdogmatik durch Grundsätze wie den Trennungsgrundsatz (dann in § 42 BImSchG a.F., jetzt § 50 BImSchG positiviert) oder das Gebot der Konfliktbewältigung erfolgte nicht mit einem Rückgriff auf Planungstheorie, sondern „nur“ im Dialog mit der planerischen Praxis im Sinne einer Fallgruppenbildung für typische Abwägungsfehler (vgl.

grundlegenden Problem jeder Konkretisierung von Handlungsnormen: Hier fehlt ein institutioneller Rahmen für die Fortentwicklung, der mit dem über Instanzenzüge und Publikationsorgane gut strukturierten Dialog mit den Gerichten vergleichbar ist.⁸⁷

Die grundsätzlich überzeugende Hinwendung des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes zu den Inhalten der Gestaltungsspielräume bleibt deshalb notwendig beschränkt: Trotzdem kann sie materielle Orientierungspunkte benennen, methodische Aufklärung im Sinne entscheidungswissenschaftlicher Anleitung bereithalten⁸⁸ und wiederum den entscheidungsprägenden Rahmen von Organisation und Verfahren durchdringen.

c) *Abstraktionsgrad der Systembildung*

Die Juristische Methode und der steuerungswissenschaftliche Ansatz teilen die Systembildung als zentralen Fluchtpunkt des Arbeitens. Sie zielen beide auf die Erarbeitung von Ordnungsmustern, die Orientierung zur Lückenfüllung geben und zu einer Selbstverstärkung führen, indem sie jedenfalls faktische Argumentationslasten gegenüber Abweichungen begründen.⁸⁹ Sie unterscheiden sich aber zentral hinsichtlich des Abstraktionsgrades.⁹⁰

Während sich die Juristische Methode mit den zweckfreien oder genauer: auf den Zweck der Herrschaftsdisziplinierung begrenzten⁹¹

nur M. Pfeifer Der Grundsatz der Konfliktbewältigung in der Bauleitplanung, 1989, 40). Gleiches gilt letztlich für die Flachglasentscheidung zu den Voraussetzungen zulässiger Vorabfestlegungen (BVerwGE 45, 309).

⁸⁷ Zu diesem Unterschied auch C. Möllers VerwArch. 93 (2002), 22 (57).

⁸⁸ Ansatz einer entscheidungswissenschaftlichen Reformulierung der Kontrollmaßstäbe der Abwägungsdogmatik bei E. Hofmann (Fn. 84), 167 ff.

⁸⁹ Siehe zur Verteilung der Argumentationslast durch die rechtswissenschaftliche Systematisierung Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 2), 1. Kap. Rn. 7; H. Schulze-Fielitz DV, Beiheft 7, 2007, 11 (20); mit Blick auf neue fachgesetzliche Konstruktionen auch M. Burgi in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 5), § 18 Rn. 111.

⁹⁰ Insofern geht es von vornherein nicht um die Ersetzung der Dogmatik insgesamt, sondern um deren Erweiterung und Ergänzung durch einen stärkeren Aufgaben- und Zweckbezug (anders noch Badura Verwaltungsrecht [Fn. 16], 22f.). Die breite Kritik und Zurückhaltung gegenüber den Möglichkeiten einer zweck- und aufgabenorientierten Dogmatik ist vor allem gegen Erstere gerichtet (siehe etwa Bachof Dogmatik [Fn. 12], 229).

⁹¹ Siehe bereits Badura Verwaltungsrecht (Fn. 16), 11 (Verschweigen der Zwecke als stillschweigendes Voraussetzen der liberalen Staatszwecke); und jüngst ausdrücklich nochmals S. Magen in: Engel/Schön (Fn. 10), 303 (304); allerdings scheint als Gegenkategorie weniger eine vage Zwecksetzung (so Magen ebd.), sondern eher die stärkere Anreicherung mit empirischen Fragen bei der Gesellschaftsteuerung geeignet.

Handlungsformen auf einem sehr hohen Abstraktionsniveau bewegt, begrenzt der Aufgaben- oder Problembezug beim steuerungswissenschaftlichen Ansatz die Abstrahierung auf deren Vertypungsmöglichkeiten. Sie arbeitet deshalb nicht zufällig auf einem mittleren Abstraktionsniveau. Die Regulierung von Netzwirtschaften etwa ist kaum eine Frage der Handlungsformen, sondern vor allem eine organisatorischer und verfahrensmäßiger Arrangements.⁹² Die Steuerungsperspektive leitet damit vor allem eine komplexe Systematisierung zwischen dem allgemeinen Verwaltungsrecht und den fachgesetzlichen Einzelregelungen an, die als dogmatische Zwischenschicht unverzichtbar ist.⁹³

Die Komplexität der Ordnungsmuster und der normative Anspruch auf Lückenfüllung stehen allerdings in einem Spannungsverhältnis. Die Forderung nach einem planerischen Gestaltungsspielraum als allgemeine Ordnungsidee von Planung lässt sich noch recht leicht aus den positivierten Abwägungsermächtigungen verallgemeinern und in nicht

⁹² Siehe dazu die frühen Analysen der Regulierung am Beispiel der Telekommunikation bei *K.-H. Ladeur* K&R 1998, 479 ff.; *M. Ruffert* AöR 124 (1999), 237 (244ff.) sowie *H.-H. Trute* FS Brohm 2002, 169ff.; *J. Masing* Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, 20ff. Nicht zu unterschlagen ist aber das handlungsformbezogene Problem der Einordnung abstrakt-genereller Regelungen des unabhängigen Regulierers, dazu *G. Britz* EuZW 2004, 462ff. (für die zentralen „Festlegungen“ im Energiewirtschaftsrecht) und *P. Stelkens/U. Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.) VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 35 Rn. 214a mwN (für Entscheidungen und Festlegungen im TKG [1996]). Ähnlich kann die Kontinuität der dogmatischen Figuren bei hohem Bedarf nach Ausgestaltung zu Arrangements im Bereich der Kooperation mit Privaten beobachtet werden (vgl. nur *A. Voßkuhle* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 [2003], 266 [299ff.]).

⁹³ Eine differenzierende dogmatische Zwischenschicht wird entsprechend auch schon lange gefordert: siehe übergreifend und differenziert allgemein *Meyer-Hesemann* Methodenwandel (Fn. 7), 159ff.; auch *M. Bullinger* GS Peters, 1967, 667 (680); *R. Wahl* Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 151 (192) (Verwaltungsrechtsdogmatik als Bildung von „Regelmodellen“); aufgegriffen von *G. F. Schuppert* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/ders. (Fn. 30), 65 (99ff.), dort eher im Sinne einer Ausdifferenzierung von Entscheidungstypen (101ff.); *H. Schulze-Fielitz* DV 27 (1994), 277 (283); aus jüngerer Zeit *T. Groß* DV, Beiheft 2, 1999, 57 (79f.). Gegenwärtig gibt es zwar schon verbreitet „Allgemeine Teile“ in den Lehrbüchern zu den verschiedenen Gebieten des Verwaltungsrechts, doch sind diese regelmäßig entlang der Kategorien des Allgemeinen Verwaltungsrechts strukturiert (so bereits die unverändert geltende Beobachtung von *G. Püttner* Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1989, Vorwort, mit Blick auf die Lehrbücher seines Bereichs, der allerdings daraus die Konsequenz einer engeren Anlehnung an die spezifischen Wirtschaftssektoren zog, die mit der Gefahr einer Wiederannäherung an die alte staatswissenschaftliche Methode verbunden ist).

näher ausgestaltete Bereiche der Fachplanung übertragen.⁹⁴ Bei den Elementen eines Instruments wie dem Betriebsbeauftragten ist dies schon schwieriger und für Organisations- oder Verfahrensgestaltungen bei Risikoentscheidungen allenfalls hinsichtlich zentraler Eckpunkte möglich.⁹⁵ Auch solche komplexen Ordnungsmuster behalten aber ihre normative Relevanz für das geltende Recht schon dadurch, dass sie Vergleichskontexte schaffen, die eine Rationalisierung der Diskussion erleichtern und das einschlägige praktische Fallmaterial vergrößern.⁹⁶

3. *Theorie als Reflexion*

Auf der theoretischen Ebene⁹⁷ sind die Arbeitsweisen weder mit rechtstheoretischen noch mit gesellschaftswissenschaftlichen Angeboten fest verkoppelt.⁹⁸

⁹⁴ Siehe hierzu und zur Reichweite des planerischen Gestaltungsspielraums im Planfeststellungsverfahren etwa J. Kühling/N. Herrmann *Fachplanungsrecht*, 2. Aufl. 2000, Rn. 24 ff.; R. Steinberg/T. Berg/M. Wickel *Fachplanung*, 3. Aufl. 2000, § 3 Rn. 86 ff.; bereits angelegt in BVerwG, DVBl. 1969, 697 (699) mit dem Abstellen auf die ausdrückliche Regelung und das (problematische) „Wesen der Planung“.

⁹⁵ Vorsichtige Ansatzpunkte für Fehlerfolgen bei H.-H. Trute in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 5), 293 (321 ff.).

⁹⁶ Zur Kontextualisierung als methodischer Hilfe C. Möllers *VerwArch.* 93 (2002), 22 (47 ff.); zur Rationalisierung und Verbreiterung des Fallmaterials hinsichtlich der in diesem Punkt vergleichbaren Aufgabe einer Aufarbeitung wissenschaftlich vernachlässigter Gebiete des Besonderen Verwaltungsrechts H. Schulze-Fielitz *DV* 27 (1994), 277 (293 f.).

⁹⁷ Theorie ist im rechtswissenschaftlichen Selbstverständnis ein uneindeutiger Begriff. Er umfasst mindestens (auch) die Reflexion rechtsanwendungsbezogenen Arbeitens und insbesondere der Dogmatik (vgl. das Verständnis von Rechtstheorie bei T. Vesting *Rechtstheorie*, 2007, § 1 Rn. 16, 23), die Beschreibung der Rechtsanwendung mit Methoden anderer Wissenschaften (siehe hierzu näher H.-H. Trute *DV*, Beiheft 7, 2007, 115 [119 ff.]; für die Verortung, nicht aber die Durchführung ebenso etwa Jestaedt *Theorie* [Fn. 67], 16 ff.) oder als Rechtstheorie die Untersuchung des Rechts an sich (siehe nur B. Rüthers *Rechtstheorie*, 3. Aufl. 2007, § 1 Rn. 20, dessen empirische Funktion [§ 1 Rn. 24 ff.] der Untersuchung der Einwirkung von Rechtsnormen auf das Verhalten von Menschen allerdings notwendig auf konkrete Rechtsnormen Bezug nehmen muss und in der Anwendung auf die bestehende Verwaltungsrechtsordnung dann eigentlich nur als Fremdbeschreibung mit außer-rechtswissenschaftlichen Methoden erfolgen kann).

⁹⁸ Hinsichtlich der rechtstheoretischen Arbeit und den Fremdbeschreibungen des Rechts legen die hier im Zentrum stehenden Perspektiven auf das Verwaltungsrecht zwar unterschiedliche Anschluss-Optionen nahe, sind aber nicht zwingend mit ihnen verkoppelt. Die Juristische Methode neigt mit ihrem Fokus auf das System der Rechtsakte wohl eher zu strukturtheoretischen (so kann die Reine Rechtslehre als konsequente Fortführung des Rechtsaktbezugs und Anspruchs autonomer Verwissenschaftlichung der Juristischen Methode gesehen werden), die Steuerungsperspektive mit den akteursbe-

Der entscheidende Zugewinn des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes besteht hier in einem systematischen, theoretisch angeleiteten Abgleich der Leistungen des Verwaltungsrechts mit seinen normativen Ansprüchen. Dieser bleibt von der Juristischen Methode ausgeblendet.⁹⁹ Der Abgleich nimmt beide Kernaufträge des modernen Rechts auf, namentlich die Herrschaft zu disziplinieren und die Gemeinwohlziele zu verwirklichen.¹⁰⁰ Hieraus bezieht er seine rechtswissenschaftliche Legitimation. Nur ein solcher Abgleich sichert auch die Anpassungsfähigkeit der Dogmatik. Dogmatik drängt aus sich heraus vor allem auf Verfeinerung.¹⁰¹ Erst ihre Reflexion setzt die Impulse für neue Entwicklungen.¹⁰²

Der steuerungswissenschaftliche Zugriff nimmt mit dem Akteursbezug zunächst alle Formen der Herrschaftsausübung durch die Verwal-

zogenen Fragestellungen eher zu verhaltensbezogenen Ansätzen (zum losen Anschluss der meisten Ansätze im Kontext der „Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts“ an die akteurszentrierte Handlungstheorie nur *G. F. Schuppert* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/ders.* [Fn.30], 65 [68 ff.]; *W. Hoffmann-Riem* DV, Beiheft 2, 1999, 83 [87]). Die Uneindeutigkeit ergibt sich allerdings schon mit Blick auf die Systemtheorie. Ungeachtet der von vornherein innerhalb dieser Großtheorie vorhandenen Unterschiede (siehe nur *N. Luhmann* und *H. Willke, G. Teubner*) ist sie als strukturorientierte, das Rechtssystem als (autopoietisches) System beschreibende Theorie gut anschlussfähig an die Juristische Methode, kann hinsichtlich der strukturellen Kopplungen des Rechtssystems mit anderen Systemen aber ebenso gut aus steuerungstheoretischer Perspektive herangezogen werden. Die Ambivalenz wird auch schon dadurch deutlich, dass sowohl einige Vertreter des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes (so insbesondere *K.-H. Ladeur, T. Vesting* und *A. Scherzberg*) als auch Kritiker (etwa *M. Schulte*) mit diesem Theorieangebot arbeiten.

⁹⁹ Siehe etwa zu den Schwierigkeiten, das informelle Verwaltungshandeln aus der Perspektive der Handlungsformenlehre in den Blick zu bekommen *H. Bauer* *VerwArch* 78 (1987), 241 (258f.).

¹⁰⁰ Zum Doppelauftrag explizit statt vieler *C. Engel* in: *ders./Schön* (Fn. 10), 205 (225 ff.).

¹⁰¹ Ausschlaggebend ist dabei der enge Anschluss an das bestehende Regelsystem, der vor allem auf Behebung von Unklarheiten, Schließung von Lücken etc. drängt (vgl. auch *H. Hofmann* FS Roellecke, 1997, 117 [121 f.]).

¹⁰² Vgl. auch *H. Schulze-Fielitz* JöR 50 (2002), 1 (50 ff.). Hinsichtlich dieser Reflexion bleibt die verwaltungsrechtswissenschaftliche Binnendifferenzierung in die Subdisziplinen etwas unscharf. Soweit man sie wegen des zunächst mittelbaren Bezugs auf die Rechtsanwendung aus der Dogmatik ausgrenzen möchte (dagegen *S. Simitis* AcP 172 [1972], 131 [142 ff.]), wäre sie am ehesten bei der Rechtstheorie anzusiedeln, die dann allerdings nicht von der konkreten Rechtsordnung losgelöst, sondern gerade auf sie bezogen wäre. In einer solchen Blickrichtung könnte sie dann die „Grenzpostendisziplin“ sein (*R. Dreier*). Zentral ist aber in jedem Fall, dass die Reflexion Teil der Rechtswissenschaft bleibt und auf Resonanz in der Dogmatik zielt (*H. Schulze-Fielitz* DV 36 [2003], 421 [435 ff.]; *M. Morlok* DV, Beiheft 7, 2007, 49 [75 f.]); zum Anpassungszwang nur *W. Brohm* FS Maurer, 2001, 1079 (1085 ff.).

tung in den Blick. Dieser Akteursbezug entspricht notabene auch der verfassungsrechtlichen Anknüpfung¹⁰³ von Rechten und Pflichten. Und über den Problembezug wird die Einlösung der normativen Ansprüche untersucht, die verfassungsrechtlich in Rechtsstaatsprinzip und Grundrechten verankert ist. Informales Verwaltungshandeln, Instrumentendiskussion und symbolische Gesetzgebung sind dadurch notwendige verwaltungsrechtliche Themen und nicht etwa von den Gesellschaftswissenschaften geborgte.¹⁰⁴

Da weder die Verwaltung als Akteur¹⁰⁵ noch die Sachprobleme über originär rechtswissenschaftliche Methoden hinreichend erfasst werden können, muss deren Beschreibung auf andere Wissenschaften zurückgreifen. Sie muss deren Einsichten verarbeiten und dabei methodentransparent vorgehen.¹⁰⁶ Steuerungswissenschaftlich angeleitete Verwaltungsrechtswissenschaft greift diese Befunde nach dem Kriterium rechtswissenschaftlicher Relevanz auf und zielt auf ihre dogmatische Verarbeitung.¹⁰⁷ Die zunächst sozialwissenschaftliche Beobachtung informellen Verwaltungshandelns etwa wird als Herrschaftsproblem reformuliert¹⁰⁸ und schließlich unter anderem über die Frage nach der

¹⁰³ Siehe nur *M. Jestaedt* in: Engel/Schön (Fn. 10), 241 (245).

¹⁰⁴ Siehe aus der überbordenden Literatur zum informellen Verwaltungshandeln nur die Nachweise in Fn. 108; zur Instrumentendiskussion nur bereichsspezifisch *G. Lübbe-Wolff* in: Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.) Dokumentation zur 24. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V., 2001, 29 ff. sowie die Referate von *P. J. Tettinger* und *J.-P. Schneider* Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates, VVDStRL 64 (2005) 199 ff. bzw. 238 ff. sowie querschnittsartig *C. Engel* FS Mestmäcker, 1996, 119 ff. und zur symbolischen Gesetzgebung nur *P. Noll* ZSchR NF 100 (1981), 347 ff.

¹⁰⁵ Hieran erinnert die immerwährende Diskussion um Singular oder Plural von Verwaltungswissenschaft (dazu nur *G. Püttner* Verwaltungslehre, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 9 ff.); siehe zu einem konsequent unlegalistischen Verständnis von Verwaltung auch *G. Roelcke* in: König (Hrsg.) Deutsche Verwaltung an der Wende zum 21. Jahrhundert, 2002, 355 (363).

¹⁰⁶ Angesichts der unaufhebbaren faktischen Grenzen einer Integration der verschiedenen Erkenntnisse durch Gesetzgeber oder Rechtsanwender ist dies notwendig eine Aufgabe der Wissenschaft (so auch *S. Magen* in: Engel/Schön [Fn. 10], 303 [306]; *C. Engel* ebd., 205 [239]).

¹⁰⁷ Vgl. allgemein *A. Voßkuhle* VerwArch. 92 (2001), 184 (195) und zur damit verbundenen „Verwissenschaftlichung der Verwaltungsrechtswissenschaft“ *Bumke* in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Fn. 5), 73 (100 f., 103 ff., 128 f.); zu den Abstraktionsebenen *H. Schulze-Fielitz* JöR 50 (2002), 1 (35 ff.).

¹⁰⁸ Vgl. bereits *E. Bohne* Der informale Rechtsstaat, 1981, mit der Zuordnung des Phänomens zu den Vorschriften des VwVfG (144 ff.) und der verfassungsrechtlichen Problematisierung (199 ff.) und *W. Hoffmann-Riem* Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1982), 187 ff. Siehe weiter *H. Bauer* VerwArch. 78 (1987), 241 ff. mit der

analogen Anwendbarkeit einzelner Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze dogmatisch verarbeitet.¹⁰⁹ Die Diskussion um die Sachverständigen im Verwaltungsrecht nahm in der jüngeren Zeit einen ähnlichen Verlauf.¹¹⁰

Der steuerungswissenschaftliche Ansatz ist also durch eine Reflexion gekennzeichnet, die zwischen gesellschaftswissenschaftlichen Akteurs- und Problembeschreibungen und rechtlicher Selbstbeschreibung oszilliert.¹¹¹ Die wechselseitige Bezugnahme wird dabei über Heuristiken¹¹² organisiert.

Das Oszillieren zwischen rechtlicher und außerrechtlicher Perspektive kann methodologisch als mangelnde Ausdifferenzierung kritisiert und hinsichtlich der außerrechtlichen Beschreibungen als disziplinfremd bezeichnet werden.¹¹³ Es ist aber unverzichtbar, wenn man anerkennt, dass die juristische Anschlussfähigkeit der Beschreibungen nicht vorgegeben, sondern oft erst herzustellen ist.¹¹⁴ Und hierbei besteht eine

Perspektive der Rechtsverhältnislehre; *E. Schmidt-Aßmann* DVBl. 1989, 535 (541) und *F. Schoch* HStR III, 3. Aufl. 2005, § 37 Rn. 108 ff.; aus der jüngeren Literatur für ein gleichgerichtetes Vorgehen nur *C. Brünning* Einstweilige Verwaltungsführung, 2003, 49.

¹⁰⁹ Dass die dogmatische Verarbeitung bei einer theoretischen Reflexion letztlich insgesamt deutlich komplexer verläuft und verlaufen muss als der hier skizzierte unmittelbare Zugriff auf die analoge Anwendung der Normen der VwVfG zeigt *Rossen* Vollzug (Fn. 4) näher auf (zum Wechselverhältnis von Empirie und rechtswissenschaftlichen Modellannahmen bei der Verarbeitung ebd., 7 ff.; allgemeiner in eine ähnliche Richtung *C. Möllers* VerwArch. 93 [2002], 22 [44 f.]).

¹¹⁰ Siehe dazu näher *E.-H. Ritter* in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, 207 ff.; *A. Voßkuhle* HStR III (Fn. 108), § 43; *P. Scholl* Der private Sachverständige im Verwaltungsrecht, 2005; *A. Scherzberg* NVwZ 2006, 377 ff.

¹¹¹ Da die verschiedenen Perspektiven jeweils durchaus eigenen methodischen Anforderungen folgen, kann das Vorgehen insgesamt insofern zutreffend als „differenziert-integrativer Methodenansatz“ bezeichnet werden (so *A. Voßkuhle* DV 32 [1999], 545 [549]; *ders.* in: Bauer/Czybulka/Kahl/*ders.* [Fn. 1], 171 [188 ff.]).

¹¹² Vgl. zu dieser Arbeitsmethode am Beispiel der staatlichen Infrastrukturverantwortung und den Verantwortungsstufen *J. H. Klement* Verantwortung, 2006, 197, der die durch Heuristiken ermöglichte Organisation dogmatischer Evolution mittels Inspiration und Assoziation betont.

¹¹³ Für die stärkere interne Arbeitsteilung im Öffentlichen Recht und eine Stärkung der Theorie als dauerhafte Reflexion *M. Morlok* DV, Beiheft 7, 2007, 49 (75 f.), der aber zugleich auch das Problem der Anschlussfähigkeit dieser Theorie im Fach anspricht und damit das zentrale Problem der disziplinären Ausdifferenzierung markiert; unangemessen wäre auch eine Begrenzung des interdisziplinären Diskurses auf Einzelprobleme (so die Forderung von *C. Möllers* VerwArch. 93 [2002], 22 [38 ff., 47 ff.]), da hierüber konzeptionelle Fragen unterbelichtet blieben.

¹¹⁴ Vgl. bereits *W. Hoffmann-Riem* in: Giehring ua (Hrsg.) Juristenausbildung – erneut überdacht, 1990, 75 (88 ff.). Die notwendige reflektierte Rezeption bildet ein eigenes

Asymmetrie zwischen dem Recht mit seinem spezifischen Entscheidungsdruck und den zeitoffenen Forschungsagenden der Gesellschaftswissenschaften.¹¹⁵

4. *Rechtsgestaltung als wissenschaftliche Aufgabe?*

Die steuerungswissenschaftlich angeleitete Reflexion führt neben dogmatischen Neujustierungen auch zur Markierung rechtspolitischen Handlungsbedarfs und der Anleitung konzeptioneller Vorschläge.¹¹⁶

Unbestreitbar müssen dabei für den rechtlichen Diskurs Aussagen *de lege lata* von solchen *de lege ferenda* abgeschichtet werden. Weniger Einmut besteht aber wohl in der Grundsatzfrage, inwiefern Aussagen zur Rechtsgestaltung als verwaltungsrechtswissenschaftliche Aufgabe anzusehen sind.

Dabei steht jedoch die normative Relevanz ebenso außer Frage wie eine faktische disziplinäre Tradition.¹¹⁷ Die prinzipielle Frage bildet der

methodisches Problem (vgl. nur J. Lüdemann in: Engel/Englerth/ders./Spieker gen. Döhmman [Hrsg.] *Recht und Verhalten*, 2007, 7 [28 ff., 49 ff.]).

¹¹⁵ Vgl. auch C. Engel in: ders. (Fn. 76), 11 (22 ff.); dass die Sozialwissenschaften oft nicht Mikrowissen in juristisch anschlussfähiger Form bereithalten, betonen auch H.-H. Trute DV, Beiheft 7, 2007, 115 (131); C. Möllers in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 5), § 3 Rn. 48.

¹¹⁶ Vgl. allgemein zur Schwerpunktverlagerung: A. Voßkuhle in: Bauer/Czybulka/Kahl/ders. (Fn. 1), 171 (179 f.); modifizierend Schuppert *Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft* (Fn. 34); sogar für ein primäres Selbstverständnis als Rechtssetzungswissenschaft H. Eidenmüller JZ 1999, 53 (54, 60). Siehe als Beispiele nur die Literatur zur Sachverständigenbeteiligung (Fn. 110) und hinsichtlich des Verfahrensrechts E. Schmidt-Aßmann NVwZ 2007, 40 ff.; A. Voßkuhle in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, 277 ff.; die Hemmung der Ausarbeitung einer wissenschaftlichen Rechtspolitik durch das hermeneutische Selbstverständnis betont R. Dreier *Rechtstheorie* 2 (1971), 37 (49 f.).

¹¹⁷ Siehe dazu etwa Schröder *Verwaltungsrechtsdogmatik* (Fn. 30), 181 m. Fn. 52; W. Hoffmann-Riem DV, Beiheft 2, 1999, 83 (97); Die Selbstbetätigung einer Disziplin muss freilich nicht mit deren Selbstverständnis übereinstimmen (R. Dreier *Rechtstheorie* 2 (1971), 37 [43]), weshalb die Tradition allein als Grund nicht ausreicht; unstrittig dürfte aber auch sein, dass zwar das Recht gerade zu pragmatischen Entscheidungen berufen ist, Wissenschaft aber die Kontingenz dieser Entscheidungen im Bewusstsein halten und sie fortlaufend überprüfen muss. Diese Aufgabe erfüllt etwa das ganz breite und sich schon lange reproduzierende Lamento über die restriktive Kontrolle von Verfahrensfehlern, gleichgültig ob dabei die faktische Kupierung der Steuerungskraft von Verfahren (siehe nur P. M. Huber *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 4 [1997], 423 [437 f.]; A. Voßkuhle in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann [Hrsg.] *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 349 [398 ff.]; W. Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Aßmann [Fn. 116] 9 [46 f.]) oder eine systematische Unstimmigkeit (siehe statt vieler M. Sachs in: Stelkens/Bonk/ders. [Fn. 92], § 45 Rn. 39, 73 ff.) kritisiert wird.

spezifisch rechtswissenschaftliche Beitrag in einer solchen Diskussion.¹¹⁸ Hinsichtlich des Sachziels kann die Leistung neben dem obligatorischen Hinweis auf höherrangige Vorgaben nur, aber immerhin, in der Explikation der bei der Rechtsgestaltung beachtlichen rechtlich geronnenen Wertordnung liegen.¹¹⁹ Auf der anschließenden Ebene der instrumentellen Ausgestaltung geht es neben engen rechtstechnischen Fragen um die Einspeisung von andernorts bereits vorhandenen Rechtsinstrumenten¹²⁰ und die Einpassung neuer Regelungsansätze ins Rechtssystem.¹²¹ Für die Wahlentscheidung schließlich besteht zunächst ein aus dem interdisziplinären Arbeiten hervorgehendes wissenschaftliches Wissen.¹²² Dieses kann sich mit jenem spezifischen Erfahrungswissen verbinden,¹²³ welches die Beschäftigung mit dem Recht als Erfahrungsspeicher und mit der Verwaltung als Akteur mit sich bringt. Dieses teilweise implizite Erfahrungswissen von „Alltagstheorien“¹²⁴ sollte weder

¹¹⁸ Hier setzt etwa die Kritik von *R. Wahl* an der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft zentral an (siehe *Wahl* Herausforderungen [Fn. 19], 90 ff. mit der Feststellung, dass die Rechtswissenschaft keine Methode für den Diskurs jenseits des Verfassungsrechts habe; scharf auch bereits die Kritik von *H. Kelsen* *Reine Rechtslehre*, 1934, XI f.).

¹¹⁹ Noch zurückhaltender *W. Schön* in: Engel/ders. (Fn. 10), 313 (319); zu Recht (allerdings als Gegenstand der Rechtsphilosophie) die „Spuren der Arbeit praktischer Vernunft von Generationen“ betonend demgegenüber *H. Hofmann* FS Roellecke, 1997, 117 (123 f.).

¹²⁰ Vgl. zB *M. Eifert* DV 39 (2006), 309 (316 f.).

¹²¹ Siehe *G. Lübke-Wolff* in: Engel/Schön (Fn. 10), 282 (291): Konsequenzen innerhalb des Rechtssystems; *W. Schön* in Engel/ders. (Fn. 10), 313 (391) (Normwidersprüche vermeiden); dazu gehört auch, auf die Grenzen der Steuerung durch Recht hinzuweisen (vgl. *H. Schulze-Fielitz* DV, Beiheft 7, 2007, 11 [46 f.]).

¹²² Vgl. zur Einbindung der Rechtsetzung in einen von keiner anderen Disziplin gleichermaßen leistbaren fachlichen Diskurs *J. Masing* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 5), § 7 Rn. 18 und zur Rechtsgestaltung als wichtigem Teil interdisziplinären Zusammenwirkens auch *H. Schulze-Fielitz* DV, Beiheft 7, 2007, 11 (45). Zu den konkreten Schritten und den wissenschaftlichen Beiträgen solcher Entscheidungen *A. Voßkuhle* in: Bauer/Czybulka/Kahl/ders. (Fn. 1), 177 (188 ff.).

¹²³ Hierauf wird vor allem in jüngerer Zeit ganz breit verwiesen (vgl. nur *G. Lübke-Wolff* in: Engel/Schön [Fn. 10], 282 [291]; *W. Schön* ebd., 313 [315 f., 320]; *J. Oebbecke* DV, Beiheft 7, 2007, 211 [220] mit Verweis auf *J. Ziekow* in: ders. [Hrsg.] *Verwaltungswissenschaften und Verwaltungswissenschaft*, 2003, 63 [64 f.]; *C. Engel* in: ders./Schön [Fn. 10], 205 [238 f.]).

¹²⁴ Alltagstheorie bezeichnet im soziologischen Sprachgebrauch Theorien, die keiner wissenschaftlichen Überprüfung unterzogen wurden, sondern Produkt der Alltagserfahrung sind (vgl. nur *K. F. Röhl* *Rechtssoziologie*, 1987, 91). Sie wurden vor allem in der richterlichen Rechtsanwendung näher untersucht (vgl. nur *J. Bürkle* *Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts*, 1984 mit zahlreichen Nachweisen auf frühere Studien auf 2 ff.), im Bereich wissenschaftlichen Arbeitens aber wohl allenfalls als „Vorverständnis“ im Rahmen der Methodenlehre thematisiert.

verschmährt noch als verborgener Schatz überhört werden. Es entwickelt seine Produktivität gerade in der Auseinandersetzung mit den Erkenntnissen anderer Wissenschaften, die es zur Explikation zwingen und kritisch hinterfragen.¹²⁵

5. Zwischenfazit: Zur Rolle der Verwaltungsrechtswissenschaft

Damit ergibt sich als Zwischenfazit: Juristische Methode und steuerungswissenschaftlicher Ansatz betreiben Dogmatik – allerdings mit verschieden weit gestelltem Fokus und in unterschiedlicher Abstraktionshöhe. Die steuerungswissenschaftliche Arbeitsweise dynamisiert sie zugleich durch die wirklichkeitsbezogene, theoretisch angeleitete Reflexion.

Die Ansätze haben eine unterschiedlich hohe Affinität zur Rechtsgestaltung. Diese zwar grundsätzlich anerkannte, aber in der wissenschaftsinternen Bedeutung gegenüber der Dogmatik zurückstehende Arbeit emanzipiert sich im steuerungswissenschaftlichen Zugriff zur gleichrangigen Aufgabe.¹²⁶ Wissenschaftlich reflektierte, zukunftsgerich-

¹²⁵ Nachdem diese Wissensbestände vor allem in den 1970er und 1980er Jahren meist als unwissenschaftlich abqualifiziert wurden, erleben sie gegenwärtig eine erhebliche Renaissance. Aber auch die neuerdings stark positiven Konnotationen (siehe nur die Beiträge in *Engel/Schön* Proprium [Fn. 10]; differenzierend *W. Hoffmann-Riem* FS Raiser, 2005, 515 [527 f.]) sollten nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Recht und die juristische Argumentation zentral auf Akzeptanz durch Diskurs angewiesen sind (vgl. hier grundlegend zur juristischen Argumentation *Alexy* Theorie [Fn. 3]) und deshalb letztlich eine Explikation der Gründe verlangen.

¹²⁶ Siehe zur unterschiedlichen Bewertung etwa die beiläufige, aber wohl nicht zufällige Differenzierung bei *W. Weber* DÖV 1951, 509 („die wissenschaftlichen und rechtspolitischen Erörterungen unseres Schrifttums“). Die Erarbeitung zukunftsweisender Konzepte und Gesetzgebungsvorschläge erkennt als Aufgabe der Wissenschaft vom öffentlichen Recht demgegenüber ausdrücklich an etwa *F. Schoch* DV, Beiheft 7, 2007, 177 (209). Es ist ferner bemerkenswert, dass die Rechtsvergleichung in der Methodendiskussion allgemein einen so viel höheren Rang einnimmt als eine sozialwissenschaftlich informierte rechtspolitische Reflexion (vgl. z. B. *C. Möllers* VerwArch. 93 [2002], 22 [47 ff., 52 ff.]). Da die Erkenntnisse der hier meist in Bezug genommenen funktionalen Rechtsvergleichung über das *tertium comparationis* angeleitet werden und dieses regelmäßig als rechtssystemfremdes Sachproblem zu wählen ist (*K. Zweigert/H. Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. 1996, 33), bilden die zum Vergleich herangezogenen Lösungen zunächst auch nur Angebote, die sich von anderen Modellen nur durch die Übernahme in einer fremden Rechtsordnung unterscheiden. Sie unterscheiden sich von theoretischen Angeboten zunächst nur durch eine (allerdings kontextgebundene) mehr oder minder erfolgreiche Praxis und speichern insofern eher Erfahrungswissen. Dieses ist aber nicht prinzipiell überlegen, son-

tete Fortentwicklung und Gestaltung des Rechts und die Generierung von Optionen und Auswahlkriterien gewinnen an Bedeutung.¹²⁷ Dies hat nichts zu tun mit einer Wiederaufnahme des alten Traums einer wissenschaftlich planbaren Gesellschaft.¹²⁸ Das Verwaltungsrecht wird aber in einen systematischen, fortwährenden Dialog von Rechtsanwendung, Rechtsetzung und wissenschaftlicher Reflexion gestellt.

IV. Produktives Zusammenspiel der Ansätze

Es wurde deutlich, dass die traditionelle Juristische Methode und die steuerungswissenschaftliche Arbeitsweise unterschiedliche Akzente setzen, aber keine exklusiven Zugriffe auf das Verwaltungsrecht bilden.¹²⁹ Bei der konkreten wissenschaftlichen Arbeit durchdringen sie sich auch häufig. Dies legt es nahe, das Zusammenspiel beider als produktive Nutzung der Unterschiede näher auszuleuchten.

1. Notwendige Ergänzungen

Dabei ergeben sich zunächst notwendige funktionale Ergänzungen – man müsste fast sagen: Verschachtelungen.

a) *Die steuerungswissenschaftliche Sensibilisierung klassischer Dogmatik*

Die juristische Dogmatik ist seit jeher auf außerrechtliche Erkenntnisse angewiesen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip, die Wirtschaftlichkeit

den gerade in der Konfrontation mit explizitem theoretischen Wissen produktiv (siehe oben).

¹²⁷ Die Wissenschaft hat hier gerade eine „Bereitstellungsfunktion“ (vgl. auch *A. Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. [Fn. 5], § 1 Rn. 40), damit das Recht seine „Bereitstellungsfunktion“ (*G. F. Schuppert* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. [Fn. 30], 65 [96 ff.]) erfüllen kann.

¹²⁸ So aber *H. Dreier* DV, Beiheft 7, 2007, 81 (85, Fn. 27); ganz ähnlich *O. Lepsius* Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 17 ff., insbes. 18 (omnipotenter Staat vorausgesetzt); siehe zu den sozialtechnokratischen Vorstellungen von Gesellschaft nur aus den Anfängen der Soziologie *A. Comte* Soziologie – 1. Bd.: der dogmatische Teil der Sozialphilosophie, 1907, 295 und passim und zu den Ansätzen ab den 1960er Jahren *R. Mayntz* in: Ellwein (Hrsg.) Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1/1987, 89 ff.

¹²⁹ Ein radikaler, umfassender Bruch im Verständnis des Verwaltungsrechts hätte im Übrigen aber auch schon wegen der hohen Pfadabhängigkeit des Rechts selbst wenig Aussicht auf Erfolg (die hohe Kontinuität der Rechtsdogmatik des Verwaltungsrechts betont zu Recht *F. Schoch* DV, Beiheft 7, 2007, 177 [184]).

oder die vielfältigen Prognosebegriffe bilden ausdrückliche Beispiele.¹³⁰ Die Berücksichtigung der Gesetzeszwecke zur Tatbestandskonkretisierung ist mittlerweile eine alltägliche Praxis.¹³¹ Die hier zum Vorschein kommende Wirkungsorientierung entspricht dem steuerungswissenschaftlichen Verständnis, funktioniert aber häufig ohne weitere konzeptionelle Anleitung oder Reflexion.¹³²

Wenn die dogmatischen Figuren aber eine Bewertung komplexerer Zusammenhänge verlangen, wird der Zugewinn des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes offenkundig. Die „Funktionsgerechtigkeit“ im Verwaltungsorganisationsrecht oder die Einräumung von Beurteilungsspielräumen und weisungsfreien Räumen sind hierfür Beispiele.¹³³ Die Anerkennung einer Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur hängt angesichts des unklaren Gesetzeswortlauts in aller Vereinfachung davon ab, wie stark das gesetzgeberische Programm der Marktregulierung insge-

¹³⁰ Vgl. nur *E. Schmidt-Aßmann* DV, Beiheft 2, 1999, 177 (180); *J. Oebbecke* DV, Beiheft 7, 2007, 211 (214f.); siehe auch *C. Starck* Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1975), 43 (64) und zur Öffnung der Abwägung zur Wirklichkeit schon *B. Schlink* Abwägung im Verfassungsrecht, 1976; mit Blick auf das Verständnis gegenwärtiger Rechtsentwicklungen *W. Hoffmann-Riem* DV, Beiheft 2, 1999, 83 (89ff.).

¹³¹ Skeptisch zu beurteilen ist der Vorschlag, außerrechtliche Modelle und Annahmen zukünftig gesetzgeberisch festzuschreiben (so *I. Spiecker gen. Döhmman* DVBl. 2007, 1074 [1082]) und damit aus der dogmatischen in die gesetzgeberische Verantwortung zu verlagern. Dies dürfte zu einer Überforderung der Gesetzgebung führen und schneide dem Recht die Möglichkeit seiner inneren Dynamisierung durch funktionale Verknüpfungen mit sich fortentwickelnden Wissensbeständen ab.

¹³² Hinsichtlich der Tatbestandsauslegung führt die Orientierung der Rechtspraxis an gefestigten dogmatischen Aussagen über die Zeit zu deren Verkürzung und einer Verselbständigung gegenüber ihren Begründungen. Die begrifforientierte Arbeit der traditionellen Dogmatik wirkt hierbei unterstützend (die Verschleierung statt Offenlegung der Wertungen bildet den regelmäßigen Kritikpunkt an der Begriffsjurisprudenz, vgl. nur *W. Krawietz* Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, 1976, 432 [433], ist aber jeder begrifflichen Arbeit inhärent) und überspielt schnell, dass Autonomiegewinne rechtswissenschaftlicher Begriffe oftmals auf dem Abschneiden ihrer ins außerrechtliche verweisenden Begründungsstränge beruhen. Erst eine durch tatsächliche Änderungen ausgelöste Anpassung der Auslegung macht dies dann wieder deutlich (vgl. als „kleine“ Beispiele der Anpassung der Rechtsauslegung an geänderte reale Verhältnisse BVerwGE 124, 364 [„großflächig“ iSd § 11 Abs. 2 BauNVO] oder BVerwGE 122, 130 zur Reichweite des Erlaubniszwangs nach Art. 1 § 1 RBERG).

¹³³ Siehe dazu *W. Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 5), § 10 Rn. 89 ff. sowie zur Funktionsgerechtigkeit auch *T. v. Dannwitz* Der Staat 35 (1996), 329 (340ff.); zu Beurteilungsspielräumen im Bereich der Risikoverwaltung etwa *R. Wahl* NVwZ 1991, 409ff.; *U. Di Fabio* Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, 85ff., 267ff., 354ff., 462ff.; zu den weisungsfreien Räumen nur *G. F. Schuppert* DÖV 1981, 153 (156ff.).

samt auf eine Weisungsfreiheit des Regulierers angewiesen ist und diese deshalb dann notwendig mit umfasst.¹³⁴ Die Rekonstruktion des Regulierungsregimes wird hier also zentrales Element der dogmatischen Argumentation.¹³⁵ Gleiches gilt für die Reichweite der Anwendung des Wettbewerbsrechts in solchen Bereichen, in denen das Verwaltungsrecht gerade Akteure mit nicht-wettbewerblicher Orientierung errichtet hat (wie die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten) oder kooperative Elemente neben wettbewerblichen vorsieht (wie im Bereich der Kreislaufwirtschaft).¹³⁶

Die notwendige Sensibilisierung klassischer Dogmatik durch die Steuerungsperspektive wird aber besonders deutlich, wenn deren systematischer Aufgabenbezug zum Tragen kommt.¹³⁷

Die Arbeitsweise der Juristischen Methode birgt die Gefahr der dogmatischen Fixierung auf einen tradierten Formentypus oder ein historisch verfestigtes Leitbild. Die vielfältigen gesetzgeberischen oder richterrechtlichen Variationen erscheinen dann schnell als Erosion der

¹³⁴ Zum schon unter dem TKG 1996 bestehenden Streit um die Unabhängigkeit der Beschlußkammertätigkeit von Einzelweisungen durch den Bundesminister nur *K. Oertel* Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66ff. TKG, 2000, 397ff. und mit stärkerer Einbindung in das Regulierungskonzept *H.-H. Trute* in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.) Gemeinwohl – auf der Suche nach Substanz, 2002, 329 (333ff.); Argumentation de lege ferenda auch *H. C. Röhl* JZ 2006, 831 (837).

¹³⁵ Einen Grenzfall solcher Argumentationsstrukturen bildet der Instrumentenvergleich im Rahmen der Gesetzesauslegung. Wenn etwa bei der Frage nach dem Beihilfecharakter der staatlichen Kompensation obligatorisch erbrachter unwirtschaftlicher Dienstleistungen Privater der Vergleich mit dem Vergaberecht herangezogen wird, liegt hier einerseits eine Steuerungsperspektive auf partiell funktional äquivalente Instrumente vor, die andererseits aber als eventueller Wertungswiderspruch ebenso nach den Regeln klassischer Auslegung thematisiert wird (vgl. die Verwendung beider Argumentationsansätze bei *G. Britz* ZHR 169 [2005], 370 [401ff.]).

¹³⁶ Siehe nur *W. Hoffmann-Riem* Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, 1991, 87ff.; *H.-H. Trute/W. Denkhaus/D. Kühlers* Regelungsstrukturen der Kreislaufwirtschaft, 2004, 86ff. Ein einfacheres Beispiel bilden die mittlerweile in der EMAS-PrivilegierungsVO positivierten Rückwirkungen des Öko-Audit auf die ordnungsrechtliche Überwachung umweltbelastender Anlagen (zur vorangegangenen umfangreichen Diskussion nur *K.-P. Dolde/A. Vetter* NVwZ 1995, 943 [948]; *G. Lübke-Wolff* Modernisierung des Umweltordnungsrechts, 1996, 155; *H.-J. Koch/S. Laskowski* ZUR 1997, 182ff.; *G. Feldhaus* UPR 1997, 341 [346]). Ähnliches lässt sich schließlich auch vom Verhältnis des Verwaltungsrechts zum Privatrecht sagen (siehe nur *H. Schulze-Fielitz* DV, Beiheft 7, 2007, 11 [40]).

¹³⁷ Neben den nachfolgend genannten Beispielen sei auch darauf verwiesen, dass die Herausbildung der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften als Handlungsform erst ihre Durchsetzungsfähigkeit gewonnen hatte, als die das „antizipierte Sachverständigengutachten“ prägende Gerichtsorientierung der Betrachtung durch die Betonung der funktionalen Überlegenheit der Verwaltung als Akteur ersetzt wurde.

Handlungsformen und Bedrohung der Dogmatik.¹³⁸ Verbindet man aber bei den Verwaltungsverfahren¹³⁹ typische Ausprägungen oder beim Verwaltungsakt¹⁴⁰ spezifische Rechtswirkungen mit bestimmten Verwaltungsaufgaben, ergeben sich neue Typisierungen unterhalb der jeweiligen Grundformen. „Verteilungsverfahren“, „wissensgenerierende Verfahren“ oder der „vorläufige Verwaltungsakt“ nehmen klare Formen an. Die Rechtsentwicklung wird so als Ausdifferenzierung erfasst und dogmatisch verarbeitet und erscheint nicht mehr als bedrohliche Erosion.

b) Die Formgebung der Juristischen Methode als Element der Steuerung

Umgekehrt werden im Rahmen von Steuerungskonzepten auch typische Elemente der Juristischen Methode genutzt.

Viele Bereiche des Verwaltungshandelns, vom Polizeirecht über das Umweltrecht bis zum Regulierungsverwaltungsrecht, sind durch weite Handlungsermächtigungen und offene gesetzliche Tatbestände geprägt. Dies führt zu einer erheblichen Eigenständigkeit der Verwaltung. Aus steuerungswissenschaftlicher Perspektive bilden ihr Wissensvorsprung und eine sachgerechte Handlungsflexibilität dafür häufig einen legitimatorischen Unterbau. Allerdings bleibt eine Gefahr rechtsstaatlicher Entfesselung.

Ein Ausbau der Kontrolldichte wäre angesichts des Gestaltungsauftrags der Verwaltung keine angemessene Antwort. Ein probates Mittel, dieser Gefahr zu begegnen, bilden Pflichten zur Eigenprogrammierung der Verwaltung, insbesondere Konzeptpflichten.¹⁴¹ Das Bundesverwal-

¹³⁸ Vgl. nur für den Verwaltungsakt *L. Renck* FS Knöpfle, 1996, 291 ff.; etwas anders akzentuiert *Brüning* Verwaltungsführung (Fn. 108), 46 mit Blick auf den „vorläufigen Verwaltungsakt“. Für das Verwaltungsverfahren tendenziell *M. Schulte* JöR nF 55 (2007), 303 ff. wenngleich mit letztlich anderem Bezugspunkt; vgl. im Hinblick auf den Modellcharakter des VwVfG etwa *W. Kahl* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 116), 67 (71 ff.).

¹³⁹ Siehe *A. Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 116), 277 (290 ff.); *H.-C. Röhl* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 35), § 31; *J.-P. Schneider* ebd., § 29; spezielle Fortentwicklung eines Typus jetzt in der Dissertation von *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung im Verfahren, Typoskript.

¹⁴⁰ *C. Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 35), § 36 Rn. 14 ff.

¹⁴¹ Weiterführend jetzt *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung (Fn. 139), 191 ff. Der Begriff der Konzeptpflicht ist allerdings schillernd, da die Verwendung von Konzepten vielfältig ist. Vgl. nur allgemeiner die breite Zusammenstellung ganz unterschiedlicher Konzeptpflichten mit dem Schwerpunkt auf der Ordnung querschnittshafter Materien bei *A. Müller* Konzeptbezogenes Verwaltungshandeln, 1992 mit funktionsorientierter Typisierung auf 176 ff.

tungsgericht hatte Vorsorgemaßnahmen im Bereich des Schadstoffferntransports an ein zuvor erarbeitetes Konzept der Verwaltung geknüpft und zu Recht wurden in jüngerer Zeit entsprechende Pflichten auch für die Durchführung der neuen, verdachts- und ereignisunabhängigen Kontrollen nach den Polizeigesetzen¹⁴² gefordert.¹⁴³ Sie sind darüber hinaus ein geeignetes Mittel, um etwa die weiten Ermächtigungen für behördliche Auskunftsverlangen der Bundesnetzagentur zu begrenzen, die angesichts der notwendigen stetigen Beobachtung des hochdynamischen Sachbereichs einen geradezu unstillbaren Informationsbedarf hat.¹⁴⁴

Eine Konzeptpflicht rekonstruiert die Distanz der Regelung gegenüber dem konkreten Einzelfall. Diese war traditionell über die Trennung

¹⁴² Siehe nur C. Möllers NVwZ 2000, 382; VGH Mannheim, NVwZ 2004, 498 (504); Als entsprechende Pflichten zur Eigensteuerung findet sich ferner die Festlegung von Anforderungsprofilen im Vergaberecht und bei der Stellenausschreibung im Öffentlichen Dienst (H.-H. Trute in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem [Fn. 5], 293 [318 f.]) und schon seit langem beim Vorgehen der Bauaufsichtsbehörden gegen Schwarzbauten (OVG Bremen, ZfBR 1995, 108; NVwZ 1995, 606 [607 f.]; OVG Lüneburg, BRS 56 Nr. 205; NVwZ-RR 1994, 249; jüngst betonend F. Schoch DV, Beiheft 7, 2007, 177 [205]).

¹⁴³ Neben der hier angesprochenen dogmatischen Fortentwicklung ist vor allem auch an einen stärkeren Einsatz des Gesetzgebers im Sinne expliziter Aufträge zu oder Vorstrukturierungen von Konzepten zu denken. Siehe allgemein dazu näher W. Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 5), § 10 Rn. 120; zu den stark europarechtlich induzierten Vollzugskonzepten J. Sommer Verwaltungskooperation am Beispiel administrativer Informationsverfahren im europäischen Umweltrecht, 2003, 185 ff.; zu Konzeptpflichten für eine rechtsstaatliche Absicherung elektronischer Verwaltung M. Eifert Electronic Government, 2006, 141 ff., 161 ff.

¹⁴⁴ Vgl. nur §§ 127 Abs. 2 TKG sowie 35 Abs. 2, 69, 112a EnWG und die neuen Bestimmungen im gegenwärtig diskutierten 3. Richtlinienpaket; zum Streit um die Reichweite, der gegenwärtig über die Geltendmachung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen geführt wird, z. B. OLG Düsseldorf, RdE 2006, 162 ff. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz läuft hier zumindest bei Auskunftsverlangen weitgehend leer, die von konkreten Einzelmaßnahmen der Behörde entkoppelt sind, aber eine allgemeine restriktive tatbestandliche Interpretation der Ermächtigungen liefe demgegenüber dem Regulierungsauftrag zuwider (vgl. zu den Regelungen des alten TKG B. Holzner Die Erhebung von Marktdaten im Wege des Auskunftersuchens nach dem TKG, 2001, 65 ff.). Ein Konzepterfordernis zwingt die Verwaltung zur Benennung der angestrebten Verarbeitung, über die eine Kontrolle ermöglicht wird, begrenzt durch die Kapazitätsbindung bereits faktisch den Informations hunger und zwingt die Behörde zu Priorisierungen und allgemein einem rationalen Vorgehen; siehe aber auch allgemeiner zum tendenziell unbegrenzten Informationsbedarf der Verwaltung für ihre Aufgabenerfüllung K. Grimmer DV 31 (1998), 481 (488); für eine Systematisierung der bestehenden Pflichten K. Stohrer Informationspflichten Privater gegenüber dem Staat in Zeiten von Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung, 2007, 52 ff., 123 ff.

von Gesetzgebung und Rechtsanwendung gewährleistet und soll Gleichbehandlung und Fairness sichern. Die Konzeptpflicht verlagert diese Trennung aber in die Verwaltung hinein und verbindet sie so flexibel mit deren Wissen.¹⁴⁵

Hier soll aber vor allem betont werden, dass die Konzeptpflicht ganz im Sinne der Juristischen Methode eine Handlungsform zur Herrschaftsbegrenzung entwickelt und nutzt. Ordnet man die Konzepte naheliegenderweise als Verwaltungsvorschriften ein, geht es insofern zwar nicht um eine neue Grundform, aber um eine spezifische Variante im bekannten Arsenal.¹⁴⁶ Wiederum zeigt sich eine problembezogene Ausdifferenzierung zwischen den Grundformen und den einzelnen Fachgesetzen.

2. Wechselspiel

Neben solchen funktionalen Ergänzungsverhältnissen besteht auch ein zeitliches Wechselspiel der Ansätze im Rahmen der Verwaltungsrechtsentwicklung.

¹⁴⁵ Siehe etwa *H.-H. Trute* in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 5), 293 (305), der die Vermittlungsleistung betont, die der Konventionsbildung zwischen Eigenlogik und normativen Anforderungen zukommt; radikaler die weitergehende Aufgabe allgemeiner Regelungen bei *K.-H. Ladeur* ZfRSoz 1986, 265 (269); *ders.* Postmoderne Rechtstheorie, 2. Aufl. 1995, 207 ff.; kritisch dazu *G. P. Calliess* Prozedurales Recht, 1999, 135 ff., 140. Nicht aufrecht erhalten wird bei dieser Verlagerung allerdings die Unterschiedlichkeit der Legitimationsstränge und die institutionelle Verantwortungssteilung. Ob man diese für unverzichtbar hält (so *Lepsius* Steuerungsdiskussion [Fn. 128], 24 ff.) oder nicht (vgl. nur *H.-H. Trute* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Fn. 5], § 6, Rn. 56 f.) ist allerdings eine Frage der Konstruktion des Demokratieprinzips, der hier nicht weiter nachgegangen werden kann. Der Konzept-Ansatz wird im TKG für die Entgeltregulierung noch ergänzt durch ein Konsistenzgebot (§ 27 Abs. 2 TKG), das die vermittelte Rechtssicherheit über die Entscheidungseinheiten hinweg abstützt und erhöht (übersichtlich zusammenfassend *M. Senger* N&R 2005, 138 ff.).

¹⁴⁶ Zur Einordnung der funktional vergleichbaren „Festlegungen“ im Energierecht *G. Britz* EuZW 2004, 462 ff.; wegen der heterarchischen und nicht hierarchischen Generierung für eine Handlungsform *sui generis* *Wollenschläger* Wissensgenerierung (Fn. 139), 189. Skeptisch gegenüber einer einheitlichen Einordnung und einer Verrechtlichung von Konzepten *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 2), 6. Kap. Rn. 99. Eine aufgabenspezifische Differenzierung könnte die unkonturierte „Erscheinungsform“ (*E. Schmidt-Aßmann*) allerdings auch einer klareren rechtlichen Erfassung als Handlungsform zugänglich machen.

a) *Konzeptionelle Rechtsentwicklung*

Weitreichende neue gesellschaftliche Herausforderungen können zwar analytisch in eine politische und rechtliche Verarbeitung aufgespalten werden. Faktisch greifen diese aber anhaltend und unausweichlich ineinander. Der Rechtswissenschaft kommt dabei eine entscheidende Scharnierfunktion zu, bei der die Ansätze unterschiedliche Rollen im Prozess einer rationalen Rechtsentwicklung übernehmen.¹⁴⁷ Beispiele für solche Prozesse sind die Entwicklung des Umweltrechts¹⁴⁸ oder die rechtliche Verarbeitung des Wandels zur Informationsgesellschaft, etwa durch das Datenschutzrecht¹⁴⁹ bzw. eine übergreifende Informationsordnung.¹⁵⁰

Skizzenhaft und idealisierend besteht dieser oftmals rekursive Prozess aus der Suche nach neuen Leitideen, deren rechtlicher Ausgestaltung und Realisation sowie der dogmatischen Weiterverarbeitung. Die Leitideen bilden den Bezugsrahmen oder sogar eine Richtungsentscheidung für die relevanten Wert- und Zielkonflikte und können nur interdisziplinär

¹⁴⁷ Der Prozess wird insgesamt von C. Bumke überzeugend als „Öffnung und Schließung“ des rechtswissenschaftlichen Diskurses beschrieben (C. Bumke in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 5), 73 [115 ff.]).

¹⁴⁸ Vgl. etwa den vielfach zwischen Wissenschaft und Praxis pendelnden Weg zum Umweltgesetzbuch (nachgezeichnet in BMU [Hrsg.] UGB-KomE, 1998, 71 ff.).

¹⁴⁹ Siehe zur Entwicklung des zunächst politisch angestoßenen, aber schon in seiner gesetzgeberischen Verbreitung aufs engste wissenschaftlich begleiteten Datenschutz S. Simitis in: ders. (Hrsg.) BDSG, 6. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 1 ff.; R. B. Abel in: A. Roßnagel (Hrsg.) Handbuch Datenschutzrecht, 2003, Kap. 2.7, insbes. Rn. 14 ff.; zur Fortentwicklung etwa die Einführung des Grundsatzes der Datenvermeidung und Datensparsamkeit, der letztlich auf ein Gutachten im Auftrag des BMBWF zurückgeht (J. Bizer in: Simitis ebd., § 3a Rn. 3) und die noch im Gange befindliche Modernisierung des Datenschutzes (eingefordert vom Gesetzgeber [Begründung zur Gesetzentwurf BR-Drs. 461/00, 74 f.] und begleitet von vielen wissenschaftlichen Abhandlungen und einem umfassenden Gutachten von A. Roßnagel/A. Pfitzmann/H. Garstka Modernisierung des Datenschutzrechts, 2001). Auch das informationsrechtliche Gegenstück, der voraussetzungslose Zugang zu Verwaltungsinformationen wurde intensiv wissenschaftlich vorberaten, hier aber nur fast widerwillig dann auch von der Politik aufgegriffen.

¹⁵⁰ Alle großen Rechtsentwicklungen wurden jedoch intensiv durch die Wissenschaft in ihren verschiedenen Phasen begleitet, wenngleich teilweise sprunghafte Entwicklungen die Wissenschaft nach grundsätzlichen konzeptionellen Vorarbeiten häufig zunächst eher auf eine dogmatische „Nacharbeitung“ und Kritik beschränkten. Siehe etwa weite Teile der Privatisierungsentwicklung, der mit dem Emissionszertifikatehandel erfolgte qualitative Sprung bei der Nutzung ökonomischer Instrumente, die Binnenreform der Verwaltung über das Neue Steuerungsmodell und den verstärkten Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologie in der Verwaltung.

när entwickelt werden.¹⁵¹ Das Verursacher- und das Vorsorgeprinzip etwa wurden über Generalisierungen positiv-rechtlicher Wertungen, sozialphilosophische Gerechtigkeits- und wissenschaftliche Effizienzüberlegungen gewonnen.¹⁵²

Die Konkretisierung der Leitideen in rechtlichen Bausteinen führt dann in die Verwaltungsrechtsetzung.¹⁵³ Hier bedarf es einer instrumentenorientierten Steuerungsperspektive, die etwa Genehmigungspflichten und ökonomische Instrumente gemeinsam in den Blick nimmt und Instrumentenentwicklung wie -transfer anleiten kann. In diesem Rahmen kommt auch¹⁵⁴ notwendig die Juristische Methode zum Tragen. Ihre abstrakten Formen wie der Verwaltungsakt sind unverzichtbare Elemente und vor allem müssen die Bausteine im Wege der begrifflichen Arbeit und Relationierung in die Fachgesetze eingepasst werden.¹⁵⁵

Der übergreifende steuerungswissenschaftlich angeleitete Zugriff auf die Rechtsgestaltung wird durch drei Entwicklungen immer bedeutsamer: den Problembezug übernationaler Vorgaben, die immanente Verzeitlichung des Verwaltungsrechts durch die europäische Recht-

¹⁵¹ Vgl. nur, allerdings aus anderer Perspektive, *A. Scherzberg* in: Groß/Möllers/Röhl/Trute (Fn. 54), 16ff.; *A. van Aaken* „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003 sowie etwa für Staatsbilder *A. Voßkuhle* Der Staat 40 (2001), 495 (504f.).

¹⁵² Siehe nur *R. Steinberg* Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, 126ff.; BMU UGB-KomE (Fn. 148), 454ff.; *M. Kloepfer* Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 4 Rn. 41 ff.

¹⁵³ Deren methodische Aufbereitung in einer Rechtsetzungslehre ist noch defizitär und wird zu Recht breit angemahnt (vgl. nur *A. Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Fn. 5), § 1 Rn. 46f.; *C. Franzius*, DV 39 [2006], 335 [370]); die Leitideen behalten dann zumindest eine „heuristische dogmatische Funktion“ oder werden, wie im Umweltrecht teilweise geschehen, sogar in die Nähe allgemeiner Rechtsgrundsätze gerückt (dazu nur *F. Ossenbühl* FG 50 Jahre BVerwG, 2003, 289 [302f.]).

¹⁵⁴ Selbstverständlich müssen gerade auch auf der Instrumentenebene die Folgen der Instrumentengestaltung mitbedacht werden, zu deren Erfassung auf andere Wissenschaften zurückzugreifen ist (vgl. nur *A. van Aaken* „Rational Choice“ [Fn. 151] zum Beitrag des Rational-Choice-Ansatzes und *C. Engel* in: ders./Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmman [Fn. 114], 363 [383 ff.] zum Beitrag der Verhaltenswissenschaft; zur Folgenermittlung anschaulich *M. Deckert* Folgenorientierung [Fn. 68], 139 ff.).

¹⁵⁵ Hier unterscheidet sich die Arbeit nicht wesentlich von den Abgleichen und Modifikationen, die auch bisher Figuren des allgemeinen Verwaltungsrechts mit ihren besonderen Ausprägungen haben sollten (siehe dazu *H. Schulze-Fielitz*, DV 27 [1994], 277 [292ff.] und die bereichsspezifischen Aufarbeitungen von *F. Hufen*, *U. Di Fabio* und *L. Gramlich*, 329 ff., 345 ff. und 361 ff.). Zugleich vermag sie durch den Blick auf die Steuerungszusammenhänge aber auch neuartige Instrumente und die Rückwirkung nicht rechtsförmlich fassbarer Instrumente zu berücksichtigen (siehe nur *H. Schulze-Fielitz* DV, Beiheft 7, 2007, 11 [40ff.]).

setzungskultur und die vorsichtige Renaissance des Kodifikationsgedankens.

Die europäische und internationalrechtliche Überformung des Verwaltungsrechts erfolgt problembezogen¹⁵⁶ und fordert Problemlösungskapazität ein.¹⁵⁷ Darüber hinaus zeigt sie erste Ansätze zu einer Modularisierung.¹⁵⁸ Eine nationale Einflussnahme auf solche Entwicklungen und die anschließenden nationalen Übersetzungsleistungen lassen sich nur mit einem ebenfalls problemorientierten Blick auf das Verwaltungsrecht erbringen.¹⁵⁹

Die europäische Rechtsetzungskultur beinhaltet¹⁶⁰ eine fortlaufende Evaluation und Anpassung der Gesetze. Sie entsprechen einer breiten Rechtsetzungspraxis ebenso wie ihrer programmatischen Fortschreibung. Dies weist die Rechtsgestaltung als permanente und nicht nur einem begrenzten Reformzeitfenster geschuldete¹⁶¹ Aufgabe aus.

Und schließlich zeichnet sich vorsichtig eine Renaissance des Kodifikationsgedankens in Wissenschaft und Politik ab. Professorenentwürfe¹⁶² und bereichsumfassende Gutachten zur kodifikatorischen Fort-

¹⁵⁶ Siehe beispielhaft die sieben sog. „thematischen Strategien“ im Rahmen des Sechsten Umweltaktionsprogramm der EG als umfassende Handlungsstrategien zur Bewältigung spezifischer Umweltprobleme (Art. 4 Beschluss 1600/2002/EG, ABl. EG 2002 L 242/1); ein holistisch angelegtes, verschiedene Instrumente und einen Evaluierungszyklus zugrunde legendes Konzept enthält auch allgemein das Weißbuch Europäisches Regieren, KOM (2001), 428 endg., 6ff., 10.

¹⁵⁷ Ein zentraler Grund hierfür ist, dass die Hochzonierung der Rechtsetzung über die Problemstruktur und die Lösungsnotwendigkeiten legitimiert wird (sei es europarechtlich durch das Subsidiaritätsgebot oder internationalrechtlich gegenüber der verringerten demokratischen Legitimation der Rechtsetzungsakte), deren Ausgestaltungsdichte aber zugleich begrenzt.

¹⁵⁸ Vgl. nur die Verfahrenstypen im Vergaberecht oder im Rahmen der Neuen Konzeption bei der Produktsicherheit.

¹⁵⁹ Siehe auch *A. Voßkuhle* in: Bauer/Czybulka/Kahl/ders. (Fn. 1), 171 (179ff.), der darin einen zentralen Impuls für die Hinwendung zu einer rechtsetzungsorientierten Entscheidungswissenschaft sieht.

¹⁶⁰ Siehe näher *M. Eifert* in: Collin/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.) Generierung und Transfer staatlichen Wissens 2008 (im Erscheinen), 149 (153, 157ff.) mzn aus den europäischen Rechtsakten; siehe allgemein nur Weißbuch Europäisches Regieren, KOM (2001), 428 endg., 6ff.

¹⁶¹ Zu skeptisch insofern *Wahl* Herausforderungen (Fn. 19), 92f.

¹⁶² Den Beginn machten die Professorenentwürfe zum UGB (*M. Klopfer/E. Rehbinde/E. Schmidt-Aßmann/P. Kunig* Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, 1990; *H. D. Jarass/M. Klopfer* ua Umweltgesetzbuch – Besonderer Teil, 1994), gegenwärtig gibt es im Bereich des Informationsrechts Professorenentwürfe zum IFG (*F. Schoch/M. Klopfer* Informationsfreiheitsgesetz [IFG-ProfE], 2002) und zum ArchG (*F. Schoch/M. Klopfer/H. Garstka* Archivgesetz [ArchG-ProfE], 2007).

entwicklung¹⁶³ zeigen ein neues Selbstvertrauen der Jurisprudenz¹⁶⁴ und eine erhöhte Rezeptionsbereitschaft der Politik.¹⁶⁵

Der steuerungswissenschaftliche Ansatz übernimmt im zweckorientierten, verzeitlichten Verwaltungsrecht damit einen bedeutenden Teil systematisierender Vorarbeiten.¹⁶⁶ Genau hierfür wurde früher, unter entsprechend anderen Rahmenbedingungen, die Juristische Methode¹⁶⁷ ausdrücklich gelobt.

b) Rechtliche Disziplinierung politischer Dynamik

Der steuerungswissenschaftliche Ansatz kann aber auch umgekehrt, also reaktiv, die rechtliche Bewältigung politischer Entwicklungen anleiten. Die vielfältigen tatsächlichen Verlagerungen von überkommenen staatlichen Aufgaben auf Private etwa wurden zunächst über die Heuristik der „Gewährleistungsverantwortung“ normativ greifbar.¹⁶⁸ Mit einer steuerungswissenschaftlichen Perspektive konnten dann die Regelungsstrukturen systematisch erfasst¹⁶⁹ und die Einwirkungsnot-

¹⁶³ Siehe nur *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka* Modernisierung (Fn. 149); *J. Masing* Regulierungsverwaltung (Fn. 92).

¹⁶⁴ Siehe zum „Abschied vom Kodifikationsgedanken“ in den 1980er Jahren als Ausdruck eines „prekären Selbstbewusstseins der Rechtswissenschaft“ *H. Dreier* in: *Walter* (Fn. 6), 55 (63 mwN in Fn. 54).

¹⁶⁵ Sie kann dabei über die engen institutionellen Verflechtungen vor allem zwischen der Ministerialbürokratie und der Wissenschaft (zumindest national) auch gegenwärtig faktisch in die Rechtspolitik hineinwirken (als institutionelle Verbindungen seien vor allem die Wissenschaft und Praxis umspannenden Fachgesellschaften und Großkommentierungen sowie die Beiräte in den Ministerien und Behörden und die üblichen Mischungen bei fachspezifischen Tagungen genannt). Die Rechtsberatung begegnet insofern geringeren Verständigungsbarrieren als die allgemeine Politikberatung. Zu deren euphorischer Aufbruchstimmung in den 1960er und 1970er Jahren und dem anhaltenden, wenngleich nüchterner betrachteten Bedarf nur *W. Rudloff* in: *Collin/Horstmann* (Hrsg.) *Das Wissen des Staates*, 2004, 216 ff.

¹⁶⁶ Die Steuerungstheorie bildet damit gerade ein Konzept einer Rechtsgewinnungstheorie auf mittlerer Abstraktionshöhe, das in jüngerer Zeit zu Recht verstärkt gefordert wird (siehe nur *O. Lepsius* DV, Beiheft 7, 2007, 319 [366]). Auf entsprechende Vorleistungen auch für die Rechtsprechung weist zu Recht *F. Schoch* DV, Beiheft 7, 2007, 177 (206f.) hin.

¹⁶⁷ Vgl. nur *Meyer-Hesemann* Methodenwandel (Fn. 7), 26 Fn. 53 mwN.

¹⁶⁸ Zur Funktion des In-Beziehung-Setzens der Entwicklung zu den rechtlichen Schutzanforderungen *E. Schmidt-Aßmann* DV, Beiheft 2, 1999, 177 (179).

¹⁶⁹ Vgl. etwa in funktionaler Perspektive *H.-H. Trute* DVBl. 1996, 950 (951 ff.); *M. Schmidt-Preuß* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *VVDStRL* 56 (1997), 160 (176 ff.); in zeitlicher Ordnung *A. Voßkuhle* in: *Schuppert* (Hrsg.) *Jenseits von Privatisierung und „schlanke“ Staat*, 1999, 47 (69 ff.).

wendigkeiten und -möglichkeiten herausgearbeitet werden.¹⁷⁰ Darüber wurden sie schließlich einer differenzierten dogmatischen Einpassung¹⁷¹ zugänglich.¹⁷²

3. Perspektivenergänzung durch Reformulierung

Neben der funktionalen Ergänzung bei Einzelfragen und dem zeitlichen Wechselspiel bei der Entwicklung neuer Rechtsbereiche ergänzen sich die Ansätze auch im Blick auf traditionelle Rechtsbereiche. Ein Beispiel bildet das Recht des Öffentlichen Dienstes. Unter Anwendung der Juristischen Methode wurde die Beziehung zwischen Dienstherren und Beschäftigten als Rechtsbeziehung herausgearbeitet und das Rechtsgebiet danach strukturiert.¹⁷³ Die sich neuerdings entfaltende steuerungswissenschaftliche Reformulierung¹⁷⁴ zieht ergänzend Verbindungslinien zwischen dem Binnenverhältnis und der Aufgabenerfüllung der Verwaltung. Reformkomponenten wie leistungsbezogene Besoldung oder Führungspositionen auf Zeit können dann besser aufgabenspezifisch beurteilt¹⁷⁵

¹⁷⁰ Grundlegend in der Bündelung als Gewährleistungsverwaltungsrecht *Voßkuhle* Beteiligung Privater (Fn. 92), 307 ff.; siehe auch zur funktionalen Privatisierung *M. Burgi* DV 33 (2000), 183 (200 ff.); zur Steuerung der Privaten über Verwaltungsverträge *H. Bauer* DÖV 1998, 89 ff.

¹⁷¹ Vgl. nur die konkrete Diskussion über die Änderung der Regeln des Verwaltungsvertrages im VwVfG oder die Überlegungen von *M. Burgi* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 139), 155 (184 ff.) zur rechtssystematisch geeigneten Verankerung und ggf. Einpassung der Anforderungen. Auch die gegenüber der rechtlichen Zulässigkeit restriktivere und im dogmatischen Zugriff traditionellere Arbeit von *B. Remmert* Private Dienstleitungen in staatlichen Verwaltungsverfahren, 2003, bekommt das Phänomen nur durch eine verwaltungswissenschaftliche Analyse und nicht mittels der juristischen Methode zu fassen.

¹⁷² Eine ähnliche Entwicklung ließe sich für die Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft nachzeichnen (dazu nur die Beiträge von *J.-P. Schneider*, *A. Voßkuhle* und *T. Groß* in DV 34 [2001], 317 ff., 347 ff., 371 ff.).

¹⁷³ Beispielhaft drückt sich dieses Vorgehen auch heute noch in den Lehrbuchdarstellungen aus, die entlang dem Beamtenverhältnis organisiert sind (siehe nur *P. Kunig* in: Schmidt-Aßmann [Fn. 82], 6. Kap.).

¹⁷⁴ Siehe *A. Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Fn. 20), § 43; *T. Hebele* Verwaltungspersonal – Eine rechts- und verwaltungswissenschaftliche Strukturierung (im Erscheinen). Dass bereits Erkenntnis für sich und damit auch eine Reformulierung bekannter Zusammenhänge an sich schon ein legitimes Ziel rechtswissenschaftlicher Arbeit bildet, betont im Übrigen zu Recht *M. Morlok* DV, Beiheft 7, 2007, 49 (74).

¹⁷⁵ Siehe für eine funktionale innerpersonalrechtliche Differenzierung die Begrenzung von Führungspositionen auf Zeit auf Leitungsaufgaben in einem engeren Sinne (*A. Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. [Fn. 20] § 43, B. IV. 2. f.); eine Dif-

und der Wandel der Aufgabenerfüllung auch als Frage des Personalrechts thematisiert werden.¹⁷⁶

4. *Erweiterung des Blicks und des Feldes der Dogmatik: Information, Kommunikation, Wissen*

Eine wichtige Funktion des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes besteht in der Entdeckung und Erschließung neuer relevanter Schichten im Verwaltungsrecht. Der Verhaltensbezug und die Reflexionsebene rücken Themen in den Blick, die von den Selektionskriterien der Juristischen Methode nicht erfasst werden. Der Bedeutungszuwachs von Verfahren und Organisation als Herstellungsbedingungen der Entscheidung wurde erwähnt. Das Herzstück besteht aber in deren Substrat, in der Erfassung von Information, Kommunikation und Wissen in der Verwaltung. Vor allem für Entscheidungen unter Ungewissheit, wie im Risikorecht oder bei der Regulierung dynamischer Märkte, wird es zentral.¹⁷⁷

Aus der Perspektive der Juristischen Methode spielen die informationellen Grundlagen der Verwaltung nur eine nachrangige Rolle. Die Kommunikationsbeziehungen der Verwaltung sind auf den einzelnen Rechtsakt zentriert und ihre rechtliche Strukturierung konzentriert sich vor allem auf zwei Fragen: die Verteilung der Pflichten zur Sachverhalts-

ferenzierung leistungsbezogener Vergütung müsste jedenfalls die je nach Aufgaben unterschiedlich gut mögliche Leistungsbewertung berücksichtigen (zu den Problemen der Methode der Leistungsbewertung als Achillesferse leistungsgerechter Bezahlung nur *Hebeler* Verwaltungspersonal [Fn. 174], 6. Kap. A.II.4.). Vgl. auch für die Verbindung von Verwaltungsorganisationsrecht, Aufgabenbezug und Personalrecht mit Bezug auf das neue Steuerungsmodell *W. Oechsler* in: Hill/Hof (Hrsg.) Wirkungsforschung zum Recht II, 2000, 387 ff.

¹⁷⁶ So wird etwa die Bedeutung der offenen Kommunikation im Außenverhältnis betont und mit den tradierten Kommunikationsmustern hierarchischer Verwaltung kontrastiert. Siehe zum Zusammenhang nur *J. Weibler* DV 29 (1996), 539 ff. und jetzt umfassend *Hebeler* Verwaltungspersonal (Fn. 174), 2. Kap. C.I.1. und 6. Kap. A. II.1. Die Erkenntnis der neuen Herausforderungen wie etwa an die Kommunikationsfähigkeit müssen dabei nicht notwendig in rechtlichen Konsequenzen münden, doch wird die Frage danach eben systematisch gestellt (vgl. etwa die sehr skeptische Einschätzung zur Steuerungsfähigkeit des Rechts im Bereich der Personalführung bei *Hebeler* ebd., 7. Kap. C.).

¹⁷⁷ Siehe für das Risikorecht nur *A. Scherzberg* Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht – Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen, VVDStRL 63 (2004), 214 (225 ff., 234 ff.); *I. Appel* in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Fn. 5), 327 (336 ff.) hinsichtlich der kommunikativen Dimension in der Durchsetzung wie der hier im Vordergrund stehenden Notwendigkeit zur Wissensgenerierung.

ermittlung und die Verfahrenbeteiligung.¹⁷⁸ Das Konzept gerichtlicher Kontrolle geht davon aus, dass die relevante Entscheidungsgrundlage grundsätzlich eigenständig rekonstruiert und Informationsdefizite jedenfalls auf ihre Erheblichkeit hin geprüft werden können.

Systemprägend ist damit die Vorstellung eines punktuell relevanten, grundsätzlich angemessen verfügbaren und argumentativ eigenständig kontrollierbaren¹⁷⁹ Wissensbestandes. Unter Ungewissheit und bei dynamischen Märkten ist dieser aber gerade nicht gegeben. So muss das angemessene Netzzugangsentgelt erst komplex modelliert und die Wirkung von Stoffen erst systematisch erforscht werden.¹⁸⁰

Nach der Juristischen Methode sind Entscheidungen unter Ungewissheit zunächst eine Frage der Entscheidungskompetenz und sie werden letztlich durch eine Problemverschiebung in dogmatisch unterbelichtete Zonen bewältigt. Die Verwendung höchst unbestimmter Rechtsbegriffe sichert formal die Gesetzesbindung und die verbreitete exekutivische Normsetzung ist traditionell¹⁸¹ wenig strukturiert.

In der steuerungswissenschaftlichen Perspektive rücken das Wissen der Verwaltung und ihre Informationsordnung notwendig ins Zentrum. Der Blick auf die Herstellungszusammenhänge legt offen, dass Verwalten im Kern aus Informationsverarbeitung besteht.¹⁸² Die Qualität des

¹⁷⁸ Kennzeichnend ist insofern das weite und gegen Kontrolle stark abgeschirmte (*P. Stelkens/H. Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* [Fn. 92], § 10 Rn. 19) Verfahrensermessen und die Amtsermittlungspflicht, die inhaltlich vor allem durch das jeweilige Fachrecht auszufüllen ist, in den allgemeinen Eckpunkten, wie der grundsätzlichen Zulässigkeit von Typisierungen, der intensivierten Erforschungspflicht bei vorliegenden konkreten Anhaltspunkten (zu beidem nur *P. Stelkens/D. Kallerhoff* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* ebd., § 24 Rn. 25 ff.) und der dann punktuellen Ergänzung des Wissens unter anderem durch andere Behörden oder externe Sachverständige (§ 26 VwVfG), aber vor allem auf eine relativ stabile und verfügbare Wissensgrundlage abstellt. Der Verfahrensbeteiligung wurde zunächst vor allem die Rolle des Rechtsschutzes zugewiesen, mittlerweile angesichts der immer weiter gezogenen Kreise von Verfahrenbeteiligten bei komplexen Entscheidungen aber auch verbreitet die Bedeutung als Informationssammlung anerkannt.

¹⁷⁹ Die Kontrolle der Verwaltungsentscheidung setzt nämlich grundsätzlich an der Darstellung an, die zwar auch Prozesse der Herstellung umfassen, diese aber nicht positiv steuern kann (siehe näher zu Leistungsstärke und -grenzen der darstellungsbezogenen Kontrolle *H.-H. Trute* in: *Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem* [Fn. 5], 293 ff.).

¹⁸⁰ Zur umweltverwaltungsrechtlichen Delegation der Risikosteuerung auf wissensgenerierende administrative Verfahren zusammenfassend *Scherzberg* Risikosteuerung (Fn. 177), 245 ff.

¹⁸¹ Eine nähere dogmatische Durchdringung unternehmen aber *T. v. Danwitz* Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, 1989; *A. Uhle* Parlament und Rechtsverordnung, 1999.

¹⁸² *G. F. Schuppert* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/ders.* (Fn. 30), 65 (98); *ders.* Verwaltungswissenschaft (Fn. 32), 740 ff.; *A. Voßkuhle* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-*

verfügbaren Wissens wird zentraler Parameter der angestrebten richtigen Entscheidungen und Zielwert für Organisation und Verfahren.¹⁸³ Der Maßstab der Richtigkeit transponiert zugleich die Probleme von Ungewissheit und Dynamik von einer Kompetenzfrage in die Aufgabe strukturierter Bearbeitung. In Verbindung mit der Wirkungsorientierung werden die systematische Fortentwicklung der Wissensbestände und deren Verknüpfung mit der konkreten Verwaltungstätigkeit im Sinne eines handlungsrelevanten Lernens zur verwaltungsrechtlichen Aufgabe.¹⁸⁴

Das wissenschaftliche Aufmerksamkeitsfeld wird also von vornherein auf Informationsverarbeitung eingestellt, beginnt früher, reicht tiefer in die Verwaltung hinein¹⁸⁵ und erhält eine explizit zeitliche Dimension.

Der steuerungswissenschaftliche Ansatz führt so zur Begleitung der Ausgestaltung von Herstellungszusammenhängen¹⁸⁶ und der verwaltungsrechtsdogmatischen Erschließung neuer Ordnungskategorien.

Abmann (Fn. 117), 349 (353); zuvor aber bereits in den Blick gerückt im Rahmen der Diskussion um Beteiligung und Mitwirkung Privater, zB *W. Schmitt Glaeser* Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), 179 (194f.). Zu eng die Annahme von *I. Spiecker gen. Döhm* DVBl. 2007, 1074, dass es hier nur um Informationsaustausch ginge. Gerade die Vertrauensbildung wird in vielen Kontexten betont (siehe etwa zwischenbehördlich *H. C. Röhl* Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000, 46 ff.).

¹⁸³ *E. Schmidt-Abmann* in: Hoffmann-Riem/ders./Schuppert (Fn. 30), 11 (40); *ders.* in: Hoffmann-Riem/ders. (Fn. 117), 405 (407); *W. Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Abmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 9 (22 ff.); *A. Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Fn. 117), 349 (353); *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 38), 752: Verwaltungsentscheidungen als verfahrensstrukturierte Organisationsentscheidungen.

¹⁸⁴ Vgl. nur *W. Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Abmann (Fn. 183), 9 (63 ff.); Zum verfassungsrechtlichen Gebot solcher Mechanismen angesichts der durch Beurteilungs- und Prognosespielräume ausgedünnten Möglichkeiten der Rechtskontrolle *K.-H. Ladeur* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Fn. 117), 225; *M. Eifert* DV, Beiheft 4, 2001, 137 (142); zu Ansätzen einer hierauf gerichteten Prozeduralisierung *K.-H. Ladeur* Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995, 118 ff. und passim; *D. Wolfram* Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts, 2005, 43 ff.; als allgemeine gesetzgeberische Umsetzung wird der gesetzliche Hinweis auf ein „Qualitätsmanagement im Sinne einer dialogischen Begleit- und Folgenbetrachtung von Verwaltungshandeln“ vorgeschlagen (*J. Ziekow* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann [Fn. 139], 349 [382]).

¹⁸⁵ Siehe auch *T. Vesting* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Fn. 35), § 21 Rn. 46.

¹⁸⁶ Hier fallen Rechtsanwendung und politische Gestaltung zu erheblichen Teilen in Eins. Deshalb sind die für politische Entscheidungen schon immer als zentral anerkannten Herstellungsbedingungen hier auch für die Verwaltung rechtlich näher zu erfassen (zur Separierung von Recht und Politik als Element der deutschen Rechtskultur nur *O. Lepsius* DV, Beiheft 7, 2007, 319 [334]) und – in Ermangelung begründungsentlasten-

Die Sicherung der Datenqualität in den Verwaltungen wird rechtlicher Zielwert,¹⁸⁷ die Informationsinfrastruktur der Verwaltung ein eigenständiger Gegenstand¹⁸⁸ sowie die Erschließung auch privaten Wissens für die Aufgabenerfüllung eine verwaltungsrechtliche Problemstellung.¹⁸⁹

Dabei können neben orientierungssichernden Leitideen wie dem Lernerfordernis auch dogmatische Grundsätze entwickelt werden. In Anknüpfung an das Bundesstatistikgesetz¹⁹⁰ und die Errichtungsakte europäischer Agenturen¹⁹¹ können z.B. für Behörden mit der Aufgabe allgemeiner Wissensgenerierung eine politische Unabhängigkeit und eine wissenschaftliche Orientierung als organisationsrechtliche Anforderung abgeleitet werden.

der unmittelbarer demokratischer Legitimation der Entscheidung (darauf verweisen vor allem jene Stimmen, die Begründungspflichten für den Gesetzgeber ablehnen, vgl. zuletzt C. Waldhoff FS Isensee, 2007, 325 ff.) – einem besonderen Anspruch auf Rationalität ausgesetzt. Allerdings genügt eine einfache Forderung nach Eigenprogrammierung durch Konzepte hier nicht. Denn im Gegensatz zu der oben angesprochenen Selbstbindung durch Konzeptpflichten ist hier das notwendige Wissen nicht aktuell verfügbar, weil es etwa um das noch unbekannte Risikopotential von Stoffen und nicht nur um eine Lastenverteilung unter Verursachern oder um das grundsätzlich zugängliche verstreute Wissen um Märkte statt um das polizeilich konzentrierte Wissen um Kriminalitätsmuster geht.

¹⁸⁷ Vgl. E. Schmidt-Aßmann in: Hoffmann-Riem/ders. (Fn. 117), 405 (410), als Element einer Zieltrias des Rechts der Informationsgesellschaft 418.

¹⁸⁸ Vgl. E. Schmidt-Aßmann in: Hoffmann-Riem/ders. (Fn. 117), 405 (412f.); K.-H. Ladeur in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 35), § 22; zur schon lange bestehenden hohen Bedeutung aus der Binnensicht der Verwaltung nur H. Kübler, Informationstechnik in Verwaltungsorganisationen, 1987, 71 ff.

¹⁸⁹ Vgl. zur notwendigen vielfältigen Vernetzung nur etwa R. Pitschas in: Kloepper (Hrsg.) Technikentwicklung und Technikrechtsentwicklung, 2000, 73 (90 ff.); M. Eifert DV, Beiheft 4, 2001, 137 (146 ff.); I. Spiecker gen. Döhmman DVBl. 2006, 278 ff.

¹⁹⁰ Vgl. § 2 BStatG.

¹⁹¹ Siehe etwa Art. 22f. VO (EG) 178/2002 (ABl. EG 2002 L 31/1) für die Europäische Lebensmittelbehörde und die Erwägungsgründe 34f.; 40, 46f.; 54 und 56; Art. 57 VO (EG) 726/2004 (ABl. EG 2004 L 136/1) für die Europäische Arzneimittelagentur und, wenngleich weniger aussagekräftig, Art. 77 Abs. 1 VO (EG) 1907/2006 (ABl. EG 2006 L 396/1) für die Europäische Agentur für chemische Stoffe und schließlich Art. 2 lit. ii Spstr. 1 sowie die Erwägungsgründe 9f. der VO 1210/90 (ABl. EG 1990 L 120/1) für die Europäische Umweltagentur.

V. Fazit

Das Fazit kann kurz ausfallen:

Das Vermächtnis und die Arbeitsweise der Juristischen Methode sind unverzichtbar. Ebenso unverzichtbar ist es aber, sie systematisch durch den steuerungswissenschaftlichen Ansatz zu erweitern, um das gesamte Verwaltungsrecht mit seinen Aufgaben und Herausforderungen erfassen und dogmatisch disziplinieren zu können. Es benötigt eben mehr als ein Auge, um alle Dimensionen sehen zu können.

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch

(1) Die disziplinäre Identität der Verwaltungsrechtswissenschaft ist latent instabil. Ihren traditionellen Bezugspunkt bildet die „Juristische Methode“, deren Siegeszug beständig von kritischen Stimmen begleitet war. Durch den steuerungswissenschaftlichen Ansatz wurden der Umgang der Verwaltungsrechtswissenschaft mit dem Verwaltungsrecht erneut nachhaltig herausgefordert und das Bedürfnis nach Selbstvergewisserung aktualisiert.

(2) Die „Juristische Methode“ ist nicht abschließend umrissen, aber durch historisch verfestigte Merkmale charakterisiert. Dies sind insbesondere: Rechtsaktbezug; begriffliche Ordnung; Handlungsformen; gerichtsorientierter Rechtsschutz. Ihre hohe Selektivität erlaubt eine klare Systembildung, aber um den Preis thematischer Verengung.

(3) Als nachhaltige und unverzichtbare Leistungen der Juristischen Methode sind insbesondere hervorzuheben: die rechtliche Disziplinierung von Herrschaft durch Formgebung; die Ausarbeitung eines Kanons an Handlungsformen als zentraler Ordnungskategorie; die Konturierung des Bürgerstatus über die subjektiven Rechte sowie das identitätsprägende methodische Bewusstsein um den normativen Charakter der Verwaltungsrechtswissenschaft.

(4) Insbesondere die teleologische Auslegung etablierte über die Bedeutung des Zwecks den Bezug zur Verwaltungsaufgabe; nicht zuletzt wegen der wachsenden Komplexität von Verwaltungsaufgaben fällt es der Juristischen Methode aber schwer, den Aufgabenbezug konzeptionell hinreichend zu verarbeiten.

(5) Beim steuerungswissenschaftlichen Ansatz rückt der Bewirkungsauftrag des Rechts im modernen Staat in den Vordergrund, also die Sicherung sachgerechter Aufgabenwahrnehmung. Steuerung meint „etwas zur Folge haben sollen“ und nimmt die zukunftsgerichtete und normativ eingebettete Perspektive von Gesetzgeber und Verwaltung auf.

(6) Im Mittelpunkt der Betrachtung steht die Funktion des Rechts als Verhaltensanleitung. Seine Vielgestaltigkeit wird vor allem durch Bewirkungsmodi oder Regulierungsformen systematisiert. Die Gestaltungsaufgabe der Verwaltung rückt verstärkt in den Blick.

(7) Der Ansatz steht im Kontext sozialwissenschaftlicher Diskussionen, knüpft aber stark an rechtswissenschaftliche Entwicklungen an. Bei der dog-

matischen Arbeit wird ein Aufgabenbezug so hergestellt, dass der Ansatz nicht in die beschreibende staatswissenschaftliche Methode zurückfällt.

(8) Entwicklungen und Erfahrungen der Praxis werden unter Heranziehung technischer, gesellschafts- und wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse aus normativer Perspektive auf ihre Angemessenheit zur Problemlösung reflektiert und zu Bauelementen geformt. Die Verknüpfungen folgen dabei häufig Heuristiken.

(9) Die Breite und Dynamik der Positivierung des Verwaltungsrechts sowie neue europarechtliche Elemente werden zum Anstoß für umsichtige Fortbildungen des verwaltungsrechtlichen Systems unter Nutzung spezifischer Felder des besonderen Verwaltungsrechts als Referenzgebiete.

(10) Die Ansätze sind konzeptionell unabhängig von den Diskussionen in der juristischen Methodenlehre. Entsprechend besteht Einigkeit hinsichtlich der beiden zentralen Anschlusspunkte: Über die Relevanz der Erkenntnisse anderer Wissenschaften in der Rechtsanwendung entscheidet das Recht, und die Auslegung von Rechtsnormen führt nicht notwendig oder auch nur regelmäßig zu einem einzig richtigen Ergebnis.

(11) Juristische Methode und steuerungswissenschaftlicher Ansatz betreiben beide Dogmatik. Es bestehen aber insbesondere Unterschiede in der Aufmerksamkeitsverteilung gegenüber Rechtsbereichen, dem Umgang mit Gestaltungsspielräumen und dem Abstraktionsgrad der Systembildung.

(12) Die Juristische Methode ist vorrangig auf die subjektiv-rechtlichen Gehalte konzentriert, der steuerungswissenschaftliche Ansatz bezieht stärker die objektiv-rechtlichen Gehalte ein, insbesondere aus dem Organisations- und Verfahrensrecht.

(13) Bei den Gestaltungsspielräumen nur die Grenzen zu thematisieren, ist hinsichtlich der Gewaltengliederung funktional, entspricht aber nicht dem Verwaltungsrecht selbst. Die Differenzierung in Handlungs- und Kontrollnormen weist seinen weitergehenden normativen Anspruch aus. Der Konkretisierung von Handlungsnormen fehlt ein institutioneller Rahmen, der dem Dialog mit der Rechtsprechung vergleichbar wäre.

(14) Die Systembildung ist ein zentrales Anliegen beider Ansätze. Die Ordnungskategorien der Juristischen Methode (z.B. die Handlungsformen) bewegen sich auf einem sehr hohen Abstraktionsniveau, während die Bauformen des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes meist auf einem mittleren Abstraktionsniveau entwickelt werden.

(15) Die Steuerungsperspektive leitet eine aufgaben- und problembezogene Systembildung zwischen Allgemeinem Verwaltungsrecht und den fachgesetzlichen Einzelregelungen an.

(16) Auf der theoretischen Ebene sind die Arbeitsweisen nicht fest mit bestimmten rechtstheoretischen oder gesellschaftswissenschaftlichen Angeboten verkoppelt. Der entscheidende Zugewinn des steuerungswissenschaft-

lichen Ansatzes besteht im systematischen, theoretisch angeleiteten Abgleich der konzeptionellen und praktischen Leistungen des Verwaltungsrechts mit seinen Ansprüchen, namentlich Herrschaftsbegrenzung und Gemeinwohlverwirklichung.

(17) Der steuerungswissenschaftliche Ansatz führt neben dogmatischen Neujustierungen zur Markierung rechtspolitischen Handlungsbedarfs und der Entwicklung rechtsgestaltender Konzepte.

(18) Auf allen Ebenen von Rechtsentwicklung und -gestaltung (Konkretisierung des Sachziels, Instrumentenentwicklung und Auswahl der Instrumente) gibt es spezifisch rechtswissenschaftliche Beiträge. Das oft implizite Wissen aus dem Umgang mit dem Erfahrungsspeicher Recht und mit der Verwaltung entwickelt seine Produktivität vor allem in der Auseinandersetzung mit wissenschaftlichen Erkenntnissen.

(19) Das Verwaltungsrecht muss in einen systematischen, fortwährenden Dialog von Rechtsanwendung, Rechtsetzung und wissenschaftlicher Reflexion gestellt werden.

(20) Die juristische Dogmatik ist von jeher auch auf außerrechtliche Erkenntnisse angewiesen. Die steuerungswissenschaftliche Arbeitsweise erlaubt insbesondere die Rekonstruktion von Wirkungszusammenhängen, die zu einem notwendigen Bestandteil der dogmatischen Argumentation werden.

(21) Durch eine steuerungswissenschaftlich angeleitete Typenbildung unterhalb von Grundformen des allgemeinen Verwaltungsrechts wird die Rechtsentwicklung als Ausdifferenzierung erfassbar – und ist nicht etwa bedrohliche Erosion der Dogmatik.

(22) Die erhebliche Eigenständigkeit der Verwaltung in vielen Bereichen des Verwaltungsrechts macht deren Wissen und Handlungsflexibilität verstärkt nutzbar, birgt aber auch die Gefahr rechtsstaatlicher Entfesselung. Ein Ausbau der Kontrollichte wäre angesichts des Gestaltungsauftrags der Verwaltung keine angemessene Antwort. Es sind neue Anforderungen zu entwickeln, so etwa Pflichten zur Eigenprogrammierung, insbesondere Konzeptpflichten.

(23) Als Schlüssel zur angemessenen Herrschaftsbegrenzung dienen weiterhin (Handlungs-) Formen, die aber stärker ausdifferenziert werden müssen.

(24) Gesellschaftliche Herausforderungen können zwar analytisch in eine politische und rechtliche Verarbeitung aufgespalten werden. Faktisch greifen beide aber anhaltend und unausweichlich ineinander. Der Rechtswissenschaft kommt dabei eine entscheidende Scharnierfunktion zu. Vor allem die Verwaltungsrechtsetzung ist auf eine instrumentenorientierte Steuerungsperspektive angewiesen, die Bausteine zur Bewältigung der Problemlagen bereithält.

(25) *Vor allem drei Entwicklungen machen den steuerungswissenschaftlich angeleiteten Zugriff auf die Rechtsgestaltung immer bedeutsamer: der Problembezug übernationaler Vorgaben, die immanente Verzeitlichung des Verwaltungsrechts durch die europäische Rechtsetzungskultur und die vorsichtige Renaissance des Kodifikationsgedankens.*

(26) *Eine wichtige Funktion des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes besteht in der Entdeckung und Erschließung neuer relevanter Schichten des Verwaltungsrechts. Ein Herzstück bildet hier die Erfassung von Information, Kommunikation und Wissen in der Verwaltung und deren Rückbezug auf die Aufgabenerfüllung.*

(27) *Aus der Perspektive der Juristischen Methode ist die Vorstellung eines punktuell relevanten, grundsätzlich angemessen verfügbaren und argumentativ eigenständig kontrollierbaren Wissensbestandes systemprägend. Diese Vorstellung vermag Entscheidungen unter Ungewissheit und hinsichtlich dynamischer Märkte nicht hinreichend zu verarbeiten.*

(28) *Im steuerungswissenschaftlichen Ansatz werden die Generierung von Wissen und damit die Qualität des verfügbaren Wissens zentrale Parameter der richtigen Entscheidung und Zielwert für Organisation und Verfahren. Das Problem der Ungewissheit wird in die Aufgabe strukturierter Bearbeitung transponiert.*

(29) *Das wissenschaftliche Aufmerksamkeitsfeld beginnt damit früher, reicht tiefer in die Verwaltung hinein und erhält verstärkt eine zeitliche Dimension. Dem entsprechen die Begleitung der Ausgestaltung der Herstellungszusammenhänge und die verwaltungsrechtsdogmatische Erschließung neuer Ordnungskategorien.*

(30) *Das Vermächtnis und die Arbeitsweise der Juristischen Methode sind unverzichtbar. Ebenso unverzichtbar ist es aber, sie systematisch durch den steuerungswissenschaftlichen Ansatz zu erweitern, um das gesamte Verwaltungsrecht mit seinen Aufgaben und Herausforderungen erfassen und dogmatisch disziplinieren zu können.*

3. Aussprache und Schlussworte

Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch

Starck: Ich habe mich während dieser Vorträge gefühlt wie in einem Schiff, dem Staatsschiff, auf hoher See, und zwar bei dem ersten Vortrag sogar wie in einem Flugboot, weil er so schnell gesprochen wurde. Ich habe mir überlegt, wer die Steuerleute auf hoher See oder, besser gesagt, die steuernden Institutionen sind und was Neues durch die Steuerwissenschaften gewonnen worden ist. In meinen Vorlesungen zum Verwaltungsrecht ging es um die Verwaltungsaufgaben, die zu ihrer Erledigung erforderlichen Verfahren und Handlungsformen, die Gesetzgebung, die exemplarisch darzustellen ist, um die Auslegung der Gesetze für die Rechtsanwendung, um die Ausfüllung der Ermessensräume durch die Verwaltung in Form von Einzelakten oder in Form von Verwaltungsvorschriften, durch die versucht wird, Ermessensräume vorausschauend generell zu füllen und dann ging es bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit um die Rechtsfortbildung oder das Richterrecht. Es war ja interessant, dass Sie alle diese Begriffe, die ich jetzt genannt habe, auch in Ihrem Vortrag ziemlich am Ende erwähnt haben und insoweit auf die uns bekannten Begriffe der Rechtsmethodik und -dogmatik Bezug genommen haben. Ich verweise der Kürze halber auf die Thesen 26 und 27 von Herrn Appel und die These 3 von Herrn Eifert. Nun soll Empirie ins Verwaltungsrecht hineingebracht werden, und zwar sowohl in die Verwaltungsrechtsgesetzgebung als auch in die Anwendung des Verwaltungsrechts, und das soll mit Hilfe der Steuerungswissenschaft geschehen. Verwaltungsgesetze werden für die Wirklichkeit gemacht, deshalb spielt bei der Vorbereitung der Gesetze und im Gesetzgebungsverfahren die Empirie unter dem Gesichtspunkt des politischen Wollens schon immer eine entscheidende Rolle. Auch Gesetzesanwendung, sogar Rechtsdogmatik kommt nicht ohne Empirie aus, die freilich durch normative Fragestellungen geleitet ist, wie es richtig in den Thesen 8 und 10 von Herrn Eifert heißt. Das gilt besonders für die Ermessenslehre und die konkrete Ermessensentscheidung. Wenn man allerdings an die Ermessenslehre denkt, wobei ich die unbestimmten Rechtsbegriffe mit einbeziehen möchte, dann wissen wir doch, dass die Verwaltung gar nicht so frei ist, Ermessen auszuüben; das Ermessen wird sehr stark bestimmt

durch die Grundrechte. Wir sehen da im Bundesverfassungsgericht und in der gelehrten Grundrechtsdogmatik steuernde Institutionen, über die überhaupt nicht gesprochen worden ist: Verhältnismäßigkeitsprinzip mit den Unterprinzipien, Schutzpflichten usw. Die Frage ist, was bringt uns die Steuerungswissenschaft Neues? Das muss deutlich gesagt werden. Denn wenn es wirklich so ist, dass man alles was wir schon wussten – natürlich ist Empirie in der Rechtsdogmatik erforderlich –, noch einmal anders ausgedrückt wiederfinden, dann müsste man sich überlegen, ob wir das alles in dem neuen Begriff der Steuerungswissenschaft zusammenfassen müssen. Oder wird vielleicht mit dem neuen Begriff der Steuerungswissenschaft eine Eigendynamik erzeugt, die dann letzten Endes die Normativität des Verwaltungsrechts in Frage stellt?

Kahl, W.: Beide sehr schönen Referate haben in unterschiedlicher Intensität und völlig zu Recht die Leistungsfähigkeit der Steuerungswissenschaft betont. Hinter die zahlreichen wichtigen und – in Reaktion auf Herrn Starck – auch neuen Erkenntnisse der steuerungswissenschaftlichen Reformdebatte der letzten rund fünfzehn Jahre führt meines Erachtens in der Tat kein Weg zurück.

Die Steuerungswissenschaft hat zu einer substantiellen intradisziplinären Perspektivenerweiterung geführt, wie wir mit Blick etwa auf die nichtstaatlichen Akteure, die Entscheidungsmaßstäbe, aber auch die Figur der differenzierten und pluralistischen demokratischen Legitimation der Verwaltung und die Formen autonomer demokratischer Legitimation sehen können. Der Steuerungswissenschaft sind überdies zahlreiche wichtige Brücken- bzw. Verbundbegriffe zu verdanken, die den interdisziplinären Diskurs anregen und zugleich die Anschlussfähigkeit der rechtswissenschaftlichen Forschung fördern.

Diese erste und erfolgreiche Phase der Steuerungswissenschaft, die man bezeichnen könnte als die Phase der theoretischen Grundlegung und Durchdringung, sollte nun meines Erachtens ergänzt werden durch eine zweite Phase, die ich bezeichnen möchte als die Phase des Transfers der Steuerungswissenschaft in die konkrete Rechtsanwendung oder – mit Herrn Appel gesprochen – in die „Rechtsverwirklichung“.

Was nun diesen Transfers angeht, so scheint sich mir aber bislang ein gewisses Missverhältnis zwischen dem wissenschaftlichen Aufwand der Steuerungsdebatte einerseits und der Verwertung von deren Resultaten durch die Praxis andererseits aufzutun, interessanterweise gerade im Bereich des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Beispielhaft zeigt dies der scheinbar unüberbrückbare Dissens über den Verfahrensgedanken zwischen der Lehre und der Judikatur. Aber auch die Europäisierung des Verwaltungsrechts wird nach meinem Eindruck in der deutschen Ver-

waltungsgerichtsbarkeit noch nicht überall – jedenfalls gilt dies für Leipzig – in dem Maße positiv verarbeitet, wie man sich dies wünschen könnte. Hierfür muss man nur einen Blick auf die Rechtsprechung zum Europäischen Umweltrecht werfen. In den Kommentaren zum Allgemeinen Verwaltungsrecht hat die Steuerungsdiskussion in den einleitenden Bemerkungen zwar breiten Eingang gefunden, weiter hinten, also dort, wo es konkreter wird, werden die Bezugnahmen aber schon spärlicher.

Nun gibt es sicherlich viele Gründe für diese Befunde. Sie liegen zum Teil auch in der steuerungswissenschaftlichen Debatte selbst, die die Kontexte zwischen dogmatischer und heuristischer Diskussion nicht immer hinreichend offenlegt und trennt und die mitunter auch zu wenig auf Kontinuität zu der bisherigen, im Kern bewährten grundrechtsbezogen-rechtsstaatlichen Dogmatik in Deutschland achtet. Herr Appel hat daher völlig zu Recht betont, dass wir ganz dringend auf normative Verbindungs- und Nahtstellen angewiesen sind, über die die Steuerungswissenschaft einfließen kann in die traditionelle Dogmatik. In dem Zusammenhang gestatten Sie mir die Frage an beide Referenten: Wo sehen Sie solche konkreten Verbindungs- oder Nahtstellen, man könnte auch sagen Einbruchstellen, etwa im VwVfG oder in dem geplanten Umweltgesetzbuch, über die die steuerungswissenschaftlichen Erkenntnisse konkret hereinströmen können in die traditionelle Dogmatik und damit in der Folge – so meine These – auch für die Behörden und Gerichte möglicherweise noch interessanter würden?

Schuppert: Ich möchte mich nur ganz kurz zu der These Nr. 12 von Herrn Appel äußern, in der es um das Verhältnis von Steuerung und Governance geht, und zwar mit inbrünstiger Zustimmung. Die von der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ vollzogene Heirat mit der Steuerungstheorie könnte sich als eine problematische Ehe herausstellen, weil die Braut nicht mehr die frischeste ist. Sie haben nämlich, Herr Appel, m. E. vollkommen zutreffend darauf hingewiesen, daß die Steuerungstheorie inzwischen durch die Governancetheorie ein- und überholt worden ist. Die Richtigkeit dieses Befundes kann man ganz einfach belegen. Alles, was früher Steuerung hieß, heißt heute Governance. Nun könnte man sagen: was stört uns das? Sollen wir denn jede begriffliche Modetorheit mitmachen? Wer sind wir denn?

Nach meiner Beobachtung ist es aber so, daß mit semantischen Veränderungen in der Regel auch inhaltliche Akzentverschiebungen einhergehen. Diese inhaltliche Akzentverschiebung läßt sich in einem Satz vereinfachend wie folgt beschreiben: Die Steuerungstheorie ist – wie das soeben von Herrn Starck verwendete Bild von Schiff und Steuermann

zeigt – akteurszentriert, die Governancetheorie hingegen denkt in Regelungsstrukturen und beschäftigt sich mit dem Verhalten von Akteuren in Regelungsstrukturen. Regelungsstrukturen heißt also das neue Zauberwort, häufig in Gestalt von den immer wichtiger werdenden Koordinationsstrukturen. Denn wenn es richtig ist, was Herr Scherzberg sagt, dass nämlich in der Koordination und dem Zusammenführen von staatlicher und privater Handlungskompetenz das Zentralproblem des modernen Verwaltungsstaates besteht, dann ist dieses Koordinationsproblem in der Tat ein Governanceproblem. Deswegen sollte man sich gegen diese semantische Wende von Steuerung zu Governance nicht sperren, sondern den Begriff der Regelungsstrukturen als eine Steilvorlage an unsere Disziplin wahrnehmen und behandeln. Denn wer sonst als eine als Regelungswissenschaft verstandene Rechtswissenschaft könnte sich berufen zu der Gestaltung von Regelungsstrukturen äußern: wie müssen sie beschaffen sein? Welcher Bewirkungsauftrag ist damit verbunden? Welche Gestaltungswirkung ist erstrebt?

Deswegen möchte ich eigentlich uns alle dazu ermuntern – insbesondere natürlich die Freunde des steuerungstheoretischen Ansatzes – sich in die aktuelle Governancediskussion einzuklinken und damit zu verhindern, daß unsere Disziplin in dieser wichtigen Diskussionsarena nur als sprachloser Zuschauer wahrgenommen wird.

Böckenförde: Ich möchte den beiden Referenten sehr danken für diese für mich, der dem Verwaltungsrecht ja nicht besonders nahe steht, sehr instruktiven und erhellenden Referate. Man hatte ja zunächst den Eindruck, als ob im Verwaltungsrecht sich ein grundlegender Wechsel ankündigt von dem dogmatischen Ansatz und der entsprechenden Methode zu der steuerungswissenschaftlichen. Beide Referate haben für mich sehr eindrucksvoll gezeigt, dass das ein Verhältnis der Ergänzung ist. Der dogmatische Ansatz wird erweitert, aber nicht, zusammen mit der juristischen Methode, aufgegeben. Und das scheint mir sehr wichtig zu sein. Dadurch wird auch deutlich, inwiefern dieser steuerungswissenschaftliche Ansatz fruchtbar werden kann. Es ist darauf hingewiesen worden von Herrn Appel, aber auch von Ihnen, Herr Eifert, dass vor allen Dingen dort, wo die Verwaltung normativ gesehen Handlungsräume hat, Entscheidungsspielräume wie beim Ermessen, unbestimmten Begriffen usw., dass da der steuerungswissenschaftliche Ansatz das Handeln weiter konkretisieren und orientieren kann.

Dann haben Sie, Herr Eifert, auch davon gesprochen, dass auch der steuerungswissenschaftliche Ansatz zu einer Dogmatik führt. Da dachte ich zuerst: Ist das richtig? Aber Sie haben mich überzeugt, dass auch da dogmatische Verfestigungen und systematisch-normative Vorgaben her-

vorgebracht werden können. Meine Frage ist allerdings, wie weit man dann innerhalb dieses steuerungswissenschaftlichen Ansatzes unterscheiden muss zwischen Ergebnissen, die wie eine Dogmatik sich normativ verfestigen, oder wie weit sind es Klugheitsregeln? Wenn ich Entscheidungsspielräume ausfülle, dann sind es ja im Wesentlichen Klugheitsregeln, die sich aber nicht so verfestigen, dass die Rechtsgültigkeit oder Rechtswidrigkeit des Handelns davon abhängt, dass sie auch voll beachtet werden. Gerade bei der Orientierung auf die Aufgabenerfüllung hin und die Erkenntnisse, die dafür wichtig und notwendig sind, erhebt sich diese Frage. Wir haben es ja im Verfahrensrecht etwa bei der Bauleitplanung erlebt, da ist die Beachtung solcher Regeln auch eine Bedingung der Rechtsgültigkeit. Wo anders kann es sein, dass es nur Klugheitsregeln sind: Es wird etwas anempfohlen, um Entscheidungsspielräume, die die Verwaltung hat, sinnvoll im Sinne der Aufgabenerfüllung wahrzunehmen, aber nicht jede einzelne Erkenntnis, die hierzu geliefert wird, ist eine Bedingung für die Rechtmäßigkeit.

Isensee: Meine Frage ist simpel. Was ist neu an der Steuerungswissenschaft?

Handelt es sich um einen Neubau, der neben die gute alte Dogmatik des Verwaltungsrechts in der Tradition Otto Maiers gestellt wird, oder handelt es sich um deren Umbau? Handelt es sich vielleicht nur um eine weitere innere Ausgestaltung, eine Binnendifferenzierung, oder eben doch um eine vollständige Veränderung?

Soll die Steuerungswissenschaft die normative Kraft des Rechts stärken und weiten oder ausdünnen und relativieren? Für die zweite Antwort sprechen Formeln wie die der Orientierung am Recht, die doch erheblich zurückbleibt hinter der Beachtung des Rechts oder seinem Vollzug.

Herr Appel meint, das bisherige Verwaltungsrecht habe nur die Alternative Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit gekannt. Doch es unterscheidet von jeher auch zwischen Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit. In den Referaten war die Rede von der Alternative Rechtsbindung oder Gestaltungsfreiheit. Doch auch diese Alternative entspricht nicht dem hergebrachten Verwaltungsrecht. Gegenbegriff zur strikten Rechtsbindung ist das Ermessen. Ermessen aber wird seinem Wesen nach partiell gebunden und gesteuert durch das Recht, wenngleich es durch das Recht nicht vollständig programmiert wird.

Im Übrigen kennt die Verwaltungsdogmatik vermittelnde Rechtsfiguren, die ermöglichen, fließende Übergänge zu erfassen: so die Unterscheidung zwischen Handlungsnormen und Kontrollnormen. Im Vordergrund steht die verwaltungsgerichtliche Kontrolle. Daneben gibt es

jedoch die Eigenkontrolle der Exekutive, die Außenkontrolle durch das Parlament und durch die Öffentlichkeit, nicht zuletzt durch den Rechnungshof. Jede Form der Kontrolle hat ihre eigenen Kriterien. Der Rechnungshof prüft das Finanzgebaren auf rechtliche Ordnungsmäßigkeit, auf Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Diese Maßstäbe, die auf eine Zweck-Mittel-Relation abstellen, haben dem Grunde nach rechtlichen Charakter, greifen aber über das Rechtliche, vollendete Judiziable hinaus.

Die Verfassung in ihrer Allbezüglichkeit gibt eine Vielzahl von Handlungsdirektiven und -impulsen, die nicht als Recht im engen und strengen Sinne qualifiziert werden können: die Zielvorgabe des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, das Ethos von Gemeinwohl und Gerechtigkeit, das Thema des Amtseids ist, darüber hinaus Gebote der Klugheit und des Takts. Ich frage die vielen Experten für Konstitutionalisierung, ob sie auch den Takt noch konstitutionalisieren wollen.

Eigentlich braucht die deutsche Staatsrechtslehre Good-governance-Prinzipien und Steuerungsmodelle nicht aus Amerika zu importieren. Die Lehre von der guten Verwaltung, der „guten Polickey“, hat in Deutschland beachtliche Tradition. Erinnert sei an deren Aufarbeitung durch Hans Maier in seiner Freiburger Habilitationsschrift, über die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft). Erinnert sei vor allem an den Klassiker der Verwaltungslehre, Robert von Mohl mit seiner „Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats“.

Gestern wie heute wird die juristische Methode beschworen, einmal um die wesenhafte Unsicherheit der Rechtsfindung zu demonstrieren, einmal um deren Verlässlichkeit zu begründen. Zu Methodenskepsis und Methodengläubigkeit eine Bemerkung des Kölner Altphilologen Merkelbach: Er spielt mit der Etymologie des Wortes Methode, das aus dem Griechischen stammt, und liest es als „meta ten hodon“: „hinter (nach) dem Weg“. Daher definiert er: „Methode ist der Weg, nachdem man ihn gegangen ist.“

Geis: Als einfachem Mitglied kommt es einem natürlich nicht zu, an der Themenstellung etwas zu kritisieren. Die Frage ist nur, ob hier vielleicht das Thema dazu verleitet, einen Dualismus oder gar Antagonismus zu konstruieren, der in dieser Form so gar nicht besteht. Ich habe ein wenig aus dem Vortrag von Ihnen, Herr Appel, das klassische dogmatische Verständnis des Verwaltungsrechts herausgehört, das in Richtung konditionalnormbestimmte Rechtsanwendung geht. Die Frage ist, ist das in dieser Form eigentlich realistisch? Wir müssen daran denken, dass mit dem Planungsrecht – das Sie, Herr Eifert, auch erwähnt hatten – ein Rechtsgebiet zur Verfügung steht, in dem die klassischen Be-

griffspaare „wenn-dann“, „rechtswidrig-rechtmäßig“ in dieser Form gar nicht im Vordergrund stehen. Wir haben hier Abwägungen, wir haben Konfliktvermeidungsgebote, wir haben Prozesse, bei denen Rechtssetzung und Rechtsanwendung verschwimmen, bei denen auf Interessen unterschiedlich eingegangen werden kann, und bei denen natürlich auch interdisziplinäre Ansätze herangezogen werden können. wo sich die Jurisprudenz als aus ihrer eigenen selbstverschuldeten Gefängnisstellung zu befreien im Begriffe ist. Die Frage ist also, könnte man nicht hier im Bereich des Planungsrechts, im Bauplanungsrecht, in der Landesplanung solche Ansätze durchaus als verwirklicht ansehen, so dass also die Forderung, den steuerungswissenschaftlichen Anspruch einzubeziehen bzw. die Governancediskussion (als etwas relativ Neues), gar nicht so neu ist. Hier müsste man also genauer nachforschen: Könnte man die Kategorien, die in diesen Bereich bereits seit langem entwickelt worden sind, für das Thema fruchtbar machen?

Schmidt-Aßmann: Jede Wissenschaft ist auf Selektion ihres Materials angewiesen; das gilt auch für die Verwaltungsrechtswissenschaft: Die Wahrnehmung der Verwaltungsrealität wird auf bestimmte zentrale Beobachtungsfelder reduziert, die dann die Eckpunkte des der Dogmatik zugrundegelegten Verwaltungsmodells bilden. Auch die sogenannte klassische Dogmatik ist so vorgegangen. Fraglich ist nur, ob sie die richtigen, d.h. die für die heutige Verwaltungssituation charakteristischen Merkmale erfaßt. Daran bestehen erhebliche Zweifel. An dieser Stelle eine intensive Überprüfung der überkommenen Vorstellungen zu veranlassen, ist der Ausgangspunkt des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes. Es geht also um die notwendige Selbstvergewisserung der Verwaltungsrechtswissenschaft zu leisten. Wenn eine Dogmatik durch falsche oder überholte Selektionskriterien bestimmt ist, kommt es zu Perspektivenverzerrungen, die die Steuerungsleistung des Rechts negativ beeinflussen. Die überkommene Dogmatik geht von drei zentralen Annahmen aus: die Verwaltung sei als Einheit zu konzipieren, die das Gesetz in Subsumtionstechnik vollziehe und vollständiger gerichtlicher Kontrolle unterworfen sei. Diese Annahmen bilden den Vorstellungshintergrund und definieren damit das, was die „dogmatische Normalsituation“ zu sein hat. Der steuerungswissenschaftliche Ansatz bestreitet, daß dieser Reduktionismus die Vielfalt der Erscheinungsformen von Verwaltung unter den Bedingungen der Europäisierung und Internationalisierung zutreffend erfassen kann. Den damit angestoßenen Fragen nach den wissenschaftlichen Grundannahmen läßt sich nicht mit dem Hinweis ausweichen, auch früher habe man über Verwaltungsermessens und Kriterien guter Verwaltung gesprochen. Für die überkommene Dogmatik

sind das Randpositionen und Ausnahmeerscheinungen, zu denen kaum mehr gesagt wird, als was sich aus einer gerichtlichen Kontrollperspektive anbieten mag. Die Handlungssituation der Verwaltung, der das Verwaltungsrecht Rahmen und Ziele geben soll, wird damit viel zu wenig beachtet. Dieser Mangel beeinträchtigt die verwaltungsrechtliche Systematik deshalb nachhaltig, weil die überkommene Lehre beansprucht, dogmatische Normalität zu definieren, und allen davon abweichenden Erscheinungen Rechtfertigungslasten zuweist. Wenn z.B. davon ausgegangen wird, die Verwaltung stelle grundsätzlich eine Einheit dar, dann ist ein ausdifferenziertes Verwaltungsorganisationsrecht mit unterschiedlichen Legitimationsmodellen gegenüber Hierarchievorstellungen von vornherein mit einem Nachrang versehen und unter Rechtfertigungszwang gestellt. Es ist ihre stillschweigend in Anspruch genommene Definitionsmacht über die dogmatische Normalsituation, die die überkommene Lehre für die Bewältigung der Gegenwartsaufgaben der Verwaltung ungeeignet macht. Das haben beide Referenten heute eindrucksvoll gezeigt. Mit punktuellen Korrekturen ist es nicht getan; denn wenn sich in einem System Ergänzungen als notwendig erweisen, verschieben sich automatisch alle Gewichtungen und Zuordnungen. Die Aufgabe notwendiger Perspektivenerweiterung und Neuorientierung kann allein weder von der Gesetzgebung noch von den Gerichten, sondern nur unter maßgeblichem Einsatz der Verwaltungsrechtswissenschaft geleistet werden. Die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft ist für ihre systematische Vorgehensweise im europäischen Rechtsvergleich bekannt. Wir stehen bei der Überprüfung der überkommenen Dogmatik also auch unter der Beobachtung anderer Länder, die davon lernen wollen. Diese Aufgabe sollte auch als eine Chance genutzt werden: Es geht darum, die Wirksamkeit des Rechts durch seinen dogmatischen Zuschnitt zu sichern.

Pernice: Auch ich habe viel gelernt und möchte zunächst einmal danken dafür, dass Sie auch die europäische Perspektive mit einbezogen haben – also die europäische Ebene als Teil eines Steuerungssystems, das für das Verwaltungsrecht von Bedeutung ist. Dazu gehört auch, was nachher heute Nachmittag als Thema dran kommt, nämlich das internationale Verwaltungsrecht bzw., wovon auch gestern schon die Rede war, die internationale Dimension. Diese Dimensionen muss man mit ihren Wirkungen in eine Debatte über Steuerung doch einbeziehen. Das ergibt eine schöne Verbindung der Themen von gestern und heute. Wichtig ist für mich dabei, dass Sie die Zusammenarbeit, ja die Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichten in diesem Steuerungsmodell hervorheben. Von Kooperation anstatt von Gewalt-

tenteilung zu sprechen, ist in meinen Augen nicht ganz neu, aber es ist sehr wichtig, in diese Kooperation die Kompetenz der Verwaltung, steuernd rechtsschöpferisch mitzuarbeiten, einzubeziehen. Vielleicht wäre das auch der Weg, die drei Ebenen, also die nationale, europäische und die globale Ebene, als Elemente in einem solchen Steuerungsmodell zu thematisieren und zu ergründen, was sich aus einer solchen Gesamtsicht ergeben könnte. Eine Frage habe ich dann: Was meinen Sie, Herr Appel, mit dem Begriff „jenseits der Gesetzesbindung“? Sie sprechen davon im weitesten Sinne in den Thesen 25 ff. Der Maßstab ist danach nicht die Rechtmäßigkeit, sondern die Richtigkeit. Ist das eine Alternative? Kann Richtigkeit eine Alternative sein zur Rechtmäßigkeit? Oder meinen Sie, dass im Rechtserzeugungssystem die *eine* Richtigkeit entscheidend ist. Meine Frage wäre dann, welche? Sie wollen den Richtigkeitsmaßstab dann wieder normativeren, was allerdings wieder bedeuten würde, dass Richtigkeit doch nicht mehr jenseits der Gesetzesbindung gegeben ist, sondern schöpferische Tätigkeit der Verwaltung dann doch wieder im rechts- und gesetzgebundenen Raum erfolgt. Letztens würde ich mich auch gerne anschließen an diejenigen, die doch am Ende noch nicht richtig verstanden haben, was das Neue ist bei dem Ansatz der Steuerung und ich habe Herrn Schmidt-Aßmann sehr gut verstanden. Neu ist eigentlich die Perspektive, eine neue Perspektive in der Fragestellung, was Verwaltungsrecht macht und machen kann. Vielleicht fällt Ihnen das eine oder andere Beispiel ein, an dem man diese neue Perspektive mal ganz konkret erkennen kann: Unter der Normalperspektive bedeutet Verwaltungsrecht dieses, unter der Steuerungsperspektive jenes.

Pitschas: Ich danke zunächst beiden Referenten für genussreiche Referate. Dieser Dank entbindet allerdings nicht davon, dass man Fragen anschließt und ich bitte, diese vielleicht auch als Anregungen zu verstehen. Die erste Frage, die sich mir stellt, ist die: Liegt nicht für das öffentliche Recht seit Anfang der neunziger Jahre des vorigen Jahrhunderts ein verfehelter Ansatzpunkt darin, die sozialwissenschaftliche Steuerungsdiskussion – Sie sprechen, Herr Appel, von einem „Konzept“ –, so zu übertragen, dass wir diese adaptieren bzw. überhöhen und von einer steuerungswissenschaftlichen Diskussion im Bereich der Rechtswissenschaft sprechen? Und dann kommen heutige Verwaltungswissenschaftler hinzu und reden von „Governance“, die angeblich ohne Akteure stattfindet, sondern sich nur in Strukturen bewegen soll. Die Frage ist doch, und das ist meine erste Frage, was unterscheidet den rechtswissenschaftlich-steuerungswissenschaftlichen Ansatz (Planung?) von dem hergebrachten sozialwissenschaftlichen Steuerungsansatz?

Wenn man versucht, einer solchen kritischen Anfrage nachzugehen, stoßen wir auf die Notwendigkeit der Verfeinerung und Anpassung der juristischen Methodik unter Hinwendung zu dem Gedanken des Zwecks im Recht. Deshalb wurde schon Anfang der neunziger Jahre – auch von Freunden der Steuerungswissenschaft – kritisiert, dass viel zu unüberlegt die Übernahme der Steuerungsdiskussion propagiert wurde. Es geht vielmehr um Methodik. Es geht um die juristische Methode und es gibt auch keinen Gegensatz, den das Thema suggeriert, zwischen juristischer Methode und Steuerungswissenschaft. „Steuerung“ als Zweckkonkretisierung zu verstehen, verweist nämlich auf den Zweck im Recht. P. Badura hat das schon 1968 im Anschluss an N. Luhmann dargestellt. Meine zweite Frage geht nun dahin, welche Wissenschaft als Scharnierwissenschaft die Übertragung von der Steuerungswissenschaft aus den Sozialwissenschaften, dort insbesondere von der Soziologie und Politikwissenschaft, zur Rechtswissenschaft vermittelt? Als Vertreter der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer muss ich hierzu an die Verwaltungswissenschaft erinnern. Keiner der beiden Referenten hat diese methodisch ausgewiesen; welche auch wissenschaftstheoretisch bemerkenswerte Engführung!

Voßkuhle: Die Feststellung, dass das, was die Neue Verwaltungswissenschaft proklamiert, nicht alles neu ist, ist ihrerseits nicht neu. Insofern habe ich es sehr begrüßt, dass beide Referenten das produktive Miteinander zweier Perspektiven deutlich gemacht haben. In beiden Referaten, insbesondere im Referat von Herrn Eifert, ist das Ergänzungsverhältnis zwischen Juristischer Methode und steuerungswissenschaftlichem Ansatz sehr gut deutlich geworden. Es geht eben – anders als die Formulierung des Themas durch den Vorstand suggeriert – nicht um die Entgegensetzung von Dogmatik und Steuerungswissenschaft; vielmehr betreiben auch Steuerungswissenschaftler Dogmatik, sie bedienen sich dabei lediglich anderer methodischer Zugänge, die uns allen isoliert betrachtet aber durchaus vertraut sind: Es gibt eine Tradition der Rechtstatsachenforschung, am Referenzgebiet des Eisenbahnrechts wurde z.B. in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts das Verwaltungsrecht und das Enteignungsrecht fortentwickelt, wir betreiben seit jeher juristische Folgenabschätzung, Schlüsselbegriffe wie die Das-ein-vorsorge haben immer schon unser Rechtsdenken geprägt, und auch Interdisziplinarität wird bei den Juristen gepflegt, wie sich an Fächern wie Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie oder Allgemeine Staatslehre schön zeigen lässt. Was ist also passiert, dass wir uns jetzt erneut über die Grenzen der Arbeitsweise im öffentlichen Recht und seine Methode unterhalten? Aus meiner Sicht geht es der Neuen Verwaltungsrechts-

wissenschaft bzw. dem steuerungswissenschaftlichen Ansatz um drei zentrale Anliegen: Zunächst einmal sollen methodische Problemfelder erneut reflektiert und Rationalitätsdefizite in der täglichen wissenschaftlichen Arbeit explizit gemacht werden; viele Kollegen bedienen sich neben der Juristischen Methode heute selbstverständlich anderer methodischer Zugänge, ohne über diesen Umstand und die damit einhergehenden Implikationen näher nachzudenken. Das zweite sind die bereits von Herrn Schmidt-Aßmann angesprochenen neuen Aufmerksamkeitsfelder. Es ist nach Beispielen gefragt worden. Denken Sie etwa an die Instrumentendiskussion im Umweltrecht, ein Rechtsgebiet, das ungefähr Mitte der siebziger Jahre, angestoßen durch US-amerikanische Entwicklungen, zu entstehen begann. Ausgangspunkt waren hier konkrete Umweltprobleme, die einer Lösung zugeführt werden sollten, und konkrete Gesetzgebungsvorhaben. Vor diesem Hintergrund diskutierte man in der Rechtswissenschaft verschiedene Regulierungstechniken, Instrumente und ökonomische Modellannahmen. Die klassische juristische Methode mit ihrer gerichtlichen Kontrollperspektive hatte zu dieser Diskussion nur wenig beizutragen. Deshalb fing man an, über die eigene Arbeitsweise erneut nachzudenken. Der eigentliche Vorzug dieser Entwicklung, die man mit dem Label „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ versehen oder auch anders bezeichnen kann – das sollte man nicht so wichtig nehmen – ist drittens der Umstand, dass von nun an die verschiedenen Dimensionen verwaltungsrechtswissenschaftlichen Denkens, also historisches Denken, Rechtsvergleichung, Rechtstatsachenforschung, Rechtslehre usw. zusammengeführt und mit dem rechtsdogmatischen Diskurs verknüpft wurden.

Lege: Vier kurze Punkte. Zunächst ein Nachtrag: Es ist in einem der Referate und auch gestern der Topos der einzig richtigen Entscheidung genannt worden. Ich möchte nur klarstellen, was sicherlich alle wissen: dass mit diesem Topos der einzig richtigen Entscheidung nicht eine konkrete Entscheidung gemeint ist, sondern eine regulative Idee im Sinne Kants. Niemand, der methodisch aufgeklärt ist, geht davon aus, dass es in einem konkreten Fall die nachweisbar einzig richtige Entscheidung gäbe. Dennoch ist die einzig richtige Entscheidung eine Idee, die man voraussetzen muss, weil sie auf so etwas wie juristische Richtigkeit zielt.

Damit zum zweiten Punkt. Ich habe einen gewissen Dissens mit Ihnen, Herr Eifert, im Hinblick auf den Dogmatikbegriff. Ich glaube, Dogmatik zeichnet sich nicht erst durch Stoffsammlung, Systematisierung, begriffliche Ordnung usw. aus (wenn man so will: durch Quantität). Sondern juristische Dogmatik ist schlicht die Lehre von rechtlicher und juristischer Richtigkeit. Und deren Eigengesetzlichkeit herauszuar-

beiten, insbesondere gegenüber steuerungswissenschaftlichen Optimierungsmodellen, das könnte man vertiefen.

Der dritte Punkt (jetzt ganz konkret, um die unteren Abstraktionsebenen nicht zu vernachlässigen): Es gibt ein Rechtsgebiet, das schon angesprochen wurde und in dem schon seit Jahrzehnten kräftig gesteuert wird – das Planungsrecht. Frage an beide Referenten: Wie beurteilen Sie den gegenwärtigen Stand des Bauplanungsrechts? Ich habe den Eindruck, dass dort die nötigsten Steuerungen überhaupt nicht funktionieren – die Eindämmung des Flächenverbrauchs funktioniert nicht, die einwohnernahe Versorgung mit Lebensmitteln funktioniert nicht. Und was die Fehlerfolgenlehre angeht, möge man mir § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB einmal erklären. Wie auch immer: Hat die Steuerungswissenschaft aus dem Versagen des Planungsrechts irgendetwas gelernt?

Vierter Punkt. Die Welt ist kompliziert, zumindest haben wir alle durch die Referate den Eindruck bekommen, dass dem so ist. Aber eigentlich ist die Welt gar nicht kompliziert, sondern kompliziert ist, wie wir mit der Welt umgehen. Deshalb bedarf es immer wieder der Reduktion von Komplexität, und dabei hilft vielleicht zu fragen: Wem soll die Verwaltungsrechtswissenschaft dienen? Sie, Herr Eifert, haben den Hauptdialogpartner klar benannt: Es ist die Verwaltung. Mit anderen Worten: Die Verwaltungsrechtswissenschaft soll hauptsächlich der Politikberatung dienen. Nun will ich dahingestellt sein lassen, dass die Enttäuschung über den Unwillen der Politik, sich beraten zu lassen, gelegentlich groß sein kann (wie wir gestern Abend gesehen haben). Vielleicht sollten wir uns aber ohnehin wieder mehr darauf besinnen, dass das Recht es zuvörderst damit zu tun hat, *Freiheitssphären* zu sichern, gerade gegenüber der Verwaltung und der Politik. Wie weit sich dies mit dem steuerungswissenschaftlichen Ansatz verträgt, wie weit er dem Rechnung tragen kann, das ist meine abschließende Frage.

Waechter: Ich habe den Eindruck, dass ein wesentlicher Punkt bei der Steuerungswissenschaft die Zusammenführung verschiedener wissenschaftlicher Methoden ist und ich frage mich, welchen Sinn es macht, Methoden zusammenzuführen, wenn sich die Einheitlichkeit einer Wissenschaft dadurch kennzeichnet, dass sie eine bestimmte Methode hat.

Das fängt an beim Steuerungsbegriff. Wenn man ihn so banal definiert wie „Bewirken von Wirkungen“, handelt es sich um einen empirischen Begriff. Also müsste Steuerungswissenschaft bestehen in der empirischen Untersuchung von Wirkungszusammenhängen. Das könnte geschehen auf dem Niveau von Alltagswissen (in der Art von „Landratsklugheit“), auf dem Niveau wissenschaftlicher Verwaltungswissenschaften oder em-

pirischer Soziologie. Ich selbst bin aber nun in einem Rechtsgebiet tätig – insbesondere Polizeirecht – wo wir auf empirische Forschungen zurückgreifen können, insbesondere nämlich die Kriminologie. Der Ertrag ist extrem gering. Die Forschungen der Kriminologie geben praktisch keine Anhaltspunkte für die Tätigkeit der Polizei vor. Was an weiterführenden Instrumenten erfunden wird (etwa „Gefährderansprachen“ usw.) sind die Einfälle von Polizeibeamten und nicht das Ergebnis der Kriminologie. Und ich wäre auch interessiert eine empirische Forschung zu sehen, die sagt, dass die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde mit ausnahmsweise durchgreifendem Weisungsrecht des Ministeriums genau die richtige Organisationsform ist um materiell richtige Entscheidungen der Regulierungsbehörde herbeizuführen. Das geht auch nicht. Solche Fragestellungen sind wegen der immanenten Schwierigkeiten empirischer Forschung nicht wirklich beantwortbar.

Jetzt kann man, und das wird von der Steuerungswissenschaft auch vorgetragen, den Steuerungsbegriff nicht nur empirisch, sondern auch normativ verstehen. Was ist ein normativer Steuerungsbegriff? Die Antwort fällt mir schwer. Die Steuerungswissenschaft formuliert: „etwas zur Folge haben sollen“. Was ist das? Einfach ein Geltungsanspruch oder eine Verwaltungsaufgabenlehre? Kann eine solche Aufgabenlehre ertragreich sein? Sie haben in Ihren Vorträgen gesagt, richtige Steuerung meine Richtigkeit im Sinne von Sachgerechtigkeit und Effizienz. Das sind also Klugheitsregeln und dann stellt sich in der Tat die Frage: Sollen solche Klugheitsregeln für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns erheblich sein oder nicht? Wenn sie erheblich sein können/sollen, erhalten Sie eine Juridifizierung von Zweckmäßighkeitsregeln; also eine Juridifizierung der Verwaltungswissenschaft. Ob wir das wollen? Da habe ich erhebliche Zweifel.

Schließlich habe ich neben einem empirischen und einem normativen – um die Dreieinigkeit zu vollenden in ihrer Unauflösbarkeit – auch noch einen metatheoretischen Ansatz herausgehört. Es soll auch beobachtet werden, dass gesteuert werden soll.

Welchen Sinn hat es nun eigentlich, drei so unterschiedliche Ansätze in eine einheitliche Wissenschaft zu zwingen? Ich meine, der Sinn einer methodischen Trennung liegt für Juristen doch darin, dass klar ist, was für die Gerichte erheblich ist und was nicht. Ganz allgemein macht sich eine Wissenschaft durch das klare Bekenntnis zu einer Methode wissenschaftlich kritikfähig. Der gleitende Übergang zwischen Methoden kann gegen Kritik immunisieren (man denke an den Übergang vom empirischen zum normativen Steuerungs-begriff).

Noch eine ganz kurze Anmerkung zum Schluss. Ich bin bei einem Oberverwaltungsgericht in einem Baurechtssenat tätig und die Vorstel-

lung, man könne das Verfahren kontrollieren, aber das Ergebnis nicht, ist unreal. Ich kann jeden Ergebnisfehler eines Bebauungsplanes als Verfahrensfehler festmachen. Wenn man mehr Freiheit für das Ergebnis will, müssten wir die Verfahrenskontrolle sehr viel weiter zurücknehmen. Ob Sie das wirklich wollen ist noch eine andere Frage. Und im Übrigen, Herr Lege, natürlich funktioniert die Steuerung bei der Bodensparklausel nicht, aber schauen Sie sich mal an, unter welchem Druck die Bürgermeister stehen. Da gibt es einen Investor, da sind andere Interessengruppen, der Bürgermeister ist froh, wenn er überhaupt was zustande kriegt. Dazwischen scheint mir kein Platz für Steuerungsempfehlungen von Verwaltungswissenschaftlern zu sein.

Raschauer: Ich leide, wie in Göttingen, unter der völlig falschen Alternative. Damals war es Verwaltungsakt und Rechtsverhältnis, ähnlich ist es auch hier. Die beiden Referenten haben das offenbar auch so gesehen, da sie Begriffe einbezogen haben – völlig zu recht, das will ich gerade unterstreichen –, die mit dem eigentlich Thema nichts zu tun haben: Die Organisationsfragen oder die Personalbewirtschaftung. Oder auch das hervorragende Bild: „Das Schiff bleibt flott“. Nicht: „Es fährt in eine bestimmte Richtung“, sondern „Es bleibt flott“. Das ist nämlich eine Verwaltungsaufgabe. Wenn wir uns den Titel vor Augen halten „Dogmatik oder Steuerungswissenschaft“ und uns einen beliebigen Spitzenbeamten vorstellen, so wird er sich darin nicht wiedererkennen. Er hat um neun Uhr eine Besprechung über Hochwasserrückbau, um zehn Uhr eine Bürgermeisterkonferenz über die Schließung einer Deponie und um elf Uhr irgendein Verkehrsproblem zu besprechen. Wenn er dann am Abend Bilanz zieht, waren es vielleicht zwanzig Prozent Rechtsfragen und vielleicht waren es zwanzig Prozent in der Nähe dessen, was man gesetzgebungsakzessorische Steuerungsfragen nennen könnte. Den Spitzenbeamten müssen wir uns vorstellen als einen Organisten. Er hat eine riesige Orgel mit Manualen und Registern, und seine Expertise besteht darin, dass er weiß, welche Kombination von Tasten und Registern genau den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck erreicht. Das ist etwas ganz tolles, das ist angewandte Verwaltungspolitik. Zum Schluss bitte ich noch um ein wenig Vorsicht, der Wiener würde sagen „Überheb’ dich nicht“. Ist irgendjemand in der Saal, der von sich behaupten würde, dass er in der Lage ist, der Fachbrüderschaft, hätte Frido Wagener gesagt, dieser Spitzenbeamten zu sagen, wie sie diese Deponie, den Hochwasserdamm oder die Verkehrsmanagementaufgaben besser machen können? Also da hätte ich ein mulmiges Gefühl.

Scherzberg: Die Verwaltungsrechtswissenschaft setzt natürlich nicht bei der Lösung von Hochwasserproblemen an, sondern sie setzt da an, wo Herr Isensee seinen Beitrag vorhin beendet hat. Er hatte darauf hingewiesen, dass die juristische Methode nicht der Findung, sondern der Begründung von Entscheidungen dient. Wenn die Entscheidung gefunden ist, dann kann man die Methoden noch mal an das Ergebnis anlegen. Unsere Methodenlehre ist auf Nachvollzug und Kontrolle angelegt, und weil das so ist, gibt es ein Defizit bei der Frage der Entscheidungsfindung, bei der Herstellung der Entscheidung. An diesem Defizit setzt die neue Verwaltungsrechtswissenschaft an. Es geht ihr darum, hierfür ergänzende Maßstäbe zu bieten, also die Steuerung der Herstellung in den Blick zu nehmen. Beide Referenten haben zu Recht auf die Notwendigkeit eines steuerungswissenschaftlichen Ansatzes hingewiesen und sie mit der juristischen Methode kontrastiert. Mein Eindruck war, dass sie sich darin unterschieden, wie die neue Verwaltungsrechtswissenschaft und die klassische juristische Dogmatik einander zuzuordnen sind, wie also ihr Anwendungsbereich zu abzugrenzen ist. Aus meiner Sicht sind dabei prima facie vier Ansätze möglich. Die erste findet sich bei Herrn Appel in These 26, wo er an die Gesetzesbindung anknüpft: im Rahmen der Gesetzesbindung gelte die juristische Methode. Dagegen wende ich Herrn Eifert, der zu Recht darauf hinweist, dass es Rechtserzeugungsräume auch innerhalb der Gesetzesbindung gibt und vor allem: dass es auch bei der Feststellung des Inhalts der Gesetzesbindung keine sicher als richtig zu bestimmende Entscheidung gibt. Also kann die Reichweite der Gesetzesbindung nicht das richtige Abgrenzungskriterium sein. Zweite Möglichkeit: eine Anknüpfung an den Adressaten. Aus These 6 von Herrn Eifert höre ich heraus, bei Verwaltung und Rechtsetzung sei eher steuerungswissenschaftlich zu arbeiten, die Tätigkeit der Gerichte dagegen mit der juristischen Methode zu analysieren – dagegen aber betont Herrn Appel aus meiner Sicht zu Recht, dass auch die Gerichte bei ihrer Rechtsanwendung Spielräume auszufüllen haben, sei es bei der Rechtsfortbildung, sei es bei der Auswahl zwischen mehreren Möglichkeiten des Verständnisses eines unbestimmten Rechtsbegriffs ohne Beurteilungsspielraum. Also lässt sich zur Abgrenzung wohl auch nicht an die jeweils betroffenen Akteure anknüpfen. Eine weitere Möglichkeit, die ich jetzt nicht weiter behandeln kann, wäre die zwischen Herstellung der Entscheidung und dem Begründungszusammenhang. Auch das finde ich im Ergebnis nicht befriedigend. Ich denke wir sollten von dem ausgehen, was wir gestern von Herrn Hillgruber gelernt haben, nämlich dass die Verfassung auf die Gestaltung der Wirklichkeit gerichtet ist. Erst recht gilt dies für das sachnähere Verwaltungsrecht. Daraus ist doch zu schließen, dass die juristi-

sche Methode selber in den Dienst der Wirklichkeitsgestaltung zu nehmen ist. Das heißt aber, sie in die steuerungswissenschaftliche Analyse einzubeziehen. Die Wirklichkeitsorientierung ist auch innerhalb der juristischen Methode nichts Fremdes: gerade haben wir vom Zweck im Recht gehört, wir haben die Wirkungsanalyse bei der Geeignetheit und die Prüfung der verschiedenen Eingriffsfolgen bei der Erforderlichkeitsprüfung. Wir haben die teleologische Auslegung und wir haben im materiellen Recht die an eine Wirkungsanalyse anknüpfenden Nachbesserungspflichten. Immer gibt es den Bezug zur Wirklichkeit. Und deswegen gibt es den steuerungswissenschaftlichen Aspekt auch schon in der klassisch juristischen Methode. Heute geht es nur noch darum, einen Paradigmenwechsel zu vollziehen und den steuerungswissenschaftlichen Ansatz in den Mittelpunkt der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Betrachtung zu ziehen. Denn es gibt kein nicht an die Wirklichkeit rückgekoppeltes Recht und es kann auch keine nicht an den Wirkungen orientierte rechtswissenschaftliche Methode geben.

Lepsius: Als Herr Eifert von der „juristischen Methode“ und Herr Appel vom „klassischen Methodenverständnis“ sprachen, hatte ich nicht den Eindruck, dass sie damit eine überkommene Selbstbeschreibung des öffentlichen Rechts ausdrückten. Meines Erachtens haben sie ein primär zivilrechtliches Methodenverständnis beschrieben und dieses mit einem öffentlich-rechtlichen kontrastiert, welches sie dann für neu und modern erklären konnten. Insofern ging es heute nicht um eine spezifisch verwaltungsrechtliche Thematik, sondern eher um eine intradisziplinäre, nämlich um die Notwendigkeit, uns in methodischer Hinsicht von Grundverständnissen abzugrenzen, die in erster Linie aus dem Zivilrecht stammen. Typischerweise werden die Methodenlehren von Zivilrechtlern geschrieben, während wir die Beschäftigung mit diesem Gegenstand nicht so schätzen, wie wir es vielleicht tun sollten. Schließlich unterscheiden wir uns vom Zivilrecht, und dieser Unterschied wird methodisch nicht hinreichend reflektiert. Dazu drei Beispiele: Erstens haben wir es mit Normenhierarchien zu tun, mit mehreren Rechtsquellen, während das Zivilrecht typischerweise mit einem Normtyp, dem Gesetz, auskommt. Zweitens haben wir es mit einer Dynamik der Normerzeugung zu tun, mit politischen Themen, die permanent zur Veränderung der Normenwelt führen, während das Zivilrecht auf Systembildung und beständige Normen abzielt und das dynamische Element über die Vertragsautonomie und das dispositive Recht gewährleistet, also über bindungsfreie Räume, während wir Dynamik mit Gesetzesbindung vereinbaren müssen. Drittens verzahnen wir systematisch wie didaktisch das materielle Recht mit dem Verfahrensrecht und traktieren es in einer

kompetentiell gegliederten institutionellen Perspektive. Stellen wir diese drei Eigenheiten des öffentlichen Rechts in Rechnung, dann reden wir heute nicht nur über eine „Steuerungswissenschaft“, sondern vielmehr – Herr Schmidt-Abmann hat das schon thematisiert – über das Bedürfnis nach einer Selbstvergewisserung: Welches sind eigentlich die spezifischen methodischen Anforderungen des öffentlichen Rechts? Zur Beantwortung dieser Frage ist der steuerungswissenschaftliche Ansatz nun aber kontraproduktiv. Zwei Punkte bei denen ich in grundsätzlicher Sympathie zu vielem Vorgetragenen anders akzentuieren würde. Erstens ist der Begriff der Steuerung ein ganz unguter, denn er hat eine unfreiheitliche Konnotation. Er stammt aus der Kybernetik und Mechanik, er suggeriert Beherrschbarkeit. Aber, meine Damen und Herren, wollen wir uns als individuelle Rechtsakteure steuern lassen? Wir sind als Objekte der Hochschulreform mit dem Phänomen der Steuerung ja inzwischen durchaus vertraut. Mit der Steuerungsidee wird der Gesetzesbindung eine alternative, schärfere Bindungsform gegenüber gestellt, die keine Verbesserung darstellt. Zweitens kann die Orientierung auf eine Systembildung, wenn Sie Ihre eigene Beschreibung ernst nehmen, Herr Eifert, kein überzeugendes Ziel mehr sein, weil wir die dynamische, kompetentiell gegliederte Rechtserzeugung im öffentlichen Recht berücksichtigen müssen. Vielfalt und Dynamik stehen mit Systembildung aber in einem Zielkonflikt. Auch die Wirklichkeitserkenntnis als systemische Leistung zu gewährleisten, ist mit der Dynamik der Rechtserzeugung, die sich gerade auch in Einzelfällen manifestiert, nicht in Einklang zu bringen. Man sollte bei der Neubeschreibung daher weder auf mechanische noch auf systemische Kategorien vertrauen, sondern eigenständige öffentlich-rechtliche entwickeln. Zu formulieren ist daher in erster Linie ein intradisziplinäres Projekt, kein steuerungswissenschaftliches.

Engel: Beide Referenten haben dafür plädiert, dass interdisziplinäre Offenheit dem Verwaltungsrechtler nützt. Das ist mir aus dem Herzen gesprochen. Aber ist interdisziplinäre Offenheit für den Verwaltungsrechtler auch möglich? Das versteht sich nicht von selbst. Es versteht sich deshalb nicht von selbst, weil wir Juristen den Nachbarwissenschaften ständig Fragen stellen, auf die sich nicht antworten wollen. Erstens: unsere Fragen sind meistens normativ. Abgesehen von der Wohlfahrtstheorie der Ökonomen betreiben die anderen Wissenschaften aber Deskription. Zweitens: wenn wir etwas über die Rechtswirklichkeit wissen wollen, dann wollen wir gleich die ganze Wirklichkeit erfahren. Jeder Sozialwissenschaftler, der seine Aufgabe ernst nimmt, sagt uns: das geht gar nicht. Er macht nur Aussagen, die mit vielen Relativierungen ver-

bunden sind. Wenn er Theorie treibt, macht er Modelle mit langen Annahmeapparaten. Wenn er quantitativ empirisch arbeitet, macht er einen Signifikanztest. Er sagt dann nur: die Wahrscheinlichkeit, dass das, was ich gerade aussage, Unsinn ist, liegt unter fünf Prozent. Mit solchen Aussagen müssen wir dann juristisch etwas anfangen, und da geschieht eine wundersame Wandlung. Das, was die Nachbarwissenschaft als etwas Bedingtes formuliert hat, wird bei uns plötzlich unbedingt.

Die Frage ist, warum uns das nicht zum Problem wird. Der Grund ist nicht schwer zu finden. Wir juristischen Wissenschaftler benehmen uns, als wären wir Verwaltungsrichter oder Verwaltungsbeamte. Wenn man zu entscheiden hat, dann muss man den Zweifel wegschieben. Aber ob eine Rechtswissenschaft, die sich genuin interdisziplinär definiert – und ich bin offensiv dafür, das zu tun – bei diesem Selbstverständnis bleiben kann, scheint mir zweifelhaft. Ich glaube wenn wir die interdisziplinäre Aufgabe ernst nehmen, dann müssen wir programmatisch zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis trennen. Unsere Aufgabe sind dann Übersetzungsleistungen, der Versuch, die Bedingtheiten soweit abzuschleifen, dass die Praxis mit einer sozialwissenschaftlichen Erkenntnis vielleicht etwas anfangen kann, nicht aber die Bedingtheiten einfach zu ignorieren.

Wielinger: Ich spreche hier einerseits als Mitglied der Vereinigung und andererseits als jemand, der über dreißig Jahre in der österreichischen Verwaltung tätig gewesen ist. Zum Schluss als Landesamtsdirektor in einem Bundesland von 1,2 Millionen Einwohnern. Nach der Bundesverfassung ist die Verwaltung in Österreich auf Landesebene nach den Prinzipien der Allzuständigkeit und der Einheit des Geschäftsapparates organisiert. D.h. die vom Land eingerichtete Verwaltung ist für alle Angelegenheiten zuständig, für die es nicht – ausnahmsweise – eigene vom Bund eingerichtete Verwaltungsbehörden gibt. Und es gibt einen einzigen, einheitlichen Geschäftsapparat für alle Zweige, das ist das „Amt der Landesregierung“. Die Landesverwaltung der Steiermark hat rund 8000 Mitarbeiter. Der Landesamtsdirektor ist nach der Bundesverfassung der unmittelbar dem Landeshauptmann unterstellte Leiter des „inneren Dienstes“. Wie es einem da geht, hat Herr Raschauer eben kurz angedeutet.

Ich möchte an etwas anknüpfen was Herr Schmidt-Aßmann aufgegriffen hat. Nämlich die Problematik, von der Verwaltung in einem anderen als in einem formal organisatorischen Sinn als einer Einheit zu sprechen. Daraus ergibt sich meines Erachtens auch eine Konsequenz für unser heutiges Thema. Nämlich: inwieweit sind welche Methoden und welche Ansätze für welche Zweige der Verwaltungstätigkeit in

welchem Umfang brauchbar? Die juristische Methode ist wunderbar brauchbar, wenn es etwa um die Bewilligung einer Betriebsanlage durch eine Bezirksmannschaft geht. Das ist eine Rechtsfrage. Aber diese Methode bringt überhaupt nichts, wenn es um die Organisation der Durchführung der Zoonosenrichtlinie geht, was auf eine Gewährleistung der Zusammenarbeit zwischen den mit Aufgaben der Humanmedizin und den mit Aufgaben der Veterinärmedizin befassten Abteilungen hinausläuft oder wenn es darum geht sicher zu stellen, dass die Verkehrswege bei Schneefall rechtzeitig geräumt werden. Da ist der andere Ansatz in mancher Hinsicht hilfreich.

Durch das, was Herr Waechter vorhin gesagt hat, habe ich mich bestätigt gesehen. Nämlich in meiner Meinung zur Frage, wie weit ist die Wissenschaft überhaupt in der Lage, die Realität der Verwaltung wahrzunehmen? Das ist ein ernstes Problem. Es wird in der Verwaltungswissenschaft sehr oft auf der Grundlage einer Zitierung von Zitaten und vornehmlich auf Grund der Rezeption angeblicher ausländischer Erhebungen und Erkenntnisse gesprochen. Die Realität der Verwaltung ist oft terra incognita. Und dann kommt genau das heraus, wovon Herr Wächter gesprochen hat.

Noch ein Letztes. Es wird von der Gewaltenteilung gesprochen. Ich bitte in diesem Zusammenhang, sich von den Kategorien und von Vorstellungen des 19. Jahrhunderts zu lösen. Heute geht es um etwas ganz anderes. Da bin ich bei einem Punkt, den Herr Eifert angesprochen hat. Nämlich die aus der Steuerungswissenschaft kommende, mit der Betriebswirtschaftslehre begründete Forderung, Verwaltungspersonal auf fünf Jahre oder sonst irgendwie befristet zu bestellen. Ich bitte zu bedenken, dass da eine der Einfallsporten für politischen Machtmissbrauch aufgemacht wird. Denn in vielen Fällen ist die Politik nicht an einer guten Verwaltung oder an kompetentem Verwaltungspersonal interessiert, sondern daran, die Verwaltung als Versorgungsinstitut missbrauchen zu können.

Jestaedt: Herr Isensee hat uns gestern darauf hingewiesen, dass bei den beiden Referaten des gestrigen Vormittags eine scheinbare Divergenz bei substantieller Konvergenz vorgelegen habe. Ich denke, heute das Gegenteil – eine substanzielle Divergenz bei scheinbarer Konvergenz – feststellen zu dürfen. Beide Referenten wählen in gewissem Sinne denselben Ausgangspunkt, indem sie die neue verwaltungsrechtswissenschaftliche Methode zu der als herkömmlich bezeichneten juristischen Methode in einem Ergänzungsverhältnis sehen; Herr Voßkuhle hat soeben das produktive Miteinander der beiden vorgestellten Perspektiven hervorgehoben. Indes ist die Zuordnung der Perspektiven nach meinem

Verständnis recht unterschiedlich ausgefallen: Während nämlich Herr Eifert – ich muss notwendigerweise stark vereinfachen – die Ergänzung der traditionellen durch die neue verwaltungsrechtswissenschaftliche Sicht als flächendeckend-umfassende begreift und damit beide Methoden parallel eingesetzt wissen will, stellt uns Herr Appel ein ganz anderes Komplementaritätsverhältnis vor, nämlich ein Modell, in dem zwar beide Perspektiven zu ihrem Recht kommen, dies indes bereichsbezogen-alternativ, das heißt in unterschiedlichen Sektoren der Rechtsgewinnung. Er unterscheidet die Rechtserkenntnisdogmatik von der Rechtserzeugungsdogmatik, ordnet ersterer die juristische und letzterer die verwaltungsrechtswissenschaftliche Methode zu. Mit dieser Ortsbestimmung der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft würde diese jedoch gleichsam domestiziert und ihrer, wenn ich das richtig verstanden habe, eigentlichen Stoßrichtung beraubt. Damit haben wir es hier mit etwas substanziell Anderem zu tun, als was uns Herr Eifert präsentiert hat.

Ein zweiter Punkt: Vielfach war von der „Juristischen Methode“ die Rede. Doch was Sie uns da vorgestellt haben, ist, glaube ich, nichts als eine Chimäre, ein Zerrbild. Ich wüsste nicht einmal, wen Sie heute als Vertreter dieser „Juristischen Methode“ benennen könnten. Aber das mag ja noch angehen. Bedauerlicher ist, dass mit die Fixierung auf die „Juristische Methode“ oder, vielleicht genauer, auf die Ergänzungsbedürftigkeit der „Juristischen Methode“ ein Weiteres verbunden ist: Nämlich gleichsam ein methodologischer Freibrief für das, was Sie mit „Juristischer Methode“ bezeichnen. Sie beide akzeptieren offenbar die der „Juristischen Methode“ zugeschriebenen methodischen Vorstellungen – ich möchte ergänzen: in ihrer Zerrbildhaftigkeit – und begnügen sich mit dem Vorbehalt, dass damit der Methode lediglich noch nicht genug getan ist, dass die „Juristische Methode“ also – bloß – der Ergänzung, und zwar der Ergänzung durch die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft bedürfe. Ob dieses Ergänzungsverhältnis im Prozess der Rechtsgewinnung dann als flächendeckend-umfassend zu begreifen ist – so die Ansicht von Herrn Eifert – oder aber im Sinne bereichsspezifisch kommunizierender Röhren – so die Konzeption von Herrn Appel –, macht unter dem genannten Aspekt keinen oder doch kaum einen Unterschied. Damit freilich werden die kritischen Punkte der herrschenden, praktizierten juristischen Methode(n) ausgeblendet, die, bei aller Unterschiedlichkeit der Einzelausprägung, sämtliche der praktizierten Methoden kennzeichnen und deren ich aus Zeitgründen hier nur vier nennen möchte: Es ist – insoweit muss ich Herrn Appel allerdings ausdrücklich ausnehmen – dies erstens das Insistieren auf der als kategorial begriffenen Unterscheidung von Rechtserzeugung oder auch Rechtsetzung einerseits und Rechtsanwendung oder auch Rechtsvollziehung an-

dererseits. Zweitens ist dies die im Letzten arbeitsteilungsblinde Methode, die sich selbst zur „objektiven“ stilisiert. Drittens ist darin und damit eine statische Rechtsbetrachtung beschlossen, aus der, wenn ich es recht sehe, auch die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft nicht herausführt. Und schließlich viertens kennzeichnet die herrschenden Methoden – und Herr Scherzberg hat uns ja gestern noch einmal einen sehr eindrucksvollen Beleg davon gegeben – die mehr oder minder bewusste Leugnung oder Eskamotierung des kategorialen Unterschiedes zwischen Rechtserkenntnis der *lex lata* auf der einen und der Rechtserzeugung der *lex ferenda* auf der anderen Seite. Es wäre aus meiner Sicht höchste Zeit, sich in Rezeption guter österreichischer Erfahrungen entschlossen – sogar noch entschlossener, als dies Herr Appel bereits lobenswerter Weise getan hat – einer dynamischen Rechtsbetrachtung zu befleißigen und daran das methodologische Setting auszurichten. An die Stelle der Unterscheidung zwischen akteurs- und verhaltensbezogener Perspektive träte dann die Unterscheidung zwischen akteurs- und prozessbezogener Perspektive.

Meyer: Die Anhänger der neuen Theorie legen Wert darauf, sie nicht als Postklassik zu bezeichnen, sondern als Neoklassik. Ich würde auch das „Neo“ weglassen, und zwar aus zwei Gründen. Einmal wird „Neo“ schnell alt und zum andern wollen sie gar keine Neoklassik, sondern sie wollen die Klassik erweitern. Sie erweitern sie durch einen Unterbau, indem sie in die Eingeweide der Verwaltung hineinsteigen und sagen, was dort gemacht werden muss und was nicht gemacht werden darf. Es wird einen Verrechtlichungsschub geben. An der These 22 von Herr Eifert sehen Sie den Widerspruch. Er hat nämlich einerseits gesagt, die Kontrollrichte soll man gefälligst nicht noch stärker ausbauen, aber man soll die Verwaltung zur Eigenprogrammierung und zu Konzepten verpflichten. Im Prozess wird also gefragt, liebe Verwaltung wo war dein Konzept? Und der Streit wird darum gehen, ob es das richtige Konzept war oder das falsche Konzept. Es wird dieselbe Folge haben wie bei der Einführung des Verfahrensrechts. Die Einführung des Verfahrensrechts ist von der Verwaltungsgerichtsbarkeit zunächst strikt abgelehnt worden, weil sie fürchtete, ihre eigene Handlungsfreiheit bei der Entscheidung, ob etwas akzeptiert wird oder nicht, werde eingeschränkt. Man hat sie überstimmt. Der Gesetzgeber hat das Verwaltungsverfahrensgesetz gemacht. Danach war ihr Sinnen zunächst darauf gerichtet, die Konsequenzen der Verfahrensfehler zu reduzieren. Mit Erfolg, wie das Baugesetzbuch zeigt. Dann hat man die Verfahrensfehlerregeln genutzt. Wenn wir nun durchführen, was Sie wollen und was verwaltungswissenschaftlich ja sehr sinnvoll ist, verwaltungsrechtlich aber vielleicht doch be-

denklich sein könnte, dann kommen wir zu demselben Problem. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird ein Projekt, das sie nicht haben will, mit der Behauptung ablehnen, die Eigenprogrammierung sei nicht in Ordnung gewesen. Wenn sie das Projekt haben will, wird sie dazu schweigen. Darauf wird die Sache hinauslaufen, und die Frage ist, ob wir das wollen.

Durner: Meine Frage gilt der Rolle der dritten Gewalt und wurde in der Diskussion mehrfach gestreift, aber wohl – abgesehen von den Beiträgen von Herrn Meyer und Herrn Waechter – noch kaum vertieft. Ich möchte gerne beide Referenten fragen, welche Funktion sie in einem Verwaltungsrecht, das sich der neuen Steuerungswissenschaft öffnet, der Verwaltungsgerichtsbarkeit zudenken? Herr Eifert hat ja nachdrücklich geschildert, dass sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Moment in erster Linie auf die subjektiv-rechtlichen Gehalte konzentriert. Das deutsche Verwaltungsprozessrecht ist also – vielfach von EG-rechtlich vorgegebenen Verbandsklagerechten durchlöchert – im Kern doch immer noch ein System zum Schutz subjektiv-öffentlicher Rechte. Daraus resultiert die heutige Gestalt des allgemeinen Verwaltungsrechts, das als ein System von Garantien des einzelnen gegenüber Rechtsakten entwickelt wurde. Daraus resultiert auch die gestern von Herrn Nolte hervorgehobene hohe Kontrolldichte deutscher Gerichte, weil deutsche Gerichte eben nur drittschützende Normen überprüfen, diese aber besonders intensiv. Daraus resultiert vielleicht auch ein Stück weit die gegenwärtige Blutarmut der neuen Steuerungswissenschaft, weil die für sie interessanten Normen derzeit noch kaum zu den Gerichten gelangen und ihr damit der lebendige Dialog mit der dritten Gewalt fehlt. Verwaltungsgerichte, so hat ein Präsident des Bundesverwaltungsgerichts einmal gesagt, sind eben keine Reparaturbetriebe der Verwaltung. Wir sind indes von Rechtskulturen umgeben, in denen die Verwaltungsgerichtsbarkeit vielfach als ein Mittel zur Effektivierung des objektiven Rechts eingesetzt wird. Die Frage ist, welche dieser Optionen wir weiter verfolgen sollten. Ich habe hier, Herr Eifert, Ihre These 12 so verstanden, dass Sie eigentlich im Wesentlichen die Arbeitsteilung so belassen möchten wie bisher. Ich habe Ihre These 22, Herr Appel, so verstanden, dass Sie eher bereit sind einen gewissen Paradigmenwechsel zu vollziehen, der ja tendenziell zu einer Relativierung des subjektiven öffentlichen Rechts führen würde. Ich meine, dass es für beide Schritte Argumente gibt und habe es immer als deutsche Besonderheit empfunden, dass die zentralen Zielnormen der Verwaltung durch die Gerichte überhaupt nicht oder nur dann überprüft werden können, wenn sie Eingriffe in die Rechte der Bürger rechtfertigen sollen. Vielleicht besteht aber andererseits eine ge-

wisse Gefahr, dass das Niveau des Rechtsschutzes, den wir dem Einzelnen derzeit gewähren, in einer solchen Entwicklung auch ein Stück weit nivelliert würde. Denn die Verwaltungsgerichte müssten ja, Herr Meyer hat darauf hingewiesen, sehr viel mehr Normen überprüfen als bisher und dies wohl auch in einem geänderten Selbstverständnis als Wahrer jenes Gemeinwohls, das die Verwaltung verfolgt. Vielleicht könnte sich dann der künftige Verwaltungsrechtsschutz auf dem Niveau einpendeln, das wir derzeit im Regulierungsverwaltungsrecht beobachten.

Eifert: Wenn man nach einer guten Stunde Diskussion in zehn Minuten replizieren soll, muss man Ihnen notwendig Unrecht tun. Die damit aber zugleich verbundene Freiheit möchte ich nutzen, um von den vielen Anregungen, die Sie mir gegeben haben, nur einige Punkte herauszugreifen. Ich möchte mit der aufgeworfenen zentralen Frage beginnen, was eigentlich neu ist am steuerungswissenschaftlichen Ansatz, die auch den Kern der kritischen Anmerkungen über eine vielleicht nur neue Terminologie bildet.

Neu ist zunächst, und hier kann ich auch in die gleiche Richtung gehende Diskussionsbeiträge aufgreifen, dass mit dem Ansatz eine konsistente Folie entwickelt wurde, vor der das moderne Verwaltungsrecht, das nicht nur subjektive Freiheitsrechte sichern möchte, sondern sich auch der Gemeinwohlverwirklichung und damit der Effektivierung der Gesetzeszwecke verpflichtet fühlt, konsistent beschrieben werden kann. Entscheidend ist ferner, dass diese konsistente Beschreibung eine theoretische Anleitung erfährt, also eine Reflexionsebene auch für den dogmatischen Kernbereich der Verwaltungsrechtswissenschaft eingezo-gen wird. Ich hatte versucht im Referat verschiedentlich deutlich zu machen, dass und an welchen Punkten dabei auch Interdisziplinarität notwendig ist, etwa bei der Erfassung des Problembezuges und der Erfassung des Akteurs, also den verschiedenen Formen von Herrschaftsausübung durch die Verwaltung. Zu diesem Komplex wurden vor allem zwei Einwände geäußert. Zum einen wurde gefragt, ob wir uns nicht von der Rechtsanwendung abkoppeln müssten, wenn wir überhaupt der Tatsache gerecht werden wollten, dass andere Wissenschaften uns nicht unmittelbar das liefern können, was sie nach unserem Bedarf liefern sollten. Und zum zweiten wurde gefragt, ob es sich bei der Wirklichkeitsorientierung nicht letztlich einfach nur um empirische Fragen handle, für die aber häufig keine empirischen Ergebnisse vorlägen. Hinsichtlich der Abkopplung der Rechtswissenschaft von der Rechtsanwendung scheint es mir nicht um ein Entweder-Oder, sondern um eine Ausdifferenzierung zu gehen. Wir brauchen durchaus weiterhin den ganz klassischen Dialog mit den Gerichten, in dem Gerichts-

entscheidungen nachfolgend kommentiert werden, naheliegende oder halbspekulative Konstellationen für die gerichtliche Entscheidung zukünftiger Konfliktsfälle bereits vorweggenommen werden, kurzum: all das, was sich in der monumentalen Kommentarliteratur unserer Zunft niederschlägt. Wir brauchen aber daneben natürlich die Verwaltungswissenschaft als eine Ebene, auf der die Kontingenz all dieser Entscheidungen weiterbearbeitet wird. In der rechtsanwendungsorientierten Perspektive spiegelt sich der Entscheidungsdruck des Verwaltungsrechts als eines Systems, das darum bemüht ist, trotz unvollständiger Reflexion und trotz unvollständiger Tatsachengrundlagen bereits verbindliche Entscheidungen zu fällen. Diese verbindlichen Entscheidungen müssen aber gerade wegen dieser Restriktionen weiter reflektiert und diese sozusagen vorläufigen Regelungen als solche wissenschaftlich weiter thematisiert werden. Und auf dieser Ebene müssen wir uns dann auch den entsprechenden zeitoffenen Forschungsagenden anderer Wissenschaften widmen. Man wird also beides versuchen müssen: Anschlusspunkte suchen, in denen verfügbare Kenntnisse in konkrete Rechtsanwendung überführt werden können und die Reflexion auf einer Ebene, auf der die Regelungen fortlaufend weiter als nur vorläufige behandelt werden. Das führt zur zweiten Frage: Geht es hierbei nur um empirische Forschung? Ich hatte den Steuerungsbegriff gefasst als „etwas zur Folge haben sollen“. Dies sollte auch ausdrücken, dass es in diesem Ansatz nicht nur darum geht, empirisch nachzumessen, was tatsächlich erreicht werden sollte. Das wäre zunächst schon deshalb sehr begrenzt, weil die normativen, die Verwaltung anleitenden Gesetzeszwecke nicht alle auf empirische Fragestellungen zielen. Es geht vor allen Dingen aber auch um die Plausibilität bereits in dem Moment, in dem der Steuerungsanspruch erhoben wird. Man kann ja gerade nicht immer im vorhinein wissen, wie die Wirkungen aussehen werden. Neben die verzeitlichten Rückkopplungen, die sich auf Rechtstatsachenforschung und, breiter, auf empirische Sozialforschung beziehen, tritt deshalb die Beurteilung der Plausibilität von Steuerungsansätzen auf der Grundlage von Modellierungen, Konzeptionierungen, Theorievorstellungen und ähnlichem aus den Nachbarwissenschaften. Diese Plausibilisierung ist eine rechtswissenschaftliche Aufgabe, die alle Ebenen der nachbarwissenschaftlichen Forschungen mit einbeziehen muss und sich nicht auf Empirie beschränken kann.

Damit komme ich zur mehrfach angesprochenen Frage, wozu wir dies alles brauchen. Das Ziel ist die Effektivität der Verwaltung bzw. der verwaltungsrechtlichen Regelungen, also: die Gesetzeszwecke auch Wirklichkeit werden zu lassen. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, die Herstellungsbedingungen der verschiedenen Entscheidungen so aus-

zugestalten, dass eine möglichst zutreffende, sachgerechte Entscheidung gewählt wird. Und in diesen Kontext gehört dann auch die angesprochene Frage nach der Rolle der Gerichtsbarkeit. Die subjektiven Rechte werden im steuerungswissenschaftlichen Ansatz nicht systematisch bevorzugt, sondern mit Blick auf die Verfügbarkeit des spezifischen Durchsetzungsmechanismus, nämlich die Gerichtskontrolle, betrachtet. Insoweit beurteilt sich aus dieser Perspektive die Frage der Erweiterung dieser traditionell auf subjektive Rechte begrenzten Durchsetzungsmöglichkeiten in Richtung Verbandsklagen, objektive Beanstandungsverfahren usw. danach, in welchen Bereichen die gerichtliche Durchsetzung welcher Rechte funktionsgerecht ist. Entscheidend ist also, ob dieser Mechanismus der gerichtlichen Kontrolle für das Steuerungsziel tauglich ist oder nicht. Das muss man dann jeweils bereichsspezifisch analysieren und es lässt sich insofern keine generelle Positionsbestimmung der Gerichtsbarkeit ausmachen.

Damit komme ich zu den Perspektiven. Es wurde vorgeschlagen, dass der steuerungswissenschaftliche Ansatz sich jetzt verstärkt der Rechtsanwendung zuwenden müsse, um sich nicht nur in seiner Darstellung auf ganz hoher Abstraktionsebene und in den Inhalten auf mittlerer Abstraktionsebene zu bewegen, sondern in der Rechtswirklichkeit anzukommen. Wir brauchen sicher auch eine steuerungswissenschaftlich angeleitete Perspektive auf die Rechtsanwendung. Es muss auch darum gehen, die Verknüpfungspunkte aufzuzeigen, an denen die steuerungswissenschaftlichen Ergebnisse bei der „normalen“ Rechtsanwendung zu Veränderungen führen. Ich hatte auf bestehende Beispielsfälle wie die weisungsfreie Räumen etc. hingewiesen, in denen sie schon leicht aufzufinden sind.

Allerdings werden sich die steuerungswissenschaftlichen Erkenntnisse auch bei weiterem Bemühen nicht in der Rechtsanwendung in allen Bereichen des Verwaltungsrechts niederschlagen können. Bei der Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze etwa dürfte der Ertrag sehr begrenzt bleiben, so lange die Verwaltungsverfahrensgesetze so sind, wie sie gegenwärtig sind. Denn es ist ja gerade einer der beständigen Kritikpunkte des Steuerungsansatzes, dass die über § 9 VwVfG vorgenommenen Verengungen, aber auch die Ausklammerung ganzer Bereiche wie des Informationsrechts etc. dazu führen, dass die Verwaltungsverfahrensgesetze zentrale Fragestellungen gar nicht mehr adressieren. Entsprechend lassen sich zentrale Leistungen der steuerungswissenschaftlichen Perspektive hier von vornherein nicht abbilden und damit auch nicht in die Rechtsanwendung spiegeln, wenn solche Verengungen oder, mit einem Blick auf die Rezeption in Gerichtsurteilen, etwa die Gerichtsperspektive vorausgesetzt werden.

Man muss also breiter schauen, wo sich auch die entsprechenden Diskussionen wiederfinden oder eingebracht werden können. Hier bildet das angesprochene UGB mit seiner Entwicklungsgeschichte, die ja von Beginn an ein ja höchst wechselhafter aber auch permanenter Dialog zwischen Ministerialbürokratie und Wissenschaft war und eine instrumentenorientierte, also steuerungsorientierte Perspektive beinhaltet, ein ermutigendes Beispiel. Man könnte sich einen entsprechenden Ertrag durchaus auch in anderen Bereichen vorstellen oder wünschen. Die dogmatische Zwischenschicht zwischen den allgemeinen „zweckfreien“ Figuren und den jeweiligen Fachgesetzen etwa, für die der steuerungswissenschaftliche Ansatz gewissermaßen prädestiniert ist, wird ja auch bereits bearbeitet. So kennt beispielsweise jedes Lehrbuch zum Wirtschaftsverwaltungsrecht einen allgemeinen Teil. Diese Zwischenschicht wird hier aber häufig nur als Ausprägung der konkreten, in diesen Gebieten vorhandenen Formen der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Kategorien wahrgenommen, so dass der jeweilige Sach- und Problembezug nicht richtig aufgegriffen werden kann. Dort könnte aber ein Ort sein, um auch in folgenreicher Weise bis in die Lehrbuchliteratur hinein den steuerungswissenschaftlichen Ansatz stärker zum Tragen zu bringen.

Schließlich scheinen mir einige Mißverständnisse zu bestehen, etwa bei den Gestaltungsspielräumen. Es gibt hier in der Tat drei Stufen. Es gibt den Zugriff einer gerichtlichen Kontrolle, die Rechtmäßigkeits-/ Rechtswidrigkeitseinteilung je nach Grad der Verrechtlichung und dann gibt es die Klugheitsregeln. Das Petitem des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes ist nicht, diese Bereiche bisheriger Klugheitsregeln komplett zu juridifizieren. Es geht zunächst darum, diese Bereiche einer rationalen Bearbeitung zugänglich zu machen und in deren Zuge dann auch zu erwägen, welche Konkretisierungen tauglich sind, um Rechtmäßigkeitsmaßstäbe zu werden und welche man im Bereich bloßer Klugheitsregeln belässt. Es geht darum, dass die Zweckmäßigkeit nicht mehr eine Sammelkategorie ist, in der all das stattfindet, was die Verwaltungsrechtswissenschaft eigentlich nicht interessieren muss. Die Strukturierungsleistung des Verwaltungsrechts soll also stärker in die immer größer werdenden Gestaltungsspielräume hineinreichen. Das wird umso wichtiger, wenn und soweit die in der Diskussion angesprochene rein situative Gesetzeskonkretisierung erfolgt, da gerade hier die Konturierung der Herstellungsbedingungen ganz zentral wird. Wenn wir etwa an den Bereich der Regulierung der Netzwirtschaften denken, in dem dies teilweise der Fall ist, werden dort nicht zufällig auch große Anstrengungen gemacht, um durch verschiedene Zwischenschritte in einem relativ aufwändigen Verfahren unter Heranziehung vieler Methoden eine mög-

lichst hohe Rationalität dieser situativen Rechtskonkretisierung zu erreichen.

Es bleibt mir angesichts des bereits ausgeschöpften Zeitbudgets nur ein Punkt, bei dem Sie mir das Mikrofon sicher nicht entziehen möchten: der Dank dafür, zu diesem Thema sprechen zu dürfen. Es ist ein Thema, das zahlreiche wichtige Dimensionen des Koordinatensystems verwaltungs-rechtswissenschaftlichen Arbeitens abbildet und damit einen Raum umschreibt, in dem ich mich notwendig weiterhin bewegen werde. Dies wiederum sichert mir viele Möglichkeiten, die nicht beantworteten Anregungen in Zukunft aufzugreifen.

Appel: Herr Pieroth – ich hoffe, ich darf das offen legen – meinte gestern treffend, man könne die Schlussworte der Referenten in aller Regel auf zwei kurze Bemerkungen reduzieren: Auf den Dank an die Diskussionsteilnehmer und die Feststellung des Referenten, dass er mit seinem Referat letztlich doch Recht gehabt habe. Ich beginne mit dem herzlichen Dank für die vielen Fragen und Anregungen. Was das Rechthaben anbetrifft, möchte ich wenigstens einige kurze Begründungen geben. Wie die meisten an dieser Stelle bin ich in der unglücklichen Lage, nicht auf alle einzelnen Punkte in der gebotenen Breite eingehen zu können. Ich werde mich daher auf einige wenige Aspekte beschränken, was mir umso leichter fällt, als zahlreiche Fragen und Anmerkungen – nicht zuletzt zum „Neuen“ an der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft – bereits von anderen Diskussionsteilnehmern kommentiert und beantwortet worden sind. Mein erster Punkt betrifft die Bedeutung der steuerungswissenschaftlichen Perspektive. Ich glaube, dass eine der Errungenschaften der steuerungswissenschaftlichen Diskussion darin besteht, die Frage umfassend aufgeworfen zu haben, was jenseits der Gesetzesbindung passiert. Im Hintergrund steht die Überlegung, wie – anders als im binären rechtsaktsbezogenen Schema, in dem es nur entweder gesetzliche Bindung oder Gestaltungsfreiheit gibt – mit Bereichen umzugehen ist, in denen Unbestimmtheit oder Unsicherheit herrscht und es darum geht, eine Vielfalt von Optionen zu optimieren. Im Bereich jenseits der Bindung ist ein Privater in seiner Gestaltung frei. Ohne gesetzliche Vorgaben kann er nicht auf Gemeinwohlvorgaben verpflichtet, können seine Freiheitsbereiche nicht einfach publiziert und können keine Richtigkeitsanforderungen an ihn gestellt werden. Aber gilt das auch für den staatlichen Bereich? Ist es auch im staatlichen Bereiche so, dass dort, wo die gesetzliche Bindung aufhört, die staatlichen Akteure völlig gestaltungsfrei sind? Oder sind der Gesetzgeber, die Verwaltung und die Rechtsprechung nicht vielmehr bestimmten Kriterien und Maßstäben unterworfen, wie jenseits der Verfassungs- und Gesetzesbin-

dung Recht verwirklicht und erzeugt wird? Die damit verbundene Problematik ist – wie die Beispiele von Ermessen, Zweckmäßigkeit und Planung zeigen – nicht völlig neu. Die behandelten Fälle wurden aber lange Zeit tendenziell als Ausnahme von der Regel der Bindung angesehen und, was etwa die Zweckmäßigkeit anbetrifft, auch nicht wirklich vertieft behandelt. Die Steuerungswissenschaft hat den Blick darauf gelenkt, dass Staats- und Verwaltungshandeln strukturell bedingt stets mit einem gebundenen und einem prinzipiell ungebundenen Teil einhergeht. Sich über den ungebundenen, rechtserzeugenden Aspekt systematisch und wissenschaftlich angeleitet Gedanken zu machen, ist meines Erachtens aller Mühe wert.

Der steuerungswissenschaftliche Ansatz kann – das ist mehrfach in der Diskussion angeklungen – aus einer Beobachterperspektive heraus in Anschlag gebracht werden. Diese mit einem vergleichsweise weiten Blickfeld und Ansatz verbundene Perspektive ist der eigentliche Ursprung der Steuerungsdiskussion gewesen. Die für die Rechtswissenschaft interessantere Perspektive ist die des Teilnehmers. Unter diesem Blickwinkel kann zunächst gefragt werden, wie mit Mitteln des Rechts bestimmte Zwecke verfolgt, wie bestimmte Steuerungsleistungen erbracht werden. Diese Frage des „Wie“ der Steuerung ist in den vergangenen Jahren vergleichsweise umfangreich behandelt worden. Die Frage, die ich in den Vordergrund gestellt habe, richtete sich darauf, ob und wo es Raum für steuerungswissenschaftliche Überlegungen gibt, wenn das herkömmliche Konzept von gesetzesegeleiteter Rechtsanwendung und Gesetzesbindung nicht ausgehebelt werden soll. Wenn man rechtswissenschaftliches Denken als Evolution begreift, muss es auch um die Frage gehen, ob und wo der steuerungswissenschaftliche Ansatz an das klassische dogmatische Verständnis angeschlossen werden kann. Die entscheidenden Naht- und Anschlussstellen sind jene Spielräume und Offenheiten, die die Rechtsordnung aufweist – und zwar erheblich umfangreicher und vielfältiger aufweist, als dies nach klassischem Verständnis wahrgenommen und dogmatisch erfasst wird. Der Umgang mit diesen Spielräumen ist natürlich je nach Sachbereich unterschiedlich anspruchsvoll. In vielen Bereichen – etwa bei der Anwendung einzelner Normen des Passgesetzes – sind die Spielräume und die damit verbundenen Unsicherheiten vergleichsweise gering und müssen nicht groß thematisiert werden. Im Polizei- und Sicherheitsrecht kann das schon schwieriger werden. Vollends klar wird die Problematik, wenn der Gesetzgeber die Unsicherheit offen auf den Rechtsanwender überträgt und von diesem – etwa im Bereich des Umwelt- und Technikrechts – fordert, dass für die Konkretisierung der besten verfügbaren Technik eine Kosten-Nutzen-Analyse aufgestellt und die wirtschaftliche Vertretbar-

keit berücksichtigt wird oder etwa bei Freisetigungsentscheidungen im Gentechnikrecht über Schutz Gesichtspunkte hinaus die Freisetigungsentscheidung vertretbar sein muss. Aber das sind nur die eindeutigen, die offensichtlichen Spielräume und Unsicherheiten, von denen es in der Rechtsordnung unzählige mehr gibt und deren umfassende Typisierung lohnenswert wäre. Wie mit diesen in der Vergangenheit nur höchst partiell thematisierten Spielräumen umzugehen ist, wie Rechtsverwirklichung unter diesen Voraussetzungen strukturiert werden kann und welche Gesichtspunkte dabei eine Rolle spielen können und dürfen, ist eine Frage, zu deren Klärung die Steuerungsdiskussion Erhebliches beitragen kann.

Das Problem der Interdisziplinarität wurde mehrfach angesprochen. Das Phänomen ist für sich genommen nicht neu. Die Rechtsanwendung hat immer auch auf die Erkenntnisse anderer Disziplinen zurückgegriffen, auch wenn das Ausmaß dieses Rückgriffs in neuerer Zeit graduell erheblich zugenommen hat. Der Gesetzgeber fordert – nicht zuletzt bedingt durch Ökonomisierungsbestrebungen – Interdisziplinarität in vielerlei Hinsicht ein, so dass sich aus rechtswissenschaftlicher Sicht die Frage stellt, wie damit umzugehen ist. Die entscheidende Herausforderung der Rechtswissenschaft besteht darin, die geforderte Interdisziplinarität methodisch angeleitet umzusetzen. Bei allen Schwierigkeiten, die damit verbundenen sind – Herr Engel hat sie angesprochen und das Max Planck Institut für Gemeinschaftsgüter hat sie in vielen Forschungsarbeiten aufgearbeitet – ist das eine große Aufgabe, der sich die Rechtswissenschaft nicht entziehen kann. In vielen Fällen wird der Weg zunächst einmal darin bestehen müssen, aus der Beobachterperspektive zu schauen, was die anderen Disziplinen leisten und wo anschlussfähige Erkenntnisse liegen könnten. Die eigentliche, gerade im Detail schwierige Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht aber ohne Zweifel darin, diese Erkenntnisse so fruchtbar zu machen, dass die Rechtspraxis und die Rechtsanwendung damit gewinnbringend umgehen können.

Zwei Punkte noch zu den Gerichten, die angesprochen worden sind. Die Funktion der Gerichte scheint mir tatsächlich unter steuerungswissenschaftlicher Perspektive ein wichtiger Aspekt zu sein, allerdings unter zwei ganz unterschiedlichen Gesichtspunkten. Der Aspekt, den ich zunächst in den Vordergrund gestellt hatte, war der, dass man sich auch bei den Gerichten überlegen muss, welche Steuerungswirkungen bei vorhandenen Spielräumen erzielt werden. Insofern müssen auch an die Gerichte und das Richterrecht Fragen herangetragen werden, wie sie der steuerungswissenschaftliche Ansatz bisher vor allem mit Blick auf die Verwaltung gestellt hat: Wie kommen die Gerichte überhaupt zu dem benötigten Wissen? Können und dürfen sie dabei auf private Vor-

leistungen zurückgreifen? Welche Folgen sind mit einer Flexibilisierung des Verfahrens vor den Gerichten verbunden? Offensichtlich spielen auch auf Gerichtsebene – etwa beim Umgang mit ungeschriebenen Rechtsmitteln im Rechtsmittelrecht – Steuerungsaspekte eine größere Rolle, als wir üblicherweise wahrzunehmen bereit sind. Dieses Steuerungspotential der Gerichte müsste stärker hinterfragt und untersucht werden. Der zweite – ebenso wichtige – Aspekt läuft auf die Frage hinaus, wie die Gerichte mit jenen steuerungswissenschaftlich entwickelten Maßstäben der Richtigkeit, mit jenen Klugeheitsregeln und methodischen Vorstrukturierungen umgehen, die für die Rechtsverwirklichung durch die Verwaltung jenseits der Gesetzesbindung und Rechtmäßigkeit entwickelt werden. Besteht für die Gerichte nicht die große Versuchung, diese Maßstäbe jenseits der Gesetzesbindung umfassend zu verrechtlichen und als Kontrollmaßstab auszugeben. Diese Gefahr ist zweifellos vorhanden, aber meines Erachtens alternativlos, weil auch die Gerichte mit Spielräumen, Unsicherheiten, Offenheiten und Optionenvielfalt umgehen müssen. Auch sie müssen sich überlegen, was im Einzelnen gefordert ist, wenn eine Kosten-Nutzen-Analyse oder eine Vertretbarkeitsprüfung vorgegeben ist. Hier kann die Rechtswissenschaft umgekehrt erhebliche methodische und dogmatische Strukturierungsleistungen erbringen, die von den Gerichten aufgegriffen werden können. Insofern wird es entscheidend darauf ankommen, dass die Erträge der steuerungswissenschaftlichen Diskussion auch in die Rechtswirklichkeit und -praxis transferiert werden. Als Argumentationsmaterial für die Gerichte sind sie auf Dauer unverzichtbar.

Eine letzte Bemerkung soll der Diskussion um Governance gelten. Ich glaube in der Tat, dass es sich bei der Governancediskussion – trotz des damit verbundenen modischen Einschlages – um eine der interessantesten und anregendsten Diskussionen der vergangenen Jahre handelt. Dies gilt allerdings zunächst nur für die Beobachterperspektive. Die entscheidende Frage aus rechtswissenschaftlicher Sicht besteht darin, ob die Governancediskussion mit klassischen dogmatischen Argumentationslinien verknüpft und verzahnt werden kann. Hier bestehen noch erhebliche Probleme. Eine erste Schwierigkeit besteht darin, dass der Governancebegriff immer noch äußerst vage ist und im jetzigen Stand der Diskussion deskriptive, analytische und präskriptiv aufgeladene Begriffsverwendungen vermengt werden. In dieser Hinsicht muss weitere Differenzierungsarbeit geleistet werden, was aber vergleichsweise normal ist bei einem immer noch relativ neuen Begriff. Die Steuerungsdiskussion mit ihrem vergleichsweise fortgeschritteneren Differenzierungsgrad könnte dazu einiges beitragen. Ein zweiter Aspekt besteht darin, dass sich die Governancediskussion klarer als bisher dazu posi-

tionieren sollte, dass es Governance in modernen Staaten nicht ohne den Staat gibt, dass dieser nach wie vor eine erhebliche Rolle spielt und Regelungsstrukturen natürlich auch verändern und beeinflussen kann. Der damit verbundene dritte Punkt scheint mir der entscheidende zu sein: Die Governancediskussion kann in beträchtlichem Maße von der Steuerungsdiskussion lernen. Denn Regelungsstrukturen – als primärer Bezugspunkt für Governance – stehen vor allem dort im Vordergrund, wo keine klaren Akteurszuordnungen vorhanden sind. Das sind die viel zitierten Räume offener Staatlichkeit, beispielsweise auch die Gemengelagen zwischen Staat und Privaten bei der Normsetzung im Technikbereich. Hier kann die Governanceperspektive extrem fruchtbar sein. Allerdings sollte sie nicht gegen die akteursbezogene Perspektive ausgespielt werden. Im Bereich funktionierender Staatlichkeit ist die akteursbezogene Perspektive nach wie vor ein wichtiger und oft auch der primäre Anknüpfungspunkt. Es existieren Kompetenzzuweisungen und damit vergleichsweise klar vorgegebene Akteursstrukturen. Eine der Herausforderungen besteht daher meines Erachtens darin, die akteurs- und die regelungsstrukturbezogenen Argumentationslinien zu verbinden und die Erträge der Steuerungsdiskussion in die Governancediskussion einzubringen.

Wenn Sie mir noch ein wenig Zeit geben, will ich Sie nutzen, um mich beim Vorstand dafür zu bedanken, dass ich hier sprechen durfte. Herr Volkmann hat gestern anschaulich die einzelnen Phasen geschildert, die man als Bearbeiter eines Staatsrechtslehrerreferates durchläuft. Die vierte Phase hat er nur angedeutet: Diese vierte Phase kurz vor Ablauf der Bearbeitungszeit besteht darin, offene Fragen zu sammeln, die in der Kürze der Zeit nicht mehr zu bearbeiten, geschweige denn zu antworten sind. Ich habe in dieser abschließenden Phase Fragen gesammelt, die grob geschätzt für die nächsten zehn Jahre reichen werden. Mehr kann man als (Rechts-)Wissenschaftler von einem Vortrag nicht erwarten. Vielen Dank!