

Engel, Christoph

Working Paper

Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition: das Proprium des Rechts aus der Perspektive des öffentlichen Rechts

Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2006,13

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Engel, Christoph (2006) : Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition: das Proprium des Rechts aus der Perspektive des öffentlichen Rechts, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2006,13, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/26897>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeits- definition

Das Proprium des Rechts aus der
Perspektive des öffentlichen Rechts

Christoph Engel





Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition

Das Proprium des Rechts aus der Perspektive des öffentlichen Rechts

Christoph Engel

May 2006

Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition*

Das Proprium des Rechts aus der Perspektive des öffentlichen Rechts

Christoph Engel

I.	Das Anliegen	2
II.	Otto Mayers Projekt	4
	1. Abgrenzung von den Polizeywissenschaften	4
	2. Rechtsstaat	6
	3. Konstitutionalisierung der Verwaltung	8
	4. Liberalismus	8
	5. Parlament gegen Krone	9
	6. Immunisierung an der Grenze	10
	7. Die zentrale Rolle der Wissenschaft	10
	8. Verwaltungsreform	11
	9. Otto Mayers Methode	11
III.	Kritik an Otto Mayers Projekt	13
	1. Der Siegeszug des Zwecks	13
	2. Abbau des Rechtsstaats	15
	3. Andere staatsrechtliche Lage	17
	4. Andere Verwaltungsaufgaben	19
	5. Abbau der legalistischen Verwaltungskultur	22
IV.	Erschütterung der disziplinären Identität	22
V.	Wiedergewinnung der disziplinären Identität	25
	1. Strategien	25
	2. Definition über die Methode	26
	3. Zähmung von Herrschaft unter veränderten Bedingungen	28
	4. Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition	29
VI.	Schlussbemerkung	33

* Meinen Korreferenten Horst Dreier, Christoph Grabenwater, Gertrude Lübbe-Wolff und Stefan Magen, den Teilnehmern des Symposiums sowie Anne van Aaken, Felix Bierbrauer und Martin Hellwig danke ich für anregende Kommentare, Lena Heuner für ihre Hilfe bei der Zusammenstellung des Materials.

I. Das Anliegen

Otto Mayer ist tot. Es lebe Otto Mayer. Otto Mayers Programm kann nicht mehr das Programm für unser Verwaltungsrecht sein. Aber auf der Suche nach einem neuen Programm sollte man es halten wie Otto Mayer: verstehen, was das vorherige Programm wollte, und warum das zu seiner Zeit richtig war. Verstehen, wie ein solches Programm aussehen muss, damit es seinem Gegenstand gerecht wird, und damit es bei seinen Adressaten Wirkung tut. Bewahren, was weiter gebraucht wird, und erneuern, was nicht mehr in die veränderte Umwelt passt.

Auf diese Weise lernt man dann auch etwas für die allgemeinere Frage nach dem Proprium des Rechts. Otto Mayer hatte darüber klare Vorstellungen. Die Befreiung des Rechts aus den Fesseln der Polizeywissenschaften war ihm ein zentrales Anliegen. Gerade dieses Element seines Programms erweist sich bei näherem Zusehen aber als besonders zeitgebunden. Das ist den heutigen Verwaltungsrechtlern nicht immer bewusst, wenn sie Otto Mayers Programm einfach weiterschreiben.

Das öffentliche Recht besteht nicht nur aus dem Verwaltungsrecht. Das Verfassungsrecht, das Europarecht und das Völkerrecht gehören genauso dazu. Auch aus dem Blickwinkel dieser Rechtsgebiete könnte man versuchen, zum Proprium des Rechts vorzudringen. Das Verwaltungsrecht eignet sich dafür nur besonders gut. In keinem anderen Teilgebiet des öffentlichen Rechts setzt die große Mehrheit das Programm des 19. Jahrhunderts so unbefangen fort. Zugleich ist das Potenzial einer Öffnung für die Sozialwissenschaften in keinem Teilgebiet des öffentlichen Rechts so hoch wie hier. Man kann auf diese Weise den Zweck der staatlichen Handlung präzise rekonstruieren und ihre Wirkung exakt bezeichnen¹.

Wer nach dem Proprium des Rechts fragt, will wissen, wie sich das Recht oder die Wissenschaft vom Recht von etwas anderem unterscheidet. In diesem Buch geht es um den Unterschied zu den Sozialwissenschaften. Man kann die Frage nach dem Proprium natürlich auch auf das Verhältnis von Teildisziplinen beziehen. Dann will man etwa wissen, was das öffentliche Recht vom Privatrecht unterscheidet. Dafür gibt es die drei klassischen Angebote. Man kann darauf abstellen, ob der Staat von hoher Hand interveniert. Man kann fragen, ob der Staat als juristische Person an dem Rechtsverhältnis beteiligt sein muss. Oder man kann verlangen, dass die Norm einem öffentlichen Interesse dient². Auch diese Abgrenzungsversuche muss man von Zeit zu Zeit neu beleuchten. Sollte man die Subordinationstheorie etwa auf alle Formen der Ausübung von Herrschaft umstellen? Dann würde auch die um sich greifende private Regulierung zu einem Arbeitsbereich des öffentlichen Rechts³. Solche Fragen sind aber nicht der Gegenstand dieses Beitrags.

1 Wie fruchtbar der Rückgriff auf die Sozialwissenschaften ist, habe ich am Beispiel des Abfallrechts gezeigt: Engel, Abfallrecht und Abfallpolitik, Baden-Baden, 2002.

2 S. nur die prägnante Darstellung bei Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 2004, § 3, Rn. 14-19.

3 Diese Entscheidung wäre konsequent, wenn man auf verfassungsrechtlicher Ebene meiner Unterscheidung von Autonomie und Freiheit folgt, Engel, Autonomie und Freiheit, in Merten und Papier, Handbuch der Grundrechte II, Heidelberg, 2004, ***.

Wenn im Titel von Herrschaftsausübung die Rede ist, ist damit also keine Entscheidung für die Subordinationstheorie gemeint. Vielmehr weist dieses Wort darauf hin, dass alle Rechtsanwendung die Ausübung von Herrschaft darstellt. Aus dem Blickwinkel des öffentlichen Rechts liegt es allerdings besonders nahe, bei der Abgrenzung zu den Sozialwissenschaften auf dieser Eigenschaft des Rechts zu insistieren. Für Otto Mayer kam es sogar ausschließlich auf das Problem der Herrschaft an. So hilft die Konzentration auf das Verwaltungsrecht, ein Element schärfer zu sehen, das für jede Abgrenzung des Rechts zu den Sozialwissenschaften zentral ist. Heute genügt das Element der Herrschaft für die Abgrenzung aber nicht mehr. Dies macht der zweite Teil des Titels deutlich. Was mit einer offenen Wirklichkeitsdefinition gemeint ist, wird noch zu entfalten sein.

Wissenschaft ist immer selektiv. Otto Mayers Konzept des (Verwaltungs-) Rechts ist nicht die einzige Möglichkeit, die Unbeachtlichkeit der Sozialwissenschaften für das Recht zu begründen. Wer an das Naturrecht glaubt⁴, wer sich den Lehren von Hans Kelsen verpflichtet fühlt⁵, wer sich als Systemtheoretiker Luhmann'scher Prägung versteht⁶, oder wer der Rechtstheorie von Friedrich August von Hayek anhängt⁷, wird zum gleichen Ergebnis kommen. Doch zum einen habe ich die Auseinandersetzung mit den meisten dieser Gegner bereits an anderer Stelle geführt⁸. Zum anderen war jedenfalls in Deutschland keiner von ihnen so wirkmächtig wie Otto Mayer. Das Geheimnis dieser außerordentlichen Wirkung liegt in ihrer Unauffälligkeit. Bis heute definiert Otto Mayer für die Mehrheit des Faches das Verwaltungsrecht, wie es ist. Dass dahinter ein ganz bestimmtes, voraussetzungsvolles normatives Programm steht, ist kaum noch bewusst. Dieses Programm soll die Folie bilden, auf der dieser Beitrag das Proprium des Rechts für unsere Zeit neu bestimmen will.

Was war nun Otto Mayers Projekt (II)? Warum kann es nicht mehr unser Projekt sein (III)? Was hat die Abwendung von Otto Mayer mit der ungelenkten Öffnung des Verwaltungsrechts für sozialwissenschaftliche Elemente zu tun (IV)? Wie kann man es besser machen? Wie kann man zu einer neuen Definition der disziplinären Identität finden und gerade dadurch zu mehr als nur ängstlich unsicherer Interdisziplinarität frei werden (V)?

4 Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Göttingen, 1962.

5 Kelsen, Was ist die reine Rechtslehre?, in Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich, 1953, 143-162 ; in seiner Nähe steht auch Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen, 1999, wenn er allein den „wirklichen“ Willen des Gesetzgebers als Richtschnur der Auslegung gelten lassen will.

6 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/Main, 1993.

7 von Hayek, Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy, London, 1973; s. auch Liggio, Law and Legislation in Hayek's Legal Philosophy, Southwestern University Law Review 1994, 507-530.

8 Engel, Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft nach der Öffnung der Rechtsordnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in Engel, Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter, Baden-Baden, 1998, 11-40 ; die Auseinandersetzung mit der Rechtstheorie von Hayeks ist allerdings noch zu leisten. Dafür ist hier aber nicht der richtige Ort.

II. Otto Mayers Projekt

Für uns Nachgeborene überstrahlt der Name Otto Mayer zu Recht alle anderen Erinnerungen an die bewegte Geschichte des Verwaltungsrechts⁹. Er hat dem Fach nicht nur eine neue Richtung gegeben. Er hat es als wissenschaftliche Disziplin überhaupt erst begründet.

Er hat Verwaltungsrecht dabei bewusst gegen die Sozialwissenschaften seiner Zeit, also gegen die Polizeywissenschaften gestellt (1). Sein Programm war ein zweckfrei gedachter Rechtsstaat (2). Auf diese Weise hat er die Verwaltung konstitutionalisiert (3). Vorausgesetzt war die sparsame Staatsaufgabenlehre des Liberalismus (4). Zugleich wollte er das Parlament gegen die Krone stärken (5). Wo das Programm in Schwierigkeiten gekommen wäre, hat er es in geschickter Weise immunisiert (6). Otto Mayer hat das Verwaltungsrecht nicht nur als Disziplin begründet. Er hat es auch in gleicher Weise wie das Zivilrecht zu einem gelehrten Recht gemacht. Der Wissenschaft kam die zentrale Rolle zu bei der Entwicklung des Rechtsgebiets (7). Auch die für Deutschland typische legalistische Verwaltungskultur hat er geprägt (8). Dies alles ist ihm gelungen durch das, was seine Zeitgenossen die „juristische Methode“ nannten (9).

1. Abgrenzung von den Polizeywissenschaften

Neue Disziplinen entstehen nicht aus dem Nichts. Sie gewinnen ihre Identität regelmäßig, indem sie ihre historischen Wurzeln kappen. So ist es um etwa dieselbe Zeit der Psychologie gegangen, die mit der „spekulativen“ Philosophie nichts mehr zu tun haben wollte¹⁰. Genauso vehement wandte sich Otto Mayer von der „Polzeywissenschaft“ ab¹¹. Darunter verstanden die Zeitgenossen nicht bloß das heutige Polizeirecht. Der Polizeibegriff des frühen 19. Jahrhunderts umfasste vielmehr alle Staatstätigkeit. Insbesondere rechnete nicht nur die Sicherheitspolizei dazu, sondern auch die später aus dem Polizeirecht ausgeschiedene Wohlfahrts- oder Hilfspolizei¹². Die Polizeiwissenschaft war Teil der Staatswissenschaften¹³. Die Staatswissenschaften wollten durch eine Verbindung historischer, ökonomischer, politischer und juristischer Elemente das Handwerkszeug für gute Regierung zur Verfügung stellen¹⁴.

9 Sie ist nachgezeichnet bei Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München, 1992, 229-265, 381-422 und bei Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. III Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945, München, 1999, 203-245, 351-379. Zur besonderen Stellung von Otto Mayer Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München, 1992, 403-407.

10 Diesen Hinweis verdanke ich Martin Kusch, Cambridge.

11 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig, 1895, § 4; für eine moderne Darstellung der Polizeiwissenschaften s. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München, 1992, 243-258.

12 Die Unterscheidung stammt von von Mohl, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Tübingen, 1832/33; s. demgegenüber die engere Definition des Polizeibegriffs bei Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 213.

13 Neben von Mohl stand vor allem Lorenz von Stein für dieses Anliegen, s. etwa von Stein, Die Verwaltungslehre, Stuttgart, 1865.

14 Genau dies ist heute wieder das Anliegen von Schuppert, Staatswissenschaft, Baden-Baden, 2003, der eine Art Fürstenspiegel für demokratische Herrscher geschrieben hat.

Otto Mayer hat diese historischen Brücken zu den Nachbarwissenschaften abgebrochen¹⁵. Es sollte nur noch um Rechtsfragen gehen. In diesem Sinne stand Otto Mayer in der Tradition der staatsrechtlichen Positivisten¹⁶. Das war nicht bloß eine methodische Entscheidung. Vielmehr ging damit auch eine neue Definition des Gegenstands einher. Die schönste Formel verdanke ich einem Gespräch mit meinem römisch-rechtlichen Fakultätskollegen Hans Heinrich Jakobs: „Ja sicher: irgendjemand muss dem Gesetzgeber sagen, was er tun soll“. Das war sein Einwand, als ich insistierte, dass wir Juristen uns um die Zwecke kümmern sollten, die die von uns verwalteten Normen verfolgen. Mitgedacht war Hans Heinrich Jakobs Antwort natürlich: für solch eine erdverbundene Tätigkeit ist ein ausgebildeter Jurist viel zu schade¹⁷. Genauso denkt Otto Mayer. Der Jurist soll nicht über die Anliegen des intervenierenden Staates nachdenken. Sein Gegenstand ist die staatliche Intervention als solche, ohne Rücksicht auf den verfolgten Zweck. Die disziplinäre Identität ergibt sich gerade aus dieser Abstraktion. Das Ziel ist die Herausbildung eines allgemeinen Teils¹⁸.

Auf diese Weise werden Gegenstand und Methode kongruent. Wenn man die nackte Intervention verstehen und domestizieren will, nützt einem Wissen über Steuerungszwecke ebenso wenig wie Wissen über die komparativen Vorteile von Steuerungsinstrumenten. Die Pointe liegt in der Umkehrung. Weil Otto Mayer die Verwaltungsrechtswissenschaft erfolgreich auf Abstraktion, Form und Dogmatik getrimmt hat, war das Fach methodisch gar nicht mehr in der Lage, auch die verfolgten Zwecke zum Gegenstand seiner Untersuchung zu machen.

In der Welt Otto Mayers kann es einen sozialwissenschaftlich informierten Juristen also gar nicht geben. Denn die vom Staat verfolgten Zwecke sind für die juristische Aufgabe schlicht irrelevant¹⁹. Dem „besonderen Teil“ fehlt wissenschaftliche Dignität. Er wird für das wissenschaftliche Programm im Grunde nur für das Anschauungsmaterial gebraucht. Er liefert der abstrahierenden Arbeit am allgemeinen Teil das Anschauungsmaterial. Aus dieser Funktion ergibt sich auch, welche Teile des besonderen Verwaltungsrechts wissenschaftlich gepflegt werden. Zu Otto Mayers Zeit war es vor allem das Polizeirecht²⁰. Später waren die Verwaltungsrechtler nicht zufällig vom Umweltrecht angezogen²¹. Hier geschah eine sprunghafte Ausweitung der staatli-

15 Badura, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates. Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts, Göttingen, 1967, 5 und 11-13.

16 Zentrale Stimmen waren Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, Leipzig, 1865; Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Tübingen, 1876; s. auch Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologische Untersuchung, Frankfurt, 1974; Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, Berlin, 1981.

17 S. auch Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München, 1992, 384: „wo es nicht zum 'Eingriff' kam, weil Individualinteressen nicht berührt wurden, breitete sich das unter dem Blickwinkel des 'Rechtsstaats' uninteressante Gebiet der Wohlfahrtspolizei und der 'Staatspflege' aus“.

18 Ebd. 394-407.

19 Ebd. 237: „je mehr sich die Methodenideale des rechtswissenschaftlichen Positivismus durchsetzten [...], desto mehr sanken die 'Realfächer' zu Hilfswissenschaften herab [...]. Die traditionelle Juristenausbildung bildete nun den Sockel, dem unorganisch, und deshalb auch weitgehend folgenlos, 'nützliche Kenntnisse' angefügt wurden“.

20 Damit beginnt auch sein „besonderer Teil“, Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 203-314.

21 Mustergültig in Otto Mayers Sinne Kloepfer, Umweltrecht, München, 1998. In dem vorzüglichen Buch werden alle auch nur erdenklichen Fragen der juristischen (und nichtjuristischen) Form dicht und erhellend

chen Handlungsformen. Ja beim Polizeirecht zeigt sich die Bedeutungslosigkeit des Zwecks sogar in den Tatbestandsmerkmalen. Zur öffentlichen Sicherheit rechnet bekanntlich jede Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Norm. Das Tatbestandsmerkmal ist also bloß eine Generalverweisung an den Gesetzgeber. Ebenso liegt es bei der öffentlichen Ordnung, nur dass hier auf die herrschenden sozialen Normen verwiesen wird.

Vor diesem Hintergrund wird Otto Mayers berühmtester Satz verständlich: „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“²². Der Satz findet sich im Vorwort zu der dritten und letzten Auflage des Deutschen Verwaltungsrechts. Otto Mayer konstatiert, dass das Ende des Kaiserreiches und die neue Weimarer Verfassung ihn kaum zu Änderungen an dem Buch genötigt haben. Wie sollten sie auch, wenn die Identität des Faches gerade in seiner Immunsierung gegenüber den Zwecken besteht? Oder vorsichtiger: durch diese Immunsierung fühlte sich Otto Mayer so sicher, dass ihm die andere Verfassungsordnung und der Wandel der staatsphilosophischen Überzeugungen vernachlässigbar erschienen.

2. Rechtsstaat

Vergleichbar leer ist Otto Mayers Definition der Verwaltung: „Danach ist Verwaltung im allgemeinen Sinne Tätigkeit des Staates zur Erfüllung seiner Zwecke“²³. „Deshalb ist der Begriff der Verwaltung [...] nur verneinend zu bestimmen: als Tätigkeit des Staates, die nicht Gesetzgebung oder Justiz ist“²⁴. Diese Leere braucht Otto Mayer, damit er weiterfahren kann: „Im Rechtssatz erscheint den Untertanen gegenüber die formale Gerechtigkeit der öffentlichen Gewalt. Sie wirkt auf Grund des allgemeinen Untertanenverhältnisses, in dem alle gleichmäßig stehen, schlechthin verbindlich“²⁵.

Darum also geht es. Der Bürger muss im ersten Schritt zum reinen Untertanen herabsinken, damit er im zweiten Schritt durch den Rechtsstaat wieder auferstehen kann²⁶. „Verwaltungsrecht bedeutet also die rechtliche Ordnung der Verhältnisse zwischen dem verwaltenden Staate und den ihm dabei begehrenden Untertanen“²⁷. „Der Rechtsstaat ist der Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts“²⁸. Dieses Prädikat verdient er zunächst und vor allem durch die Herrschaft der Form. „Der Rechtssatz wirkt [...] zweiseitig; er gibt dem Untertanen die rechtliche Bestimmung eines Sollens oder Dürfens gegenüber der öffentlichen Gewalt und begründet zugleich

behandelt. Zu den Zwecken des Umweltrechts finden sich dagegen nur ein paar pflichtschuldige Bemerkungen im ersten Kapitel. Selbst die breite interdisziplinäre Diskussion über Steuerungsinstrumente spiegelt sich kaum in dem Buch.

22 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, Vorwort.

23 Ebd. 1.

24 Ebd. 7.

25 Ebd. 74.

26 Der Begriff Rechtsstaat ist dabei älter als Otto Mayer, Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München, 1992, 258. Sein Begründer ist von Mohl, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Tübingen, 1832/33.

27 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 13.

28 Ebd. 58.

eine rechtliche Gebundenheit der Behörde ihm gegenüber, dass sie danach verfährt²⁹. Dies ist der rechtsstaatliche Kern der Herrschaft des Gesetzes. Sie führt notwendig zum Gesetzesvorbehalt für alle Eingriffe in Freiheit und Eigentum³⁰.

Welchen Fortschritt das bedeutet, wird deutlich, wenn man Otto Mayers Charakterisierung des Polizeistaats dagegenhält. Der Polizeistaat ist „die schrankenlos gewordene öffentliche Gewalt“³¹. „Dem Untertanen gegenüber hat seine [des Fürsten] Macht keine rechtlichen Grenzen; was er will, ist verbindlich“³². „Deshalb gibt hier im Gegensatz zur Justiz die erlassene Vorschrift keine Rechtssicherheit. Was ihm von der Obrigkeit widerfahren soll, dessen ist der Untertan immer erst sicher, wenn er es spürt durch den Vollzug“³³. Kurz: „Das öffentliche Recht ist kein Recht“³⁴.

Gebunden bleibt der Staat aber auch dann, wenn ihm eine Ermächtigungsgrundlage zur Seite steht. Denn dann wird er durch Otto Mayers zentrale dogmatische Innovation gebunden, den Verwaltungsakt³⁵. Der Verwaltungsakt soll dem Untertanen Rechtssicherheit geben. Zu diesem Zweck nähert Otto Mayer den Verwaltungsakt so eng als möglich an die Urform des Rechtsstaats an, das gerichtliche Urteil³⁶. Die Verwaltung tritt dem Untertanen nicht „unmittelbar mit ihrer Tat entgegen, sondern jeweils erst mit einem dazwischen geschobenen obrigkeitlichen Akt, der für den Einzelfall ausspricht, was ihm Rechtens sein soll“³⁷. Auf diese Weise erhält der Untertan nicht erst nachträglich Rechtsschutz vor den Gerichten. Vielmehr verwirklicht sich Rechtsstaatlichkeit bereits im Verwaltungshandeln selbst³⁸.

Hier liegt der eigentliche Fortschritt. Denn den nachträglichen Rechtsschutz gab es schon im Absolutismus. Man spaltete zu diesem Zweck die Rechtspersönlichkeit des Staats künstlich auf. Dem absoluten Souverän durfte natürlich kein Richter in den Arm fallen. Wohl konnte der Bürger für erlittenes Unrecht vor den Zivilgerichten aber vom Staat als Privatperson Ersatz verlangen. Dies war die Konstruktion der Fiskustheorie, in der Otto Mayer ausdrücklich einen richtigen Gedanken erkennt³⁹.

Schließlich ist der Verwaltungsakt auch die Voraussetzung für den nachträglichen Schutz des Untertanen. Er prägt sich zum einen in der verwaltungsinternen Kontrolle aus, aus der mittlerweile das Widerspruchsverfahren geworden ist⁴⁰. Zum anderen ist der Verwaltungsakt Gegenstand (und dadurch auch Voraussetzung) des Rechtsschutzes vor den Verwaltungsgerichten⁴¹.

29 Ebd. 76.

30 Ebd. 70.

31 Ebd. 38.

32 Ebd. 39.

33 Ebd. 45.

34 Ebd. 47.

35 Ebd. 92-103.

36 Ebd. 59.

37 Ebd.

38 Ebd.

39 Ebd. 47-54.

40 Ebd. 122-130 konzentriert sich noch auf die formlose Beschwerde, die allerdings beschieden werden muss (127). Den förmlichen „Einspruch“ streift er nur (129 f.).

41 Auch das ist bei Ebd. 151-162 noch nicht voll entfaltet.

3. Konstitutionalisierung der Verwaltung

Vor dieser Folie wird die Leistung Otto Mayers sichtbar. Durch die strikte Konzentration auf die rechtliche Form ist ihm gelungen, zwei scheinbar unvereinbare Prinzipien zu vereinen: die innere Souveränität des Herrschers und die liberale Freiheit der Bürger⁴². Dadurch bewirkt er im Bereich der Verwaltung die Konstitutionalisierung der Monarchie. Das gelingt ihm, indem er Monarch und Bürger je für sich als Träger ursprünglicher Rechte konzeptualisiert. Der Monarch ist frei, das Land zu beherrschen. Die Bürger sind frei, von ihrer Person und ihrem Eigentum Gebrauch zu machen. Wo sich beide Sphären nicht berühren, gibt es keine Rechtsfragen. Die Aufgabe des Rechts ist es, den Konflikt beider unhinterfragten Freiheiten zu bewältigen. Dies geschieht durch die Bindung des Monarchen an die Form des Rechts.

Damit die Zähmung der bislang rechtlich nicht kontrollierten Macht des Monarchen gelingt, muss der Zweck aus dem Gesichtsfeld des Juristen verbannt werden. Der Jurist darf dem Monarchen nicht sagen, welche Absichten er verfolgen darf oder soll. Es ist genau wie bei Friedrich Carl von Savignys berühmtem Diktum zur Irrtumslehre: was der Käufer mit der Sache anstellen wollte - und was der Monarch mit seinem Handeln erreichen wollte - „fällt in die Motive“. Das Recht unterstellt, dass der staatliche Zweck erreicht wird. Dass der Staat scheitern könnte, ist nicht Teil der Beobachtungsaufgabe des Rechts. Wenn er scheitert, mag das ein politisches Problem sein. Ein Rechtsproblem ist es nicht. Auch der Bürger muss sich vom Recht nicht sagen lassen, wie er seine oder die allgemeine Glückseligkeit verfolgen soll. Für Otto Mayer ist der Bürger nicht Steuerungsadressat, sondern Freiheitsträger.

4. Liberalismus

Auch wenn das Recht zu den Zwecken schweigt, ist doch die staatspolitische Entscheidung für den Liberalismus (deutscher Prägung) vorausgesetzt⁴³. Sie wird durch die Etablierung des Rechtsstaats abgesichert. Das wird an Otto Mayers Aussagen zum Polizeibegriff besonders deutlich. Die Polizei soll nur noch Sicherheitspolizei sein⁴⁴. „Jeder hat vielmehr die gesellschaftliche Pflicht, solche Störungen [der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung] zu unterlassen. Im Gegensatz zu den längst überwundenen allgemeinen Pflichten, sich dem Wohle der anderen und des ganzen dienstbar machen zu lassen, hat diese Pflicht auch ihre berechenbaren und nachprüfbaren Grenzen, und das macht sie verwendbar für rechtliche Ordnungen“⁴⁵. Der Rechtsstaat macht dem Monarchen bei näherem Zusehen also nur keine positiven Vorgaben

42 Hueber, Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin, 1982, 83 sieht „das moderne Verwaltungsrecht als Kompromiss von Staatsidee und Rechtsstaatsidee“; s. auch Badura, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates. Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts, Göttingen, 1967, 6 und 25.

43 Badura, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates. Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts, Göttingen, 1967, 52; Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in Grimm, Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden, 1990, 291-306, 292.

44 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 204-206, s. auch 213.

45 Ebd. 207 f.

darüber, welche Zwecke er verfolgen soll. Er darf sich negativ aber nur solche Zwecke zueigen machen, die mit den Anforderungen eines Rechtsstaats kompatibel sind.

5. Parlament gegen Krone

Vorausgesetzt ist auch die staatsrechtliche Lage der Zeit. Das Herrschaftsrecht des Monarchen ist nicht durch die Verfassung legitimiert, sondern dynastisch. Auch das Parlament bedurfte keiner Legitimation durch das Recht. Es war vielmehr durch Wahlen hinreichend legitimiert. Wenn der Zweck eine Rechtsfrage gewesen wäre, hätte man nicht nur den Monarchen für gebunden halten müssen, sondern auch das Parlament. Die moderne Vorstellung von rechtlich vermittelter Output Legitimation⁴⁶ hätte also das Parlament geschwächt, das man gerade stärken wollte. Wieder gibt es eine enge Parallele zum Zivilrecht. Im Privatrecht des 19. Jahrhunderts gab es - von Extremfällen wie der Sittenwidrigkeit oder dem Wucher abgesehen - keine richterliche Inhaltskontrolle von Verträgen. Die Richtigkeitsgewähr ergab sich aus der Zustimmung der Vertragspartner zum Vertrag. Genauso ergab sich die Richtigkeitsgewähr des Gesetzes aus der Zustimmung der gewählten Vertreter des Volkes⁴⁷. Ein Versagen des demokratischen Gesetzgebers konnte oder wollte man sich nicht vorstellen.

Anschaulich ist Otto Mayers Haltung gegenüber Eingriffen der Polizei zum Schutz von „geistigen Polizeigütern“. Dazu zählt er „sittliche und religiöse Anschauungen, Vaterlandsliebe, Treue gegen die geschichtlich überlieferten Ordnungen, ästhetisches Feingefühl und Sinn für Kulturpflichten“⁴⁸. Zum Schutz solcher Güter darf die Polizei nur dann tätig werden, wenn ein Gesetz das ausdrücklich angeordnet hat⁴⁹.

Das bedingungslose Vertrauen auf das Gesetz wirkte in doppelter Weise entlastend. Zunächst konnte und sollte der Jurist sich von der Politik fernhalten⁵⁰. Wenn ihm vorgehalten wurde, eine Entscheidung sei politisch unerträglich, konnte er sich hinter die Geltungskraft des Gesetzes zurückziehen. Weil er sich auf die politische Legitimation durch das Parlament verlassen konnte, hatte der Verwaltungsrechtler des 19. Jahrhunderts zugleich auch kein Bedürfnis nach der geborgten (Output-) Legitimation durch die Sozialwissenschaften.

46 Easton, A Systems Analysis of Political Life, New York, 1965; Scharpf, Regieren in Europa. Effektiv und Demokratisch ?, Frankfurt, 1999, 20-28. Der Gegensatzbegriff ist Input Legitimation. Sie bezeichnet das, was in der staatsrechtlichen Literatur herkömmlich unter Legitimation verstanden wird: die Kette sachlicher und persönlicher Bindungen, die zum Volk als Souverän zurückführt. Output Legitimation meint demgegenüber die legitimierende Wirkung der effektiven Bewältigung wirklicher oder wahrgenommener sozialer Probleme.

47 Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in Grimm, Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden, 1990, 291-306, 294.

48 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 215.

49 Ebd. 216.

50 Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München, 1992, 384.

6. Immunisierung an der Grenze

Otto Mayer kapselt sich von Problemen ab, die spätere Zeiten mit seinem Programm haben werden. Aus dem Begriff der Verwaltung nimmt er ausdrücklich solche Staatstätigkeiten aus, mit denen der Staat „aus dem Bereiche dieser Rechtsordnung heraustritt“⁵¹. Dazu zählt er den völkerrechtlichen Verkehr, die Kriegführung, den Staatsnotstand⁵² und „Einzelverfügungen in Gesetzesform“⁵³. Weder die offene Staatlichkeit⁵⁴ noch die Auffächerung der Handlungsformen muss also reflektiert werden. Außerdem hat Otto Mayer mit der Sicherheitspolizei ein Referenzgebiet⁵⁵ gewählt, für das kurze Kausalketten charakteristisch sind. Der von ihm geformte Rechtsstaat muss deshalb nicht mit Entscheidungen unter hoher Unsicherheit fertig werden⁵⁶.

7. Die zentrale Rolle der Wissenschaft

Otto Mayer ist nicht nur als Verfassungspolitiker und als Staatstheoretiker ein Kind seiner Zeit, er ist es auch und vor allem als Wissenschaftler. „Die Verwaltungsrechtswissenschaft ist aber eine junge Wissenschaft, ganz im Gegensatz zur Zivilrechtswissenschaft, die in sicherem Besitze steht“⁵⁷. Diesem Idealbild juristischer Wissenschaftlichkeit wollte Otto Mayer so nahe als möglich kommen⁵⁸. Wie im Zivilrecht schon seit langem sollte der wissenschaftlich gebildete Jurist zur ursprünglichen Quelle des Rechts werden⁵⁹. Er war als Träger auserkoren für den Prozess des Suchens, Aufdeckens und Darstellens der rechtlich relevanten Ideen⁶⁰. Otto Mayer hat noch in einer weiteren Hinsicht zum Zivilrecht aufgeschlossen. Dem Zivilrecht gaben seine römischrechtlichen Wurzeln zusätzliche Dignität. Genauso hat sich Otto Mayer an das nach seiner Überzeugung am höchsten entwickelte Verwaltungsrecht der Welt angelehnt, an das französische⁶¹.

Otto Mayer hat die Brücke zu den Nachbarwissenschaften auch deshalb abgebrochen, um die Anerkennung durch die anderen Teildisziplinen des Rechts zu erreichen. Er wollte das Odium „einer Mischlehre [loswerden], welche Geschichte, Politik und Nationalökonomie bunt vermeng-

51 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 9.

52 Ebd. 9-11.

53 Ebd. 11.

54 Programmatisch Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Tübingen, 1964.

55 Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, 8.

56 S. dazu zunächst nur Kloepfer und Kröger, Zur Konkretisierung der immissionsschutzrechtlichen Vorsorgepflicht, Natur und Recht 1990, 8-16, sowie unten III 4.

57 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 140.

58 Vgl. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München, 1992, 235, 243, 384.

59 Hueber, Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin, 1982, 38; s. auch Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, Tübingen, 1906; Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, Frankfurt am Main, 2003.

60 Hueber, Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin, 1982, 38.

61 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig, 1895; Otto Mayer konnte dabei auf eigene Arbeiten zurückgreifen: Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Strassburg, 1886.

te⁶². Die Konzentration der wissenschaftlichen Anstrengungen auf den allgemeinen Teil verhinderte zugleich das Zerfallen des öffentlichen Rechts in Teildisziplinen. An diesem Anliegen hält die Disziplin ja bis heute fest. Deutlich wird das etwa an der Staatsrechtslehrervereinigung, die trotz ständiger Vermehrung der Mitglieder daran festhält, dass es nur Veranstaltungen im Plenum gibt.

8. Verwaltungsreform

Otto Mayer war schließlich auch Verwaltungsreformer. Das Recht sollte nach seiner Überzeugung nicht nur ein Instrument zur Kontrolle der Verwaltung sein. Vielmehr sollte Verwaltung selbst justizförmig werden⁶³. Tatsächlich ist die Verwaltung im 19. Jahrhundert dann ja auch immer stärker juridifiziert worden⁶⁴. Die für Deutschland charakteristische legalistische Verwaltungskultur hat sich gebildet. Die ältere Kameralausbildung ist vom Juristenprivileg verdrängt worden⁶⁵. Die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts wurden auch zu einem pädagogischen Instrument. Sie haben das Selbstverständnis und das Amtsethos des Verwaltungspersonals geprägt⁶⁶.

9. Otto Mayers Methode

Was ist nun Otto Mayers Methode⁶⁷? Nicht das, was ein heutiger Jurist für gewöhnlich antwortet, wenn er den Unterschied zwischen Recht und Sozialwissenschaften beschreiben soll⁶⁸. Von der Interpretation der geltenden Gesetze ist bei Otto Mayer kaum je die Rede. Er arbeitet auch nicht in dem Sinne dogmatisch, dass er induktiv aus einer Serie von Entscheidungen einen Rechtssatz gewinnt. Otto Mayer geht es vielmehr um „das der deutschen Rechtswissenschaft eigentümliche Bedürfnis nach strenger Systematik“⁶⁹. Er ist ein Anhänger dessen, was man im

62 Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München, 1992, 408.

63 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 63.

64 Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München, 1992, 231.

65 Bleek, Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg; Studium, Prüfung und Ausbildung der höheren Beamten des allgemeinen Verwaltungsdienstes in Deutschland im 18. und 19. Jahrhundert, Berlin, 1972.

66 Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 11.

67 Vgl. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München, 1992, 405: „der Zugang zum methodischen Vorgehen Mayers ist kompliziert“.

68 Anregend etwa Tontrup, Ökonomik in der dogmatischen Jurisprudenz, in Engel, Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter, Baden-Baden, 1998, 41-120.

69 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 18; moderne Stimmen sind etwa Schmidt-Aßmann, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Reformbedarf und Reformansätze, in Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann und Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden, 1993, 11-63, 13; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, VIII und § 1, Rn. 1: „Das allgemeine Verwaltungsrecht als System“; Hoffmann-Riem, Organisationsrecht als Steuerungsressource. Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 355-395.

19. Jahrhundert als „die juristische Methode“ bezeichnete⁷⁰. „Die juristische Methode [...] zeichnete sich [...] dadurch aus, dass zunächst alle nichtjuristischen Erwägungen, als welche politische, geschichtliche, philosophische und volkswirtschaftliche angesehen wurden, ausgeschieden wurden. Der verbleibende, nunmehr stofflich reine Rest war sodann nach rechtlichen Gesichtspunkten zu ordnen. Um die rechtlichen Erscheinungen in ein solches System einfügen zu können, mussten anhand ihres juristischen Gehalts allgemeine Begriffe gebildet werden“⁷¹.

Auch diese Methode ist hermeneutisch⁷². Ihr Text ist nur nicht die einzelne Norm. Vielmehr interpretiert sie das gesamte Korpus der verwaltungsrechtlichen Normen. Sie findet den Sinn dieses Korpus, indem sie die hinter den Normen stehenden, übergreifenden normativen Ideen formuliert⁷³. Zur Erkenntnis dieser Ideen gelangt Otto Mayer gerade in Auseinandersetzung mit der überwundenen Epoche des Polizeistaates. Er interpretiert die Mängel der vergangenen Epoche in einer Weise, die die Entwicklung eines rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts als logische Antwort erscheinen lässt. Er betätigt sich dabei als selbstbewusster Gestalter. Er will einer als amorph gedachten Entwicklung eine Richtung geben. Diese Richtung soll sie gerade deshalb nehmen, weil sie sich durch das Aufdecken der ihr selbst verborgenen Absichten verstanden fühlt⁷⁴. Wirkung tut juristische Systematik im übrigen durch die Verteilung von Rechtfertigungs- und Argumentationslasten. Wenn die Verwaltungspraxis von den normativen Vorstellungen der konsentierten Systematik und von den darauf gründenden Typen und Formen abweichen will, ist sie in der Defensive⁷⁵.

70 Sie ist entwickelt worden von Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, Leipzig, 1865 und Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Tübingen, 1876. Otto Mayer hat es dabei allerdings nicht so auf die Spitze getrieben wie diese beiden Autoren, näher Hueber, Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin, 1982, 15-24.

71 Hueber, Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin, 1982, 14 f.

72 Zum Unterschied zwischen der hermeneutischen und der szientistischen Methode näher Mantzavinos, Naturalistic Hermeneutics, Cambridge, 2005.

73 Hueber, Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin, 1982, 29, 45; s. auch Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München, 1992, 405 f; Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 73-130, 86 f; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 3.

74 Vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 1: „Dem liegt die Einsicht in die rationalisierende Kraft eines analytischen und der Verallgemeinerungsfähigkeit seiner Aussagen verpflichteten Denkens zu Grunde“.

75 Vgl. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource. Einleitende Problemskizze, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 9-63, 25.

III. Kritik an Otto Mayers Projekt

Otto Mayers Projekt war niemals unumstritten. Schon im 19. Jahrhundert regte sich Widerstand⁷⁶. Nach der Erschütterung des Ersten Weltkriegs wurde der Widerstand stärker⁷⁷. „Nicht mehr die Herausarbeitung allgemeiner Rechtsregeln aus disparatem Material, Abstoßung der Polizeiwissenschaft, Verkleinerung des Rückstandes an dogmatischer Durchbildung gegenüber dem Zivilrecht waren jetzt die Probleme. Es ging vielmehr um generelle Neuorientierung in einer instabilen Umwelt, um die Beziehungen zum neuen Arbeits- und Sozialrecht, zum Steuerrecht und zum Wirtschaftsverwaltungsrecht, um die Erfassung neuer Rechtsformen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, die Veränderungen der Kommunalverwaltung durch die Demokratie und den faktischen Problemdruck der Leistungsverwaltung, schließlich um die Wiederherstellung des so lange (und bewusst) unterbrochenen Kontakts zwischen Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre“⁷⁸. Heute zeigt sich der Widerstand am sichtbarsten in den 10 Bänden zur Reform des Verwaltungsrechts⁷⁹. Trotzdem atmet auch herausragende öffentlich-rechtliche Wissenschaft auch heute oft noch Otto Mayers Geist⁸⁰. Otto Mayers Projekt kann aber nicht mehr unser Projekt sein. Seine Voraussetzungen sind Stück für Stück entfallen. Der Zweck ist mit Macht in das (Verwaltungs-)Recht zurückgekehrt (1). Der Rechtsstaat hat sich ein gutes Stück zurückziehen müssen (2). Seit dem Ende des Kaiserreichs ist die staatsrechtliche Lage eine ganz andere (3). Die Verwaltung beschränkt sich schon lange nicht mehr auf die Gewährleistung von Sicherheit (4). Die legalistische Verwaltungskultur ist auf dem Rückzug (5).

1. Der Siegeszug des Zwecks

Vor allem sind die Juristen nicht mehr bereit, zu den Zwecken der verwaltungsrechtlichen Regeln zu schweigen. Auch ihre Umwelt erwartet, dass der je verfolgte Zweck zur Rechtsfrage wird. Der Gesetzgeber will nicht bloß, dass die Verwaltung und die Gerichte die Gesetze beachten. Vielmehr sollen sie dem im Gesetz angelegten normativen Programm zur Wirksamkeit verhelfen. Zu diesem Zweck müssen sie das Programm zunächst als juristisches rekonstruieren. Ebenso erwarten die Adressaten, dass sie von der Rechtsordnung nicht zu blindem Gehorsam gezwungen werden, wo das zur Verwirklichung des normativen Programms gar nicht erforder-

76 Er ist nachgezeichnet bei Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. II Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München, 1992, 384-394 und 407 und – aus der benachbarten Perspektive des Staatsrechts – bei Koriath, *Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 1992, 212-238; s. auch Hoffmann-Riem, *Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden, 2004, 9-72, 28.

77 Einzelheiten bei Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. III Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945, München, 1999, 203-206; charakteristisch Bühler, *Otto Mayer's Deutsches Verwaltungsrecht* (2. Aufl.), seine Bedeutung für die Praxis und die kommende Zeit der Verwaltungsreform, *Verwaltungsarchiv* 1919, 283-313.

78 Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. III Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945, München, 1999, 241.

79 Zwischen 1993 und 2004 erschienen in den Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts im Nomos Verlag.

80 S. nur das vorzügliche Buch von Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2004.

lich ist. Dieses Anliegen ist nur dann juristisch erheblich, wenn das Ziel der Regelung gerade nicht mehr „in die Motive fällt“.

Die Parallele zu Friedrich-Carl von Savignys berühmtem Diktum hat eine wichtige Implikation. Savigny wollte die Wirkung des Austauschvertrags strikt auf den Tausch zwischen Leistung und Gegenleistung beschränken. Die Einigung auf einen gemeinsamen Zweck sollte nur in der Gesellschaft möglich sein. Der Austauschvertrag hat in seiner Vorstellung also gerade kein gemeinsames Programm. Sobald man den Zweck selbst verbindlich macht, ist das anders. Das gilt auch dann, wenn Leistung und Gegenleistung an sich präzise beschrieben sind. Denn haben die Parteien sich überdies auf den Zweck geeinigt, kann und muss das Vertragsprogramm bei Störungen fortgeschrieben werden. Alternativ können die Parteien auf die Regelung von Einzelheiten verzichten, obwohl sie vorhersehen, dass diese Einzelheiten für die Vertragsabwicklung wichtig werden könnten. Wird die Frage tatsächlich wichtig, sind beide Seiten durch den Vertrag verpflichtet, das Programm fortzuentwickeln. Können sie sich nicht einigen, treten die Gerichte an ihre Stelle. In paralleler Weise ändert sich die Aufgabe der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichte, sobald der Zweck öffentlich-rechtlicher Normen zur Rechtsfrage wird. Sie sind aufgerufen, das Programm der Norm auch dann zu verwirklichen, wenn Umstände sichtbar werden, die der Gesetzgeber nicht bedacht hatte; wenn sich die Umwelt ändert; wenn die Regel sehenden Auges unvollständig war.

Dieser Wandel lässt sich an der Dogmatik ablesen⁸¹. Schon lange beschränkt sich das Verwaltungsrecht nicht mehr auf eine „rechtsaktsbezogene Perspektive“⁸². Im Zentrum steht die teleologische Auslegung⁸³. Das Verwaltungsrecht versteht sich als ein problemorientiertes Fach⁸⁴. Zur Leitschnur der Auslegung wird die Überzeugung: „Recht schützt Interessen, bewertet Interessen und ordnet durch Verfahrensregeln den Ausgleich von Interessen“⁸⁵. Das Gemeinwohl ist wieder zur Rechtsfrage geworden⁸⁶. Diesen Wandel vollzieht der Gesetzgeber mittlerweile ganz

81 Den Korreferenten ist zuzugeben, dass der Wandel nicht in allen Gebieten des Verwaltungsrechts gleich stürmisch ist. Besonders ausgeprägt ist er im Wirtschaftsverwaltungsrecht, einschließlich des Umweltrechts. Umgekehrt gibt es Rechtsfragen, bei denen der Bezug zu den Sozialwissenschaften allenfalls ein indirekter ist. Ein Beispiel ist die Frage, welchen Einfluss die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf die Auslegung der parallelen Grundrechte haben soll. Auch dazu kann man aber etwa in den Kategorien des Systemwettbewerbs sozialwissenschaftliche Aussagen machen.

82 Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 73-130, 75.

83 Ebd. in, 92 unter Verweis auf frühe Vorgänger: von Hippel, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung, Berlin, 1924; ForsthoFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, München u. Berlin, 1966.

84 Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 73-130, 92.

85 Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 3, Rn. 63.

86 S. nur Uerpmann, Das öffentliche Interesse. Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff, Tübingen, 1999.

offen. Die meisten verwaltungsrechtlichen Gesetze beginnen nun mit einem § 1, in dem der Gesetzgeber seine Absichten formuliert⁸⁷.

2. Abbau des Rechtsstaats

Mit dem Aufstieg des Zwecks geht der Abbau des Rechtsstaats einher⁸⁸. Anfangs sind die Verwaltungsjuristen noch vorsichtig. Damit sich die Verwaltung der rechtsstaatlichen Bindung nicht entzieht, erfinden sie die Zwei-Stufen-Theorie. Sie verlangen also eine Entscheidung in der Form des Verwaltungsakts darüber, dass anschließend ohne diese Form gehandelt werden soll⁸⁹. Wenn der Staat Private mit der Ausübung von Hoheitsgewalt betraut, machen die Verwaltungsrechtler daraus einen beliebigen Unternehmer. Auf diese Weise ist der Private genauso rechtsstaatlich gebunden wie die staatliche Verwaltung, an deren Stelle er tritt⁹⁰. Wenn der Staat ein Verkehrszeichen aufstellt, machen sie daraus eine Allgemeinverfügung und eröffnen so den Rechtsschutz⁹¹.

Doch von Anfang an gibt es Untiefen. Vielfach determiniert das Gesetz die Tätigkeit der Verwaltung kaum oder gar nicht. Darauf reagiert das klassische Verwaltungsrecht zwar mit der Entwicklung einer Ermessenslehre⁹². Aber der konkrete Eingriff in Freiheit und Eigentum ist dann gerade nicht vom demokratischen Gesetzgeber legitimiert. An die Stelle eines Konditionalprogramms tritt bestenfalls ein Finalprogramm⁹³. Doch die Spielräume der Regelanwendung sind auch dann groß, wenn die gesetzlichen Regeln wirklich nur aus Wenn-Dann-Sätzen bestehen. Ist der Fall nicht vollständig trivial, bedarf es keiner großen Findigkeit, um mehr als ein Ergebnis kunstgerecht zu begründen.

Die Handlungsformen der Verwaltung sind explodiert. Dafür war vor allem das Umweltrecht verantwortlich⁹⁴. Das allgemeine Verwaltungsrecht hat sie zwar Stück für Stück typisiert und, wo möglich, verrechtlicht. Mit dem rechtsstaatlichen Schutz durch die Form ist es aber vielfach

87 Dass er dabei gar nicht so selten Widersprüchliches fordert, steht auf einem anderen Blatt.

88 HORST DREIER hat eingewandt: in der Bundesrepublik ist der Rechtsstaat zunächst einmal ausgebaut, vielleicht sogar durch Übertreibung pervertiert worden. Was gegenwärtig wie Abbau erscheinen mag, ist nur die notwendige Korrektur zurück zur Mitte. Ich will nicht abstreiten, dass es eine Tendenz zur Verrechtlichung gegeben hat, vielleicht in manchen Rechtsgebieten auch heute noch gibt. Trotzdem glaube ich, dass meine Beschreibung die Entwicklung richtig charakterisiert. Vor allem geht es mir aber um die Kausalität: wenn der Zweck im Vordergrund steht, erodiert der Rechtsstaat über kurz oder lang. Aus der Sicht von Otto Mayer gibt es im übrigen keinen Unterschied zwischen einem Abbau des Rechtsstaats und der Entformalisierung staatlicher Interventionen. Für Otto Mayer ist der Begriff des Rechtsstaats mit der Herrschaft der Form identisch.

89 Die Lehre findet in anderen Bereichen, etwa dem Subventionsrecht, aber nach wie vor Verwendung, näher Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 2004, § 17, Rn. 11-27.

90 Einzelheiten Ebd. § 23, Rn. 56-67.

91 Ebd. § 9, Rn. 36-36a.

92 Für eine klassische Darstellung s. nur Ebd. § 7; eine Andeutung findet sich schon bei Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1924, 99.

93 Aus ganz unterschiedlicher Perspektive untersuchen den Unterschied Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen, Tübingen, 1968; Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge, 1977; Alexy, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden, 1985.

94 Eine Systematik findet sich bei Kloepfer, Umweltrecht, München, 1998, § 5.

nicht mehr weit her⁹⁵. Die Verwaltung handelt mit den Rechtsunterworfenen Verträge aus⁹⁶. Sie handelt es dabei „im Schatten des Rechts“⁹⁷. Das Recht zur einseitigen Intervention wird zur Drohkulisse. Gegen diese Drohung kann sich der Adressat mit rechtsstaatlichen Mitteln viel schwerer wehren. Zunächst einmal hat er dem Vertrag ja zugestimmt. Die Drohung wirkt gerade deshalb, weil die Verwaltung dem Adressaten Verschonung im Gegenzug zu einer Vergünstigung in Aussicht stellt, zu der er nicht verpflichtet gewesen wäre.

Auch die rechtsstaatliche Domestizierung des „influenzierenden“ Verwaltungshandelns, also der Anreizsteuerung⁹⁸, ist schwierig. Denn das Gesetz verlässt sich hier nicht mehr auf den Gehorsam, sondern auf das Gewinnstreben der Adressaten. Manchmal ist zwar ein Verwaltungsakt zwischengeschaltet. So wird die Höhe der Gewässerabgabe durch Leistungsbescheid festgestellt. Aber der Schutz vor Fehlern bei der Messung der eingeleiteten Menge oder bei der Qualifikation der eingeleiteten Stoffe ist ja nicht der Kern des Problems. Die eigentliche Beeinträchtigung von Freiheit und Eigentum liegt in der Veränderung der relativen Preise. Dieser Effekt ist rechtsstaatlich nicht kontrolliert. Noch drastischer wird es bei staatlichen Warnungen und Empfehlungen⁹⁹. Auch sie wirken auf die Unternehmen über eine Veränderung der Anreize. Dieses Mal liegt die Veränderung nur auf der Seite der Nachfrage. Zum bisherigen Preis kann das Unternehmen nur noch eine viel geringere Menge absetzen. Auch dieser Eingriff in Freiheit und Eigentum ist nicht durch die rechtsstaatliche Form kontrolliert¹⁰⁰.

Die rechtsstaatliche Einbettung ist praktisch ausgeschlossen, wenn der Staat nicht mehr auf den Gehorsam seiner Bürger zielt, sondern auf ihre Überzeugungen. Auch dafür ist das Umweltrecht ein gutes Beispiel. So ist es der Abfallpolitik etwa gelungen, die Deutschen zu Weltmeistern in der Mülltrennung zu machen. Dieses Ergebnis hätte sich mit Zwangsgewalt nicht bewirken lassen. Der Staat hätte dann neben jeden Mülleimer einen Polizisten stellen müssen. Damit der Einstellungswandel wirklich geschieht, war die Rechtsordnung im Hintergrund aber intensiv tätig. Die Verpackungsverordnung hat den Einzelhandel, die verpackende Industrie und die Hersteller von Verpackungen in das Korsett des Dualen Systems gezwängt. Die Verbraucher bezahlen nun die Entsorgungskosten zwar. Sie bemerken das aber nicht mehr, weil die Kosten im Preis des Produkts versteckt sind. Erst durch diese künstliche Umwandlung in eine scheinbare Niedrigkostenentscheidung hatte die Einwirkung auf die Mentalität der Bürger eine Chance¹⁰¹.

95 Zur Entformalisierung als Trend der Verwaltungsrechtsentwicklung s. Schoch, Entformalisierung staatlichen Handelns, in Isensee und Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg, 2005, 131-227.

96 Wie schwer das mit den Grundgedanken des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts vereinbar ist, ist noch einmal deutlich geworden bei Burmeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1993, 190-247.

97 Mnookin und Kornhauser, Bargaining in the Shadow of the Law, Yale Law Journal 1979, 950-997; Scharpf, Games Real Actors Play. Actor-Centered Institutionalism in Policy Research, Boulder, Colo., 1997, 197.

98 Auch hier war das Umweltrecht für die Entwicklung prägend, s. Kloepfer, Umweltrecht, München, 1998, § 5 IV.

99 Zur Dogmatik s. nur Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 2004, § 15, Rn. 8-13a.

100 Man kann natürlich einwenden: einen Rechtsanspruch auf den Fortbestand von Gewinnchancen kann es nicht geben. Aber damit ist noch nichts über einen Anspruch ausgesagt, dass die Preisbildung von Verzerrungen frei bleibt, die der Staat in Steuerungsabsicht bewirkt.

101 Der Fall ist aufbereitet bei Lüdemann, Edukatorisches Staatshandeln, Baden-Baden, 2004.

In Otto Mayers Programm kompensiert die strikte Bindung an die Form für die mangelnde rechtliche Kontrolle der Sache. Diese strikte Bindung ist längst aufgegeben. Den Beginn machten die Regeln über die Unbeachtlichkeit von Fehlern bei der Aufstellung von Bauleitplänen¹⁰². Später sind lange Kataloge von heilbaren oder unbeachtlichen Mängeln im Verwaltungsverfahren dazugekommen¹⁰³. In immer mehr Gebieten des besonderen Verwaltungsrechts gibt es praktisch nur noch einstweiligen Rechtsschutz¹⁰⁴. In anderen Materien kommt Rechtsschutz praktisch nicht vor. Hier regiert die Verwaltung mit hochgezogener Augenbraue, weil die Adressaten die drakonischen Befugnisse der Behörde kennen¹⁰⁵. Dann kann der Rechtsschutz die legitimierende Funktion nicht mehr erfüllen, die ihm in Otto Mayers Programm zugewiesen war.

Auch das Gesetz hat vielfache Konkurrenz bekommen¹⁰⁶. Anfangs hat man noch versucht, den Wildwuchs mit Figuren wie der Allgemeinverfügung¹⁰⁷ oder dem antizipierten Sachverständigengutachten zu bändigen¹⁰⁸. Doch mittlerweile gilt es nicht mehr als Problem, wenn der Gesetzgeber die Gesetze offen mit den Adressaten aushandelt oder die Normsetzung gleich auf Private delegiert¹⁰⁹. Die legitimierende Kraft der parlamentarischen Entscheidung wird auf diese Weise zur bloßen Hülse.

Die Bestimmung von Ursache und Wirkung ist dabei nicht einfach. Der Verlust der Form beruht auch auf regulatorischen Moden, auf dem Wunsch von Beteiligten am Gesetzgebungsverfahren, die juristischen Fesseln zu sprengen, und auf der Notwendigkeit, in einer stärker fragmentierten und besser organisierten Gesellschaft zu Entscheidungen zu kommen. Dann liegt die Ursache im Recht selbst. Weil es die Form nicht mehr so kraftvoll verteidigt, wird sie von anderen beiseite geschoben. Die wichtigste Ursache sind jedoch die veränderten Erwartungen an das öffentliche Recht. Steuerung muss gelingen. Jedenfalls darf sie nicht an der Sprödigkeit der rechtlichen Form scheitern.

3. Andere staatsrechtliche Lage

Seit Otto Mayer hat sich die staatsrechtliche Lage grundlegend geändert¹¹⁰. Es gibt keinen souveränen Herrscher mehr. Das Volk selbst ist der Souverän. Das Parlament ist nicht mehr der Vertreter des Volkes gegen den Herrscher. Dem Parlament ist der Gegner abhanden gekommen. Es ist selbst zum Gegner der Rechtsunterworfenen geworden. Der Zuwachs an parlamentarischer Kontrolle ist kein Ziel mehr. Der Zugewinn an repräsentativem Einfluss kann nicht mehr zur Rechtfertigung dienen für einen Mangel an inhaltlicher Kontrolle. Herrschaft ist nicht mehr

102 Näher Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden, 1980.

103 Einzelheiten bei Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 2004, § 10, Rn. 38-43.

104 Ein anschauliches Beispiel ist das Medienrecht.

105 Ein anschauliches Beispiel ist das Recht der Bankenaufsicht.

106 Einzelheiten bei Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, Tübingen, 2005.

107 Näher Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 2004, § 9, Rn. 31-36a.

108 BVerwGE 55, 250, 256.

109 Einzelheiten bei Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, Tübingen, 2005.

110 S. zum folgenden nur Badura, Die parlamentarische Demokratie, in Isensee und Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg, 2004, 497-540.

exogen. Ihre Zähmung kann deshalb nicht mehr allein über die Form bewirkt werden. Parlamentarische Zustimmung garantiert nicht mehr die Richtigkeit des Inhalts.

Hinzu tritt ein verfassungspolitischer Befund. Verwaltungsrechtler kleiden ihn meist in den Seufzer: die Gesetze werden immer schlechter. Immer häufiger schreibt der Gesetzgeber in Wahrheit nur noch den ersten Entwurf. Er überlässt es der Verwaltung und den Gerichten, daraus eine handhabbare Regelung zu machen. Ihre Aufgabe ist es oft auch, die neue Regel leidlich widerspruchsfrei in das vorhandene Regelwerk einzupassen¹¹¹. Mit der bloßen Rekonstruktion des gesetzgeberischen Willens ist es dann nicht mehr getan. Unter möglicher Schonung der Absichten des Gesetzgebers müssen Verwaltung und Gerichte das normative Programm überhaupt erst formen. Das ist nur möglich, wenn dieses Programm selbst zur Rechtsfrage wird.

Die beschriebene Entwicklung sollte man nicht als Versagen des Gesetzgebers missdeuten. Sie ist vielmehr Ausdruck der Tatsache, dass sich Politik und Recht weiter voneinander entfernen¹¹². In systemtheoretischer Sprache: die strukturelle Kopplung zwischen diesen beiden Subsystemen der Gesellschaft löst sich auf. Das Subsystem Politik konzentriert sich stärker darauf, Entscheidungen überhaupt möglich zu machen. Das ist zu einer anspruchsvollen Aufgabe geworden. Immer mehr Vetopositionen sind zu respektieren¹¹³. Politische Entscheidungen haben nur noch dann die Chance auf eine Mehrheit, wenn es ihnen gelingt, einander widersprechenden Erwartungen zugleich zu genügen¹¹⁴. Die „political windows of opportunity“ werden immer enger.

Verfassungsrechtlich spiegeln sich diese Veränderungen in der neuen Mehrstufigkeit der Rechtsordnung. Im Grunde gibt es sie natürlich, seit es geschriebene Verfassungen gibt. Das war schon zu Otto Mayers Zeit der Fall. Doch ernst geworden ist es mit der Mehrstufigkeit erst nach dem Zweiten Weltkrieg. Darin liegt auch eine Antwort auf das Versagen der reinen Form im Nationalsozialismus. Entscheidend war die Schaffung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs. Die Macht beider Gerichte beruht auf der Verbindung zweier Elemente: der Zugang zu ihnen ist leicht; sie haben das Recht, Normen und Einzelakte für nichtig zu erklären. Spätestens seit der Einführung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch das Bundesverfassungsgericht¹¹⁵ gibt es jede öffentlich-rechtliche Frage zweimal: als Frage nach der Auslegung des einfachen Rechts, und als Frage nach der Auslegung der Verfassung im Hinblick auf diese einfachrechtliche Norm und ihre Anwendung im konkreten Fall. Ist der zwischenstaatliche Handel berührt, gibt es die verwaltungsrechtliche Frage ein drittes Mal als Frage nach der Ausle-

111 Warum die Juristen es dabei nicht übertreiben sollten, begründe ich in Engel, Inconsistency in the Law. In Search of a Balanced Norm, <http://ssrn.com/abstract=628387>.

112 Den Gedanken habe ich näher entfaltet in Engel, Delineating the Proper Scope of Government: A Proper Task for a Constitutional Court?, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 2001, 187-219; Engel, The Constitutional Court - Applying the Proportionality Principle - as a Subsidiary Authority for the Assessment of Political Outcomes, in Engel und Héritier, *Linking Political Science and the Law*, Baden-Baden, 2003, 285-314.

113 Näher Immergut, *Health Politics. Interests and Institutions in Western Europe*, Cambridge England; New York, NY, 1992; Tsebelis, *Veto Players. How Political Institutions Work*, Princeton, N.J., 2002.

114 Näher Brunsson, *The Organization of Hypocrisy. Talk, Decisions, and Actions in Organizations*, Chichester; New York, 1989; Héritier, *Policy-making and Diversity in Europe. Escaping Deadlock*, Cambridge, UK; New York, 1999.

115 BVerfGE 6, 32 – Elfes.

gung der Grundfreiheiten und der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags. Auf den höheren Stufen der Rechtsordnung geht es immer um das gesetzliche Programm. Der Eingriff in ein Grundrecht oder in eine Grundfreiheit ist nur dann zu rechtfertigen, wenn er ein anerkanntes, hinreichend gewichtiges Ziel verfolgt. Über die Frage nach der Legitimität des Ziels wird der Regelungszweck deshalb notwendig zur Rechtsfrage¹¹⁶.

Zugleich hat der Staat seine Selbstgewissheit verloren. Im zusammenwachsenden Europa ist der deutsche Gesetzgeber oft nicht mehr frei, ohne dass sich deshalb ein europäischer Souverän gebildet hätte. An die Stelle der einen staatlichen Allgewalt ist ein Netz gegenseitig voneinander abhängiger Hoheitsträger getreten. Durch völkerrechtliche Regeln und durch die Ströme an Produkten und Produktionsfaktoren¹¹⁷ ist der deutsche Gesetzgeber unter den Druck des Systemwettbewerbs geraten¹¹⁸. Auch nach innen ist die Souveränität erodiert. Immer häufiger wird Herrschaft nicht vom Staat ausgeübt, sondern von Privaten¹¹⁹. Oder der Staat findet mit privaten Machtträgern zu hybriden Formen von Herrschaft zusammen¹²⁰. Deshalb kann die Rücksichtnahme des Staats auf die Grenzen seiner Möglichkeiten bei der Konzeptualisierung des Verwaltungsrechts nicht mehr, wie noch von Otto Mayer, als seltene Ausnahme vernachlässigt werden.

4. Andere Verwaltungsaufgaben

Der liberalen Vorstellung eines reinen Sicherheitsstaats fehlt es zwar auch heute nicht an Anhängern. Sie ist aber nicht mehr von dem selben Konsens getragen wie zur Zeit Otto Mayers¹²¹. Tatsächlich erfüllt das Verwaltungsrecht viele Aufgaben, die Otto Mayer in das Reich der Wohlfahrtspolizei verwiesen hätte¹²². Es geht nicht mehr bloß um justizähnliche Rechtsverwirklichung, sondern auch um politische Gestaltung, sachverständige Problemlösung und effizienzorientierte Dienstleistung¹²³. Das Sozialrecht traut sich an die Bewältigung von Verteilungskonflikten heran. Das Telekommunikations- und das Energierecht wollen durch gestaltende Intervention Wettbewerb überhaupt erst möglich machen. Das Recht der Bankenaufsicht oder der Zentralbank will

116 Näher Engel, Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots. Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik, in Brugger, Kirste und Anderheiden, Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, Baden-Baden, 2002, 103-172.

117 Näher zu den verschiedenen Dimensionen von Globalisierung Engel, European Telecommunications Law: Unaffected by Globalization?, in Basedow, Baum, Hopt, Kanda und Kono, Economic Regulation and Competition. Regulation of Services in the EU, Germany and Japan, The Hague, 2002, 219-251.

118 Näher Monopolkommission, Systemwettbewerb, Baden-Baden, 1998; Müller, Systemwettbewerb, Harmonisierung und Wettbewerbsverzerrung, Baden-Baden, 2000.

119 Näher Engel, A Constitutional Framework for Private Governance, German Law Journal 2004, 197-236; Engel, Autonomie und Freiheit, in Merten und Papier, Handbuch der Grundrechte II, Heidelberg, 2004, ***.

120 Näher Engel, Hybrid Governance Across National Jurisdictions as a Challenge to Constitutional Law, European Business Organisation Law Review 2001, 569-584.

121 Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann und Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden, 1993, 7 sprechen von dem „Verlust des paradigmatischen Kraft des liberalen Ordnungsmodells“; s. auch Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in Grimm, Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden, 1990, 291-306, 298.

122 Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in Grimm, Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden, 1990, 291-306, 297.

123 So die Typologie von Fehling, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, Tübingen, 2001, 97-169.

durch die Befugnis zu diskretionären Interventionen verhindern, dass individuell rationales Handeln auf der Makroebene zu Schäden führt. In keinem dieser Rechtsgebiete genügt es, dass die Rechtsordnung durch Bindung an die Form den Missbrauch von Herrschaft verhindert. Die Verwaltung ist vom Gesetzgeber in die Pflicht genommen, die Lenkungsziele auch wirklich zu erreichen.

Am deutlichsten zeigt sich der Wandel beim Rechtsschutz. Da klagt nicht mehr bloß der Adressat, um sich gegen Eingriffe in seine Freiheit oder sein Eigentum zu wehren. Vielmehr klagt auch sein Konkurrent, damit der Wettbewerb nicht durch unterschiedlich strenge Regulierungsstandards verzerrt wird. Wer sich als Nachbar von einem Bauvorhaben beeinträchtigt fühlt, der klagt gegen die Erteilung der Bauerlaubnis. Wer Telefongespräche oder Strom verkaufen will, der verlangt von der Bundesnetzagentur, dass sie ihm mit Befehl und Zwang Zutritt zu den Netzen seiner Konkurrenten verschafft. Regelmäßig hat es das Verwaltungsrecht also mit multipolaren Rechtsverhältnissen zu tun: mit dem belastenden Verwaltungsakt mit begünstigender Drittwirkung, oder mit dem begünstigenden Verwaltungsakt mit belastender Drittwirkung¹²⁴. Auf verfassungsrechtlicher Ebene geht es nicht mehr bloß um die Abwehr von Eingriffen, sondern auch um Schutzpflichten¹²⁵. Zwischen den gegenläufigen Ansprüchen auf Abwehr und auf Intervention kann das Recht nur unterscheiden, indem es den oder die Zwecke der Norm zum Gegenstand seiner Entscheidung macht.

Noch auf eine weitere Weise hat das Verwaltungsrecht Abschied von dem liberalen Programm Otto Mayers genommen. Es beschränkt sich nicht mehr auf die kurzen Kausalketten des klassischen Polizeirechts. Vielmehr will es auch für entferntere und unsicherere Risiken vorsorgen¹²⁶. Mit Otto Mayers Programm ist das nur dann zu vereinbaren, wenn der Gesetzgeber den Vorsorgegrundsatz in Wenn-Dann-Beziehungen auflöst. Das ist vor allem bei den Grenzwerten des Immissionsschutzrechts geschehen¹²⁷. Mittlerweile hat sich das Verwaltungsrecht aber immer mehr zu einer Rahmenordnung für Risikomanagement gewandelt¹²⁸.

Die Rechtsordnung ist abhängig von der Wirklichkeit, die sie gestaltet¹²⁹. Soll das allgemeine Verwaltungsrecht nicht obsolet oder dysfunktional werden, muss es seine Referenzgebiete¹³⁰ an

124 Zur Dogmatik s. nur Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 2004, § 11, Rn. 67-73.

125 S. nur Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, Berlin, 2002.

126 Zu den Dimensionen des Vorsorgeprinzips s. Kloepfer und Kröger, Zur Konkretisierung der immissionsschutzrechtlichen Vorsorgepflicht, Natur und Recht 1990, 8-16.

127 Der Gesetzgeber hat auch dort die eigentliche Konkretisierung aber demokratisch nicht legitimierten Sachverständigengremien anvertraut.

128 Scherzberg, Wissen, Nichtwissen und Ungewissheit im Recht, in Engel, Halfmann und Schulte, Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen, Baden-Baden, 2002, 113-144, 135-143.

129 Programmatisch Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource. Einleitende Problemskizze, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 9-63, 12.

130 Den Terminus hat geprägt Schmidt-Aßmann, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Reformbedarf und Reformansätze, in Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann und Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden, 1993, 11-63, 14; s. auch Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 12-14.

diese Entwicklung anpassen. Oder vorsichtiger: es ist nicht klug beraten, wenn es sich ausschließlich an einem Referenzgebiet orientiert, das von den Problemen der Zeit gar nicht berührt wird. Den liberalen Überzeugungen seiner Zeit entsprechend war Otto Mayers Projekt auf das Recht der Sicherheitspolizei zugeschnitten.

Praktisch geht es vor allem um eine Frage: soll es dabei bleiben, dass die Aufgabe des Verwaltungsrechts auf die Zähmung staatlicher Herrschaft beschränkt ist? Oder tritt die Aufgabe der möglichst wirksamen Bewältigung sozialer Probleme hinzu¹³¹? Die zweite Aufgabe wird in der verwaltungsrechtlichen Diskussion meist als Steuerungsperspektive bezeichnet¹³². Zu Recht wird zwar regelmäßig betont, dass einfache Steuerungsvorstellungen zum Scheitern verurteilt sind¹³³. Soziale Vorgänge sind zu komplex und das Maß der Unsicherheit ist regelmäßig zu hoch, als dass man den Erfolg staatlicher Interventionen sicher erwarten dürfte¹³⁴. Auch ist diese Aufgabe unvermeidlich politisch. In den vom Text gezogenen Grenzen wird der Rechtsanwender gezwungen, sich auf eine Seite des jeweiligen politischen Konflikts zu schlagen. Aber der Zusammenhang zwischen der staatlichen Absicht und den Wirkungen ist auch nicht beliebig. Mit Hilfe von generischem Wissen kann man oft schon im vorhinein prognostizieren, dass ein bestimmter Eingriff das angeblich verfolgte Ziel mit hoher Wahrscheinlichkeit verfehlen wird. Erst recht kann man im nachhinein aus Erfolgs- und Scheiternserfahrungen für die Zukunft lernen und so die Treffsicherheit staatlicher Eingriffe vermehren und die Nachteile ihres Einsatzes vermindern. Es gibt deshalb zwei gehaltvolle Aufgaben für ein Verwaltungsrecht, das sich nicht bloß der Kontrolle von Herrschaft verschrieben hat: die Rekonstruktion von Steuerungszwecken und das vergleichende Urteil über Steuerungsinstrumente¹³⁵.

-
- 131 Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 73-130, 91 sowie 150; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, VII sowie § 1, Rn. 30 und 32.
- 132 Hoffmann-Riem, Verwaltungsrechtsreform. Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, in Hoffmann-Riem, Schuppert und Schmidt-Aßmann, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden, 1993, 115-175, 121; Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann und Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden, 1993, 65-114; Hoffmann-Riem, Organisationsrecht als Steuerungsressource. Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 355-395; Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz. Einleitende Problemskizze, in Hoffmann-Riem und Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden, 2002, 9-66, 39; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 33.
- 133 Hoffmann-Riem, Organisationsrecht als Steuerungsressource. Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 355-395, 357; Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource. Einleitende Problemskizze, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 9-63, 14 und 18.
- 134 Zahlreiche weitere Gesichtspunkte bei Engel, Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen, Juristenzeitung 2005, 581-590.
- 135 Wie das Projekt in der Praxis aussehen könnte, habe ich versucht, am Beispiel des Abfallrechts zu zeigen, Engel, Abfallrecht und Abfallpolitik, Baden-Baden, 2002.

5. Abbau der legalistischen Verwaltungskultur

Otto Mayers Projekt zielte auf die Begründung einer legalistischen Verwaltungskultur. Im Innenverhältnis konnte und sollte der Monarch seine Zwecke verfolgen und mit Hilfe von Allgemeinen Verwaltungsvorschriften und Einzelweisungen durchsetzen. Sobald die Verwaltung diese Zwecke aber mit Eingriffen in Freiheit und Eigentum verfolgte, sollte sie alles daran setzen, den Anforderungen eines Rechtsstaats zu entsprechen.

Auch dies hat sich gewandelt. Die Verwaltung unserer Tage will den Bürger nicht mehr als Untertanen sehen. Sie achtet nicht mehr bloß auf die juristische Form als notwendige, aber auch hinreichende Voraussetzung für die Ausübung staatlicher Herrschaft. Sie ist vielmehr auch auf Akzeptanz aus¹³⁶. Sie will die Partizipation der Betroffenen¹³⁷ und die Transparenz für die breitere Öffentlichkeit gewährleisten¹³⁸. Diese Pluralität der Ziele des Verwaltungsverfahrens speist sich aus zwei Quellen. Zum einen rechnet die Verwaltung sich einen höheren Steuerungserfolg aus, in diesem und in künftigen Fällen¹³⁹. Zum anderen verlässt sich die Verwaltung nicht mehr allein auf die legitimierende Kraft des Gesetzes. Zu sichtbar setzen sich partikuläre Interessen in der politischen Auseinandersetzung durch. Oder schlimmer noch: man kann oft eigentlich gar nicht mehr sagen, wer da welche politische Vorstellung verwirklicht hat. Man kann höchstens noch den Prozess nachzeichnen, aus denen sich das Gesetz schließlich ergeben hat. Die veränderte staatsrechtliche und verfassungspolitische Lage hat also auch Rückwirkungen auf die Verwaltungskultur.

IV. Erschütterung der disziplinären Identität

Wer diese Darstellung der Entwicklung für plausibel hält, sollte erwarten, dass das Selbstbewusstsein der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht nachhaltig erschüttert ist. Alle Voraussetzungen von Otto Mayers Projekt sind entfallen. Der Gesetzgeber des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist an die Stelle des rechtswissenschaftlichen Gestalters getreten¹⁴⁰. Das Juristenprivileg in der öffentlichen Verwaltung wankt. Das besondere Verwaltungsrecht ist zu einem Trabanten von Verfassungs- und Europarecht geworden. Der Rückbau des Rechtsstaats schreitet voran. Das

136 Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 2, Rn. 103-105.

137 Ebd. § 2, Rn. 106-112.

138 Ebd. § 2, Rn. 113-116; s. auch die noch längere Liste von Zielen des Verwaltungsverfahrens bei Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz. Einleitende Problemskizze, in Hoffmann-Riem und Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden, 2002, 9-66, 29 und bei Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 9-72, 47-50.

139 Zu den Rückwirkungen der Behandlung in einem auf spätere Verwaltungsverfahren s. vor allem Tyler, Why People Obey the Law, New Haven, 1990.

140 Näher zur Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts Kahl, Das Verwaltungsverfahrensgesetz zwischen Kodifikationsidee und Sonderrechtsentwicklung, in Hoffmann-Riem und Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden, 2002, 67-134.

Gesetz verliert an legitimierender Kraft. Die Verwaltung wuchert in Bereiche, die ihr Otto Mayer vorenthalten wollte.

All das hat der disziplinären Identität der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht aber wenig anhaben können. Scheinbar lässt sich Otto Mayers Programm ja trotzdem fortsetzen. Es macht offensichtlich weiterhin Sinn, die rechtliche Form des Verwaltungshandelns zu bestimmen und fortzuentwickeln. Der Preis dieser Strategie ist allerdings nicht niedrig. Die juristische Methode, so wie Otto Mayer sie verstanden hatte, stützt das wissenschaftliche Tun nicht mehr. Denn die konkreten Aussagen zur Form sind nicht mehr getragen von einer dazu passenden normativen Grundvorstellung. Die rechtsstaatliche Form ist nicht mehr Teil eines geschlossenen konzeptionellen Gebäudes. Wie wichtig diese Form ist, kann der Wissenschaftler im Grunde nicht mehr sagen. Deshalb hat er ihrer Erosion durch die Verwaltungspraxis auch wenig entgegenzusetzen. Das systematische Anliegen beschränkt sich auf die Ordnung des Stoffs.

Wer einfach fortsetzt, was in der Vergangenheit wohlbegründet war, der bemerkt nicht unbedingt, wie grundlegend sich sein Gegenstand geändert hat. Deshalb ist so verwunderlich nicht, dass die eigentliche Erschütterung des Fachs vom entgegengesetzten Ende kommt. Die Disziplin tut sich schwer mit dem Siegeszug des Zwecks¹⁴¹. In einem handwerklichen Sinne kann man allerdings auch hier lange Zeit nützliche Arbeit tun. Wenn der Gesetzgeber seine Absichten in Texte gießt, kann man diese Texte interpretieren. Das wissenschaftliche Tun wird noch fruchtbarer, wenn der Gesetzgeber die Zwecke nur andeutet. Dann kann man das Werk des Gesetzgebers vollenden. Der juristische Wissenschaftler wird auch in dem häufigen Fall gebraucht, dass die neue Entscheidung des Gesetzgebers nicht bruchlos in den vorhandenen Normenbestand passt.

In einem vordergründigen Sinne ist der juristische Wissenschaftler für dieses Tun gerüstet. Er befasst sich ja mit der Interpretation des geltenden Rechts. Doch nach einer Weile lassen sich zwei Einsichten nicht mehr verdrängen: bei diesem Vorgehen wird die Grenze zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik fließend. Das beschert dem juristischen Wissenschaftler ein Legitimationsproblem. Ironischerweise wird das Problem umso größer, je mehr der juristische Wissenschaftler gebraucht wird. Je mehr Ordnung er stiftet, desto weniger kann er sich nämlich hinter der Entscheidung des Gesetzgebers verstecken.

Das führt zu der zweiten Einsicht. Wenn der Verwaltungsrechtswissenschaftler über Steuerungsziele und über Steuerungsinstrumente spricht, kann er zwar wissenschaftliche, aber nicht juristische Autorität in Anspruch nehmen. Durch den Siegeszug des Zweckes wird also auch eine weitere Grenze fließend: die zwischen der Rechtswissenschaft und den Sozialwissenschaften. Wieder kann man sich für eine Weile behelfen. Man sucht das „Gespräch mit den Sozialwissenschaften“¹⁴². Man plädiert für „eine gewisse Öffnung der auf dem Subsumtionsmodell gründen-

141 Vgl. Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 73-130, 101: die Verwaltungsrechtswissenschaft „bleibt ihrer tradierten Arbeitsweise treu. Trotzdem kommt es seine Veränderung des Faches: es verliert seine Selbstgewissheit und damit auch seine großen Erzählungen von der Vergangenheit“.

142 Ebd. in, 100.

den bisherigen Methode“.¹⁴³ Man überlässt es dem privaten Engagement einzelner, sich näher auf eine der Nachbarwissenschaften einzulassen¹⁴⁴. Man beschwört die „Eigenständigkeit des verwaltungsrechtlichen Steuerungskonzepts“¹⁴⁵ und plädiert für ein „differenziert integratives Methodenverständnis“¹⁴⁶ sowie den „normgeprägten Zugriff auf Nachbarwissenschaften“¹⁴⁷.

Doch all diese Formeln können über das eigentliche Problem nicht hinwegtäuschen. Die Verwaltungsrechtswissenschaft und die Sozialwissenschaften unterscheiden sich nicht mehr durch ihren Gegenstand. Die disziplinäre Reinheit, die Otto Mayer durch die Begrenzung des Gegenstands auf die Form erreicht hatte, ist dahin. Wenn der Verwaltungsrechtswissenschaftler Aussagen zu Steuerungszwecken oder zu Steuerungsinstrumenten macht, kann ein Sozialwissenschaftler ihm mit der disziplinären Autorität seines Faches widersprechen.

Gegen solche Kritik kann sich der Verwaltungsrechtswissenschaftler auf die Dauer auch nicht mit dem Satz immunisieren: „Erkenntnisse aus anderen Disziplinen durchlaufen in der Regel den Filter spezifischer Verwendungstauglichkeit und erleben dabei einen Gestaltwandel. Sie büßen auf diese Weise zum Teil den ihr vom professionellen Stab der jeweiligen Disziplin zugemessenen Erklärungsgehalt ein“¹⁴⁸. Gewiss mag der Jurist zum Schluss Gründe haben, ein Steuerungsproblem anders zu konzeptualisieren. Auch mögen für seine Arbeit zusätzliche normative Belange relevant sein, die der Sozialwissenschaftler ausgeblendet hat. Aber sein sozialwissenschaftlicher Kritiker kann trotzdem von ihm verlangen, dass er die sozialwissenschaftliche Konzeption und die empirischen Befunde erst einmal verstanden und ihr normatives Gewicht bestimmt hat.

Konsequent kann sich ein Verwaltungsrechtswissenschaftler bei Aussagen zu Steuerungszwecken und Steuerungsinstrumenten auch nicht gegen die methodischen Standards der Sozialwissenschaften immunisieren¹⁴⁹. Natürlich sind alle sozialwissenschaftlichen Modelle selektiv¹⁵⁰. Aber

143 Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 45.

144 Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 73-130, 101.

145 Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 38.

146 Ebd. § 1, Rn. 46 unter Verweis auf Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in Bauer, Czybulka, Kahl und Voßkuhle, Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstags von Reiner Schmidt, Tübingen, 2002, 171-195, 188 ff.

147 Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 9-72, 58; s. auch Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 9-72, 67: „zum Erfordernis normgeleiteter Robustheit“.

148 Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in Bauer, Czybulka, Kahl und Voßkuhle, Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstags von Reiner Schmidt, Tübingen, 2002, 171-195, 182.

149 Vgl. Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 73-130, 124: „auch wenn der Umgang mit der 'Wirklichkeit' in der Regel methodisch unreflektiert erfolgt“; Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in Bauer, Czybulka, Kahl und

diese Selektivität hat einen Grund, gegen den auch die juristische Verwendung nichts ausrichten kann. Dahinter steht die fundamentale erkenntnistheoretische Einsicht, dass nichts sieht, wer alles sehen will¹⁵¹. Ebenso richtig ist es, dass empirische Sozialwissenschaft immer nur Aussagen unter methodischem Vorbehalt macht. Wenn ein Sozialwissenschaftler eine Hypothese im Experiment überprüft, kann er schließlich bestenfalls sagen: die Nullhypothese, dass der gemessene Effekt auf Zufall beruht, ist sehr unwahrscheinlich. Wie unwahrscheinlich der Zufall als Ursache sein muss, ist eine reine Frage der Konvention. Normalerweise geben sich Experimentatoren zufrieden, wenn der Zufall nicht mehr als fünf Prozent Wahrscheinlichkeit hat¹⁵². Aber wenn sich der Verwaltungsjurist auf generisches Wissen über Steuerungszwecke oder Steuerungsinstrumente beruft, kann er diesen methodischen Vorbehalt nicht auf dem Wege überspielen, der ihm bei der Entscheidung über konkrete Ereignisse hilft. Von der Richtigkeit generischen Wissens kann man sich keine persönliche Überzeugung bilden¹⁵³.

V. Wiedergewinnung der disziplinären Identität

1. Strategien

Was tun? Durch den Siegeszug des Zwecks ist die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht zur Interdisziplinarität verdammt. Interdisziplinarität darf aber nicht mit Methodensynkretismus oder gar Methodenlosigkeit einhergehen¹⁵⁴. In diesem Punkt war Otto Mayers Kritik an den alten Polizeywissenschaften nur zu berechtigt. Wichtiger noch: Interdisziplinarität kann nur auf dem Boden disziplinärer Identität gedeihen¹⁵⁵.

Disziplinen können ihre Identität auf zwei verschiedene Arten definieren: über die Methode oder über den Gegenstand. Das beste Beispiel für die erste Strategie ist die moderne Volkswirtschaftslehre. Sie definiert sich in ihrer großen Mehrheit nicht über die Wirtschaft als Gegenstand, sondern über das Rationalmodell¹⁵⁶. Das Programm ihres deskriptiven Zweigs besteht darin,

Vofkühle, Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstags von Reiner Schmidt, Tübingen, 2002, 171-195, 185: „der unsichere Umgang mit 'Wirklichkeit' ist charakteristisch für das Recht“.

150 Darauf hebt ab Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource. Einleitende Problemskizze, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 9-63, 18; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 39.

151 S. nur Albert, Traktat über rationale Praxis, Tübingen, 1978.

152 Das ist der Signifikanztest, Einzelheiten etwa bei Hays, Statistics, Fort Worth, 1994, Chapter 7.

153 Dazu näher Schulz, Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie. Elemente einer Theorie strafprozessualer Sachverhaltsfeststellung, Köln, 1992.

154 Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 73-130, 124.

155 Czada, Disziplinäre Identität als Voraussetzung von Interdisziplinarität?, in Bizer, Führ und Hüttig, Responsive Regulierung, Tübingen, 2002, 23-54.

156 Allerdings sei nicht verschwiegen, dass dieser methodische Ausgangspunkt auch im eigenen Fach prominente Widersacher hat. Zu nennen sind vor allem verhaltenstheoretische (etwa: Camerer, Behavioral Game Theory. Experiments in Strategic Interaction, New York, NY, 2003) und evolutionsökonomische Ansätze (etwa: Nelson und Winter, An Evolutionary Theory of Economic Change, Cambridge, MA., 1982).

menschliches Verhalten als rationale Reaktion auf die Umwelt zu erklären¹⁵⁷. Ein typisches Beispiel für die zweite Strategie ist die Politikwissenschaft. Sie definiert sich über die drei miteinander verzahnten Gegenstände „polity, politics, policies“. Sie untersucht also Verfassungsordnungen, politische Prozesse und politische Inhalte. Zu diesem Zweck bedient sie sich jeder geeigneten Erkenntnismethode¹⁵⁸.

Beide Möglichkeiten hat auch die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht. In der ersten Lesart teilt sie mit den Sozialwissenschaften zwar den Gegenstand. Sie traktiert ihn aber mit anderen Methoden (2). In der zweiten Lesart unterscheiden sich auch die Gegenstände. Dafür gibt es wiederum zwei Möglichkeiten. Eine Lösung besteht in der These, dass der Gegenstand des Verwaltungsrechts weiter ist als der Gegenstand der Sozialwissenschaften. Das führt zu einem Selbstverständnis, das man auf die Formel bringen kann: Herrschaftsausübung unter Nebenbedingungen (3). Die dritte und beste Lösung entlarvt die Gleichheit der Gegenstände als eine bloß scheinbare. Verwaltungsrecht wie Sozialwissenschaften denken zwar über Steuerungszwecke und über Steuerungsinstrumente nach. Sie tun das aber auf dem Boden verschiedener Wirklichkeitsdefinitionen. Während die Sozialwissenschaften aus methodischen Gründen das Maß der unterstellten Sicherheit der Umwelt normalerweise relativ hoch ansetzen, jedenfalls zu Beginn ihrer Arbeit aber exakt definieren, ist die Wirklichkeitsdefinition des Rechts offen. Auf diesem Wege findet man dann auch zur Kongruenz von Gegenstand und Methode zurück (4).

2. Definition über die Methode

Den methodischen Unterschied zwischen dem sozialwissenschaftlichen und dem juristischen Blick auf Steuerungszwecke und Steuerungsinstrumente kann man auf verschiedenen Ebenen festmachen¹⁵⁹. Wenn Juristen dogmatisch arbeiten, dann bedienen sie sich der hermeneutischen Methode¹⁶⁰. Sie wollen den Sinn des Gesetzestextes verstehen. Dabei kann ihnen sozialwissenschaftliche Theorie Deutungsmuster liefern. Die hermeneutische Aufgabe besteht aber nicht in der Falsifikation von Hypothesen, die aus dieser Theorie abgeleitet sind. Das hermeneutische Verstehen geschieht auch nicht in einem durch eine sozialwissenschaftliche Theorie begrenzten konzeptionellen Rahmen. Der juristische Interpret bleibt frei, eine bestimmte sozialwissenschaftliche Theorie durch eine andere zu ersetzen. Für Sozialwissenschaftler noch beunruhigender: er kann die eine Theorie auch um dazu eigentlich gar nicht passende Elemente einer anderen Theo-

157 Programmatisch Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, 1976; Becker, *The Economic Way of Looking at Behavior. The Nobel Lecture*, Stanford, CA, 1996. Um Missverständnisse zu vermeiden: zu der Umwelt gehört häufig auch das strategische Verhalten anderer rationaler Akteure. Dann hängt die eigene Entscheidung von den Erwartungen über das Verhalten anderer ab, und deren Verhalten wieder von den Erwartungen über das eigene Verhalten usw. ad infinitum. Zur Bedeutung solcher Situationen für das Recht näher Baird, Gertner und Picker, *Game Theory and the Law*, Cambridge, Mass., 1994.

158 Einen Eindruck vermittelt Goodin und Klingemann, *A New Handbook of Political Science*, Oxford, 2000.

159 Vgl. Hoffmann-Riem, *Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden, 2004, 9-72, 60 f., der nach Brückenmethoden, Brückendaten, Brückentheorien und Brückenbegriffen fragt.

160 Zum Unterschied zwischen der hermeneutischen und der szientistischen Methode näher Mantzavinos, *Naturalistic Hermeneutics*, Cambridge, 2005.

rie ergänzen. Das ist möglich, weil Verstehen nicht in gleicher Weise dem Ideal der Objektivität verpflichtet ist wie sozialwissenschaftliches Erklären¹⁶¹. Der um das Verstehen des Gesetzestextes bemühte Jurist baut theoretische Elemente in die Geschichte ein, die er erzählt. In gleicher Weise verwendet der verstehende Jurist die mit harten sozialwissenschaftlichen Methoden gewonnenen empirischen Befunde. Für Verstehen ist die Anschaulichkeit konkreter Fälle genauso wichtig wie die Stringenz einer Konzeption.

Der dogmatisch arbeitende Jurist legt keinen literarischen oder journalistischen Text aus, sondern das Gesetz. Wenn er am Richterrecht arbeitet, tritt der aus einem einzelnen Urteil oder einer Rechtsprechungslinie abgeleitete implizite Satz an die Stelle des Gesetzes. Der ausgelegte Text beansprucht also Geltung. Hier schließt sich zum ersten Mal der Kreis zu Otto Mayers Programm. Wer geltendes Recht auslegt, übt Herrschaft aus. Die Verwaltungsbehörde oder das Verwaltungsgericht tun das ganz unmittelbar. Der juristische Wissenschaftler tut es indirekt, indem er Verwaltung und Gerichten eine bestimmte Auslegung nahelegt.

Die Methode muss darauf Rücksicht nehmen. Das zeigt sich etwa, wenn eine Interpretation bestehen bleibt, obwohl mittlerweile beachtliche Gründe für eine alternative Interpretation laut geworden sind. Die Verlässlichkeit der Rechtsordnung¹⁶² und das Vertrauen der Rechtsunterworfenen auf die bisherige Interpretation können sich also zumindest auf Zeit gegen die bessere sozialwissenschaftliche Einsicht durchsetzen. Außerdem ist die Interpretation eingebettet in das Verwaltungs- und Gerichtsverfahren. So kann das Gebot eines fairen Verfahrens verbieten, die Parteien gleichsam in letzter Sekunde mit einer neuen Erkenntnis zu überfallen, auf die sie sich in ihrer Verhandlungsführung nicht einstellen konnten.

Juristen arbeiten adversatorisch. Beide Parteien erhalten die Chance, ganz verschiedene Geschichten zu erzählen. Im Verwaltungsverfahren und vor den Verwaltungsgerichten kann sich der Bürger auch darauf beschränken, die Plausibilität der Geschichte der Verwaltung zu erschüttern. Das ist nicht nur eine Spielart der hermeneutischen Methode. Das adversatorische Verfahren ist auch eine weitere Antwort auf das Herrschaftsproblem. Es dient der prozeduralen Fairness. Zugleich soll es helfen, der Verwaltung und den Verwaltungsgerichten Legitimität zu verschaffen. Nach Möglichkeit soll es auch bewirken, dass sich die Adressaten in die staatliche Intervention fügen.

Verstehen ist zwar die Voraussetzung juristischen Handelns. Es erschöpft sich darin aber nicht. Letztlich müssen Juristen entscheiden. Juristische Dogmatik ist keine Grundlagenforschung, sondern angewandte Wissenschaft¹⁶³. Die regulative Idee ist nicht die Wahrheit, sondern die

161 Zum szientistischen Ideal der Objektivität näher Daston, Objectivity versus Truth, in Bödeker, Reill und Schlumbohm, Wissenschaft als kulturelle Praxis, 1750-1900, Göttingen, 1999, 17-32.

162 Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 45.

163 Diesen Punkt habe ich näher entfaltet in Engel, Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft nach der Öffnung der Rechtsordnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in Engel, Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter, Baden-Baden, 1998, 11-40 ; s. auch Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 45.

Richtigkeit der Entscheidung. „Rechtsanwendung ist ein Akt sozialer Gestaltung“¹⁶⁴. Dem muss die Methode entsprechen¹⁶⁵. In der juristische Dogmatik gibt es keine ein für allemal richtigen Interpretationen, sondern nur vertretbare Entscheidungen. Es kann Wandel geben, obwohl sich der Normtext nicht ändert. Ein und dieselbe Norm kann in unterschiedlichen Kontexten unterschiedliche Bedeutung haben¹⁶⁶. Man kann den Unterschied zu den Sozialwissenschaften auch so beschreiben: Juristen entscheiden über konkrete Lebenssachverhalte. Sozialwissenschaftler entscheiden dagegen über den konzeptionellen Weg, auf dem sie die Wirklichkeit enträtseln wollen. Sozialwissenschaftler sind skeptisch gegenüber behaupteten Erklärungen. Juristen sind skeptisch gegenüber vorgeschlagenen Entscheidungen.

Der Entscheidungsbezug hat Folgewirkungen¹⁶⁷. Juristen müssen in vertretbarer Zeit und zu vertretbaren Kosten entscheiden. Deshalb müssen sie den Prozess des Verstehens oft schon abbrechen, wenn noch viele sozialwissenschaftliche Hypothesen ungeprüft oder gar unformuliert sind. Juristen wie Sozialwissenschaftler konstruieren Wirklichkeit. Sie tun das aber auf ganz andere Weise. In den Sozialwissenschaften liegt das konstruktive Element im gewählten Paradigma, in den Annahmen eines Modells oder im Design der Methoden zur Überprüfung einer Hypothese. Im Recht ist die Wirklichkeitskonstruktion das Ergebnis von Verfahren¹⁶⁸. Sie ergibt sich etwa aus Darlegungs- und Beweislast, aus Mitwirkungsobliegenheiten und Rechtskraft, aus der Feststellungswirkung von Verwaltungsakten und aus einer Verständigung zwischen den Parteien. Das gilt allerdings nicht notwendig auch für jeden juristischen Wissenschaftler.

Sozialwissenschaftler schreiben für ihre Fachkollegen. Juristen schreiben für ein Publikum, dem nicht nur juristische Wissenschaftler angehören¹⁶⁹. Zu ihrem Publikum gehören vielmehr auch die Parteien des Prozesses, die Richter höherer Instanzen, die übrigen Adressaten der angewendeten Regeln und die politische Öffentlichkeit¹⁷⁰. Wenn sie all diese Adressaten erreichen wollen, kann die Beachtung der methodischen Standards der Sozialwissenschaften nicht das einzige Kriterium sein. Juristische Wissenschaftler können sich dieser Notwendigkeit allerdings entziehen und ausschließlich für andere Wissenschaftler schreiben.

3. Zähmung von Herrschaft unter veränderten Bedingungen

Wenn sich die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht ausschließlich über die ihr eigene Methode definiert, wird sie auf Dauer in der Verteidigungsposition gegenüber den Sozialwissenschaften

164 Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 9-72, 32.

165 Ebd. in, 19.

166 Ebd. in, 28 f.

167 Die sich im übrigen auch beim Sozialwissenschaftler zeigen, wenn er gestalten oder beraten will.

168 Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 9-72, 23 und 25.

169 Ebd. in, 20-27.

170 Näher Engel, The Impact of Representation Norms on the Quality of Judicial Decisions, <http://ssrn.com/abstract=617821>.

bleiben. Denn im Wettbewerb der Disziplinen wird sie dann an ihren wissenschaftlichen Leistungen gemessen werden. Es mag durchaus sein, dass die hermeneutische Methode manchmal zu schnelleren oder besseren Ergebnissen kommt als die szientistische. Auch in den Sozialwissenschaften gewinnt hermeneutisches Verstehen ja wieder an Boden¹⁷¹. Aber warum sollte man durch die Brille eines historisch kontingenten Gesetzestextes wirklich mehr über Steuerungszwecke oder Steuerungsinstrumente lernen als aus der unvoreingenommenen Warte des Sozialwissenschaftlers? Und welchen wissenschaftlichen Ertrag soll es abwerfen, wenn man nebenbei auch noch an Legitimation oder Akzeptanz denkt? Zu einem angemessenen Urteil über die Leistungen juristischer Wissenschaftler wird es deshalb nur kommen, wenn sich das Fach schon durch seinen Gegenstand von den Sozialwissenschaften unterscheidet.

Eine radikale Option besteht in der offensiven Rückkehr zu Otto Mayer. Die disziplinäre Aufgabe besteht dann weiterhin in der Zählung von Herrschaft. Diese Aufgabe muss nur unter veränderten Bedingungen bewältigt werden. Ob und wie sozialwissenschaftliche Methoden und Befunde verwendet werden, bestimmt sich nach ihrem Nutzen für die Domestizierung von Herrschaft. Wenn die Gesetze ohne Blick auf den verfolgten Zweck nicht mehr angewendet werden können, muss sich das Recht eine Vorstellung von diesen Zwecken verschaffen. Auch fremdes Wissen über den Nutzen und die Kosten von Steuerungsinstrumenten können dem Recht helfen, ihren Missbrauch zu verhindern. Die Sozialwissenschaften werden zu Hilfswissenschaften des Rechts.

Viele literarische Beiträge zur Abgrenzung zwischen Recht und Sozialwissenschaften lassen sich so lesen. Da ist von der „Sicherung juristischer Verwendungstauglichkeit“ sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse die Rede¹⁷², von der „Sicherung des normgeprägten Zugriffs auf Nachbarwissenschaften“¹⁷³ oder von einem „Erfordernis normgeleiteter Robustheit“¹⁷⁴. Es wird die disziplinierende Kraft des allgemeinen Verwaltungsrechts¹⁷⁵ und die Ordnungsleistung der Lehre von den Handlungsformen betont¹⁷⁶.

4. Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition

Auf dem gerade bezeichneten Wege stellt man zwar die Kongruenz von Gegenstand und Methode wieder her. Der Preis ist aber hoch. Nach wie vor ist der Erfolg des Versuchs einer Steuerung durch Recht selbst keine Rechtsfrage. Es bleibt bei der ausschließlichen Orientierung am Problem der Herrschaft. Zu multipolaren Rechtsverhältnissen müsste die Wissenschaft vom Verwal-

171 Dazu (kritisch) Mantzavinos, *Naturalistic Hermeneutics*, Cambridge, 2005.

172 Hoffmann-Riem, *Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft*, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden, 2004, 9-72, 59.

173 Ebd. in, 58.

174 Ebd. in, 67.

175 Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin, 2004, § 1, Rn. 10.

176 Ebd. § 6, Rn. 35.

tungsrecht schweigen. Die Disziplin würde am Programm Otto Mayers festhalten, obwohl seine verfassungsrechtlichen und seine staatstheoretischen Voraussetzungen entfallen sind.

Steuerungszwecke und Steuerungsinstrumente müssen also in die Definition des Gegenstands der Disziplin aufgenommen werden. Wie kann das gelingen, ohne dass der Unterschied zwischen Verwaltungsrechtswissenschaft und Sozialwissenschaften verloren geht? Der Schlüssel liegt in der präziseren Definition von Steuerung. Was Steuerung heißt, hängt nämlich von der Definition der Wirklichkeit ab, auf die der Staat in Steuerungsabsicht einwirkt.

Die Sozialwissenschaften gehen regelmäßig von einer ziemlich sicheren Welt aus. Vielleicht gibt es Risiken. Oft wird aber angenommen, dass deren Wahrscheinlichkeiten bekannt sind. Jedenfalls ist der Problemraum meist wohldefiniert¹⁷⁷. Steuerung braucht dann nicht mit Überraschungen fertig zu werden. Für diese Selbstbeschränkung sollte man die sozialwissenschaftliche Steuerungstheorie nicht tadeln. Durch die einschränkende Annahme kann sie Steuerungsprobleme präzise rekonstruieren und Steuerungsinstrumente als logische Antwort auf diese Probleme konzipieren. Im übrigen gibt es natürlich auch sozialwissenschaftliche Arbeiten, die ganz bewusst Steuerung im offenen Problemraum untersuchen¹⁷⁸.

Der Unterschied zwischen dem Recht und den Sozialwissenschaften lässt sich also nicht an einer bestimmten Wirklichkeitsdefinition festmachen. Wohl legt sich ein Sozialwissenschaftler aber auf eine bestimmte Wirklichkeitsdefinition fest, bevor er sich an die Arbeit macht. Genau das kann der Verwaltungsrechtler nicht. Er muss mit einer offenen Wirklichkeitsdefinition arbeiten. Manchmal heißt das, dass er von vornherein unter Bedingungen hoher Unsicherheit entscheidet. Das gilt insbesondere im Anwendungsbereich des Vorsorgegrundsatzes.

Vor allem kann er Überraschungen aber niemals ausschließen. Bei erster Näherung mag der Gegenstandsbereich noch so aufgeräumt wirken. Immer ist möglich, dass plötzlich ein Faktum oder ein Gesichtspunkt auftaucht, der nicht in das bisherige Weltbild passt. Dann darf der praktizierende Verwaltungsrechtler weder die Entscheidung verweigern noch die Überraschung ignorieren. Will der Verwaltungsrechtswissenschaftler die Verbindung zur juristischen Praxis nicht durchschneiden, muss auch er diese Offenheit haben. Genauer: er kann seinen Untersuchungsgegenstand zwar so definieren, dass er vor Überraschungen gefeit ist. Er darf Steuerungsprobleme aber nicht so konzeptualisieren und Steuerungsinstrumente nicht so beschreiben oder ausgestalten, dass auch in der Anwendungspraxis keine Überraschungen mehr passieren dürfen. Oder in den Worten von Arthur Kaufmann: der Verwaltungsrechtswissenschaftler muss den zergliedern-

177 Näher Kirzner, *On the Economics of Time and Ignorance*, in Boettke und Prychitko, *The Market Process. Essays in Contemporary Austrian Economics*, Brookfield, 1994, 38-44; Caplan, *Rational Ignorance*, in Rowley und Schneider, *Encyclopedia of Public Choice*, Boston, 2004, ***.

178 S. etwa Japp, *Struktureffekte öffentlicher Risikokommunikation auf Regulierungsregime. Zur Funktion von Nichtwissen im BSE-Konflikt*, in Engel, Halfmann und Schulte, *Wissen, Nichtwissen, Unsicheres Wissen*, Baden-Baden, 2002, 35-74; Stehr, *Wissen*, in Engel, Halfmann und Schulte, *Wissen - Nichtwissen - Unsicheres Wissen*, Baden-Baden, 2002, 17-34.

den Verstand in ein Gleichgewicht zu der auf den Zusammenhang und die Einheit des Wissens abzielenden Vernunft bringen¹⁷⁹.

Diese konstitutive Offenheit der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht ist folgenreich. Es wird deutlich, warum das Recht so vieles zugleich anstrebt¹⁸⁰: punktuelle Steuerung und Veränderung des Rechtsbewusstseins¹⁸¹; Überzeugung und Zwang; Konfliktbewältigung und Fortentwicklung der Regel¹⁸². Es wird dadurch nämlich robust gegen überraschende Störungen. Gerade die mittlerweile in Vergessenheit geratenen Elemente in Otto Mayers Projekt erweisen plötzlich ihre Funktionalität. Die Konstruktion von Sicherheit durch zweiseitige Verbindlichkeit ist ein hervorragendes Instrument zur Bewältigung von Unsicherheit.

Dogmatik erweist sich als elegante Antwort. Sie kann mit einem stets nur vorläufigen Grad an Gewissheit zurechtkommen und vermittelt trotzdem Verlässlichkeit. Sie ist das Instrument zur permanenten Rekonstruktion von vorläufiger Sicherheit auf der Grundlage des bis jetzt Verstandenen. Ihr gelingt es, trotz offen eingestandener Vorläufigkeit und Kontextgebundenheit Inter-subjektivität herzustellen. Ebenso elegant ist die für das Recht typische Trennung zwischen Regelbildung und Regelanwendung. Auf diese Weise steht die Geltung der Regel nämlich unter dem Vorbehalt, dass im konkreten Fall Gesichtspunkte gefunden werden, die zu ihrer Modifikation nötigen.

Wenn vorher feststeht, dass auch nachher keine Gewissheit da sein kann, kommt es auf die Zuständigkeitsordnung an. Gesetzliche Regeln zur Verwaltungsorganisation sind keine vernachlässigbare Nebensache. Das Verfahren bekommt einen Eigenwert. Gleichbehandlung wird essenziell. Die Rechtsordnung muss dafür sorgen, dass die Betroffenen auch mit einer möglicherweise falschen Entscheidung leben können. Deshalb muss es einen Instanzenzug geben. Das Verfahrensrecht muss zwischen dem Wunsch nach mehr Sicherheit über die Entscheidungsgrundlage und der Notwendigkeit vermitteln, innerhalb vertretbarer Zeit und zu vertretbaren Kosten zu entscheiden.

Die Offenheit der Wirklichkeitsdefinition ist nur die eine Hälfte. Erst wenn man das Merkmal der Herrschaftsausübung hinzunimmt, hat man die Identität der Disziplin definiert. Otto Mayers Problem hat sich also nicht erledigt. Auch heute bedarf Herrschaft der Zählung. Auch die Form ist deshalb nicht entbehrlich oder nebensächlich geworden. Diese Zählung muss aber von einer Disziplin bewältigt werden, die zugleich auch Steuerungsprobleme lösen will. Bei näherem Zusehen ist die Ausübung von Herrschaft dabei keine Besonderheit des öffentlichen Rechts. Alles staatliche Recht wird notfalls mit souveräner Autorität verbindlich festgestellt und, wenn nichts anderes hilft, mit souveräner Gewalt durchgesetzt.

179 Kaufmann, Einige Bemerkungen zu der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, in Kaufmann, Beiträge zur juristischen Hermeneutik, Köln, 1984, 119-125, 120 f.

180 Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource. Einleitende Problemskizze, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 9-63, 20 beschreibt Recht als institutionelles Arrangement.

181 Ebd. in, 18.

182 Näher zu dem Bündel der Ziele Engel, Die Grammatik des Rechts, in Rengeling, Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund, Baden-Baden, 2001, 17-49 .

Dass Herrschaft ausgeübt wird, ist aber nicht nur das zweite definitorische Element. Die Zähmung von Herrschaft kann auch auf das Maß der Unsicherheit zurückwirken, unter der entschieden werden muss. Ein anschauliches Beispiel sind Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote. Der Respekt vor den Rechtsunterworfenen gebietet, dass die Rechtsordnung eine Chance nicht wahrnimmt, das Maß der Unsicherheit zu vermindern. Ein anderes Beispiel ist der einstweilige Rechtsschutz. Weil einer Partei ein längeres Verfahren nicht zugemutet werden kann, wird auf eigentlich unnötig unsicherer Grundlage entschieden.

Aus der Offenheit der Wirklichkeitsdefinition folgt nicht etwa, dass sich die Verwaltungsrechtswissenschaft gegen die Methoden oder gegen die Befunde der Sozialwissenschaften verschließen müsste. In geeigneten Situationen kann sich die Disziplin dafür sogar weitgehend öffnen. Ein gutes Beispiel gibt das Kartellrecht. Die Rechtswissenschaft hat keinen Grund, die immer präzisere ökonomische Fundierung der Tatbestände zu verhindern. Gerade dann, wenn die Rechtspraxis unter hoher eingestandener Unsicherheit entscheiden muss, sind sozialwissenschaftliche Modelle oft die einzige Möglichkeit, überhaupt begründete Aussagen zu machen. Auch dort, wo die klassische Dogmatik nicht hilflos wäre, kann und sollte sie sich auf das überlegene Wissen und auf die überlegenen Fähigkeiten der Sozialwissenschaften zur Rekonstruktion von Steuerungsproblemen und Lösungen einlassen. 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“¹⁸³.

Die Beachtung sozialwissenschaftlicher Methoden kann der rechtswissenschaftlichen Aussage gerade auch im Verhältnis zur Anwendungspraxis zusätzliche Legitimität verleihen. Man kann darin sogar die Wiedergewinnung der Legitimation durch die Form entdecken, die für Otto Mayers Projekt tragend war. Nur dass es sich jetzt nicht mehr (ausschließlich) um die Form des Rechts handelt, sondern (auch) um die disziplinäre Form einer Sozialwissenschaft. Diese von einer Nachbarwissenschaft geborgte Legitimität ist umso notwendiger, je stärker die legitimierende Kraft des Gesetzestextes abnimmt.

Aus der Abschottung gegenüber den Sozialwissenschaften, auf der Otto Mayer bestanden hat, ist also ein arbeitsteiliges Verhältnis geworden. Die Rolle der Rechtswissenschaft beschränkt sich dabei weder auf Rezeption von Theoremen und Ergebnissen noch auf die Übernahme von methodischen Standards. Vielmehr besteht eine wichtige Funktion der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht darin, die Erträge sozialwissenschaftlicher Forschung für das Recht nutzbar zu machen. Anders als in Otto Mayers Programm besteht die Aufgabe der juristischen Wissenschaft also nicht mehr bloß in der Gewinnung allgemeiner Regeln durch Abstraktion aus konkreten Erfahrungen. Komplementär ist die Rolle der Konkretion von Forschungsergebnissen und For-

183 Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource. Einleitende Problemskizze, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997, 9-63, 16; s. auch Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 9-72, 37 f; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin, 2004, § 1, Rn. 47.

schungsmöglichkeiten hinzugetreten, die in den stärker an der Grundlagenforschung interessierten Sozialwissenschaften gewonnen werden. Auf diese Weise wird sozialwissenschaftliche Qualität auch in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis verfügbar, obwohl die methodischen Standards dieser Wissenschaften unter den Bedingungen des Verwaltungs- und Gerichtsverfahrens nicht eingelöst werden könnten¹⁸⁴.

Wenn man das Proprium als die Ausübung von Herrschaft bei offener Wirklichkeitsdefinition beschreibt, ist also der Boden für die fruchtbare Nutzung der Sozialwissenschaften bereitet. Der Rechtswissenschaft ist es nur eines verwehrt: sie darf ihren Diskurs nicht ganz auf szientistische Argumente reduzieren¹⁸⁵. Methodengerechtigkeit ist für sich allein noch keine ausreichende Grundlage für die Legitimation rechtswissenschaftlicher Arbeit. Die Rechtswissenschaft wird nicht zur Sozialwissenschaft¹⁸⁶. Indem sie sich auf die Sozialwissenschaften einlässt, kann die Rechtswissenschaft ihre eigene Aufgabe aber besser erfüllen.

VI. Schlussbemerkung

Otto Mayers Projekt kann nicht mehr unser Projekt sein. Dieser Beitrag hat aber gezeigt, dass wir es halten können wie Otto Mayer. Aus der Auseinandersetzung mit seinem Projekt ergibt sich die unserer Zeit gemäße Identität der Disziplin. Otto Mayer hatte das Recht des Polizeistaates nicht in Bausch und Bogen verworfen. In der Fiskustheorie hatte er den Kern des Rechtsstaats entdeckt, dem er zur vollen Entfaltung verholfen hat. In ähnlicher Weise entdeckt dieser Beitrag in dem Streben nach der Zähmung von Herrschaft ein nach wie vor gültiges Anliegen. Er hält dies nur nicht mehr für das einzige Anliegen, dem sich die Verwaltungsrechtswissenschaft verschreiben sollte. Er hält die strikte Bindung an die rechtsstaatliche Form auch nicht mehr für die einzige Lösung des Herrschaftsproblems. Vielmehr plädiert er dafür, das Spannungsverhältnis zwischen Herrschaftsausübung und wirksamer Steuerung zum neuen Gegenstand der Disziplin zu bestimmen. Die Formel von der Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition bewältigt die Grenzziehung zu den Sozialwissenschaften. Zu dieser Lösung gelangt man gerade dann, wenn man die von Otto Mayer zur Blüte gebrachte juristische Methode ernst nimmt.

184 Dazu näher Engel, *The Difficult Reception of Rigorous Methodology from the Social Sciences in the Law*.

185 Vgl. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin, 2004, § 1, Rn. 46 unter Verweis auf Voßkuhle, *Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts*, in Bauer, Czybulka, Kahl und Voßkuhle, *Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstags von Reiner Schmidt*, Tübingen, 2002, 171-195, 186 ff.

186 Um meine Leser nicht zu verwirren: man kann den gleichen Befund natürlich auch in meine ältere Formel gießen: Recht ist *angewandte* Sozialwissenschaft, Engel, *Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft nach der Öffnung der Rechtsordnung für sozialwissenschaftliche Theorie*, in Engel, *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter*, Baden-Baden, 1998, 11-40