

EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN

Verwaltungsrechtliche
Dogmatik
in der Entwicklung

2. Auflage

Mohr Siebeck

Eberhard Schmidt-Aßmann
Verwaltungsrechtliche Dogmatik
in der Entwicklung



Eberhard Schmidt-Aßmann

Verwaltungsrechtliche
Dogmatik
in der Entwicklung

Eine Zwischenbilanz zu Bestand,
Reform und künftigen Aufgaben

2. Auflage

Mohr Siebeck

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

1. Auflage 2013
2. Auflage 2023

ISBN 978-3-16-162418-6 / eISBN 978-3-16-162419-3
DOI 10.1628/978-3-16-162419-3

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

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Dogmatik dient dem fortgesetzten Abgleich überkommener Einsichten mit neuen Erkenntnissen und Anforderungen. Auf dem Gebiet der verwaltungsrechtlichen Dogmatik vollzieht sich diese Entwicklung in der *täglichen* Rechtsanwendung der Behörden und Gerichte, *zugleich* aber auch in längerfristigen perspektivischen Überlegungen als wissenschaftliche Reflexion über die Strukturen der Dogmatik selbst. Sie ist eine *Daueraufgabe*. Die 1. Auflage deutete das mit dem Begriff der „Zwischenbilanz“ im Untertitel an. Die nach zehn Jahren hier vorgelegte neue Auflage nimmt den Entwicklungsgedanken in den Haupttitel auf.

Entwicklung bestimmt auch das Feld der Literatur: Die „Grundlagen des Verwaltungsrechts“, an die die Voraufgabe anschließen konnte,¹ sind 2022 in der Herausgeberschaft von *Andreas Voßkuhle*, *Martin Eifert* und *Christoph Möllers* neu erschienen.² Etwa zeitgleich haben *Wolfgang Kahl* und *Markus Ludwigs* die ersten vier Bände des großen Projekts „Handbuch des Verwaltungsrechts“ vorgelegt.³ Beiden Gemeinschaftswerken verdankt die folgende Darstellung viel. Sie kann es unter Hinweis auf den dort ausgebreiteten Reichtum dogmatischer Erkenntnisse bei kurzen Zitaten bewenden lassen, und sie kann sich auf einige Kernthemen konzentrieren: Demgemäß soll es zunächst darum gehen, Grundlagen und Reformimpulse der verwaltungsrechtlichen Dogmatik zu betrachten und dabei auch einen Blick auf Herausforderungen zu werfen, die in der Corona-Pandemie deutlich geworden sind und die vor allem den juristischen und den politischen Umgang mit wissenschaftlichem Wissen betreffen (Teil 1). Sodann werden drei klassische Themenbereiche der verwaltungsrechtlichen Dogmatik (Rechtsquellen, Rechtsformen, Rechtsschutz) ausgewählt, um an ihnen konkrete Fragestellungen zu behandeln. Hier sind etwa die zunehmende Bedeutung des Völkerrechts im Verwaltungsrecht und die Rolle des soft law zu bedenken; es sind aber auch neue Akzente zu erörtern, die im Gefolge der „Rotmilan“-Entscheidung in die Problematik der gerichtlichen Kontrollrichte hin-

¹ Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I–III, 1. Auflage (2006–2009); 2. Auflage (2012–2013).

² Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I–II, 3. Auflage (2022).

³ Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts Bd. I und II (2021), Bd. III und IV (2022).

eingetragen worden sind und die eine stärkere Hinwendung der Dogmatik zu Tatsachenfragen, zum Beweisrecht und zur Rolle von Sachverständigen nahelegen (Teil 2). Untersuchungen zu den gegenwärtigen Herausforderungen des Verwaltungsorganisationsrechts, zu Einheit und Pluralität der Verwaltung, zu unabhängigen Behörden und Ressortforschungseinrichtungen, schließen die vorliegende Studie ab (Teil 3).

Mein besonderer Dank gilt *Hans Christian Röhl* für vielfache Anregungen, Kritik und für praktische Unterstützung bei der Erarbeitung der Neuauflage.

Heidelberg, im Februar 2023

Eberhard Schmidt-Aßmann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
---------------	---

Erster Teil

Die Dogmatik und ihre Reform: Grundfragen	1
A. Aufgaben verwaltungsrechtlicher Dogmatik	1
B. Die Struktur der Dogmatik in der Reform	5
I. Bestandsaufnahmen im Besonderen Verwaltungsrecht: „Referenzgebiete“	8
II. Alte und neue methodische Zugänge	11
1. Die überkommene „Juristische Methode“	11
2. Rechtsaktbezogener und verhaltensbezogener Ansatz	14
III. Vorverständnisse und Leitbilder	16
C. Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft	19
I. Steuerungswissenschaftliche Ausrichtung	20
1. Analytisches Konzept	20
2. Zusammenhänge und Wechselwirkungen	21
II. Die Einbeziehung nicht-juristischer Erkenntnisse	22
1. Rechtspraxis und Rechtswissenschaft	23
2. Brückenbegriffe	25
III. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung	27
1. Praktische dogmatische Aufgaben	28
2. Eigenheiten wissenschaftlicher Rechtsvergleichung	29
3. Problembezogene Ausrichtung: „Gemeinsames Lernen“	31
D. Dogmatik nach den Erfahrungen der Corona-Pandemie	32
I. Herausforderung für alle Gebiete der verwaltungsrechtlichen Systematik	33
II. Zentrales Thema: Der Umgang mit (wissenschaftlichem) Wissen .	40
1. Wissen – kein „thesaurierter Bestand“	41
2. Wissenschaftliches Wissen – Qualitätsmerkmale und Qualitätsansprüche	42
3. Herausforderungen und Gefährdungen	44

Zweiter Teil

Drei klassische Themenbereiche verwaltungsrechtlicher

Dogmatik: Rechtsquellen, Rechtsformen, Rechtsschutz 47

1. Abschnitt: Die Rechtsquellenlehre 50

A. Aufgaben der Rechtsquellenlehre 50

I. Der politische Gehalt dieser Lehre 50

1. Überkommene Engführungen 51

2. Eine kritische Analyse 51

II. Rechtsquellenlehre als „polyzentrisches Gefüge“ 52

1. Vielfalt der Typen, Regime, Schichten und
Normierungstechniken 532. Methodenfragen angesichts der Vielfalt der Rechtsschichten
und Regelungsansätze 543. Rechtsetzungsmonopole, numerus clausus und
Adäquanzgebot – Fragen 55

B. Drei beispielhaft herausgestellte Rechtsquellen 57

I. Das parlamentarische Gesetz: ein unverzichtbarer Eckpfeiler 57

1. Steuerungsleistungen unterschiedlicher Normierungstypen ... 58

2. Die Bestimmtheit und die legitime Offenheit des Gesetzes 60

II. Die zunehmende Bedeutung des Völkerrechts für die Verwaltung 63

1. Völkerrechtliche Verträge 65

a) Arten und Rang 65

b) Unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit 67

c) Auslegung 68

d) Die besondere Position der EMRK 68

2. Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts 70

a) Begriff und Gehalt 70

b) Rang und Durchsetzbarkeit 71

III. Allgemeine Rechtsgrundsätze: eine übergreifende Kategorie 72

1. Bedeutung im deutschen Recht 72

2. Bedeutung im Unionsrecht 74

3. Brücken- und Reservfunktion der allgemeinen
Rechtsgrundsätze 77

C. Regelungszusammenhänge und Vernetzungen 80

I. Parlamentarisches Gesetz und administrative Rechtsetzung 82

II. Unionsrecht und mitgliedstaatliches Recht 84

1. Vorrang und Wechselwirkungen 85

2. Grenzen der Vergemeinschaftung des Rechts 88

D. Exkurs: Soft law im Verwaltungsrecht	89
I. Erscheinungsformen der Praxis	90
II. Zur Funktion des Begriffs im Verwaltungsrecht	92
1. Gefährdungspotential	92
2. Gegenmaßnahmen	94
2. <i>Abschnitt</i> : Die Formenlehre:	
Rechtsformen, Handlungsformen und Bewirkungsformen	96
A. Rechtsformen: Bestand und Wandel	99
I. Ausdifferenzierungen: Das Beispiel des Verwaltungsakts	100
1. Unverzichtbares und vielfältig einsetzbares Instrument	100
2. Stabilisierungsleistung und Flexibilität	102
II. Perspektivenänderungen:	
Das Beispiel der administrativen Rechtssätze	104
1. Rechtssätze als Instrumente des Verwaltungshandelns	105
2. Rechtssätze als Rechtsquellen des Verwaltungsrechts	108
B. Handlungsformen – Zur Dogmatik des nicht-rechtsförmigen Verwaltungshandelns	113
I. Die Normalität nicht-rechtsförmigen Verwaltungshandelns	113
II. Grundlinien einer Dogmatik	115
1. Allgemeine Rahmenbedingungen für schlichtes Verwaltungshandeln	115
2. Besondere Gefährdungssituationen: „Informales Verwaltungshandeln“	116
III. Ordnungsfunktionen der Handlungsformen	117
C. Bewirkungsformen: Zusammenhänge und Wechselwirkungen	119
I. Bewirkungsformen und Instrumentenverbindungen	121
1. Regeln für Instrumentenverbindungen	121
2. „Optionenermessen“	123
3. Exkurs: Die Technik des „sich selbst vollziehenden Gesetzes“ ..	124
II. Bewirkungsformen in der europäischen Verbundverwaltung	126
1. Transnationale Verwaltungsakte	128
2. „Interadministratives Vertrauen“	130
3. <i>Abschnitt</i> : Der Rechtsschutz	134
A. Die Rechtsschutzgarantien und ihr konstitutioneller Kontext	136
I. Wirksamer Rechtsschutz als ausgewogener, kohärenter Rechtsschutz	137

1.	Ausgewogener Rechtsschutz	137
a)	Abwägung innerhalb der eigenen Verfassung	138
b)	Austauschprozesse zwischen den europäischen Garantien ..	138
2.	Kohärenter Rechtsschutz	140
a)	Die Rechtsschutzgarantien in der „neuen Grundrechte- Architektur“	140
b)	Verantwortungsklarheit und Rationalität des Verbundkonzepts	141
II.	Die Rechtsschutzgarantien des Grundgesetzes	142
1.	Anpassungsleistungen des Art. 19 Abs. 4 GG	143
a)	Administrative Handlungsformen	143
b)	Richterliche Gewalt und Richtervorbehalte	144
2.	Atypische Legislativakte: Legalplanungen und Legalvermutungen	144
a)	Raumrelevante Entscheidungen	145
b)	Die Frage des Modellcharakters	149
3.	Rechtsschutz in informationsbasierten Konflikten (eine Skizze)	150
a)	„Sensibilität“, „Multipolarität“ und „Irreversibilität“ von Informationen	150
b)	Bauformen eines informationssensiblen Prozessrechts	151
III.	Rechtsschutzgarantien im Unionsrecht	154
1.	Geteilte Rechtsschutzverantwortung (Art. 19 Abs. 1 EUV)	155
2.	Art. 47 GRC als übergreifende Garantie	156
3.	Speziell: Rechtsschutz gegen Realakte der Unionsverwaltung ..	158
4.	Speziell: Rechtsschutz gegen internationale Hoheitsakte	159
IV.	Rechtsschutzgarantien des Völkerrechts	160
1.	Der Anspruch auf Gerichtsschutz nach Art. 14 ICCPR	161
2.	Die Vertragsstaaten als Verpflichtete	161
B.	Veränderungen in den Parametern des Rechtsschutzes	162
I.	Entwicklungen der Klagebefugnisse	164
1.	Die Rolle des subjektiven Rechts	165
2.	Die Schutznormlehre: Leistungen und Kritik	166
3.	Individueller und überindividueller Rechtsschutz	168
a)	Verbandsklagen	168
b)	„funktionale Subjektivierung“	169
II.	Die gerichtliche Kontrollintensität	172
1.	Rechtsmaßstäbe und andere „normative Orientierungen“	172
2.	Kontrolle am Maßstab des Rechts	174
a)	Grundlagen	175
(i)	Vollständige Rechtsanwendungskontrolle	176

(ii) Abweichungen gemäß normativer Ermächtigung	177
b) Aktuelle Fragen der Anwendung	178
3. Ein veränderter Ansatz: BVerfGE 149, 407 „Rotmilan“	180
III. Sachverhaltsermittlung und Beweisrecht	183
1. Der Untersuchungsgrundsatz: Divergenzen zwischen Konzept und Praxis	183
2. Die Rolle von Sachverständigen	187
3. Der Sachverhalt: ein Konstrukt und sein Kontext	189
C. Rechtsschutz angesichts internationalisierter und europäisierter Verwaltungsbeziehungen	193
I. Rechtsschutz gegenüber auswärtigen Hoheitsakten	193
II. Rechtsschutz im europäischen Verwaltungsverbund	195
1. Das übergreifende Gebot der Rechtswegklarheit	196
2. Gestufte Verfahren europäischer Verwaltungskooperation	197
a) Die Schaltstelle des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV)	198
b) Ebenenübergreifende Kontrollmöglichkeiten	198
3. Sicherung der „Rationalität des Verbundkonzepts“	201

Dritter Teil

Verwaltungsorganisationsrecht zwischen Einheit, Vielfalt und Verbundidee	203
Vorbemerkung: Die Herausforderung der Netzwerke	203
A. Regelungsaufgaben, Steuerungsansätze und Methoden	207
I. Der politische Charakter des Verwaltungsorganisationsrechts	208
1. Ansatzpunkte politischer Gestaltung	208
2. Asymmetrische Systembildung (Otto Mayer)	209
II. Methodenfragen des Organisationsrechts	211
1. Kontextsteuerung und juristisches Argumentieren im Organisationsrecht	211
2. Leistungen und Leistungsgrenzen speziell des Governance-Ansatzes	214
B. Die verfassungsrechtlichen Rückbindungen des Verwaltungsorganisationsrechts	216
I. Das Verfassungsrecht als zentrales Rezeptionsmedium	217
II. Das Kernthema der Legitimation	219
1. Die Komplexität der Fragestellung	220
2. Die substantielle Seite: Legitimation und Legitimität	221

3. Die strukturelle Seite: Legitimation im Verwaltungsverbund ..	225
4. Speziell zur Legitimation der EU-Eigenverwaltung	227
III. Legitimationsprobleme des Agenturwesens	228
1. Agenturen der EU-Eigenverwaltung	228
2. Unabhängige Agenturen in mitgliedstaatlichen Verwaltungen .	231
3. Übergreifende Regelungsanliegen	234
C. Institutionelle und prozedurale Komponenten des Verwaltungsorganisationsrechts	237
I. Einheit und Vielfalt der Verwaltung: verfassungsrechtliche Überlegungen	237
1. Ein ambivalenter erster Eindruck	238
2. Demokratische Offenheit und Kohärenz	238
3. Organisationsbezogenes Verfahrensrecht als Entwicklungsperspektive	239
II. Einheit und Vielfalt – Distanz und Nähe: Organisationsprobleme der Ressortforschung	242
1. Forschungstyp und Organisationsrechtsformen	242
2. Eigener organisationsrechtlicher Status	244
a) Ansätze	245
b) Ausformungen und Folgerungen	247
c) Konfliktfelder: Veröffentlichungen und Öffentlichkeitsarbeit	248
3. Weitere Fragen im Umfeld des Status	249
III. Die Auswahl zwischen organisationsrechtlichen Bauformen	252
1. Die organisationsrechtliche Wahlfreiheit und ihre Grenzen ...	253
2. Organisationsermessen: „institutional choice“	255
<i>Eine kurze Schlussbetrachtung</i>	259
Literaturverzeichnis	261
Sachverzeichnis	273

Die Dogmatik und ihre Reform: Grundfragen

A. Aufgaben verwaltungsrechtlicher Dogmatik

„Die Rechtsdogmatik lässt sich als eine Disziplin beschreiben, die das positive Recht durchdringen und ordnen will, um die rechtliche Arbeit anzuleiten, und jene Fragen zu beantworten, die die Rechtspraxis aufwirft“.¹ Ihre analysierenden, ordnenden und strukturierenden Leistungen tragen wesentlich zur Überschaubarkeit des Rechts und zur Rationalität der Rechtsanwendung bei, auf die der demokratische Rechtsstaat angewiesen ist.²

Rechtsdogmatik ist eine *Gemeinschaftsleistung* von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis.³ Auf Seiten der Praxis gelten die Gerichte als die wichtigsten Akteure. Ihr Zusammenspiel mit der Wissenschaft hat die Vorstellungen von dem, was Rechtsdogmatik ausmacht, besonders geprägt.⁴ Beide Seiten liefern freilich

¹ *Bumke*, Rechtsdogmatik, S.1; ähnlich *Waldhoff*, Kritik und Lob der Dogmatik, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, S. 17 (26 ff.); *Eifert*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 286 (302 ff.); *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020, S. 22 ff. und 77 ff. (Rechtsdogmatik als Methode, Produkt dieser Methode und Disziplin); *Kabl*, Wissenschaft, Rechtspraxis und Dogmatik, S. 65 ff.; *Kaiser*, HVwR Bd. I, § 24 Rn. 19 ff. jeweils mit weit. Nachweisen.

² Zu den Gründen für Dogmatik bzw. den Funktionen von Dogmatik *Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 245 (247 ff.); *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Kap. 1 Rn. 3 ff.; *Kabl*, Wissenschaft, Rechtspraxis und Dogmatik, S. 78 ff.; *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, S. 115 ff.

³ Vgl. *Eifert*, Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Was weiß Dogmatik?, S. 79 ff.; *Jestaedt*, Wissenschaftliches Recht – Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, dort, S. 117 ff. (zum Begriff „Kommunikationsraum“, dort, S. 127 ff.); *Bumke*, Rechtsdogmatik, S. 101: „Rechtsdogmatik ist keine exklusive, der Rechtswissenschaft vorbehaltene Tätigkeit“.

⁴ Vgl. dazu *F. C. Mayer*, IPE Bd. VIII, 2019, § 129 Rn. 89 ff.; treffende Analyse der unterschiedlichen Beiträge ferner bei *H. C. Röhl*, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität, VVDStRL Bd. 74 (2015), S. 7 (10 ff.), der Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft gegenüberstellt, den Begriff der Dogmatik allerdings vermeiden will und stattdessen von Jurisprudenz spricht. Vgl. zum arbeitsteiligen Verhältnis von Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis, *Kabl*, Wissenschaft, Rechtspraxis und Dogmatik, S. 16 ff.; dort, auch zu beobachtbaren Spannungen zwischen beiden („Auseinanderdriften“, „Zwei-Welten-These“), S. 23 ff. Ausführlich (auch unter Nutzung statistischer Daten und eigener Erhebungen) *Paul Hüther*, Wissenschaft und Praxis im Verwaltungsrecht (1949–2020), Diss. Heidelberg, 2023 i. E.

deutlich zu unterscheidende Beiträge: die Gerichte rechtsverbindliche Entscheidungen und fallbezogene Begründungen, die Wissenschaft distanzierte Betrachtung, Bewertung und systematisierende Ordnung. Wer von beiden vorangeht, wer nachfolgt, ist nicht vorab festgelegt, sondern variiert nach Perioden und Gebieten.⁵ Auch Entwicklungen, die in Wissenschaft und Praxis ohne erkennbare gegenseitige Beeinflussung „parallel“ verlaufen, sind auszumachen.⁶ Schon hier wird deutlich: Der „Kommunikationsraum“ (*Jestaedt*) ist von einer Vielzahl von Teildiskursen geprägt, die unterschiedliche Determinationskraft entfalten.⁷ Das Bild wird noch vielfältiger, wenn man die Legislative und die Exekutive in die Betrachtung einbezieht.⁸ „Rechtsdogmatik ist eine Gemeinschaftsleistung aller am Rechtsdiskurs beteiligten Akteure“.⁹ Auf dieser Basis und in diesem Rahmen ist die Rechtswissenschaft nicht nur zur Nachzeichnung getroffener Rechtsentscheidungen, sondern zu eigenständigen Beiträgen legitimiert. Das folgt aus dem Medium des Rechts selbst, das mehr ist als der parlamentarisch einmal verabschiedete Gesetzestext. Rechtsvorschriften und Rechtsentscheidungen müssen nicht nur gesammelt, sie müssen vielmehr nach Ordnungsgesichtspunkten auch aufgearbeitet, zu Rechtsinstituten geformt und in

⁵ Vgl. *Schulze-Fielitz*, Das Bundesverwaltungsgericht als Impulsgeber für die Fachliteratur, in: FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, S. 1061 (S. 1071), der m. E. allerdings den Beitrag der Rechtsprechung zu stark in den Vordergrund stellt; stärker differenzierend demgegenüber *Sommermann*, Das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Verwaltungsrecht, DV Bd. 50 (2017), S. 77 (93 f.). Speziell zur Wirkung der Referate und Diskussionen der Staatsrechtslehrertagungen *Schoch*, Wandel von Staatlichkeit im Brennglas des Verwaltungsrechts, in: Cancik u. a., Streitsache Staat, 2022, S. 607 ff.

⁶ Vgl. *Hüther*, Wissenschaft und Praxis, 5. Kap. (am Beispiel der Zwei-Stufen-Theorie und des Rechts auf polizeiliches Einschreiten).

⁷ Dabei agieren auf beiden Seiten nicht feste Blöcke: Die Bedeutung der *justitiellen* Beiträge variiert vor allem nach der Stellung des Gerichts im Instanzenzug, vgl. dazu *Seegmüller*, Ein Leipziger Dialog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 2021, S. 785 ff.; zudem ist die Sonderstellung des Bundesverfassungsgerichts in Ansatz zu bringen. Die Bedeutung der *akademischen* Beiträge hängt etwa von der Art der gewählten Literaturgattung (Archivaufsatz, Kommentar) ab; vgl. die Unterscheidung von „Gebrauchsdogmatik“ und „wissenschaftlicher Dogmatik“ bei *Stürner*, Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, JZ 2012, S. 10 (11 f.). Im Einzelnen gibt es wiederum zahlreiche Varianten und Zwischenformen. Speziell zu den unterschiedlichen Erscheinungsformen von Kommentaren vgl. *Kästle-Lamparter*, Die Welt der Kommentare, 2016, S. 289 ff.

⁸ So bietet das Gesetzgebungsverfahren unbeschadet seines politischen Gepräges Ansätze für rechtsdogmatisches Arbeiten z. B. bei der rechtssystematischen und rechtsförmlichen Prüfung von Gesetzentwürfen durch das Bundesjustizministerium (§ 46 Gem. GeschäftsO der Bundesministerien); zu den Prüfungsfragen vgl. das vom BMJ herausgegebene Handbuch der Rechtsförmlichkeitsprüfung (BANz. vom 22. September 2008) Rn. 8 ff. Auch die wissenschaftliche Begutachtung und Erörterung der Verfassungs- und EU-Rechtskompatibilität eines Gesetzesvorhabens im Rahmen parlamentarischer Anhörungen gehören in diesen Zusammenhang.

⁹ *Stärke*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, S. 141; ähnlich *Bumke*, Rechtsdogmatik, S. 101.

größere Entwicklungslinien eingeordnet werden.¹⁰ In diesen Gedankenoperationen zeigen sich *Vorstufen eigener Normativität*, insofern Diskurse in bestimmte Bahnen gelenkt, Annahmen nahegelegt und Argumentationslasten zugewiesen werden.¹¹ Dahinter steht jedoch nicht die Autorität eines Normsetzers, sondern die Überzeugungskraft des Arguments.¹² Rechtsquellencharakter kommt der Dogmatik aus sich heraus nicht zu.¹³

Rechtsdogmatik muss ihre Aussagen nicht notwendig zu einem ausgreifenden System zusammenfügen. Ihr eignet jedoch ein auf Systematisierung angelegtes Arbeiten.¹⁴ Dabei wird kein hermetisch geschlossener Systembegriff zugrundegelegt.¹⁵ Die Systemidee der juristischen Dogmatik folgt vielmehr aus dem Gedanken der „generalisierenden Tendenz der Gerechtigkeit“,¹⁶ dem „einheitlichen

¹⁰ Scherzberg, Das Allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Praxis und Reflexion – Theoretische Grundlagen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, S. 837 (849 ff.).

¹¹ Von „Konstruktionen normativer Erheblichkeit“ spricht Voßkuhle in: Kirchhof/Magen/Schneider, Dogmatik, S. 111 (112); Eifert, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 286 (302: „Systembildung mit normativer Relevanz“). Zu den damit aufgerufenen Machtfragen Schuppert, Rechtsdogmatik als herrschaftsaffines Wissensregime, in: GS für Michael Sachs, 2023 (i. E.). Darin liegt entgegen Lepsius, Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Dogmatik, S. 39 (43 f.) keine „Selbstermächtigung“ der Wissenschaft. Das Zusammenspiel von Wissenschaft und Justiz bewegt sich auf der Ebene des Rechtsdiskurses, der offen ist und zu dem auch andere beitragen können. Die Begründung gerichtlicher Entscheidungen (dazu Kischel, Die Begründung, 2003, S. 176 ff.) setzt einen solchen Dialog geradezu voraus.

¹² Im Einzelnen Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 104 ff.

¹³ Stark, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, S. 44 f. und 99 ff. Etwas anderes gilt nur, wenn und soweit dogmatische Aussagen zu Gewohnheits- oder Richterrecht erstarken oder vom Gesetzgeber übernommen werden. Für beides bietet etwa das Verwaltungsverfahrenrecht anschauliche Beispiele; vgl. Schmidt-Aßmann, Due Process und Grundrechtsschutz durch Verfahren, AöR 142 (2017), S. 325 (338 ff.); Schoch, in: ders./Schneider, VwVfG, Einl. Rn. 295 ff.

¹⁴ Brohm, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 245 (248 f.); weiter zum Folgenden Stark, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020, S. 66 ff.; Kaiser HVwR Bd. I, § 24 Rn. 49 ff.

¹⁵ Zum Systemgedanken und unterschiedlichen Systembegriffen in Rechtswissenschaft und Justiz vgl. nur Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 23 ff.; Höpfner, Systemkonforme Auslegung, S. 3 ff.; Hilbert, Systemdenken im Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 3 ff. Die begrifflichen Ausdifferenzierungen sind hilfreich, um den Meinungsstand zu strukturieren. In der Sache aber ergänzen und überlappen sie sich: So für die von ihm entwickelten Grundtypen eines „materialen“ und eines „formalen“ Systemverständnisses Hilbert a. a. O. S. 76 f. Dasselbe gilt auch für die Unterscheidung zwischen „Rechtssystem“ und „wissenschaftlichem System“, Bumke a. a. O. S. 25; auch Höpfner a. a. O. S. 104 ff., 107 f. Demgegenüber geht Hilbert a. a. O. S. 133 ff. von einer „kategorialen Unterscheidung“ aus, entwickelt dann aber eine „Ergänzungsthese“ (S. 114 f. und 210 ff.), die detailliert und durchdacht genau diejenigen Komplementärfunktionen des wissenschaftlichen Systems für das Rechtssystem beschreibt, die an einer strengen Systemgrenze zweifeln lassen und es nach meiner Auffassung rechtfertigen, Systembildung – unbeschadet unterschiedlicher Beiträge – als eine „Gemeinschaftsleistung“ von Wissenschaft und Praxis zu verstehen; (a. M. wiederum Hilbert a. a. O. S. 229 f.).

¹⁶ Canaris, Systemdenken und Systembegriff, S. 12 ff.

Wertungsplan der Verfassung“¹⁷ und aus dem Streben des Rechts, seine Wirksamkeit zu sichern. Die Hierarchisierung der Rechtsquellen und die Forderung nach einer „Widerspruchsfreiheit des Rechts“ sind zwar besonders markante und vielfach angewandte Mittel, um das zu erreichen.¹⁸ Doch ist die rechtswissenschaftliche Systembildung nicht zwingend auf diese Postulate festgelegt. Der Gedanke der Widerspruchsfreiheit lässt sich auch in einer weicheren Variante als „Stimmigkeit“ verstehen. Auch dort, wo unterschiedliche Normsetzer am Werk sind und Rechtsordnungen aus unterschiedlichen Rechtserzeugungsprozessen ohne feste Rangregeln aufeinander stoßen, ist ein in diesem Sinne systematisierendes Arbeiten möglich und gefragt. Auch in polyzentrischen Rechtsordnungen müssen Vorschriften auf die in ihnen verarbeiteten Interessenkonstellationen hin analysiert und verglichen, Konflikte minimiert und Regeln für eine Abgleichung und gegenseitige Zuordnung der Zentren entwickelt werden.¹⁹

Die Rechtsdogmatik gilt als das „Kernstück“ der Rechtswissenschaft.²⁰ Ihre wichtigsten Funktionen sind die Stabilisierung, die Entlastung und die Orientierung.²¹ Rechtsdogmatik wendet sich damit primär an die Rechtsanwendung, indem sie den Sinngehalt getroffener Entscheidungen aufbereitet und für die Entscheidung weiterer Fälle verfügbar macht. Sie ist jedoch auch für die Rechtsgestaltung, die Rechtskritik und die Rechtsfortbildung wichtig, weil sie Regelungsmodelle zu vergleichen ermöglicht und auf diese Weise Optionen für künftige Entwicklungen aufzeigt. Rechtsdogmatik ist so Systemnutzung und Systembildung zugleich.²² Sie „ist keineswegs nur nachvollziehend, sondern bisweilen hochgradig kreativ“.²³ Schon diese Einsicht sollte davor bewahren, Dogmatik als Hort von Inflexibilität zu missdeuten. Die Rechtsdogmatik ist beharrend, insofern das Recht die Aufgabe hat, Verhältnisse zu stabilisieren. Aber sie will ebenso auf neue Anforderungen reagieren und neue Denkanstöße aufnehmen.²⁴ Es geht –

¹⁷ Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, Rn. 147.

¹⁸ Ausführlich zur Widerspruchsfreiheit Höpfner, *Auslegung*, S. 12 ff.: „Verfassungspostulat“ (S. 52).

¹⁹ Bumke, *Rechtsdogmatik*, S. 96 f.; von Arnould, *Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität*, *VVDStRL* Bd. 74 (2015), S. 39 (61 ff.); weiter dazu → unten 2. Teil unter 1. Abschnitt unter A. II.

²⁰ Präziser dürfte es sein, sie als „Schnittmenge von praktischer Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft“ zu bezeichnen, so Möllers, *GVwR³* Bd. I, § 2 Rn. 37: Beide Seiten finden im Diskurs zueinander, „ohne dass sich deswegen beide auf Dogmatik beschränken müssten“. Der Vorbehalt ist wichtig, um die über Dogmatik hinausreichenden Aufgaben von Wissenschaft und Praxis nicht zu übersehen.

²¹ Weitere Ausdifferenzierung der Funktionen bei *Kabl*, *Wissenschaft, Praxis und Dogmatik*, S. 78 ff.

²² Ähnlich Stürner, *JZ* 2021, S. 10 (11): „Dogmatik hat so besehen eine konfirmative und eine innovative Funktion zugleich“. Schneider, *Das Allgemeine im Verwaltungsrecht als Perspektive der europäischen Verwaltungsrechtswissenschaft*, *DVB1* 2021, S. 761 (762).

²³ So von Bogdandy, in: *IPE* Bd. IV, § 57 Rn. 58. Treffende Beobachtungen zur Bedeutung von Kreativität in der Dogmatik auch bei *Klement*, *Verantwortung*, S. 39 ff.

²⁴ Vgl. nur *Kabl*, *Wissenschaft, Praxis und Dogmatik*, S. 109: „Dogmatik ist nichts Stati-

wie es *Hasso Hofmann* treffend formuliert hat – „um die Stabilität der Rechtsordnung bei gleichzeitiger Wahrung ihrer Flexibilität“.²⁵

Rechtsdogmatik ist kein „deutscher Sonderweg“.²⁶ Sie ist in der deutschen Rechtsordnung zwar besonders ausgeprägt, lässt sich aber auch in den anderen Rechtsordnungen und im Recht der Europäischen Union nachweisen.²⁷ Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung zeigen, dass sich die Verwaltungsrechtswissenschaft anderer Länder gar nicht so selten am dogmatischen Zugang des deutschen Rechtsdenkens orientiert, dieses aufgegriffen und auf ihre Weise eigenständig ausgeformt hat.²⁸ Die Bedeutung dogmatischen Arbeitens wird im europäischen Entwicklungszusammenhang eher noch zunehmen; denn gerade das fragmentierte Recht der Europäischen Union kann ohne dogmatische Aufarbeitung auf Dauer weder seine Transparenz noch seine Akzeptanz sicherstellen.²⁹ „Die dogmatische Ausrichtung bildet daher eine sinnvolle Mitte für eine gemeinsame Verwaltungsrechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum“.³⁰

B. Die Struktur der Dogmatik in der Reform

Das verlangt freilich, den überkommenen Bestand der Dogmatik immer wieder zu überprüfen und gegebenenfalls neu zu justieren. Dabei geht es – über die fort-

sches, sondern dynamisch und entwicklungssoffen“; ähnlich *Bumke*, Rechtsdogmatik, S. 2. Zu sehr die Statik der Dogmatik betonend dagegen *Ipsen*, AöR Bd. 140 (2015), S. 318 (320f.): natürlich ist die „gedankliche Ordnung des geltenden Rechts“ Ausgangspunkt und Zentralthema von Dogmatik; aber die Entwicklungs- und Reformaufgaben müssen genauso betont werden. Treffend *Brohm*, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 245 (251): „Insofern ist die Dogmatik auch ‚Zukunftswissenschaft‘“.

²⁵ *Hofmann*, Wissenschaftsgeschichtliche Aspekte des Rechtsdenkens, – Acht Thesen zur Rechtsdogmatik, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsgeschichte, Kulturwissenschaft des Rechts und Rechtssoziologie, JZ 2019, S. 265 (265).

²⁶ So auch *Kabl*, Wissenschaft, Praxis und Dogmatik, S. 169ff. und 230ff.; *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, S. 156ff.; *Schoch*, in: Cancik u. a., Streitsache Staat, 2022, S. 607 (613); *Kirchhof/Magen*, in: dies./Schneider, Was weiß Dogmatik?, S. 151 (158); anders *Lepsius*, dort, S. 39ff.

²⁷ Dazu die vergleichenden Länderberichte in: IPE Bd. IV, §§ 58–67; im Blick auf das Common Law *Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, S. 70. Für das Privatrecht: *Grundmann*, System und Systemdenken, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 9.

²⁸ Vgl. *Jouanjan*, IPE Bd. IV, § 69 Rn. 47ff.; *Sandulli*, dort, § 61 Rn. 14ff. (Italien); *Edelstam*, dort, § 64 Rn. 18ff. (Schweden).

²⁹ *von Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, S. 187ff.; *ders.*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 9f.; *Schorkopf*, Dogmatik und Kohärenz, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Dogmatik, S. 139ff.; *Schneider*, DVBl 2021, S. 761ff.

³⁰ *von Bogdandy*, IPE Bd. IV, § 57 Rn. 59. Vgl. auch *Schönberger*, dort, § 71 Rn. 28 und die Überlegungen zu einem „Europäischen Entwicklungszusammenhang“ bei *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Kap. 1 Rn. 64ff.; *Ruffert*, Was kann die deutsche Europarechtslehre von der Europarechtswissenschaft im europäischen Ausland lernen?, in: Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV Beiheft 7 (2007), S. 253 (262); *von Arnould/Martini*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der EU, § 2 Rn. 46ff.

laufende Arbeit an einzelnen Dogmen hinaus – um die *Struktur der Dogmatik* selbst: Von welchem Vorverständnis wird sie bestimmt? Welchen Feldern und Fragestellungen gilt ihre Aufmerksamkeit? Nach welchen Methoden geht sie vor? Welche Ziele verfolgt sie? Hier die notwendigen Reflexionen zu leisten ist eine Aufgabe vor allem der Wissenschaft.³¹ So hat sich die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer mit dieser Aufgabe zentral insbesondere auf ihren Jahrestagungen in Regensburg (1971), Freiburg (2007), Düsseldorf (2015) und Saarbrücken (2017) beschäftigt.³² Auch die verwaltungsrechtliche Reformdiskussion und die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft zielen darauf, den Strukturfragen der Dogmatik selbst nachzugehen. Auch hier stellen die Überprüfung, Ergänzung und gegebenenfalls Neujustierung das Zentrum der Überlegungen dar.³³

Für eine Dogmatik, die auf Vergleichbarkeit und Stimmigkeit ausgerichtet ist,³⁴ kann sich diese Arbeit nicht in punktuellen Änderungen und Ergänzungen erschöpfen; denn in einem System verschieben sich durch eine Intervention an einzelnen Stellen zugleich die Gewichtungen im Gefüge insgesamt. Die Vorstellung, die verwaltungsrechtliche Dogmatik reformiere sich durch die praktisch jeden Tag erfolgende Rechtsfortbildung in kleinen Schritten von selbst, geht zwar von einem richtigen Ansatz aus, greift aber zu kurz.³⁵ Wenn es um Strukturfragen geht, sind weiter ausgreifende Bestandsaufnahmen und gründlichere wissenschaftliche Reflexion notwendig. Die hinter den Dogmenbeständen stehenden Grundannahmen der überkommenen Dogmatik müssen präzise

³¹ Aus der Reihe der Habilitationsschriften, die diese Thematik schon in ihrem Titel aufweisen, *Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007; *Pöcker*, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, 2007.

³² Regensburg: „Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung“, mit Referaten von *Bachof* und *Brohm*, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 193 ff. und 245 ff. Münster: „Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch“, mit Referaten von *Appel* und *Eifert*, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 226 ff. und 286 ff. Düsseldorf: „Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen“, mit Referaten von *Röhl* und *von Arnould*, VVDStRL Bd. 74, S. 7 ff. und 39 ff. Bonn: „Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht“, mit Referaten von *Jouanjan* und *F. Reimer*, VVDStRL Bd. 77 (2018), 351 ff. und 413 ff.

³³ Dazu *Vofskuhle/Wischmeyer*, The ‚Neue Verwaltungsrechtswissenschaft‘ against the backdrop of traditional administrative law scholarship in Germany, in: *Rose-Ackerman/Lindseth/Emerson*, Comparative Administrative Law, 2. Aufl., 2017, S. 85 ff.; *Kersten*, Konzeption und Methoden der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“, in: *HVwR* Bd. I, § 25, ferner die Beiträge von *Schoch*, *Burgi*, *Fehling* und *Gärditz*, in: *Burgi*, Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, DV Beiheft 12 (2017) sowie die Beiträge von *Treiber*, *Christensen/Hanschmann*, *Eifert*, *Franzius*, *Schaefer*, *S. Schönberger* und *Rennert* unter der Rubrik „Debatte: Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft – eine vorläufige Bilanz“, *JöR N.F.* Bd. 65 (2017), S. 423 ff.

³⁴ Vgl. *Stürmer*, JZ 2021, S. 10 (11): „Die Grundfunktion der Dogmatik besteht vor allem darin, Gleichheit, Ungleichheit und Ähnlichkeit transparent zu halten“.

³⁵ Treffend *Engel*, in: *ders./Schön*, Proprium der Rechtswissenschaft, S. 205 (229): „Wer einfach fortsetzt, was in der Vergangenheit wohlbegründet war, der bemerkt nicht unbedingt, wie grundlegend sich sein Gegenstand geändert hat“.

benannt, Perspektivenverengungen kritisch herausgestellt und Notwendigkeiten der Fortentwicklung klar formuliert werden. Dabei sind Kontrastierungen und gelegentliche Überzeichnungen in der Aufgabe selbst angelegt. „In der Wissenschaft wie im Leben pflegen Fortschritte sich nicht ohne einseitige Übertreibungen an sich berechtigter Gedanken zu vollziehen.“³⁶ Auch die in der Reformdiskussion genutzte „von – zu“-Formel teilt dieses Schicksal: Sie ist einprägsam und kann Kreativität fördern; aber sie ist nicht selten zu plakativ, als dass sie nicht zu Missverständnissen Anlass gegeben hat. Jedenfalls war und ist damit keine geschichtsteleologische Aussage darüber getroffen, welche Gebiete und Handlungsformen des Verwaltungsrechts künftig allein wichtig, und welche inzwischen irrelevant geworden sind.³⁷

Auch das, was im Folgenden als „überkommene“ Dogmatik angesprochen wird, ist kein kanonisierter Bestand, sondern eine Ansammlung normativer Annahmen und Hypothesen, die in ihren Einzelausprägungen mancherlei Varianten aufweisen. Dasselbe gilt auch für die Dogmatik der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft.³⁸ Vorschnelle Harmonisierungsversuche zwischen beiden sind jedoch nicht angesagt. Beide unterscheiden sich grundlegend – das gilt jedenfalls, solange die traditionelle Lehre ihr Proprium in möglichst strikter Abgeschlossenheit ihrer Methoden und Beschäftigungsgegenstände sieht. Öffnet sie sich dagegen in diesen beiden Punkten,³⁹ so lassen sich Annäherungen und eine gemeinsame Entwicklungsperspektive ausmachen.⁴⁰ Bei der Öffnung ist es allerdings nicht damit getan, einzelne bisher übergangene Materien einfach *additiv* einzubeziehen; denn in einem Ordnungsgefüge, wie es die Dogmatik sein will, ändern sich mit jeder Ergänzung zugleich die Stellung und die Bedeutung der schon vorhandenen Teile.⁴¹ Verlangt ist vielmehr ein *integrativer* Zugang, der ein Umdenken voraussetzt.

³⁶ von Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft (Nachdruck der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, 1961), S. 2.

³⁷ Beispiele: „von imperativen zu kooperativen Interaktionsformen“, „von der Programmsteuerung zur Ressourcensteuerung“. Vgl. Hoffmann-Riem, Tendenzen der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 433 ff., dort aber deutlich als „Trends“ bezeichnet und mit dem Zusatz versehen: „Wie immer wenn (nur) Trends beschrieben werden, sind Vereinfachungen auf das Wesentliche sinnvoll“ (S. 434). Zu diesen Formeln vgl. Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft, S. 1011 (1018f.).

³⁸ Treffend Febling, DV Beiheft 12 (2017), S. 65 (91), der von einer „inneren Pluralität“ des Reformansatzes spricht; ähnlich Kersten, HVwR Bd. I, § 25 Rn. 7. Zutreffend ausgedrückt wird das mit dem Begriff der „Reformdiskussion“.

³⁹ Zu diesen Öffnungen Kabl, Wissenschaft, Praxis und Dogmatik, S. 143 ff.: „zweifache Ergänzung und Modernisierung“: (1) Einbeziehung der „vernachlässigten Handlungsformen wie Verwaltungsvertrag, Verwaltungsrealakt, informales Verwaltungshandeln, um nur einige ihrer ‚blinden‘ Flecken zu nennen“. (2) Ergänzung der „rechtsaktbezogenen Perspektive“ um eine „verhaltensbezogene Perspektive“.

⁴⁰ Dazu Appel, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 73 (75 ff.), auch Eifert, dort, 286 (289 ff.); ders., JöR Bd. 67 (2017), S. 458 (466 ff.); ähnlich Febling, DV Beiheft 12 (2017), S. 65 (101).

⁴¹ Ebenso Kersten, HVwR Bd. I, § 25 Rn. 1.

Das soll an drei Themen nachgezeichnet werden, mit denen sich das Reformprogramm zu beschäftigen hatte, nämlich der Bestandsaufnahme auf Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts als „Referenzgebiete“ für das Allgemeine Verwaltungsrecht (I), der Verdeutlichung der unterschiedlichen methodischen Zugänge zwischen alter und neuer Dogmatik (II) und der Analyse des Vorverständnisses der überkommenen Dogmatik (III). Damit sind drei Themen angesprochen, die nach *Christian Bumkes* grundlegender Studie zu den Denk- und Arbeitsweisen der Rechtsdogmatik zentrale Behandlungsgegenstände darstellen: die Auseinandersetzung mit dem positiven Recht, die methodische Positionierung und die Frage nach den expliziten und impliziten Hintergrundvorstellungen, die die Ausformung der Dogmatik beeinflussen.⁴²

I. Bestandsaufnahmen im Besonderen Verwaltungsrecht: „Referenzgebiete“

Die Bestandsaufnahme beginnt bei dem verwaltungsrechtlichen Normenmaterial. Zu ihm zählt vor allem das einschlägige Fachrecht, die Gesetze des Besonderen Verwaltungsrechts ebenso wie untergesetzliche Regelwerke unter Einschluss der einschlägigen Verwaltungsvorschriften. Gefragt wird danach, welche Interessenkonstellationen in diesen Rechtsakten verarbeitet sind, welche Rechtsverhältnisse begründet und welche Rechtsformen und Verfahren verwendet werden. Dabei geht es weniger darum, Details zu kritisieren, als vielmehr darum, den ganzen Reichtum gesetzlicher Regelungstechniken wahrzunehmen. Die Gesetzgebung ist oft einfallsreicher, als es die Theorie von ihr erwartet. Das gilt zumal unter dem Einfluss des europäischen Rechts, das Rechtsregeln und Institute einzubeziehen verpflichtet, die im Rechtsvergleich aus anderen Verwaltungsrechtsordnungen gewonnen worden sind.⁴³

Ein zweites Hauptgebiet der Bestandsaufnahme ist das Urteilsmaterial. Gerichtsurteile geben allen dogmatischen Überlegungen Anschaulichkeit und bewahren sie vor vorschnellen Verallgemeinerungen.⁴⁴ Für denjenigen, der die spezifische Darstellungsweise gerichtlicher Entscheidungen zu lesen versteht, dokumentieren sie in komprimierter Form Anwendungsfragen des Verwaltungsrechts, zeigen es als „law in action“. Als Ergebnisse der „Systementscheidung für den Individualrechtsschutz“ (Art. 19 Abs. 4 GG und ähnlich Art. 47

⁴² *Bumke*, Rechtsdogmatik, S. 56 ff., 113 ff. und 99 ff.

⁴³ Zur Innovationsfunktion vgl. *Kahl*, Wissenschaft, Praxis und Dogmatik, S. 90 ff.; *Schneider*, DVBl 2021, S. 761 (762).

⁴⁴ *Schoch*, Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV Beiheft 7 (2007), S. 177 (203 ff.). Als Vorzug des amerikanischen Verwaltungsrechts geschildert bei *Lepsius*, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, dort, S. 319 ff.

GRC) speichern sie Rechtsschutzanliegen des Einzelnen und sind so Garanten für die unverzichtbare individualzentrierte Ausrichtung jedes verfassungsstaatlichen Verwaltungsrechts.⁴⁵

Die bestandsaufnehmende Einarbeitung in das Normen- und Urteilsmaterial verlangt zwar kein flächendeckendes Vorgehen. Aber eine große Breite der Felder und Fallbeispiele ist unverzichtbar. Erfasst werden müssen Bereiche, die für das gegenwärtige Verwaltungshandeln repräsentativ sind und so bewusst oder unbewusst als „Referenzgebiete“ der Dogmenbildung dienen.⁴⁶ Was dazu gehört, bestimmt sich nach unterschiedlichen Kriterien, z. B. der Bedeutsamkeit des Sachgebietes, der Häufigkeit eines bestimmten Instrumenteneinsatzes, der Konflikträchtigkeit der beteiligten Interessen, aber auch der Innovationsfähigkeit eines Gebietes. Für die mit der Bestandsaufnahme verbundene vergleichende Betrachtung ist es wichtig, dass Gebiete ausgewählt werden, die unterschiedliche Typen von Interessenkonstellationen zeigen: zwei-, drei- und mehrpolige Verwaltungsrechtsverhältnisse, personen- und sachbezogene Steuerungsansätze, auf Statik und auf Dynamik angelegte Problemlagen. Auswahl und Auswertung der richtigen Referenzgebiete sind Vorgänge, die neben analytischen Fähigkeiten auch Intuition verlangen. Die Reformdiskussion hat von Anfang an auf das Arbeiten mit Referenzgebieten besonderen Wert gelegt.⁴⁷ Es stellt eine Form der speziell aufbereiteten Realbereichsanalyse dar. Jüngere Monographien zeigen im Einzelnen, dass ein solches Vorgehen auf dem Felde der Dogmatik fruchtbar ist.⁴⁸ Auch das Verwaltungsrecht der Europäischen Union lässt sich auf dieser Grundlage anschaulich entfalten.⁴⁹

Über die Referenzgebiete wird die verwaltungsrechtliche Dogmatik in der gebotenen Weise auch mit den *Aufgaben der Verwaltung* verbunden. Von einem „Wiedereintritt der Verwaltungsaufgabe ins System des Verwaltungsrechts“ spricht *Martin Eifert*.⁵⁰ Der Forderung nach einer „aufgabenorientierten“ Sys-

⁴⁵ Zur Notwendigkeit dieser Ausrichtung *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Kap. 1 Rn. 27 ff. Zur „Systementscheidung für den Individualrechtsschutz“ begriffsprägend *Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, S. 59 ff.

⁴⁶ Dazu *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Kap. 1 Rn. 12 ff. und Kap. 3 Rn. 1 ff.

⁴⁷ *Voßkuhle*, GVwR³ Bd. I, § 1 Rn. 43 ff.; *Burgi*, dort, § 18 Rn. 115 ff.; *Ladewig*, Die Bedeutung des Allgemeinen Verwaltungsrechts für ein Europäisches Verwaltungsrecht, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 795 (796 f.).

⁴⁸ *Siegel*, Entscheidungsfindung, S. 48 ff.; *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, bes. S. 6 ff. und 195 f.; *Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, pass. (Migrationsrecht und Telekommunikationsrecht). Zum umgekehrten Weg der Konstituierung eines neuen Gebietes des Besonderen Verwaltungsrechts durch Orientierung an den Ordnungsmustern des Allgemeinen Verwaltungsrechts vgl. *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 45 ff.

⁴⁹ Grundlegend *Terbechte*, in: ders., Verwaltungsrecht der EU, § 1 Rn. 62: „Das europäische Verwaltungsrecht wird in seiner Entwicklung und ggf. in seiner Konsolidierung ebenso durch seine Referenzgebiete geprägt wie das mitgliedstaatliche Verwaltungsrecht“. Für das internationale Verwaltungsrecht jüngst *Reiling*, Seeverwaltungsrecht als internationales Verwaltungsrecht, Habilitationsschrift, Konstanz 2022, (i. E.).

⁵⁰ *Eifert*, Transformation der Verwaltungsrechtswissenschaft – Neue Verwaltungsrechts-

tematik⁵¹ lässt sich allerdings nur nachkommen, wenn man die Distanz zwischen Aufgabe und Recht in mehreren Zwischenschritten abbaut.⁵² Auch die schon ältere Verwaltungstypenlehre verfolgt diesen Ansatz.⁵³ Die Lehre von den Referenzgebieten beginnt damit, typische Verwaltungsaufgaben durch Bestandsaufnahme und Analyse von Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts zu erfassen; denn es sind dessen einzelne Gebiete, die einzelne Verwaltungsaufgaben juristisch in Form bringen und sie mit Verfahren und Instrumenten ausstatten, die nach bisher gewonnenen Erfahrungen die Aufgabenerfüllung ermöglichen. Gebietstypische Gerichtsurteile indizieren Friktionen und Vollzugswiderstände. Aus alledem kann rückgeschlossen werden, welche Instrumente und Arrangements sich für eine bestimmte Verwaltungsaufgabe als vollzugsfördernd erweisen und welche das nicht tun. Das ist ein Weg, um mindestens auf einer „mittleren Ebene“ dogmatische Einsichten zu gewinnen, eventuell sogar auf der Ebene des Allgemeinen Verwaltungsrechts zu einem veränderten Zuschnitt der Rechtsformen und des Verfahrensrechts zu gelangen.⁵⁴

Insgesamt hat sich schon die Erfassung der Referenzgebiete, die erste Stufe des Reformprojekts, als ein aufwändiges, aber unverzichtbares Unternehmen erwiesen.⁵⁵ Sie soll dazu führen, dass das Allgemeine Verwaltungsrecht sein überkommenes Formenarsenal mit neuen Regelungselementen abgleicht, für die es in einzelnen Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts schon Vorbilder gibt, um so mit neuen oder entsprechend fortentwickelten Formen und Verfahren reagieren zu können, wenn sich vergleichbare Probleme auch in anderen Gebieten des Fachverwaltungsrechts stellen.⁵⁶

wissenschaft, JÖR Bd. 67 (2017), S. 458 (466f.); vgl. auch *Merli*, Die Zukunft der Verwaltung, S. 45 ff.

⁵¹ So prominent etwa *Badura*, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, S. 20 ff. Zu entsprechenden in das 19. Jahrhundert zurückreichenden Forderungen ähnlicher Art vgl. die Nachweise bei *Heinz Mohnhaupt*, Vorstufen der Wissenschaften von „Verwaltung“ und „Verwaltungsrecht“ an der Universität Göttingen (1750–1830), Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte Bd. 1 (1989), S. 73 ff.

⁵² Ähnlich *Wahl*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts Bd. I, S. 177 (bes. 209 ff.); das „dogmatische Potential der Verwaltungsaufgabe“ genauer entfaltend *Baer*, Verwaltungsaufgaben, GVwR³ Bd. I, § 13 Rn. 53 ff.

⁵³ Zu ihr *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Kap. 3 Rn. 98 ff.; präzise neu entfaltet in sechs Beiträgen im HVwR Bd. I: *Geis*, Eingriffsverwaltung (§ 18), *Wallrabenstein*, Leistungsverwaltung (§ 19), *Schlacke*, Planende Verwaltung (§ 20), *Durner*, Infrastrukturverwaltung (§ 21), *Ruthig*, Gewährleistungs- und Regulierungsverwaltung (§ 22) sowie *Spiecker genannt Döhmann*, Informationsverwaltung (§ 23).

⁵⁴ Anschaulich dazu *Rixen*, Was kann das Allgemeine Verwaltungsrecht vom Sozialrecht lernen?, DV Bd. 55 (2022), S. 1 (7 ff.); *Seer*, Was kann das Allgemeine Verwaltungsrecht vom Steuerrecht lernen?, dort, S. 25 ff.

⁵⁵ Treffend *Vofßkuhle*, GVwR³ Bd. I, § 1 Rn. 44: „Dieser dialektische Prozess aus Deduktion und Induktion stellt an den Wissenschaftler hohe Anforderungen“. Ähnlich *Burgi*, dort, § 18 Rn. 115.

⁵⁶ Zu den Wechselbeziehungen zwischen Allgemeinem und Besonderem Verwaltungs-

II. Alte und neue methodische Zugänge

Methodenfragen stellen sich für das Verwaltungsrecht zunächst in zwei Zusammenhängen:⁵⁷ als Fragen der Rechtsanwendung und als Fragen der Rechtswissenschaft. Die Rechtsanwendung meint dabei nicht nur den Gesetzesvollzug in Einzelentscheidungen, sondern auch Gestaltungsentscheidungen der Verwaltung wie die Planung und die administrative Normsetzung. Insofern Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung in der Dogmatik zusammenfinden, erscheinen die Schnittstellen, die der Dogmatik zugrundezuliegende Begriffs- und Systembildung und die Frage der Einbeziehung von Erkenntnissen anderer Wissenschaften besonders interessant. „Hinter der Frage nach der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methode verbergen sich also letztlich zwei zusammenhängende Fragen: die nach den Veränderungen dogmatischen Arbeitens und die nach den Wandlungen im Umgang mit den nichtdogmatisch verfahrenen Disziplinen“.⁵⁸

1. Die überkommene „Juristische Methode“

Die überkommene Dogmatik wird üblicherweise mit der „Juristischen Methode“ identifiziert.⁵⁹ Damit ist ein Wissenschaftsprogramm in Bezug genommen, das sich in Deutschland mit den Namen *Gerber* und *Laband* verbindet,⁶⁰ etwa gleichzeitig aber auch in anderen europäischen Ländern Anerkennung fand.⁶¹ Es geht zentral um die Bildung eines juristischen Begriffsapparates und eines darauf aufbauenden Systems. Beides soll frei von historischen und politischen Einflüssen rechtswissenschaftlich autonom erfolgen. „Das Politische ist nicht Zweck, sondern nur Material“, heißt es bei *Gerber* 1852 bündig.⁶² Die Kon-

recht, die den Hintergrund für das Arbeiten mit Referenzgebieten darstellen, vgl. nur *Groß*, Die Beziehungen zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, DV Beiheft 2 (1999), S. 57 ff.; *Schmidt-Preuß*, Das Allgemeine des Verwaltungsrechts, in: FS Maurer, 2001, S. 777 ff.; *Franzius*, Brauchen wir ein Allgemeines Verwaltungsrecht?, JZ 2019, S. 161 ff.; *Kluth*, Das öffentliche Wirtschaftsrecht und seine Bedeutung für das Allgemeine Verwaltungsrecht, DVBl 2021, S. 1467 ff.; *Kabl*, HVwR Bd. I, § 12.

⁵⁷ Systematisch zum Folgenden *Möllers*, GVwR³ Bd. I, § 2 Rn. 18 ff.; *I. Augsberg*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der EU, § 4.

⁵⁸ So *Bumke*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts Bd. X, S. 73 (78).

⁵⁹ *Appel*, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 226 (236 ff.); *Vofßkuhle*, GVwR³ Bd. I, § 1 Rn. 2 ff.

⁶⁰ Dazu die Darstellung von *Stolleis*, Geschichte Bd. II, S. 322 (330 ff.); *Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, S. 21 ff.; *Pauly*, IPE Bd. II, § 27 Rn. 7 ff.; *Kremer*, Die Willensmacht des Staates, S. 41 ff. und 289 ff.; *Jouanjan*, VVDStRL Bd. 77 (2018), S. 353 (375 ff.); *Kaiser*, HVwR Bd. I, § 24 Rn. 3 ff. (mit Hinweisen auch auf die Rolle Rudolf von Iherings).

⁶¹ Dazu *von Bogdandy*, IPE Bd. II, § 39 Rn. 14 ff.

⁶² *Gerber*, Über Öffentliche Rechte (Nachdruck der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, 1961), S. 23; dazu *Kremer*, Die Willensmacht des Staates, S. 277 ff.

struktion der Rechtsbegriffe erscheint als „eine rein logische Denktätigkeit“; alle historischen, politischen und philosophischen Betrachtungen seien für die Dogmatik eines konkreten Rechtsstoffes ohne Bedeutung und dienten „nur zu häufig dazu, den Mangel an konstruktiver Arbeit zu verhüllen“. ⁶³ Nicht ganz einheitlich beantwortet wird, worauf sich die konstruktive Arbeit in der Sache beziehen und woher sie ihre Konstruktionsideen erhalten soll: Bei *Gerber* spielt dabei das Privatrecht als Referenz die wichtigste Rolle. Für *Laband* sind es eher die „geltenden positiven Rechtssätze“, über die das deutsche Reichsstaatsrecht seit 1871 verfügt. Sie sind es, die gründlich erforscht werden müssen und dann das Material auch für Analogien und Umkehrschlüsse bilden, mit denen Lücken im positiven Recht aufgefüllt werden. Man kann insofern von einer rechtspositivistischen und einer stärker gesetzespositivistischen Ausprägung der Juristischen Methode sprechen. ⁶⁴

Nun ist schon seinerzeit eingewandt worden, dass die rigorose Ausklammerung nichtjuristischer Argumente weder den Bedingungen des Staatslebens angemessen noch ihrerseits so voraussetzungslos sei, wie sie zu sein vorgibt. Klassisch formulierte *Gierke* seine Kritik: ⁶⁵ „So hat Laband die Fragen nach Grund, Wesen und Zweck von Staat und Recht nur scheinbar aus seinem Gesichtsfelde zu verbannen vermocht. In Wahrheit tauchen sie überall im Hintergrunde auf und werden mindestens in einer bestimmten Richtung beantwortet“. Aber das Methodenkonzept kam den politischen Verhältnissen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und dem zeitgenössischen Bilde einer möglichst „objektiv“ vorgehenden Wissenschaft so passgenau entgegen, dass es breite und lang anhaltende Gefolgschaft fand. ⁶⁶

Auch die sich entfaltende Verwaltungsrechtswissenschaft konnte hier anknüpfen. Nicht länger sollte die überbordende Materialflut des Fachverwaltungsrechts den Hauptgegenstand der Lehrbücher bilden, sondern ein Lehrgebäude, das wissenschaftlichen Ansprüchen an die Ausbildung eines Systems entsprach. ⁶⁷ Freilich wurden dabei die Forderungen des staatsrechtlichen Positivismus nicht einfach übernommen. Das zeigt eine Analyse des methodischen

⁶³ *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches in vier Bänden, Vorwort S. IX.

⁶⁴ Vgl. *Stolleis*, Geschichte Bd. II, S. 343 f.

⁶⁵ *von Gierke*, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft (Nachdruck der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, 1961), passim, vgl. etwa S. 23 f.; *Kaiser*, HVwR Bd. I, § 24 Rn. 7: „Schließlich trat deutlich zu Tage, dass die Methode politisch keineswegs neutral war, sondern strukturkonservativ“. Vgl. ferner *Kremer*, Die Willensmacht des Staates, S. 296 ff.

⁶⁶ *Plastisch Stolleis*, Geschichte Bd. II, S. 343: Laband als „ein Denkmal staatsrechtlicher Selbstgewißheit des Kaiserreichs“.

⁶⁷ „Der erste, der das deutsche Verwaltungsrecht auf solche Weise zur Darstellung gebracht, war der Württembergische Oberamtsrat Friedrich Franz Mayer mit seinem Buche: Grundsätze des Verwaltungsrechts, 1862“. So *O. Mayer*, Verwaltungsrecht Bd. 1, S. 20 Fn. 14. Vgl. *Ischikawa*, Friedrich Franz von Mayer. Begründer der „juristischen Methode“ im deutschen Verwaltungsrecht, S. 116 ff. Zur Entwicklung insgesamt *Stolleis*, Geschichte Bd. II, S. 394 ff.; *ders.*, GVwR² Bd. I, § 2 Rn. 47 ff.

Vorgehens, das dem Werke *Otto Mayers* zugrundeliegt. Mayer folgt zwar der Juristischen Methode; aber die „schroffe Einseitigkeit“ ihrer Begriffsbildung lehnt er ab.⁶⁸ Seine Arbeit ist folglich nicht durch eine Ausklammerung aller nichtjuristischen Argumente, sondern durch seine auf Rechtsprinzipien bezogene hermeneutische Vorgehensweise bestimmt.⁶⁹ Der große Erfolg seiner Lehre beruhte auf der Verbindung von Rechtsvorstellungen und Verwaltungsaufgaben zu einem Sozialmodell, das dem zeitgenössischen gesellschaftlichen Selbstverständnis entsprach: ein liberales Rechtsstaatsmodell, in dem das Gesetz die Grenzlinie zwischen den Handlungsbefugnissen der monarchischen Exekutive und den Freiräumen der bürgerlichen Gesellschaft aufzeigt.⁷⁰ Das Zentrum bildet ein Formensystem, das dem Geflecht von Verwaltungshandlungen Transparenz und Ordnung vermitteln soll. Das ist eine große wissenschaftliche Leistung, die auch heute Anerkennung verdient. Eine ganz andere Frage ist es jedoch, ob das zugrunde gelegte Ordnungsmodell die gegenwärtige Dogmenbildung weiter zu leiten vermag.

Die hohe Plausibilität der dogmatischen Folgerungen als Akte der Rechtskenntnis gründet auf der Überschaubarkeit dieser Grundannahmen, dem auf Formen konzentrierten Rechtskonzept und dem bewusst beschränkten, ex negativo, d. h. im Kontrast zu dem überwundenen Modell des Polizeistaates bestimmten Bestand an Staatsaufgaben. Grundvorstellung ist „die tunlichste Justizförmigkeit der Verwaltung“.⁷¹ Komplexe Verwaltungsstrukturen, die sich nicht in einfache normative Argumentationszusammenhänge einordnen lassen, wie die Organisation der Verwaltung oder das Verwaltungsverfahren, haben im Allgemeinen Teil, der das Zentrum des Mayerschen Systems ausmacht, keinen Platz. Wo sich diese Konzentration nicht durchhalten ließ, wo wie z. B. im Anstaltswesen die Sachgesetzlichkeiten der zu erfüllenden Aufgabe in den Vordergrund drängten, griff auch Mayer „über das positive Recht hinaus und holte sich den Baustoff aus der Wirklichkeit des Verwaltungslebens selbst“.⁷² Dass dabei auch Verwaltungszwecke in seine Begriffsbildungen einfließen, hat kritisch schon die zeitgenössische Literatur angemerkt.⁷³ Selbst der Ankerpunkt des gesamten dogmatischen Baus, das Gesetz, erweist sich bei näherer Betrachtung

⁶⁸ Dazu die Analyse der verstreuten Aussagen O. Mayers zu seiner Methode bei *Hueber*, *Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht*, S. 15 (22 f.).

⁶⁹ Dazu *Engel*, in: *ders./Schön, Proprium der Rechtswissenschaft*, S. 205 (216).

⁷⁰ Vgl. *Hueber*, *Otto Mayer*, S. 83 ff.: „Das moderne Verwaltungsrecht als Kompromiß von Staatsidee und Rechtsstaatsidee“.

⁷¹ *O. Mayer, Verwaltungsrecht Bd. 1*, S. 62.

⁷² So *Forsthoff*, *Verwaltungsrecht*, S. 55.

⁷³ Vgl. *Stolleis*, *Geschichte Bd. II*, S. 402 unter Verweis auf *Loening*, *Die konstruktive Methode auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts*, *Schmollers Jahrbuch Bd. 11* (1887), S. 117 (135); ausführlich *Erich Kaufmann*, *Otto Mayer*, *VerwArch Bd. 30* (1925), S. 377 (388 ff.). Zur Polizei- und Finanzgewalt als „Rechtsinstituten höherer Ordnung“ *Bumke*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft. Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts Bd. X*, S. 73 (87): „Einbindung der Verwaltungsaufgabe als ein

tung keineswegs als ein rein rechtsnormatives Konstrukt, sondern hat eine lange philosophische Tradition (unter Einschluss naturphilosophischer Vorstellungen) in sich aufgenommen.⁷⁴

Überhaupt gilt:⁷⁵ „Eine Verwaltungsrechtswissenschaft, die autonom im Sinne der Abgeschlossenheit wäre, hat es im 19. Jahrhundert nicht gegeben“. Anders formuliert:⁷⁶ „Der emanzipatorische verwaltungsrechtswissenschaftliche Beitrag im 19. Jahrhundert besteht vor allem in der Entwicklung und Ausbuchstabierung von Rechtsinstituten, in denen die politischen und staatsrechtlichen Kompromisse zwischen freiheitlichen und obrigkeitlichen Kräften operativ werden können“. Die Aussage, die Juristische Methode zeichne sich „durch die Konzentration auf das Juristische aus“,⁷⁷ hilft daher wenig, wenn nicht genauer festgelegt ist, woraus das „Juristische“ seine Begründungselemente nimmt und wie eng die Deduktionszusammenhänge zwischen normativem Ausgangspunkt und konkretem Ergebnis sein müssen, um dieses Ergebnis als Akt der Rechtskenntnis anzuerkennen. Eine Bastion einer „guten alten“ Methodentradition kann die Juristische Methode nicht sein.⁷⁸ Eher besteht die Gefahr, dass solche Vorstellungen historisch zweifelhaften Verfallsszenarien anhängen.

2. Rechtsaktbezogener und verhaltensbezogener Ansatz

In der jüngeren Literatur werden die angesprochenen Methodenfragen daher nach einer von *Christian Bumke* entwickelten Unterscheidung eher unter den Begriffen der „rechtsaktbezogenen“ und der „verhaltensbezogenen“ Betrachtungsweise behandelt.⁷⁹

(a) *Rechtsaktbezogen* ist die Sicht der überkommenen Dogmatik, die das rechtlich relevante Handeln auf bestimmte Formen konzentriert und für diese For-

Element handlungsbezogener Betrachtung in die rechtsaktbezogene Begriffs- und Konstruktionswelt“.

⁷⁴ Dazu *Vesting*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft. Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts Bd. X, S. 253 (268 ff.).

⁷⁵ *Vesting*, ebd. S. 253 (272).

⁷⁶ von *Bogdandy*, IPE Bd. IV, § 57 Rn. 48. S. auch *Kremer*, Die Willensmacht des Staates, S. 407 ff.: „Gerbers System als Versuch einer adäquaten Beschreibung des konstitutionellen Dualismus“.

⁷⁷ So *Krebs*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft. Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts Bd. X, S. 209 (216); ähnlich *Haack*, Läuterung der Verwaltungsrechtstheorie, RW 4 (2013), S. 418 (420: „radikale Reduktion des verwaltungsrechtlichen Denkens auf seinen harten juristischen Kern“); krit. dagegen *Bumke*, Rechtsdogmatik, S. 113 f.

⁷⁸ Vgl. *Kaiser*, HVwR Bd. I, § 24 Rn. 14.

⁷⁹ *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, S. 255 ff.; *ders.*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft. Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts Bd. X, S. 73 (75 ff.); *ders.*, Rechtsdogmatik, S. 116 ff. Daran anknüpfend etwa *Appel*, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 226 (252); *Eifert*, dort, S. 286 (289 f.); *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, S. 284 ff.; vgl. auch *Voßkuhle*, GVwR³ Bd. I, § 1 Rn. 3.

men Zuordnungsentscheidungen im Rechtssystem nach einem „binären Code“ (öffentlich-rechtlich/privatrechtlich, rechtmäßig/rechtswidrig) trifft. Die Betrachtung spiegelt vorrangig die Entscheidungssituation verwaltungsgerichtlicher Verfahren aus ihrer Kontrollperspektive. „Man begreift die Rechtsordnung nicht als ein komplexes Gefüge, das aus einer Vielzahl konkreter Handlungen erwächst. Stattdessen geht man mit ihr und den Rechtsakten so um, als ob es sich um abstrakte Gegenstände handelt, die man losgelöst vom konkreten Handeln der Rechtsakteure untersuchen kann“.⁸⁰ Dank dieser Konzentration vermittelt die rechtsaktbezogene Betrachtungsweise den Eindruck verlässlicher und vorhersehbarer Ergebnisse. Ähnlich wie im System *Otto Mayers* wird auch hier die Eindeutigkeit jedoch durch eine hohe Selektivität der erkenntnisleitenden Gesichtspunkte erkauft. Die Akteure, die hinter den Rechtsakten stehen, interessieren so wenig wie die Zwecke, die sie mit ihnen verfolgen, oder die Entscheidungssituation, in der sie sie erließen. Das aber erscheint in der grundgesetzlichen Verfassungsordnung, die multipolare Grundrechtslagen und eine differenzierte Lehre demokratischer Legitimation kennt, nicht ausreichend, um das Verwaltungshandeln rechtlich wirklich „in Form“ zu bringen.⁸¹ Natürlich existieren auch heute Verwaltungsrechtsverhältnisse, die sich dogmatisch in einfachen Formen beschreiben lassen. Eine allein auf die rechtsaktbezogene Perspektive verengte Dogmatik müsste aber als unterkomplex angesehen werden.

(b) *Verhaltensbezogen* ist eine Dogmatik, die primär auf das Vorgehen der Akteure, ihr Zusammenwirken und auf die Zwecke ihres Handelns abstellt. Die Betrachtung setzt nicht ex post bei der getroffenen Entscheidung, sondern ex ante bei ihrem Zustandekommen an. Nicht die Kontroll-, sondern die Handlungsperspektive steht im Vordergrund. Damit erweitert sich der Kreis der normativen Orientierungen über die harten Rechtsregeln hinaus auf Abwägungsdirektiven und finale Programme. Auf dieser Grundlage verlangen es die Verwaltungsaufgaben und die unterschiedlichen Verwaltungszwecke, ihren normativen Stellenwert zu bestimmen. Fragen nach der Bedeutung verwaltungsorganisatorischer Arrangements stellen sich. Die Unsicherheitsbedingungen, unter denen administratives Handeln oft steht, werden benannt und in Argumentationsmustern aufzufangen versucht, die über den überkommenen juristischen Methodenkanon hinausreichen.⁸²

Auch der verhaltensbezogene Ansatz steht auf dem Boden rechtswissenschaftlichen Arbeitens. Er ist kein Projekt der Sozialwissenschaften. Aber er hat zu diesen Wissenschaften eine stärkere Affinität als die rechtsaktbezogene Perspektive. Dafür erscheinen seine Zuordnungen nicht selten weniger eindeutig.

⁸⁰ Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, S. 257.

⁸¹ Vgl. Eifert, VVDStRL Bd. 67 (2008), S. 286 (290f.); auch Engel, in: ders./Schön, Proprium der Rechtswissenschaft, S. 205 (218ff. als „Kritik an Otto Mayers Projekt“).

⁸² Es geht aus der Sicht des verhaltensbezogenen Ansatzes um ein „Ergänzungsverhältnis“, nicht um ein aut–aut; Bumke, Rechtsdogmatik, S. 117f.

Sie werden nicht notwendig nach einem binären Code getroffen, sondern können auch Aussagen über ein zu erreichendes Maß von Wirksamkeit enthalten. Zur Vorbereitung solcher Aussagen ist es u.U. erforderlich, mit Skalierungen und Typenreihen zu arbeiten, die in Rechtsaussagen zu überführen nicht einfach ist und nicht ein für alle Mal festliegt, sondern kontextabhängig zu erfolgen hat. Entscheidend sind die Strukturen des einschlägigen Rechtsbegriffs, über den sich die Einbeziehung vollziehen soll, und die Regelungssituation, in der die Rechtsarbeit steht. Für administrative Planungen gelten andere Rezeptionsbedingungen als für Kontrollentscheidungen von Aufsichtsbehörden.

Der gegen die verhaltensbezogene Dogmatik erhobene Einwand, die Fülle der zu berücksichtigenden Gesichtspunkte überfordere die Rechtsanwendung, ist ernst zu nehmen. Der Gefahr muss dadurch begegnet werden, dass die unterschiedlichen Strukturen der Rechtsbegriffe exakt herausgearbeitet werden. In vielen Fällen werden die Ergebnisse schon nach dem vertrauten juristischen Methodenstandard relativ eindeutig sein. Es gibt aber auch außerordentlich komplexe Begriffe, deren Anwendung mehr erfordert als einen Subsumtionsschluss. Wenn etwa das „Legitimationsniveau“ eines organisationsrechtlichen Arrangements festgestellt werden soll, wie es die Legitimationslehre des Bundesverfassungsgerichts verlangt,⁸³ dann nützt es nichts, auf einfache Schlussverfahren zu bauen. Hier müssen komplexe Argumentationsmuster gefunden werden.⁸⁴ Gleiches gilt dort, wo die „Grundrechtsrelevanz“ eines Verfahrensfehlers zu beurteilen ist. Die verhaltensbezogene Perspektive will genau das bewusst machen und solche Muster aufzeigen. Die Probleme werden durch den Zuschnitt der Rechtsfragen verursacht. Die Methode stellt sich nur auf sie ein. Man entgeht einer Problematik nicht dadurch, dass man sie negiert.

III. Vorverständnisse und Leitbilder

In einem dritten Schritt fragt das Reformprojekt nach den Vorverständnissen, die der überkommenen Dogmatik zugrundeliegen, und überprüft, inwieweit diese noch dem Verwaltungskonzept entsprechen, das das Verfassungsrecht und das europäische Recht heute zeichnen. Dogmatiken stellen die aus dem positiven Recht gewonnenen Erkenntnisse nicht einfach als Einzelaussagen nebeneinander, sondern ordnen sie nach bestimmten normativen Leitvorstellungen von dem, was Verwaltung sein und leisten und wie sie dem Bürger gegenüber treten soll.⁸⁵

⁸³ Vgl. nur BVerfGE 93, 37 (66f.); std. Rspr. vgl. 147, 50 (127f. Rn. 198). Dazu auch → 3. Teil unter B. II. 2.

⁸⁴ *Trute*, GVWR³ Bd. I, § 9 Rn. 14: „Der Sache nach wird hier an zentraler Stelle der Dogmatik ein Begriff eingefügt, der eine normative Bewertung empirischer Wirkungszusammenhänge erfordert“.

⁸⁵ Allgemein zur Bedeutung von Leitvorstellungen für das Verwaltungsrecht *Baer*, in:

Auf seine wesentlichen Punkte konzentriert, ist das Konzept des überkommenen Verwaltungsrechts durch die *Trias* von Einheits-, Subsumtions- und Formenbindungsdoktrin gekennzeichnet.⁸⁶ Das, was Verwaltung ist, wird vom Gewaltenteilungsprinzip her negativ als Tätigkeit des Staates definiert, die nicht Gesetzgebung und nicht Justiz ist. Als solche bildet die Verwaltung einen geschlossenen Block, der durch ein ministerielles Weisungsrecht zusammengehalten wird („Einheit der Verwaltung“). Ihre Aufgabe besteht im Vollzug möglichst genau formulierter materieller Gesetzesprogramme mittels juristischen Subsumtionsschlusses („Theorie der einen richtigen Entscheidung“). Die Vollzugsentscheidungen sind auf bestimmte Rechtsformen festgelegt, die die möglichste Justizförmigkeit administrativen Handelns sicherstellen sollen („Formenbindung“). Das ist ein stark *reduktionistisches Konzept*. Gerade in ihrem Reduktionismus liegt die Faszination der überkommenen Dogmatik.⁸⁷ Hier wird mit leicht einsichtigen Vorstellungen von „innen“ und „außen“, „oben“ und „unten“ und scharfen Dualismen gearbeitet. Das verheißt eindeutige Zuordnungen und klare Ergebnisse. Hier scheinen Aussagen von rein juristischer Qualität getroffen zu werden.⁸⁸

Natürlich hat das Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz mit der Einbeziehung der leistenden und der planenden Verwaltung an Formenreichtum gewonnen und kennt heute neben der hierarchisch organisierten Verwaltung die Selbstverwaltung, neben der Subsumtionsentscheidung die Ermessensentscheidung, neben dem rechtsförmigen das nicht-rechtsförmige Verwaltungshandeln.⁸⁹ Wichtige Modernisierungsdiskurse haben das verwaltungsrechtliche Denken vor allem um verfahrensrechtliche Perspektiven bereichert.⁹⁰ Aber der

Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft. Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts Bd. X, S. 223 ff.; *Voßkuhle*, GVWR³ Bd. I, § 1 Rn. 40 ff.; *Franzius*, dort, § 4 Rn. 19 ff.

⁸⁶ *Brohm*, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 245 (253 ff.); *Schmidt-Aßmann*, Einige Überlegungen zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, DV Beiheft 2 (1999), S. 177 ff.; *Engel*, in: ders./Schön, Proprium der Rechtswissenschaft, S. 205 (208 ff.), auch *Hoffmann-Riem/Pilniok*, GVWR³ Bd. I, § 12 Rn. 27.

⁸⁷ Anschaulich dargestellt und positiv bewertet bei *Haack*, RW 4 (2013), S. 418 ff.

⁸⁸ Vorgezeichnet bei *O. Mayer*, Verwaltungsrecht Bd. 1, S. 62 f.: Zunächst die Grundaussage: „der Rechtsstaat bedeutet die tunlichste Justizförmigkeit der Verwaltung“. Danach folgt ein einschränkender Vorbehalt: „Soweit tunlich soll das durchgeführt werden“; man soll sich „die lebendige Verwaltung“ nicht „schlechthin eingezwängt denken in die festumschließenden gleichmäßigen Formen der Justiz“, sondern „nur soweit das vereinbar ist mit dem Zweck dieser Tätigkeit, darf das geschehen“; in diesem Maße soll es aber auch geschehen. Gesetzgebung und Behörden „sollen diese rechtsstaatsmäßigen Dinge möglichst weit und reich hinübertragen in das zu pflegende Arbeitsfeld“. Formuliert ist die Grundsituation justizförmigen Gesetzesvollzuges; andere Zugänge werden zwar anerkannt, bilden aber Sonderfälle.

⁸⁹ *Brohm*, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 245 (257 f.); *Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, S. 41 ff.

⁹⁰ Dazu *Kaiser*, Kommunikation der Verwaltung, S. 73 ff. und 136 ff.; vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, Due Process und Grundrechtsschutz durch Verfahren. Eine vergleichende Untersu-