

Funktionen des Verwaltungsrechts

im „Steuerungsparadigma“ der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft

Übersicht

- I. Einführung
- II. Recht als Steuerungsmittel
 - 1. Gesetz als Errungenschaft der Neuzeit
 - 2. Steuerungsansatz der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft
- III. Funktionenvielfalt des Rechts
 - 1. Interessenschutz- und Konfliktbewältigungsfunktion
 - 2. Disziplinierungs- und Effektivierungsfunktion
 - 3. Bereitstellungsfunktion
 - 4. Recht als Verhaltensauftrag und Kontrollmaßstab
- IV. Administrative Rechtsanwendung
 - 1. Subsumtion und Abwägung
 - 2. Herstellung von Recht
- V. Ausblick

I. Einführung

Die Frage nach den Funktionen des Verwaltungsrechts ist so alt wie das Verwaltungsrecht selbst. Ebenso alt ist allerdings die disziplinäre Aufspaltung der Perspektive. Nach den Funktionen von Verwaltungsrecht fragt die Verwaltungswissenschaft, doch Analyse und „Pflege“ des verwaltungsrechtlichen Systems obliegen der Verwaltungsrechtswissenschaft im Bemühen um Integrität, d.h. einer grundsätzlichen Skepsis gegenüber Funktionen. Diese Reserve erklärt sich nicht zuletzt aus dem Festhalten an der so genannten Juristischen Methode, worüber sich die Verwaltungsrechtswissenschaft als „autonome“ Disziplin etablierte, aber im Ausblenden nachbarwissenschaftlicher Erkenntnisse ins interpretatorische Abseits zu manövrieren droht. Sieht man genauer hin, erzwingen die heterogenen Eigenschaften eines demokra-

tischen Verwaltungsrechts unterschiedliche methodische Zugänge, die sich nicht entlang der Trennungslinie zwischen Verwaltungswissenschaft und Verwaltungsrecht bewegen und die Frage nach den Funktionen von Recht zu einer rechtswissenschaftlichen Frage machen.

Der Begriff der Funktion wird freilich nur selten erörtert und zumeist alltagssprachlich im Sinne eines zweckbezogenen „wofür“ benutzt. Das Bedürfnis nach einer Vergewisserung über die Funktionen des Verwaltungsrechts speist sich gegenwärtig im wesentlichen aus zwei Beweggründen. Zum ersten geht es im Rahmen einer Standortbestimmung des öffentlichen Rechts¹ um die Frage, wie das Verwaltungsrecht auf den Gestaltwandel von Staat und Recht reagiert, insbesondere den Umgang mit nicht-staatlichen Akteuren regelt. Es ist längst erkannt, dass die beiden übergreifenden Entwicklungslinien der Privatisierung und Internationalisierung das Verwaltungsrecht nicht verdrängen, sondern gerade von ihm zu verarbeiten sind.² Zweitens – und darauf beschränkt sich der vorliegende Beitrag – ist die Verwaltungswissenschaft selbst in Bewegung geraten. Es wird eine *Neue Verwaltungswissenschaft* proklamiert, die sich aus der Steuerungsperspektive definiert³ und damit zum Ausdruck bringt, dass das Verwaltungsrecht in erster Linie ein Verhaltensprogramm und nicht bloß ein Kontrollprogramm bereitstellt (II.). Dieser bemerkenswerten Verschiebung der Erkenntnisinteressen, mit denen sich die Verwaltungsrechtswissenschaft disziplinar (wieder) öffnet und Anschluss an die europäische Rechts- und Wissenschaftsentwicklung sucht, liegt die Einsicht in die Funktionenvielfalt des Verwaltungsrechts zugrunde (III.), was für die administrative Rechtsanwendungspraxis nicht ohne Folgen bleiben dürfte (IV.).

¹ Siehe etwa *Arno Scherzberg*, Wozu und wie überhaupt noch öffentliches Recht?, 2003; *Matthias Ruffert*, Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht, 2004.

² Die Schwerpunktverlagerung vom Verfassungsrecht zum Verwaltungsrecht wird etwa deutlich in der Diskussion eines öffentlichen Gewährleistungsrechts, vgl. *Andreas Voßkuhle*, Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 268 ff.; das gilt aber auch für die europäische und internationale Rechtsentwicklung, wo die Konstitutionalisierung die verwaltungsrechtswissenschaftlichen Fragestellungen nicht mehr verdecken kann.

³ Grundlegend *Gunnar Folke Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 93 ff. und die folgenden Reformbände, deren Reihe mit *Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004 abgeschlossen wurde; teilweise eingegangen sind die Ergebnisse der „Reformdiskussion“ in *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004; zum steuerungswissenschaftlichen Ansatz *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 31 ff.; *Andreas Voßkuhle*, Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft, Die Verwaltung 32 (1999), S. 545 (547 ff.). Mit dem ersten Band des auf drei Bände angelegten Handbuchs der Verwaltungsrechtswissenschaft liegt jetzt ein Grundlagenwerk vor, das sich zur Darstellung des gegenwärtigen Verwaltungsrechts erstmals umfassend und konsequent an der Steuerungsperspektive orientieren will, vgl. die ebenso programmatische wie auf praktische Einpassung bedachte „Einführung“ von *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Handbuch der Verwaltungsrechtswissenschaft (HVwR), Bd. 1, 2006, § 1 Rn. 9 ff.

II. Recht als Steuerungsmittel

1. Gesetz als Errungenschaft der Neuzeit

Zu den besonderen Konstanten der Rechtsentwicklung gehört, dass die Verwaltung für ihr Handeln die maßgebliche Orientierung im Gesetz findet. Als erkämpfte Wertentscheidung hat das Gesetz den monarchischen Anstaltsstaat überdauert und im Grundgesetz durch die Verknüpfung der Gewährleistungsanliegen des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips eine *Schlüsselposition* erhalten.⁴ Es erbringt die elementaren Koordinationsleistungen des Verfassungsstaates und stellt die maßstäblichen Formen zur Verfügung, in denen die Verwaltung ihren Aufgaben nachkommt. In seiner Multifunktionalität erweist sich das Gesetz als unverzichtbare Ordnungsgarantie und als herausragendes Steuerungsinstrument gesellschaftlicher Problembewältigung.⁵

Das Gesetz als „Angelpunkt der Gewaltenteilung“⁶ bildet einen zentralen Fluchtpunkt rechtswissenschaftlichen Denkens. Das gilt auch für die Verwaltungsrechtswissenschaft, die ihre Systematisierungsbemühungen an der „Herrschaft des Gesetzes“ ausrichtet. Es ist der *Gesetzesbegriff*, der die Herausforderungen des liberalen Rechtsstaates aufnimmt und zur verwaltungsrechtswissenschaftlichen Verarbeitung weitergibt.⁷ So ist das auf die Idee einer abstrakten Allgemeinheit bezogene und auf Dauer angelegte Gesetz das „Gedächtnis“ der jungen Wissenschaft, die sich um die Entwicklung „autonomer“ Kriterien zur Konstruktion der gesetzeseleiteten Wirklichkeit bemüht, dem eintretenden „Rollenwandel des parlamentarischen Gesetzes“⁸ dann aber relativ hilflos gegenübersteht. Inzwischen ist deutlich geworden, dass das Gesetz seinerseits als „dauerhafte Herausforderung der täglichen Rechtsanwendung“⁹ verstanden werden muss. Trotz aller Kritik bleibt das Gesetz ohne Alternative, soweit es der Rechtswissenschaft auch in Zukunft gelingt, die Aussagen der Gesetzesdogmatik zu überprü-

⁴ Vgl. Gunnar Folke Schuppert, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, S. 468 f.

⁵ Vgl. Franz Reimer, *Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *HVwR I* (Fn. 3), § 9 Rn. 10 ff.; s. auch Eberhard Schmidt-Aßmann, *Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund*, in: Hoffmann-Riem/ders./Voßkuhle (Hg.), *HVwR I* (Fn. 3), § 5 Rn. 63 ff.

⁶ Eberhard Schmidt-Aßmann, *Der Rechtsstaat*, in: Paul Kirchhof/Josef Isensee (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 2, 3. Aufl., 2004, § 26 Rn. 58.

⁷ Näher Thomas Vesting, *Nachbarwissenschaftliche informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden* (Fn. 3), S. 253 (256 ff.).

⁸ Vgl. Helmuth Schulze-Fielitz, *Zeitoffene Gesetzgebung*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 139 (168 ff.).

⁹ Eberhard Schmidt-Aßmann, *Gefährdungen der Rechts- und Gesetzesbindung der Exekutive*, FS Klaus Stern, 1997, S. 745 ff. (747); zur Bindungsformel des Art. 20 Abs. 3 GG jüngst Birgit Hoffmann, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht*, 2003.

fen¹⁰ und gegebenenfalls herausforderungsgerechte Neujustierungen vorzunehmen.¹¹ Dies erfordert ein Denken in zwei Richtungen:

Auf der einen Seite sind die Schwächen gesetzlicher Orientierung des Verwaltungshandelns¹² unverkennbar. Jedoch kann die Verwaltung nicht mehr in „einschichtigen“ Vorstellungen des Gesetzesvollzugs¹³ begriffen werden, wonach sich das Handeln der Verwaltung jenseits des imperativ-hierarchischen Leitbildes *entweder* als irregulär *oder* als gesetzesfrei erweisen musste. Überzogene Vollzugsvorstellungen¹⁴ drohen zu verdecken, dass das Gesetz der Verwaltung nicht nur Grenzen zieht, sondern auch beauftragt, bestimmte Aufgaben zu erfüllen.¹⁵ Nimmt man den „methodologischen Grundtatbestand“¹⁶ hinzu, dass jeder Normanwendung eine unhintergehbare Konkretisierungsbedürftigkeit der Norm¹⁷ zuwächst, so liegt es nahe, das *Gesetz als Steuerungsmedium*¹⁸ zu betrachten, das – von überzogenen Determinationserwartungen befreit¹⁹ – der Verwaltung in ihrem gesamten Handeln und somit dort normative

¹⁰ Das ist seit der „berühmten“ Regensburger Staatsrechtslehrtagung und der Einsicht, die Balance zwischen Stabilität und Flexibilität immer wieder von neuem herstellen zu müssen, inzwischen unstrittig: grundlegend *Winfried Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff.; zur Bedeutung der Dogmatik *ders.*, Kurzlebigkeit und Langzeitwirkung der Rechtsdogmatik, FS Hartmut Maurer, 2001, S. 1079 ff. und die N. in Fn. 233.

¹¹ Siehe jüngst etwa *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen, AöR 130 (2005), S. 5 (45 ff.).

¹² Einflussreich *Dieter Grimm* (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990; *ders.*, Bedingungen demokratischer Rechtsetzung, FS Jürgen Habermas, 2001, S. 489 (494 ff.); s. auch *Scherzberg*, Öffentliches Recht (Fn. 1), S. 10 ff.

¹³ So *Eberhard Schmidt-Aßmann*, FS Stern (Fn. 9), S. 750 f.; zur Notwendigkeit einer eigenständigen Lehre der Gesetzesbindung *ders.*, Zur Gesetzesbindung der verhandelnden Verwaltung, FS Winfried Brohm, 2002, S. 547 ff.

¹⁴ Siehe etwa *Udo Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 235 (241 ff.); aufschlussreiche Problemanalyse bei *Helge Rossen*, Vollzug und Verhandlung, 1999, S. 263 ff.

¹⁵ Grundlegend *Ulrich Scheuner*, Das Gesetz als Auftrag an die Verwaltung, DÖV 1969, 585 ff.; zum Funktionswandel des Gesetzes *ders.*, Die Funktion des Gesetzes im Sozialstaat, FS Hans Huber, 1981, S. 127 ff. (134); s. auch *Winfried Brohm*, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit als Steuerungsmechanismen in einem polyzentrischen System der Rechtserzeugung, DÖV 1987, 265 ff.

¹⁶ Näher *Horst Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 165 ff.

¹⁷ Die Grundeinsicht in die „Unfertigkeit der Gesetze“ – vgl. *Arthur Kaufmann*, Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, JZ 1975, 337 (339) – findet sich bereits bei *Adolf Julius Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927 (Nachdruck 1969), S. 144 („rechtstheoretisch begründete Notwendigkeit“); zur begrenzten Rezeption des Werkes in der deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik *Horst Dreier*, Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts, in: Robert Walter (Hrsg.), *Adolf J. Merkl, Werk und Wirksamkeit*, 1990, S. 55 (65 ff.).

¹⁸ Vgl. *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in: *ders./Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität* (Fn. 8), S. 9 ff. (19); ausf. *Gunnar Folke Schuppert* (Hrsg.), *Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates*, 1998; s. auch *Reimer*, Parlamentsgesetz (Fn. 5), § 9 Rn. 1, 84 ff.

¹⁹ Normensysteme sind rational strukturiert, nicht aber rational determiniert: *Neil MacCormick*, *Legal reasoning and Legal Theory*, 1978, S. 271; s. auch *Reinhold Zippelius*, *Verhaltensteuerung durch Recht und kulturelle Leitideen*, 2004, S. 124, 144 ff.

Orientierung bieten muss, wo sie als vollziehende Gewalt (mit-)gestaltend tätig wird. Mag das positive Gesetz auch durch „Steuerungsverluste“²⁰ gekennzeichnet sein, steht eine Kapitulation des Gesetzgebers vor dem „Terraingewinn der Exekutive“²¹ doch kaum zu erwarten.²²

Vielmehr hat sich das Gesetz in seiner Offenheit zur Aufnahme neuer Steuerungsansätze oftmals als vielseitig genug erwiesen, den unterschiedlichen Funktionen der Verwaltung gerecht zu werden. Im Verfassungsstaat darf Steuerung nicht in einfachen Kausalitäten instrumental-mechanistisch, sondern muss unter Berücksichtigung der Rückkoppelungseffekte *analytisch-systematisch* verstanden werden.²³ Dies entspricht rechtswissenschaftlicher Arbeit.²⁴

Auf der anderen Seite fällt die Restrukturierung²⁵ nicht leicht. Dies umso mehr, wenn man vergegenwärtigt, dass Steuerung durch Recht auf gesellschaftliche Selbststeuerung bezogen ist. Ungeachtet der systemtheoretisch formulierten Zweifel an der prinzipiellen Fähigkeit zur Fremdsteuerung ist in jüngerer Zeit immer deutlicher geworden, dass politische Steuerung im komplizierten Zusammenwirken mit gesellschaftlicher „Selbstregelung“ betrachtet werden muss.²⁶ Damit verschwimmen Subjekt und Objekt der Steuerung.²⁷ Dem daraus erwachsenen

²⁰ Vgl. *Peter M. Huber*, Die entfesselte Verwaltung, StWStP 6 (1997), S. 423 (425 ff.); skeptisch zum Steuerungspotential *Markus Pöcker*, Das Parlamentsgesetz im sachlich-inhaltlichen Steuerungs- und Legitimationsverbund, Der Staat 41 (2002), S. 616 ff.

²¹ Vgl. *Horst Dreier*, Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung, DÖV 2002, 537 ff.; zu markanten Veränderungen des Verwaltungsrechts *Christian Walter*, Internationalisierung des deutschen und Europäischen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts – am Beispiel der Aarhus-Konvention, EuR 2005, 304 ff.

²² Gegen eine „Überhöhung“ des Parlaments aber *Armin v. Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 2000, S. 1 ff., 41 ff., 107 ff.

²³ Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Reformbedarf und Reformansätze, in: Hoffmann-Riem/ders./Schuppert (Hrsg.), Reform (Fn. 3), S. 11 (47 f.); *ders.*, Ordnungsidee (Fn. 3), 1. Kap. Rn. 35 f., 38 f.; zu den Facetten des Systembegriffs *Christian Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 23 ff. (m.w.N.).

²⁴ Was eine gewisse „Kommunikationsroutine“ voraussetzt, krit. *Markus Pöcker*, Fehlende Kommunikation und die Folgen, Die Verwaltung 37 (2004), S. 509 ff.; gegen eine sozialwissenschaftliche Aufladung *Oliver Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 10 ff.; *ders.*, Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?, JZ 2005, 1 ff.

²⁵ Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ders. (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1995, S. 7 (28 f.); so auch *Hans-Heinrich Trute*, Innovationssteuerung im Wissenschaftsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Jens-Peter Schneider (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, 1998, S. 208 (241 ff.); zur Notwendigkeit eigener Kategorienbildung *Christian Bumke*, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden (Fn. 3), S. 73 ff. (127 f.); die „Stunde der Verwaltungsrechtsdogmatik“ sieht bereits *Martin Burgi*, Die Funktion des Verfahrensrechts in privatisierten Bereichen, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 156 ff. u. S. 161, 175, 191.

²⁶ Wegweisend *Renate Mayntz*, Politische Steuerung: Aufstieg, Niedergang und Transformation einer Theorie, in: Klaus v. Beyme/Claus Offe (Hrsg.), PVS-Sonderheft 26/1995, S. 148 ff.; s. auch *Dirk Weinreich*, Recht als Medium gesellschaftlicher Selbststeuerung, 1995, S. 49 ff.; *Arno Scherzberg*, Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 58 ff.; *Matthias Kötter*, Integration durch Recht? Die Steuerungsfähigkeit des Rechts im Bereich seiner Geltungsvoraussetzungen, in: Konrad Sahlfeld u.a. (Hrsg.), Integration und Recht, 2003, S. 31 ff.

Problem der Identifizierbarkeit von Steuerungslasten wird man nur begrenzt dadurch entgegen können, der Verwaltung eine vielfach überhaupt nicht erwünschte²⁸ Eigenständigkeit²⁹ mit entsprechend weiten Konkretisierungslasten zuzubilligen. Überdies sind längst „dazwischengeschaltete“ private Organisationen hinzugekommen, die gegenüber dem Einzelnen maßgebliche Steuerungsfunktionen übernehmen.³⁰ Soll der Ausweg aus der diagnostizierten Steuerungskrise des modernen Staates aber in der Aktivierung gesellschaftlicher Selbstregulierungspotentiale liegen, dann kann das nur mit Hilfe des Gesetzes gelingen.

Mag das Gesetz die ihm zugeschriebene „Steuerungsexklusivität“ auch verloren haben, bleibt es als Leitplanke für die Steuerung – verstanden als Beeinflussung des gesellschaftlichen Möglichkeitsraums³¹ – doch unverzichtbar.³² So ist es das Gesetz, das die maßgeblichen Rationalisierungsleistungen zu erbringen hat, die mit der Vergrößerung des rechtlich erfassten Ausschnitts der Lebenswirklichkeit notwendig werden. Steuerung durch Recht erfasst diesen Ausschnitt als Maßstab³³ und zielt auf die Überwindung der zumeist irreführenden Entgegensetzung von Recht und Wirklichkeit, hat aber zu akzeptieren, dass Steuerungsgrenzen für das Recht selbst konstitutiv sind³⁴ und nicht selten grundrechtlich gewollt sind.³⁵ Es liegt keine

²⁷ So der Ausgangspunkt bei *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht (Fn. 14), S. 237; weniger resignativ *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Innovationssteuerung durch die Verwaltung: Rahmenbedingungen und Beispiele, Die Verwaltung 33 (2000), S. 155; zu den Konsequenzen *Renate Mayntz*, Governance-Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung: Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2005, S. 11 ff.

²⁸ Vgl. *Gertrude Lübbe-Wolff*, Instrumente des Umweltrechts – Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen, NVwZ 2001, S. 481 (492).

²⁹ *BVerfGE* 49, 89 (125); grundlegend zur Diskussion *Hans Peters*, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, 1965; s. auch *Walter Krebs*, Verwaltungsorganisation, in: Paul Kirchhof/Josef Isensee (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 2. Aufl., 1996, § 69 Rn. 84 ff.; ausf. *Dreier*, Verwaltung (Fn. 16), S. 182 ff. sowie jetzt *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Die Eigenständigkeit der Verwaltung, in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), HVwR I (Fn. 3), § 10 Rn. 13, 16 ff., 56 ff., 70 ff., der von einer „relativen Eigenständigkeit“ spricht.

³⁰ *Winfried Brohm*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 56 (1997), S. 299; zu den Steuerungs Herausforderungen administrativer Netzwerke *Karl-Heinz Ladeur*, Von der Verwaltungshierarchie zum administrativen Netzwerk?, Die Verwaltung 26 (1993), S. 137 ff.; *Walter W. Powell*, Weder Markt noch Hierarchie, in: Patrik Kenis/Volker Schneider (Hrsg.), Organisation und Netzwerk, 1996, S. 213 ff.; *Schuppert*, Verwaltungsorganisation (Fn. 10), § 16 Rn. 134 ff.; zur Stärke des Netzwerkbegriffs, deren entdifferenzierende Wirkung reale Veränderungen zu erfassen vermag: *Christoph Möllers*, Netzwerk als Kategorie des Organisationsrechts. Zur juristischen Beschreibung dezentraler Steuerung, in: Janbernd Oebbecke (Hrsg.), Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, 2005, sub IV. („Beschreibungsverluste als Beschreibungsgewinne“).

³¹ So *Hoffmann-Riem*, Innovationssteuerung (Fn. 27), S. 158 f.

³² Deutlich *Andreas Voßkuhle*, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlanke“ Staat, 1999, S. 47 ff. (47, 49, 63, 68); *ders.*, Beteiligung Privater (Fn. 2), S. 268 ff., 270 (mit Fn. 9) und den gesetzgeberischen Spielraum betonend S. 297 f.; s. auch *Wolfgang Weiß*, Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl 2002, 1167 (1179).

³³ Zur Erweiterung beeinflussbarer Verhaltensprämissen *Jens-Peter Schneider*, Kooperative Verwaltungsverfahren, VerwArch 87 (1996), S. 38 (46 f.); zum „Ausschnitt der Realität“ auch *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren (Fn. 25), S. 23 f.

³⁴ In dieser Richtung *Christoph Möllers*, Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, VerwArch 93 (2002), S. 22 ff. (40); abgeschwächt auch *Hans-Heinrich Trute*, Die Wissenschaft vom

gänzlich neue Situation vor, auf die sich die Rechtswissenschaft einzustellen hat. Vielmehr geht es unter Beibehaltung der normativen Grundkategorien um eine andere Erfassung der Normalität.³⁶

2. *Steuerungsansatz der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft*

In ihrem reduktionistischen Grundansatz übt die Vorstellung, dass das Gesetz steuert, die Verwaltung den gesetzlichen Willen umsetzt und die Gerichte diesen Prozess kontrollieren, eine besondere Faszination aus. Dennoch kann diese Perspektive in der „Trias von Einheits-, Formalitäts- und Vollzugsdoktrin“ nicht mehr überzeugen.³⁷ Vielmehr ist zu beobachten, dass in dem Maße, wie seine Entstehungs-, Anwendungs- und Durchsetzungsbedingungen in das Blickfeld rücken, das Recht reflexiv und die es begleitende Rechtswissenschaft zur Steuerungswissenschaft wird.³⁸ Sie ersetzt im Steuerungsbegriff die rechtsaktbezogene durch eine *wirkungsbezogene Perspektive*³⁹ und lässt damit erkennen, dass „das Recht Wirkungen erzeugt, die der Absicht seiner Setzung zuwiderlaufen, etwa wenn es die gesellschaftliche Dynamik mit überholten tatbestandlichen Erwartungen verfehlt oder wenn es im Anwendungsprozess auf konkurrierende ökonomische oder soziale Imperative“ stößt.⁴⁰ Aus der Steuerungsperspektive betrachtet, wollen Rechtsnormen ein bestimmtes Handeln mit Blick auf die verschiedenen Richtigkeitsmaßstäbe prägen. Handlungsnormen sind auf das „Bewirken von Wirkungen“ gerichtet und steuern das Verhalten in einer *dreiwertigen Logik*.⁴¹ Neben die Kategorie des „rechtmäßig“ und die Kategorie des „rechtswidrig“ tritt die Kategorie des „unsicheren und unbestimmten“ bzw. des lediglich erwünschten oder unerwünschten Verhaltens.⁴²

Verwaltungsrecht: Einige Leitmotive zum Werkstattgespräch, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), S. 16; Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren (Fn. 33), S. 44 mit Fn. 124.

³⁵ So Friedhelm Hufen, Die Grundrechte und der Vorbehalt des Gesetzes, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben (Fn. 12), S. 273 ff. (275).

³⁶ Treffend mit „Reduktionen und Ausweitungen des für die Problemlösung Erheblichen“ überschrieben von Hoffmann-Riem, Gesetz (Fn. 11), S. 23 und für die virulente Frage nach dem Gesetzesvorbehalt ebd., S. 42: „Die modifizierte Bedeutung des Gesetzes ändert nichts an der der Geltung des Gesetzesvorbehalts, kann aber auf die Art seiner Einlösung einwirken“.

³⁷ Eberhard Schmidt-Aßmann, Einige Überlegungen zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), S. 177 f.

³⁸ Arno Scherzberg, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, VVDStRL 64 (2003), S. 214 (225); s. auch oben Fn. 3.

³⁹ Siehe Bumke, Methodik (Fn. 25), S. 80 ff., 105 ff., 124, 127 f.; ders., Relative Rechtswidrigkeit (Fn. 23), S. 12 ff., 255 ff.; zur methodischen Erweiterung der Perspektive Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 3) § 1 Rn. 3 f., 11, 17 ff., 32, 46 f.

⁴⁰ Scherzberg, Risikosteuerung (Fn. 38), S. 225.

⁴¹ Vgl. Bumke, Methodik (Fn. 25), S. 105; ders., Relative Rechtswidrigkeit (Fn. 23), S. 260, 262, 266.

⁴² Insbesondere das Umweltrecht hat diese Logik vollzogen, vgl. Michael Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl., 2004, § 5 Rn. 166; ausf. Claudio Franzius, Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2000, S. 101 ff.; Christoph Engel, Die Grammatik des Rechts,

Das erlaubt den Zugriff auf die „weichen“ Vorprägungen des Handelns, in denen die Chance eines Auswegs aus der apostrophierten „Krise des regulativen Rechts“ gesehen wird.

Insoweit liegen die *Vorzüge* einer Ausweitung des Blicks auf der Hand. Die Thematisierung des Verwaltungsrechts in der Steuerungsperspektive greift die Einsicht in den Umstand auf, die wachsenden Entgrenzungen und Vernetzungen staatlichen Handelns in den binären Grenzbegriffen der auf das hoheitliche Handeln zugeschnittenen Dogmatik nicht hinreichend erfassen zu können. Es geht darum, das Recht auf die Erfassung der vielfältigen Wirkungszusammenhänge hoheitlicher Verhaltensbeeinflussung einzustellen, um der Verwaltung eine normative Orientierung auch dort zu geben, wo sich diese nicht allein aus dem Rechtmäßigkeitsmaßstab als Verbot rechtswidrigen Handelns ergibt.⁴³ Das ist indes leichter gesagt als getan und weist auf die *Risiken* hin, die sich mit der Erschließung der steuerungswissenschaftlichen Perspektive ergeben: Neben der Gefahr eines Unterlaufens normativer Vorgaben wird ein Rationalitätsgewinn des Rechts kaum zu verbuchen sein, wo eine Übersteuerung der Handlungsspielräume jene Initiativen zu ersticken droht, zu deren Entfaltung das Recht eine negative Verhaltensgrenze formuliert.⁴⁴

Daran entzündet sich die *Kritik* an steuerungstheoretischen Modellen.⁴⁵ Neben der Skepsis, ob Steuerung eine Handlungsgrenze zu formulieren imstande ist oder mangels *differentia specifica* in vormoderne Zeiten zurückfällt, richtet sich ein zentraler Einwand gegen die Überfrachtung der Sollensperspektive des Rechts durch eine vermeintlich rechtsfremde Seinsperspektive.⁴⁶ Richtig ist, dass es mit der Hervorhebung der instrumentellen Funktion des Verwaltungsrechts als Steuerungsmedium nicht darum gehen kann, die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen zu überspielen. Hat der Verfassungsstaat die *Wirksamkeitsbedingungen der Rechtsverwirklichung* in Rechnung zu stellen, so kann dies nicht verdecken, dass sich Steuerung als komplexer Vorgang einer „realitätsgerechten Abbildung“ entzieht. Die Betrachtungsweise ist eine selektive und muss dies auch bleiben, soll die steuerungstheoretische

in: Hans-Werner Rengeling/Hagen Hof (Hrsg.), *Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund*, 2001, S. 17 ff.; krit. *Oliver Lepsius*, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, 1994, S. 365 ff.

⁴³ Zu Vorteilen der Steuerungsperspektive *Vofßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 3), § 1 Rn. 22 ff.

⁴⁴ Beispielhaft zeigt sich dies in den neueren Referenzgebieten des Verwaltungsrechts, etwa dem Umweltrecht – vgl. etwa *Clemens Weidemann*, *Die duale Abfallwirtschaft - moderner Steuerungsansatz oder regulatorische Überforderung?*, *VerwArch* 90 (1999), S. 533 ff. – und des Telekommunikationsrechts, vgl. *Jürgen Kühling*, *Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften*, 2004, S. 444 ff.

⁴⁵ Dazu und zur Verarbeitung in den Grenzen der Steuerungsperspektive *Vofßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 3), § 1 Rn. 9, 26 ff.

⁴⁶ Für die Rückbindung des Begriffs „faktischen Rechts“ an den juristischen Geltungsbegriff *Ingo Schulz-Schaeffer*, *Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie*, *ZfRSoz* 25 (2004), S. 141 (143 ff.); treffend auf dem Ersten Deutschen Soziologentag 1910 *Herbert Kantorowicz*, in: *Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1962, S. 139: „Dogmatik ohne Soziologie ist leer, Soziologie ohne Dogmatik ist blind.“

„Forschungsheuristik“⁴⁷ nicht gegen die normative Perspektive ausgespielt werden, für die die Unterscheidung zwischen Recht und Nicht-Recht konstitutiv ist. Rekonstruiert man den Steuerbegriff aber als *normativen Zurechnungs- und Rechtsfolgenzusammenhang*, dürfte er sich in die Begriffswelt der Rechtswissenschaft integrieren lassen⁴⁸ und überzogenen Erwartungen an die Leistungsfähigkeit des Rechts vorbeugen können.

Verstanden als normative Ermöglichung eines aufgabengerechten Verwaltungshandelns unter Herbeiführung erwünschter und Zurückdrängung unerwünschter Wirkungen zielt der rechtswissenschaftliche Steuerungsansatz auf die Erfassung jener Steuerungswirkungen von Recht, die dogmatisch bisher nur unzureichend oder nicht zufrieden stellend verarbeitet sind. Dabei lassen sich Problemebenen unterscheiden, wo Recht seine normative Kraft entfaltet und sozial wirksam wird.⁴⁹ Defizite sind ebenso wie darauf zugeschnittene Lösungsansätze nicht bloß auf der Ebene der *Rechtsetzung* zu suchen, obgleich sich dort die staatliche Verantwortung für die Ausgestaltung des Steuerungsregimes in herausgehobener Weise realisiert.⁵⁰ Hinzuweisen ist freilich auf die Lockerung der unterstellten Ineinssetzung von Recht und Staat.⁵¹ Weder lässt sich ein vorgreifliches Rechtsetzungsmonopol des Staates überzeugend begründen⁵² noch kann Steuerung auf die Formen legislativer Rechtssetzung verkürzt werden.⁵³ Die Ergebnisse der Implementationsforschung aufgreifend, lenkt die Steuerungsperspektive den Blick vermehrt auf die Ebene der *Rechtsanwendung*, wo sich eine rechtlich geleitete Steuerung schon deshalb als „voraussetzungsvoll“⁵⁴ erweist, weil hier eine Fülle von Wirkungsfak-

⁴⁷ Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 3), § 1 Rn. 26.

⁴⁸ Vgl. Bumke, Relative Rechtswidrigkeit (Fn. 23), S. 264 („etwas zur Folge haben sollen“); s. auch Wolfgang Hoffmann-Riem, Governance im Gewährleistungsstaat. Vom Nutzen der Governance-Perspektive für die Rechtswissenschaft, in: Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung (Fn. 27), S. 195 ff. (209 mit Fn. 14); ders., Gesetz (Fn. 11), S. 28 f. mit Fn. 109; zur „Eigenständigkeit“ des verwaltungsrechtlichen Steuerungskonzepts Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 3), 1. Kap. Rn. 38; Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 3), § 1 Rn. 27.

⁴⁹ Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsrechtsreform, in: ders./Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform (Fn. 3), S. 115 ff. (121); s. auch dens., Kriminalpolitik ist Gesellschaftspolitik, 2000, S. 29 ff.; für die Verarbeitung der kooperativen Verwaltung auf den „Rechtsebenen“ auch Gunnar Folke Schuppert, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), S. 201 ff. (215).

⁵⁰ Voßkuhle, Beteiligung Privater (Fn. 2), S. 327.

⁵¹ Zum Tabu der Einheit von Recht und Staat Gunther Teubner, Globale Bukowina, Rechtshistorisches Journal 15 (1996), S. 255 ff. (267); zu den Auflösungserscheinungen auch Thomas Vesting Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2004), S. 40 ff.

⁵² Vgl. Fritz Ossenbühl, Gesetz und Recht, in: Kirchhof/Isensee (Hrsg.), HStR III (Fn. 29), § 61 Rn. 31; Georg Müller, Rechtsetzung im Gewährleistungsstaat, FS Hartmut Maurer, 2001, S. 227 (234 f.); s. auch Schuppert, Selbstregulierung (Fn. 49), S. 238 ff.; ausf. Steffen Augsberg, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft, 2003.

⁵³ Siehe etwa v. Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung (Fn.), S. 136 ff., 259 ff.; Gregor Bachmann, Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung, Berliner Habilitationsschrift, 2004.

⁵⁴ Vgl. Hoffmann-Riem, Modernisierung (Fn. 3), S. 33.

toren in Rechnung zu stellen sind, für deren Strukturierung das Recht unterschiedliche Maßstäbe bereitstellt, die von der Verwaltungsrechtswissenschaft vielfach erst noch zu verarbeiten sind.⁵⁵ Betrachtet man Recht als Steuerungsressource, so wird schließlich auf der Ebene der *Rechtsdurchsetzung* klar, dass es sich um eine „knappe Ressource“ handelt. Recht ist zu einem guten Teil auf freiwillige Befolgung angewiesen. Wird Steuerung darauf abgestimmt, sieht die Rechtswissenschaft mehr als durch die „Brille“ des kontrollorientierten Rechtsschutzes. Die verhaltensbezogene Steuerungsperspektive mahnt indes zur Zurückhaltung gegenüber einfachen Postulaten der Verrechtlichung, sollen diese nicht – *summum ius, summum iniuria* – in wachsende Entrechtlichung führen.

Mit der steuerungstheoretischen Gegenüberstellung von Recht und Rechtsanwendung lassen sich die Herausforderungen lokalisieren und der Problemlösungsbedarf zuordnen. Aus praktischen Gründen spricht einiges dafür, das Verwaltungsrecht auf die Rechtsanwendung auszurichten.⁵⁶ Jedoch sollten Setzung und Anwendung von Recht nicht im Sinne strikter Funktionsdifferenz verstanden werden.⁵⁷ Auch Rechtsanwendung ist Rechtschöpfung und „eigenständige“ Entscheidung, dessen Folgen nicht ausgeblendet bleiben dürfen. Ungeachtet der rechtstheoretischen Kritik einer „Schein-Alternativität“⁵⁸ ist festzuhalten, dass es sich zumeist um ein arbeitsteiliges Zusammenwirken von Recht und Rechtsanwendung handelt.⁵⁹ Steuerung lässt sich als ein rechtlich geleitetes *Management der Interdependenzen* verstehen und stellt Regelungsstrukturen bereit, in der ebenenübergreifend die erwünschten Wirkungen erzielt werden können.⁶⁰

⁵⁵ Von der „Einbindung in ein vielfältiges Geflecht von Rücksichtnahmen“ spricht *Hoffmann-Riem*, Eigenständigkeit (Fn. 29), § 10 Rn. 57 ff.; zu den Problemen der Maßstabbildung *Christoph Möllers*, Methoden, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *HVwR I* (Fn. 3), § 3 Rn. 6 sowie ausf. *Rainer Pitschas*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, ebd., § 19.

⁵⁶ Zur rechtsanwendungsbezogenen Methodik *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Methoden der Verwaltungswissenschaft – Perspektiven der Systembildung, in: ders./*Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Methoden* (Fn. 3), S. 387 (405 ff.); s. auch *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht: Kommunikation in einer multidisziplinären Scientific Community, *Die Verwaltung*, Beiheft 2 (1999), S. 83 (88).

⁵⁷ Siehe bereits *Peter Badura*, Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, FS zum 25jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshof, 1972, S. 157 ff. (167): „Der konstitutionelle Grundschematismus von Normsetzung und Normvollzug hat seine systemleitende Funktion eingebüßt.“

⁵⁸ Vgl. *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 307 ff.

⁵⁹ Siehe – im Anschluss an *Georg Müller*, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 1996, S. 97 (108 ff.) – *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft (Fn. 4), S. 515 ff.; abl. *Lepsius*, Steuerungsdiskussion (Fn. 24), S. 16 f., 26 f., 39.

⁶⁰ Einflussreich *Renate Mayntz/Fritz W. Scharpf*, Steuerung und Selbststeuerung in staatsnahen Sektoren, in: dies. (Hrsg.), *Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung*, 1995, S. 9 ff.; lesenswert *Mayntz*, Steuerung (Fn. 26), S. 148 ff.; s. auch *Raymund Werle/Uwe Schimank* (Hrsg.), *Gesellschaftliche Komplexität und kollektive Handlungsfähigkeit*, 2000; übersichtlich *Nicolai Dose*, Trends und Herausforderungen der politischen Steuerungstheorie, in: *Edgar Grande/Rainer Prätorius* (Hrsg.), *Politische Steuerung und neue Staatlichkeit*, 2003, S. 19 ff.; s. auch *Katharina Holzinger*, *Politische Steuerung im Wandel: der Einfluß von Ideen und Problemstrukturen*, 2003.

Das macht ein *Grundproblem* des Steuerungsansatzes sichtbar. Zur Überwindung des Planungsparadigmas der 60er Jahre des 20. Jahrhunderts von den Sozialwissenschaften entwickelt, hat die Steuerungsidee inzwischen erhebliche Modifikationen erfahren, wobei dem systemtheoretischen⁶¹ ein handlungstheoretischer Theorieansatz⁶² gegenübersteht. Zumeist wird auf letzteren rekurriert, wenn rechtswissenschaftlich von Steuerung⁶³ gesprochen wird.⁶⁴ Doch ist die Verwaltungsrechtswissenschaft nicht gehalten, sozialwissenschaftlich anderen Zwecken dienende Theorien zu übernehmen. Es wäre auch vorschnell, die handlungs- oder *akteursbezogene Steuerungsperspektive* im Recht bereits hinreichend verarbeitet zu sehen. Die Rezeption nachbarwissenschaftlicher Diskurse sieht sich dem Phänomen der Ungleichzeitigkeit⁶⁵ ausgesetzt und scheint häufig „verlangsamt“ erst zu einem Zeitpunkt zu erfolgen, an dem die zu verarbeitenden Fragen bereits eine neue Akzentuierung erfahren haben. So wird die Neuausrichtung der Verwaltungsrechtswissenschaft an der Steuerungsdimension dessen paradigmatische Erweiterung zu neuen Formen von *Governance*⁶⁶ nicht unberücksichtigt lassen dürfen. Trotz verbleibender Diffusität des Begriffs scheint dem Steuerungsparadigma damit seine sozialtechnologische Schlagseite genommen werden zu können.

Rechtsanwendung kann sich gegenüber sozialwissenschaftlichen *Optimierungsperspektiven* nicht verschließen.⁶⁷ Das bedeutet nicht, die steuerungstheoretischen Erkenntnisse⁶⁸ eins zu

⁶¹ Zum systemtheoretischen Erklärungsansatz *Niklas Luhmann*, *Soziale Systeme*, 5. Aufl. 1994, S. 57 ff.; gute Übersicht bei *Günter Ulrich*, *Politische Steuerung. Staatliche Interventionen aus systemtheoretischer Sicht*, 1994; die rechtswissenschaftliche Diskussion befruchtend *Gunther Teubner/Helmut Willke*, *Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch Reflexives Recht*, *ZfRSoz* 5 (1984), S. 4 ff.; s. auch *Scherzberg*, *Öffentlichkeit* (Fn. 26), S. 58 ff. mit Fn. 260: Steuerung als „die gezielte, auf die Vermeidung der Differenz zwischen einem erwarteten und einem erwünschten Systemzustand gerichtete Beeinflussung von Systemen“.

⁶² Zum handlungstheoretischen Erklärungsansatz *Renate Mayntz/Fritz W. Scharpf*, *Der Ansatz des akteurszentrierten Institutionalismus*, in: dies. (Hrsg.), *Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung*, 1995, S. 39 ff.; *Fritz W. Scharpf*, *Interaktionsformen – Akteurszentrierter Institutionalismus in der Politikforschung*, 2000; s. jüngst auch *Florian Becker*, *Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, 2005, sub § 1 II 3 c.

⁶³ Vgl. *Hoffmann-Riem*, *Sozialwissenschaften* (Fn. 56), S. 86 f.; *ders.*, *Innovationssteuerung* (Fn. 27), S. 162 f.; *Martin Eifert*, *Innovationen in und durch Netzwerkorganisationen*, in: *ders./Wolfgang Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Innovation und rechtliche Regulierung*, 2002, S. 88 (104 f.); zur (bisweilen überzeichneten) Gegenüberstellung der Zugänge auch *Voßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 3), § 1 Rn. 19 f. (m.w.N.).

⁶⁴ Das übersieht die grundsätzliche Kritik von *Lepsius*, *Steuerungsdiskussion* (Fn. 24), S. 35 ff.

⁶⁵ Für die Dogmatik *Helmuth Schulze-Fielitz*, *Verwaltungsrechtsdogmatik als Prozess der Ungleichzeitigkeit*, *Die Verwaltung* 27 (1994), S. 277 ff.

⁶⁶ Zum diagnostizierten Wandel „von Steuerung zu Governance“ *Gunnar Folke Schuppert*, *Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen*, in: *ders.* (Hrsg.), *Governance-Forschung* (Fn. 27), S. 371 (380 ff.) unter Bezugnahme auf *Mayntz*, *Governance Theory* (Fn. 27), S. 11 ff.; krit. zur Selektivität des steuerungstheoretischen „Problemlösungsbias“ bereits *dies.*, *Steuerungstheoretische Metatheorie*, in: *Hans-Peter Burth/Axel Görnitz* (Hrsg.), *Politische Steuerung in Theorie und Praxis*, 2001, S. 17 ff.; begrenzten Nutzen für die Rechtswissenschaft sieht *Hoffmann-Riem*, *Governance* (Fn. 48), S. 195 ff.; *ders.*, *Risiko- und Innovationsrecht im Verbund*, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 145 (159 f., 163); optimistischer *Hans-Heinrich Trute/Wolfgang Denkhäus/Doris Kühlers*, *Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, *Die Verwaltung* 37 (2004), S. 451 (456 ff.); zu den Herausforderungen *Claudio Franzius*, *Governance und Regelungsstrukturen*, *VerwArch* 97 (2006), Heft 2.

⁶⁷ Siehe *Wolfgang Hoffmann-Riem*, *Sozialwissenschaften in der Rechtsanwendung – am Beispiel der Nutzung der Medienforschung in der Rechtsprechung zum Medienrecht*, *ZfRSoz* 22 (2001), S. 3 ff.; *Schmidt-Aßmann*,

eins in die Verwaltungsrechtswissenschaft zu übertragen.⁶⁹ Recht wird aber nicht um seiner selbst willen gesetzt, sondern zielt auf Wirksamkeit.⁷⁰ Seine Anwendung ist mehr als Norminterpretation und nicht auf die kontrafaktische Stabilisierung normativer Verhaltenserwartungen zu reduzieren. Der Umstand, dass sich die Rechtsanwendungswissenschaft mit Steuerungsfragen beschäftigt, lässt sich *weder* als systemtheoretische Hypostasierung der Grenzen des Rechts⁷¹ *noch* als Verabschiedung der Hermeneutik zugunsten eines Verständnisses der Rechtswissenschaft als Realwissenschaft⁷² (miss-)verstehen.⁷³ Allerdings lässt der Rekurs auf den zur Analyse der Steuerbarkeit gesellschaftlicher Systeme entwickelten „akteurszentrierten Institutionalismus“⁷⁴ die Rechtswissenschaft doch zuweilen ratlos zurück. Dies umso mehr, wenn die gerade erst an das steuerungstheoretische „Licht“ geführten Akteure nunmehr hinter Regelungsstrukturen⁷⁵ wieder zu verschwinden drohen. Das hindert die Rechtswissenschaft nicht, aus normativen Gründen an der Vorstellung einer zentral auf den Staat bezogenen Steuerung *durch* Recht festzuhalten. Es wachsen aber die Zweifel, ob diese steuerungstheoretische Prämisse angesichts des tiefgreifenden Wandels von Staatlichkeit noch tragfähig ist.⁷⁶

Öffentliches Recht (Fn. 25), S. 24; erhellend *Helmuth Schulze-Fielitz*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 58 (1999), S. 239; zum Rezeptionsproblem *Eifert*, Innovationen (Fn. 63), S. 101 ff.; für die „Reformulierung“ rechtswissenschaftlicher Vorstellung von Steuerung *Bumke*, Methodik (Fn. 25), S. 127 f.

⁶⁸ Übersichtlich *Axel Görlitz/Hans-Peter Burth*, Politische Steuerung, 2. Aufl. 1998, S. 77 ff.; zur Entwicklung *Dietmar Braun*, Steuerungstheorien, in: Dieter Nohlen (Hrsg.), Lexikon der Politik, Bd. 1, 1995, S. 611 ff.; zur Vielfalt der Ideen *ders.*, Steuerungstheorie als Staats- und Gesellschaftstheorie, in: Burth/Görlitz (Hrsg.), Politische Steuerung (Fn. 66), S. 101 ff.; s. auch *Jörg Sydow/Arnold Windeler*, Steuerung von und in Netzwerken, in: dies. (Hrsg.), Steuerung von Netzwerken, 1999, S. 1 ff.

⁶⁹ Statt vieler *Martin Burgi*, Verwaltungsorganisationsrecht, in: Hans Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, § 51 Rn. 19.

⁷⁰ Hier liegt ein maßgeblicher Strang, das Steuerungsparadigma abzuleiten: *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 3), 1. Kap. Rn. 33 und zur „Wirksamkeit des Rechts“ 2. Kap. Rn. 20 ff.

⁷¹ Richtig *Ernst-Hasso Ritter*, Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben (Fn. 12), S. 69 (85 ff.); s. auch *Martina R. Deckert*, Steuerung durch Recht – oder: mehr Mut zur Normierung im Umwelt- und Technikrecht, ZRP 1995, 63 ff.

⁷² Statt vieler *Horst Eidenmüller*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, S. 53 ff.

⁷³ In dieser Richtung *Lepsius*, Steuerungsdiskussion (Fn. 24), S. 35 ff.; dazu *Ulrich K. Preuß*, AöR 127 (2002), S. 332 (334 f.); krit. zum Steuerungsansatz auch *Möllers*, Theorie (Fn. 34), S. 38 f.; *Martin Schulte*, Wandel der Handlungsformen und der Handlungsformenlehre in der Informationsgesellschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 333 (344 ff.); *Rainer Pitschas*, Wirkungen des Verwaltungshandeln im internationalen Vergleich, in: Hermann Hill/Hagen Hof (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht II, 2000, S. 159 (160).

⁷⁴ Siehe die N. in Fn. 62.

⁷⁵ Begriffsprägend *Renate Mayntz/Fritz W. Scharpf*, Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: dies. (Hrsg.), Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung, 1995, S. 9 ff. (19); s. aber auch *Mayntz*, Governance Theory (Fn. 27), S. 17 („Regelungsstrukturen interessieren nicht per se, sondern aufgrund ihrer ermöglichenden und restringierenden Wirkung auf das Handeln der Akteure“).

⁷⁶ Vgl. *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Governance (Fn. 66), S. 460 f.; s. auch *Wolfgang Denkhaus*, Die neue Institutionenökonomik und das Governance-Konzept – Zum Wandel der ökonomischen Theorie und ihren Implikationen für die Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Marc Bungenberg u.a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik, 2004, S. 33 ff. (60); zu einem „Jenseits von Steuerung“ auch *Peer Zumbansen*, RabelsZ 68 (2004), S. 404 (414 ff.) und *Franzius*, Governance (Fn. 66), sub III. 3.

Die Rechtswissenschaft sollte sich vor dem Weg in ein *Steuerungsparadox* hüten.⁷⁷ Der ungeschmälernten Attraktivität des verhaltensbezogenen Steuerungsgedankens stehen die Schwierigkeiten entgegen, diesen in seiner „dreiwertigen Logik“⁷⁸ zu dogmatisieren.⁷⁹ Häufig wird den empirischen und theoretischen Zweifeln an der Zieldurchsetzung in der Selbstgenügsamkeit „autonomen“ Rechts erneut durch Fiktionen begegnet. Die Steuerungsperspektive droht dann einen Staat zu thematisieren, dem eine „intelligente Rechtsetzung“ in der trügerischen Hoffnung überantwortet wird, sich damit schwierige Anwendungs- und Durchsetzungsfragen von Recht ersparen zu können. Nicht ohne Grund zählt zu den „großen“ Fragen des Verwaltungsrechts, wie das Recht die unverändert hohen *gesellschaftlichen* Erwartungen in seine Steuerungsfunktionen erfüllen kann. Angegeben wird die Richtung einer Antwort mit der Einsicht in die Vielfalt rechtsrelevanter Wirkungsfaktoren, deren Abbildung im Recht eine mehrdimensionale Matrix⁸⁰ erfordern, in die auch *nicht-rechtliche* Maßstäbe⁸¹ der Entscheidungsrichtigkeit einzustellen sind.⁸² Die Verwaltung kennt nicht nur das Recht als Maßstab, bedarf jedoch des Rechts zur Ordnung der Maßstabsbildung.⁸³ Es geht nicht um die Verdrängung, sondern um die Aktivierung von Recht, um den Herausforderungen von Steuerung in modernen Gesellschaften⁸⁴ zu begegnen.

⁷⁷ Hier trifft die an Autonomievorstellungen rechtswissenschaftlicher Begriffs- und Kategorienbildung festhaltende Kritik etwa von *Christoph Möllers*, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, *VerwArch* 90 (1999), S. 187 ff. und *Lepsius*, Steuerungsdiskussion (Fn. 24), S. 17 ff. auf die Absage an staatliche Einheitsvorstellungen von Politik und Recht, wie sie von *Karl-Heinz Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, S. 171 ff. und *Vesting*, Staatsrechtslehre (Fn. 51), S. 47, 59 f., 65 formuliert wird.

⁷⁸ Siehe oben, S. 7.

⁷⁹ *Bumke*, Methodik (Fn. 25), S. 105; krit. zur Auflösung der binären Logik *Möllers*, Richtungsstreit (Fn. 77), S. 193.

⁸⁰ *Rainer Wahl*, Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, S. 301 (321 f.); zust. *Hans-Heinrich Trute*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat* (Fn. 32), S. 11 ff. (21); s. auch *Michael Kloepfer*, Umweltschutzregulierung durch öffentliche oder private Initiative?, in: Zentaro Kitagawa u.a. (Hrsg.), *Regulierung – Deregulierung – Liberalisierung, Tendenzen der Rechtsentwicklung in Deutschland und Japan zur Jahrhundertwende*, 2001, S. 149 ff. (157).

⁸¹ Die Terminologie ist unsicher, weil Steuerung die Systemgrenze des binären Codes von rechtmäßig und rechtswidrig überwindet. Unabhängig wie man dazu steht, wird die Unterscheidung als solche kaum aufgegeben und über die Verarbeitung nicht-rechtlicher Maßstäbe – krit. *Reiner Schmidt*, Flexibilität und Innovationsoffenheit im Bereich der Verwaltungsmaßstäbe, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität* (Fn. 8), S. 67 (78 ff.) – die Bedeutung materiell-rechtlicher Maßstäbe vernachlässigt werden dürfen: deutlich *Andreas Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 80 ff.; warnend auch *ders.* „Schlüsselbegriffe“ der Verwaltungsrechtsreform, *VerwArch* 92 (2001), S. 184 (195).

⁸² Nachdrücklich *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsreform (Fn. 49), S. 130; *ders.*, Innovation (Fn. 18), S. 21 f., 27 f.; *ders.*, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schmidt-Aßmann/*ders.* (Hrsg.), *Methoden* (Fn. 3), S. 46 ff.; s. auch *Trute*, Wissenschaft (Fn. 34), S. 17 f.

⁸³ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 3), 1. Kap. Rn. 43 f.; instruktiv auch *Erk V. Heyen*, Zur rechtswissenschaftlichen Perspektive staatlicher Steuerung, in: Klaus König/Nicolai Dose (Hrsg.), *Instrumente und Formen staatlichen Handelns*, 1993, S. 202 f. („wirklicher Maßstab und maßstäbliche Wirklichkeit“), stärker die „Grenzen der Maßstabsbildung“ betonend *Möllers*, *Methoden* (Fn. 55), § 3 Rn. 6.

⁸⁴ Dazu *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Tendenzen der Verwaltungsrechtsentwicklung, *DÖV* 1997, 433 ff.; s. auch *dens.*, Verwaltungskontrolle – Perspektiven, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/*ders.* (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*,

III. Funktionenvielfalt des Rechts

Danach bildet „Steuerung durch Recht“ den Kern einer bestimmten, eben der steuerungs-wissenschaftlichen Perspektive, die keineswegs zu verabsolutieren ist, sich vielmehr um die Integration neuer Rechtsschichten in die verwaltungsrechtliche Rechtsquellenlehre⁸⁵ bemüht, auf das wechselseitige Zusammenspiel der Rechtsordnungen⁸⁶ zugreift, sich den Maßstäben des Verwaltungshandelns und ihrer Ordnung⁸⁷ öffnet und die Entwicklung übergreifender Regulierungsstrategien⁸⁸ erlaubt. Das setzt eine Vergewisserung über die Funktionen von Recht voraus.

1. Interessenschutz- und Konfliktbewältigungsfunktion des Rechts

Steuerung durch Recht legt eine *aufgaben- und funktionsbezogene Betrachtung* von Recht nahe.⁸⁹ Über die Funktion lässt sich ermitteln, was Recht leisten soll.⁹⁰ Nun gibt es nicht nur eine Vielzahl von Funktionen, die dem Recht zugeschrieben werden, sondern auch eine Vielzahl von Einteilungen für die Funktionen von Recht.⁹¹ Hier soll die Steuerungsfunktion als Leitfunktion verstanden werden, die nicht einfach – mehr oder weniger gewichtig – neben die Ordnungsfunktion des Rechts gestellt wird.⁹² Vielmehr bildet sie die grundlegende Idee für

2001, S. 325 (328 ff.); von den Schichten des alten, neuen und modernen Rechts spricht *Wilhelm Henke*, Wandel der Dogmatik des Öffentlichen Rechts, JZ 1992, 541 (544 ff.).

⁸⁵ Dazu *Matthias Ruffert*, Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), HVwR I (Fn. 3), § 17 Rn. 23 ff., insbes. Rn. 21 („Verwaltungsrecht ohne Staat“).

⁸⁶ Dazu *Martin Burgi*, Rechtsregime, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), HVwR I (Fn. 3), § 18 Rn. 34 ff., insbes. Rn. 88 ff. („Verbund-Perspektive“).

⁸⁷ Dazu *Rainer Pitschas*, Maßstäbe (Fn. 55), § 19 Rn. ■.

⁸⁸ Dazu *Martin Eifert*, Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), HVwR I (Fn. 3), § 20 Rn. 14 f., insbes. Rn. 52 ff. („hoheitlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung“).

⁸⁹ Zu den (gescheiterten) Versuchen, die Verwaltungsrechtsdogmatik „systemleitend“ an den Zwecken des Verwaltungshandelns auszurichten: *Peter Badura*, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966; die jüngere Diskussion stark beeinflussend *Rainer Wahl*, Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform (Fn. 3), S. 176 ff.; s. auch *Philippe Mastronardi*, Funktionales Recht – zur Nutzung des Rechts als Steuerungsmedium, in: Christian J. Meier-Schatz (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts, 1999, S. 163 ff.; krit. zum funktionell-rechtlichen Ansatz *Je-staedt*, Grundrechtsentfaltung (Fn. 58), S. 141 ff. (m.w.N.).

⁹⁰ Zu Leistungsdimensionen des Rechts *Hoffmann-Riem*, Innovationssteuerung (Fn. 27), S. 166 ff.

⁹¹ Siehe nur *Werner Maihofer*, Die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie, Bd. 1 (1970), S. 25 ff.; *Thomas Raiser*, Das lebende Recht, 3. Aufl. 1999, S. 198 ff.; zum Funktionswandel des Rechts *Schuppert*, Selbstregulierung (Fn. 49), S. 202 ff.

⁹² So aber *Müller* (Fn. 52), S. 227; s. auch *Bumke*, Methodik (Fn. 25), S. 119.

die Systematisierung der Vielfalt, in der sich Recht als normative Verhaltensorientierung äußert.

Recht hat zunächst mit Interessen zu tun.⁹³ Allerdings wird die Fokussierung der Dogmatik auf den gerichtlichen Rechtsschutz individueller Interessen schon lange als unzureichende Verengung der Perspektive empfunden. Dabei darf nicht außer Betracht bleiben, dass mit der Hinwendung zum Interessenbegriff der erste Schritt zur Überwindung dieser Verengung bereits unternommen ist.⁹⁴ Die Rechtswissenschaft hat längst begonnen, sich den Entstehungsbedingungen von subjektiven Rechten zu widmen⁹⁵ und wird angesichts der *Komplexität mehrpoliger Interessenkonstellationen* vermehrt das objektive Recht für den Interessenschutz in Stellung zu bringen haben. Dem liegt die Annahme zugrunde, die Schutzfunktion des Rechts nicht länger auf den bipolaren Rechtsschutz gegen dem Staat verkürzen zu können. Sie hat sich vielmehr auf den bisher verdeckten *Innenbereich* mit der Frage zu erstrecken, wie Interessen artikulationsfähig gemacht und organisiert werden sollen.⁹⁶

Der Interessenschutz wird in dem Maße zu einer voraussetzungsvollen Angelegenheit, wie sich einfache Vorrangregelungen nicht mehr überzeugend darlegen lassen, die Abwehrposition nicht mehr zwingend durchschlägt und Begründungslasten neu verteilt werden. Vor allem der vielfach beschriebene Wandel zum *kooperativen Staat* macht deutlich, dass Recht nicht mehr selbstgewiss das Richtige statuiert, sondern einen allmählich verdichtenden Entscheidungsprozess strukturiert, der im Hinblick auf die beteiligten Interessen zu einem befriedigenden Ende gebracht werden soll.⁹⁷ Zu den nach wie vor ungelösten Fragen gehört, wie das Recht seiner Verantwortung für die nur begrenzt artikulierbaren Langzeitinteressen der Zukunft gerecht werden kann.⁹⁸ Wirksamer Rechtsgüter- und Interessenschutz muss vorgreiflich konzipiert sein und setzt ein komplexes Interessenmanagement staatlicher und nicht-staatlicher Stellen voraus.

⁹³ Schmidt-Aßmann, Reform (Fn. 23), S. 37 ff.; s. auch Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 176 ff.

⁹⁴ Siehe jüngst auch Michael Reiling, Interesse als Rechtsbegriff?, DÖV 2004, 181 ff.

⁹⁵ Zum Grundrechtsvoraussetzungsschutz Michael Kloepfer, Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz, 1970, S. 17 ff.; aus jüngerer Zeit Hans-Heinrich Trute, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), S. 213 (249 ff.).

⁹⁶ Das wird besonders deutlich im Verfahrensrecht, s. nur Rainer Wahl, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), S. 151 (160 f.).

⁹⁷ So Ritter, Steuerung (Fn. 71), S. 102 f.; zu den Anpassungsleistungen des Rechts *ders.*, Von den Schwierigkeiten des Rechts mit der Ökologie, DÖV 1992, 641 (644 ff.).

⁹⁸ Siehe Schulze-Fielitz, Gesetzgebung (Fn. 8), S. 148; zum Umgang des Rechts mit der Zukunft knapp Michael Kloepfer, Recht und Zukunft, FS Martin Lendi, 1998, S. 253 (263 ff.); zum öffentlichen Recht als Zukunftsvorsorge Scherzberg, Öffentliches Recht (Fn. 1), S. 41 ff.; s. auch Pöcker, Kommunikation (Fn. 24), S. 519 mit Fn. 55.

Weder soll damit gesagt sein, dass eine Rekonstruktion in zweipolige Rechtsbeziehungen unmöglich wäre. Noch lässt sich die Ausrichtung des Rechts an individuellen Interessen ernsthaft in Frage stellen. Aber der Ausgleich gegenläufiger Interessen macht zunehmend die Aktivierung der Konfliktbewältigungsfunktion des Rechts erforderlich. Diese reicht sehr viel weiter als die Gewährung justizförmigen Rechtsschutzes und hat zu berücksichtigen, dass Konfliktbewältigung als *gesellschaftliche Aufgabe* zu verstehen ist, die vom Recht nicht erzwungen, sondern nur erleichtert oder gefördert werden kann.⁹⁹ Modernes Recht reagiert auf die Zweifel an der „Entmachtung und Entlastung“ der streitenden Parteien infolge der Monopolisierung der Streitregelung durch die staatliche Rechtsordnung.¹⁰⁰ Ohne an dieser Stelle dem Rechtspluralismus¹⁰¹ das Wort zu reden, haben die beiden Entwicklungslinien der Europäisierung und Privatisierung¹⁰² deutlich gemacht, dass der „neutrale Dritte“ nicht zwingend im Nationalstaat klassischer Prägung gesehen werden muss. Umgekehrt ist das auf den Staat bezogene Recht für die Konfliktbewältigung zwischen Privaten allem Anschein nach nur bedingt gerüstet.

Die Konfliktbewältigungsfunktion des Rechts ist daher auf die Strukturierung von Netzwerken einzustellen, in dem unterschiedliche Akteure mit unterschiedlichen Interessen handeln. Sie muss organisatorische und prozedurale Sicherungen¹⁰³ ebenso wie die unterschiedlichen Möglichkeiten der Akzeptanzsicherung¹⁰⁴ im Wissen darum aufgreifen, dass Verhandlungen nicht nur Konflikte hervorrufen, sondern auch zu deren Bewältigung eingesetzt werden können.¹⁰⁵ Es gibt vielfältige Strategien der *Konfliktmittlung*, die den gerichtlichen Einsatz des staatlichen Gewaltmonopols entbehrlich machen können. Kaum ausreichend wird dabei sein, alternative Mechanismen der Streitschlichtung in „harte Auffangnetze“ zu stellen. Vielmehr ist erforderlich, das Recht auf neue Formen der Moderation und nicht-hierarchischen Konfliktlösung einzurichten, also auf die Etablierung von verständigungsorientierten Prozessen

⁹⁹ Vgl. *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsreform (Fn. 49), S. 127; s. auch *dens.*, Modernisierung (Fn. 3), S. 37 („kein Rechtsgewährungsmonopol des Staates“).

¹⁰⁰ Vgl. *Trutz v. Trotha*, Was ist Recht? Von der gewalttätigen Selbsthilfe zur staatlichen Rechtsordnung, *ZfRSoz* 21 (2000), S. 327 ff.

¹⁰¹ Siehe jüngst *Vesting*, Staatsrechtslehre (Fn. 51), S. 64 f.; ferner *Karl-Heinz Ladeur*, Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels, *RabelsZ* 64 (2000), S. 60 (98 ff.); *Gunther Teubner*, Globale Zivilverfassungen. Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, *ZaöRV* 63 (2003), S. 1 ff.; *Klaus Günther*, Rechtspluralismus und universal Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, FS Jürgen Habermas, 2001, S. 539 (551 ff.).

¹⁰² Zum Veränderungsdruck statt vieler *Dreier*, Staatsgewalten (Fn. 21), S. 537 ff.

¹⁰³ Statt vieler *Hoffmann-Riem*, Eigenständigkeit (Fn. 29), § 10 Rn. 101.

¹⁰⁴ Statt vieler *Thomas Würtenberger*, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, 1996.

¹⁰⁵ Grundlegend *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, 2 Bände, 1990; s. auch *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Die Bedeutung von Verhandlungslösungen im Verwaltungsverfahren – Generalbericht, in: Eibe Riedel (Hrsg.), *Die Bedeutung von Verhandlungslösungen im Verwaltungsverfahren*, 2002, S. 21 ff.

und damit auf die Herbeiführung von Situationen zu zielen, in denen nicht einer verliert, sondern – wie im Falle der Mediation¹⁰⁶ – alle gewinnen.

2. Disziplinierungs- und Effektivierungsfunktion von Recht

Zu den klassischen Funktionen des Rechts gehört die Disziplinierung hoheitlichen Handelns. Es zwingt durch die Formulierung von Grenzen zur Beachtung der Rechtmäßigkeit und steckt einen Raum ab, der es interessiert. Traditionelles rechtsstaatliches Recht ist grenzziehendes Recht.¹⁰⁷ Es errichtet eine kontrafaktische Ordnung und erlaubt es der Rechtswissenschaft, durch die Ausblendung für irrelevant erklärter Entwicklungen gleichsam „zum Kern des Rechts“ vorzustoßen.¹⁰⁸

Mit der Unterscheidung zwischen normativer Innenansicht und gesellschaftlicher Außenansicht¹⁰⁹ verbinden sich eine Reihe von Vorteilen, die nicht gering einzuschätzen sind. Dem „Denken in Grenzen“ liegt nicht nur das Vollzugsmodell des Rechts zugrunde, das auf die Umsetzung klarer – idealtypisch subsumierbarer – Vorgaben eingerichtet ist. Auch wird der „Argumentationskorridor“ in der Rechtsanwendung *methodisch diszipliniert*.¹¹⁰ Damit ist nicht gesagt, dass dem Recht die gesellschaftlichen Entwicklungen gleichgültig sein müssten oder dürften. Auch in seiner Disziplinierungsfunktion durch ordnungsrechtliche Vorgaben sind die nicht-rechtlichen Steuerungswirkungen – etwa durch den Markt – vielfach mitgedacht.¹¹¹ Das Problem liegt eher darin, dass die Entwicklung dogmatischer Lösungen für neue Herausforderungen *perspektivisch verkürzt* allein von den Grenzen aus betrachtet wurde.¹¹²

¹⁰⁶ Wegweisend für die Diskussion *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Konfliktmittler in Verwaltungsverfahren, 1989; s. jüngst *Ulrike Rüssel*, Mediation in komplexen Verwaltungsverfahren, 2004; *Hermann Pünder*, Kooperation statt Konfrontation, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 1 ff.; *Joachim van Bargaen*, Mediation im Verwaltungsprozess, *DVB1* 2004, 468 ff.; *Rainer Pitschas*, Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor, *NVwZ* 2004, 396 ff.

¹⁰⁷ *Hoffmann-Riem*, Verwaltungskontrolle (Fn. 84), S. 327.

¹⁰⁸ Anders aber der Rechtsrealismus, der in der vorgeblichen Objektivität und Neutralität des Rechts nicht mehr als eine Maske sieht und Rechtswissenschaft demnach auch nicht als formale Wissenschaft begreift. Hier wird der normative Anspruch aber zu schnell mit dem Verweis auf außerrechtliche Erklärungsmuster aufgegeben; demgegenüber zu einer kulturwissenschaftlichen Rekonstruktion von Recht *Ulrich Haltern*, Rechtswissenschaft als Europawissenschaft, in: Gunnar Folke Schuppert/Ingolf Pernice/ders. (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, S. 37 (45 ff.).

¹⁰⁹ Siehe nur *Christoph Möllers*, Historisches Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden* (Fn. 3), S. 131 ff. (157).

¹¹⁰ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, *Methoden* (Fn. 56), S. 406.

¹¹¹ Überzeugend *Rainer Wahl*, Rechtsfragen der Landesplanung und der Landesentwicklung, Bd. I, 1978, S. 47 f.; s. auch *Franzius*, *Herausbildung* (Fn. 39), S. 46 f.

¹¹² Krit. *Vofßkuhle*, *Kompensationsprinzip* (Fn. 81), S. 86; s. auch für die Verwaltungsvertragsdogmatik *dens.*, *Beteiligung Privater* (Fn. 2), S. 303 (mit Fn. 154).

Darüber drohte der Gestaltungsauftrag des Verwaltungsrechts aus dem Blickfeld zu geraten.¹¹³

Richtigerweise erfüllt das Recht auch eine Effektivierungsfunktion, welche auf die Rechtsschutzdimension nicht verkürzt werden darf. Der überlieferte Lehrsatz, die Effektivität des Gerichtsschutzes bedinge die Wirksamkeit des materiellen Rechts, findet seine unverändert aktuelle Berechtigung in den Vor- und Signalwirkungen, die vom Gerichtsschutz für den behördlichen Einsatz der Steuerungsfaktoren ausgehen.¹¹⁴ Dass ein modernes Verwaltungsrecht darauf aber nicht mehr allein zu gründen ist, gehört zu den grundlegenden Erkenntnissen der Rechtswissenschaft, die sich in der Konturierung des *rechtlichen Doppelauftrags*¹¹⁵ nicht nur dem Rechtsschutz, sondern auch der „Bewirkungsfunktion“ zuwendet. Recht begrenzt nicht nur, sondern eröffnet auch Handlungsräume der Akteure. Neben den reaktiv ordnenden Risikobezug tritt der prospektiv gestaltende Chancenbezug¹¹⁶ und damit die auf die staatliche Aufgabenwahrnehmung gerichtete Effektivierungsfunktion des Rechts.

Der Aufgabenbezug lässt diese Funktion von Recht über den Maßstab der Rechtmäßigkeit hinausgreifen. Soll die Aufgabenerfüllung wirksam sein, muss sich die Rechtswissenschaft über die Wirkungsweisen von Recht¹¹⁷ verständigen. Das wird ohne Zugriff auf *nachbarwissenschaftliche Erkenntnisse*¹¹⁸ nur schwer möglich sein und obgleich das erkenntnistheoretische Grundproblem der Grenzen seinswissenschaftlicher Aussagen über Sollensvorschriften¹¹⁹ nicht klein geredet werden soll, ist hier eine wichtige Klammer zwischen Steuerungstheorie und Rechtswissenschaft zu sehen.¹²⁰

¹¹³ Ausf. *Brohm*, Dogmatik (Fn. 10), S. 254 ff.

¹¹⁴ Schon früh *Fritz Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928 (Neudruck 1995), S. 248 f. („segensreiche Wirkung“), s. auch *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsreform (Fn. 49), S. 127.

¹¹⁵ Dazu *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl 1989, 533 (541); *ders.*, Ordnungsidee (Fn. 3), 1. Kap. Rn. 30; ähnlich *Thomas v. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 45 ff., 62 ff.; zur „oszillierenden Suche nach dem ‚juste milieu‘ zwischen Verwirklichungsauftrag und Rechtsschutzauftrag“ auch *ders.*, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln, DVBl 1998, 928 (930).

¹¹⁶ So die Unterscheidung von *Michael Kloepfer*, Technik und Recht im wechselseitigen Werden, 2002, S. 86 ff.

¹¹⁷ Dazu *Hill/Hof* (Hrsg.), Wirkungsforschung (Fn. 73); s. auch *Hans-Heinrich Trute*, Vom Obrigkeitsstaat zur Kooperation, Umwelt- und Technikrecht 48 (1999), S. 13 ff.

¹¹⁸ Zu den interdisziplinären Bezügen *Möllers*, Methoden (Fn. 55), § 3 Rn. 42 ff.

¹¹⁹ Siehe *Brun-Otto Bryde*, Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem, 1993, S. 7 f. („Abenteuer“).

¹²⁰ Zur Effektivität der Problemlösung als Maßstab der Steuerungstheorie *Mayntz*, Metatheorie (Fn. 66), S. 23; zu Vollzugsmängeln als Indiz für die Rechtswidrigkeit der materiellen Norm *BVerfGE* 84, 239 (271 f.); 110, 94 (111 ff.); s. auch *Stephan Meyer*, Strukturelle Vollzugsdefizite als Gleichheitsverstoß, DÖV 2005, 551 (556 f.).

Zwei Effektivierungsleistungen sind besonders hervorzuheben. So wird in Abkehr von einer Verwaltungspraxis, die zur Annahme einer „katechontischen Funktion des Rechts“¹²¹ geführt hat, am Beispiel der Risikosteuerung deutlich, dass sich die administrative Steuerung durch Recht nur unter der kommunikativen Einbeziehung der Steuerungsadressaten wirkungsvoll gestalten lässt.¹²² Rechtsstaatlichkeit zeige sich nicht in einer möglichst perfekten Außenverteidigung isolierter Sphären, sondern sei (auch) kommunikativ zu verstehen.¹²³ Die Wirkungsorientierung offenbart ferner, dass Recht zur effektiven Steuerung dadurch beiträgt, dass es seinen Steuerungsanspruch auf *Struktursteuerung* umstellt. Recht kann insoweit als normativ das Handeln der Akteure vorprägende „Infrastruktur“ verstanden werden.¹²⁴ Seine Wirkungen erzielt es – sei es durch bloße Rahmensetzung oder Optimierung des Handelns¹²⁵ – in Strukturen und fungiert damit als zentrales Koordinierungsmittel eines Staates, der sich des *Monopolverlustes*¹²⁶ bewusst ist, aber verantwortlich für die Gemeinwohlverwirklichung bleibt.¹²⁷ Vor allem im innovationsrelevanten Technikrecht wird erkennbar, dass unter den vielfältigen Funktionen¹²⁸ die Ermöglichungsfunktion des Rechts an Bedeutung gewinnt.¹²⁹

3. Bereitstellungsfunktion des Rechts

¹²¹ Vgl. *Hasso Hofmann*, Natur und Naturschutz im Spiegel des Verfassungsrechts, JZ 1988, 265 (278); *Bernhard Schlink*, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1990), S. 235 (259 ff.), abl. *Kloepfer*, Technik und Recht (Fn. 116), S. 99 f. (m.w.N.).

¹²² Dazu näher *Scherzberg*, Risikosteuerung (Fn. 38), S. 226 f. (m.w.N.).

¹²³ Frühzeitig *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Zur Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Die Verwaltung 26 (1994), S. 137 (156); zur Bedeutung von Informationen für das Verwaltungsrecht statt vieler *Andreas Voßkuhle*, Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht in der Informationsgesellschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Informationsgesellschaft (Fn. 73), S. 349 ff.; s. demnächst auch *Thomas Vesting*, Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Handbuch der Verwaltungsrechtswissenschaft, Bd. 2, § 21.

¹²⁴ Vgl. *Gunnar Folke Schuppert*, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), HVwR I (Fn. 3), § 16 Rn. 13 f., 29 f., 80 f.; *ders.*, Governance (Fn. 66), S. 388 („Infrastrukturverantwortung der Rechtsordnung“); für die gesellschaftliche Selbstregulierung auch *Eifert*, Regulierungsstrategien (Fn. 88), § 20 Rn. 150 ff.

¹²⁵ Zu dieser Alternative *Thomas Würtenberger*, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL, Bd. 58 (1999), S. 139 ff.

¹²⁶ Damit ist nicht nur der Staat als Monopolist im Wirtschafts-, sondern auch im Rechtsgeschehen gemeint.

¹²⁷ Vgl. *Gunnar Folke Schuppert*, Koordination durch Struktursteuerung als Funktionsmodus des Gewährleistungsstaates, FS Klaus König, 2004, S. 287 ff.; zur Kategorie des Gemeinwohls auch *Helmuth Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), HVwR I (Fn. 3), § 12 Rn. 20 ff., 148 ff.

¹²⁸ Vgl. *Wolfgang Hoffmann-Riem/Jens-Peter Schneider*, Die Eigenständigkeit rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, in: dies. (Hrsg.), Innovationsforschung (Fn. 25), S. 389 ff. (396).

¹²⁹ Dazu *Claudio Franzius*, Technikermöglichungsrecht, Die Verwaltung 34 (2001), S. 487 ff.; s. auch *Matthias Schmidt-Preuß*, Technikermöglichung durch Recht?, in: Michael Kloepfer (Hrsg.), Kommunikation–Technik–Recht, 2002, S. 175 ff.; ferner *Kloepfer*, Technik und Recht (Fn. 116), S. 100 ff.; *ders.*, Instrumente des Technikrechts, in: Martin Schulte (Hrsg.), Handbuch zum Technikrecht, 2003, S. 111 ff. (126).

Recht hat also nicht nur die Aufgabe, das Handeln der Akteure rechtsstaatlich zu disziplinieren. Aus der Perspektive der *Funktionsfähigkeit der Verwaltung* muss es auch dafür Sorge tragen, dass die Verwaltung die ihr gestellten Aufgaben in geeigneten Formen unter Einbeziehung der Verfahrens- und Organisationsstrukturen erfüllen kann. *Folke Schuppert* hat deshalb vorgeschlagen, insoweit von einer Bereitstellungsfunktion des Rechts zu sprechen.¹³⁰ Sie greift die Frage danach auf, was „an Recht vorhanden sein muss, um Steuerungsprozesse noch als rechtliche Steuerung, also rechtlich kanalisierte und disziplinierte Steuerungsprozesse“ qualifizieren zu können.¹³¹ Wenn in der reformorientierten Perspektive aufgegeben wird, für „die ‚sozialen Verhandlungssysteme‘ das Rechtsgerüst zu schaffen, ohne das staatliche Steuerung sonst in Beliebigkeit verfallen“¹³² würde, dann wird deutlich, dass es um die Frage geht, wie das Recht beschaffen sein muss, um die Wirklichkeit normativ (wieder) greifen zu können.

In dieser Entgegensetzung hat das zunächst für Missverständnisse¹³³ gesorgt, die jedoch inzwischen als ausgeräumt gelten dürfen.¹³⁴ Nicht etwa die kritiklose Anpassung des Rechts an eine missmutig beobachtete Verwaltungspraxis mit der Absenkung normativer Anforderungen soll gerechtfertigt werden. Vielmehr erlaubt es die Bereitstellungsfunktion des Rechts, diejenigen Strukturierungsleistungen zu erbringen, die für den Erhalt normativer Orientierungen des Verwaltungshandelns unerlässlich sind.¹³⁵

Über die Bereitstellungsfunktion wird die Vielfalt erkennbar, in der Recht seine Wirkungen erzielt. Recht stellt nicht nur Handlungsformen, sondern auch geeignete Verfahren und die Organisation einschließlich des Personals bereit. Wenn es richtig ist, dass Recht seine Steuerungswirkungen in der „richtigen“ Zuordnung der einzelnen Faktoren erzielt, dann erscheint es gerechtfertigt, die Steuerungsleistungen des Rechts in *Wechselwirkungen und funktionalen Äquivalenten* zu sehen. Vieles spricht dafür, das Recht in „Regelungsstrukturen“¹³⁶ zu be-

¹³⁰ *Schuppert*, Steuerungswissenschaft (Fn. 3), S. 96 ff. unter Bezugnahme auf *Ritter*, Steuerung (Fn. 71), S. 69 ff.; s. auch *dens.*, Verwaltungswissenschaft (Fn. 4), S. 148 f., 510 f.

¹³¹ *Schuppert*, Steuerungswissenschaft (Fn. 3), S. 95.

¹³² *Ritter*, Steuerung (Fn. 71), S. 87.

¹³³ Besonders scharf *Joachim Burmeister*, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), S. 351 f.

¹³⁴ Siehe etwa *Michael Kloepfer*, Planung und prospektive Rechtswissenschaft, FS Werner Hoppe, 2000, S. 111 (116 f.).

¹³⁵ Jüngst wieder *Gunnar Folke Schuppert*, Zur Rechtsverfassung einer kooperativen Umweltpolitik, in: Bernd Hansjürgens/Georg Kneer/Wolfgang Köck (Hrsg.), Kooperative Umweltpolitik, 2003, S. 113 (126 f.); zum „Strukturierungsauftrag des Rechts“ auch *ders.*, Governance (Fn. 66), S. 388 ff.

¹³⁶ Im Anschluss an *Renate Mayntz* aus dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum *Hans-Heinrich Trute*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl 1996, S. 950 f. u. passim; s. ferner *ders./Denkhaus/Kühlers*, Governance (Fn. 66), S. 457 ff.; für praktische Anwendungsbeispiele *dies.*, Regelungsstrukturen der Kreislaufwirtschaft zwischen kooperativem Umweltrecht und Wettbewerbsrecht, 2004, S. 17 ff., 41 ff., 177 ff.; für die technikrechtliche „Systemsteuerung“ auch *Kloepfer*,

trachten, wenngleich zuzugeben ist, dass damit zwar die Relativierung überkommener Systemzäsuren begrifflich eingefangen, aber noch keine neuen Abschichtungen für notwendige Zuordnungen gefunden sind.¹³⁷ Im vorliegenden Zusammenhang ist entscheidend, dass sich Recht auf die Bereitstellung *funktionsfähiger Regelungsstrukturen*¹³⁸ erstreckt, in denen es seiner ureigenen Aufgabe der Gemeinwohlsicherung nachkommt. Das steuerungswissenschaftliche Verständnis wird durch die Orientierung an „Regelungen“ zumindest in der Weise ergänzt, als darüber die gesellschaftlichen Selbstregulierungspotentiale in den Blick geraten und Steuerung nicht mehr als „Ergebnisversprechen“ des Staates, sondern als Bemühen darum erscheint, gesellschaftliche Möglichkeitsräume zu strukturieren, indem das Handeln der Akteure auf die Beachtung rechtsnormativer Vorgaben ausgerichtet wird.¹³⁹

Dabei ist die Öffnung gegenüber abstrakten Kategorien wie dem Gemeinwohl¹⁴⁰ dort unausweichlich, wo das Recht mit der Wiederentdeckung des nicht-staatlichen Raums konfrontiert wird. Nicht alles kann, nicht alles muss der Staat können. Doch steht nicht die „Entzauberung“¹⁴¹ oder Verabschiedung des Staates, sondern eher die Umrüstung der Modalitäten staatlicher Aufgabenerfüllung im Vordergrund rechtlicher Strukturierungsbemühungen.¹⁴² Dem kann nicht mehr das Trennungsmodell strikt voneinander geschiedener Sphären zugrunde gelegt werden, so sehr das überkommene Recht auch in die Differenz von Staat und Gesell-

Instrumente (Fn. 129), S. 124; zum (analytischen) Begriff der Regelungsstruktur *Schuppert*, Governance (Fn. 66), S. 382 ff.; *Franzius*, Governance (Fn. 66), sub III. jeweils m.w.N.

¹³⁷ Das wird an der Weite des Begriffs der Regelungsstruktur deutlich, der sich „auf den Bestand an sowie die Vorgaben über das Zusammenspiel von rechtsnormativen Programmen, verfügbaren Organisationen, maßgebenden Verfahren und insbesondere entscheidungsbezogenen Spielregeln und Handlungsanreizen und die Interaktion staatlicher und gesellschaftlicher Akteure“ beziehe, so *Hoffmann-Riem*, Risiko- und Innovationsrecht (Fn. 66), S. 159.

¹³⁸ Vgl. *Schuppert*, Selbstregulierung (Fn. 49), S. 226 f.; nicht zweifelsfrei sind die Abgrenzungen zum juristischen Systemgedanken sowie zum realen Phänomen des *Netzwerks*, zu letzterem im Sinne eines strukturellen Überwirkens *Hans-Heinrich Trute*, Funktionen der Organisation und ihre Abbildung im Recht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 80), S. 249 ff. (269); zur steuerungstheoretischen Behandlung von Netzwerken *Eifert*, Innovationen (Fn. 67), S. 108 ff.; zur juristischen Beschreibungsfunktion *Möllers*, Netzwerk (Fn. 30).

¹³⁹ *Wolfgang Hoffmann-Riem*, in: Hill/Hof (Hrsg.), Wirkungsforschung (Fn. 73), S. 240 f.

¹⁴⁰ Anders etwa *Di Fabio*, Verwaltung (Fn. 14), S. 245 f., 320; zurückhaltend auch *Vofßkuhle*, Beteiligung Privater (Fn. 2), S. 273 f.; wie hier demgegenüber *Trute*, Obrigkeitsstaat (Fn. 117), S. 20 ff.; zuvor bereits *Wahl*, Privatorganisationsrecht (Fn. 80), S. 336; von der „komplexen Aufgabe der Gemeinwohlsicherung“ spricht *Reiner Schmidt*, Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, *VerwArch* 91 (2000), S. 149 (151); ausf. *Gunnar Folke Schuppert/Friedhelm Neidhardt* (Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002; s. auch *Claus Offe*, Wessen Wohl ist das Gemeinwohl?, FS Jürgen Habermas, 2001, S. 459 ff.; *Dietmar Braun*, Gemeinwohlorientierung im modernen Staat, in: Werle/Schimank (Hrsg.), Komplexität (Fn. 60), S. 125 ff.

¹⁴¹ *Helmut Willke*, Entzauberung des Staates, in: Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1, 1987, S. 285 ff.; s. auch *Thomas Vesting*, Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Informationsgesellschaft, S. 101 (111 ff.); *ders.*, Das Ende der Fürsorglichkeit – Abschiedsliteratur zum Staat, Diskussionspapiere des Europäischen Zentrums für Staatswissenschaften und Staatspraxis 29/2001, S. 1 ff.

¹⁴² Statt vieler *Schulze-Fielitz*, Grundmodi (Fn. 127), § 12 Rn. 8, 13 ff., 28 ff., 51 ff., 91 ff., 122 ff.; *Gunnar Folke Schuppert*, Der Gewährleistungsstaat - modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit?, in: *ders.* (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S. 11 ff. (13, 17).

schaft gestellt ist. Ausgehend von der Parallele zwischen „Entstaatlichung“ und Verrechtlichung¹⁴³ erlebt das Recht insoweit einen Funktionswandel, als es die Aufgabe erhält, das Handeln nicht-staatlicher Akteure auf Gemeinwohlbelange auszurichten.¹⁴⁴

So tritt neben das klassische Ordnungs- und das Leistungsrecht eine neue Steuerungsform des Rechts, die sich dadurch auszeichnet, dass nicht mehr detailliert vorgegeben wird, wie sich die Akteure zu verhalten haben. Vielmehr wird eine *rechtliche Infrastruktur* bereitgestellt, die insgesamt gewährleisten soll, dass die vorgegebenen Ziele auch von solchen Akteuren nicht verfehlt werden, die nicht schon aufgrund ihres Status – wie staatliche Akteure – auf das Gemeinwohl verpflichtet sind. Dass hier eine neue Funktionslogik von Recht¹⁴⁵ allmählich Platz greift, zeigt sich daran, dass es nur unzureichend gelingt, die gebotenen Strukturierungsaufgaben in den klassischen Kategorien des Eingriffs oder der Leistung zu verarbeiten. Zu schaffen ist ein *öffentliches Gewährleistungsrecht*¹⁴⁶ mit der perspektivisch über das Kooperationsparadigma hinausgehenden¹⁴⁷ Aufgabe, die endogenen Potentiale der Gesellschaft unter der Erhaltung der Eigenrationalität von Staat und Gesellschaft nutzbar zu machen. Dieses Recht zielt insbesondere auf die Entwicklung von geeigneten Informations- und Kommunikations-

¹⁴³ Das ist hier nicht nur im Sinne einer Verschiebung der Perspektive oder dem geradezu ubiquitären – und zugleich inflationären – Prozess der Konstitutionalisierung gemeint; zur Konstitutionalisierung der europäischen Administration *Paul Craig*, *The Constitutionalisation of Community administration*, *European Law Review* 28 (2003), S. 840 ff.

¹⁴⁴ Deutlich *Wolfgang Hoffmann-Riem*, *Telekommunikationsrecht als europäisiertes Verwaltungsrecht*, DVBl 1999, 125 ff.; *Schuppert*, *Selbstregulierung* (Fn. 49), S. 240 ff.; *Trute*, *Obrigkeitsstaat* (Fn. 117), S. 13 ff.; *ders.*, *Gemeinwohlsicherung im Gewährleistungsstaat*, in: *Schuppert/Neidhardt* (Hrsg.), *Gemeinwohl* (Fn. 140), S. 329 ff.; *Claudio Franzius*, *Der „Gewährleistungsstaat“ – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?*, *Der Staat*, Bd. 42 (2003), S. 493 (513 f.).

¹⁴⁵ *Schuppert*, *Verwaltungsorganisation* (Fn. 124), § 16 Rn. 28. Dem entsprechen neue Herausforderungen an die Steuerung durch Recht, die es mit Blick auf die Organisation und Legitimation der Verwaltung rechtfertigen, der „klassischen“ Einheits- und Hierarchieperspektive eine stärker die Ausdifferenzierung und Pluralisierung in den Blick nehmende Betrachtung gegenüberzustellen, so etwa für die Frage nach der demokratischen Legitimation der Verwaltung *Hans-Heinrich Trute*, *Die demokratische Legitimation der Verwaltung*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *HVwR I* (Fn. 3), § 6 Rn. 4 ff., 15 ff.

¹⁴⁶ So bereits *Franzius*, *Technikermöglichkeitsrecht* (Fn. 129), S. 495 f., 512 ff.; *ders.*, *Gewährleistung im Recht*, *Diskussionspapiere des Europäischen Zentrums für Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 36/2002, S. 6 ff.; weitergeführt in *ders.*, *Gewährleistungsstaat* (Fn. 144), S. 512 („Strukturergewährleistungsrecht“); in dieser Richtung auch *Voßkuhle*, *Beteiligung Privater* (Fn. 2), S. 304 ff. („Gewährleistungsverwaltungsrecht“); zum notwendigen Verdichtungsprozess *Schuppert*, *Gewährleistungsstaat* (Fn. 142), S. 34 („Gußformen einer Struktursteuerung“); zu den Herausforderungen *Wolfgang Hoffmann-Riem*, *Das Recht des Gewährleistungsstaates*, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Gewährleistungsstaat* (Fn. 142), S. 89 ff.; zu einem engen Verständnis der Gewährleistungsverwaltung und ihrer Einordnung in die Modi der Aufgabenwahrnehmung *Schulze-Fielitz*, *Grundmodi* (Fn. 127), § 12 Rn. 51 ff., wonach die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private (Rn. 91 ff.) davon nicht erfasst wird. Ob diese Zweiteilung trägt, ist zweifelhaft und wird schon daran deutlich, daß für letztere die Bereitstellung von „Gewährleistungsstrukturen“ gefordert wird (Rn. 118). Eben diese lassen sich auch im Vergaberecht finden bzw. sind dort zu implementieren, vgl. *Philipp Steinberg*, *Vergaberechtliche Steuerung als Verbundaufgabe*, 2005, S. 171 ff. („Gewährleistungsvergaberecht“).

¹⁴⁷ Vorsichtiger *Schulze-Fielitz*, *Grundmodi* (Fn. 127), § 12 Rn. 64 ff., 160 f.; aus anderer Perspektive gegen die Überhöhung des Gewährleistungsparadigmas *Trute/Denkhaus/Kühlers*, *Governance* (Fn. 66), S. 465 ff.

regeln, die es ermöglichen, privates und öffentliches Wissen produktiv zu verkoppeln und Prozesse institutionalisierten Lernens zu etablieren.¹⁴⁸

4. *Recht als Verhaltensauftrag und als Kontrollmaßstab*

Zu den zentralen Aussagen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft zählt, dass Recht „zunächst und zuvorderst“ ein Verhaltensprogramm und nicht nur ein Kontrollprogramm bereitstellt.¹⁴⁹ Recht programmiert ein Handeln zur Lösung von Problemen. Rechtsnormen „funktionieren“ deshalb als Handlungsnormen und zielen auf die Beeinflussung des Verhaltens einzelner Akteure oder sozialer Teilsysteme.¹⁵⁰ Das konkrete Verhalten ist die „Antwort“ auf normative Vorgaben, in denen das Recht zugleich „Verantwortung“ zuweist und seinerseits auf Defizite bei der Verwirklichung gesellschaftlicher Ziele reagiert, dabei im Zuschnitt der Steuerungsimpulse aber an die Motivation der Akteure anknüpft. So lässt sich Steuerung als *interaktiver Prozess*¹⁵¹ begreifen, der eine Ausdifferenzierung und Erweiterung des rechtswissenschaftlichen Untersuchungsgegenstandes in der Erfassung übergreifender Wirkungszusammenhänge und Wechselbeziehungen zwischen den Steuerungsakteuren und -instrumenten ermöglicht.¹⁵²

Das Verwaltungsrecht determiniert mit der Verwaltung einen Akteur, der „nach Maßgabe des Rechts konstituiert wird, aber nicht allein nach Maßgabe rechtlicher Kriterien“ arbeitet.¹⁵³ Man muss die Verwaltung nicht dem politischen System zurechnen, um erkennen zu können, dass die rechtlichen Prämissen das Handeln der Verwaltung nicht zur Gänze festlegen können. Darauf sind im Prinzip zwei Antworten möglich. *Entweder* man begnügt sich mit der Feststellung, dass Verhaltensrichtigkeit lediglich negativ die Vermeidung von Rechtsfehlern bedeutet, was zur Folge hat, neuen Herausforderungen im Prinzip durch punktuelle Modifikationen dogmatischer Lehren begegnen zu können. Die Norm wird als Maßstab zur idealtypisch gerichtlichen Kontrolle des Verhaltens betrachtet. Recht verfolgt dann einen relativ kla-

¹⁴⁸ Vgl. *Voßkuhle*, Beteiligung Privater (Fn. 2), S. 307 f.; zum „lernenden Recht“ s. *Karl-Heinz Ladeur*, Postmoderne Rechtstheorie, 2. Aufl. 1995, S. 103 ff.; *Graf-Peter Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 121 f.

¹⁴⁹ Grundlegend *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsreform (Fn. 49), S. 125; s. zuletzt auch *dens.*, Methoden (Fn. 82), S. 46; zu der Differenz bereits *Walter Schmidt*, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, S. 23 ff.

¹⁵⁰ Recht lässt sich in seinen Wirkungen nicht auf die Beeinflussung individuellen Verhaltens reduzieren, so aber *Oliver Lepsius*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, VVDStRL 63 (2004), S. 264 (288); dagegen *Wolfgang Hoffmann-Riem*, ebd., S. 325 f.

¹⁵¹ So *Kilian Bizer/Martin Führ*, Responsive Regulierung – Anforderungen an die interdisziplinäre Gesetzesfolgenforschung, in: dies./Christoph Hüttig (Hrsg.), Responsive Regulierung, 2002, S. 1 (4 f.); s. auch *Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 3), § 1 Rn. 20.

¹⁵² *Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 3), § 1 Rn. 23 f.

¹⁵³ *Trute*, Wissenschaft (Fn. 34), S. 16.

ren und regelmäßig methodisch ohne größere Schwierigkeiten zu operationalisierenden Steuerungsanspruch, indem es Verhalten auf die Beachtung der Rechtmäßigkeit programmiert. *Oder* aber man erkennt an, dass dort, wo Rechtsnormen als Handlungsnormen wirken, ein anderes Steuerungsverständnis zugrunde zu legen ist, das auf weitere „Richtigkeitsmaßstäbe“ auszurichten ist. Das Kontrollprogramm bildet einen wichtigen, aber schmalen Ausschnitt aus dem breiter angelegten Verhaltensprogramm, das die positiv auf die Entscheidungsrichtigkeit bezogenen Wirkungsfaktoren in die rechtliche Betrachtung einbezieht. Wo das Gesetz der Verwaltung auszufüllende Spielräume belässt, erstreckt sich der Steuerungsanspruch des Rechts auf einen Korridor rechtlich möglicher Entscheidungen. Erfasst wird ein methodisch weniger leicht in den Griff zu bekommendes Entscheidungshandeln im Sinne der Auswahl unter verschiedenen – rechtmäßigen – Alternativen.¹⁵⁴

Der Verwaltungsrechtswissenschaft ist der Umgang mit rechtlichen Spielräumen seit langer Zeit bekannt. Sie verarbeitet diese bekanntlich in der Differenz von gebundener Entscheidung und Ermessen.¹⁵⁵ Wird die Eröffnung von Spielräumen jedoch nicht mehr als Besonderheit, sondern als Notwendigkeit mit dem Ziel begriffen, der Verwaltung ein flexibles Handeln unter Berücksichtigung der Handlungslogik der Adressaten zu ermöglichen, dann wird der Wandel in der verhaltensbezogenen Steuerungsperspektive für die *Strukturierung der entscheidungserheblichen Faktoren* deutlich. Auszugehen ist von einer anderen Qualität des Programms, das für das Verhalten der primären Entscheidungsinstanz über das für die Kontrolle maßgebliche Soll hinausreicht.¹⁵⁶ Aufgabenerfüllung ist mehr als die Beachtung rechtlicher Vorgaben. Soweit das Recht die Verwaltung in den Stand versetzt, die ihr zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen, steuert es das Verhalten nicht nur im Sinne der Fehlervermeidung. Der Raum, der sich jenseits der Fehlerfreiheit mit der Optimalität, der Effektivität und der Effizienz, aber auch der Akzeptabilität und der Implementierbarkeit¹⁵⁷ eröffnet, darf vom Recht nicht ausgespart bleiben.

Das gilt trotz aller Schwierigkeiten, diesen vom Rechtsanwender mitkonstituierten Wirklichkeitsraum typologisch zu erfassen und unter Einbeziehung der präskriptiven Dimension¹⁵⁸ für den dogmatischen Zugriff aufzuarbeiten. Die drohende Uferlosigkeit, die sich mit dem Verzicht auf eine vergleichsweise enge Kontrollperspektive für die Erfassung der verhaltenssteu-

¹⁵⁴ Vgl. *Hoffmann-Riem*, Innovationssteuerung (Fn. 27), S. 164 f.; zum Problem der „regulatory choice“ *Schuppert*, Governance (Fn. 66), S. 395 ff.; s. auch *Martin Führ*, Institutionelle Rahmenbedingungen kooperativen Handelns, in: Hansjürgens/Kneer/Köck (Hrsg.), *Umweltpolitik* (Fn. 135), S. 356 ff.; *Eifert*, Regulierungsstrategien (Fn. 88), § 20 Rn. 153 ff.

¹⁵⁵ Zum „deutschen Sonderweg“ der gerichtsschutzorientierten Ermessenslehre und dem Plädoyer einer europäischen Neubetrachtung *Hoffmann-Riem*, *Eigenständigkeit* (Fn. 29), § 10 Rn. 73 ff. (m.w.N.).

¹⁵⁶ *Hoffmann-Riem*, *Verwaltungskontrolle* (Fn. 84), S. 328.

¹⁵⁷ Grundlegend *Hoffmann-Riem*, *Innovation* (Fn. 18), S. 19 ff.; jüngst *ders.*, *Methoden* (Fn. 82), S. 48 ff.

¹⁵⁸ Stark gemacht von *Hoffmann-Riem*, *Methoden* (Fn. 82), S. 47.

enden Wirkungen von Recht ergibt, wird dadurch abgemildert, dass Steuerung in der rechtswissenschaftlichen Perspektive vielfach auf „Entscheidungen“ bezogen bleibt. Auf eine selektive Programmierung durch materielle Standards¹⁵⁹ wird man kaum gänzlich verzichten können, sollen die Orientierungsleistungen des Rechts nicht allein der Prozeduralisierung überantwortet werden. Andererseits darf sich Recht nicht dogmatischer Selbstgenügsamkeit hingeben, sondern hat zu klären, wie die vorgefundenen Handlungsspielräume jenseits der inhaltlichen Bindungen von der Verwaltung zu nutzen sind. Insoweit lenkt der Verhaltensauftrag des Rechts den Blick auf die *weichen Vorprägungen* des Akteurshandelns, wie dies durch Aufgabenbeschreibungen oder Optimierungsgebote geschieht.

Es liegt auf der Hand, dass es für die Verwaltung nicht einfacher wird, sich am Recht zu orientieren. Neue Steuerungsansätze¹⁶⁰ müssen vielfach erst in die rechtsstaatliche Systematik integriert und in den Wirkungen aufeinander abgestimmt werden.¹⁶¹ So gesehen, verweist der Verhaltensauftrag des Rechts auf die Beachtung nicht-rechtlicher Steuerungsmaßstäbe, die ihrerseits durch Recht zu strukturieren sind.¹⁶² *Verhaltenssteuerung und Erwartungssicherheit*¹⁶³ können nicht einfach gegeneinander ausgespielt werden. Recht muss für alle Maßstäbe des Verwaltungshandelns den institutionellen Rahmen bilden¹⁶⁴ und lässt sich nicht auf seine Funktion als Kontrollmaßstab in der input-orientierten Dogmatik reduzieren.

Dies darf nicht als Verdrängung der Kontrolle missverstanden werden. So sehr der Blick zu öffnen und Recht auf alle entscheidungserheblichen Faktoren zu beziehen ist: Als Kontrollmaßstab lenkt das Recht – nicht bloß aus Gründen der besseren Praktikabilität¹⁶⁵ – den Blick wieder auf rechtserhebliche Faktoren. Damit ist nicht gesagt, dass sich die in der verhaltens-

¹⁵⁹ Vgl. *Vofßkuhle*, Kompensationsprinzip (Fn. 81), S. 80 ff., 404 ff.; *ders.*, Regelungsstrategien (Fn. 32), S. 89 und jüngst *ders.*, Beteiligung Privater (Fn. 2), S. 309.

¹⁶⁰ Beispielhaft sei auf das Umweltaudit – dazu *Matthias Schmidt-Preuß*, Umweltschutz ohne Zwang, in: FS Martin Kriele, 1997, S. 1157 ff. – oder das streitanfällige Konzept „regulierter Selbstregulierung“ der Verpackungsverordnung zum Aufbau privater Entsorgungsstrukturen verwiesen, dazu *Andreas Finck*, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998; *Reinhard Hendler*, Zur Steuerungsmethodik der Verpackungsverordnung, NVwZ 2003, 1168 ff.; *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Regelungsstrukturen (Fn. 136), S. 86 ff.

¹⁶¹ Das Bundesverfassungsgericht leitet aus dem Rechtsstaatsprinzip ein Gebot der „Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“ ab, vgl. *BVerfGE* 98, 106 ff. – dazu *Claudio Franzius*, Bundesverfassungsgericht und indirekte Steuerung im Umweltrecht, AöR 126 (2001), S. 403 (417 ff.). Hat es auch keinen nachhaltigen Rechtsprechungswandel ausgelöst, so doch produktive Irritationen in der Rechtswissenschaft, s. etwa *Alexander Hanebeck*, Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber?, Der Staat 42 (2002), S. 429 ff. *Stefan Haack*, Widersprüchliche Regelungskonzeptionen im Bundesstaat, 2002, S. 92 ff. und jüngst *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit (Fn. 23), S. 38 ff.

¹⁶² Zur „Normalität“ dieser Situation *Franzius*, Herausbildung (Fn. 39), S. 224 ff.

¹⁶³ *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 151.

¹⁶⁴ So – im Anschluss an *Jens-Peter Schneider*, Das neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 80), S. 103 (125 ff.) – auch *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 3), 1. Kap. Rn. 44.

¹⁶⁵ So aber *Hoffmann-Riem*, Gesetz (Fn. 11), S. 22, 30, 48; s. auch *dens.*, Governance (Fn. 48), S. 210 („Bemühen um die sichere Handhabbarkeit des Rechts“); vorsichtiger *ders.*, Eigenständigkeit (Fn. 29), § 10 Rn. 81 ff.

bezogenen Perspektive für das Recht „entdeckten“ Entscheidungsmaßstäbe in handfeste Rechtsmaßstäbe rückübersetzen ließen. Auch sollte die Rechtswissenschaft „vorschnelle Schließungsprozesse“¹⁶⁶ zu vermeiden suchen, um sich eine Offenheit für „das Neue“ zu bewahren.¹⁶⁷ Das Bewusstsein eben dieser Grenzen erfordert dann aber eine Verständigung über die Formen, in denen das Recht seine Steuerungsleistungen erbringt. Der Funktionenvielfalt des Rechts entspricht ein breites Arsenal an einsetzbaren Formen, die sich nicht auf eine bestimmte Programmierung des Verwaltungshandelns beschränken lassen.¹⁶⁸

IV. Administrative Rechtsanwendung

Die Funktionen des Verwaltungsrechts werden auf unterschiedliche Weise in die Gegenstände rechtlicher Programmierung übersetzt. Dabei ist nicht alles von der materiellen Gesetzessteuerung zu erwarten. Hinzu treten die verfahrens- und organisationsrechtliche Steuerung sowie in jüngerer Zeit auch vermehrt die Potentiale einer Steuerung durch das Haushaltsrecht. Das Steuerungsergebnis ergibt sich zumeist erst aus dem komplexen Zusammenspiel der Programmierungen. Das erschwert Subsumtionsentscheidungen und befördert Abwägungsentscheidungen (1.). Zu fragen ist jedoch, ob zur Realisierung der verwaltungsrechtlichen Steuerungsaufträge nicht auch hinter die Darstellung der Rechtmäßigkeit von Entscheidungen zu greifen ist, also herstellungsrelevante Entscheidungsfaktoren in der administrativen Rechtsanwendung zu berücksichtigen sind (2.).

1. Subsumtion und Abwägung

Zum Handwerkszeug administrativer Rechtsanwendung gehört die Subsumtionstechnik. Sie verlangt vom Rechtsanwender, die zu interpretierende Norm und den festzustellenden Sachverhalt aufeinander zu beziehen. Der Vorteil des einfachen Syllogismus liegt darin, dass auf diese Weise die Verwaltung gezwungen wird, sich mit dem Gesetz intensiv auseinanderzusetzen. Das geschieht im Wege der Ausgrenzung nach zwei Seiten. Zum einen wird unter dem Leitbild der programmgesteuerten Vollzugsverwaltung unterstellt, dass der Anwendungsbeehl der Norm zu entnehmen ist. Zum anderen ist der Sachverhalt der zu bewältigende Aus-

¹⁶⁶ Hoffmann-Riem, Methoden (Fn. 82), S. 53; zum „Öffnen“ und „Schließen“ auch Bumke, Methodik (Fn. 25), S. 118 f.

¹⁶⁷ In der liberalen Perspektive vor allem entwickelt von Ladeur, Freiheitsrechte (Fn. 77), S. 106 ff.; s. auch dens., Methodendiskussion (Fn. 101), S. 60 ff.

¹⁶⁸ Siehe Schuppert, Verwaltungswissenschaft (Fn. 4), S. 135 ff.; zu den Formangeboten des Rechts auch Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), HVwR I (Fn. 3), § 4 Rn. 2 ff.

schnitt aus dem zumeist breiter angelegten Bereich, der einer Problemlösung zugeführt werden soll. Das Subsumtionsmodell basiert auf einer scharfen Selektion dessen, was in die Prüfung einzustellen ist und stabilisiert die Gesetzesbindung der Verwaltung. Diese hat „im Verwaltungsrecht deswegen einen besonders hohen Stellenwert, weil die Verwaltung anders als die Gerichte einerseits andere Handlungsmaßstäbe als Recht anwendet, andererseits aber anders als der Gesetzgeber über diese Maßstäbe nicht selbst verfügen kann“.¹⁶⁹

Die Kritik an der Subsumtionstechnik kommt aus zwei Richtungen. Schwer zu entkräften ist der Einwand, die Verwaltung könne im demokratischen Verfassungsstaat nicht als bloßer Vollzugsautomat fremder Entscheidungen begriffen werden. Als Steuerungstechnik folgt das Subsumtionsmodell technisch-naturwissenschaftlichen Leitvorstellungen des 19. Jahrhunderts. Rechtsanwendung stellt sich indes schon lange nicht mehr als „maschinenmäßige Vollziehung allgemeiner Regeln auf den einzelnen Fall“¹⁷⁰ dar. Eng damit verbunden ist der zweite Einwand methodischer Art. Die Subsumtion eines „Falles“ unter die Norm ist auf „wechselseitige Zubereitung“ angewiesen¹⁷¹ und kommt nicht ohne Wertungen aus.¹⁷² Es erfordert das „Hin- und Herwandern des Blicks“¹⁷³ und stellt sich als voraussetzungsvolle Steuerungsstrategie dar. Mag die subsumtionsbezogene Argumentation als „Leitbildtechnik“ auch nur Teile der Rechtsanwendung steuern wollen und können, so ist die „arbeitende“ Verwaltung doch auf einfache und vertraute Methodenmuster zur Darstellung und Begründung ihrer Anwendungsentscheidungen angewiesen.¹⁷⁴ Die Subsumtion erlaubt der Verwaltung die Herausbildung von Routine und hat für diese eine unverzichtbare Entlastungsfunktion.¹⁷⁵

Steuerungsleistungen erbringt die Subsumtionstechnik unter überschaubaren Wirkungszusammenhängen. Jedoch erweist sich der Steuerungszusammenhang nicht immer als normativ beherrschbar. Begriffen fehlt nicht selten die Subsumtionsfähigkeit, die Feststellung der Tatsachen muss mit Unsicherheit operieren und die Verwaltung übernimmt Aufgaben der Rechtsgestaltung.¹⁷⁶ Als „Leitmaxime“ kann die Subsumtionstechnik daher nur einen Aus-

¹⁶⁹ Möllers, Methoden (Fn. 55), § 3 Rn. 6.

¹⁷⁰ Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 618; zur „Maschinenmetapher“ für die staatliche Steuerung Barbara Stollberg-Rilinger, Der Staat als Maschine, 1986, S. 62 ff.; ausf. Dreier, Verwaltung (Fn. 16), S. 36 ff.; s. auch Franzius, Herausbildung (Fn. 39), S. 23 ff. (m.w.N.).

¹⁷¹ Frühzeitig bereits Schmidt, Einführung (Fn. 149), S. 38; s. auch Hoffmann-Riem, Methoden (Fn. 82), S. 34 ff.

¹⁷² Statt vieler Robert Alexy, Theorie juristischer Argumentation, 1978, S. 22 ff.; zum „hermeneutischen Zirkel“ und dessen Überwindung Ladeur, Methodendiskussion (Fn. 101), S. 69 ff.

¹⁷³ So die bekannte Sentenz von Karl Engisch, Logische Studien der Gesetzesanwendung, 1963, S. 15.

¹⁷⁴ Vgl. Schmidt-Aßmann, FS Brohm (Fn. 13), S. 552 f.; zum methodischen „Grundmodell“ des Syllogismus auch ders., Methoden (Fn. 56), S. 406 f.

¹⁷⁵ Die Bedeutung „eingeschliffener Methodenroutinen“ betont auch Möllers, Methoden (Fn. 55), § 3 Rn. 21, 23.

¹⁷⁶ Schmidt-Aßmann, Methoden (Fn. 56), S. 408 ff.

schnitt administrativer Rechtsanwendung bewältigen. Auszugehen ist von unterschiedlichen Entscheidungssituationen und einer Vielgestaltigkeit der Normkonkretisierung.¹⁷⁷ Ein normatives Postulat zur Wiederherstellung der Bedingungen, unter denen das Subsumtionsideal wirksam werden kann, ist nicht ersichtlich.¹⁷⁸ Auch darf sich eine rechtsanwendungsorientierte Methodik nicht allein an der Kontrollperspektive orientieren. Die Steuerungsperspektive lenkt den Blick vielmehr auf Handlungsnormen zur Strukturierung des internen Entscheidungsfindungsprozesses.

Es ist inzwischen anerkannt, dass zwei Grundstrukturen der Rechtsanwendung zu unterscheiden sind. Neben Subsumtionsentscheidungen gibt es *Abwägungsentscheidungen*, wo die Verwaltung nicht norminterpretierend Vollzugs-, sondern normkonkretisierend Gestaltungsaufgaben zu erfüllen hat.¹⁷⁹ Die Abwägung ist nicht auf die Planfeststellung¹⁸⁰ beschränkt. Erfasst wird neben dem speziellen Planungsermessen auch das allgemeine Verwaltungsermessen in der Form von Gestaltungsermächtigungen.¹⁸¹ Abwägung – so *Eberhard Schmidt-Aßmann* – kann die Auflösung von Norm- und Rechtsgüterkollisionen bedeuten, wobei „ihre Kriterien als Rechtskriterien in den einschlägigen Rechtsvorschriften vollständig enthalten“ sind und keine Ergänzung erlauben.¹⁸² Abwägung kann aber auch „die Rangbestimmung zwischen Kriterien sein, über deren Kreis die einschlägige Gesetzesvorschrift nur insofern eine Festlegung trifft, als sie diejenigen Kriterien ausgrenzt, die nach diesem Gesetz nicht handlungsleitend sein dürfen.“ Letzteres kennzeichnet das Verwaltungsermessen, wobei der Zweck der Ermächtigungsnorm angibt, in welche Richtung eine Handlungsoption ausgeübt werden soll. Im übrigen sei der Ermächtigungsnorm nur zu entnehmen, welche „Punkte sich nicht mehr auf der Bandbreite der zur Rationalisierung *dieses* Handlungsauftrags zugelassenen Kriterien bewegen. Die als handlungsleitend nicht ausgeschlossenen Kriterien werden dadurch nicht notwendig zu Rechtskriterien, sondern bleiben Gesichtspunkte der Praktikabilität, Akzeptabilität etc.“¹⁸³

¹⁷⁷ Siehe auch *Christian Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 185 ff.

¹⁷⁸ Zur veränderten Sicht der Rechtsanwendung s. die knappe Übersicht bei *Martina R. Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995, S. 32 ff. (m.w.N.); zu methodisch legitimen Erweiterungen des Normauslegungsparadigmas *Möllers*, Methoden (Fn. 55), § 3 Rn. 23 ff.

¹⁷⁹ Grundlegend *Robert Alexy*, Ermessensfehler, JZ 1986, 701 ff.; *ders.*, Die Gewichtsformel, GS Jürgen Sonnenschein, 2003, S. 771 ff.

¹⁸⁰ Zur Steuerung durch Planung *Wahl*, Rechtsfragen (Fn. 111), S. 62 ff.; zum planungsrechtlichen Abwägungsgebot *Werner Hoppe*, in: *ders./Christian Bönker/Susan Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl., 2004, § 5 Rn. 4 ff.; s. auch *Richard Bartlsberger*, Das Abwägungsgebot in der Verwaltung als objektives und individuellrechtliches Erfordernis konkreter Verhältnismäßigkeit, in: *Winfried Erbguth u.a.* (Hrsg.), *Abwägung im Recht*, 1996, S. 79 ff.

¹⁸¹ Vgl. *Gunnar Folke Schuppert*, Self-restraints der Rechtsprechung, DVBl 1988, 1191 ff.; *Christian Starck*, Das Verwaltungsermessen und seine gerichtliche Kontrolle, FS Horst Sandler, 1991, S. 167 ff. (169); für eine tatbestandliche Abwägungsbefugnis jüngst wieder *Eckhard Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 457 f., 479 ff., 495 ff. (m.w.N.).

¹⁸² *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 3), 4. Kap Rn. 50.

¹⁸³ *Schmidt-Aßmann*, ebd.

Über das Maß der Gegenüberstellung von Subsumtion und Abwägung herrscht allerdings Unklarheit.¹⁸⁴ Der Umstand allein, dass es sich bei der Abwägung um einen Vorgang der Normkonkretisierung handelt, rechtfertigt keine Exemption von den allgemeinen Regeln. Allerdings weist die Abwägungsentscheidung steuerungstheoretische Besonderheiten auf. Sie bildet nicht nur den Gegenpol zur gebundenen Entscheidung, sondern macht den Blick für die Aufgabenorientierung¹⁸⁵ frei. Das rechtsstaatliche Abwägungsgebot¹⁸⁶ greift über die Rechtmäßigkeit hinaus und gibt mit der Einbeziehung nicht-rechtlicher Maßstäbe die Abwägungsrichtigkeit vor.¹⁸⁷ Dazu gehört insbesondere ein ressourcenschonendes Handeln.¹⁸⁸

Im Abwägungsgebot kann die Antwort auf die Schwierigkeiten rationaler Aufgabenerfüllung gesehen werden. Sie besteht darin, der Verwaltung nicht „Freiräume“ zu belassen, sondern „Maßstäbe“ zu strukturieren. Abwägung steuert nicht das Gesamtergebnis der Verwaltung, aber doch den Teil, der hinter der vermeintlichen Wahlfreiheit der Ermessensverwaltung¹⁸⁹ versteckt zu werden droht. Das geschieht nicht allein durch rechtliche Vorgaben, wird aber vom Recht maßgeblich geleitet. So können in die Entscheidungsfindung nicht-rechtliche Gesichtspunkte einfließen, solange sie ihrerseits nicht gegen Recht verstoßen.¹⁹⁰ In ihrem Ratio-

¹⁸⁴ Für die strukturelle Unterscheidung – im Anschluss an *Alexy*, Ermessensfehler (Fn. 179), S. 701 ff. – etwa *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft (Fn. 4), S. 207, 756 f.; *Michael Gerhardt*, in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Aßmann/Rainer Pietzner (Hrsg.), VwGO, Losebl., Vorb § 113 Rn. 20, 30; in der Sache nicht anders *Würtenberger*, Optimierungsgebote (Fn. 125), S. 141 (mit Fn. 1); dagegen *Koch*, Normstrukturelle Basis (Fn. 189), S. 21; jedenfalls kann auch bei Normen, die als Regeln konditional formuliert sind, eine Abwägung erforderlich sein, vgl. *Stück*, Subsumtion und Abwägung (Fn. 203), S. 409 ff.

¹⁸⁵ Dazu *Wahl*, Aufgabenabhängigkeit (Fn. 89), S. 184 ff.; das muss nicht gegen eine Gleichbehandlung von planerischer (gestaltender) und tatbestandlicher (nachvollziehender) Abwägung sprechen, dafür jetzt aber mit guten Gründen *Pache*, Abwägung (Fn. 181), S. 487 ff.

¹⁸⁶ Grundlegend *BVerwGE* 34, 310 ff.; weitergeführt in *BVerwGE* 45, 309 ff.; 48, 56 ff.; 56, 110 (122 f.); positive Würdigung bei *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, FS Konrad Redeker, 1993, S. 225 (227); wegweisend aus dem Schrifttum *Felix Weyreuther*, Die Bedeutung des Eigentums als abwägungserheblicher Belang bei der Planfeststellung nach dem Bundesfernstraßengesetz, DÖV 1977, 419 ff.

¹⁸⁷ Hier ist die Parallele zum Verhältnismäßigkeitsprinzip zu sehen, das sich als „kein in jeder Hinsicht strikter Rechtsmaßstab“ erweist, vgl. *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 3), 4. Kap. Rn. 49; es bleibt festzuhalten, dass sich die „Maßstabsöffnung aus dem Gesetz“ ergeben muss: *Michael Kloepfer*, Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 329 ff. (345); zur planerischen Rationalität aus der Kontrollperspektive jüngst *BVerwG*, NVwZ 2004, 733 ff.

¹⁸⁸ Siehe nur *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 3), 4. Kap. Rn. 49; zur Nachhaltigkeit *Guy Beaucamp*, Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht: Untersuchungen zur völkerrechtlichen, europarechtlichen verfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Relevanz eines neuen politischen Leitbildes, 2002, S. 242 ff.; s. auch *Ivo Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005.

¹⁸⁹ Dagegen bereits *Hans-Joachim Koch*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, 1979, S. 102 ff.; s. auch *dens.*, Die normtheoretische Basis der Abwägung, in: Winfried Erbguth u.a. (Hrsg.), Abwägung im Recht, 1996, S. 9 (12 f., 22 f.); *ders./Rüdiger Rubel/Sebastian Heselhaus*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2003, § 5 Rn. 83 ff.

¹⁹⁰ Vgl. *Gerhardt*, VwGO (Fn. 184), § 114 Rn. 5 („außerrechtliche Richtigkeitskriterien“); zur planerischen Abwägungskontrolle als Muster für die Zuweisung von Letztentscheidungsmacht *Hoffmann-Riem*, Eigenständigkeit (Fn. 29), § 10 Rn. 97 ff.; zum Konzept der lediglich „nachvollziehenden Kontrolle“ diskretionären Verhaltens *Ulrich Ramsauer*, Rechtsschutz durch nachvollziehende Kontrolle, FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 699 (716 ff.).

nalitätsanspruch stellt sich die Abwägung als ein *ubiquitärer Entscheidungsmodus* dar, der konkurrierende Interessen, konfligierende Zielsetzungen und kollidierende Pflichten einem angemessenen Ausgleich zuführen soll.¹⁹¹ Damit ist ungeachtet aller offenen Fragen die Abwägungsentscheidung dadurch gekennzeichnet, dass wegen ihrer Komplexität¹⁹² und „miteinander auszugleichenden rechtlichen und außerrechtlichen, privaten und öffentlichen Interessen, wegen Erkenntnisunsicherheiten und Prognoseerfordernissen unter Unsicherheitsbedingungen das Ergebnis des erforderlichen Abwägungsvorgangs rechtlich nicht vorgegeben“ ist.¹⁹³ Das ist mehr als nur ein gradueller Unterschied zur Subsumtion und das Eingeständnis, dass als rechtlich „dirigiert“ auch diejenige Entscheidung qualifiziert werden kann, in der ein gesetzlich nicht abschließend vorherbestimmtes „Erwägen, Gewichten und Abwägen“ zum Ausdruck kommt.¹⁹⁴

Ziel ist die begründete Festsetzung von „Vorrangrelationen“¹⁹⁵ unter kollidierenden Argumenten, wobei an die Stelle der inhaltlichen Vorherbestimmung des Entscheidungsergebnisses rechtliche Anforderungen an den Entscheidungsvorgang treten. Die Last liegt auf dem Abwägungsvorgang und einer prozeduralen *Strukturierung der Spielraumausfüllung*, etwa über Aspekte der Effizienz.¹⁹⁶ Sie können den Ermittlungsaufwand für die Zusammenstellung des abwägungsrelevanten Materials begrenzen und erlauben – hier wird ein zentraler „Aufhänger“ für das informale Verwaltungshandeln gesehen – eine Verkürzung des Abwägungsvorgangs im Rahmen von Vorabbindungen der Verwaltung, soweit die Vorwegnahme der Entscheidung sachlich gerechtfertigt ist.¹⁹⁷ In besonderem Maße ist Abwägung auf hinreichende *Informationen* angewiesen, was in der Regel eine Betroffenenbeteiligung erforderlich macht.¹⁹⁸

Recht steuert den Abwägungsvorgang durch die Gebote der Ermittlung und Bewertung „nach Lage der Dinge“ einzustellender Gesichtspunkte sowie der Gewichtung und des Ausgleichs –

¹⁹¹ Vgl. Koch, Normstrukturelle Basis (Fn. 189), S. 9.

¹⁹² Zur Abwägungsdogmatik als Modell zur Bewältigung komplexer Entscheidungssituationen Johannes Dreier, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung, 1995, S. 51 ff. (m.w.N.).

¹⁹³ Pache, Abwägung (Fn. 181), S. 485.

¹⁹⁴ Krit. Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 128 ff. und zum „optimierenden Charakter“ der Abwägung Württenberger, Optimierungsgebote (Fn. 125), S. 144 f., 156 f., 160 ff.

¹⁹⁵ Dazu Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., 2001, S. 143 ff.

¹⁹⁶ Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht – Einleitende Problemskizze, in: ders./Schmidt-Abmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1995, S. 11 (44 f.); s. auch Hans-Jürgen Papier, Der Wandel der Lehre von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen, ebd., S. 231 ff. (240).

¹⁹⁷ Zu weiteren Anforderungen BVerwGE 45, 309 (321) – Flachglas.

¹⁹⁸ Vgl. Burgi, Funktion des Verfahrensrechts (Fn. 25), S. 186 f.; zur Verfahrensausgestaltung auch Württenberger, Optimierungsgebote (Fn. 125), S. 166 ff.

solcherart zutreffend – bewerteter Belange.¹⁹⁹ Das Abwägungsgebot erstreckt sich auch auf das Abwägungsergebnis und dessen Begründbarkeit.²⁰⁰ Allerdings wird die Erzielung von Steuerungseffekten in der kontrollorientierten Fixierung auf Abwägungsfehler erschwert. Ü-berdies ist die gerichtliche Kontrolle auf die Nachprüfung erheblicher Abwägungsfehler be-
grenzt.²⁰¹ Mag das Gebot sachgerechter Abwägung den Korridor möglicher Entscheidungen
auch strukturieren, es verbleibt der Verwaltung ein substantieller Abwägungs- und Gestal-
tungsspielraum zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung des Gesetzesauftrags.²⁰² Das macht
wiederum deutlich, dass Steuerung kein Privileg des Rechtssystems ist. Vielmehr gehört zu
den Einsichten der Rechtswissenschaft, dass die normative Steuerungskraft des Rechts ent-
scheidend davon abhängt, inwieweit es bereit ist, Steuerung auch als *fremde Systemleistung* –
etwa der Politik oder des Marktes – zu akzeptieren.

2. Herstellung von Recht

Steuerung lässt sich als Verkleinerung des Raumes verstehen, der vom Recht für irrele-
vant erklärt werden kann. Insoweit geht Steuerung durch Recht von der prinzipiellen „Ver-
schiebbarkeit“ der Systemgrenzen aus. Das wirkt sich auf die Frage aus, ob herstellungsrele-
vante Faktoren in der Rechtsanwendung zu berücksichtigen sind. Schon die Abwägung weist
in den Herstellungsbereich von Recht.²⁰³ Allerdings konzentriert sich die Verwaltungsrechts-
wissenschaft auf die gerichtliche Kontrolle der Abwägungsfehler in der *Darstellung*.²⁰⁴ Dies
könnte sich unter der Steuerungsperspektive ändern.

Dass der Entstehungszusammenhang vom Rechtfertigungszusammenhang zu unterscheiden
ist, legt die unterschiedliche *Qualität von Normen* nahe.²⁰⁵ So verweisen Handlungsnormen

¹⁹⁹ Zur Struktur der Abwägung *BVerwGE* 34, 301 ff. (308); 45, 309 ff. (314); 59, 87 ff. (101).

²⁰⁰ Siehe nur *Hans-Joachim Koch*, Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis als Gegenstände gerichtlicher Plankontrolle, *DVBf* 1989, 399 ff.

²⁰¹ Zur Abwägungskontrolle *Gerhardt*, *VwGO* (Fn. 184), Vorb § 113 Rn. 4 ff. und § 114 Rn. 55 ff. (m.w.N.); zum gerichtlichen „Nacharbeiten“ der behördlichen Abwägungsentscheidung *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: Verfassungsrechtliche Vorgaben und Perspektiven, *DVBf* 1997, 281 (288); zu den unterschiedlichen Kontrollsituationen *Helmuth Schulze-Fielitz*, Zusammenspiel von öffentlich-rechtlichen Kontrollen der Verwaltung, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle* (Fn. 84), S. 291 (295 ff.); zum europäischen Veränderungsdruck *Friedrich Schoch*, Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Strukturen des europäischen Verwaltungsrechts*, 1998, S. 279 (292 f.).

²⁰² So *Hoffmann-Riem*, *Verwaltungsrechtsreform* (Fn. 49), S. 129; *Württemberg*, *Optimierungsgebote* (Fn. 125), S. 165; mit dogmatischer Begründung auch *Pache*, *Abwägung* (Fn. 181), S. 492 f.

²⁰³ Zu einer theoretischen Grundlegung *Karl-Heinz Ladeur*, *Abwägung – ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts*, 1984, S. 216 ff.; übersichtlich *Hege Stück*, *Subsumtion und Abwägung*, *ARSP* 84 (1998), S. 405 ff.

²⁰⁴ Siehe *Hans-Heinrich Trute*, *Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden* (Fn. 3), S. 293, 316 f. (m.w.N.).

²⁰⁵ So der steuerungstheoretische „Aufhänger“ bei *Hoffmann-Riem*, *Methoden* (Fn. 82), S. 20 f.; zur Unterscheidung *Niklas Luhmann*, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966, S. 50 ff.; *Bernhard*

auf den Vorgang der Entscheidungsfindung, während Kontrollnormen die Maßstäbe fehlerfreier Entscheidungsbegründung hervorheben. Der Unterscheidung²⁰⁶ liegt die Annahme zugrunde, dass die Qualität der Entscheidung davon abhängt, inwieweit es gelingt, auf die Entscheidungsfaktoren *diessseits der Fehlerfreiheit* zuzugreifen. Spürbar werden Zweifel, ob es für die Rationalisierung administrativer Rechtsanwendung ausreicht, allein das Entscheidungsergebnis – allenfalls punktuell durch verfahrensrechtliche Regelungen flankiert – über Anforderungen an seine Darstellung und Begründung abzusichern.²⁰⁷ Art. 39 Abs. 1 S. 2 u. S. 3 VwVfG werden bisher freilich so gelesen, dass nur die zur Wahrung individueller Rechte erforderlichen Gründe und kontrollrelevante Erwägungen mitzuteilen sind.²⁰⁸

Wie aber ist der Blick auf den Herstellungszusammenhang von Recht zu lenken? Eine steuerungsorientierte Perspektive kann sich nicht damit begnügen, dies von der kontrollbezogenen Seite der Darstellung aus zu tun. In der Tat zielt das Erfordernis, die Entscheidung als rechtmäßig darzustellen, eher auf die Offenlegung der kontrollrelevanten Faktoren. Die bereits gefundene Entscheidung soll mit Regeln zu seiner Begründung *unangreifbar* gemacht, nicht aber das Handeln zur Entscheidungsfindung *angeleitet* werden. Auch kann die Beschränkung auf das Darstellungserfordernis aus Entlastungsgründen durchaus sinnvoll sein. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass die formulierten Darstellungsgründe nicht zugleich die „Herstellungsmotive“²⁰⁹ einer Entscheidung gewesen sind. Prinzipiell steuert die Notwendigkeit, die Entscheidung *lege artis* darzustellen, den „Spielraum für die Entscheidungsherstellung“ mit.²¹⁰ Die Herstellung fließt in die Darstellung ein, ohne von der darstellungsorientierten Dogmatik eigens thematisiert zu werden.

Schlink, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, *Der Staat* 19 (1980), S. 73 (87 ff.); *Jan Harenburg*, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, 1986, S. 267 ff.; zur wissenschaftstheoretischen „Wurzel“ der Unterscheidung *Trute*, *Methodik* (Fn. 204), S. 296 ff.

²⁰⁶ Zur kommunikationstheoretischen Bedeutung der Unterscheidung *Klaus P. Japp/Isabel Kusche*, Die Kommunikation des politischen Systems: Zur Differenz von Herstellung und Darstellung im politischen System, *Zeitschrift für Soziologie* 33 (2004), S. 511 ff.

²⁰⁷ Sehr deutlich *Hoffmann-Riem*, *Methoden* (Fn. 82), S. 21; *ders.*, Eigenständigkeit (Fn. 29), § 10 Rn. 13, 30 ff.; *ders.*, Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung – selbst bei der Anwendung von Recht, in: Arno Scherzberg u.a. (Hrsg.), *Kluges Entscheiden* (i.E.); zum „deduktiven Begründungsmodell“ statt vieler *Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S. 112 ff.; dazu, dass der Konflikt um die richtige Entscheidung als Konflikt um die richtige Entscheidungsbegründung ausgetragen wird: *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft* (Fn. 4), S. 761; zur Rationalisierung „nicht normativer Entscheidungsfaktoren“ als zentralem Anliegen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft *Voßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 3), § 1 Rn. 15.

²⁰⁸ Krit. *Hoffmann-Riem*, Eigenständigkeit (Fn. 29), § 10 Rn. 31 f. und zur Offenlegung der „Maßstabergänzung“ Rn. 87.

²⁰⁹ Klassisch *Josef Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2. Aufl. 1972.

²¹⁰ Zur „Verkoppelung“ s. *Hoffmann-Riem*, *Methoden* (Fn. 82), S. 22 f. unter Verweis auf *Ulfrid Neumann*, *Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation*, *Rechtstheorie* 32 (2001), S. 239 ff. (255); gegen eine scharfe Differenz auch *Trute*, *Methodik* (Fn. 204), S. 308 ff.

Für die Einbeziehung der Kontextbedingungen in die Darstellung von Recht spricht, dass sich eine über die funktionale Unterscheidung hinausgehende *Trennungslinie* kaum ziehen lässt. In dem Maße freilich, wie die Differenz für die administrative Entscheidungstätigkeit aufgegeben wird, entfällt ihr Nutzen im „abdunkeln“ der Herstellungsbedingungen für die eigenständige – und grundsätzlich bewährte – Rationalität der Darstellung.²¹¹ Umgekehrt wird erwartet, dass mit der Entzauberung des juristischen Determinismus²¹² ein methodisch disziplinierter Zugriff auf den Herstellungszusammenhang jene Rationalisierungsleistungen erbringen könnte, die durch die Zurücknahme materieller Programmierungsdichte notwendig werden.²¹³ Dann wäre ein Regelungstyp für die Herstellung von Recht zu entwickeln, der „hinter die Darstellung“ zu greifen und Entscheidungsalternativen im offenen Spielraum der Auswahl zu strukturieren helfen vermag.

Es ist ja auch nicht so, dass es normativ ausgeschlossen wäre, den Herstellungszusammenhang einzubeziehen. Handlungsnormen steuern administratives Handeln mit Blick auf die Entscheidungsfindung. Damit können der Verwaltung weder die Erstentscheidung streitig gemacht noch die Lasten der Selbstprogrammierung abgenommen werden. *Hans-Heinrich Trute* weist zu Recht darauf hin, dass nicht alles, was den Herstellungsprozess der Verwaltungsentscheidung bestimmt, deswegen auch schon normativ bedeutsam sei.²¹⁴ Steuerung beeinflusst Spielräume, wobei die Verwaltung vor Überforderung und Orientierungslosigkeit zu bewahren ist. Letzteres macht die Option angreifbar, der Verwaltung alle Wahlmöglichkeiten zu belassen, solange die Entscheidung nur darstellbar ist. Die herstellungsbedingten Alternativen lassen sich sprachlich nicht immer in den Gründen abbilden. Vieles spricht dafür, dass „unterschiedliche Wege zur Darstellung ein und derselben Entscheidung als richtig“²¹⁵ in Rechnung zu stellen sind. Insofern füllt der Zugriff auf die herstellungsrelevanten Entscheidungsfaktoren aus, was mit der „Ausweitung des Blicks“ auf ihre Steuerungskraft²¹⁶ vorgezeichnet ist.

Die Anerkennung der Rechtserheblichkeit herstellungsrelevanter Entscheidungsfaktoren setzt den Steuerungsanspruch des Rechts konsequent um. Nimmt man die Variationsbreite zur Kenntnis, in der sich Steuerung durch Recht vollzieht, dann lässt sich diese Vielfalt auf der Ebene der Rechtsanwendung nicht einfach ignorieren. Recht muss dies „nachzeichnen“ und

²¹¹ Das ist das Argument von *Luhmann*, *Recht und Automation* (Fn. 205), S. 51 ff.

²¹² Vgl. *Deckert*, *Folgenorientierung* (Fn. 178), S. 76 f.; *Trute*, *Methodik* (Fn. 204), S. 304 („Texte können nicht determinieren, sondern nur motivieren“).

²¹³ In dieser Richtung auch *Schmidt-Aßmann*, *Methoden* (Fn. 56), S. 410 f.

²¹⁴ *Trute*, *Methodik* (Fn. 204), S. 295; zur „Herstellung rechtmäßiger Verwaltungsentscheidungen“ durch die Juristische Methode *Walter Krebs*, *Die Juristische Methode im Verwaltungsrecht*, in: *Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Methoden* (Fn. 3), S. 209 ff.

²¹⁵ *Hoffmann-Riem*, *Methoden* (Fn. 82), S. 23.

²¹⁶ *Hoffmann-Riem*, *Methoden* (Fn. 82), S. 26 f.; *ders.*, *Gesetz* (Fn. 11), S. 47 f.

Orientierungsleistungen erbringen, wo sich die Programmierung administrativen Handelns ändert. Zwar sollen herstellungsorientierte Regeln – wie etwa der Organisationssteuerung²¹⁷ – die Entscheidungsfindung nicht über Gebühr einschränken. Das stellt sich zugegebenermaßen als eine schwierige Gratwanderung dar, wo sich die Innovationsfähigkeit des Rechts erweisen muss.²¹⁸ Jedoch lassen sich die Freiräume der Entscheidungsfindung nicht einfach pauschal der „Verwaltungskunst“ überantworten.²¹⁹

Mit der „Ausweitung des Feldes rechtsnormativer Steuerung“ öffnet sich der Blick auf die Strukturierung von Möglichkeitsräumen. Die Darstellungsperspektive soll und darf aus rechtsstaatlichen Gründen nicht ersetzt werden. Zumeist werden Steuerungsprobleme über darstellungsbezogene Regeln auch sachgerecht verarbeitet werden können. Allerdings greift die Steuerung der Rechtsanwendung über die Darstellung der Herstellung hinaus. Nimmt man die Steuerungsperspektive ernst, geht es um mehr als den „Wiedereintritt“ der Herstellung in die Darstellung. Gerade für komplexe Entscheidungssituationen und das zu suchende Arrangement von Politik und Recht empfiehlt sich eine herstellungsbezogene Rechtsbindung.²²⁰ Nicht alle auf den Herstellungszusammenhang bezogene Anforderungen lassen sich in der „Darstellungsdogmatik“ hinreichend verarbeiten. Die Kopplung herstellungsorientierter Herausforderungen an darstellungsbedingte Anforderungen könnte sich als normativ so nicht geforderte Einschränkung exekutiver Handlungsfreiräume erweisen. Der geforderte Herstellungsbezug eröffnet die Suche nach „neuen“ Formen, in denen Rechtsbindungen neu artikuliert werden können.²²¹ Jedenfalls lässt sich die politische Eigensteuerung der Verwaltung zur Herstellung von Entscheidungen nicht rechtsfrei denken.

Die Entlastung der Darstellung vom Herstellungszusammenhang erlaubt einen kreativen Umgang mit Ungewissheit. Dies kann angesichts des Wegfalls an Erfahrungsgewissheiten und der Erosion kognitiven Urteilsvermögens für die Entscheidungsfindung sinnvoll sein. Aber die Selbstbeschränkung des Rechts darf nicht mit „verantwortungslosem Rückzug“ gleichgesetzt werden. Einmal mehr zeigt sich, dass die scharfen Differenzen in der Steuerungsper-

²¹⁷ Sehr dicht *Trute*, Methodik (Fn. 204), S. 321 ff.; zum hervorzuhebenden Steuerungsfaktor des Personals *Wahl*, Privatorisationsrecht (Fn. 80), S. 312 ff.; ausf. *Barbara Remmert*, Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren, 2003, S. 327 ff., 416 ff., 464 ff.

²¹⁸ Grundlegend *Hoffmann-Riem/Schneider* (Hrsg.), Innovationsforschung (Fn. 25); für das Technikrecht *Franzius*, Technikermöglichkeitsrecht (Fn. 129), S. 505 ff.; zu kontroversen Perspektiven auf die Innovationskraft des Rechts *Arno Scherzberg/Oliver Lepsius*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, VVDStRL 63 (2004), S. 214 ff., 264 ff.; zur Verknüpfung von Risiko- und Innovationsrecht *Hoffmann-Riem*, Risiko- und Innovationsrecht (Fn. 66).

²¹⁹ A.A. *Trute*, Methodik (Fn. 204), S. 308; abgeschwächt auch *Schlink*, Methodendiskussion (Fn. 205), S. 89 („gehöriges Maß an unmethodischer Phantasie und Kreativität“).

²²⁰ Zu weiteren Konstellationen *Trute*, Methodik (Fn. 204), S. 314 ff.

²²¹ So *Hoffmann-Riem*, Methoden (Fn. 82), S. 26 f.; zur gebotenen Kreativität *ders.*, Sozialwissenschaften (Fn. 56), S. 100; s. auch *Schmidt-Aßmann*, Methoden (Fn. 56), S. 410 f.

spektive zugunsten differenzierter Angebote aufzugeben sind. Das gilt auch dann, wenn man davon ausgeht, dass das Recht die Gesellschaft nicht mehr „unmittelbar erreichen“ kann.²²² Hieraus ist gerade *nicht* zu folgern, dass es deshalb nur Prozesse der Selbstbeobachtung sein könnten, die auf die Pflege der Immunbarrieren des Rechtssystems gerichtet seien. Man darf sich durch die „Steuerungssemantik“ nicht irritieren lassen. Recht „steuert“ die Rechtsanwendung im Sinne von Strukturvorgaben, die es ermöglichen sollen, dass die Akteure „von sich aus“ eine richtige und als rechtmäßig darstellbare Entscheidung treffen. Erfolgreiche, weil über die „Basis-Rechtmäßigkeit“ hinausgehende Kreativität setzt eine Orientierung voraus, die nicht allein, aber in erster Linie vom Recht zu erwarten ist. Hier erfasst Steuerung den Herstellungszusammenhang durch die Strukturierung normativer Zurechnungsmöglichkeiten.

V. Ausblick

In die Verwaltungsrechtswissenschaft ist Bewegung geraten, die man nicht als Neuauflage des Weimarer Methoden- und Richtungsstreits rekonstruieren sollte.²²³ Und doch schimmert hinter vielen Streitfragen der alte erkenntnistheoretische Streit darüber, ob der Gegenstand die Methode bestimmt oder die Methode den Gegenstand erzeugt, durch.²²⁴ Diese Unsicherheiten nagen am Status der Rechtswissenschaft.²²⁵ Geht man davon aus, dass Wirklichkeit der Effekt einer realitätskonstruierenden Wirkung²²⁶ wissenschaftlicher Erkenntnis ist, wird der lax

²²² Vgl. *Karl-Heinz Ladeur*, Der Eigenwert des Rechts – die Selbstorganisationsfähigkeit der Gesellschaft und die relationale Rationalität des Rechts, in: Meier-Schatz (Hrsg.), *Zukunft des Rechts* (Fn. 89), S. 44; zur Verteidigung des liberalen Rechts gegenüber deliberativen Zumutungen auch *ders.*, „Deliberative Demokratie“ und „Dritter Weg“ – Eine neue Sackgasse?, *Der Staat* 41 (2002), S. 3 (8 ff.).

²²³ So aber *Möllers*, Richtungsstreit (Fn. 77), S. 187 ff.; zust. *Karl-Heinz Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004, S. 81; zur Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik *Wolfgang Meyer-Hesemann*, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981; *Bumke*, Methodik (Fn. 25), S. 75 ff.; allgemein zur juristischen Methodenlehre *Ulfrid Neumann*, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: Dieter Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, S. 145 (158 ff.); für die Verfassungsrechtswissenschaft *Alexander Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, 2004.

²²⁴ Vgl. *Oliver Lepsius*, Erkenntnisgegenstand und Erkenntnisverfahren in den Geisteswissenschaften der Weimarer Republik, *Ius Commune* 22 (1995), S. 283 (296 ff.); zur gegenstandserzeugenden Methode unter Berufung auf *Dietrich Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, 1961, S. 47 f., 52 f. auch *ders.*, Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002, S. 171 ff.

²²⁵ Zur Frage der Rechtswissenschaft als Wissenschaft *Ulfrid Neumann*, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, in: Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Aufl., 1994, S. 422 ff.; krit. zur Methodenbeliebigkeit *Alexander Blankenagel*, Vom Recht der Wissenschaft und der versteckten Ratlosigkeit der Rechtswissenschaftler bei der Betrachtung des- und derselben, *AöR* 124 (2000), S. 70 (103 ff.); zu Qualitätsmaßstäben *Helmuth Schulze-Fielitz*, Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?, *JöR* 50 (2002), S. 1 ff.; die Globalisierung könnte zu einem Bedeutungsgewinn wissenschaftlicher Jurisprudenz führen, so die Vermutung von *Christoph Möllers*, Globalisierte Jurisprudenz, in: Michael Anderheiden/Stefan Huster/Stephan Kirste (Hrsg.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts*, ARSP-Beiheft 79 (2001), S. 41 (59 f.).

²²⁶ Dahinter wird man kaum zurückfallen können, für die Kognitionswissenschaften *Scherzberg*, Öffentlichkeit (Fn. 26), S. 28 ff.; für die Rechtswissenschaft jetzt auch *Hoffmann-Riem*, Methoden (Fn. 82), S. 30 f.

Umgang mit der Realität problematisch. Erforderlich ist ein methodenbewusster Umgang mit sachgegenständlichen Fragen, deren Antwort nicht immer die Rechtswissenschaft weiss, um deren Beantwortung sie aber dennoch bemüht sein muss. Darin wird das „Neue“ einer Staatswissenschaft²²⁷ oder Europawissenschaft²²⁸ gesehen und auch der Verwaltungsrechtswissenschaft muss es um disziplinäre Selbstbeschränkung *und* rezeptionskritische Öffnung gegenüber den Nachbardisziplinen mit dem Ziel gehen, angemessene Problemlösungen zu entwickeln. Dem entspricht die diagnostizierte Schwerpunktverlagerung von der rechtsanwendungsbezogenen Interpretations- zu einer rechtsetzungsorientierten Entscheidungswissenschaft²²⁹ und das wachsende Interesse an der Gesetzgebungswissenschaft.²³⁰

Damit ist das Methodenproblem nicht gelöst, aber entschärft. Auch die Verwaltungsrechtswissenschaft muss sich auf einen Methodenpluralismus einlassen²³¹ ohne einer ganzheitlichen Verschmelzungsperspektive das Wort zu reden. Solange es an einer die Funktionen des Verwaltungsrechts aufnehmenden Theorie fehlt, kann und wird man sich mit pragmatischen Modellen²³² begnügen können, die freilich zu bedenken haben, dass rechtswissenschaftliche Forschung über Rechtsanwendung hinausgeht und Rechtsanwendung ihrerseits nicht bloß aus Dogmatik besteht.²³³ Der Steuerungsansatz stellt sich so gesehen als eine Perspektive dar, die neben die rechtsaktbezogene Dogmatik tritt, jedoch die Funktionen des Verwaltungsrechts

²²⁷ Vgl. *Andreas Voßkuhle*, Der Dienstleistungsstaat, *Der Staat* 40 (2001), S. 495 (502 f.); *ders.*, Die Renaissance der „Allgemeinen Staatslehre“ im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung, *JuS* 2004, 2 ff.; s. auch *Gunnar Folke Schuppert*, *Staatswissenschaft*, 2003, S. 43 ff.; instruktiv *Arno Scherzberg*, Rationalität – staatswissenschaftlich betrachtet, *LA Hans-Uwe Erichsen*, 2004, S. 177 ff.; krit. *Christoph Schönberger*, Der „Staat“ der Allgemeinen Staatslehre, in: *Olivier Beaud/Erk Volkmar Heyen* (Hrsg.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?*, 1999, S. 111 ff.; *Christoph Möllers*, *Staat als Argument*, 2000, S. 418 ff.; *Vesting*, *Ende der Fürsorglichkeit* (Fn. 141), S. 29.

²²⁸ Vgl. *Gunnar Folke Schuppert*, „Theorizing Europe“ oder von der Überfälligkeit einer disziplinenübergreifenden Europawissenschaft, in: *ders./Pernice/Halter* (Hrsg.), *Europawissenschaft* (Fn. 108), S. 3 (16 ff.); s. auch *Claudio Franzius*, Europäische Öffentlichkeit als Gegenstand der Europawissenschaften, in: *ders./Ulrich K. Preuß* (Hrsg.), *Europäische Öffentlichkeit*, 2004, S. 1 ff.

²²⁹ So *Andreas Voßkuhle*, *Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht*, in: *FS Reiner Schmidt*, 2002, S. 171 (179 ff.); s. auch *Franzius*, *Steuerung durch Recht* (Fn. 168), § 4 Rn. 104 ff.

²³⁰ Siehe etwa jüngst der Deutsche Juristentag in der Abteilung Gesetzgebung: Wege besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle mit dem Gutachten von *Peter Blum*, 65. DJT 2004, I 1 ff.; s. auch *Helmuth Schulze-Fielitz*, *Wege, Umwege oder Holzwege zu besserer Gesetzgebung*, *JZ* 2004, 862 ff.; *Klaus Meßerschmidt*, *Gesetzgebungsermessens*, 2000, S. 777 ff.

²³¹ Zu den vergleichbaren Problemen im Privatrecht *Stefan Grundmann*, *Methodenpluralismus als Aufgabe*, *RabelsZ* 61 (1997), S. 423 (448 ff.).

²³² Weiter ist die rechtswissenschaftliche Rezeption des Steuerungsgedankens bisher nicht gekommen, vgl. *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee* (Fn. 3), 1. Kap. Rn. 34, 38; s. auch mit dem Hinweis, dass ein pragmatisches Verständnis der Arbeitsweise der Verwaltung entspricht: *Voßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 3), § 1 Rn. 46; zu einem pragmatischen Methodenansatz *ders.*, *Methode* (Fn. 229), S. 188 ff.; allgemein *Joachim Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, 1999.

²³³ Zur Funktion von Dogmatik *Brohm*, *Dogmatik* (Fn. 10), S. 246 ff.; grundlegend ferner *Josef Esser*, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, *FS Ludwig Raiser*, 1974, S. 517 ff.; *Niklas Luhmann*, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, S. 15 ff.; *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl., 1996, S. 326 ff.; s. auch *Harenburg*, *Rechtsdogmatik* (Fn. 205), S. 42 ff.

besser aufzunehmen imstande ist. Ob diese Perspektive die traditionelle Dogmatik ablöst oder sich mit dieser erkenntnisfördernd verklammern²³⁴ lässt, hängt davon ab, wie man sich zur rechtswissenschaftlichen Beschreibung von Recht verhält. Eine „kommunikative Abschottung“²³⁵ kann hier durchaus Sinn machen, freilich weniger in der Bewahrung des normativen Selbststandes von Recht²³⁶ als in der Strukturierung der Governance-Perspektive, die von einem Verschwimmen der Grenzen zwischen Steuerungssubjekt und Steuerungsobjekt ausgeht und die Wechselwirkungen nicht mehr auf eine zentrale Spitze bezieht, sondern in Regelungsstrukturen zu verarbeiten sucht.²³⁷ Ob die Rechtswissenschaft diesen Schritt gehen sollte, hängt ebenfalls weniger davon ab, inwieweit das geltende Recht dies verbietet, sondern wie hoch der analytische Beschreibungsgewinn des Perspektivenwechsels eingeschätzt wird.²³⁸ Praktisch ist die Verarbeitung des Steuerungsparadigmas unverzichtbar, doch könnte auf diesem Wege die Rechtswissenschaft erneut ins Hintertreffen geraten.²³⁹ Es steht zu vermuten, dass der „Eigenwert“ des Rechts in einer Perspektive, die sich von einem steuerungsmächtigen Akteur verabschiedet, eher zu halten sein wird. Nimmt man die Stabilisierungsfunktion von Recht in den Blick, wird man einer „katechontischen“ Funktion der Verwaltungsrechtswissenschaft jedenfalls nicht nur mit Mißtrauen gegenüber treten können.²⁴⁰

Dessen ungeachtet wird die Rechtswissenschaft ihren *wissenschaftlichen* Anspruch nur verteidigen können, wenn sie sich nicht „einmauert“ und die Deutungshoheit über Recht nicht der Politikwissenschaft überlässt. Ohne Zweifel war und ist die deutsche, am Rechtsstaatsgedanken geschulte Rechtswissenschaft stark genug, den „Systemgedanken“ und dogmatisches Denken zu exportieren. Ob sich dieses Denken im europäischen Kontext durchsetzen wird, ist aber fraglich.²⁴¹ Die Bestimmung des prekären Verhältnisses zwischen Politik und Recht einer nicht-rechtswissenschaftlichen Perspektive zu überlassen, täte der Rechtswissenschaft und damit auch der Verwaltungsrechtswissenschaft freilich nicht gut.

²³⁴ So *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit (Fn. 23), S. 262; s. auch *Hinnerk Wißmann*, Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), HVwR I (Fn. 3), § 15 Rn. 7.

²³⁵ *Pöcker*, Kommunikation (Fn. 24), S. 510 f., 519.

²³⁶ So jüngst aber wieder *Matthias Jestaedt*, Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), HVwR I (Fn. 3), § 14 Rn. 5 f. mit Fn. 20 und 24.

²³⁷ So *Mayntz*, Governance Theory (Fn. 27), S. 16 f.; s. auch die N. in 66.

²³⁸ Vgl. *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Governance (Fn. 66), S. 468 ff.; s. auch *Schuppert*, Verwaltungsorganisation (Fn. 124), § 16 Rn. 23 ff.

²³⁹ Bezeichnend ist, dass die in Berlin neu gegründete Hertie-School of Governance ihr Lehrpersonal nahezu ausnahmslos aus Nicht-Juristen rekrutiert hat.

²⁴⁰ *Anders Hoffmann-Riem*, Governance (Fn. 48), S. 209 f.

²⁴¹ Was schon im nationalen Kontext durch den „demokratischen Voluntarismus des Gesetzesgebers“ nur schwer einlösbar ist, verliert im europäischen Kontext vollends an Überzeugungskraft: *Möllers*, Methoden (Fn. 55), § 3 Rn. 12, 36, 55; zur Erweiterung der dogmatischen Perspektive unter dem Gedanken des „law in context“ s. *Ulrich Haltern*, Europarecht. Dogmatik im Kontext, 2005.