

Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation

von

Susanne Baer, Prof. Dr. Martin Burgi, Prof. Dr. Martin Eifert, Claudio Franzius, Dr. Thomas Gross, Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem, Matthias Jestaedt, Johannes Masing, Christoph Möllers, Prof. Dr. Ralf Poscher, Franz Reimer, Prof. Dr. Matthias Ruffert, Dr. Eberhard Schmidt-Assmann, Helmuth Schulze-Fielitz, Gunnar Folke Schuppert, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Stolleis, Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute, Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, Hinnerk Wißmann

2. Auflage

Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation – Baer / Burgi / Eifert / et al.

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Allgemeines Verwaltungsrecht - Gesamtdarstellungen



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 61079 0

A. Verwaltungsrecht als Rechtsgebiet und als Wissenschaftsdisziplin

ren?¹²⁵ Solche Fragen berühren den Kern der Beziehungen zwischen Politik und Recht, an deren Schnittstelle die Verwaltung operiert.

8. Verwaltungsrecht als Teil der deutschen Rechtsordnung

Ein methodisch geschlossenes Verwaltungsrecht entstand in Deutschland **16** wie in vergleichbaren Staaten gegen Ende des 19. Jahrhunderts, in der Hochzeit politisch geschlossener Nationalstaatlichkeit und der Blüte der methodischen Verknüpfung von Rechtsbegriff und staatlicher Souveränität.¹²⁶ Das Verwaltungsrecht wird nach wie vor maßgeblich **als staatliches Recht verstanden**. Methodisch bedeutet dies, dass Sätze des positiven Verwaltungsrechts sich auf einen innerstaatlichen Geltungsbefehl zurückführen lassen müssen, der sich nach den Regeln des Bundes- und Landesverfassungsrechts richtet. Zwischenstaatlich wird dies durch die völkerrechtlichen Regeln der Staatenimmunität abgesichert, die die rechtliche Beurteilung ausländischer Hoheitsakte durch ein innerstaatliches Gericht verbieten.¹²⁷ Diese aus Gründen der demokratischen Legitimation politisch und rechtlich gebotene Regel schnitt die Verwaltungsrechtswissenschaft jedoch bis in die Gegenwart von einem internationalen Rechtsgespräch ab, das die Zivilrechtslehre im Internationalen Privatrecht permanent führen muss.¹²⁸ Und selbst das Verwaltungskollisionsrecht blieb lange Zeit praktisch unbedeutend.¹²⁹ Dies ist bedauerlich, weil sich gerade die Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts in Auseinandersetzung mit Frankreich und England abspielte.¹³⁰

Die **Kopplung zwischen Verwaltungsrecht und nationalem Geltungsbefehl** lockert sich jedoch seit längerem auf verschiedenen Ebenen: Noch am verbreitetsten ist die Feststellung, dass große Teile des deutschen Verwaltungsrechts nur noch die Umsetzung europäischer¹³¹ oder völkerrechtlicher¹³² Verpflichtungen darstellen. Dies ist nicht allein eine politische Feststellung, sondern kann auf die Auslegung dieser Materien nicht ohne Auswirkung bleiben.¹³³ Einen weiteren Schritt geht innerhalb der Europäisierung die Relativierung der unterschiedlichen Wirkungen innerstaatlicher und ausländischer Verwaltungsentscheidungen im System der wechselseitigen Anerkennung.¹³⁴ In diesem Kontext verliert

¹²⁵ OVG Berlin, JZ 2005, S. 672, m. Anm. Möllers. Bestätigt durch BVerwGE 126, 33.

¹²⁶ Reinhard, Geschichte (Fn. 2), S. 291 ff.; → Bd. I Stolleis § 2 Rn. 26 ff., 46.

¹²⁷ Jens Hofmann, Rechtsschutz und Haftung im europäischen Verwaltungsverbund, 2004, S. 29 ff. Differenziert Christoph Ohler, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2005, S. 208, 361.

¹²⁸ Zu den zivilrechtlichen Quellen der Rechtsvergleichung Christoph Schönberger, Rechtsvergleichung: Eigenheiten, Methoden und Geschichte, in: IPE IV, § 71, Rn. 4 ff. Zum internationalen Privatrecht als Paradigma des gesamten Unionsrechts: Christian Joerges, Vorüberlegungen zu einer Theorie des Internationalen Wirtschaftsrechts AcP, Bd. 43 (1979), S. 6.

¹²⁹ Klaus Vogel, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, 1965.

¹³⁰ Zum schwer eindeutig zu bestimmenden französischen Einfluss auf das Werk Otto Mayers: Erk V. Heyen, Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981. Skeptisch bereits Erich Kaufmann, Verwaltung, Verwaltungsrecht, in: Max Fleischmann (Hrsg.), Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. III, 1914, S. 688 (703 ff., 710 ff.).

¹³¹ Übersichten fehlen weitgehend, der Blick auf die Kompetenzen hilft aber weiter: Joachim Suerbaum, Die Kompetenzverteilung beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts in Deutschland, 1998.

¹³² Thomas Vollmöller, Die Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts, 2001.

¹³³ → Rn. 31 f.

¹³⁴ Hans C. Röhl, Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000.

§ 3 Methoden

auch das Dogma der Staatenimmunität viel von seiner Überzeugungskraft.¹³⁵ Schließlich legt die wachsende Normproduktion internationaler Organisationen es nahe, mehr über dortige Verwaltungsverfahren und die behutsame Transposition nationaler Standards nachzudenken.¹³⁶ All diese Phänomene höhlen den formal weiterhin korrekten Hinweis auf den deutschen Geltungsgrund des Verwaltungsrechts¹³⁷ materiell aus und relativieren den Wert der immer noch gängigen Bezeichnung „deutsches“ Verwaltungsrecht nachhaltig. Selbst in der Anwendung durch deutsche Behörden wird Verwaltungsrecht mehr und mehr zu einem Phänomen, das verschiedene Regelungsebenen integriert.¹³⁸

III. Eigenarten des Verwaltungsrechts – eine Zwischenbilanz

- 17 Das so entstehende Bild des deutschen Verwaltungsrechts als Rechtsgebiet ist vielfältig. Es lässt sich aus ihm kein konsistentes „Konzept“ des Verwaltungsrechts entwickeln und methodisch umsetzen. Trotzdem sind Eigenheiten des Verwaltungsrechts zu bestimmen, die dieses Rechtsgebiet auch materiell von anderen unterscheiden. Es ist namentlich die hohe Bindung an gesetzliche Vorgaben bei gleichzeitig intensivem Verfahrensbezug, die spezifisch erscheinen und die Möglichkeiten einer materiellen Systembildung beschränken. Zugleich werden die internationale Öffnung und die Verschiebung in der Formalstruktur der Verwaltungspraxis die Bedeutung überlieferter Methoden relativieren. Die Bedeutung des Grundgesetzes ist dabei immer noch relativ groß, in der Tendenz aber abnehmend.

B. Methodische Zugänge zum Verwaltungsrecht

Was unter Methode zu verstehen ist, ist ungewiss (I.). Manche Methoden beziehen sich allein auf die Rechtsanwendung (II.), manche werden von Wissenschaft und Praxis geteilt (III.), manche schließlich betreffen allein die Rechtswissenschaft (IV.).

I. Möglichkeiten des Methodenverständnisses

- 18 Untersuchungen zu rechtswissenschaftlichen Methodenproblemen geben selten eine Antwort darauf, was mit „**Methode**“ gemeint ist.¹³⁹ Doch ist der Begriff vieldeutig, auch wenn das Wort semantisch den „Weg“ bezeichnet, der einzuschlagen ist, um eine Erkenntnis zu erhalten. Des Weiteren aber ist zu differenzie-

¹³⁵ Zum Problem, aber im Ergebnis beibehaltend: Hofmann, Rechtsschutz und Haftung (Fn. 127), S. 129 ff.

¹³⁶ Dazu nur Benedict Kingsbury/Nico Krisch/Richard B. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, International Law and Justice Working Paper, New York, 2004, S. 20 ff.; → Bd. I Schmidt-Aßmann § 5 Rn. 41 ff.

¹³⁷ Grundsätzlich in diesem Sinn BVerfGE 89, 155; 123, 267.

¹³⁸ → Rn. 30 ff.

¹³⁹ So die berechtigte Kritik bei Wolfgang Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden, S. 11 f.

B. Methodische Zugänge zum Verwaltungsrecht

ren: Juristische Methoden können normativen Anspruch erheben oder sich darauf beschränken, die Analyse des Rechts anzuleiten (1.). Methodenfragen können sich auf die Rechtswissenschaften oder auf die Rechtsanwendung beschränken, ohne dass sich die unterschiedlichen Zugriffe stets trennen ließen (2.).

1. Normatives und deskriptives Methodenverständnis

Methodik kann bezwecken, eine bestimmte Praxis qualitativ zu sichern oder 19 aber diese zu reflektieren, sie kann ex ante oder ex post vorgehen. Obwohl sich beide Zugriffsformen nicht kategorial voneinander trennen lassen – der retrospektiven Reflexion kann man Vorgaben für die Zukunft entnehmen – steckt hinter ihnen doch ein grundlegend unterschiedliches **Verständnis von Wissenschaft**. Einem in der klassischen Moderne¹⁴⁰ begründeten, auch für die Rechtswissenschaften explizierten Ansatz¹⁴¹ zufolge lassen sich Standards wissenschaftlicher Erkenntnisgewinnung benennen und als Vorgaben an die Wissenschaft adressieren. Diese Vorstellung sieht sich in der neueren Wissenschaftstheorie deutlicher Kritik ausgesetzt, auch weil die Entwicklung wissenschaftlicher Erkenntnis nicht als Fortschritt, sondern als Erkenntnisevolution gedeutet wird, für deren Fortkommen keine zuverlässigen Meta-Regeln bestehen.¹⁴² Wissenschaftliche Innovation kann sich aus einem radikalen Bruch mit vorhandenen wissenschaftlichen Standards ergeben, ohne dass jeder Bruch innovativ wäre. Damit verliert die Wissenschaftstheorie ihren normativen Gehalt, sie kann wissenschaftliche Entwicklungen nur noch retrospektiv untersuchen.¹⁴³ Zwischen beiden Positionen entstehen in neuerer Zeit aber vom Pragmatismus inspirierte Konzepte, die die **Offenheit der wissenschaftlichen Evolution** in Rechnung stellen, ohne auf die Entwicklung bestimmter Standards guter Praxis völlig verzichten zu wollen.¹⁴⁴ Methodenreflexion wird zur Methodenvergewisserung, in der auch die Rechtswissenschaft verpflichtet ist, sich selbst zu beobachten und Fehlentwicklungen zu bezeichnen.

Obwohl sich die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft kaum von wissen- 20 schaftstheoretischen Diskussionen hat beeindrucken lassen, finden sich in ihr Spuren der Diskussion. Neuere Beiträge setzen auf die Entwicklung wissenschaftlicher Standards¹⁴⁵ oder auf Strukturen der Arbeitsteilung innerhalb der Rechtswissenschaft,¹⁴⁶ damit auf normative **Vorgaben für „gute Wissenschaft“**. Zudem wird auch die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht langsam Gegenstand einer kritischen **Wissenschaftsgeschichte**,¹⁴⁷ deren Beiträge Lernmöglichkeiten

¹⁴⁰ Karl Popper, Logik der Forschung, 2. Aufl. 1966.

¹⁴¹ Hans Albert, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft und die Aufgabe der Jurisprudenz, 1993. Vgl. auch Maximilian Herberger/Dieter Simon, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980, S. 341 ff.

¹⁴² Dies ist ein gemeinsamer Nenner so unterschiedlicher Beiträge wie Thomas Kuhn, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 1967, S. 123 ff.; Paul Feyerabend, Wider den Methodenzwang, 1976; Michel Foucault, Die Ordnung der Dinge, 1971.

¹⁴³ Dazu Christoph Möllers, Historisches Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden, S. 133.

¹⁴⁴ Peter Weingart, Die Stunde der Wahrheit, 2001.

¹⁴⁵ Helmuth Schulze-Fielitz, Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?, JöR n.F., Bd. 51 (2002), S. 1.

¹⁴⁶ Andreas Voßkuhle, Methode und Pragmatik im öffentlichen Recht, in: Hartmut Bauer u.a. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 172 (188 ff.).

¹⁴⁷ Z.B. Meyer-Hesemann, Methodenwandel; Günther, Denken (Fn. 21); Anna-Bettina Kaiser, Die Kommunikation der Verwaltung, 2009.

§ 3 Methoden

bereithalten und an die Methodendiskussion anknüpfen können.¹⁴⁸ Hier ist die wissenschaftliche Reflexion allerdings noch ausbaufähig, auch wenn das Interesse an der Wissenschaftstheorie des Rechts spürbar zugenommen hat.¹⁴⁹ Es fehlt aber weiterhin an einer systematischen Beobachtung von Entwicklungspfaden der Disziplin, die auch Rückschlüsse auf ihre Weiterentwicklung bieten könnten: Wir wissen zu wenig darüber, in welcher Gemengelage von Verwaltungspraxis, Rechtsprechung, politischem Diskurs und Wissenschaft sich bestimmte rechtswissenschaftliche Paradigmen aus welchen Gründen durchsetzen. Gerade die Verwaltungsrechtswissenschaft ist noch zu sehr auf die Rechtsentwicklung fixiert und beobachtet zu wenig die Konjunkturen der Wissenschaftsentwicklung, die gegenüber der Rechtsentwicklung ein Eigenleben entwickeln und entwickeln sollen.¹⁵⁰ Hat die Debatte um den Planungsbegriff die Verwaltungsrechtslehre in irgendeiner Weise weitergebracht?¹⁵¹ Warum ist das europäische Verwaltungsrecht so lange nur defensiv als Faktor der Einwirkung auf das deutsche Recht verstanden worden?¹⁵² Die Untersuchung solcher Fragen könnte auch dabei helfen, gezielter neue Forschungsperspektiven zu entwickeln.

2. Anwendungs- und wissenschaftsbezogenes Methodenverständnis

- 21 Das Verwaltungsrecht kann aus der Perspektive der Rechtsanwendung oder der Rechtswissenschaft methodisch untersucht werden. Es geht zum einen um angemessene Praxis, zum anderen um angemessene Wissenschaft. Beide Perspektiven mögen zusammenfinden – so unter Umständen in der Rechtsdogmatik¹⁵³ – doch sind solche Gemeinsamkeiten nicht selbstverständlich. Beide Perspektiven unterhalten zudem eine asymmetrische Beziehung: Die **Rechtsanwendung** bedarf stabilisierter Zugänge zum Recht – eingeschliffener Methodenroutinen, um ihre Funktion zu erfüllen. Diese Routinen können jedoch jenseits von Praktikerratgebern und Formularhandbüchern nicht durch die Praxis selbst systematisch beschrieben werden. Jede systematische Beschreibung verlässt automatisch das Gebiet der Praxis und bewegt sich in den Bereich der Wissenschaft – und zuviel und zu genaue Systematik irritiert die Praxis eher, als dass sie diese stabilisiert. Das praktisch wichtigste Mittel, um die Methodenroutinen der Rechtsanwendung zu stabilisieren, besteht in der juristischen Ausbildung, die zugleich eine Verknüpfung zur Rechtswissenschaft herstellt.¹⁵⁴ Für die **deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft** sind mit Blick auf die Unterscheidung

¹⁴⁸ Möllers, Historisches Wissen (Fn. 143), S. 151 ff.

¹⁴⁹ Siehe beispielhaft Andreas Funke/Jörn Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009; Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl. 2009; Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007.

¹⁵⁰ Vorbildlich Kaiser, Kommunikation (Fn. 147), S. 118 ff., 199 ff.; in diese Richtung auch Matthias Kötter, Pfade des Sicherheitsrechts, 2008.

¹⁵¹ Aus der damaligen Diskussion Joseph H. Kaiser (Hrsg.), Planung, Bd. I–VI, 1965–1972.

¹⁵² So Thomas v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996; Michael Brenner, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, 1996. Anders: Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1996, S. 270.

¹⁵³ → Rn. 35 f.

¹⁵⁴ → Rn. 57.

B. Methodische Zugänge zum Verwaltungsrecht

zwischen rechtswissenschaftlichen und Rechtsanwendungsmethoden zwei Beobachtungen herauszustellen: Zum Ersten ist das Interesse des Verwaltungsrechts an Methodenfragen im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten traditionell gering. Dies ändert sich erst in den letzten Jahren¹⁵⁵ und kann – wie stets – als ein Zeichen grundsätzlicher Verunsicherung verstanden werden, in der erst die Disziplin ihre Qualitäten unter Beweis stellen kann.¹⁵⁶ Phänomene wie Privatisierung und Internationalisierung haben bestimmte Leitkategorien in Frage gestellt.¹⁵⁷ Außerdem werden Methodenfragen im deutschen öffentlichen Recht traditionell im Verfassungsrecht abgehandelt.¹⁵⁸ Dies liegt an den oben entwickelten Eigenschaften des Verwaltungsrechts: Die hohe Vergesetzlichung des Rechtskorpus steht einer methodischen Durchdringung im Wege. Der Druck von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Entscheidungen zu erzeugen, wirkt sich im Verwaltungsrecht deutlicher aus als im Verfassungsrecht. Zum Zweiten dominiert in der gesamten deutschen Rechtswissenschaft ein anwendungsbezogenes, ausbildungsorientiertes Methodenverständnis.¹⁵⁹ Die Rechtswissenschaft stellt sich in den Dienst der Rechtsanwendung. Ein Verständnis über richtige Methoden bezeichnet zumeist ein solches über eine gute Praxis, nicht über eine gute Wissenschaft.

Diese **Präferenz für ein anwendungsbezogenes Methodenverständnis** bleibt 22 nicht ohne Konsequenzen für die Beurteilung der Rechtsordnung durch die Rechtswissenschaft. Beschränkt sich die Rechtswissenschaft auf die Rolle des „Zulieferers“¹⁶⁰ der Rechtsanwendung, so bleibt damit eine bestimmte kritische Methodenperspektive ausgeschlossen. Eine anwendungsbezogene Perspektive muss praktisch vertretbare Lösungen, methodische Kompromisse und Ausgleichsformeln gegenüber der Aufdeckung von Systembrüchen, argumentativen Aporien oder systematischer Konsequenz vorziehen. Dies ist eine hoch zu veranschlagende Leistung juristischer Rationalität.¹⁶¹ Ein solches Methodenverständnis ermöglicht eine hohe wissenschaftliche Durchdringung der Praxis des Verwaltungsrechts, die nicht zuletzt in bestimmten typischen Literaturgattungen wie dem Gesetzeskommentar oder der Rechtsprechungsübersicht zum Ausdruck kommt. Allerdings werden damit auch Erkenntnismöglichkeiten verschenkt, die jedenfalls für die Wissenschaft von Bedeutung sind. Wie fruchtbar ein kritisches, damit anwendungsdistanziertes Methodenverständnis sein kann, zeigt die amerikanische Diskussion auch im Verwaltungsrecht.¹⁶² Im Ergebnis ist

¹⁵⁵ → Bd. I Voßkuhle § 1 Rn. 1, 9 ff.

¹⁵⁶ So die bekannte Feststellung bei Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, 1927, S. 9.

¹⁵⁷ Möllers, Methodenstreit (Fn. 86), S. 197 ff.

¹⁵⁸ Für viele Beiträge hier nur: Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. 1991; Ernst W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 53; Hans-Joachim Koch, *Die juristische Methode im Staatsrecht*, 1977.

¹⁵⁹ Christoph Möllers / Andreas Voßkuhle, *Die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der internationalisierten Wissenschaften – Beobachtungen, Vermutungen, Thesen*, DV, Bd. 36 (2003), S. 321 (327 f.).

¹⁶⁰ Zu dieser Aufgabe der Rechtsdogmatik Jan Harenburg, *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis*, 1986, S. 154 ff.

¹⁶¹ Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 99), S. 262 ff.

¹⁶² Beispiele aus dem amerikanischen Verwaltungsrecht: Theodore J. Lowi, *The End of Liberalism*, 2. Aufl. 1979; Jerry L. Mashaw, *Bureaucratic Justice*, 1983; ders., *Due Process in the Administrative State*, 1985.

§ 3 Methoden

deswegen keinem der beiden Methodenverständnisse der Vorzug zu geben. Von der Dominanz der Rechtsanwendung und von einer gewissen Fixierung auf Ausbildungsliteratur hat sich die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft aber weitergehend als bisher zu lösen, sonst droht nicht allein Unwissenschaftlichkeit, sondern auch Provinzialität.

II. Rechtsanwendung: Juristische Methode im Verwaltungsrecht

1. Gesetzesbindung: Normtextauslegung und Verfahrensbezug

- 23 Der methodische Ausgangspunkt des Verwaltungsrechts ist die Gesetzesbindung der Verwaltung, Art. 20 Abs. 3 GG. Mit dieser Feststellung ist keine Aussage darüber getroffen, inwieweit sich die Verwaltung tatsächlich an gesetzlich definierten Inhalten orientieren kann; vielmehr ist die Gesetzesbindung ein verfassungsrechtliches, also ein **normatives Gebot mit methodischer Konsequenz**.¹⁶³ Es besagt, dass das Handeln der Verwaltung sich durch den Verweis auf das Gesetz unter Anwendung der überlieferten juristischen Methoden rechtfertigen lassen muss.¹⁶⁴ Es besagt nicht, dass die Gesetzesauslegung das Verwaltungshandeln abschließend determinieren soll oder kann. Der häufige Hinweis auf die fehlende faktische Bindungswirkung von Gesetzestexten und auf die Bedeutung von Vorverständnissen für die Textauslegung ist differenziert zu verstehen.¹⁶⁵ Einem kategorialen Missverständnis unterliegt, wer das Gebot der Gesetzesbindung mit seiner methodischen Einlösung und diese wiederum mit einer vollständigen Gesetzesdeterminiertheit der Verwaltung verwechselt. Verfassungsrechtlich ist das Gesetz der Ausgangspunkt des Verwaltungshandelns im deutschen Verwaltungsrecht. Wie dies methodisch zu bewältigen ist, bleibt eine zweite Frage.

Trotz zahlloser theoretischer und praktischer Anfechtungen¹⁶⁶, trotz aller zweifelnden Hinweise auf nicht textlich fixierbare Vorverständnisse und auf die Ungewissheiten sprachlicher Bedeutung, die immer eines sie stabilisierenden Kontextes bedürfen¹⁶⁷, hat die hohe Dichte der Kodifikation von Rechtstexten im Verwaltungsrecht zu einer vergleichsweise hohen **Stabilisierung von Bedeutungen** geführt. Keine rechtstheoretische Kritik an den Möglichkeiten textueller Kommunikation kann sich der Einsicht verschließen, dass mit der quantitativen Verdichtung von Rechtstexten auch die Möglichkeiten zunehmen, Inhalte zu determinieren. Eine Verwaltungspraxis, die das – an dieser Stelle nicht zu repetierende – elementare Handwerk der Rechtsanwendung nicht beherrscht, ist

¹⁶³ Eingehend entwickelt bei *Ralph Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung?, 1989.

¹⁶⁴ *Walter Krebs*, Juristische Methode im Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden, S. 209 (213 ff.).

¹⁶⁵ Guter Überblick und angemessene Relativierung bei *Karl-Heinz Ladeur*, Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels, *RabelsZ*, Bd. 64 (2000), S. 60 (62 ff.).

¹⁶⁶ Philosophisch informierte Anti-Kritik dazu bei *Hans-Joachim Koch*, Sprachphilosophische Grundlagen der juristischen Methodenlehre, in: Robert Alexy/Hans-Joachim Koch/Lothar Kuhlen/Helmut Rießmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, S. 123.

¹⁶⁷ Dies kann der hermeneutischen Hervorhebung von Vorverständnissen konzidiert werden. *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970; *Stanley E. Fish*, Is There a Text in this Class?, 1977, S. 303 ff. Für den juristischen Gebrauch: *Stanley E. Fish*, Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature, in: ders., Doing What Comes Naturally, 1989, S. 87.

B. Methodische Zugänge zum Verwaltungsrecht

schwer vorstellbar. Insoweit ist die hohe Quote von Juristen im Verwaltungsdienst auch ein Mittel zur Durchsetzung der Gesetzesbindung.

Traditionell gilt die **Subsumtion** unter den Gesetzestext als das zentrale methodische Paradigma der Rechtsanwendung in Deutschland.¹⁶⁸ Doch verdankt das Subsumtionsparadigma seinen Erfolg vor allem den Erfahrungen des Zivil- und Strafrechts, für das Verwaltungsrecht ist es nur von eingeschränkter Bedeutung. Dies ist schon deswegen der Fall, weil die Verwaltung als **Erstinterpret des Verwaltungsrechts**¹⁶⁹ eine demokratisch legitimierte Organisation ist, die anders funktioniert als die privaten Akteure, die sich an Straf- und Zivilgesetzen orientieren. Die Anwendung des Gesetzes aber wirkt auf die Bedeutung des Gesetzes zurück.¹⁷⁰ Immerhin: Eine große Vielzahl von materiellen Regeln des Verwaltungsrechts lässt sich ohne weiteres mit den Regeln der hergebrachten wörtlichen und systematischen Gesetzesinterpretation bestimmen¹⁷¹: Vom Bauordnungsrecht bis zum Sozialrecht sind diese Fälle unproblematisch, deswegen aber auch nicht von herausgehobenem methodischem Interesse. Sprachliche Alltagsbedeutungen sichern in solchen Fällen die gesetzliche Grundlage des Verwaltungshandelns. Gerade in der jüngeren Diskussion hat die subjektiv-historische Auslegung verstärkte Aufmerksamkeit und auch eingehende Rechtfertigung gefunden.¹⁷² Werden diese theoretischen Einsichten vom Anwender ernst genommen, so begründet dies die Notwendigkeit, sich statt mit griffigen verfassungsrechtlich inspirierten Großformeln genauer mit dem historischen Willen des konkreten Gesetzgebers in einem bestimmten politischen Kontext auseinanderzusetzen.

In einer Vielzahl praktisch bedeutsamer Fälle allerdings genügt der Blick in ein einschlägiges Gesetz und seinen historischen Kontext nicht: Die Auslegung der polizeilichen Generalklausel, die Ermittlung eines Ermessensspielraums der Verwaltung, die Klärung der Frage, ob eine bestimmte Regel auch ein subjektives öffentliches Recht gewährt, oder gar die Befolgung von Vorgaben der planerischen Abwägung sind allesamt kaum nach den Regeln der klassischen Subsumtion zu bestimmen.¹⁷³ Hier spielen vielmehr unterschiedliche materiellrechtliche Vorgaben und die **besonderen Entscheidungsbedingungen der Verwaltung** auch für das Verständnis des materiellen Gesetzestextes eine entscheidende Rolle.¹⁷⁴ Ein Beispiel: Für die Auslegung der polizeilichen Generalklausel

¹⁶⁸ Dazu auf der Höhe der theoretischen Debatte: Jochen Bung, Subsumtion und Interpretation, 2004, S. 23 ff. Dazu auch Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, S. 85 ff. Weiterhin die kritischen Darstellungen bei Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik I, 9. Aufl. 2004, S. 158 ff.; Hans-Martin Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, S. 180 f.; Peter Koller, Theorie des Rechts, 2. Aufl. 1997, S. 197 ff. Eine umfassende am Verwaltungsrecht orientierte Rechtfertigung dieses Vorgehens, mit der sich jede zu pauschale Kritik auseinander zu setzen hat, bei Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 58 ff.

¹⁶⁹ Walter Schmidt, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, S. 58.

¹⁷⁰ Ladeur, Methodendiskussion (Fn. 165), S. 67.

¹⁷¹ Mit Blick auf verwaltungsrechtliche Probleme: Koch/Rüßmann, Begründungslehre (Fn. 166), S. 126 ff., 163 ff. Eingehend: Dirk Looschelders/Wolfgang Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 21 ff., 130 ff.

¹⁷² Rechtstheoretische Rechtfertigung bei Matthias Jestaedt, Wie das Recht, so die Auslegung, ZÖR, Bd. 55 (2000), S. 133 (149 ff.). Grundsätzlich positiv auch Looschelders/Roth, Juristische Methodik (Fn. 171), S. 32 ff., 153 ff.

¹⁷³ Oder genauer: Die Ermittlung eines Obersatzes, unter den zu subsumieren ist, lässt sich nicht allein anhand der Exegese eines einzigen materiell-rechtlichen Gesetzestextes bewältigen.

¹⁷⁴ Grundlegend insoweit Schmidt, Einführung (Fn. 169), S. 23 ff.

§ 3 Methoden

wird die konkrete Entscheidungssituation der Verwaltung selbst Teil des Maßstabs (ex-ante Perspektive)¹⁷⁵; dieser wird ergänzt durch eine Betrachtung des gesetzlichen **Zwecks** des konkreten Verwaltungshandelns (Gefahrenabwehr) und durch den Verweis auf die Gesamtheit der rechtlichen Bindungen (öffentliche Sicherheit). Schon dieses Beispiel aus einem gern als „klassisch“ bezeichneten Rechtsgebiet unterstreicht: Das Verwaltungshandeln ist im Regelfall von einer Vielzahl von Normen determiniert¹⁷⁶, ein methodengerechtes Verständnis des Inhalts der rechtlichen Bindung muss zudem gesetzlich definierte Zwecke einbeziehen und kann vom Entscheidungszusammenhang nicht absehen, der oft im Verfahrens- und Organisationsrecht zum Ausdruck kommt. Dies ist näher zu betrachten:

- 25 Aus zwei Gründen sind **teleologische Auslegungstechniken** in der Rechtsanwendung im Allgemeinen methodisch verdächtig.¹⁷⁷ Zum Ersten erscheint die Ermittlung des Zwecks oftmals als eine bloße Unterstellung. Dieses im Zivilrecht virulente Problem ist für das Verwaltungsrecht jedoch sekundär¹⁷⁸, denn an ausdrücklichen gesetzlichen Zweckregelungen fehlt es selten, § 40 VwVfG unterstreicht ihre Bedeutung. Zum Zweiten aber verweisen teleologische Regelungen auf ihre Verwirklichung in der Zukunft, obwohl die Subsumtionslogik eigentlich vergangenheitsbezogen funktioniert, indem etwas bereits Definiertes zur Anwendung kommt.¹⁷⁹ Durch Zweckregelungen wird der Verwaltung das Problem aufgenötigt, zu prüfen, mit welchen Mitteln ein Zweck erreicht werden kann; es geht also auch um eine faktische Frage. Zudem kennen Gesetze im Verwaltungsrecht oftmals eine Vielzahl sich auch widersprechender Zwecke, so § 1 Abs. 5 BauGB oder § 2 Abs. 2 TKG. Eine methodengerechte Entscheidung ergibt sich hier aus der nachvollziehbaren Einbeziehung aller gesetzlichen Zwecke. Diese wird auch als **Abwägung** bezeichnet¹⁸⁰, wobei Unterschiede zur Grundrechtsdogmatik sowohl mit Blick auf die Zahl und Konkretheit von Zwecken als auch mit Blick auf die verfahrenstechnische Strukturierung der Entscheidung offensichtlich sind. Entgegen der Abwägungsdogmatik der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung¹⁸¹ lassen sich über die Gewichtung dieser Belange anders als über ihre Einbeziehung allerdings kaum methodisch belastbare Aussagen machen.¹⁸² Doch finden sich weitere prozedurale Bestimmungsfaktoren, die auch auf den materiellen Inhalt der Entscheidung nicht ohne Ein-

¹⁷⁵ Darstellung und Kritik bei Ralf Poscher, Gefahrenabwehr, 1999.

¹⁷⁶ Zutreffend: Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 1. Kap. Rn. 46.

¹⁷⁷ Zur Kritik etwa Müller/Christensen, Juristische Methodik (Fn. 168), S. 116 f.

¹⁷⁸ So schon zutreffend Forsthoff, VerwR, S. 160 f.

¹⁷⁹ Ladeur, Methodendiskussion (Fn. 165), S. 64; Möllers, Historisches Wissen (Fn. 143), S. 132 ff. m. w. N.

¹⁸⁰ So etwa Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 4. Kap. Rn. 50. Theoretische Rechtfertigung eines einheitlichen Konzepts der Abwägung im Verfassungs- und Verwaltungsrecht bei Hans-Joachim Koch, Die normtheoretische Basis der Abwägung, in: Robert Alexy/Hans-Joachim Koch/Lothar Kuhlen/Helmut Rießmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, S. 235.

¹⁸¹ Grundlegend BVerwGE 45, 309, zum Überblick Helmuth Schulze-Fielitz, Verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Planung im Wandel, in: FS Werner Hoppe, 2000, S. 997.

¹⁸² Hier gelten die allgemeinen Überlegungen von Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976. Anderes gilt mit Blick auf Eingriffsintensitäten (anschaulich: Robert Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL, Bd. 61 (2002), S. 7 [19 ff.]), aber dieses Instrument erscheint für die Zweckvielfalt administrativer Entscheidungsfindung oftmals zu grob.