

Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft – „Verkehrsregeln“ und „Verkehrsströme“

VON

Thomas Vesting, Frankfurt am Main

I. Normativ-dogmatische und interdisziplinäre Verwaltungsrechtswissenschaft

Ist die Verwaltungsrechtswissenschaft eine rein dogmatische Rechtswissenschaft, die sich ausschließlich am geltenden Recht, der positiven Rechtsordnung, orientiert? Oder verfügt die Verwaltungsrechtswissenschaft über Freiheitsgrade, die sich nicht auf die Befassung mit der positiven Rechtsordnung und ein daraus abgeleitetes, „dogmatisches“ Wissenschaftsverständnis reduzieren lassen? Die Beantwortung dieser beiden Fragen, die im Zentrum des neueren Methodenstreits um den Charakter der Verwaltungsrechtswissenschaft stehen,¹ lässt sich in idealtypischer Weise auf zwei Positionen reduzieren, die jeweils die Grenze auf einer Skala möglicher Abschwächungen der Eindeutigkeit einer klaren Antwort markieren. Die eine Position, die hier als „normativ-dogmatische Verwaltungsrechtswissenschaft“ bezeichnet werden soll, bejaht die Frage nach dem juristisch-dogmatischen Charakter der Verwaltungsrechtswissenschaft uneingeschränkt. Sie lehnt jede Öffnung der Verwaltungsrechtswissenschaft für nachbarwissenschaftliches Wissen ab, wobei die Nachbarwissenschaften hier primär als deskriptive, als an „sozialen Veränderungen“ ausgerichtete Wissenschaften beschrieben werden.² Dagegen plädiert die andere Position, die wir die „interdisziplinäre Verwaltungsrechtswissenschaft“ nennen wollen, gerade für eine Hinwendung zu diesen „sozialen Veränderungen“ und den diese sozialen Veränderungen beschreibenden Nachbarwissenschaften der Rechtswissenschaft.³ Mit Nachbarwissenschaften sind hier also normalerweise die nicht-nor-

¹ Chr. Möllers, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, Verwaltungsarchiv 90, 1999, S. 187 ff. Dass diese Diskussion nicht ganz neu ist, zeigt ein kurzer Blick in das Staatsrechtslehrerreferat von W. Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff., 249 ff. Wie diese und die folgenden Fußnoten nochmals deutlich machen, verstehen sich die hier präsentierten Überlegungen als Beitrag zur neueren verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodendiskussion. Meine Überlegungen beziehen sich also nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, auf geltendes Recht sowie Rechts- und Gerichtspraxis, sondern auf verwaltungsrechtswissenschaftliche Beiträge, die teils auf diese Rechts- und Gerichtspraxis, teils auf andere verwaltungsrechtswissenschaftliche Publikationen reagieren. Systemtheoretisch gesprochen geht es also um Selbstbeschreibung, d.h. um die Anfertigung eines verwaltungsrechtswissenschaftlichen Textes, mit dessen Hilfe andere (methodisch orientierte) Selbstbeschreibungen des Systems im System (Verwaltungsrecht) kritisch überprüft werden sollen.

² Siehe z.B. O. Lepsius, Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002, S. 398 ff.; ders., Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999; Möllers (Fn. 1), S. 187 ff.; ders., Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Verwaltungsarchiv 2002, S. 22 ff.

³ Siehe z. B. G.-F. Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 44 ff. („Grenzgängertum als Beruf“); W. Hoffmann-Riem, Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung als Reaktion auf gesellschaftlichen Innovationsbedarf, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung, 2002, S. 26 ff. für die Einbeziehung von „Innovationsforschung“; M. Eifert, in Eifert/Hoffmann-Riem

mativen, deskriptiven Wissenschaften wie Wirtschaftswissenschaften, Soziologie, Verwaltungswissenschaften oder Technikforschung gemeint,⁴ die sich, so die Unterstellung der interdisziplinären Verwaltungsrechtswissenschaft, aufgrund ihrer größeren Sachnähe schneller auf die sich permanent verändernde Verwaltungswirklichkeit einstellen können und deren Forschungsergebnisse die interdisziplinäre Verwaltungsrechtswissenschaft daher auch in den Rechtswissenschaften berücksichtigt wissen will. Übersetzt man den Begriff „Verkehr“ in den von den Veranstaltern vorgegebenen Begriffen „Verkehrsregeln“ und „Verkehrsströme“ mit „Zirkulation“, d.h. in unserem Fall: der Zirkulation von Wissen in Formen von Ideen und Theorien, geht es beim vorliegenden Thema also um die Frage, ob sich für den *Wissens-transfer* zwischen den Nachbardisziplinen und der Verwaltungsrechtswissenschaft Regeln finden oder aufstellen lassen, die diesen Wissenstransfer, die Verkehrsströme zwischen Verwaltungsrechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, strukturieren.

Wenn man das Thema so anlegt, ist zwar die Existenz unterschiedlicher wissenschaftlicher Disziplinen als selbstverständlich vorausgesetzt, nicht aber die Existenz von Verkehrsströmen zwischen Verwaltungsrechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften. Es ist offensichtlich, dass die Verwaltungsrechtswissenschaft *heute* vielfach auf wissenschaftliches Wissen aus Nachbardisziplinen zurückgreift. Das zeigt nicht zuletzt die Reformdiskussion selbst. Die Themenstellung würde dann die Frage ausblenden, ob eine nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft methodisch überhaupt tragfähig ist. Die normativ-dogmatische Verwaltungsrechtswissenschaft würde aber bereits die Unterstellung der Tragfähigkeit einer solchen Rechtswissenschaft angreifen. Sie würde u. a. das Argument vorbringen, dass eine interdisziplinäre Verwaltungsrechtswissenschaft zu viele und zu verschiedene Wirklichkeitsbeschreibungen zulasse, deren Richtigkeit mangels interner Kompetenz in der eigenen Fachdisziplin nicht kontrollierbar sei.⁵ Damit wird nach der Auffassung der normativ-dogmatischen Verwaltungsrechtswissenschaft in der interdisziplinären Verwaltungsrechtswissenschaft letztlich das „Vorverständnis“ des jeweiligen Beobachters für die rechtliche Begriffsbildung ausschlaggebend. Es wäre nicht mehr das geltende positive Recht, das die Verwaltungsrechtswissenschaft bestimmt, sondern wissenschaftliche Theorien aus

(ebenda), S. 88 ff., 101 ff., plädiert für eine methodisch kontrollierte Verkoppelung von Sozial- und Rechtswissenschaften in der Steuerungsperspektive und eine Kontrolle durch Selbstbeschränkung; D. Wiedekind, Innovationsforschung, Wettbewerbstheorie und Kartellrecht, in: Eifert/Hoffmann-Riem (ebenda), S. 134 ff., 137 ff.; J.P. Schneider, Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, 1999, S. 44 ff., ist für eine „sozialwissenschaftlich informierte Ergänzung der üblichen dogmatisch-systematisierenden Sichtweise“. Für eine Umstellung der Perspektive der Methodenlehre von Rechtsanwendung auf Gesetzgebung plädiert A. Voßkuhle, Methode und Pragmatik im öffentlichen Recht, in: H. Bauer/D. Czybulka/W. Kahl/A. Voßkuhle (Hrsg.), FS Reiner Schmidt, 2002, S. 171 ff.

4

So z.B. bei Hoffmann-Riem (Fn. 3), S. 27. Normalerweise, da es natürlich weiterhin Nachbarwissenschaften der Rechtswissenschaft gibt, die sich selbst als normativ verstehen, wie beispielsweise die zumeist an Aristoteles anknüpfende politische Philosophie oder die eher an Kant anknüpfende Habermasische Diskurstheorie. Beide Theorien spielen in der verwaltungswissenschaftlichen Diskussion jedoch keine oder allenfalls eine marginale Rolle, so dass es legitim erscheint, die normativen Nachbarwissenschaften hier zu vernachlässigen.

5

Man könnte diesen Gedanken zuspitzen, indem man sagt, dass die interdisziplinäre Verwaltungsrechtswissenschaft ihre Problembeschreibungen selbst erzeugt, ohne dass sich über *diese* Problembeschreibungen im eigenen Fach überhaupt Konsens erzielen lässt.

anderen, nicht juristischen Bereichen, beispielsweise die Organisationssoziologie im Hinblick auf die Beschreibung der Funktion der Organisation und ihre Abbildung im Recht.

Wer die Frage nach den Verkehrsregeln zwischen Nachbarwissenschaften und Verwaltungsrechtswissenschaft beantworten will, muss also auch die These widerlegen, der zufolge eine nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft dem spezifisch juristischen Charakter der Verwaltungsrechtswissenschaft widerspricht. Dieser Aspekt unseres Themas kann auch deshalb nicht ausgeklammert werden, weil davon der Wissenschaftscharakter einer nachbarwissenschaftlich informierten und reflektierten Verwaltungsrechtswissenschaft selbst abhängig ist. – Ich möchte deshalb zunächst am Beispiel der für das liberale Verwaltungsrecht zentralen Institution des Gesetzesbegriffs zeigen, dass die Verwaltungsrechtswissenschaft auch auf dem Höhepunkt der Vorherrschaft der juristischen Methode über die Bindung an ein aus dem geltenden Recht abgeleitetes normativ-dogmatisches Selbstverständnis hinausgeht und grundlegende Vorstellungen nachbarwissenschaftlichen Wissens „übernimmt“. Die Verwaltungsrechtswissenschaft des späten 19. Jahrhunderts ist, wie die moderne Rechtswissenschaft insgesamt, auf paradoxe Weise von der ersten großen Metatheorie des modernen Denkens und ihrem Methodenverständnis abhängig, der transdisziplinär wirkenden mathematischen Naturphilosophie, die vor allem mit den Namen Kepler, Galilei, Newton und Descartes verbunden ist.

II. Verkehrsströme im liberalen Verwaltungsrecht – das Beispiel des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs

1. Der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff bei Otto Mayer und sein Abstützung- und Verweisungszusammenhang

Das Anliegen des deutschen Verwaltungsrechts von Otto Mayer aus dem Jahre 1895, in dem die durch Gerber und Laband begründete juristische Methode ihren Höhepunkt und Abschluss erfährt,⁶ ist die rechtsstaatliche Programmierung der Verwaltung. Rechtsstaatliche Programmierung heißt hier genauer, die wichtigsten Handlungsformen der staatlichen Verwaltung in einem System allgemeingültiger Regeln zu erfassen. Im Mittelpunkt des Verwaltungsrechts von Otto Mayer steht also nicht der einzelne Verwaltungsakt als Äußerungsform der öffentlichen Gewalt, der heute nicht selten zum Zentrum eines angeblich individualistisch und punktuell konzipierten liberalen Verwaltungsrechts erklärt wird. Vielmehr verhält es sich genau umgekehrt: Der Ausgangspunkt des Verwaltungsrechtssystems von Otto Mayer ist die rechtliche Programmierung der staatlichen Verwaltung, das Ideal des Rechtsstaates,⁷ dem

⁶ M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* Bd. 2, 1800 – 1914, 1992, S. 403 ff.; H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., 2002, S. 18; E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* Bd. 1, 10. Aufl., 1973, S. 51, mit der Bemerkung, dass Otto Mayer „als der eigentliche Schöpfer und Klassiker der modernen deutschen verwaltungsrechtlichen Methode gelten darf“.

⁷ Niemand hat dieses Ideal klarer beschrieben als Carl Schmitt (*Verfassungslehre*, 5. Aufl., 1970, S. 150): „Das Ideal des Rechtsstaates bleibt, restlos alle staatlichen Handlungsmöglichkeiten in einem System

Otto Mayer sich durch die Zentrierung der Handlungsformen der staatlichen Verwaltung auf den rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff anzunähern versucht. Um diese Zentrierung der Verwaltung auf das Gesetz in einer Monographie, d.h. im Medium des Buchdrucks, systematisch abbilden zu können, schaltet Otto Mayer dem besonderen Teil seines Verwaltungsrechts einen allgemeinen Teil vor und beschreibt im zweiten Abschnitt des allgemeinen Teils, den „Grundzügen der Verwaltungsrechtsordnung“, zunächst die „Herrschaft des Gesetzes“. Der Herrschaft des Gesetzes entspricht historisch der Übergang vom „Polizeistaat“ zum „Rechtsstaat“ als Tendenz zum „wohlgeordneten Verwaltungsrecht“,⁸ bzw. die scharfe Abgrenzung des Rechtsstaates gegenüber allen vorangegangenen Erscheinungsformen staatlicher Herrschaft.

Die wichtigste Errungenschaft der rechtsstaatlichen Verwaltung ist nach Ansicht Otto Mayers die Entpersonalisierung aller staatlichen Herrschaftsverhältnisse. Diese Entpersonalisierung der staatlichen Herrschaftsverhältnisse ist an die dem rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff innewohnende Kraft gekoppelt, in „Rechtssätzen“ sprechen zu können.⁹ Mit der Verknüpfung der Begriffe Rechtssatz und Gesetz nimmt Otto Mayer eine ältere staatsrechtliche Diskussion auf und schreibt dem Gesetzesbegriff vor allem zwei Eigenschaften zu: In *sozialer* Hinsicht setzt das rechtsstaatliche Gesetz eine sich von der ständischen Gliederung der traditionellen Gesellschaft absetzende Gleichheit aller „Untertanen“ voraus. Der Rechtssatz ist, wie Otto Mayer bemerkt, kein „Individualgebot“¹⁰, sondern eine Bestimmung dessen, „was rechtens sein soll für jedermann.“¹¹ Dieser, aus dem „allgemeinen Untertanenverhältnis“ hervorgehende generelle Charakter des Gesetzes wird auch als die „formale Gerechtigkeit der öffentlichen Gewalt bezeichnet.“¹² In *zeitlicher* Hinsicht ist das rechtsstaatliche Gesetz „unverbrüchlich“¹³, „schlechthin verbindliche feste Regel“.¹⁴ Sachliche Generalität und zeitliche Dauerhaftigkeit machen also den Rechtssatz, also den Gesetzesbegriff, also die rechtsstaatliche Verwaltung aus. Die juristische Methode Otto Mayers konzentriert sich deshalb nicht primär auf den Inhalt der öffentlichen Aufgaben, die die Verwaltung erfüllt, auf Ziel und Zweck (telos) derselben, sondern auf die Art und Weise, wie diese Aufgabenerfüllung rechtsstaatlich gebunden werden kann.

Fragt man nach dem Abstützungs- und Verweisungszusammenhang dieses Lehrgebäudes, zeigt sich zunächst, dass der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff durch ein hierarchisches Modell der Gewaltenteilung abgestützt wird. Die hierarchische Abschichtung von Gesetz und Ver-

von Normierungen zu erfassen und dadurch den Staat zu binden“. Diesen Ausgangspunkt Otto Mayers hatte zuvor, 1925, Erich Kaufmann akzentuiert. Vgl. zu diesen Zusammenhängen *T. Groß*, Die Beziehungen zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 2 1999, S. 57 ff., 63; und, aus der älteren Literatur, *P. Badura*, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaats, 1967, S. 22 ff.

⁸ *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen dritten Auflage, 1969, S. 58.

⁹ *Mayer* (Fn. 8), S. 66.

¹⁰ *Mayer* (Fn. 8), S. 74 Fn. 1. Dort heißt es: „Und ein Staat, der eine Rechtsordnung besitzt, die aus lauter „Individualgeboten“ besteht, hat überhaupt keine Rechtsordnung.“

¹¹ *Mayer* (Fn. 8), S. 66.

¹² *Mayer* (Fn. 8), S. 74.

¹³ *Mayer* (Fn. 8), S. 57.

¹⁴ *Mayer* (Fn. 8), S. 74.

waltungsakt manifestiert sich insbesondere darin, dass das Gesetz von allen anderen Formen staatlicher „Willensäußerungen“ unterschieden und vor allem vom Verwaltungsakt abgegrenzt wird.¹⁵ Beide Äußerungsformen der staatlichen Gewalt bilden eine hierarchische Opposition. Das Gesetz ist die „oberste Art“ bzw. die „rechtlich stärkste Art von Staatswillen“,¹⁶ der Verwaltungsakt, dessen Vorbild das gerichtliche Urteil ist, steht folgerichtig „unter dem Gesetz“.¹⁷ Mit dieser oben/unten bzw. stark/schwach Metaphorik korrespondiert die Unterscheidung vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes. Der Vorrang des Gesetzes strukturiert vor allem die Vorstellung der „Rangordnung der Rechtsquellen“.¹⁸ Der Vorbehalt des Gesetzes betrifft den Transfer des Geltungssymbols des Rechts, die „unentbehrliche Grundlage“ aller Staatstätigkeit. Er gilt zwar nicht für alle „Staatsgewalten“ gleichermaßen, wirkt sich aber nicht nur gegenüber der Verwaltungsjustiz und dem Richter, „der viva vox legis“,¹⁹ aus, sondern in abgeschwächter Form auch gegenüber der Verwaltung. Die Verwaltung ist jedenfalls bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum an den Vorbehalt des Gesetzes gebunden.²⁰ Die Vorstellung des Rechtsstaates selbst ist wiederum auf das engste mit der Vorstellung eines hierarchischen, auf Politik zentrierten, regionalistischen, territorialen Gesellschaftsbegriffs verknüpft.²¹ Das zeigt sich nicht nur an der inflationären Verwendung solcher Begriffe wie „Obrigkeit“ auf der einen und „Untertan“ auf der anderen Seite, sondern auch daran, dass Otto Mayer die Summe seines verwaltungsrechtswissenschaftlichen Denkens – trotz aller Anleihen beim französischen Nachbarn – unter dem Titel DEUTSCHES VERWALTUNGSRECHT publiziert hat. Die Opposition Staat/Gesellschaft wird also klar durch den Begriff des (National-)Staates bestimmt, und dieser Überordnung des Staates über die Gesellschaft entspricht eine strikte Trennung und Überordnung des Öffentlichen über das Private.

Die Orientierung der Verwaltungsrechtswissenschaft am rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff wird bei Otto Mayer aber durchaus den praktischen Bedürfnissen der Verwaltung angepasst. Es ist nicht so, dass Otto Mayer sein Modell der Gesetzesherrschaft mit aller Strenge umgesetzt und ausschließlich juristisch-begrifflich argumentiert hätte. Wie in der Literatur mehrfach dargestellt worden ist, gibt es eine Reihe von Abweichungen von dieser Linie, etwa durch die Beschränkung der Reichweite der rechtsstaatlichen Verwaltung auf das „allgemeine Gewaltverhältnis“ und die damit verknüpfte Relativierung der Verrechtlichung der Beziehungen zwischen Staat und Untertan im Bereich der Polizei- und Finanzgewalt.²² Hinzu kommt, dass Otto Mayer die Besonderheit des liberalen Verwaltungsrechts keineswegs einseitig und ausschließlich im generellen Charakter des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs gesehen hätte. Im Gegensatz zu Carl Schmitt, der den rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff in seiner VERFAS-

¹⁵ Den Verwaltungsakt definiert Otto Mayer als „ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll“, (Fn. 8, S. 93); dazu näher *Stolleis* (Fn. 6), S. 406 m.w.N.

¹⁶ *Mayer* (Fn. 8), S. 64, 68.

¹⁷ *Mayer* (Fn. 8), S. 97.

¹⁸ *H.J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 11. Aufl., 1999, S. 364 ff.

¹⁹ *Mayer* (Fn. 8), S. 97.

²⁰ *Mayer* (Fn. 8), S. 69 ff.

²¹ *Mayer* (Fn. 8), S. 1, 21; dazu näher *C. Tietje*, Internationalisiertes Verwaltungshandeln, Berlin 2000, S. 86 ff., 174 f.

²² Vgl. dazu abwägend *Stolleis* (Fn. 6), S. 403 ff.; *Brohm* (Fn. 1), S. 253 f. (Fn. 27); *E.-W. Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981, S. 321 ff.

SUNGSLEHRE von 1928 als den „letzten Rest der ideellen Grundlage des bürgerlichen Rechtsstaates überhaupt“ qualifiziert hat,²³ wird die Bindungskraft des Gesetzes bei Otto Mayer auch durch seine besondere Entstehungsart bestimmt.²⁴ Außerdem wird die stets unübersichtliche Wirklichkeit des Verwaltungshandelns in der Welt des formalen Verwaltungsrechts nicht auf den einfachen polemischen Gegensatz von genereller Norm einerseits und Einzelakt, Maßnahme oder Befehl andererseits reduziert. Bei Mayer steht das Gesetz an der „Spitze“ mehrerer „Verwaltungsrechtsquellen“, mit der Folge, dass auch anderen, nicht in Gesetzesform ergehenden „staatlichen Willenerklärungen“, wie z.B. Verordnungen und körperschaftlichen Satzungen, der Rechtssatzcharakter nicht abgesprochen werden kann.²⁵ Und schließlich verfügt das allgemeine Verwaltungsrecht von Otto Mayer zwar über eine „klare Begrifflichkeit und innere Geschlossenheit“,²⁶ es ist aber nicht frei von Unschärfen und Ungenauigkeiten, in denen soziologisch-politisch informierte Pragmatik vor begrifflicher Systematik geht, wie etwa Otto Mayers Stellungnahme zur Fürstenenteignung zeigt.²⁷

Diese Relativierungen ändern allerdings nichts an der allgemeinen Gültigkeit des dem liberalen Verwaltungsrecht zugrunde liegenden Modells der Gesetzesherrschaft. Dieses Modell wird bei Otto Mayer trotz aller Unschärfen und Ungenauigkeiten im Einzelnen in juristisch-begrifflicher Hinsicht konsequent entfaltet. Das erkennt man etwa daran, dass Verordnungen und Satzungen den Charakter „abgeleiteter Rechtsschaffung“ haben, sie sind nur „Verwaltungsrechtsquelle abgeleiteter Art“,²⁸ während die Herrschaft des Gesetzes in selbsttragenden Eigenschaften wie Generalität und Dauerhaftigkeit begründet liegt. Mit Hilfe dieser methodisch-wissenschaftlichen Zuschreibungen kann Otto Mayer das Gesetz als Zentrum einer entpersonalisierten Herrschaft, einer „Niemandsherrschaft“ (Hannah Arendt), qualifizieren. Der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff konstituiert die Herrschaft eines artifiziellen rechtlichen Kommunikationsnetzwerks, das seine Strukturen und Elemente, seine Gesetze und Fälle, mit Hilfe der Medien der Schrift und des Buchdrucks selbst produziert und reproduziert. Diese Konzeption ermöglicht es dann auch, den Fürsten, den König und jede andere politische Körperschaft in den kommunikativ-medialen Zusammenhang des Rechtsstaates zu verstricken, d.h. sich an dem für Otto Mayer so wichtigen Grundsatz der juristischen Bindung aller öffentlichen Gewalt zu orientieren, daran dass „die im Gesetze an die Untertanen gerichtete Norm immer auch das entsprechende Sollen für die Behörde enthält.“²⁹ Kern des Konzepts der Gesetzesherrschaft bei Otto Mayer ist also nicht die „rule of law“ im Sinne einer nachträglich aus Einzelfällen und damit aus Erfahrung gewonnenen Regel wie im traditionellen *Common Law*, sondern eine begriffliche Konstruktion, nämlich der rechtsstaatliche *Gesetzesbegriff*, der auf der Vorstellung einer fallunabhängigen Gesetzmäßigkeit im strengen mathematischen

²³ Schmitt (Fn. 7), S. 138 ff., 142, 154, 156.

²⁴ Mayer (Fn. 8), S. 68.

²⁵ Mayer (Fn. 8), S. 81 ff.

²⁶ Maurer (Fn. 6), S. 18.

²⁷ Vgl. nur Mayer (Fn. 8), S. 73 einerseits und S. 74 Fn. 2 andererseits.

²⁸ Mayer (Fn. 8), S. 85, 82 f.

²⁹ Mayer (Fn. 8), 74 f. Fn. 2. Das ist im Übrigen die vielfach verfehltete Pointe des systemtheoretischen Begriffs der kollektiv verbindlichen Entscheidung. Kollektiv verbindlich bedeutet dort: Selbstbindung des Entscheidenden (und nicht Bindung „für alle“, da letzteres eine empirische Frage ist).

Sinn beruht und durch den das Feld der verwaltungsrechtswissenschaftlich relevanten Operationen und Relationen im voraus festlegt wird.

2. Die rechtswissenschaftlichen, rechtsphilosophischen und naturwissenschaftlichen

Voraussetzungen des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs

Der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff Otto Meyers schreibt die Tradition des positivistischen Staatsrechts und der Rechtswissenschaft seit 1800 fort. Auch wenn man in Rechnung stellt, dass der Gesetzesbegriff im Laufe des 19. Jahrhunderts Wandlungen unterlag und Otto Mayer eher die formalen Momente des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs betont,³⁰ markiert sein Gesetzesbegriff jedenfalls keinen fundamentalen Bruch mit der Tradition des eigenen Fachs. Auch Laband akzentuiert wie Otto Mayer das Moment der zeitlichen und sachlichen Allgemeinheit des Gesetzes, zumindest sein materieller Gesetzesbegriff hat regelmäßig einen allgemeinen Rechtssatz zum Inhalt.³¹ In Zoepfls Staatsrecht von 1855, um ein anderes Beispiel zu geben, ist das Gesetz im staatsrechtlichen Sinn ebenfalls durch das Merkmal der Allgemeinheit bestimmt – im dreifachen Sinn von allgemein publiziert, allgemein verpflichtend und auf allgemeinen Grundsätzen beruhend.³² Für Gerber kann sich der Wille des Staates ebenfalls nur in der Form abstrakter Normen äußern.³³ Für Robert von Mohl enthält das Gesetz „allgemeine Sätze“, d.h. „Vorschriften für sämtliche Zustände einer bestimmten Art, welche nach der Erlassung des Gesetzes und während der Dauer desselben zur Entscheidung kommen.“³⁴ Immer geht es um die Auffassung des Gesetzes „als allgemeiner und dauerhafter rationaler Regel“,³⁵ immer setzt der Gesetzesbegriff die Loslösung der Rechtsnorm von einem konkreten Sachverhalt zu einem gegebenen Zeitpunkt voraus sowie Generalität im Sinne seiner Anwendung gegenüber einem unbestimmten, aber homogenen Adressatenkreis (Untertanen). Darin entspricht der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff des Verwaltungsrechts und des

³⁰ Zur Kritik der Theorie der Entleerung und „Formalisierung“ des Rechtsstaatsbegriffs wie sie u.a. von *F. Neumann* (Die Herrschaft des Gesetzes (1936), Frankfurt am Main 1980, insb. S. 251 ff.; 314 ff.) und, mit etwas anderen Akzenten, auch von *E.-W. Böckenförde* (Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 65 ff.) vertreten worden ist, vgl. *I. Maus*, Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: *M. Tohidipur* (Hrsg.), Der bürgerliche Rechtsstaat, Bd. 1, 1978, S.13 ff.

³¹ *P. Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Neudruck der 5. Aufl. 1911, 1964, Bd. 2, S. 2; andere Akzente Böckenförde (Fn. 22), S. 226 ff.; wie hier in der Sache *C. Schönberger*, Das Parlament im Anstaltsstaat, Frankfurt am Main 1997, S. 112 f., der auf das bei Laband wichtige Moment der Abgrenzung zwischen „Willenssphären“ und das auf der Seite der Privatrechtssubjekte (und nicht: des Staates) vorausgesetzte Leitbild souveräner Individuen im „Naturzustand“ hinweist. Diese Zusammenhänge werden beispielsweise von *Neumann* (Fn. 30), S. 252, verkannt.

³² *H. Zoepfl*, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts, 1855, S. 591 (§ 430); vgl. auch Böckenförde (Fn. 22), S. 119 ff.

³³ *C.F.W. von Gerber*, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, Nachdruck der 3. Aufl. Leipzig/Tauchnitz (1880), 1998, S. 145 (§ 45): „Als Gesetzgeber offenbart der Staat seinen Willen in der Form abstrakter Normen.“

³⁴ *R. von Mohl*, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg (1829), Od. 1: Das Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1840, S. 193.

³⁵ *Böckenförde* (Fn. 22), S. 172 m.w.N. für Zachariä (S. 116), Lorenz von Stein (S. 153) und Welcker (S. 190f.). Mit der Betonung der abstrakt universellen Vernunft als konstitutivem Merkmal des Gesetzesbegriffs in Deutschland im 19. Jahrhundert wird hier natürlich nicht beansprucht, alles, z.B. die Unterschiede von französischen und deutschen Gesetzesverständnis, „erklären“ zu können. Wenn dieser Einwand gemacht wird, muss man freilich sehen, dass auch für die französische Doktrin das Moment der Allgemeinheit/Universalität konstitutiv ist. Der einzige Unterschied ist, dass der Akzent in der französischen Tradition auf der Genese des Gesetzes liegt (also: Positivbewertung des Volkswillens) und nicht, wie in Deutschland, auf der Form des Gesetzes (also: Positivbewertung des Staatswillens).

Staatsrecht den Gesetzesvorstellungen wie sie auch in der Historischen Rechtsschule, z.B. bei Savigny,³⁶ anzutreffen sind. Etwas zugespitzt und für unsere Zecke vereinfacht formuliert kann man infolgedessen sagen, dass sich das Moment der Allgemeinheit des Gesetzes in der Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts nicht anders darstellt als in den frühen Theorien des Privatrechts. Das ist auch keineswegs überraschend. Die Verwaltungsrechtswissenschaft etablierte sich nicht vor der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und knüpfte dabei wesentlich an den Erkenntnisstand von Staatswissenschaft und Staatsrechtswissenschaft an. Staatswissenschaft und Staatsrecht waren ihrerseits aber nicht im Hinblick auf das Verwaltungsrecht sehr viel durchlässiger als heute, auch die Abgrenzung zum Privatrecht war nicht so stark ausgebildet. Letzteres zeigte sich u.a. darin, dass noch Otto Mayer, nicht anders als Gerber und Laband, zunächst zivilrechtlich forschte und arbeitete.

Es ist nun aber leicht zu zeigen, dass die Vorstellung des Gesetzes als allgemeingültiger Regel keine Erfindung der sich etablierenden Rechtswissenschaft um 1800 ist, sondern diese dabei ihrerseits auf den ideengeschichtlichen Grundlagen des neueren Naturrechts aufbauen konnte.³⁷ Die enge Verknüpfung von Attributen wie Generalität, Dauerhaftigkeit und Allgemeinheit mit dem Gesetzesbegriff bildet beispielsweise eine zentrale Achse in der Philosophie des deutschen Idealismus. Bei Kant und Hegel wird der Begriff des allgemeingültigen Gesetzes nicht nur zur Bestimmung des Vernunftbegriffs herangezogen, auch im Rechtsbegriff und im staatsrechtlichen Gesetzesbegriff sind die gleichen abstrakten Vorstellungen von universeller Regelhaftigkeit wirksam. So wird der Rechtsbegriff in Hegels Rechtsphilosophie von 1821 in der „Freiheit des Willens“ fundiert, und, wie Hegel erläutert, gründet aller rechtliche Wille im „Ich“, d.h. für Hegel im Denken, das notwendigerweise an eine „Verallgemeinerung“, an das „Allgemeine“ gebunden ist.³⁸ Da beide Momente des Rechts, „Freiheit“ und „Wille“, untrennbar miteinander verknüpft sind, ist das „Rechtssystem das Reich der verwirklichten [weil all-

³⁶ Vgl. nur *F.C. von Savigny*, Pandektenvorlesung 1824/25, hrsg. von H. Hammen, 1993, Rn, 13, 15: „Das Gesetz soll als Regel für alle Einwohner u alle Gegenstände oder Ganze Classen derselben dienen.“ Zum Recht- und Gesetzesbegriff bei Savigny vgl. *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 353; *J. Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, 1984, S. 107 f.; zum Zusammenhang von „Privatrecht“ und „öffentlichem Recht“ vgl. auch *W. Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958.

³⁷ Vgl. nur *W. Krawietz*, Art. Gesetz, in *J. Ritter* (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 3, 1974, S. 481 ff., 486: „Teil einer umfassenderen geistesgeschichtlichen Entwicklung“. *R. Grawert*, Artikel Gesetz, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, S. 863 ff., 894 („Einwirkungen des naturwissenschaftlichen Gesetzesbegriffs“). Für das Umfeld vgl. nur mit Blick auf das Privatrecht im allgemeinen *Wieacker* (Fn. 36), S. 351 ff.; für die Methodenlehre, *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 202 f., 246, 251 (Systembegriff); für das öffentliche Recht z.B. *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Erster Band 1600 – 1800, 1988, S. 384 (Polizeirecht); *J. Rückert* (Fn. 36), S. 147 ff., 301 ff., zu den idealistischen Wurzeln Savignys; *D. Nörr*, Savignys philosophische Lehrjahre, 1994, S. 73 ff., 327 f. zum Einfluss Kants auf Savigny. Einen (m.E. zu stark akzentuierten) Einfluss der reflektierenden Urteilskraft auf den Begriff des rechtswissenschaftlichen Urteils bei Savigny verfolgt *S. Meder*, Urteilen, 1999. Der hier skizzierte Zusammenhang zwischen der Entwicklung der Rechtswissenschaft seit Savigny und einem durch Kant präformierten (natur-)wissenschaftlichen Modell wird auch in der Studie von *R. M. Kiesow*, Das Naturgesetz des Rechts, Frankfurt am Main, 1997, S. 21 f., scharf akzentuiert; leider schwenkt Kiesow dann aber auf „Evolutionstheorie“ um – und kann für den Einfluss darwinischer evolutionstheoretischer Konzepte auf die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts auch nur einen Außenseiter finden, den bis heute niemand kennt: *A. H. Post*.

³⁸ *G.W.F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Theorie Werkausgabe, Bd. 7, 1970, § 4.

gemeinen] Freiheit.“³⁹ Diese Bestimmung korrespondiert mit Hegels Gesetzesbegriff. Auch der staatsrechtliche Gesetzesbegriff wird exakt auf die Idee einer abstrakten Allgemeinheit bezogen, das Gesetz ist die in der „Form seiner Allgemeinheit“ in der neueren Geschichte zum Ausdruck kommende „wahrhafte Bestimmtheit“ des Rechts.⁴⁰

Dieser, im deutschen Idealismus stets vorausgesetzte Zusammenhang von universeller Rationalität und Gesetzesförmigkeit erschließt sich am besten über die Kantische Philosophie. Er wird vor allem an Kants Hauptwerk, der KRITIK DER REINEN VERNUNFT von 1781, entfaltet. Die KRITIK DER REINEN VERNUNFT versucht zu beweisen, dass objektiv gültiges Wissen keiner *empirischen*, bloß zufälligen Regelmäßigkeit entspringen kann. Vernunft setzt vielmehr Allgemeinheit im Sinne einer zwingenden Gesetzmäßigkeit voraus.⁴¹ Zwingende Gesetzmäßigkeit ist nach Kant aber nichts in den Dingen Gegebenes. Allgemeingültiges Wissen ist eine beobachtungsabhängige, und d.h. im Kontext der Kantischen Philosophie immer: subjektabhängige, also bewusstseinsabhängige Konstruktion. Diese subjektabhängige Konstruktion ist allerdings an bestimmte transzendente Voraussetzungen der Subjektivität gebunden, an nicht negierbare apriorische Bedingungen der Möglichkeit, die gegebene empirische Mannigfaltigkeit als Zusammenhang, als Einheit, beschreiben zu können. Diese transzendenten Voraussetzungen, die nicht in der Erfahrung selbst gegeben sind, reproduziert die kritische Vernunft dadurch, dass sie selbst eine rationale, d.h. Gewissheit begründende Notwendigkeit der Verknüpfungen erzeugt und auf dieser Grundlage objektive Gesetzmäßigkeit und damit allgemeingültiges Wissen generieren kann. Im Zentrum der Kantischen Philosophie steht also die zirkuläre Konstruktion einer autonomen Vernunft, die die Bestimmung ihres Wesens aus ihren eigenen Grundsätzen erzeugt.⁴² Das bedeutet allerdings nicht, dass die Vernunft einem Erkenntnisakt entspringen würde, den das Subjekt nach Belieben konstruieren könnte, wie gegenwärtig in manchen Spielarten des Konstruktivismus irrigerweise behauptet wird.⁴³ Vielmehr wird vernunftbasiertes Wissen aus einem Erkenntnisprozess gewonnen, der laufend zwischen Subjekt und Objekt hin- und heroszilliert und sich in der Erfahrung bewähren muss. Die Allgemeinheit der Vernunft wird dadurch nicht nur im Subjekt, sondern gewissermaßen auch in der Realität der Außenwelt verankert. Auf diese Weise vermochte der frühbürgerliche transzendente Subjektivismus Kants noch einmal eine Allgemeingültigkeit des Wissens zu formulieren und im Medium des Buchdrucks zu objektivieren, die der durch den Willen Gottes repräsentierten heteronomen Vernunft des traditionellen Weltbildes in nichts nachstand und keinen Vergleich mit dieser zu scheuen brauchte.

Die Verankerung des Vernunftbegriffs in einer Vorstellung von Allgemeinheit und Gesetzmäßigkeit bildet zugleich die Voraussetzung der praktischen Philosophie. In der Moral- und Rechtsphilosophie erscheint dieser Zusammenhang u.a. im Rechtsbegriff. Das Kantische Vernunftrecht wird wiederum als auf rationalen Gesetzmäßigkeiten beruhendes Recht begriffen,

³⁹ Hegel (Fn. 38), § 4.

⁴⁰ Hegel (Fn. 38), § 211; vgl. dazu näher Böckenförde (Fn. 22), S. 132 ff. und A. von Bogdandy, Hegels Theorie des Gesetzes, 1986.

⁴¹ Th.W. Adorno, Kants „Kritik der reinen Vernunft“ (1959), 1995, S. 146.

⁴² M. Heidegger, Die Frage nach dem Ding: zu Kants Lehre von den transzendenten Grundsätzen, 3. Aufl., 1987, S. 94.

⁴³ Anders N. Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, S. 516 f.; vgl. auch W. Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, in diesem Band.

als Recht, das seinen unbedingten Anfang in der Freiheit des autonomen Subjekts als einem Stellvertreter des Allgemeinen hat (so wie der Anfang der reinen Vernunft in einem von der Religion befreiten autonomen Akt des notwendigerweise auf Allgemeinheit zielenden Denkens liegt). Das Recht entspringt also weder den heteronomen Geboten Gottes noch den bloß zufälligen Regelmäßigkeiten des Alltags. Recht, Allgemeinheit und Gesetzmäßigkeit sind vielmehr identisch, und deshalb kann das Recht als *gesetzliche* Freiheit beschrieben werden, als „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem *allgemeinen* Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“.⁴⁴ Auch im staatsrechtlichen Gesetzesbegriff, wie ihn Kant in der METAPHYSIK DER SITTEN von 1797 vorstellt, taucht genau diese Verknüpfung auf. Das der Gesetzgebung innewohnende Moment der Allgemeinheit wird dort zwar in scheinbar rousseauistischer Manier mit dem Volkswillen in Verbindung gebracht. Kant konnte es angesichts der historischen Gegebenheiten im Königreich Preußen aber nicht um die empirische Realisierung eines demokratisch-parlamentarischen Verfassungsstaates gehen, sondern um die Realisierung der praktischen Vernunft in einem noch weitgehend absolutistischen Staat. Deshalb stehen im staatsrechtlichen Gesetzesbegriff die (soziale) Gleichheit seiner Adressaten und die Dauerhaftigkeit des „allgemein vereinigten Volkswillens“ als hypothetische Annahmen im Vordergrund, eine Gesetzmäßigkeit, deren Maßstab darin liegt, dass „ein jeder über alle und alle über einen jeden eben dasselbe beschließen.“⁴⁵

Die Verkehrsströme zwischen der Rechtswissenschaft und den Nachbarwissenschaften erschöpften sich in der Vergangenheit aber keineswegs in einem Wissenstransfer zwischen Rechtswissenschaft und Philosophie. Die Beziehungen waren noch stärker verzweigt. Das wird sofort deutlich, wenn man bedenkt, dass der Gesetzesbegriff des Vernunftrechts und der deutschen idealistischen Philosophie seinerseits auf der Entwicklung des Gesetzesbegriffs innerhalb der mathematischen Naturwissenschaft seit Kepler, Galilei und Newton aufbaut. Dieser Zusammenhang war für Kant noch allgegenwärtig,⁴⁶ so wie beispielsweise auch Hobbes nicht müde wurde zu betonen, dass aller Fortschritt des wissenschaftlichen Wissens (und der Lebensumstände) auf der Geometrie beruhe.⁴⁷ Die zentrale Rolle, die die neue mathematische Naturphilosophie sowohl für die Herausbildung des modernen Gesetzsbegriff wie für das Methodenverständnis der modernen Philosophie und Wissenschaft überhaupt spielt, ist lange Zeit vernachlässigt worden. Durch die erst sehr spät wirkenden Forschungen Ernst Cassirers über das Erkenntnisproblem in der Philosophie und Wissenschaft der neueren Zeit, deren erster

⁴⁴ I. Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), Werkausgabe Bd. 8, 4. Aufl., 1982, S. 337 (A 33); Hervorhebung von mir. Vgl. W. Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1996, S. 183 ff; ders., *Wohlgeordnete Freiheit*, 1993, S. 97 ff., 99. Eine „französische“ Lesart Kants, die die Geltung und Gültigkeit des Rechts aus der demokratischen Struktur seiner Genese ableiten will, vertritt I. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt am Main 1992, insb. S. 277 ff.

⁴⁵ I. Kant (Fn. 44), S. 432 (§ 46).

⁴⁶ Heidegger (Fn. 42), S. 59, 52; Adorno (Fn. 41), S. 15. In der Vorrede zu Kants *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft* (Bd. IX - Werkausgabe - S. 14 (A VIII)), heißt es: „Ich behaupte aber, dass in jeder besonderen Naturlehre nur so viel eigentliche Wissenschaft angetroffen werden könne, als darin Mathematik anzutreffen ist.“

⁴⁷ Vgl. T. Hobbes, *Vom Menschen/Vom Bürger* (1647), Ausgabe Meiner, 3. Aufl. 1994, S. 60 f.; vgl. auch T. Hobbes, *Leviathan* (1651), Cambridge Texts in the History of Political Thought, 1997, S. 28, 145.

Band bereits 1906 erschienen ist,⁴⁸ und durch Heideggers Vorlesung über DIE FRAGE NACH DEM DING aus dem Wintersemester 1935/36 hat sich der Einblick in die transdisziplinäre Bedeutung der kognitiven und methodischen Grundlagen des naturwissenschaftlichen Denkens in der Ideen- und Wissenschaftsgeschichte,⁴⁹ der Philosophiegeschichte,⁵⁰ der Geschichte der Ästhetik⁵¹ und der neueren Rechtsgeschichte⁵² heute jedoch weitgehend durchgesetzt.

Der tief greifende Einschnitt, den die neue Naturphilosophie erzeugt, besteht darin, dass mit der neuen Wissenschaft das abstrakte Wissen der Mathematik vorherrschend wird. Mathematisches Wissen heißt hier vor allem: die Sicherheit der Erkenntnisse der Geometrie, der Erkenntniswert des exakten Messens von Kreisen, Bahnen, Dreiecken usw.⁵³ Dieses geometrisch-mathematische Wissen wird jetzt auf die Mannigfaltigkeit der Erscheinungen der Natur übertragen. Durch diese Wendung erscheint die Natur nun als rational im Sinne mathematisch-geometrischer Gewissheit strukturiert und zugleich, methodisch gesehen, als naturwissenschaftlich erfassbar. Dieses Verfahren, das eine radikale Abkehr von der Tradition der Metaphysik seit Aristoteles bedeutet, für die die Natur aufgrund ihrer teleologischen Strukturiertheit in letzter Instanz unergründlich blieb („Naturfrömmigkeit“), hat Galilei zu dem berühmten und viel zitierten Satz aus dem SAGGIATORE veranlasst, dass das Buch der Natur mit geometrischen Figuren geschrieben sei.⁵⁴ Die Erkenntnisse der modernen Naturphilosophie

⁴⁸ E. Cassirer, Das Erkenntnisproblem in der Philosophie und Wissenschaft der neueren Zeit, Bd. 1, Hamburger Ausgabe 1999, S. 169 ff. („Die Naturphilosophie“). Eine knappe Zusammenfassung der Kerngedanken Cassirers findet sich z.B. bei H. Popitz, Wege der Kreativität, 1997, S. 118 ff. Dass der moderne Gesetzesbegriff die Naturphilosophie voraussetzt und nicht, wie in der „Rechtsphilosophie“ noch heute behauptet wird, seine Wurzeln schon bei Aristoteles hat, ist (gleichsam negativ) auch durch die Forschungen von Joachim Ritter bestätigt worden. Vgl. dazu E.W. Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2002, S. 21 ff.

⁴⁹ Aus der älteren Literatur vgl. nur F. Borkenau, Der Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Weltbild (1934), 1988; A. Koyré, Von der geschlossenen Welt zum unendlichen Universum, 1969; aus der neueren Literatur vgl. nur I.B. Cohen, Die Entstehung der modernen Naturwissenschaft, 1994; P. Rossi, Die Geburt der modernen Wissenschaft in Europa, 1997. B. J. Shapiro, Probability and Certainty in Seventeenth-Century England, Princeton 1983, zur Geschichte der Beziehungen zwischen Naturphilosophie und anderen Wissenschaften im England des 17. Jahrhunderts.

⁵⁰ Siehe z.B. die Arbeiten von P. Kondylis, Die neuzeitliche Metaphysikkritik, 1990 und ders., Die Aufklärung im Rahmen des neuzeitlichen Rationalismus, 1981; vgl. auch W. Rödl, Der Weg der Philosophie, 2. Bd., 1996, S. 17 ff.

⁵¹ Vgl. nur S. Vietta, Ästhetik der Moderne, München 2001.

⁵² Grundlegend Wieacker (Fn. 36), S. 249 ff., insb. 253-256; ähnlich Stolleis (Fn. 37, S. 271 ff.) für das öffentliche Recht; W. Rödl, Geometrischer Geist und Naturrecht, 1970 für die Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert; G. Graßhoff/M. Treiber, Naturgesetz und Naturrechtsdenken im 17. Jahrhundert, 2002, S. 11 ff., 15 ff., 103 ff. für die Beziehung Kepler/Descartes und deutsches, englisches und schwedisches Naturrechtsdenken (Naturgesetz) im 17. Jahrhundert; für den Einfluss der Naturphilosophie auf Begriffe wie „Wahrscheinlichkeit“ und „Gewissheit“ im englischen Recht z.B. B.J. Shapiro (Fn. 49), S. 163 ff. Anders H.J. Berman, Recht und Revolution, 1991, S. 324 ff., 334, der den konstitutiven Einfluss der Naturphilosophie auf das moderne Recht übergeht und die Geburtsstunde des modernen Rechts in die Anfänge des kanonischen Rechts um 1200 zurückdatieren will.

⁵³ E. Cassirer, Individuum und Kosmos in der Philosophie der Renaissance (Nachdruck der 1. Aufl. 1927), 1987, S. 186, erinnert daran, dass „Mens“ (Geist) und „mensura“ (Messen) nicht nur sprachlich zusammengehören. Alles Erkennen wird nach Cassirer schon bei Cusanus zu einem Sonderfall der universellen Funktion des Messens.

⁵⁴ So heißt es bei Galilei: „sondern die Philosophie ist in dem großen Buch der Natur geschrieben, das uns beständig vor Augen liegt, das aber niemand zu lesen vermag, es sei denn, dass er zuvor die Chiffren, in denen es verfasst ist, d.h. die mathematischen Figuren und deren notwendige Verknüpfung zu verstehen gelernt hat.“ Nachweis bei Cassirer (Fn. 53), S. 165.

gehen also aus einer spezifischen Art des mathematisch-geometrischen Denkens hervor, die eine kausal notwendige und verallgemeinerungsfähige Art der Verknüpfung der Dinge ermöglicht – und damit Ordnung und Gesetzmäßigkeit des Ungleichförmigen. Die moderne Naturphilosophie beruht daher nicht einfach auf einer Verallgemeinerung empirischer Erfahrungen des Alltagslebens, sondern, wie Heidegger richtig gesehen hat, auf einem „axiomatischen Entwurf“, der „sich selbst als maßgebendes Prinzip des Wissens setzt“.⁵⁵ Gerade der – von Kant stammende – Begriff des „Entwurfs“ trifft die Entwicklung, um die es hier geht, punktgenau. Die mathematische Naturwissenschaft bricht mit dem traditionellen aristotelisch-mittelalterlichen Weltbild gerade darin, dass sie ein Moment der Konstruktion an die Stelle des bloßen Nachzeichnens der Regelmäßigkeiten der Natur setzt. Die Natur wird jetzt nicht mehr nur abgebildet, sie wird zum Gegenstand wissenschaftlicher Intervention, einer Intervention, die festlegt, was fortan gesicherter Erfahrung entspricht, nämlich einer naturwissenschaftlich und experimentell *konstruierten* Erfahrung.

Die Folge dieses Einschnitts ist, dass der mathematischen Methode fortan eine klare Überlegenheit bei der Beschreibung der Phänomene der natürlichen (und später auch: gesellschaftlichen) Welt zugesprochen wird. Diese Überlegenheit entwickelt die moderne Naturwissenschaft vor allem über die Analyse der Bewegung von Körpern,⁵⁶ wobei sich die Naturphilosophie zunächst auf die Suche nach unveränderlichen Bewegungsgesetzen (*lex naturae*) der Himmelskörper begibt. Ausgangspunkt dieses Unternehmens ist nicht mehr die Ruhe der Körper sowie die Verschiedenheit der Gesetze der Erde und des Himmels wie bei Aristoteles, sondern ihre sinnlich nicht wahrnehmbare fortdauernde Anziehung und Abstoßung. Dabei gewinnt sowohl der Gedanke der prinzipiellen Gleichheit der Körper als auch der Gedanke der Allgemeinheit der die Körper verknüpfenden Gesetze an Bedeutung. Gerade wenn man bedenkt, dass sich die neue Naturwissenschaft gegenüber den Allmachtsansprüchen des theologischen Weltbildes absetzen musste und noch Galilei für seine aus der Sicht der katholischen Kirche ketzerischen Thesen einen hohen Preis zahlen musste,⁵⁷ musste die mathematisch-geometrisch orientierte Naturphilosophie für ihre Erkenntnisse räumliche und zeitliche Allgemeingültigkeit beanspruchen – im Himmel und auf der Erde.⁵⁸ Dies veranlasst erstmalig Kepler, den mathematisch-geometrischen Gesetzesbegriff systematisch auf Himmelsbewegungen anzuwenden (Abstandsgesetz).⁵⁹ Diese Überlegungen führen dann in den Arbeiten und Experimenten Galileis zu ersten Formulierungen des Beharrungsgesetzes, und in New-

⁵⁵ Heidegger (Fn. 42), S. 83. An Heidegger als Denker zu erinnern, soll hier keineswegs heißen, die scharfe Akzentuierung des Moments des Setzens zu übernehmen, die die komplizierte Geschichte der Entstehung der mathematischen Naturwissenschaft eher verdunkelt als erhellt.

⁵⁶ E. Cassirer, Funktionsbegriff und Substanzbegriff, 4. Aufl. 1976, S. 148 ff., 156.; ders. (Fn. 48), S. 329 ff. Für Hobbes, beispielsweise, sind Physik (Naturwissenschaft) und Bewegungslehre dasselbe. Vgl. nur Hobbes (Fn. 47 – Vom Bürger), S. 60.

⁵⁷ Dies schildert Rossi (Fn. 49), S. 119 ff., 131 ff.

⁵⁸ Dass dieser abstrakte Zug der *nuove scienza* natürlich auch ethische, rechtliche und politische Implikationen hatte, kommt wiederum am besten in der Bemerkung Galileis zum Ausdruck, er habe die Adelsregister der geometrischen Figuren nicht studiert. Bei Hobbes (Fn. 47 - Leviathan, S. 145) heißt es dazu: „The skill of making, and maintaining Common-Wealths, consisteth in certain Rules, as doth Arithmetique and Geometry; not (as Tennis-play) on Practise onely; which Rules, neither poor men have the leisure, nor men that have had the leisure, have hitherto had the curiosity, or method to find out.“

⁵⁹ Vgl. Cassirer (Fn. 48), S. 312; ders. (Fn. 53), S. 174, dessen Thesen auch durch die materialreiche Untersuchung von Graßhoff/Treiber (Fn. 52), S. 141 (Fn. 240) bestätigt und belegt werden.

tons PHILOSOPHIAE NATURALIS PRINCIPIA MATHEMATICA von 1689 wird ein Begriff des Bewegungsgesetzes konzipiert, der entgegen der aristotelisch-scholastischen Tradition von allen teleologischen Beimengungen befreit, rein formal als Beschreibung kausaler wenn/dann Relationen gebaut ist (Trägheitsprinzip). Es ist also die Vorstellung einer – kantisch gesprochen – die Mannigfaltigkeit der Dinge und Ereignisse über die Merkmale der Notwendigkeit (Kausalität) und Allgemeinheit (Generalität) verknüpfenden Regel, die hier Gestalt annimmt, im 18. Jahrhundert zur kognitiven Grundlage des Vernunft- und Rechtsbegriffs der idealistischen Philosophie wird und von hier in den rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff des 19. Jahrhunderts einwandert.

III. Verkehrsregeln und Methodenverständnis im liberalen Verwaltungsrecht

Die zwischen 1600 bis 1800 nachweisbaren Verkehrsströme zwischen Naturphilosophie, Naturrecht und Vernunftphilosophie und der Einfluss der mathematisch-geometrischen Metatheorie auf die Konstruktion des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs konnten hier nur grob skizziert werden. Dennoch dürften die voran stehenden Überlegungen deutlich gemacht haben, wie sehr die mathematische Naturwissenschaft die konstruktive Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts beeinflusst und bestimmt hat. Dieser Einfluss zeigt sich im Verwaltungsrecht von Otto Mayer gerade darin, dass ein in Analogie zum Naturgesetz der mathematischen Naturwissenschaft gedachter rechtsstaatlicher Gesetzesbegriff im Zentrum des Verwaltungsrechts steht. Erst vor dem Hintergrund der Geschichte der mathematischen Naturwissenschaft wird die Otto Mayer ganz selbstverständlich erscheinende Überordnung des abstrakten Gesetzes über den empirischen Fall evident: So wie die neue Naturphilosophie mit Hilfe des Experiments beweisen kann, dass alle physikalischen Körper mit der gleichen Geschwindigkeit fallen, also nur einem Bewegungsgesetz folgen, kann Otto Mayer davon ausgehen, dass die juristisch relevanten Handlungsformen der öffentlichen Verwaltung unter die Herrschaft des Gesetzes subsumiert werden können. Die Grundannahmen der Naturphilosophie liefern also auch den tieferen Grund für die hierarchische Abschichtung von Gesetz und Verwaltungsakt im Verwaltungsrecht von Otto Mayer. Die Überordnung des Gesetzes über den Verwaltungsakt repräsentiert eben nicht mehr (aber auch nicht weniger) als einen Anwendungsfall der deduktiven Methode des mathematisch-geometrischen Denkens der Naturphilosophie. So gesehen erweist sich der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff Otto Mayers, die Vorstellung der Rationalisierung des staatlichen Verwaltungshandelns durch seine Bindung an allgemeingültige Gesetze, als ein wissenschaftlicher Ausdruck des tiefen Einschnitts, den die Durchsetzung der mathematischen Naturwissenschaft für die moderne europäische Vorstellung von Vernunft, Rationalität und Ordnung noch im 19. Jahrhundert bedeutet hat.

Vor diesem Hintergrund wird auch deutlich, dass die normativ-dogmatische Verwaltungswissenschaft mit der Akzentuierung des Begriffs der Normativität falsch ansetzt. Der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff als juristisch-dogmatische Institution kann nicht über die Differenz von Normativität und Faktizität, d.h. aus der Geschichte einer abgeschotteten Welt des Sollens, der Geltung, des Normativen usw., erklärt werden. Es ist zwar richtig und eine Bedingung der Ausdifferenzierung und Autonomie der Verwaltungsrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert, dass der naturwissenschaftliche Gesetzesbegriff in der Verwaltungsrechtswis-

senschaft anders operationalisiert wird als beispielsweise in der klassischen Physik. Man kann aber nicht so tun, als sei die kognitive, wissenschaftliche Grundlage des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs, seine Abstraktheit und Universalität, eine völlig andere als die des naturwissenschaftlichen Gesetzesbegriffs in der Tradition von Kepler, Galilei, Newton und Kant. Das lässt sich auch an der reinen Rechtslehre von Hans Kelsen belegen. Die REINE RECHTSLEHRE gründet auf einer strikten Trennung von Naturwissenschaft und Rechtswissenschaft und unterstellt, dass naturwissenschaftliche „Kausalität“ und rechtswissenschaftliche „Zurechnung“ zwei verschiedenen Welten entstammen. Aber selbst Kelsen muss einräumen, dass der Rechtssatz „nach Analogie des Naturgesetzes“ auch als „Rechtsgesetz“ bezeichnet werden kann und beide, Naturgesetz und Rechtsgesetz, „einen generellen Charakter“ haben.⁶⁰ Wenn aber beide, Naturgesetz und Rechtsgesetz, als *Gesetz* bezeichnet werden können und beide Gesetze einen generellen Charakter haben, dann müsste Kelsen erklären können, weshalb es zu dieser „Analogie“ kommt. Eine solche Erklärung wird aber gerade durch die Unterscheidung von Sein und Sollen versperrt, genau die Einheit *dieser* Unterscheidung entzieht sich dem Blickfeld der reinen Rechtslehre; das ist der blinde Fleck einer auf der Differenz von Sein und Sollen gründenden Theorie. – Wenn man die hier am Gesetzesbegriff gewonnenen Erkenntnisse verallgemeinert, ließe sich für das Verhältnis von Verwaltungsrechtswissenschaft zu ihren Nachbardisziplinen also zunächst die grundlegende, für alles weitere entscheidende Verkehrsregel gewinnen: Ein methodisches Verbot der Verwaltungsrechtswissenschaft, auf Veränderungen ihrer wissenschaftlichen Umwelt zu reagieren, lässt sich nicht begründen, jedenfalls nicht durch Rückgriff auf die Tradition des eigenen Fachs.

Auch das Methodenverständnis der liberalen (Verwaltungs-)Rechtswissenschaften rechtfertigt ein solches Verbot nicht. Denn auch der rechtswissenschaftliche Methodenbegriff des 19. Jahrhunderts knüpft an den Methodenbegriff der mathematischen Naturwissenschaft an. Methode heißt in der neuen, mathematisch fundierten Naturphilosophie nicht, wie heute vielfach unterstellt wird, dass Wissenschaft Methode haben und diese ausweisen müsse. Der Methodenbegriff ist sehr viel voraussetzungsvoller konzipiert. Er meint in der Naturphilosophie nicht weniger als ein Verfahren, um der Wahrheit der Dinge auf die Spur zu kommen.⁶¹ Methode ist der „Maß-Stab“ des Denkens, und dieses Denken ist in der Naturphilosophie des 17. Jahrhunderts eben nicht am Einzelfall, am Zufall und an historischen Veränderungen orientiert, sondern axiomatisch-deduktiv, systematisch und gleichsam zeitlos angelegt.⁶² So geht es besonders bei Descartes, dem Autor, der ganz maßgeblich dazu beigetragen hat, den Primat der *certitudo obiecti* durch den Primat der *certitudo modi procedendi* zu ersetzen, um die Umstellung einer letztlich im religiösen Glauben verankerten Ontologie und Kosmologie auf ein neues, sich selbst tragendes *methodisches* Denken. Auch auf den cartesianischen Metho-

⁶⁰ Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Nachdruck der 2. Aufl. von 1960, Wien 1983, S. 84 f. Das übersieht Lepsius (Fn. 2 – Steuerungsdiskussion, S. 32 ff.), wenn er dem „Steuerungskonzept“ eine Vermengung von Rechtswissenschaft und Kausalwissenschaft vorwirft. Es gibt keine moderne Rechtswissenschaft, auch nicht diejenige Kelsens, ohne den modernen, nicht-teleologischen, nicht-aristotelischen Kausalitätsbegriff.

⁶¹ So heißt es in einer 1701, nach dem Tode Descartes', erschienenen Frühschrift: „Necessaria est Methodus ad rerum veritatem investigandam“. Zitiert nach Heidegger (Fn. 42), S. 79.

⁶² Rossi (Fn. 49), S. 160. Die Bestimmung der Zeitlichkeit unterliegt allerdings einer starken Veränderung und wird – auf der Linie Descartes, Kant, Hegel – von zunehmend größerer Bedeutung.

denbegriff schlägt dabei das naturwissenschaftliche Denken durch: Methode zu haben bedeutet für Descartes, dass das wissenschaftliche Vorgehen die Art bestimmt, wie die Dinge gesehen werden. Die Methode entscheidet darüber, was an den Dingen wahr ist. Die Wahrheit geht aber nicht aus der Beschreibung sinnlicher Eindrücke hervor, der unmittelbaren Hinwendung zu den Dingen durch anthropomorphe Einrichtungen wie Auge, Ohren, Nase, Hände usw., wie es dem platonischen Ideal entspricht.⁶³ Sondern: aus begrifflichem Denken, aus einer alles Sinnliche auf Distanz bringenden Abstraktion (*abducere mentem a sensibus*),⁶⁴ einer Abstraktion, die sich seit Galilei auch mechanischer Instrumente wie z.B. des Fernrohrs bedienen darf. Methodisches Denken ist in seinem Ausgangspunkt zwar an der praktischen Erfahrung und nicht an der Selbstgenügsamkeit der dogmatischen scholastischen Syllogistik orientiert,⁶⁵ aber der Erfahrungsbegriff der neuen Wissenschaften ist, entgegen aller späteren Stilisierungen der modernen Wissenschaft als „positivistisch“, nicht empirischer Natur. Erfahrung ist, kantisch gesprochen, nur durch die denkend-begriffliche Vorstellung einer notwendigen Verknüpfung der Wahrnehmungen möglich,⁶⁶ sie setzt also eine adäquate „Ordnungs-idee“⁶⁷ zur Erfassung der Wirklichkeit der Dinge voraus. Damit wird Methode zu einer maßgeblichen Voraussetzung des neuen naturwissenschaftlichen Denkens, Voraus-Setzung aber nicht nur im Sinne von Vorfindlichkeit, sondern vor allem im Sinne von Konstruktion. Methode ist, um eine auf Kepler gemünzte Bemerkung Cassirers aufzugreifen, Organ eines „Gesamtentwurfs der ‚Natur der Dinge‘“.⁶⁸ Und da das methodische Denken Sicherheit an der Geometrie und ihren ideellen Grundschemas gewinnt und allen Beobachtungen diese logische Form aufprägt, erlangen geometrische Werte wie Universalität, Regelmäßigkeit, Vorhersehbarkeit etc. eine so große Bedeutung.

Das Methodenverständnis der mathematischen Naturwissenschaft ist während der Gründungsphase der Rechtswissenschaft in Deutschland z.B. bei Savigny, Puchta oder Gerber noch durchgängig präsent – allem Historismus zum Trotz.⁶⁹ Infolgedessen geht es in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, bei allen nicht zu leugnenden Unterschieden, primär um autonome Systeme, deren wissenschaftliche Konstruktion als die eigentliche rechtswissenschaftliche Aufgabe verstanden wird.⁷⁰ Diese Systeme nehmen zunächst und ausschließlich die Form von buchförmigen Monographien an, eine Tradition, an die auch Otto Mayer mit seinem deutschen Verwaltungsrecht anknüpft. Das mathematisch-naturwissenschaftliche Methodenverständnis wurde aber auch für die Gesetzgebung vorbildlich, und nicht etwa umgekehrt wurde der Gesetzgeber als Quelle des rechtswissenschaftlichen Methodenverständnisses angesehen und nach dem „demokratischen Mandat rechtswissenschaftlicher Forschung

⁶³ So das Ideal in Platons Phaedon; vgl. dazu Cassirer (Fn.48), S. 262 f.

⁶⁴ Für Kepler Cassirer (Fn. 48), S. 291; für Galilei A. Koyré, Galilei und die wissenschaftliche Revolution des 17. Jahrhunderts, in: *ders.*, Galilei (1968), 1988, S. 13 ff.

⁶⁵ Zu diesem Motiv als Ausgangspunkt der neuen Naturphilosophie vgl. Cassirer (Fn. 48), S. 262 ff. und Rossi (Fn. 49), S. 54 ff.

⁶⁶ Cassirer (Fn. 48), S. 329.

⁶⁷ E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee und System, 1982, S. 7.

⁶⁸ Cassirer (Fn. 48), S. 346.

⁶⁹ Wieacker (Fn. 36), S. 249 ff.

⁷⁰ Zu diesem Wert heute Schmidt-Aßmann (Fn. 67), S. 66 f.

gefragt.“⁷¹ Wie die großen Kodifikationen der kontinentalen europäischen Rechtswissenschaft zeigen (Code Civil, BGB etc.), wurde der Gesetzgeber im 19. Jahrhundert selbst zum methodenbewussten wissenschaftlichen Gesetzgeber. Es entstand eine Rechtswissenschaft der geschriebenen Gesetzbücher, die sich nicht anders als die Rechtswissenschaft der Monographien und Kommentare am Methodenverständnis der mathematischen Naturwissenschaft orientierte. So wie die Rechtssysteme der Lehrbücher des 19. Jahrhunderts axiomatisch und deduktiv aufgebaut waren, d.h. systematisch vom Allgemeinen (z.B. subjektive Rechte) zum Besonderen (z.B. Eigentum) absteigend, war beispielsweise auch das BGB darauf angelegt, durch eine Abgrenzung von allgemeinem Teil (Personen, Sachen, Rechtsgeschäfte) und besonderen Teilen (z.B. Recht der Schuldverhältnisse) eine systematische, widerspruchsfreie und lückenlose Ordnung des vorgefundenen Rechtsstoffes zu leisten.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen zeigt sich, dass der Begriff der juristischen Methode in der derzeitigen Methodendiskussion vielfach zu eng interpretiert wird. Viele Anhänger der normativ-dogmatischen Verwaltungsrechtswissenschaft reduzieren den Begriff der rechtswissenschaftlichen Methode auf die Entfaltung von Regeln der Interpretation geltender Rechtsnormen, d.h. auf juristische Argumentation⁷², wie es beispielsweise in den neueren Auflagen der juristischen Methodenlehre von Larenz/Canaris der Fall ist.⁷³ Dieses enge Verständnis von rechtswissenschaftlicher Methodenlehre ist auch deshalb nicht überzeugend, als eine sich ausschließlich als Interpretations- und Argumentationstheorie verstehende juristische Methodenlehre nicht zufällig erst *nach* dem Zweiten Weltkrieg entsteht. Damit soll hier nicht behauptet werden, dass das Problem der Kontrolle der interpretatorischen Praxis juristischer Texte und Gesetze etwa erst ein Produkt des 20. Jahrhunderts wäre;⁷⁴ aber es soll doch die These angedeutet werden, dass erst der Wohlfahrtsstaat das Bedürfnis nach einer methodischen Kontrolle der Praxis der Rechtsinterpretation so gesteigert hat, dass juristische Interpretation und Argumentation zum Zentrum, ja zur *eigentlichen* juristischen Methode werden konnten. Anders formuliert: Die Beobachtung der Auslegung rechtlicher Normen durch Parlamente, Verwaltungsbehörden und Gerichte setzt eine durch den Wohlfahrtsstaat gesteigerte Gesetzesproduktion sowie ein damit einhergehendes quantitatives Wachstum (verwaltungs-)gerichtlicher Entscheidungen voraus. Die Kommunikationsmedien, die zur schnellen Verbreitung dieser Entscheidungen notwendig sind, etablieren sich frühestens im späten 19. Jahrhundert, in einem vorwiegend nationalstaatlich geprägten, juristischen Buch- und Zeitschriftenmarkt.⁷⁵ Aber es dauert noch einige Jahrzehnte bis dieser Markt medial-kom-

⁷¹ Ch. Möllers (Fn. 2 - VerwArchiv, 2002), S. 22 ff., 24. Was das unter den Bedingungen der Fernsehdemokratie bedeuten soll, ist im Übrigen völlig unklar. Zutreffend dargestellt wird dieses Verhältnis bei Schröder (Fn. 37), S. 268, der Ihering zitiert: „Der Gesetzgeber soll nicht konstruieren.“

⁷² Zum Begriff der juristischen Argumentation vgl. N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 338 ff.

⁷³ Vgl. aber auch die alten Auflagen z.B. K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979, S. 11 ff.; ähnlich eng z.B. A. Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, 1999; und H.M. Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 2. Aufl., 1991.

⁷⁴ Vgl. dazu nur I. MacLean, Interpretation and Meaning in the Renaissance, Cambridge 1992; Schröder (Fn. 37), S. 97 ff.; und die Hinweise bei C. Vismann, in AK GG, 3. Aufl. 2001, Art. 79, Rn. 6-8.

⁷⁵ Vgl. Stolleis (Fn. 6), S. 378 ff., 417 ff.; ders., Juristische Zeitschriften, Ius Commune Sonderheft 128 (1999), S. VII ff.

munikativ so weit entwickelt ist, dass die Rechtswissenschaft die stetig wachsende Entscheidungspraxis des Wohlfahrtsstaates in juristischen *Wochenschriften* zu sehen bekommt.

All dies lässt nur einen Schluss zu: Eine Verwaltungsrechtswissenschaft, die autonom im Sinne der Abgeschlossenheit wäre, hat es im 19. Jahrhundert nicht gegeben. Im Gegenteil, hätten Juristen wie Savigny und Gerber die nachbarwissenschaftlichen Anstöße in ihrer Zeit nicht aufgenommen und hätte ein Jurist wie Otto Mayer diese nicht weitergeführt, wäre es weder zum liberalen Verwaltungsrecht gekommen noch zur Ausbildung der juristischen Methode überhaupt. Das erklärt auch, warum Versuche, sich trotz der Tradition des eigenen Fachs für eine normativ-dogmatische Verwaltungsrechtswissenschaft stark zu machen, so oft in einem autoritären Stil daherkommen. Andere Positionen werden nicht durch Argumente widerlegt, sondern durch selbst erzeugte Verbote, also durch Zirkelschlüsse, die auch dadurch nicht an Überzeugungskraft gewinnen, dass sie dem Grundgesetz unterlegt werden. Dieser Stil ist auch deshalb verfehlt, weil die Verwaltungsrechtswissenschaft kein pyramidenförmig aufgebautes System mit einer Spitze ist, sondern ein heterarchisches Kommunikationsnetzwerk. Natürlich gibt es in diesem Kommunikationsnetzwerk Asymmetrien im Hinblick auf die Reputation einzelner Wissenschaftler und den Rang ihrer Texte und Aussagen. Diese Asymmetrien beruhen jedoch auf Prozessen der wechselseitigen Fremd- und Selbstbeobachtung, also auf laufender wechselseitiger Anerkennung und nicht auf irgendwelchen externen, z.B. religiösen, politischen oder ökonomischen Vorgegebenheiten. Die laufende wechselseitige Anerkennung macht die Verwaltungsrechtswissenschaft vielleicht zu einem Teil der Ökonomie der Aufmerksamkeit,⁷⁶ nicht jedoch zu einem Teil der „hierarchischen Verwaltung“, den sie nach Ansicht mancher Anhänger der normativ-dogmatischen Verwaltungsrechtswissenschaft vorfindet oder doch zumindest „normativ“ vorzufinden haben sollte.

Auf der anderen Seite lassen sich das Verwaltungsrecht von Otto Mayer und das ihm zugrunde liegende Methodenverständnis nicht als Beleg für die Berechtigung einer interdisziplinären Verwaltungsrechtswissenschaft reklamieren. Otto Mayer hat sein Verwaltungsrecht nicht so konzipiert, dass er den Gesetzesbegriff der mathematischen Naturwissenschaften des 17. Jahrhunderts lediglich als Ergänzung, als Anbau, als bloßes Supplement der eigentlich juristischen Arbeit benutzt hätte. Genau dazu scheinen aber manche Anhänger der interdisziplinären Verwaltungsrechtswissenschaft zu neigen. In vielen Arbeiten der interdisziplinären Verwaltungsrechtswissenschaft wird zunächst die Enge und Unzulänglichkeit der juristisch-dogmatischen *Rechtswissenschaftlichkeit* der Verwaltungsrechtswissenschaft betont, um so die Unumgänglichkeit der Öffnung der Verwaltungsrechtswissenschaft für die Verwaltungswirklichkeit und das diese Wirklichkeit beschreibende nachbarwissenschaftliche Wissen zu akzentuieren. So wird beispielsweise in einem neueren Lehrbuch zur „Verwaltungswissenschaft“ der Begriff der Handlungsform der Verwaltung vom Begriff der „Rechtsform des Verwaltungshandelns“ mit dem Argument unterschieden, dass Handlungsformen der Verwaltung nicht notwendigerweise zugleich Rechtsformen des Verwaltungshandelns seien.⁷⁷ Aber wer wollte das bestreiten? Die Frage scheint doch eher die zu sein, ob und welche Formen verwaltungsförmigen Handelns in den Büchern des Verwaltungsrechts erscheinen und *welche* Handlungsformen für

⁷⁶ Vgl. G. Franck, *Ökonomie der Aufmerksamkeit*, 1998, S. 181 ff.

⁷⁷ Schuppert (Fn. 3), S. 141 f.

die verwaltungsrechtswissenschaftliche Ordnungsbildung irrelevant sind. Das heißt, dass es in einer verwaltungsrechtswissenschaftlichen Perspektive immer nur um rechtlich relevante Handlungsformen und *deren* kognitive Voraussetzungen gehen kann, nicht aber um eine unspezifische Beobachtung der „vollen Verwaltungswirklichkeit“. Auch der von den Veranstaltern vorgegebene Titel dieses Referat lässt eine Interpretation zu, die die Verwaltungsrechtswissenschaft zunächst als juristisch-dogmatische *Rechtswissenschaft* definiert, um sie dann um sozialwissenschaftliche, technikwissenschaftliche, ökonomische und andere Theorien und Einsichten zu erweitern.

Ein solches Methodenverständnis entspricht aber weder der Tradition des eigenen Fachs noch dürfte eine interdisziplinäre Verwaltungsrechtswissenschaft dieses Typs eine wirkliche Alternative zum Methodenverständnis des liberalen Verwaltungsrechts darstellen. Die Leistung der liberalen Verwaltungsrechtswissenschaft besteht m.E. gerade darin, den naturwissenschaftlichen Gesetzesbegriff, wie er auch in den Nachbarwissenschaften akzeptiert war, zwar übernommen, dann aber in ein abgegrenztes rechtswissenschaftliches Feld, in ein gegenüber anderen wissenschaftlichen Feldern eigenständiges Gewebe von Zeichen und Bedeutungen, Institutionen und Prinzipien, übersetzt zu haben. Abstrakt gesprochen wird damit nicht einfach „Interdisziplinarität“ favorisiert, sondern ein paradoxes Verhältnis von Autonomie und Heteronomie sichtbar: Die Autonomie der Verwaltungsrechtswissenschaft besteht in der Abhängigkeit und Unabhängigkeit von ihrer wissenschaftlichen Umwelt. Benutzt man eine Metaphorik des Raumes, um diese Paradoxie zu beschreiben, kann man auch sagen, dass die Autonomie der Verwaltungsrechtswissenschaft gegenüber ihren Nachbarwissenschaften durch das Unterlaufen *und* Errichten von Grenzen stabilisiert wird. Es ist diese Bewegung der Aufhebung und Markierung von Grenzen, der es zu verdanken ist, dass der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff eine so hohe Ordnungsleistung für das staatliche Verwaltungshandeln erbringen konnte und heute noch immer erbringt. So wie die mathematische Naturwissenschaft entscheidend zur industriellen Revolution beigetragen und darin ihre große praktische Leistungsfähigkeit für andere gesellschaftliche Felder dokumentiert hat,⁷⁸ hat der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff des allgemeinen Verwaltungsrechts im 19. und 20. Jahrhundert die Voraussetzungen für eine für andere Funktionsbereiche der Gesellschaft produktive rechtsstaatliche Programmierung der Verwaltung geschaffen – und dies trotz wechselnder politischer Systeme.

78

Womit nicht gesagt sein soll, dass Technik einfach angewandte Wissenschaft sei und sozusagen in den Büchern entsteht. Dass die Beziehung von Technik und Wissenschaft komplizierter ist, erkennt man schon daran, dass es erst im 19. Jahrhundert zu einer engen Verkopplung von Naturwissenschaft und (Maschinen-)Technik kommt. Entscheidend aber bleibt, dass die moderne Naturwissenschaft die traditionelle (aristotelisch-platonische) Überordnung von Formen des reinen Philosophierens und Debatierens (Praxis) über das Herstellen (Poiesis) umkehrt und mit der Zulässigkeit neuer technischer Erfindungen und Instrumente im Rahmen von Experimenten, die wiederum für den Beweis der Wahrheit der neuen naturwissenschaftlichen Theorien als unerlässlich angesehen werden, eine klare Verknüpfung von Wissenschaft und Technik signalisiert.

IV. Zur Veränderung der Verwaltungsrechtswissenschaft und ihrer wissenschaftlichen Umwelt

Kann man das Methodenverständnis der liberalen Verwaltungsrechtswissenschaft eins zu eins in die Gegenwart übertragen? Wie und auf welche Weise ließe sich das paradoxe Verhältnis von Autonomie und Heteronomie der Verwaltungsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts unter heutigen Bedingungen realisieren? Um diese Fragen beantworten zu können, bedürfte es sicher einer kritischen Überprüfung der Übertragbarkeit der Grundannahmen der mathematischen Naturwissenschaft auf die Rechtswissenschaft und einer Beschreibung der Grenzen, die sich daraus auch für die Leistungsfähigkeit des rechtswissenschaftlichen Gesetzesbegriffs von Anfang an ergeben. Das würde den Rahmen eines Aufsatzes übersteigen. Es sei aber darauf hingewiesen, dass das größte Defizit der Verwaltungsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts m.E. darin gesehen werden muss, die begriffliche Ordnungsbildung zu stark von axiomatisch-deduktiven Vorstellungen her angelegt zu haben, ein Vorgehen, das heute vor allem im Hinblick auf den Systembegriff und die damit verknüpfte Vorstellung der hierarchischen Abschichtung von Allgemeinem und Besonderem der Revision bedarf. Im rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff zeigen sich die Schwächen der universellen Rationalität vor allem darin, dass die Bedingungen der gesellschaftlichen Regel- und Konventionsbildung, ohne die es keine „Gesetze“ geben kann, wenig reflektiert werden.⁷⁹

Was im Rahmen dieser Untersuchung jedoch möglich erscheint, ist, die wesentlichen Veränderungen des medialen, kommunikativen Kontextes zu skizzieren, in denen die Verkehrsströme zwischen der Verwaltungsrechtswissenschaft und ihren Nachbarwissenschaften im 19. Jahrhundert eingebettet waren und heute eingebettet sind. Die mathematische Naturwissenschaft und ihr Methodenverständnis konnten für die gesamte Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts so einflussreich werden, weil die ältere Unterscheidung von Logik und Rhetorik durch den Siegeszug der Naturphilosophie unterlaufen wurde und die Ausdifferenzierung der einzelnen wissenschaftlichen Disziplinen um 1800 längst nicht so weit fortgeschritten war wie heute. Nicht nur Galilei, Descartes, Newton und Hobbes, auch Kant und Hegel waren noch Universalgelehrte alten Stils. Das wissenschaftliche Wissen, auf das Rechtswissenschaftler wie Savigny und Gerber zurückgreifen konnten, war relativ homogen und überschaubar; bei allen Unterschieden im Einzelnen gab es nach dem Siegeszug der neuen Naturwissenschaften letztlich nur *eine* moderne exakte Wissenschaft, nur eine Metatheorie der Moderne. Damit waren relativ günstige Bedingungen gegeben, um Importe aus den Nachbarwissenschaften in der neu entstehenden Rechtswissenschaft konsensfähig zu machen. Solange die entstehende Rechtswissenschaft in den Nachbarwissenschaften auf ein Weltbild rekurren konnte, das, nach den berühmten Worten Hegels aus der Vorrede der Rechtsphilosophie von 1821, nichts

⁷⁹ Vgl. dazu K.-H. Ladeur, [Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation](#), 2000, S. 56 ff.; J.C. Scott, *Seeing like a State*, New Haven, 1998, S. 311 ff.; als Fallstudie Ch. Tietje, *Transnationales Wirtschaftsrecht aus öffentlich-rechtlicher Perspektive*, ZVglRWiss 101 (2002), S. 404 ff.; T. Vesting, *The Autonomy of Law and the Formation of Network Standards*, in: K.-H. Ladeur (Hrsg.), i.E.

anderes war als ihre Zeit in Gedanken erfasst,⁸⁰ also eine einheitlich homogene Beschreibung der Welt, konnte es über die Richtigkeit dieser Beschreibung in der Rechtswissenschaft keine grundsätzlichen Meinungsverschiedenheiten geben – zumal es immer nur um die Variation der einen Weltbeschreibung ging, des einen rationalistischen Weltbildes, das sich auch in anderen Disziplinen als herrschend durchgesetzt hatte.

Die heutige Verwaltungsrechtswissenschaft kann aber nicht mehr auf eine einheitlich-homogene Weltbeschreibung in den rechtswissenschaftlichen Nachbardisziplinen referieren. Das gilt zunächst mit Referenz auf die Naturwissenschaften. Die modernen Naturwissenschaften bieten heute kein einheitlich-homogenes System des Wissens mehr, sondern haben die von Galilei bis Newton entwickelten Naturgesetze seit der so genannten „Krise der klassischen Physik“ teilweise relativiert; erinnert sei hier nur an die von Einstein entdeckte spezielle Relativitätstheorie und die in der Quantenmechanik entdeckten „Heisenberg-Unschärferelationen“.⁸¹ Darüber hinaus sind weitere naturwissenschaftliche Theorien und Disziplinen wie Informationstheorie, Biologie und Kognitionswissenschaften neben die klassische Physik getreten. Die einheitliche Beschreibung der natürlichen Welt, die große Leistung der modernen mathematischen Naturwissenschaften, hat sich damit zwar nicht in Beliebigkeit, aber doch in eine Mehrheit konkurrierender Beschreibungen aufgelöst, wie sie auch die Umbruchzeit vor dem Siegeszug der mathematischen Naturwissenschaften gekennzeichnet hat.⁸² Das scheint erst recht und in noch höherem Maße für die Geisteswissenschaften zu gelten, beispielsweise für Philosophie, Soziologie, Ökonomie und Politikwissenschaften. Diese Nachbardisziplinen der Verwaltungsrechtswissenschaft sind heute in ganz unterschiedliche Schulen und Milieus gespalten, eine Bandbreite, die selbst in einer so relativ überschaubaren Disziplin wie der Ökonomie (Volkswirtschaftslehre) von der handlungsorientierten Chicago School über Institutionenökonomie und evolutionäre Ökonomie bis hin zu systemtheoretisch inspirierten Ansätzen reicht. Damit scheint eine Pluralität von Gesellschaftsbeschreibungen erreicht zu sein, die sich jedenfalls nicht auf den ersten Blick in eine neue, transdisziplinäre, metatheoretische Perspektive übersetzen lässt.

Aber nicht nur das natur- und geisteswissenschaftliche Wissen hat sich pluralisiert und fragmentiert. Auch die Verwaltungsrechtswissenschaft selbst ist heute nur noch schwer als einheitlicher durchlässiger Kommunikationszusammenhang, als ein Kommunikationssystem, fassbar. Wie andere Teildisziplinen der Rechtswissenschaft hat auch die Verwaltungsrechtswissenschaft auf die Steigerung der Anzahl und Vielfalt wissenschaftlicher Produktionen und Aufmerksamkeitsfelder mit einer wachsenden Selbstreferenz ihrer wissenschaftlichen Schulen und Milieus reagiert. Das, was heute von manchen als „Methodenstreit“ bezeichnet wird, ist zumindest auch eine Folge gesteigerter kommunikativer Komplexität und der daraus resultierenden Verständigungsprobleme zwischen den unterschiedlichen Schulen und Milieus der Verwaltungsrechtswissenschaft. Diese Schulen und Milieus haben, verglichen etwa mit der Zeit um 1900, nicht nur in ihrer Anzahl erheblich zugenommen. Auch die Forschungsinte-

⁸⁰ Hegel (Fn. 38), Vorrede, S. 26.

⁸¹ Vgl. nur O. Höfling/P. Waloschek, Die Welt der kleinsten Teilchen, 1984, S. 97 ff. (spezielle Relativitätstheorie), S. 161 ff. (Heisenbergsche Unschärferelation).

⁸² Davon legt etwa F. M. Voltaire, Philosophische Briefe, Frankfurt/Main 1985, S. 59, Zeugnis ab. Vgl. Rossi (Fn. 49), S. 318.

ressen, die Arbeitsweise, die bevorzugten Kommunikationsmedien (Monographie, Lehrbuch, Sammelband, Kommentar, Aufsatz, Rezension etc.), der Stil des Denkens, der Grad an Abstraktion usw. fallen so unterschiedlich aus, dass es heute eines enormen Aufwands an wissenschaftsinterner Public Relations bedarf, um das „Gesamtsystem“ Verwaltungsrechtswissenschaft überhaupt von Neuerungen in Kenntnis zu setzen. Auf diese Verständigungsprobleme treffen vor allem solche Autoren, die „Reformbedarf“ signalisieren, dabei auf nachbarwissenschaftliche Theorieabsicherung Wert legen und damit Texte produzieren, die in der normativ-dogmatischen Verwaltungsrechtswissenschaft als „schwer verständlich“ eingestuft werden. Und es trifft noch mehr auf das Verhältnis von Theorie und Praxis zu. Das zeigen u.a. die weitgehend blockierten Verkehrsströme zwischen verwaltungsrechtswissenschaftlicher Innovationsforschung einerseits und „praktisch“ orientierter Kommentarliteratur andererseits.⁸³

Diese Ausdifferenzierung und Spezialisierung der Verwaltungsrechtswissenschaft sind nun keineswegs dramatisch und sollten vor allem nicht als Anlass für kulturkritische Zerfallsszenarien genommen werden. Sie sind aber ein Ausdruck dafür, dass das Kommunikationssystem Verwaltungsrechtswissenschaft nur in Form eines Netzwerks sich nachbarschaftlich überlappender Kommunikationsgemeinschaften gedacht werden kann.⁸⁴ Informatorische Durchlässigkeit lässt sich in einem solchen Kommunikationsnetzwerk immer nur partiell und nur vorübergehend herstellen, wissenschaftlicher Konsens ist an vorübergehende gemeinsame Interessen, gemeinsam geteilte Kommunikationsmedien, Bereitschaft zur Akzeptanz unterschiedlicher Stile und wechselseitige Verständigungsbereitschaft gebunden, Einheit also nur auf der Basis von Differenz möglich. Es ist deshalb nicht zu erwarten, dass sich *eine* einheitliche Methode, die es ja auch im 19. Jahrhundert nicht durchgängig gegeben hat,⁸⁵ in Zukunft wiederherstellen lässt, noch ist es wünschenswert, dass die Verwaltungsrechtswissenschaft ihre Arbeitsenergien darauf verwendet, sich auf eine solche Methode zu verständigen. Im Gegenteil, die Funktion der *Verwaltungsrechtswissenschaft* sollte in einer Reformperspektive gerade darin gesehen werden, Verweisungsüberschüsse zu produzieren, einen Vorrat von Alternativen gegenüber der Praxis bereitzustellen, auf den Wissenschaftler, aber natürlich auch die politische Gesetzgebung, staatliche und suprastaatliche Verwaltungsbehörden, Regulierungsbehörden oder die Verwaltungsgerichtsbarkeit bei Bedarf und Interesse zurückgreifen können.⁸⁶ Damit verschiebt sich ein Teil des Methodenproblems von der Suche nach der *einen* richtigen Methode hin zur Institutionalisierung eines effektiven wissenschaftsinternen Kommunikationsmanagements, sozusagen einer besseren *Public Relations* innerhalb der Verwaltungsrechtswissenschaft.

⁸³ Die meisten verwaltungsrechtlichen Kommentare erschöpfen sich heute in der Beobachtung von Gesetzgebung (einschließlich Gesetzesänderung) und der Entscheidungspraxis der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit und haben damit den von Carl Schmitt bereits um 1943/44 klar prognostizierten Weg in die „Praktikerkommentierung“ eingeschlagen. Als Beleg vgl. nur *U. Ramsauer*, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2003.

⁸⁴ Der Begriff des Netzwerks „überlappender Nachbarschaften“ ist angelehnt an Michael Polanyi, einem in Polen geborenen und später in Edinburgh lehrenden Chemiker und Wissenschaftshistoriker, der mit Bezug auf die Naturwissenschaft schon um 1960 von „chains of overlapping neighborhoods“ gesprochen hat.

⁸⁵ Man denke nur an Otto von Guericke. Vgl. dazu *Stolleis* (Fn. 6), S. 359 ff.

⁸⁶ Dies betont auch *E. Schmidt-Aßmann*, *Diskussionsbeitrag*, *VVDStRL* 59 (2000), S. 327.

Auch diese Überlegungen zeigen, dass es in der Verwaltungsrechtswissenschaft keinen Freibrief für Interdisziplinarität geben kann. Im Gegenteil, angesichts der erreichten Komplexität des nachbarwissenschaftlichen Wissens und der Pfadabhängigkeit der eigenen Disziplin kann die Verwaltungsrechtswissenschaft nicht einfach Orientierung in anderen nachbarwissenschaftlichen Disziplinen suchen, ohne Gefahr zu laufen, die Komplexität der in der eigenen Fachdisziplin zirkulierenden Wirklichkeitsbeschreibungen ins Unendliche zu steigern und damit die Einheit ihres Gegenstandes zu verlieren. Wenn man die der modernen Naturwissenschaft zu Grunde liegende, von Kant auf den Begriff gebrachte und später auch in der Quantenmechanik erwiesene erkenntnistheoretische Voraussetzung akzeptiert, dass jede Beobachtung eine Intervention in das Beobachtete ist, gibt es nicht einfach einen einheitlichen Gegenstand, die öffentliche Verwaltung, außerhalb des Verwaltungsrechts⁸⁷, sondern nur Beschreibungen von Verwaltungsrealitäten, die wiederum von der gewählten theoretischen Perspektive abhängig sind. Die „Verwaltungswirklichkeit“ sieht auf dem hoch auflösenden Bildschirm der Organisationssoziologie Luhmanns eben grundsätzlich anders aus als durch die Brille des Verwaltungsrechts von Otto Mayer.

Auf der anderen Seite ist es aber ebenso evident, dass die Steigerung der internen Vielfalt und Komplexität nachbarwissenschaftlichen Wissens von der Verwaltungsrechtswissenschaft nicht einfach ignoriert werden kann. Es genügt auch nicht, darauf mit einer Haltung zu reagieren, in der Umweltveränderungen zwar nicht bestritten, aber als normativ und dogmatisch irrelevant hingestellt werden, eine Haltung, in der offensichtlich viele Anhänger einer normativ-dogmatischen Verwaltungsrechtswissenschaft die Antwort auf die Krise des klassisch liberalen Verwaltungsrechts sehen. Damit müsste sich die Verwaltungsrechtswissenschaft auf ihre vor nunmehr seit über hundert Jahren ausgebildeten bordinternen Koordinaten und die ihr zugrunde liegende Systematik verlassen. Das würde auf das Beispiel des Gesetzesbegriffs übertragen bedeuten, dass die Verwaltungsrechtswissenschaft die Tragfähigkeit des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs und seine Verknüpfung mit einer hierarchischen Vorstellung von Gewaltenteilung und Gesellschaftsstruktur einerseits sowie einer an Grenzbegriffen orientierten schematischen Trennung des Privaten und des Öffentlichen andererseits nicht mehr kontrollieren könnte. Sie hätte diese Voraussetzung vielmehr im Sinne von Vorfindlichkeit für alle Zeit zu akzeptieren. Das käme aber angesichts der vielfach beschriebenen und empirisch durch viele Detailuntersuchungen gut abgesicherten Erkenntnis eines sich abzeichnenden Übergangs vom liberalen Gesetzgebungsstaat zu einer postmodernen „Gesellschaft der Netzwerke“ (K.-H. Ladeur) einer wissenschaftlichen Kapitulation gleich. Wenn die hierarchische Absichtung von allgemeinem Gesetz und Verwaltungsakt, wie sie für Otto Mayer noch selbstverständlich war, durch ein zeitlich und sachlich flexibles Netzwerk von „Steuerungen“ ersetzt wird, das allgemeine und besondere Formen, private und öffentliche Interessen übergreift,⁸⁸ dann muss die Verwaltungsrechtswissenschaft dies reflektieren und versuchen, die tradierten verwaltungsrechtlichen Institutionen an diese historischen Veränderungen anzu-

⁸⁷ Das unterstellt aber beispielsweise *Schuppert* (Fn. 3), S. 42.

⁸⁸ Vgl. dazu nur *Schmidt-Aßmann* (Fn. 67), S. 15 ff.; *W. Hoffmann-Riem*, *Modernisierung von Recht und Justiz*, 2001, S. 15, 21 ff.; aus der älteren Literatur vgl. nur *Brohm* (Fn. 1), S. 258 ff.; vgl. auch *T. Vesting*, *Erosionen staatlicher Herrschaft. Zum Begriff des Politischen bei Carl Schmitt*, in: *AöR* 117 (1992), S. 4 ff., 33 ff. m.w.N.

passen oder das System zumindest durch Ergänzungen restabilisieren. Sonst läuft die Verwaltungsrechtswissenschaft Gefahr, sich gegenüber dem erreichten Erkenntnisstand in anderen Disziplinen abzuschotten und die sozialen Veränderungen ihres Gegenstandes aus dem Auge zu verlieren.⁸⁹

Aus den vorstehenden Überlegungen lassen sich einige weitere Verkehrsregeln entwickeln. Die Öffnung und Schließung der Verwaltungsrechtswissenschaft für und gegenüber nachbarwissenschaftlichem Wissen darf nicht regellos ablaufen. So genügt es beispielsweise den hier entwickelten methodischen Anforderungen nicht, wenn sich der Wissenstransfer zwischen der Verwaltungsrechtswissenschaft und ihren Nachbarwissenschaften lediglich durch die Zufälligkeit der jeweiligen Forschungsinteressen einzelner Wissenschaftler legitimiert. Vielmehr sollte sich die Öffnung der Verwaltungsrechtswissenschaft für neues Wissen an einer übergreifenden Metatheorie orientieren, so wie sich auch die liberale Verwaltungsrechtswissenschaft in ihrer Entstehungsphase an einer transdisziplinären Metatheorie orientiert hat. Allerdings kann nachbarwissenschaftliches Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft heute nicht mehr einfach mit dem Anspruch rezipiert werden, die neue Zeit in Gedanken zu erfassen. Vielmehr müssen Neuerungen so in die verwaltungsrechtswissenschaftliche Diskussion eingeführt werden, dass die nachbarwissenschaftlichen Annahmen, die zu einem Umbau tradierter verwaltungsrechtlicher Begriffe führen sollen, in der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung überprüfbar bleiben. Deshalb wird es für die Überzeugungskraft und Haltbarkeit neuen Wissens auch darauf ankommen, den Theorieimport in einer disziplinenübergreifenden Perspektive rechtfertigen zu können, etwa in dem man ähnliche Verschiebungen in der Leitsemantik auch anderer Disziplinen nachweist. Das heißt zugleich, dass es eine erhöhte Begründungslast für begriffliche Innovationen wie z. B. den Steuerbegriff gibt, die die Pflicht einschließt, die kognitiven Annahmen der tradierten Institutionen und Prinzipien des Verwaltungsrechts adäquat zu rekonstruieren, bevor deren Relativierung oder Umbau gefordert und eingeleitet wird. Diese Verkehrsregel wird beispielsweise verletzt, wenn dem liberalen Verwaltungsrecht und seiner Dogmatik ein punktueller und individualistischer Charakter unterstellt wird.

Bei der Öffnung und Schließung der Verwaltungsrechtswissenschaft gegenüber ihrer wissenschaftlichen Umwelt ist angesichts des erreichten Grades der Pluralisierung und Fragmentierung der Umwelt der Verwaltungsrechtswissenschaft ferner davon auszugehen, dass auch der Verallgemeinerungsfähigkeit eines metatheoretisch abgesicherten Wissens eine natürliche Komplexitätsgrenze gezogen ist. Im 19. Jahrhundert war es vielleicht noch möglich, ein verwaltungsrechtswissenschaftliches Lehrbuch von einem Punkt her zu konstruieren und aufgrund eines deduktiven Wissenschaftsverständnisses dem allgemeinen Teil automatisch eine höhere Ordnungsleistung gegenüber den besonderen Teilen zuzusprechen bzw. letztere als bloße Anwendungsfälle des ersteren zu konzipieren, z.B. das „Polizeigesetz“ als Ausdruck

⁸⁹

Das allein entspricht im Übrigen einer *wissenschaftlichen* Vorgehensweise. Das Wissen der Wissenschaft wird – im Unterschied etwa zur scholastischen Dogmatik – erst dadurch konstituiert, dass es seine Voraussetzungen kennt, diese beständig überprüft und gegebenenfalls in Frage stellt und erneuert. Eine Kritik, die das Moment der Reflexion der kognitiven Voraussetzungen des Rechts übergeht, reduziert den Begriff der Verwaltungsrechtswissenschaft auf Verwaltung, nämlich auf die Verwaltung konsolidierter Wissensbestände.

des rechtstaatlich, durch „Rechtssätze“ gebundenen polizeilichen Handelns.⁹⁰ Auch dieses Verhältnis muss heute neu arrangiert werden. Die Verwaltungsrechtswissenschaft muss den besonderen Teilen einen gleichberechtigten Stellenwert einräumen und Lernprozesse vom Besonderen zum Allgemeinen nicht nur zulassen, sondern sogar stärker akzentuieren. Der von Schmidt-Aßmann in die verwaltungsrechtswissenschaftliche Diskussion eingeführte Begriff der „Ordnungsidee“ erscheint durchaus fruchtbar. Der Begriff muss aber von seiner Präferenz für das allgemeine Verwaltungsrecht gelöst und in eine stärker nachbarschaftlich, konnexio-nistisch angelegte Architektur, die die Grenze von allgemeinem und besonderem Verwaltungsrecht übergreift, transponiert werden. Die besonderen Gebiete des Verwaltungsrechts sind dann nicht mehr lediglich „Referenzgebiete“ für die Ordnungsbildung des allgemeinen Verwaltungsrechts, sondern das allgemeine Verwaltungsrecht ist dann auch „Referenzgebiet“ für Untersuchungen im besonderen Verwaltungsrecht.⁹¹ Gefordert ist also eine Umstellung der Methode: Der Umbau verwaltungsrechtlicher Institutionen muss heute zunächst aus und an den Problemen des besonderen Verwaltungsrechts getestet werden. Erst von hier aus ist es sinnvoll, diese in ein allgemeines Verwaltungsrecht bzw. dessen „Rest“ zu überführen. Eine solche Strategie dürfte vor allem dann aussichtsreich sein, wenn sie sich auf gesellschaftliche Felder konzentriert, die einer schnellen Veränderung unterliegen, Felder, in denen technologische, ökonomische und soziale Dynamiken und darauf reagierende Innovationen in den Semantiken der Nachbarwissenschaften Voraussetzungen der eigenen Disziplin unterlaufen. – Diese Überlegungen sollen abschließend am Beispiel des Informationsverwaltungsrechts näher konkretisiert werden.

V. Informationsverwaltungsrecht als Perspektive einer nachbarwissenschaftlich informierten und reflektierten Verwaltungsrechtswissenschaft

1. Die informations- und wissenstheoretische Perspektive als Ausgangspunkt

Eine nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft dürfte vor allem dann produktiv sein, wenn sie auf eine informations- und wissenstheoretische Perspektive einschwenkt. Mit einer informations- und wissenstheoretischen Perspektive ist hier eine Perspektive gemeint, die sich an der Karriere der Begriffe „Information“, „Wissen“, „Kommunikation“ und „Medien“ in den Nachbarwissenschaften der Verwaltungsrechtswissenschaft orientiert. Damit sind vor allem die Ideen und Theorien gemeint, die durch Informa-

⁹⁰ Mayer (Fn. 8), S. 228, 230.

⁹¹ Als Fallstudie K.-H. Ladeur, Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften als Recht privat-öffentlicher Kooperationsverhältnisse, *Die öffentliche Verwaltung* 6 (2000), 217 ff.; T. Vesting, Satzungs-befugnis von Landesmedienanstalten und die Umstellung der verwaltungsrechtlichen Systembildung auf ein ‚Informationsverwaltungsrecht‘, *Die Verwaltung* 4 (2002), S. 433 ff.; für das Medienrecht T. Vesting, Zur Zukunft und Konstruktion des Medien- und Telekommunikationsrechts in den hybriden Beziehungsnetzwerken der „Informationsgesellschaft“, in: H. Rossen-Stadtfeld/J. Wieland (Hrsg.), *Steuerung medienvermittelter Kommunikation – Theorie, Praxis, Perspektiven*, 2001, S. 83 ff.; Groß (Fn. 88), S. 57 ff., 70 ff., 78, spricht in diesem Zusammenhang von „Abstufungen der Allgemeinheit“.

tionstheorie und Kybernetik angeregt worden sind.⁹² Im Umfeld dieses Ideen- und Theorienpools, der eng mit der Geschichte der Erfindung des Computers und seiner technischen wie mathematisch-wissenschaftlichen Grundlagen in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts verknüpft ist (Turing, Hilbert, Gödel etc.),⁹³ sind nicht nur so einflussreiche und erfolgreiche Unternehmen wie Medientheorie (McLuhan), Grammatologie (Derrida) und Systemtheorie (Luhmann) entstanden, sondern auch solche für die Informationsgesellschaft unentbehrlichen Grundlagenfächer wie Informatik und Computer Science. Darüber hinaus hat dieser Ideen- und Theorienpool bereits seit Mitte der 40er Jahre nachhaltig auf die Selbstbeschreibung anderer Wissenschaften wie Ökonomie (von Hayek), Wissenschaftstheorie (Michael Polanyi) und Organisationstheorie (Herbert Simon) eingewirkt, um nur einige Beispiele zu nennen. Hinzu kommt, dass durch das Wachstum der Bedeutung der informationsökonomischen Märkte (in einem weiten Sinne) die informations- und wissenstheoretische Perspektive in Disziplinen wie Wissensökonomie, Netzwerkökonomie und Medientheorie weiteren Auftrieb erfahren hat.⁹⁴ Deren gemeinsamer Nenner ist die Beschreibung der Bedeutung und Funktion von Information als Wissensmitteilung und der dabei eingesetzten Träger, der technischen (Kommunikations-)Medien, für Prozesse und Felder gesellschaftlicher Reproduktion. Gerade über den Informationsbegriff lassen sich dabei auch Brücken zu neueren naturwissenschaftlichen Forschungen wie z.B. der Biologie (genetischer Code als genetische Information) und Kognitionswissenschaft (künstliche Intelligenz, neuronale Netze) schlagen.⁹⁵ Auch wenn die nähere Aufarbeitung dieser hier nur angedeuteten Verbindungslinien in der Verwaltungsrechtswissenschaft noch aussteht⁹⁶, könnte die Umstellung der Verwaltungsrechtswissenschaft auf eine informations- und wissenstheoretische Perspektive doch die Grundlage der Ausarbeitung einer neuen „Ordnungsidee“ sein, eines Netzwerks informationstheoretisch gespeister juristischer Begrifflichkeiten, mit deren Hilfe sich das besondere und allgemeine Verwaltungsrecht restrukturieren und auf die Höhe der Zeit bringen ließe.

Dieser Vorschlag entspricht den Verkehrsregeln, die sich im liberalen Verwaltungsrecht für den Umgang mit nachbarwissenschaftlichem Wissen herausgebildet haben. Die Verwaltungsrechtswissenschaft hat sich im 19. Jahrhundert unter Rückgriff auf die juristische Methode der Zivilrechtswissenschaft als eigenständige Disziplin etabliert und durchgesetzt. Die Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts ist aber nicht aus einer kontinuierlichen, bis in das römische Recht zurückreichenden Fachgeschichte hervorgegangen, sondern aus einem

⁹² Zur Informationstheorie vgl. nur den Überblick bei *H. Lyre*, Informationstheorie, 2002, S. 10 ff.; zur Kybernetik *N. Wiener*, Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine, Cambridge 1948, zu den philosophischen und wissenschaftstheoretischen Folgen *G. Günter*, Das Bewußtsein der Maschinen, 1963, S. 19 ff. Wie *Heinz von Foerster* (Short Cuts 5, Berlin 2001, S. 94) berichtet, hat er wohl entschieden dazu beizutragen, das Kunstwort Kybernetik, das sich vom Begriff Steuermann ableitet, populär zu machen.

⁹³ Zur wissenschaftlichen Vorgeschichte vgl. *S. Krämer*, Symbolische Maschinen, Die Idee der Formalisierung in geschichtlichem Abriss, 1988; *B. Heintz*, Die Herrschaft der Regel, 1993; eine grobe Zusammenfassung dieser Vorgeschichte findet sich bei *T. Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 175 ff.

⁹⁴ Zur Steigerung der Bedeutung der Transaktionskostentheorie vgl. nur *A. Picot/R. Reichwald/R.T. Wiggand*, Die grenzenlose Unternehmung, 1996, S. 65.

⁹⁵ Einen Überblick gibt *Lyre* (Fn. 92), S. 90 ff., 126 ff., 130 ff.; zum Human Genome Project vgl. auch *A.-L. Barabási*, Linked, 2002, S. 179 ff.

⁹⁶ Für die organisationssoziologische Umsetzung vgl. *N. Luhmann*, Organisation und Entscheidung, 2000.

Bruch, einem Einschnitt, der selbst das Ergebnis der transdisziplinären Einflüsse war, die die mathematische Naturwissenschaft des 17. Jahrhunderts auf die moderne Rechtswissenschaft ausgeübt hat. Die neue Methode der (cartesianischen) mathematischen Naturwissenschaft ist im „Zeitalter des Vernunftrechts“ (Wieacker) in das neue Naturrecht eingedrungen, und hat, wie wir am Beispiel der Kantischen Philosophie gesehen haben, zunächst die Methoden und Denkformen des neuen Naturrechts und der darauf gründenden Sozialphilosophie transformiert. Die kontinentale Rechtswissenschaft hat schließlich im 19. Jahrhundert auf allen Ebenen, auch auf der Ebene ihrer Methodik im Sinne von Interpretations- und Argumentationstheorie,⁹⁷ den Umbau ihrer eigenen Selbstbeschreibungen nach dem Vorbild der axiomatisch-deduktiven Theorien der Naturphilosophie eingeleitet und ist von hier aus auch im Verwaltungsrecht zu einer das Allgemeine dem Besonderen überordnenden Systembildung gelangt. So wie die liberale Verwaltungsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts aus einer Transferleistung naturwissenschaftlichen Wissens und naturwissenschaftlicher Methoden in das Feld der Rechtswissenschaft hervorgegangen ist, so hätte die Verwaltungsrechtswissenschaft des 21. Jahrhunderts den in der informations- und wissenstheoretischen Perspektive bereitgestellten Ideen- und Theorienpool für eine eigenständige, d.h. autonome verwaltungsrechtswissenschaftliche Begriffsbildung fruchtbar zu machen. Ein solcher Verkehrsstrom wäre auch dadurch legitimiert, dass es sich bei der informations- und wissenstheoretischen Perspektive in ähnlicher Weise um eine offensichtlich allgemeine, transdisziplinäre Entwicklung von großer Produktivität handelt, um die Entstehung einer neuen Metatheorie⁹⁸ (und nicht lediglich um subjektive Theoriepräferenzen), wie es die mathematische Naturwissenschaft für die Wissenschaftsgeschichte des 17., 18. und 19. Jahrhunderts war.

2. Das Informationsverwaltungsrecht in der bisherigen Reformdiskussion

Entgegen einer auch in der bisherigen Reformdiskussion relativ weit verbreiteten Meinung liegt der produktive Ausgangspunkt einer nachbarwissenschaftlich informierten und reflektierten Verwaltungsrechtswissenschaft nicht in einer durch sie in den Vordergrund rückenden „Steuerungs- oder Regulierungsperspektive“.⁹⁹ Einen produktiven Zugang zu dem Ideen- und Theorienpool der informations- und wissenstheoretischen Perspektive hat die neuere Reformdiskussion jedoch unter dem Begriff des „Informationsverwaltungsrechts“ gefunden. Auch wenn der Begriff des „Informationsverwaltungsrechts“ nicht frei von Redundanzen und nicht in jeder Hinsicht glücklich ist, also der weiteren Diskussion bedarf,¹⁰⁰ soll der Begriff hier aus pragmatischen Gründen ohne Anführungszeichen übernommen werden. Das Verwaltungs-

⁹⁷ Dazu, in einem „Rechtsfindung“ und Rechtsquellenlehre einbeziehendem Verständnis, *J. Schröder* (Fn. 37), S. 130 ff.

⁹⁸ Dies vermutet auch *M. Giesecke*, Von den Mythen der Buchkultur zu den Visionen der Informationsgesellschaft, 2002, S. 13.

⁹⁹ Zum Regulierungsbegriff vgl. *W. Schulz*, Regulierte Selbstregulierung im Telekommunikationsrecht, Die Verwaltung Beiheft 4 (2001), S. 101 ff.; *A. Voßkuhle*, Die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, Manuskript für VVDStRL, S. 36; vgl. auch *J. Masling*, Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, Die Verwaltung 36 (2003), S. 1 ff.

¹⁰⁰ Vgl. die Überlegungen bei *M. Albers*, Information als neue Dimension des Rechts, Rechtstheorie 33 (2002), 61 ff.

recht der Zukunft hat infolgedessen ein „Informationsverwaltungsrecht“ zu sein.¹⁰¹ Dabei wäre der Akzent aber nicht nur auf die Generierung und Speicherung von Informationen zu legen, sondern auch auf die das Verwaltungsrecht tragenden Infrastrukturen praktischen Wissens. Ladeur hat die verwaltungsrechtswissenschaftlichen Konsequenzen dieser Perspektive, die er zunächst im Umweltrecht verfolgt hat,¹⁰² in einer neueren Publikation dahingehend formuliert, dass sich die Aufmerksamkeit der Verwaltungsrechtswissenschaft auf die temporäre „Veränderung der Wissensbasis durch das Auftreten grundlegend neuer Wissensformen und -typen zu richten“ habe und „die Rechtsbegriffe und Methoden darauf einzustellen“ hätte.¹⁰³ Informationsverwaltungsrecht wäre also, um eine vorläufige Definition zu wagen, ein Verwaltungsrecht, welches das Organisations- und Entscheidungsproblem der öffentlichen Verwaltung und seine damit verknüpften kognitiven Voraussetzungen in einer informations- und wissenstheoretischen Perspektive neu fassen würde. Damit wird nicht einfach eine Hinwendung zur Verwaltungswirklichkeit der öffentlichen Verwaltung proklamiert, sondern die begriffliche Konstruktion einer neuen, rechtswissenschaftlichen Perspektive auf die Organisations- und Entscheidungsprobleme der Verwaltung, soweit diese Organisations- und Entscheidungsprobleme rechtlich strukturiert und programmiert sind oder in Zukunft rechtlich strukturiert und programmiert werden sollen. In diese Perspektive gehören schließlich auch die technischen Kommunikationsmedien, die die Verwaltung zur Informationsgenerierung, zur Wissenssammlung und zum Aufbau eines eigenen institutionellen Gedächtnisses benutzt. Das ist gegenwärtig auch deshalb unverzichtbar, weil der Umbau einer aktenabhängigen Bürokratie zu einer computergestützten Verwaltung in vollem Gange ist.¹⁰⁴

Auch wenn die Möglichkeiten, die die informations- und wissenstheoretische Perspektive der Verwaltungsrechtswissenschaft eröffnet, erst allmählich erkennbar werden, ist diese Perspektive doch in vielen neueren Überlegungen der Reformdiskussion zum Informationsverwaltungsrecht präsent. Diese Präsenz zeigt sich zunächst in solchen Zusammenhängen, in denen das Problem der verwaltungsrechtlichen Systembildung aus einer Perspektive der Informationsgenerierung und Wissensproduktion (re-)formuliert wird. Gemeint ist damit die Ebene der inneren Ordnung der Verwaltungsrechtsbücher, die Ebene, die sich bei Otto Mayer als sequentielle Anordnung von allgemeinem und besonderem Teil niederschlägt und der im allgemeinen Teil die Sequenz „Geschichte des Verwaltungsrechts“, „Grundzüge der Verwaltungsrechtsordnung“, „Rechtsschutz in Verwaltungssachen“ entspricht. Hier hat die Reformdiskussion etwa die bei Otto Mayer unter dem Abschnitt „Grundzüge der Verwaltungsrechtsordnung“ dominante Fixierung auf die rechtsstaatliche Programmierung der öffentlichen Verwaltung durch das Gesetz relativiert und die Aufmerksamkeit stärker auf die informa-

¹⁰¹ E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 238 ff.; der Begriff „Informationsverwaltungsrecht“ stammt wohl von Rainer Pitschas. Vgl. nur R. Pitschas, Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G.F. Schuppert (Hrsg.): Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 219 ff. Einen m. E. zu wenig spezifizierten Begriff des Informationsrechts entwickelt M. Kloepfer, Informationsrecht, 2002, S. 24 ff., 30 ff.

¹⁰² K.-H. Ladeur, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995.

¹⁰³ K.-H. Ladeur, Privatisierung öffentlicher Aufgaben und die Notwendigkeit der Entwicklung eines neuen Informationsverwaltungsrechts, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 225 ff., 238.

¹⁰⁴ Dazu C. Vismann, Akten, 2000.

torischen und wissensförmigen Bedingungen der Produktion von Verwaltungsentscheidungen gelegt. So ist beispielsweise zu Recht darauf hingewiesen worden, dass dazu auch eine stärkere Berücksichtigung des Organisationsverwaltungsrechts gehört und Verwaltungsorganisationen künftig als „Systeme der Informationsverarbeitung“ beschrieben werden müssen.¹⁰⁵ Damit rückt die informatorische und wissensabhängige Grundlage der Schaffung und Erhaltung von Organisationen auch juristisch stärker ins Bewusstsein als in den herkömmlichen Theorien der juristischen Person,¹⁰⁶ und dadurch gewinnt auch die historische Zeit, der laufende Prozess der Bildung und Erhaltung der öffentlichen Verwaltung, erhöhte Bedeutung in den Verwaltungsrechtswissenschaften. In diesen Zusammenhang gehört auch, um ein anderes Beispiel zu nennen, die Beschreibung der Außenkontakte einer bislang primär nationalstaatsrechtlich geprägten Verwaltung. Zwar tragen die Verwaltungsrechtsbücher der Gegenwart nicht mehr den Titel DEUTSCHES VERWALTUNGSRECHT wie noch 1895, aber die Integration des nationalen Verwaltungsrechts in ein Netzwerk nationaler, europäischer und transnationaler Verwaltungsrechte wird in der herkömmlichen Literatur doch recht unspezifisch unter Titeln wie „Stellung der Verwaltung“ im europäischen Gemeinschaftsrecht verarbeitet.¹⁰⁷ Auch in diesem Zusammenhang bietet das Informationsverwaltungsrecht einen viel versprechenden Ansatz, weil es genauer nach den kommunikativen Schnittstellen im „vertikalen“ und „horizontalen Rechtssetzungsverbund“ fragt und die rechtliche Strukturierung dieser Kommunikationsströme präziser als Informations- und Wissensproblem auszuarbeiten vermag.¹⁰⁸

Ferner ist das Informationsverwaltungsrecht auch auf der Seite des besonderen Teils des Verwaltungsrechts, der Teile, denen bei Otto Mayer die Beschreibung der „Polizeigewalt“, der „Finanzgewalt“ usw. zugeordnet ist. Hier konnten mit Hilfe informationsrechtlicher Überlegungen vor allem innerhalb der privat-öffentlichen Beziehungsnetzwerke, in denen die Privatisierung sich auf das Informationsverhalten der Verwaltung auswirkt, die Konturen eines neuen Verwaltungstypus der kooperativen Verwaltung sichtbar gemacht werden. Als Beispiele wären das Umweltrecht (insbesondere Risikoverwaltung¹⁰⁹), das Telekommunikationsrecht¹¹⁰, das Datenschutzrecht¹¹¹ und das Medienrecht¹¹² zu nennen. Dabei ist inzwischen auch gezeigt worden, dass die Lösung der hierbei auftretenden Wissensprobleme der Verwaltung

¹⁰⁵ E. Schmidt-Aßmann (Fn. 101), S. 213.; H.-H. Trute, Funktionen der Organisation und ihre Abbildung im Recht, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 249 ff.

¹⁰⁶ Vgl. dazu aus neuerer Zeit Th. Raiser, Der Begriff der juristischen Person, AcP 199 (1999), S. 104 ff.; vgl. aber auch G. Teubner, Das Recht hybrider Netzwerke, ZHR 165 (2001), S. 550 ff.

¹⁰⁷ z. B. H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, 1999, S. 173 ff.

¹⁰⁸ A. von Bogdandy, Information und Kommunikation in der Europäischen Union: föderale Strukturen in supranationalem Umfeld, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 105), S. 133 ff.; ferner die Beiträge in K.-H. Ladeur (Hrsg.), The Europeanisation of Administrative Law, 2001.

¹⁰⁹ Aus neuerer Zeit vgl. nur A. Scherzberg, Rechtswissenschaften, in: C. Engel/J. Halfmann/M. Schulte (Hrsg.), Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen, 2002, 114 ff.

¹¹⁰ H.-H. Trute, Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, in: Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm, 2002, S. 169 ff. (mit weiteren Nachweisen in Fn. 6); M. Eifert, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998.

¹¹¹ Vgl. nur H.-H. Trute, Wissenspolitik und rechtliche Regulierung – Überlegungen am Beispiel der Erzeugung und Verwendung genetischer Daten, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Fn. 3), S. 290 ff.

¹¹² K.-H. Ladeur, Rundfunkaufsicht im Multimedia-Zeitalter zwischen Ordnungsrecht und regulierter Selbstregulierung, K&R 2000, S. 171 ff.

nicht schon in der Anerkennung einer möglicherweise unvermeidlichen Kooperation liegt, sondern dass es künftig mehr denn je darauf ankommen wird, diesen Wissenstransfer rechtlich zu strukturieren und die informationsverwaltungsrechtlichen Ansätze weiterzuentwickeln, wie sie in den siebziger Jahren vor allem im (Bau-)Planungsrecht angedacht worden sind. Dabei kann eine informations- und wissenstheoretische Perspektive auch helfen, historische Veränderungen zu relativieren. So lässt sich beispielsweise zeigen, dass bestimmte Probleme der Wissensgenerierung nicht neu sind, dass sie aber früher unterhalb der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Aufmerksamkeitsschwelle lagen. So ist etwa nicht erst die Gewährleistungsverwaltung auf Netzwerke staatlichen und privaten Wissens angewiesen. Gleichartige Probleme hatte auch schon die Leistungsverwaltung zu bewältigen. Ein Beispiel hierfür wäre das Eisenbahnrecht.¹¹³

Schließlich hat das Informationsverwaltungsrecht auch auf dem Gebiet dogmatischer Institutionen des allgemeinen Verwaltungsrecht, dem, was bei Otto Mayer unter Überschriften wie „Herrschaft des Gesetzes“, „bindende Kraft des Verwaltungsrechtssatzes“, „Verwaltungsrechtsquellen“ und „Verwaltungsakt“ läuft, erhebliche Fortschritte erzielt. So ist in informations- und wissenstheoretisch angeleiteten Untersuchungen zum Charakter von normenkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften und zur Satzung gezeigt worden, dass die (auch bei Otto Mayer nicht wirklich vorhandene) Absolutheit des Schemas einer hierarchischen Abschichtung von parlamentarischem Gesetz und verwaltungsförmigem Handeln durch Einzelfallentscheidung relativiert werden muss.¹¹⁴ Das Verwaltungsrecht muss heute Kommunikationstypen bzw. Handlungsformen der mittleren Ebene über die als solche allgemein anerkannte Rechtsverordnung hinaus entwickeln. Diese Handlungsformen müssen der öffentlichen Verwaltung unter besonderen (und in Fallstudien weiter zu präzisierenden) Bedingungen das Recht einräumen, selbst auf die schnelle Veränderung der für verwaltungsrechtsförmige Entscheidungen notwendigen Wissensbasis durch Normsetzung zu reagieren und damit auch für Dritte bindende Normen mit Außenwirkung etwa in Form von Satzungen zu produzieren.

3. Methodische Defizite der bisherigen Reformdiskussion

Obwohl die informations- und wissenstheoretische Perspektive damit auf eine grundsätzlich produktive Weise in die Reformdiskussion eingeführt worden ist, tendiert die bisherige Reformdiskussion doch dazu, die Konsequenzen der Umstellung auf ein Informationsverwaltungsrecht nicht weiter zu denken. Das zeigt sich vor allem daran, dass der höchst voraussetzungsvolle Ausgangspunkt des Informationsverwaltungsrechts, nämlich die rechtswissenschaftliche Ordnungsbildung mit dem Begriff der Information und seiner Nachbarbegriffe anzufangen, nicht hinreichend reflektiert und vor allem nicht mit anderen begrifflichen Perspektiven und deren Startpunkten vermittelt wird. Das lässt sich am bereits angesprochenen Verhältnis von Informationsverwaltungsrecht und Steuerungs- bzw. Regulierungsverwaltungsrecht zeigen. Auf der einen Seite wird die Umstellung auf ein Informationsverwaltungsrecht gefordert, dann werden aber andererseits Begriffe wie „Steuerung“, „Regulierung“, „Verantwortung“ oder „Gewährleistung“ usw. als für die Begriffs- und Systembildung des

¹¹³ T. Vesting, in: AK GG, 3. Aufl. 2001, Art. 87 e, insb. Rn. 1 – 13, 27 ff.

¹¹⁴ Ladeur (Fn. 91), S. 217 ff.; Vesting (Fn. 91), S. 433 ff.

Verwaltungsrechts grundlegend qualifiziert. Dies scheint aber nicht wirklich weiterführend zu sein. Einmal wird in diesen Zusammenhängen nicht zur Kenntnis genommen, dass schon große Teile der politik- und sozialwissenschaftlichen Steuerungstheorien der 70er und 80er Jahre, die den Steuerbegriff aus der Kybernetik adaptiert haben (im Übrigen erst lange nach seiner Karriere in der ehemaligen Sowjetunion), durch einen handlungstheoretischen Naturalismus blockiert werden: *Begriffe* wie Handlung, Akteure, Kausalität etc. werden nicht näher hinterfragt, da sich viele Sozialwissenschaftler beispielsweise unter „Handlung“ etwas anderes vorzustellen scheinen als begriffliche Konstruktionen, bzw. sprach- und medientheoretisch gewendet: etwas anderes als Prozesse medienabhängiger sinnhafter Kommunikation.¹¹⁵ Das mag nun für eine sozial- und politikwissenschaftliche Theoriebildung, die auf die Erfassung der sozialen und politischen „Wirklichkeit“ zielt, noch diskutabel sein, aber genau die Prämissen dieses handlungstheoretischen Naturalismus werden in den steuerungs- und regulierungstheoretischen Überlegungen der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Reformdiskussion großteils unkritisch übernommen.¹¹⁶ Das ist insofern verwunderlich, als die Verdinglichung des Handlungsbegriffs, seine Naturalisierung, gerade aus verwaltungsrechtswissenschaftlicher Sicht merkwürdig anmutet: Das *Verwaltungsrecht* findet seinen Stoff, seine Inhalte, ja nur in den transsubjektiven, sinnhaften Formen der Kommunikationsmedien der Sprache, der Schrift, des Buchdrucks usw. vor. Der unmittelbare Kontakt mit der außersprachlichen Realität, z.B. der Realität von „Handlungen“, ist dagegen sowohl für das Verwaltungsrecht wie auch für die Verwaltungsrechtswissenschaft verstellt. Darüber hinaus scheint die Steuerungs- und Regulierungsperspektive insofern ein echtes Erkenntnishindernis darzustellen, als sie insbesondere im Umfeld der Überlegungen zum „Gewährleistungsstaat“ in einer eher traditionellen Staatsfixierung hängen bleibt. Dass diese Diskussion hochgradig zirkulär angelegt ist und in erster Linie durch den nicht näher begründeten Willen *zur* Unverzichtbarkeit von staatlicher „Steuerung“, und „Regulierung“ getragen wird,¹¹⁷ erkennt man daran, dass die Bedingungen der Möglichkeiten nationalstaatlicher „Steuerung“ und „Regulierung“ in einer auf dem Vorrang der Selbstorganisation beruhenden liberalen (Welt-)Gesellschaft selbst kaum näher thematisiert und spezifiziert werden.¹¹⁸

Die normativ-dogmatische Verwaltungsrechtswissenschaft hat dann ein leichtes Spiel. Sie kann zeigen, dass Begriffe wie „Steuerung“ und „Regulierung“ nur als Chiffren für einen ungefilterten Zugriff auf die Wirklichkeit dienen, aber keine neuen Kriterien vermitteln, aufgrund derer die Wirklichkeit rechtlich beobachtet werden soll. Dieser Einwand schlägt umso

¹¹⁵ Damit soll hier nicht, um es noch einmal zu wiederholen, für Konstruktivismus in einem lapidaren Sinn plädiert werden, sondern zum einen auf die Sprach- und Schriftabhängigkeit aller Operationen, die eine „Handlung“ beschreiben und damit kommunizierbar machen wollen, hingewiesen werden, und zum anderen auf die Gesellschaftsabhängigkeit, d.h. Sprach- und Sinnabhängigkeit einer „Handlung“ selbst. Für den, der die sprachphilosophische Wende ernst nimmt, kann Handlungstheorie deshalb immer nur als Systemtheorie formuliert werden. Vgl. dazu aus neuerer Zeit A. Nassehi, *Die Differenz der Kommunikation und die Kommunikation der Differenz*, in: H.-J. Giegel/U. Schimank (Hrsg.), *Beobachter der Modernen*, 2003, S. 21 ff., 28 ff.

¹¹⁶ Und nicht etwa die Systemtheorie, wie *Lepsius* (Fn. 2 – Steuerungsdiskussion, S. 35) meint. Richtig *Eifert* (Fn. 3), S. 88 ff., 104.

¹¹⁷ Neuerdings auch zur staatlichen „Verantwortung“ oder „Gewährleistung“.

¹¹⁸ Vgl. dazu in einer wissenschaftstheoretischen Perspektive T. Vesting, *The Network Economy – A Challenge for a New Public Law (beyond the State)*, in: K.-H. Ladeur (Hrsg.) *Globalization and Public Governance*, Ashgate 2003, (i. E.).

mehr durch, je weniger es gelingt, den neuen Begriffen einen Gehalt zu geben, der über den Gehalt traditioneller verwaltungsrechtlicher Begriffe hinausgeht. Das ist für den Begriff der „Verantwortung“ inzwischen mehrfach gezeigt worden, das Dilemma lässt sich aber auch am Begriff des „Regulierungsverwaltungsrechts“ demonstrieren: Der Begriff der Regulierung wirft sofort die Frage auf, was die Verwaltung regulieren soll. Das kann aber nicht dem Begriff der Regulierung selbst entnommen werden, sondern ergibt sich erst durch den Verweis auf den Begriff der Verwaltungsaufgabe. Damit ist der Begriff der Regulierung letztlich an Begriffe wie öffentliche Aufgabe oder, wenn man das Verwaltungsrecht verlässt und auf die „höhere Ebene“ des Staats- und Verfassungsrechts abstellt, auf Begriffe wie Staatsaufgaben, Staatsfunktionen, Staatszwecke usw. verwiesen. Wie ebenfalls schon mehrfach gezeigt worden ist, spricht unter den Bedingungen erhöhter Komplexität aber wenig dafür, dass der Aufgabenbegriff heute mehr als Aufgabentypologien für die verwaltungsrechtswissenschaftliche Systembildung erbringen könnte. Und, was noch stärker wiegt: Wenn man den Aufgabenbegriff zu einem Grundbegriff des Verwaltungsrechts macht, übergeht man die historisch schwer wiegende Tatsache, dass der Fortschritt zur juristischen Methode im 19. Jahrhundert gerade darin lag, eine an Zweckbegriffen orientierte Staatswissenschaft durch ein an den Modalitäten der Aufgabenerfüllung orientiertes, abstrakteres und damit leistungsfähigeres Verwaltungsrecht ersetzt zu haben.¹¹⁹ Aus dieser Aporie kommt man auch nicht heraus, wenn man den Regulierungsbegriff selbstreferentiell wendet und ihn im Sinne von regulierter Selbstregulierung spezifiziert.¹²⁰ Damit wird zwar richtigerweise der Übergang zu einer Regulierung zweiter Ordnung eingefordert, aber die Modalitäten der Regulierung lassen sich mit einem Regulierungsbegriff, der auf das Bewirken von Wirkungen oder auf die „spezifische Form der rechtlichen Steuerung gesellschaftlicher Prozesse“ abstellt,¹²¹ nicht gewinnen. Es ist vor allem nicht produktiv davon auszugehen, dass das liberale Verwaltungsrecht nicht auf die Steuerung gesellschaftlicher Prozesse, sondern auf einzelfallorientierte Ordnungszwecke ausgerichtet gewesen wäre. Das Gegenteil ist der Fall, wie schon ein kurzer Blick auf das Verwaltungsrecht von Otto Mayer zeigt, dessen zweiter Abschnitt, die „Grundzüge der Verwaltungsrechtsordnung“, nicht mit dem Verwaltungsakt, sondern eben mit der „Herrschaft des Gesetzes“, also mit einem Instrument der Steuerung der Gesellschaft, beginnt.

Daraus ergibt sich, dass eine Überordnung der steuerungs- und regulierungstheoretischen Perspektive über das Informationsverwaltungsrecht nicht weiterführend ist. Vielmehr käme es in Zukunft genau umgekehrt darauf an, auch die steuerungs- und regulierungstheoretischen Überlegungen der Reformdiskussion in einer informations- und wissenstheoretischen Per-

¹¹⁹ Auch das hatte eine Parallele in den mathematischen Naturwissenschaften: Diese fragt eben nicht mehr nach dem Sinn und Zweck von Bewegungen, beispielsweise nach der Vollkommenheit der kreisförmigen Bewegungen der Himmelskörper, sondern beschränkt sich darauf, Bewegung als solche abstrakt mit mathematischer Gewissheit und Gesetzmäßigkeit zu beschreiben. Damit soll hier nicht für eine Rückkehr zu einem „zweckfreien Recht“ plädiert werden, was angesichts des Zuwachses an Staatsaufgaben seit dem späten 19. Jahrhundert illusorisch wäre. Es geht hier allein darum, das Problem zu akzentuieren, dass die liberale Rechtsstruktur nicht einfach auf unmittelbare Zweckverfolgung umgepolt werden kann, ohne diese Struktur zu zerstören.

¹²⁰ Kritisch *K.-H. Ladeur*, Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer „Logik der Netzwerke“. Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft, in: *Die Verwaltung*, Beiheft 4 (2001), S. 59 ff.

¹²¹ *Vosskuhle* (Fn. 99), S. 36.

spektive neu zu fundieren. Wissenschaftshistorisch gesehen hängen die Karrieren der beiden Begriffe „Steuerung“ und „Information“ ohnehin eng miteinander zusammen. Sowohl von „Steuerung“ als auch von „Information“ ist in einem theoretisch anspruchsvollen Sinn erst im Umkreis der (mathematischen) Informationstheorie und der Kybernetik die Rede, auch wenn der Begriff der Information eine lange Geschichte hat und die Engführung auf „Benachrichtigen“ jüngeren Datums ist.¹²² „Steuerung“ meint in der Kybernetik ja gerade die genauere Analyse der Regeln der maschinellen Informationsübertragung sowie die Beschreibung von Rückkopplungen in biologischen und maschinellen Regelkreissystemen. Von hier aus lassen sich Begriffe wie „Steuerung“ und „Regulierung“ durchaus in ein Informationsverwaltungsrecht integrieren und beispielsweise zu einem „Typus“ des Informationsverhaltens der kooperativen Verwaltung in privat-öffentlichen Beziehungsnetzwerken ausdifferenzieren, zu einem Steuerungs- oder Regulierungstypus des wissensorientierten Privatisierungsfolgenrechts.¹²³ Das gleiche ermöglicht der Begriff der „Gewährleistungsverwaltung“,¹²⁴ jedenfalls wenn man das Gewährleistungsverwaltungsrecht für die Bewältigung von Wissensproblemen in staatlichen Einrichtungen und privat-öffentlichen Beziehungsnetzwerken öffnet.¹²⁵

VI. Schlussbemerkung: Theorie und Praxis

Die hier präsentierten Überlegungen verstehen sich als Beitrag zur neueren verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodendiskussion. Dadurch müssen Fragen der Verwaltungspraxis, ihrer rechtlichen Strukturierung, Programmierung und Kontrolle notwendigerweise in den Hintergrund treten. Damit soll aber keineswegs behauptet werden, dass sich eine Umstellung auf Informationsverwaltungsrecht bereits durch die hier vorgenommenen Schritte theoretischer Rekonstruktion endgültig rechtfertigen ließe. Theorie dient immer nur der Theoriebildung, und Theoriebildung hat allein die Funktion, der Mannigfaltigkeit der rechtlichen Erscheinungen ein Selektionsraster vorzuordnen, eine Ordnungsidee, mit der die Verwaltungswirklichkeit, der Rechtsstoff, die Vielzahl sich bildender Konventionen, die Rechtsproduktion durch Gesetzgebung und gerichtliche Fallpraxis, nach Regelmäßigkeiten abgetastet werden können. Erst wenn es gelingt, diese Regelmäßigkeiten über ausschnittartige und beispielhafte Belege hinaus als verallgemeinerungsfähiges Muster nachweisen und mit den hier entwickelten theoretischen Überlegungen in Übereinstimmung bringen zu können, fände die hier geforderte Umstellung auf ein Informationsverwaltungsrecht ihre Bestätigung. Auch ein verwal-

¹²² Lyre (Fn. 92), S. 10 ff., zeigt, dass Information etymologisch auf das scholastische „informatio“ (Vorstellung, Begriff) verweist, damit auf die Handlung des Formens und Gestaltens (forma) und damit auf die schon bei Platon und Aristoteles prominente Opposition von Form und Materie. Auf den Zusammenhang von Steuerungsbegriff und Kybernetik hat auch R. Mayntz, Zur Selektivität der steuerungstheoretischen Perspektive, in: H.-P. Burth/A. Görlitz (Hrsg.), Politische Steuerung in Theorie und Praxis, 2001, S. 17 ff., 20, jüngst noch einmal hingewiesen.

¹²³ Ansätze dazu bei Ladeur (Fn. 103), S. 225 ff. Vgl. auch Schmidt-Aßmann (Fn. 67), S. 314, mit dem Hinweis, dass das Kooperationsprinzip zeige, „daß die Basis der verwaltungsrechtlichen Systematik heute ein Informationsverwaltungsrecht sein muß.“

¹²⁴ J. Masing, Stand und Entwicklung eines Regulierungsverwaltungsrechts, in: H. Bauer u.a. (Hrsg.), Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen des Gewährleistungsstaates, 2002, S. 161 ff.; Vosskuhle (Fn. 99).

¹²⁵ Vosskuhle (Fn. 99), S. 27, 39 f.

tungsrechtswissenschaftliches Unternehmen kann also nicht auf einen Wahrheitsanspruch im Sinne der Übereinstimmung von wissenschaftlichen und „praktischen“ Operationen verzichten. Die Chancen, diesem Ziel mit den hier vorgeschlagenen Grundbegriffen näher zu kommen, stehen nach allem, was man heute sehen kann, nicht schlecht. So wie das vorübergehende Unterlaufen der Grenze zwischen Naturwissenschaften und Rechtswissenschaften im 19. Jahrhundert auch die Praxisformen der Gerichte, der Verwaltung und der Gesetzgebung verändert hat, so stellt die informations- und wissenstheoretische Perspektive einen Ideen- und Theorienpool bereit, dessen weitreichende praktische verwaltungsrechtliche Konsequenzen nur diejenigen übersehen können, die glauben, dass es Recht ohne Rechtswissenschaft und Verwaltungsrecht ohne Verwaltungsrechtswissenschaft geben könnte. Das mag in der täglichen Unvermitteltheit praktischer Rechtsarbeit so scheinen, aber dieser Schein trügt. Praxis und Theorie sind immer zwei Seiten derselben Medaille. Es kommt allerdings darauf an, dies zu erkennen.