



Forschungsstelle  
für Europäisches  
Umweltrecht

FEU RESEARCH PAPER NO. 8/2020



## Brauchen wir ein Allgemeines Verwaltungsrecht?

Prof. Dr. Claudio Franzius



**Forschungsstelle  
für Europäisches  
Umweltrecht**

**Arbeitspapier Nr. 8**

**Impressum**

**Herausgeber/Redaktion:**

**Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht**

**Universität Bremen**

**Universitätsallee, GW 1**

**28359 Bremen**

**Nachdruck:**

**Nur mit schriftlicher Genehmigung des Herausgebers**

**Bildnachweis:**

**Universität Bremen**

**Bremen, im Januar 2020**

## Inhalt

I.	Einführung .....	1
II.	Was soll das „Allgemeine“ sein?.....	1
1.	Konzept .....	1
2.	Das „Allgemeine“ in der Kritik .....	4
III.	Beweglichkeit des Verwaltungsrechts.....	7
1.	Steuerungsidee .....	7
2.	Verwaltung im europäischen Rechtsraum.....	8
3.	Dekontitutionalisierung und (epistemische) Repolitisierung .....	9
IV.	Lernen .....	10
V.	Fazit.....	12

## I. Einführung

Seit einigen Jahren wird die Frage aufgeworfen, ob wir das Allgemeine Verwaltungsrecht noch brauchen. Passt die dem Zivilrecht entlehnte Aufteilung in einen „allgemeinen Teil“ und „besondere Teile“ überhaupt für das Verwaltungsrecht? Werden behördliche Entscheidungen nicht nach Maßgabe der Fachgesetze getroffen, ohne dass es dafür einer Zwischenebene bedarf, die nicht mehr im Allgemeinen Verwaltungsrecht, sondern ebenso schlicht wie angreifbar in der Verfassung zu finden ist? Ich möchte Ihnen die Gründe nennen, warum das Allgemeine Verwaltungsrecht in die Kritik geraten ist. Aber das zwingt uns nicht zur Preisgabe dieser Begrifflichkeit. Erforderlich ist jedoch ein anderes Verständnis des Allgemeinen Verwaltungsrechts, das von alten Lesarten zu befreien, an moderne Diskurse anzuschließen und einer neuen Konzeptualisierung zu öffnen ist. Vor allem die Gestaltungsperspektive im europäischen Rechtsraum wäre explizit zu machen.

## II. Was soll das „Allgemeine“ sein?

### 1. Konzept

Was soll beim Allgemeinen Verwaltungsrecht das „Allgemeine“ sein? Sie alle haben es gehört oder hören können. Hat es Ihnen gefallen? Es entspricht üblichen Gepflogenheiten, das Verwaltungsrecht in das Allgemeine Verwaltungsrecht und das Besondere Verwaltungsrecht zu gliedern. Allgemeines Recht und allgemeine Lehren gelten als die Essentialia für die dem Systemdenken verpflichtete Rechtswissenschaft in Deutschland. In allen Rechtsgebieten, vor allem im Zivilrecht, galten die allgemeinen Teile als „Königdisziplinen“ mit dem Anspruch, die architektonischen Baupläne zu liefern, die von den Handwerkern der besonderen Teile umgesetzt werden. Was aber genau das „Allgemeine“ am groß geschriebenen „Allgemeinen Verwaltungsrecht“ sein soll, erschließt sich nicht auf dem ersten Blick.<sup>1</sup> Der Begriff sei vieldeutig, wenn nicht irreführend.<sup>2</sup> Welche Elemente sind es, die Zweifel hervorrufen?

*Erstens* ist es der **Systemanspruch**, der zu den tragenden Grundvorstellungen des Allgemeinen Verwaltungsrechts gehört. Die Systembildung gehöre zu den zentralen Aufgaben des Allgemeinen Verwaltungsrechts, das die grundlegenden Rechtsentwicklungen in den Fachge-

---

<sup>1</sup> Vgl. *Lepsius*, VVDStRL 75 (2016), S. 265 f.; *Funke*, VVDStRL 77 (2018), S. 475 f.

<sup>2</sup> *Möllers*, in: FS Battis, 2014, S. 101 (103). Zum prekären Status des Allgemeinen Verwaltungsrechts *ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 54 f.

setzen „vor die Klammer“ ziehe und dadurch verallgemeinere. Es gehe nicht nur darum, den Wandel im Besonderen Verwaltungsrecht zu beschreiben, sondern diese Prozesse zu systematisieren, was zur Stabilität beitrage und den Fachgesetzgeber entlaste. Dass im Namen solcher Ordnungsleistungen eine Selbstermächtigung der Rechtswissenschaft ausgesprochen wird, bleibt nicht unbeobachtet, wird aber hingenommen.<sup>3</sup> Damit geht nicht selten die Vorstellung einher, der Gesetzgeber orientiere sich am dergestalt entworfenen System, das materiell, nicht aber kompetentiell verstanden wird.

*Zweitens* sei das Allgemeine Verwaltungsrecht in seiner **dogmatischen Funktion** der „Transformator“ des Verfassungsrechts in die administrative Handlungspraxis.<sup>4</sup> Dogmatik wird immer noch zum Kern rechtswissenschaftlichen Arbeitens erklärt, aber die Ausrichtung an der Rechtsdogmatik hat nicht nur dazu geführt, dass „ganze Generationen von deutschen Juristen (...) ihr Selbstverständnis und ihre positive Selbsteinschätzung daraus bezogen (haben), dass ihre Tätigkeit unpolitisch“<sup>5</sup> sei, sondern auch zu einer Ausblendung der Theorie, der es ohne Übersetzung in dogmatische Aussagen schwer fällt, auf die Praxis spürbaren Einfluss zu nehmen.

Kennzeichnend ist *drittens* ein **Methodenproblem**. Das Allgemeine Verwaltungsrecht behandelt mit der Verwaltung ein gegenstandsbestimmtes Phänomen, das nicht selten mit dem Staat gleichgesetzt wird.<sup>6</sup> Hierüber mag die „Wirklichkeit“ eingefangen werden, aber die anderswo geläufige wissenschaftstheoretische Einsicht, dass die Methode den Gegenstand bestimmt, nicht aber der Gegenstand die Methode, straflos ignoriert.<sup>7</sup> Wissenschaftlich erfolgreich kann im „Staats- und Verwaltungsrecht“ nur sein, wer auch Fragen nach der Verwaltungspraxis zu beantworten versteht. Dabei wird Interdisziplinarität klein geschrieben und sozialwissenschaftliche Zugriffe für rechtfertigungsbedürftig gehalten. Freilich gelingt es heute nicht mehr so einfach, das Allgemeine Verwaltungsrecht von sozialwissenschaftlichen Irritationen fernzuhalten und verstanden als Normwissenschaft rücken die Normproduzenten in den Vordergrund, was der methodischen Grundeinsicht entgegen kommt, dass sich der Gegenstand erst durch die Methode bestimmt, die stärker auf die Rechtserzeugungsdimension auszurichten ist.

---

3 Krit. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 84 f.

4 Schmidt-Aßmann, Die Verwaltung 27 (1994), S. 137 (140).

5 Wahl, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2011, S. 121 (122).

6 Rekonstruktion: Möllers, Der vermisste Leviathan, 2008, S. 31 ff.

7 Krit. Lepsius, in: Jestaedt/ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1 (8 ff.).

Obwohl als „Herzstück“ des Allgemeinen Verwaltungsrechts das als Kodifikation gefeierte *Verwaltungsverfahrensgesetz*<sup>8</sup> zählt, orientiert sich *viertens* das wissenschaftsgeprägte „Allgemeine“ des Verwaltungsrechts am **materiellen Recht**. Entscheidend ist, so könnte man sagen, was hinten rauskommt. Das Ergebnis aber, zumal vor dem Hintergrund der regulativen Leitidee der einzig richtigen Entscheidung, lässt sich unabhängig davon beurteilen, wer zur Beurteilung ermächtigt ist. Auf diese Weise kann die Wissenschaft sagen, zu welchem Ergebnis die Verwaltung oder die Rechtsprechung verpflichtet ist. Das Allgemeine Verwaltungsrecht lebt zu einem guten Teil von einer Entdifferenzierung hinsichtlich der Frage, wer zur Entscheidung berufen ist. Das drückt sich in einer Geringschätzung des Verfahrens- und Organisationsrechts aus, denn das materielle Recht wird weitgehend losgelöst von seinem verfahrensrechtlichen Herstellungskontext für ermittelbar und anwendbar gehalten.

Das Allgemeine Verwaltungsrecht in Deutschland steht *fünftens* in der Tradition des **Rechtsstaatsprinzips** und nicht wenige „Bauformen“ sind aus ihm entwickelt worden. Die Hinwendung des „Besonderen“ zum „Allgemeinen“ eröffnet Chancen für Rationalitätsgewinn und Richtigkeitsgewähr. Demgegenüber würde ein „kodifikatorischer Partikularismus (...) zu unübersehbaren Rationalitätsverlusten und Inkonsistenzen führen“.<sup>9</sup> Ob diese Einschätzung der föderalen Grundstruktur gerecht wird und der Rationalitätsanspruch des Allgemeinen Verwaltungsrechts die dogmatische Unterscheidung zwischen tatbestandlichem Beurteilungsspielraum und Rechtsfolgenermessen zur Konturierung der Handlungsspielräume der Verwaltung verlangt, erscheint keineswegs sicher, mag die Zusammenführung in der Figur der Gestaltungsermächtigung<sup>10</sup> auch ungehört verhallen.<sup>11</sup>

*Sechstens* schließlich kann eine Eigenschaft des Allgemeinen Verwaltungsrechts in seiner **Immunität gegenüber der Europäisierung** gesehen werden. Gerade die unionsverfassungsrechtlich garantierte Verfahrens- und Organisationsautonomie<sup>12</sup> bewahre das Allgemeine Verwaltungsrecht vor dem unionsrechtlichen Zugriff, mögen sich im europäischen Verwaltungsrecht auch eigene Strukturen einer Verallgemeinerung herausgebildet haben. Je fragmentarischer das Recht, so ließe sich formulieren, desto notwendiger erscheint ein Allge-

---

8 Ramsauer, in: FS Schenke, 2011, S. 1089.

9 Schmidt-Preuß, in: FS Maurer, 2001, S. 777 (778).

10 Franzius, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, § 4 Rn. 18 ff.

11 Siehe nur Poscher, in: FS Wahl, 2011, S. 527 (528 ff.).

12 Vgl. Ludwigs, NVwZ 2018, 1417.

meines Verwaltungsrecht, das als „Essens einer Kodifikation“<sup>13</sup> begriffen wird. Es wäre jedoch ein Irrtum zu meinen, eine Kodifikation des europäischen Verwaltungsverfahrensrechts würde auch nur entfernt dem deutschen Kodifikationsglauben nahekommen, wie er im Zivil- und im Strafrecht seine Berechtigung gehabt haben mag, im öffentlichen Recht aber mit der Pluralität der Rechtserzeugungsakteure und der demokratischen Legitimationsbedürftigkeit der Rechtsetzung kaum zu vereinbaren ist.<sup>14</sup>

## 2. Das „Allgemeine“ in der Kritik

Alle diese sechs Kennzeichen des Allgemeinen sind in Kritik geraten. Fangen wir mit dem **Systembegriff** an: Recht entsteht in den Rechtserzeugungsverfahren nicht notwendig systematisch und kann deshalb nicht einfach „systematisiert“ werden.<sup>15</sup> Das schließt die wissenschaftliche Begriffsbildung zur Beschreibung von Figuren und Instituten nicht aus, stellt hinter einen überhöhten Systembegriff für die Verwaltungsrechtswissenschaft aber ein Fragezeichen.<sup>16</sup> Auch ist das, was „vor die Klammer“ gezogen wird, eben gerade nicht in einem systematischen Sinne allgemein, sondern häufig nur der kleinste gemeinsame Nenner, auf den zurückgegriffen wird, wenn sich das Fachgesetz einer Aussage enthält.

Den Mehrwert können wir auch nicht in der **Theorie** erkennen, die säuberlich vom dogmatischen Zugriff getrennt wird. Schon lange wird das berühmte Zitat von *Fritz Werner* vom Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht hinterfragt.<sup>17</sup> Aber das hat nicht zu einer Herausbildung einer spezifischen Verwaltungsrechtstheorie geführt, die für die Bewertung des Verwaltungsrechts eine kritische Folie darstellen könnte. Es mag eine Verfassungstheorie geben, eine Verwaltungstheorie gibt es nicht, was auch darauf zurückzuführen ist, dass sich die Verwaltungsrechtswissenschaft von theoretischen Erörterungen fernhält und die Verwaltungswissenschaft mit neueren Governance-Ansätzen auf Distanz hält. Gerade die stark gemachte verfassungsrechtliche Prägung des Allgemeinen Verwaltungsrechts legt ein Zusammenlesen nahe, aber die Verwaltungsrechtswissenschaft sieht keine Veranlassung, sich mit der Steuerung der Verwaltung theoretisch intensiver zu beschäftigen. Für das All-

---

13 Kahl/Hilbert, RW 3 (2012), S. 453 (456 f.)

14 Lepsius, Die Verwaltung, Beiheft 10 (2010), S. 179 (199); anders Kahl, ebd., S. 39 (50 ff.); ders., JuS 2018, 1025.

15 Möllers, FS Battis, 2014, S. 101 (103).

16 Vgl. Christensen/Hanschmann, JöR 65 (2017), S. 485 (486 ff.). Abschwächungen auch bei Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 4 f.

17 Vgl. C. Schönberger, in: Stolleis (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 2006, S. 53 ff.; radikal Michael, VVDStRL 75 (2016), 131 (132 ff.); abgeschwächter Reimer, VVDStRL 77 (2018), S. 413 (435 ff.).

gemeine Verwaltungsrecht, das sich heute nicht mehr selbstgenügsam aus überlieferten Beständen der Kaiserzeit speisen kann, gehört dieser Umstand zur wissenschaftlichen Verlustbilanz.

Über **Methoden** spricht die Verwaltungsrechtswissenschaft – anders als Nachbardisziplinen – so gut wie gar nicht.<sup>18</sup> Es interessiert das Ergebnis, nicht aber die Frage, wie das Ergebnis gefunden wird. Dass die gegenständliche Betrachtung ein Methodenproblem darstellt, wird nicht thematisiert, aber auch kaum kritisiert. Eben diese methodologische Sonderrolle färbt auf den Status des Allgemeinen Verwaltungsrechts ab, das in seiner wissenschaftlichen Durchdringung noch nicht einmal zu dem Problem vorstößt, in erster Linie ein Projekt der Wissenschaft zu sein, die über ihr Methodenproblem nichts zu sagen weiß. Festgehalten wird an der so genannten „Juristischen Methode“ mit dem Ziel der Bekräftigung eigener Machtansprüche ohne zu sehen, dass sich darüber der gerne bemühte Praxisbezug nur schwer abbilden lässt, hat die Rechtswissenschaft ihren privilegierten Status zur Beschreibung der Verwaltungsrealität doch längst verloren.

Wie sieht es mit der Ausrichtung am materiellen Recht aus? Das Europarecht zwingt uns die Frage nach der Bindung an das Gesetz nicht länger allein im Sinne einer materiellen Ergebnisrichtigkeit, sondern der **Verfahrensrichtigkeit** zu stellen.<sup>19</sup> Jedenfalls zielt das Unionsrecht weniger auf materielle Maßstäbe, sondern greift auf das Verfahrens- und Organisationsrecht zu, von dem sicher zu sein schien, dass es dem Zugriff des Unionsgesetzgebers entzogen sei. Natürlich geht es nicht darum, das Verfahrensrecht gegen das materielle Recht auszuspielen, wie es ein „allgemeines Substitutions-, Kompensations- oder auch Substraktionsverhältnis zwischen Verfahrens-, Organisations- und materiellen Regeln“ nicht gibt.<sup>20</sup> Dass es aber angesichts der häufig nur dünnen materiell-rechtlichen Vorgaben des Gesetzes vielfach erst das Verfahren ist, das das materielle Recht erzeugt, ist in Deutschland keine verbreitete Vorstellung, hat jedenfalls keinen Eingang in das Allgemeine Verwaltungsrecht gefunden.

Wir haben es mit einem **Wandel der Orientierungsbegriffe** zu tun. Die meisten Grundbegriffe des Verwaltungsrechts entstammen einer Zeit, als sich die Rechtswissenschaft am Staat orientierte. Zwar ist für das öffentliche Recht heute die Orientierung an der Verfassung

---

18 Siehe aber Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004; S. Augsberg, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 145.

19 Lepsius, Die Verwaltung, Beiheft 10 (2010), S. 179 (192).

20 Möllers, in: Trute u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 489 (502).



maßgeblich, doch trifft die Konstitutionalisierung des Gesetzesrechts vermehrt auf Kritik. Orientiert man sich dagegen an der Demokratie, so habe an die Stelle einer substantiellen und materiellen Orientierung eine Orientierung an Verfahren und Kompetenzen zu treten.<sup>21</sup> An die Stelle von Einheitsbildung und Systemanspruch habe eine methodische und intradisziplinäre Ausdifferenzierung zu treten. Ob das für das Verwaltungsrecht zutrifft, mag bezweifelt werden. Aber dass die Ausrichtung an politischen Rechtserzeugungsprozeduren für die Grundbegrifflichkeit des Verwaltungsrechts nicht folgenlos bleibt, dürfte kaum zu bestreiten sein. Ein Vorteil liegt mit *Oliver Lepsius* darin, dass eine Perspektive, die eigene Gestaltungsspielräume der Kompetenzträger wahrnimmt, sich leichter tun könne, Erscheinungen „wie Richterrecht und Ermessen zu erklären, indem sie diese als Folge institutioneller Differenzierung normalisiert anstatt Ausnahmen der materiellen Gesetzesbindung zu problematisieren“.<sup>22</sup>

Die tendenzielle Geschlossenheit des Allgemeinen Verwaltungsrechts erschwert auch die Verarbeitung der **Europäisierungsimpulse**, die in Lehrbüchern zumeist als Annex zu den beschriebenen Rechtsinstituten – wie der Aufhebung des Verwaltungsakts – behandelt werden. Sicherlich ist „Europa“ ein Thema, aber der Umgang mit den unionsrechtlichen Herausforderungen fällt dem Allgemeinen Verwaltungsrecht schwer, wird es doch noch immer in erster Linie national verstanden, wobei jeder Vergleich mit anderen Rechtsordnungen nahezu vollständig ausbleibt.<sup>23</sup> Das rächt sich dann aber in der Verarbeitung der Umsetzungsprobleme des europäischen Sekundärrechts, das als fremd und „bevormundend“ empfunden wird.

Mein Zwischenergebnis fällt kurz aus, weil im Grunde schon *Oliver Lepsius* alles gesagt hat: So kann man in der Tat den Eindruck gewinnen, als ob – ich zitiere ihn – „die Suche nach verallgemeinerbaren Teilen im öffentlichen Recht eine wissenschaftliche Fragestellung des 19. Jahrhunderts war, die mit dem demokratischen Verfassungsstaat und der durch ihn ausgelösten Hierarchisierung der Rechtsquellen sein Ende gefunden hat“.<sup>24</sup> Sicherlich sind auch anderen Rechtsordnungen „allgemeine“ Strukturen des Verwaltungsrechts geläufig. Das Allgemeine Verwaltungsrecht aber scheint der Ausdruck eines spezifischen Denkstils zu sein,

---

21 Lepsius, *Der Staat* 52 (2013), S. 157 (158 ff.). Zum Wandel der Demokratievorstellungen Heinig/Terhechte (Hrsg.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus*, 2013.

22 Lepsius, *Der Staat* 52 (2013), S. 157 (185).

23 Dass wir über die Analyse der Europäisierung viel über die Selbstwahrnehmung der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft lernen können, stellt Lepsius, *Die Verwaltung*, Beiheft 10 (2010), S. 179 heraus.

24 Lepsius, in: Jestaedt/ders. (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 1 (29).

der das Öffentliche Recht in Deutschland prägt.<sup>25</sup> Nur wer das materielle Recht gegenüber dem Verfahrens- und Organisationsrecht bevorzugt und einen Systemanspruch des Rechts und der Rechtswissenschaft vertritt, der Akteure und Interessen in den Hintergrund treten lässt, wird unter Fortschreibungen einer Dichotomie von Staat und Gesellschaft die Sehnsucht nach einem Allgemeinen Verwaltungsrecht entwickeln, aber immer weniger stillen können. Ob sich die gegenwärtigen Herausforderungen – genannt seien die stärkere Ausrichtung am Demokratieprinzip,<sup>26</sup> die Frage nach den Handlungsspielräumen der Verwaltung oder die Irritationen durch das Unionsrecht – sinnvoll im Allgemeinen Verwaltungsrecht verarbeiten lassen, erscheint keineswegs sicher.

### III. Beweglichkeit des Verwaltungsrechts

Müssen wir das Allgemeine Verwaltungsrecht deshalb als ein Projekt der Wissenschaft verabschieden? Macht es noch Sinn, ein Lehrbuch zum Allgemeinen Verwaltungsrecht zu lesen oder gar zu schreiben? Ich meine, dass die Kritik ernst zu nehmen ist, aber nicht zum Abschied vom Allgemeinen Verwaltungsrecht führen muss. Drei Gründe kann ich anbieten und zur Diskussion stellen.

#### 1. Steuerungsidee

*Erstens* darf die soeben beschriebene und „hart“ anmutende Diagnose nicht verdecken, dass sich das Verwaltungsrecht in der Beschreibung durch die Verwaltungsrechtswissenschaft als beweglich erweist. Ich bin davon überzeugt, dass es dem Allgemeinen Verwaltungsrecht gelingen könnte, die Entwicklungen im Besonderen Verwaltungsrecht besser zu reflektieren, wenn es stärker konzeptionell verstanden wird, indem es die rechtsdogmatische mit einer **steuerungswissenschaftlichen Perspektive** verbindet.<sup>27</sup> Jedenfalls sollten seine dogmatischen Aussagen daraufhin überprüft werden, inwieweit diese nicht nur dem Rechtsschutz-, sondern auch dem Bewirkungsauftrag des Verwaltungsrechts<sup>28</sup> gerecht werden. Die Verwaltungsrechtswissenschaft kann es *Eberhard Schmidt-Aßmann* zufolge nicht

---

25 Vgl. Lepsius, in: Schulze-Fielitz/Hilgendorf (Hrsg.), *Selbstreflexionen der Rechtswissenschaft*, 2014, S. 53 (54 ff.).

26 Vgl. Schmidt-Aßmann, in: FS Battis, 2014, S. 85; Groß, JURA 2016, 1026; Fehling, *Die Verwaltung*, Beiheft 12 (2017), S. 65 (70); Marcou, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. 5, 2014, § 92.

27 Vgl. Kersten/Lenski, *Die Verwaltung* 42 (2009), S. 501 (529 f.).

28 Zum Doppelauftrag des Verwaltungsrechts Schmidt-Aßmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, 1. Kap. Rn. 30; Franzius, *Die Verwaltung* 39 (2006), S. 335 (351).

dabei bewenden lassen, einzelne Rechtsregeln und Rechtsinstitute dogmatisch auszuformen. Sie müsse sich als Steuerungswissenschaft verstehen und die Wirksamkeitsbedingungen von Verwaltungsrecht in der Anwendungspraxis mit bedenken.<sup>29</sup> Die Anknüpfung an die sozialwissenschaftliche Steuerungsdiskussion erschließe einen theoretischen Rahmen, in dem „die einwirkenden Kräfte, die innere Dynamik und die Umweltbedingungen sozialer Prozesse und damit auch die Wirkungsweisen von Recht“ analysiert werden können.<sup>30</sup>

Die am Steuerungsansatz ausgerichtete „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“<sup>31</sup> führt weder zu einer Relativierung der Gesetzesbindung noch zu einem freiheitsgefährdenden Paternalismus und sie gibt auch nicht die juristische Perspektive auf, sondern will die demokratische Komponente stärker betonen, individuelle Freiheit in ihren Voraussetzungen schützen und Dogmatik reflektieren.<sup>32</sup> Es spricht daher vieles dafür, die Darstellung der übergreifenden Steuerungstypen Hierarchie, Kooperation und Wettbewerb im Wechselspiel von dogmatischer und steuerungswissenschaftlicher Perspektive als Ordnungsaufgabe des Allgemeinen Verwaltungsrechts zu begreifen.<sup>33</sup> Das dürfte nur mit einem „abgerüsteten“ Systembegriff zu haben sein, der weniger materiell als formell zu verstehen ist, damit aber seine Einheit herstellende Ordnungsfunktion verlieren muss.

## 2. Verwaltung im europäischen Rechtsraum

Die richtigerweise bereits demokratisch zu verstehende Steuerungsdimension des Verwaltungsrechts ist freilich nur die eine Seite und ein Grund, warum es Sinn macht, sich mit dem Allgemeinen Verwaltungsrecht zu beschäftigen. Vieles spricht dafür, sich *auch deshalb* damit zu beschäftigen, weil hier die **Europäisierungsimpulse** verarbeitet werden können. Dazu gehört die Verabschiedung liebgewordener Selbstbeschreibungen wie der Vorstellung, einer „fremden“ Europäisierung ausgesetzt zu sein oder der in Deutschland prominenten Charakterisierung der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft. Es geht nicht um die Verarbeitung externer Vorgaben, sondern um den Wechsel zur Einsicht der Konstitution von Verwal-

---

29 Siehe bereits Brohm, DÖV 1987, 265; Trute, DVBl 1996, 950; krit. C. Schönberger, Der „German Approach“: Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, 2015, S. 45 f.

30 Schmidt-Aßmann, in: FS Püttner, 2007, S. 3 (8 f.).

31 Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), GVwR I, § 1; dazu Franzius, JöR 65 (2017), S. 441.

32 Zutreffend Fehling, Die Verwaltung, Beiheft 12 (2017), S. 65 (71 ff.).

33 Vgl. Kersten/Lenski, Die Verwaltung 42 (2009), S. 501 (529 ff.). Zur instrumentellen Funktion des Wettbewerbs im Regulierungsrecht Kersten, VVDStRL 69 (2010), S. 288 (316 ff.).

tung im europäischen Rechtsraum.<sup>34</sup> Das erlaubt es, nicht nur vertikale Vorgaben des Unionsrechts in den Blick zu nehmen, sondern auch horizontal von anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu lernen. Dafür müsste man sich von der Vorstellung befreien, erst fundierte Kenntnisse der „eigenen“ Rechtsordnung erlauben die Beschäftigung mit „fremden“ Rechtsordnungen. Nun wäre es verfehlt, im Verwaltungsrechtswissenschaftler einen Ethnologen zu erblicken, aber der Anspruch des Allgemeinen Verwaltungsrechts, die Einbettung in den europäischen Kontext zu verarbeiten, lässt sich besser einlösen, wenn an die Stelle der hierarchisch nur schwer zu begründenden „Europäisierung“ die Beschreibung und Bewertung der Verwaltung im europäischen Rechtsraum treten würde, wodurch die „eigenen“ normativen Fundierungen besser hervortreten. Statt der Sehnsucht nach „Konvergenz“ und „Integration“ nachzugeben, muss es der Verwaltungsrechtswissenschaft um die Ausarbeitung von Prinzipien und Figuren für ein arbeitsteiliges Zusammenwirken auf unterschiedlichen Rechtsebenen gehen, die sich weniger supranational hierarchisiert, sondern als transnational „zusammengesetzt“ darstellen.

### 3. Dekonstitutionalisierung und (epistemische) Repolitisierung

Schließlich zum *dritten* Grund, warum wir das Allgemeine Verwaltungsrecht brauchen. Verstehen wir es richtig, könnte es eigenständige Funktionen zur Verarbeitung der Wandlungsprozesse erhalten, denen die Verwaltungsrechtswissenschaft ausgesetzt ist. Das betrifft vor allem ihr Verhältnis zum Verfassungsrecht: Sicherlich mag die Verfassung das Gesetzesrecht prägen, aber schon das Unionsrecht zeigt, dass eine weitere Prägekraft hinzugetreten ist und ist nicht mehr so sicher, in welcher Weise diese „Rechtsschichten“ für das Allgemeine Verwaltungsrecht eine instrumentelle Bedeutung haben.<sup>35</sup> Jedenfalls sollte der Versuchung widerstanden werden, vom Verfassungsrecht eine detaillierte Steuerung des Verwaltungshandelns zu erwarten. Was in der frühen Bonner Republik seine Berechtigung gehabt haben mag, stößt in einer gereiften, wengleich nicht ungefährdeten Demokratie an Grenzen. Die Verwaltungsrechtswissenschaft in der Berliner Republik ist gut beraten, die Konstitutionalisierungsthese zu hinterfragen. Soll dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber hinreichend Rechnung getragen werden, dürfte für die Rechtswissenschaft die „**Dekonstitutionalisierung**“ das Gebot der Stunde sein. Das schafft Raum für ein Allgemeines Verwaltungsrecht,

---

34 Vgl. v. Bogdandy, in: ders./Cassese/Huber (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. 4, 2011, § 57; ders., in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), *Die Neuerfindung Europas*, 2019, S. 67 (71 ff.); abl. Kahl, *AöR* 144 (2019), S. 159 (171 ff.).

35 Michael, *VVDStRL* 75 (2016), S. 131.

das sich verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht entziehen, aber ebenso wenig allein durch diese erklären lässt. *Franz Reimer* greift dies auf und fordert eine epistemische **Repolitisierung**: Zum einen gelte es, die Interessen- und Machtfragen zu erkennen und zu benennen, zum anderen sei die Rechtssetzungsperspektive einzubeziehen.<sup>36</sup> Es geht ungeachtet des verwickelten Verhältnisses von Recht und Politik<sup>37</sup> um eine „Sensibilisierung für die politischen Dimensionen des Öffentlichen Rechts und der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht“.<sup>38</sup> Sicherlich mag sich das Allgemeine Verwaltungsrecht in der ihm zugeschriebenen Funktion einer Quasi-Verfassung für das Fachrecht einer Politisierung entziehen. Aber liegt nicht gerade darin das Problem? Verstehen wir es als Ausprägung verfassungsrechtlicher oder anderer Wertvorgaben, droht eine Versteinerung unter Zurückweisung aller Reformvorstellungen, die nur noch Zuflucht in Kodifikationsprojekten einer sich im Stolz verletzten Rechtswissenschaft finden können. Wer sich aber mit dem Recht beschäftigt, muss sich zunächst den politischen Erzeugungsverfahren widmen, was dafür spricht, auch das Allgemeine Verwaltungsrecht auf seine politischen Kontexte zu befragen und damit nicht neuen Setzungen, wohl aber Orientierungen zu öffnen, die ganz unterschiedliche „Quellen“ haben können.

#### IV. Lernen

Was können wir daraus lernen? Das Allgemeine Verwaltungsrecht hat die Verwaltung als eigenständige Gewalt zu verstehen. Und es ist natürlich richtig: Anders als das Besondere Verwaltungsrecht erhält das Allgemeine Verwaltungsrecht seine Impulse weniger vom Gesetzgeber, sondern von der **Wissenschaft und der Rechtsprechung**, deren Beiträge häufig nur vertextlicht werden. Die „Entdeckung“ des Gesetzgebers, so heißt es nicht ohne Provokation, finde im Allgemeinen Verwaltungsrecht eine Erklärungsgrenze.<sup>39</sup> Sicherlich ist die Vorstellung eines „wissenschaftlichen Rechts“ in der Demokratie überholt, aber zur Verarbeitung der Herausforderungen durch neue Steuerungsansätze und die Europäisierung bildet das modellhafte „Allgemeine“ Verwaltungsrecht weiterhin einen sinnvollen, weil strukturierenden Rahmen.

---

36 Reimer, VVDStRL 77 (2018), S. 413 (455).

37 Vgl. Franzius, *Recht und Politik in der transnationalen Konstellation*, 2014, S. 26 ff.

38 Reimer, VVDStRL 77 (2018), S. 413 (481).

39 Michael, VVDStRL 75 (2016), S. 131 (153 ff.).

Am Begriff des „Allgemeinen“ sollte man sich nicht abarbeiten, soweit akzeptiert wird, dass es um Grundlagenorientierung geht. Zwar arbeitet die Rechtswissenschaft begriffsnominalistisch, aber so wie der Kampf gegen die Proklamation der Verwaltungsrechtswissenschaft als „Neu“ nicht weiterführt, sollte die tradierte Begrifflichkeit nicht zum Anlass genommen werden, die Suche nach übergreifenden Strukturen für das fachgesetzlich gesteuerte Verwaltungshandeln einfach über Bord zu werfen. Viele Grundlagenfragen – wie die Frage nach der Rolle des Verwaltungsrechts in der Demokratie – können in den Teilgebieten des Verwaltungsrechts nicht mit der vollen Aufmerksamkeit diskutiert werden. Es erscheint zudem vorteilhaft, mit dem Allgemeinen Verwaltungsrecht einen Rahmen zu besitzen, in dem die vom Umweltrecht abstrahierten Fragen einer „Umstellung“ des Rechts zur **Realisierung der politischen Steuerungsziele** erörtert werden können. Dabei gilt es, die Verwaltung nicht bloß eingezwängt zwischen dem Gesetzgeber und der Rechtsprechung allein als etwas zu disziplinierendes zu begreifen, sondern als eigenständige Staatsgewalt in ihrer Rolle als Steuerungsobjekt, aber auch als Steuerungssubjekt ernst zu nehmen.<sup>40</sup> Wer die erheblichen Anpassungen des Steuerungsbegriffs nicht mitzugehen bereit ist, mag auf Governance-Ansätze ausweichen, die Akteure nicht ausblenden, aber stärker auf Institutionen und deren Wechselwirkungen abstellen. Damit würde man jenen Forderungen entgegenkommen, welche die institutionell blinde Fokussierung auf materielle Normbestände kritisieren.

Auch sollten wir uns endlich darüber im Klaren sein, dass unser dogmatisches Verständnis vom Verwaltungsrecht offensichtlich nicht so einfach exportiert werden kann. Mitunter scheint das Zivilrechtler bewusster zu sein. Das greift die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ auf, die auf Dogmatik nicht verzichten, diese aber um die steuerungswissenschaftliche Perspektive ergänzen will.<sup>41</sup> Nun mag man auch diese Neuausrichtung für „deutsch“ halten, was jedoch übersieht, dass der erste Weg zur Annäherung an die Verwaltungsrechtsordnungen in der Europäischen Union über die Ergänzung der klassischen – und insoweit monarchischen Ursprungs, aber ungeachtet aller berechtigten Verteidigungen eines demokratischen Positivismus letztlich nur wenig demokratischen – „juristischen“ Methode verläuft. Es geht nicht um die Preisgabe von Dogmatik, wohl aber um die **Überwindung einer**

---

<sup>40</sup> Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *GVwR I*, § 10 Rn. 56 ff.; *Eifert*, *JöR* 65 (2017), S. 457 (464) mit der Beobachtung, dass „in vielen Bereichen des modernen Verwaltungsrechts (...) die für die Praxis zentralen Fragen nicht mehr durch parlamentarisches Gesetz, sondern durch Verordnungen und Einzelentscheidungen der Verwaltung“ getroffen werden.

<sup>41</sup> Mit unterschiedlicher Stoßrichtung *Appel*, *VVDStRL* 67 (2008), S. 226; *Eifert*, ebd., S. 287; dazu *Franzius*, *JöR* 65 (2017), S. 441 (449 ff.). Zur Dogmatik als „Schrumpfform von Wissenschaft“ *Volkman*, *JöR* 64 (2016), S. 281 (297).

**introvertierten Dogmatik**, der es bislang nur unzureichend gelungen ist, die Einbettung der deutschen Verwaltungsrechtsordnung in eine überstaatliche Ordnung angemessen zu verarbeiten. Wer ein Verwaltungsrecht in Europa haben will, sollte sich von einer Dogmatik, die als Selbstzweck betrieben wird, verabschieden.<sup>42</sup>

Das verlangt bereits die Einbettung des deutschen Verwaltungsrechts in den europäischen „Haushalt“ eines gemeineuropäischen Verwaltungsrechts, das die Überformungen des Unionsrechts akzeptiert, aber auf nationale Regelungen nicht verzichten will. Nicht nur wegen der Pfadabhängigkeiten, der jede auf Praxisrelevanz verpflichtete Verwaltungsrechtswissenschaft ausgesetzt ist, wäre es eine ahistorische Selbstüberschätzung, sich von *Otto Mayer* einfach zu verabschieden. Aber wir brauchen ein Beschreibungsangebot für ein modernes Verwaltungsrecht, das sich der demokratischen Rechtserzeugung verpflichtet sieht und die Entwicklung „dogmatischer“ Aussagen darauf ausrichtet. Dass dies nicht so einfach ist und den Anspruch der Dogmatik relativiert, ist sicherlich richtig, spricht aber nicht gegen das Anliegen, in der Pluralität der rechtswissenschaftlichen Zugänge auch eine dogmatische Perspektive anzuerkennen, der jede Totalität gegenüber anderen Zugängen allerdings schon deshalb abzusprechen ist, weil sie anderen Rechtsordnungen in dieser Schärfe nicht bekannt ist.<sup>43</sup>

## V. Fazit

Ich komme zum Schluss: Verschiedentlich ist zu hören, das wissenschaftliche Projekt eines Allgemeinen Verwaltungsrechts sei wegen des fehlenden demokratischen Mandats kein Problem, solange der Disziplin bewusst sei, was sie tut. Sie konstruiere eine begriffliche Struktur, die den Rechtsstoff aufbereitet, sich aber nicht aus diesem ergebe. Das geschehe zur Beschreibung und Erklärung des Verwaltungsrechts, nicht aber zu seiner Verbesserung oder Reformierung.<sup>44</sup> Hier möchte ich doch ein Fragezeichen setzen. Abgesehen davon, dass dieser Einschätzung die vielleicht etwas zu grobe Unterscheidung zwischen Recht und Rechtswissenschaft zugrundeliegt<sup>45</sup> und jedem Reformanliegen die Berechtigung abgespro-

---

<sup>42</sup> A.A. *Kahl*, AöR 144 (2019), S. 159 ff.

<sup>43</sup> So auch v. *Bogdandy*, in: ders./Cassese/Huber (Hrsg.), IPE IV (Fn. 34), § 57 Rn. 52 ff.

<sup>44</sup> *Möllers*, in: FS Battis, 2014, S. 101 (104).

<sup>45</sup> Ein Vorteil der Kritik liegt darin, stärker auf die Rechtserzeugungsakteure abzustellen, zu denen die Rechtswissenschaft nicht gehört, vgl. *Jestaedt*, Theorie (Fn. 3), S. 30 ff. mit dem Plädoyer, die „Eigengesetzlich-

chen wird, kann ein Ausschluss solcher Perspektiven, die auf den Wandel des eigenen Selbstverständnisses der Disziplin reagieren, nicht überzeugen.

Das Allgemeine ist nicht allgemein, weil es der einheitlichen Regelung des Besonderen dient. Es ist allgemein, weil es Wandlungsprozesse in den Fachgesetzen reflektiert, wobei man sich in der Tat fragen kann, warum das Umweltrecht so deutliche Spuren im Allgemeinen Verwaltungsrecht hinterlassen hat, das nicht weniger bedeutsame Sozialrecht mit bemerkenswerten Organisationsformen wie dem Gemeinsamen Bundesausschuss dagegen marginalisiert zu werden scheint.<sup>46</sup> Aber das spricht nicht gegen das Allgemeine Verwaltungsrecht, sondern signalisiert allenfalls Fehlentwicklungen, denen jedes Rechtsgebiet ausgesetzt ist.<sup>47</sup> Mit anderen Worten: Nicht der radikale Abschied, sondern die behutsame Modernisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts steht auf der Tagesordnung. Und es hat den Anschein, als sei auch etwas in Bewegung gekommen. So schreibt das Bundesverwaltungsgericht seit letztem Jahr einen eigenen Wissenschaftspreis, den Horst-Sendler-Preis, für herausragende wissenschaftliche Leistungen bei der Erforschung des Allgemeinen Verwaltungsrechts aus.<sup>48</sup> Frischen Wind brachte das Handbuch zu den Grundlagen des Verwaltungsrechts, das einen Rahmen für die Debatte setzt und dieses Jahr in der dritten Auflage erscheint.<sup>49</sup> Freilich wird das Überdenken des überkommenen Systemanspruchs, eine stärkere theoretische Reflexion und das Ausbuchstabieren des Steuerungsansatzes im europäischen Rechtsraum umso eher gelingen, desto nachhaltiger diese Wandlungsprozesse auch Eingang in die Lehrbuchliteratur finden. Deshalb arbeite ich an einem Lehrbuch, das Studierenden einen neuen Blick auf das Allgemeine Verwaltungsrecht geben soll.<sup>50</sup> Gerade zur Verarbeitung der Wandlungsprozesse, der Begriffe und Institute des Verwaltungsrechts in der Demokratie ausgesetzt sind, brauchen ein Allgemeines Verwaltungsrecht!

---

keit“ des Rechts zu wahren. Aber das Recht losgelöst von seiner rechtswissenschaftlichen Interpretation zu betrachten, suggeriert eine Reinheit des Rechts, die es so nicht geben kann.

46 Kingreen/Rixen, DÖV 2008, 741.

47 Ähnlich Kersten/Lenski, Die Verwaltung 42 (2009), S. 501 f., wonach „die rechtsdogmatisch entfalteten Verwaltungsinstrumente in ihren praktischen Steuerungskontext“ zu stellen und konzeptionell weiterzuentwickeln sind.

48 Dazu Gärditz, Die Verwaltung 52 (2019), S. 437.

49 Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2 Bände, 3. Aufl. 2020, im Erscheinen.

50 Franzius, Allgemeines Verwaltungsrecht, Nomos, im Erscheinen.