

Sonderdruck aus
Adolf J. Merkl – Werk und Wirksamkeit
Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien
(Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 14)

Wien 1990

**Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige
deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts**

von *Horst Dreier, Würzburg**)

Die neutrale Fassung des Themas läßt die konkrete Beziehung zwischen der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft und Adolf Merkl's „Allgemeinem Verwaltungsrecht“ aus dem Jahre 1927 offen. Jeder Referent hätte wohl gern von einer anhaltend intensiven und fruchtbaren Rezeption Merkl's berichtet. Tatsächlich aber ist sein Werk ignoriert worden. Nicht allein, daß er in den gängigen Lehrbüchern des Allgemeinen Verwaltungsrechts kaum behandelt wird¹⁾ und – nach einer immerhin etwas breiteren Beachtung in einigen Habilitationsschriften aus den sechziger Jahren²⁾ – auch in verwaltungsrechtlichen oder verwaltungsrechtsgeschichtlichen Monographien so gut wie keine Beachtung findet. In seiner verdienstvollen Studie über die „Systeme des Verwaltungsrechts“ aus dem Jahre 1948 meinte *Dennewitz* das Werk Merkl's „nur mit einigen Worten“³⁾ erwähnen zu müssen, und in der Arbeit von *Meyer-Hesemann* über den „Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft“ erscheint Merkl lediglich ein einziges Mal im Rahmen einer beiläufigen Erwähnung der Stufenbaulehre.⁴⁾ Selbst in *Schmidt-Aßmann's* analytisch tiefgehendem Vortrag

^{*)} Auf Wunsch des Autors wurde im vorliegenden Beitrag die in der BRD übliche Zitierweise beibehalten und auf die Anführung der Nummern der Werke Merkl's im Verzeichnis von *Grussmann* verzichtet.

¹⁾ Zuweilen werden immerhin Name und Werk erwähnt: *H. J. Wolff/O. Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974, S. 61; *F. Mayer/F. Kopp*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Stuttgart u.a. 1985, S. 45; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., München 1988, § 1 Rn. 11; *P. Badura*, Das Verwaltungsverfahren, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, hrsgg. v. H. – U. Erichsen u. W. Martens, 8. Aufl., Berlin – New York 1988, S. 376.

²⁾ *D. Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., Tübingen 1968, S. 186 ff.; *H. H. Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965, insbes. S. 129 ff.; siehe auch *P. Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Berlin 1974, S. 18, 24, 28, 47, 85, 87, 91, 104, 122, 152, 158, 162 ff., 193, 195.

³⁾ *B. Dennewitz*, Die Systeme des Verwaltungsrechts, Hamburg 1948, S. 171.

⁴⁾ *W. Meyer-Hesemann*, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Heidelberg – Karlsruhe 1981, S. 129; gleiches gilt für *N. Acherberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1986, S. 91 ff.

über „Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System“ ist natürlich von *Otto Mayer*, nicht aber von Adolf Merkl die Rede.⁵⁾ Es rundet das Negativbild ab, daß bei der bislang wohl umfangreichsten Bestandsaufnahme zur deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik auf der Regensburger Staatsrechtslehrertagung 1971 die profunden Referate *Bachofs* und *Brohms*⁶⁾ ohne Bezugnahme auf ein Werk auskamen, welches doch immerhin nichts geringeres für sich in Anspruch nimmt, als zum ersten Male ein wirklich „allgemeines“ Verwaltungsrecht entworfen zu haben.⁷⁾

Obwohl Merkl in Deutschland also ein Unbekannter geblieben ist, soll im folgenden demonstriert werden, daß es doch einige nicht unwesentliche Verbindungslinien zwischen seinem Werk und der heutigen deutschen Dogmatik des Verwaltungsrechts gibt. Bevor indes diese Berührungspunkte im zweiten Teil des Referates näher erläutert werden, sind zunächst die tiefgreifenden und unübersehbaren Differenzen zwischen Merkls opus magnum und der herrschenden deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft darzulegen, um dann im Schlußteil Tendenzen nachzuspüren, die auf die Möglichkeit, wenn nicht die Notwendigkeit eines Umbaus der Dogmatik verweisen und deshalb Merkls Arbeit zu aktueller Bedeutung verhelfen könnten.

I. Entfremdungsphänomene

1. Traditionsstränge und Grundmerkmale der deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik

Erörterungen über Wesen, Funktion und Leistungsfähigkeit juristischer Dogmatik geraten leicht ins Uferlose.⁸⁾ An dieser Stelle soll ungeachtet aller Zweifel und theoretischen Zwickigkeiten über den Wissenschaftlichkeitsanspruch und den Wissenschaftsbegriff der theoretischen Jurisprudenz im allgemeinen,⁹⁾ den rechtswissenschaftlichen Systembegriff im besonderen¹⁰⁾ unter

⁵⁾ *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, Heidelberg 1982.

⁶⁾ *O. Bachof/W. Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 193 ff., 245 ff.

⁷⁾ *A. Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien-Berlin 1927 (Nachdruck Darmstadt 1969), S. XII, XIII, 91 ff.

⁸⁾ *M. Herberger*, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, Frankfurt/M. 1981; *J. Harenburg*, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, Stuttgart 1986; *Th. Schlapp*, Theoriestrukturen und Rechtsdogmatik, Berlin 1989; vgl. jetzt auch die Beiträge in: Gesetzgebung und Dogmatik, hrsgg. v. O. Behrends/W. Henckel, Göttingen 1989.

⁹⁾ *J. H. v. Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (Berlin 1848), Heidelberg 1988; *K. Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1966; *Ralf Dreier*, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft (1971), in: *ders.*, Recht

juristischer Dogmatik¹¹⁾ das von der Rechtswissenschaft wie den Rechtsanwendungsinstanzen gleichermaßen kreierte wie zu beachtende Instrumentarium von Lehrsätzen und Auslegungsregeln verstanden werden, das zwischen den unendlich vielen Lebenssachverhalten und Fallgestaltungen einerseits, den mit rapider Geschwindigkeit wachsenden, mehr oder minder allgemeinen Normen des positiven Rechts andererseits vermittelt¹²⁾ und vor allem durch systemgerechten Einbau des neuen Rechts in den alten Normenbestand die Konsistenz, Überschaubarkeit und Widerspruchsfreiheit der Gesamtrechtsordnung zu bewahren hilft.¹³⁾

Daß Dogmatik demgemäß vor allem Systembildung meint;¹⁴⁾ daß Objekt der Rechtsdogmatik die weitgehend konstanten Rechtsfragen und Probleme sind;¹⁵⁾ daß die Funktion der juristischen Dogmatik sich nicht in der Sortierung der neuen Informationen erschöpft, sondern deren strukturelle Verkürzung intendiert;¹⁶⁾ daß Dogmatik „Speicher- und Entlastungswirkungen“¹⁷⁾ sowie einen

– Moral – Ideologie, Frankfurt/M. 1981, S. 48 ff.; *ders.*, Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz (1978), ebd., S. 70 ff.; U. Neumann, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, in: A. Kaufmann/W. Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 5. Aufl., Heidelberg 1989, S. 375 ff.; R. Schmidt, Einige Bemerkungen zu den Methoden der Rechtswissenschaft, der Naturwissenschaft und der technischen Wissenschaften, AcP 184 (1984), S. 1 ff.; A. Hollerbach, Art. Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Bd. 4, Freiburg 1988, Sp. 751 ff. (757 ff.).

¹⁰⁾ C.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Berlin 1983; F.-J. Peine, Das Recht als System, Berlin 1983. Als Einzelstudien H. Coing, Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Ihering, in: Philosophie und Rechtswissenschaft, hrsgg. von J. Blühdorn und J. Ritter, Frankfurt/M. 1969, S. 149 ff. und M. G. Losano, Der Begriff „System“ bei Gerber, in: Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für I. Tammelo, Berlin u.a. 1984, S. 647 ff.

¹¹⁾ Auf die speziellen Probleme der Präjudizien kann hier ebensowenig eingegangen werden wie auf die verschiedenen Ansätze in der Methodenlehre.

¹²⁾ Dazu H. Ryffel, Rechts- und Staatsphilosophie. Philosophische Anthropologie des Politischen, Neuwied-Berlin 1969, S. 46 ff.; F. Wieacker, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Hermeneutik und Dialektik. Festschrift für Hans Georg Gadamer, Bd. 2, Tübingen 1970, S. 311 ff.; J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/M. 1970, S. 90 ff.; Brohm (Fn. 6), S. 251; H. Hofmann, Wozu Rechtsphilosophie?, Ms. 1990, S. 4.

¹³⁾ Gerade der Umstand, daß das Recht unter den Bedingungen moderner Staatlichkeit und damit der Positivität des Rechts stets nur partiell geändert werden kann (N. Luhmann, Die soziologische Beobachtung des Rechts, Frankfurt/M. 1986, S. 27: „Jede Rechtsänderung muß sich auf Recht stützen. Alles neue Recht muß deshalb in altes Recht eingefügt werden und sich mit ihm abstimmen, wenn die Programmierung nicht widerspruchsvoll und operativ unprognostizierbar ausfallen soll.“), sichert der Rechtsdogmatik ihre hohe Bedeutung.

¹⁴⁾ Schmidt-Aßmann (Fn. 5), S. 8 ff.; W. Schmidt, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, München 1982, S. 249; R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt/M. 1978, S. 310. Viel zitiert die Bemerkung von H. J. Wolff, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, in: Studium Generale 1952, S. 195 ff. (205): „Rechtswissenschaft zumindest ist systematisch oder sie ist nicht!“; s. auch G. Winkler, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, hrsgg. v. F. Ermacora u.a., Wien 1979, S. 3 ff. (14): „Konkret dogmatisches Denken ist wegen der Verflechtung allen Rechts zwangsläufig systematisches Denken“.

¹⁵⁾ So K. Adomeit, Rechtstheorie für Studenten, 2. Aufl., Heidelberg-Hamburg 1981, S. 15.

¹⁶⁾ Allerdings mit neuen Kombinationsmöglichkeiten: vgl. N. Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart u.a. 1974, S. 15 ff. (16, 22 f.).

¹⁷⁾ E. Schmidt-Aßmann, Der Beitrag der Gerichte zur verwaltungsrechtlichen Systembildung, VBIBW 1988, S. 381 ff. (382); s. auch Esser (Fn. 12), S. 95: „Begriffsspeicherungen“.

„Vertypungseffekt“¹⁸⁾ hat – dies alles ist dabei keineswegs neu und bereits von *Richard Thoma* in seiner Tübinger Antrittsvorlesung 1910 umrissen worden:

„Wo sich die Jurisprudenz dem jeweils geltenden Recht zuwendet, da hat sie es gleich der Ethik mit einer Vielheit von Normen zu tun, von denen jede einzelne durch die Koexistenz mit allen anderen ihre wahre Bedeutung aufzeigt, und von denen ganze Gruppen als mehr oder minder konsequente Folgen beherrschender Prinzipien sich darstellen. Schon im Dienste ihres reinen Erkenntniszweckes, noch vielmehr aber insofern als unvermeidlich die praktische Aufgabe an sie herantritt, der Rechtsanwendung Führerin zu sein, sieht diese auf Herausarbeitung einer Dogmatik des geltenden Rechts gerichtete Jurisprudenz sich veranlaßt, von der Analyse der einzelnen Sätze zur sog. Konstruktion ganzer Gruppen emporzusteigen, d.h. Denkformen und Prinzipien aufzufinden, durch welche sich Rechtssätze einer Gruppe zu einer möglichst widerspruchslösen Einheit zusammenschließen.“¹⁹⁾

Die juristische Dogmatik strukturiert mithin die positivrechtliche Normenmasse, entlastet dadurch den Rechtsanwender und sichert die Gleichmäßigkeit staatlicher Entscheidungen. Juristische Dogmatik dient, mit einem Wort gesagt, der Systemrationalität.²⁰⁾

Rechtsdogmatik kann indes auf sehr unterschiedlichen Abstraktionshöhen operieren. Für die deutsche Verwaltungsrechtsdogmatik sind drei Elemente typisch: erstens eine gewisse Fixierung auf den Ahnherrn *Otto Mayer*; zweitens die enge Zusammenarbeit mit der Rechtsprechung; drittens schließlich ihre Verfassungsabhängigkeit.

¹⁸⁾ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 5), S. 29.

¹⁹⁾ *R. Thoma*, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *JöR* 4 (1910), S. 196 ff. (215 f.).

²⁰⁾ *H. Faber*, Verwaltungsrecht, Tübingen 1987, S. 27: „Die Verwaltungsrechtswissenschaft muß also sehr viel mehr leisten als den kritischen Nachvollzug der gesetzlichen Regelung. Sie muß auch den theoretischen Rahmen erarbeiten und fortentwickeln, der die Zusammenhänge sichtbar macht und die richtige Einordnung der einzelnen Institutionen ermöglicht.“; s. auch *Brohm* (Fn. 6), S. 248. – Die kreative Leistung der Dogmatik sowie die Wahrung der Beständigkeit und Widerspruchsfreiheit der Gesamtrechtsordnung läßt in diesem Zusammenhang den wichtigen Stellenwert der sog. „herrschenden Meinung“ sichtbar werden; dazu ebenso wie zu den Gefahren für die wissenschaftliche Innovation *R. Zimmermann*, Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts, Berlin 1983, S. 83 ff., 95 ff., 106 ff.; vgl. auch *Th. Drosdeck*, Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle, Berlin 1989, S. 74 ff.

a) Die „juristische Methode“ Otto Mayers als Grundlage

Die Wissenschaft vom Allgemeinen Verwaltungsrecht stand von Anbeginn im Banne *Otto Mayers*. Sein Werk, mit dem er diese Disziplin im Grunde erst kreierte hatte, fungierte stets als identitätsstiftender „Bezugspunkt ihrer Einheit und Eigenständigkeit“.²¹⁾ Wenn man dem Allgemeinen Verwaltungsrecht auch heute noch „hohes rechtswissenschaftliches Niveau“²²⁾ attestiert, so unter explizitem oder implizitem Hinweis auf den von *Otto Mayer* erzielten „Durchbruch zur Ausbildung einer systematischen und methodenreflektierten, spezifisch juristischen Wissenschaft von der Verwaltung“.²³⁾

Was kennzeichnet nun die von ihm inaugurierte „juristische Methode“?²⁴⁾ Zunächst ihre Distanznahme. Sie setzte sich bewußt von der „enzyklopädisch reihenden Methode der Staatswissenschaft“²⁵⁾ wie sie in Gestalt der Verwaltungslehre *Lorenz von Steins* mit ihrem politisch-moralischem Raisonement, in welchem Recht, Politik, Philosophie, Historie und Ökonomie noch ungeschieden ineinanderliefen, ebenso ab wie von den ob ihrer moralischen Erbaulichkeit von *Paul Laband* mit beißender Ironie gezeißelten Lehrbüchern gemäß der staatswissenschaftlichen Methode,²⁶⁾ die sich an den einzelnen Zweigen der

²¹⁾ *E. V. Heyen*, Profile der deutschen und französischen Verwaltungsrechtswissenschaft 1880–1914, Frankfurt/M. 1989, S. 1; s. auch *W. Meyer-Hesemann*, Die paradigmatische Bedeutung *Otto Mayers* für die Entwicklung der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft, Rechtstheorie 13 (1982), S. 496 ff.

²²⁾ *R. Mußnug*, Das allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht, in: Richterliche Rechtsfortbildung – Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen – Festschrift der juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 203 ff. (226); auch im internationalen Vergleich gilt das deutsche Verwaltungsrecht als besonders stark systematisch durchgeformt: *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Baden-Baden 1989, S. 116.

²³⁾ *Meyer-Hesemann* (Fn. 4), S. 16; zur Pionierleistung *Mayers* auch *E. Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl., München 1973, S. 51: „Der eigentliche Schöpfer und Klassiker der modernen deutschen verwaltungsrechtlichen Methode“.

²⁴⁾ Vgl. zum folgenden auch: *Erich Kaufmann*, Art. Verwaltung, Verwaltungsrechts, in: von Stengel/Fleischmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. 3, Tübingen 1914, S. 688 ff. (716 ff.); *Dennewitz* (Fn. 3), S. 124 ff. (143: „Das erste nach juristischer Methode gegebene System“); *P. Badura*, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, Göttingen 1967, S. 56 ff.; *Bachof* (Fn. 6), S. 215 ff.; *E. V. Heyen*, *Otto Mayer*. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft, Berlin 1981, S. 180 ff., 188 ff.; *A. Hueber*, *Otto Mayer*. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin 1982, S. 48 ff.; *M. Stolleis*, Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866–1914, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, hrsgg. v. K. G. A. Jeserich u.a., Bd. 3, Stuttgart 1984, S. 85 ff. (98 ff.).

²⁵⁾ *Hans Maier*, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 2. Aufl., München 1980, S. 246; allgemein auch *ders.*, Art. Staatswissenschaft, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Bd. 5, Freiburg/Br. 1989, Sp. 226 ff. – Zum Umschwung des Staatsrechts Mitte des 19. Jahrhunderts *R. Smend*, Deutsche Staatsrechtswissenschaft vor hundert Jahren – und heute, in: Festschrift für Adolf Arndt, Frankfurt/M. 1969, S. 451 ff.; *P. v. Oertzen*, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus (Diss. phil. Göttingen 1953), Frankfurt/M. 1974, S. 154 ff., 158 ff. – Zu *Lorenz von Stein* vgl. den von *R. Schnur* hrsgg. Sammelband: Staat und Gesellschaft, Berlin 1978 (darin insbes. der Beitrag von *E. Pankoke*, S. 405 ff.).

²⁶⁾ *P. Laband*, AöR 2 (1887), S. 149 ff. (150 f.).

Verwaltung orientierten und das entsprechende Fall- und Normenmaterial lediglich zusammentrugen.²⁷⁾ Mit seinem 1895/96 erschienenen zweibändigen Werk über „Deutsches Verwaltungsrecht“²⁸⁾ schuf Mayer²⁹⁾ bei starker Orientierung am französischen Verwaltungsrecht sowie den Postulaten des staatsrechtlichen Positivismus einerseits, dem Abstraktions- und Konstruktionsniveau des als vorbildlich geltenden Privatrechts³⁰⁾ andererseits ein „System, das aus der Fülle der verwaltungsrechtlichen Einzelercheinungen den rechtlichen Grundextrakt aussondern und allgemeine, gemeinsame Rechtsinstitute aus den verschiedensten Verwaltungszweigen erkennen und feststellen“³¹⁾ wollte. Bei der Ausarbeitung seines Werkes schritt er indes – weit davon entfernt, lediglich ein auf empirisch-induktiver Basis gewonnenes Durchschnittsverwaltungsrecht für die deutschen Staaten zu bieten³²⁾ – souverän über entgegenstehendes partikulares Sonderrecht hinweg.³³⁾ Der durchaus präskriptive Charakter seiner häufig eher intuitiv als vergleichend-extrahierend gewonnenen Konstruktionen und Institute blieb der Kritik nicht verborgen.³⁴⁾

Nur durch seinen bei aller Praxisnähe bewahrten Glauben an die Kraft allgemeiner Rechtsideen,³⁵⁾ nur durch seinen festen Willen, ein dem liberalen Rechtsstaat adäquates Verwaltungsrecht zu etablieren (wobei er das Bild des sog. Polizeistaates wirkungsmächtig entstellte),³⁶⁾ nur durch zum Teil rigorose Außerachtlassung entgegenstehenden besonderen Fach- oder Landesverwal-

²⁷⁾ Vgl. die Charakterisierung bei F. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (2. Neudruck Aalen 1963), S. 43.

²⁸⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde., Leipzig 1895/96; 2. Aufl. 1914/17; 3. Aufl. 1924; vgl. die Rezension zur Erstauflage von G. Jellinek, VerwArch. 5 (1897), S. 304 ff.

²⁹⁾ Zu den bei genauerer Betrachtung wie immer fließenden Übergängen vgl. Stolleis (Fn. 24), S. 93 ff.

³⁰⁾ A. Rincken, Art. Verwaltungsrecht, in: Handlexikon zur Rechtswissenschaft, hrsgg. v. A. Görlitz, München 1972, S. 516 ff. (519) spricht vom System Mayers als einer „Parallelkonstruktion zum Privatrecht“; zu den französischen wie den zivilrechtlichen Einflüssen auch Meyer-Hesemann (Fn. 4), S. 29 ff. und Hueber (Fn. 24), S. 74 ff., 77 ff.

³¹⁾ Dennewitz (Fn. 3), S. 143; s. schon Laband (Fn. 26), S. 151: „Gerade die Ablösung und Isolierung der juristischen Elemente aus dem Gesamtbilde der staatlichen Tätigkeit, die Abhebung der Rechtsinstitute und Rechtsbegriffe von der Masse der Beziehungen, welche die Verwaltung darbietet, die Zurückführung der unendlichen und vielgestaltigen Erscheinungen des Lebens auf die typischen Formen, in denen ihr rechtlicher Gehalt sich ausprägt, ist die Aufgabe der Wissenschaft von dem Verwaltungsrecht.“

³²⁾ In dieser Richtung Bühler, Otto Mayers deutsches Verwaltungsrecht. (Zweite Auflage.), VerwArch. 27 (1919), S. 281 ff. (306).

³³⁾ Dennewitz (Fn. 3), S. 147 beklagt das „zu stark Konstruktive auf Kosten der positivrechtlichen Fundierung“; s. auch S. 187; weitere Nachw. bei Meyer-Hesemann (Fn. 4), S. 26.

³⁴⁾ Erich Kaufmann, Otto Mayer, VerwArch. 30 (1925), S. 377 ff. (388); Dennewitz (Fn. 3), S. 144, 151; Meyer-Hesemann (Fn. 4), S. 21 f., 25.

³⁵⁾ Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. 1, S. VIII; diese Stelle aufgreifend W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1931 (Neudruck Offenburg 1948), S. 105. – Vgl. zu den diesbezüglichen Differenzen mit dem staatsrechtlichen Positivismus Hueber (Fn. 24), S. 24 ff., 151 ff.

³⁶⁾ Vgl. Maier (Fn. 25), S. 203, 245 ff.; M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, München 1988, S. 391 f.

tungsrechts vermochte *Mayer* ein allgemeines deutsches Verwaltungsrecht – dessen „besonderer“ Teil ohnehin nur eine Fortsetzung des allgemeinen war³⁷⁾ – zu schreiben.³⁸⁾ Auf der dadurch ermöglichten Verknappungs-, Rationalisierungs- und Präzisionsleistung beruht der überragende Erfolg *Otto Mayers*.

Ermöglicht wurde diese Verdrängung des Partikularen durch eine systemleitende Idee, die den heterogenen Stoff weder dem organisatorischen Aufbau des Staates mit seinen vielfältigen Verwaltungszweigen noch allgemeinen oder besonderen Zwecken der Verwaltung anzupassen suchte, sondern auf den zentralen Angelpunkt der Entfaltung eines rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts hin ausrichtete: insbesondere auf die Formung und Hegung der Ausübung staatlicher Gewalt, ihre – der Individualfreiheit dienende – Rationalisierung und (gerichtliche) Kontrolle.³⁹⁾ Wegen seines ausgeprägten „Begriffs- und Systemdenkens“⁴⁰⁾ konnte sein Werk ein so hohes Maß an Allgemeingültigkeit und Anerkennung erlangen, daß es bald sogar die gesetzgeberische Tätigkeit anleitete.⁴¹⁾

b) Verbindung mit der Rechtsprechung

Als zweiter dominanter Charakterzug der deutschen verwaltungsrechtlichen Dogmatik ist ihre pragmatische, allen allzu abstrakten Höhenflügen abgeneigte Orientierung hervorzuheben. Die oft betonte und gemeinhin positiv bewertete enge Verbindung zwischen Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtsprechung⁴²⁾ reicht bis auf die Genese eines mit dezidiert rechtswissenschaftlichem Anspruch auftretenden Verwaltungsrechts zurück. Der sukzessive Aufbau einer wenn auch zunächst nur auf der obersten Ebene wirklich von der Verwaltung unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit in den 60er und 70er

³⁷⁾ *Jellinek* (Fn. 28), S. 305.

³⁸⁾ Die Gemeinsamkeit der deutschen Verwaltungsrechte lag für *Otto Mayer* ohnehin eher in ihrer gemeinsamen Kultur begründet (*Deutsches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Bd. 1, S. 21).

³⁹⁾ Zur systemleitenden Idee *Otto Mayers* vgl. *P. Badura*, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, Tübingen 1966, S. 11; *ders.* (Fn. 24), S. 57; zur Rechtsstaatsidee als Angelpunkt seiner Konstruktionen auch *Meyer-Hesemann* (Fn. 4), S. 28; *Stolleis* (Fn. 24), S. 99.

⁴⁰⁾ *Dennewitz* (Fn. 3), S. 136.

⁴¹⁾ Vgl. *Meyer-Hesemann* (Fn. 4), S. 26. – *K. Stern*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht in der neueren Bundesgesetzgebung*, JZ 1962, S. 265 ff., 297 ff. konnte „eine erfreuliche Übereinstimmung in der Erhaltung und Verwendung der überkommenen Grundsätze und Institutionen des allgemeinen Verwaltungsrechts durch den Gesetzgeber des besonderen Verwaltungsrechts“ (S. 302) konstatieren. – Es erscheint fraglich, ob man heute zum gleichen Ergebnis käme; für den Bereich des Bundesorganisationsrechtes würde man das mit Sicherheit zu verneinen haben: vgl. *R. Loeser*, *Das Bundes-Organisationsgesetz*, Baden-Baden 1988.

⁴²⁾ Vgl. dazu ausgewogen bezüglich der Vor- und Nachteile *Schmidt-Aßmann* (Fn. 5), S. 58 ff. (61: „Gerichtsgeprägtheit des Allgemeinen Verwaltungsrechts“); s. auch *F. Ossenhühl*, *Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft*, in: *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, hrsgg. von K. G. A. Jeserich u.a., Bd. 5, Stuttgart 1987, S. 1143 ff. (1144, 1145); *Schwarz* (Fn. 22), S. 114.

Jahren des 19. Jahrhunderts⁴³⁾ hatte erheblichen Anteil an der Ausbildung eines strikt juristisch durchgeformten und damit den Erfordernissen einer justizförmigen Rechtskontrolle kompatiblen Verwaltungsrechts.⁴⁴⁾ Berufliches Leitbild wurde und blieb nun der Justizjurist, während die sehr viel komplexeren, eben „staatswissenschaftlichen“ Betätigungsfelder und Kenntnishorizonte des praktischen Verwaltungsjuristen sowohl im Studium als auch in der einschlägigen Literatur weitgehend ausgeblendet wurden.⁴⁵⁾ Wenn der Rechtsstaat, wie *Otto Mayer* auf seine unnachahmlich apodiktische und zugleich suggestive Weise formulierte, „Justizförmigkeit der Verwaltung (bedeutet)“,⁴⁶⁾ dann muß das Verwaltungsrecht besonders auf die einschlägigen Rechtsschutzfragen zugeschnitten werden.⁴⁷⁾

Doch hat die Verwaltungsrechtsprechung die Entwicklung einer juristisch-dogmatischen Wissenschaft vom Verwaltungsrecht nicht nur angestoßen, sondern auch an der Ausbildung ihrer Institute kräftig mitgewirkt. Schon *Gerhard Anschütz* konstatierte zu Beginn dieses Jahrhunderts, dem Preußischen Obergerverwaltungsgericht sei neben der Rechtsschutzfunktion „ganz wie von selbst ein weiterer, mit einer ungeahnten Fülle von Aufgaben ausgestatteter Beruf erwachsen: Arbeit für das Recht als Lehre“; die Rechtsprechung habe für die „Klärung der verwaltungsrechtlichen Grundbegriffe“ wie für die „Förderung allgemeiner Lehren unserer Wissenschaft“⁴⁸⁾ Erhebliches geleistet. Nicht anders als in der die Analyse *Anschütz'* bestätigenden Einschätzung durch *Fritz Fleiner* 1928⁴⁹⁾ wird heute das Verwaltungsrecht der letzten vier Jahrzehnte als ein Gemeinschaftsprodukt von Wissenschaft und Rechtsprechung⁵⁰⁾ vorgestellt,

⁴³⁾ Zum Entwicklungsgang statt aller *W. Rüfner*, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 3, Stuttgart 1984, S. 909 ff. und *R. Ogorek*, Individueller Rechtsschutz gegenüber der Staatsgewalt. Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert, in: Bürgertum im 19. Jahrhundert, Bd. 1, hrsgg. v. J. Kocka, München 1988, S. 372 ff.

⁴⁴⁾ Dazu *R. Smend*, Der Einfluß der deutschen Staats- und Verwaltungsrechtslehre des 19. Jahrhunderts auf das Leben in Verfassung und Verwaltung (1939), in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl., Berlin 1968, S. 326 ff. (342); *Maier* (Fn. 25), S. 247; *Meyer-Hesemann* (Fn. 4), S. 12; *Stolleis* (Fn. 24), S. 91 f.

⁴⁵⁾ Vgl. *E. V. Heyen*, Entwicklungsbedingungen der Verwaltungsrechtswissenschaft, Der Staat 22 (1983), S. 21 ff. (24 ff.).

⁴⁶⁾ *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. 1, S. 64; s. auch S. 133.

⁴⁷⁾ Vgl. auch *Ossenbühl* (Fn. 42), S. 1145 („Die rechtsstaatliche Vervollkommnung des Verwaltungsrechts, aber auch der aktionenrechtliche Charakter der Verwaltungsrechtsdogmatik haben Grund und Ursache in der Rechtsprechung“), S. 1146 („Die dogmatischen Figuren und Prinzipien sind nahezu ausschließlich vom gerichtlichen Rechtsschutz her gedacht und konstruiert.“); nicht unkritisch zu dieser Schwerpunktbildung *Bachof* (Fn. 6), S. 231.

⁴⁸⁾ *G. Anschütz*, Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Obergerverwaltungsgerichts, Preußisches Verwaltungsblatt 22 (1900/01), S. 83 ff. = DVBl. 1985, S. 156 ff. (157).

⁴⁹⁾ *Fleiner* (Fn. 27), S. 42.

⁵⁰⁾ *Ossenbühl* (Fn. 42), S. 1144; *Mußgnug* (Fn. 22), S. 204, 228.

an dessen Ausformung der Gesetzgeber nur geringen Anteil gehabt habe.⁵¹⁾ *Schmidt-Aßmann* spricht insoweit anerkennend von einer „Aufbauleistung der Gerichte“,⁵²⁾ und *Mußnug* will im Allgemeinen Verwaltungsrecht geradezu ein „Paradebeispiel für die rechtsgestaltende Kraft des Richterrechts“⁵³⁾ sehen.

Der für die heutige Lage mit Blick auf kontroverse Diskussionen Anfang der sechziger Jahre verkündete Abschied vom Kodifikationsgedanken⁵⁴⁾ favorisiert nicht allein die fallorientierte Weiterentwicklung anerkannter Rechtsinstitute gegenüber dem großen gesetzgeberischen Wurf aus einem Guß, sondern dokumentiert das prekäre Selbstbewußtsein einer Rechtswissenschaft, die ihre „disziplinäre Stabilität“⁵⁵⁾ dem Fundus lang bearbeiteter und geformter Rechtsfiguren verdankt, sich aber stets als praxisrelevant erweisen muß und ihre Bedeutung gleichsam aus zweiter Hand gewinnt.

c) Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts

Das dritte zentrale Stichwort, das durch *Fritz Werners* dem Zitat *Otto Mayers*: „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“ scheinbar diametral entgegengesetztes Diktum vom „Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht“⁵⁶⁾ prägnant auf den Begriff gebracht worden ist, lautet: „Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts“.⁵⁷⁾ In der Tat ist bei allen

⁵¹⁾ Dies gilt trotz der bedeutsamen Kodifikation des Verwaltungsverfahrensgesetzes (dazu etwa *F. O. Kopp*, 10 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetze. Anspruch und Wirklichkeit – eine Bilanz, *Die Verwaltung* 20 [1987], S. 1 ff.; *H. Hill*, 10 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz [Speyerer Arbeitshefte 78], 1987; einen speziellen Bereich behandelt *F. Hufen*, Zur Systematik der Folgen von Verfahrensfehlern – eine Bestandsaufnahme nach 10 Jahren VwVfG, DVBl. 1988, S. 69 ff.), weil der Gesetzgeber hier in weiten Passagen lediglich den Ertrag einer jahrzehntelangen Arbeit von Rechtsprechung und Wissenschaft kodifiziert hat (vgl. dazu im einzelnen *Mußnug* [Fn. 22] u. *Badura* [Fn. 1], S. 376 ff.).

⁵²⁾ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 5), S. 62 (ebd., S. 66 aber der wichtige Hinweis, daß die Justiz „Baumeister und Widerpart der verwaltungsrechtlichen Systematik zugleich“ ist: die Auslieferung an die Entscheidungslinien der der Einzelfallgerechtigkeit verpflichteten Gerichte kann zur kasuistischen Verkümmern der Dogmatik, ihrer Schnelleibigkeit und Kurzatmigkeit führen); detaillierter *ders.* (Fn. 17), S. 384 ff. – Vgl. auch *P. Häberle*, Auf dem Weg zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, BayVBl. 1977, S. 745 ff. (746): „Die ‚Modernisierung‘ des Verwaltungsrechts im Lichte des GG gehört jedenfalls zu den Glanzleistungen deutscher Rechtsprechung.“

⁵³⁾ *Mußnug* (Fn. 22), S. 204; s. auch *Forsthoff* (Fn. 23), S. 57: „schöpferische Rechtsprechung [der Verwaltungsgerichte, H. D.] auf vielen Gebieten“; vgl. aber auch seine Bemerkung S. 79.

⁵⁴⁾ *Ossenbühl* (Fn. 42), S. 1144.

⁵⁵⁾ *Heyen* (Fn. 45), S. 27.

⁵⁶⁾ *F. Werner*, DVBl. 1959, S. 527 ff.

⁵⁷⁾ *O. Bachof*, Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Karlsruhe 1963, Bd. 2, S. 3 ff. (4); *ders.* (Fn. 6), S. 204; *H. Sendl*, Die Entwicklung des Verwaltungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: Verwaltung und Verwaltungswissenschaften in der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. H. Kaiser, Baden-Baden 1983, S. 27 ff.; *K. Obermayer*, Verwaltungsrecht im Wandel, NJW 1987, S. 2642 ff. (2643); *Maurer* (Fn. 1), § 2 Rn. 1, 12 ff.; *Schwarze* (Fn. 22), S. 121. – *Häberle* (Fn. 52), S. 745 plädiert für den Terminus „Verfassungsdurchdringung“; zur Sache selbst eher zurückhaltend

Differenzen über die umweglose Ableitbarkeit handlungsanleitender und entscheidungsbegründender Rechtsmaßstäbe unmittelbar aus der Verfassung⁵⁸⁾ nicht zu bezweifeln, daß in einer ganzen Reihe von Fällen die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts – das mittlerweile verbreitete Wort vom „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“⁵⁹⁾ bestätigend – auch zu einer tiefgreifenden Umstellung der Verwaltungsrechtsdogmatik geführt hat.⁶⁰⁾

Nur stichwortartig seien genannt: die Beseitigung der tragenden Säulen des von *Otto Mayer* begründeten Instituts eines „besonderen Gewaltverhältnisses“;⁶¹⁾ die Spezifikation des allgemeinen Gesetzesvorbehaltes zum Parlamentsvorbehalt (besonders im Schulrecht)⁶²⁾ und die Betonung der Grundrechtsrelevanz des Verwaltungsverfahrens⁶³⁾ – wobei die verfassungsrelevante Bedeu-

Schmidt-Abmann (Fn. 5), S. 37 ff. („Verfassungsgeprägtheit des Verwaltungsrechts“); gegen hypertrophe Überforderungen der Verfassung auch *R. Wahl*, *Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts*, NVwZ 1984, S. 401 ff.; wichtig zum ganzen *E. Denninger*, *Verfassung und Gesetz*, KritV 1986, S. 291 ff. (308 ff.).

⁵⁸⁾ Rückwirkungen von im Verwaltungsrecht wurzelnden Rechtsmaximen auf das Verfassungsrecht sind natürlich keineswegs ausgeschlossen; prominentestes Beispiel ist das dem Polizeirecht entstammende Verhältnismäßigkeitsprinzip (vgl. *R. v. Krauss*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Hamburg 1955, S. 3 ff.; *P. Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln – Berlin – München – Bonn 1961, S. 24; *L. Hirschberg*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen 1981, S. 12 ff.); vgl. auch die Hinweise bei *Häberle* (Fn. 52), S. 747.

⁵⁹⁾ *B. Schlink*, *Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit*, *Der Staat* 28 (1989), S. 161 ff. (163).

⁶⁰⁾ *N. Achterberg*, *Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Verwaltungsrecht*, JA 1980, S. 210 ff., 273 ff.; *E. Denninger*, *Auswirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf Verwaltung und Verwaltungsverfahren*, *Der Staat* 25 (1986), S. 103 ff.

⁶¹⁾ Ausgangspunkt war BVerfGE 33, 1. – Aus der umfangreichen Literatur *L. Wenninger*, *Geschichte der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis*, Köln u.a. 1982; *W. Loschelder*, *Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung*, Köln u.a. 1982; *M. Ronellenfisch*, *Das besondere Gewaltverhältnis im Verwaltungsrecht*, DÖV 1984, S. 781 ff.; *D. Merten*, *Grundrechte und besonderes Gewaltverhältnis*, in: *Einigkeit und Recht und Freiheit*, Festschrift für Karl Carstens, Bd. 2, Köln u.a. 1984, S. 721 ff.; *ders.* (Hrsg.), *Das besondere Gewaltverhältnis*, Berlin 1985; *C. H. Ule*, *Rechtsstaat und Verwaltung*, *VerwArch.* 76 (1985), S. 129 ff.

⁶²⁾ *N. Niehues*, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Schulwesen. Eine Zwischenbilanz*, DVBl. 1980, S. 465 ff.; *M. Kloepfer*, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel*, JZ 1984, S. 685 ff.; *H.-U. Erichsen*, *Schule und Parlamentsvorbehalt*, in: *Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin – New York 1984, S. 113 ff.; *J. Staupe*, *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis*, Berlin 1986; *H. H. v. Arnim*, *Zur „Wesentlichkeitstheorie“ des Bundesverfassungsgerichts*, DVBl. 1987, S. 1241 ff.; *F. Ossenbühl*, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, hrsgg. v. J. Isensee/P. Kirchhof, Bd. III, Heidelberg 1988, § 62 Rn. 32 ff., 41 ff.; *M. Kloepfer*, *Wesentlichkeitstheorie als Begründung oder Grenze des Gesetzesvorbehalts?*, in: *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, hrsgg. v. Hermann Hill, Berlin 1989, S. 187 ff.

⁶³⁾ *K. Hesse*, *Bestand und Bedeutung (der Grundrechte)*, in: *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, hrsgg. v. E. Benda u.a., Berlin – New York 1983, S. 79 ff. (100 ff.); *H. Goerlich*, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Baden-Baden 1981; *F. Hufen*, *Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler?*, NJW 1982, S. 2160 ff.; *J. Pietzcker/R. Wahl*, *Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, VVDStRL 41 (1983), S. 151 ff., 193 ff.; *J. Held*, *Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens*, Berlin 1984; *E. Schmidt-Abmann*, *Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts*, in: *P. Lerche/W. Schmitt Glaeser/E. Schmidt-Abmann*, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, Heidelberg 1984, S. 1 ff.; *P. Kirchhof*, *Mittel staatlichen Handelns*, in:

tungssteigerung des Verfahrensrechts sich gerade in der zunehmenden Problematisierung vermehrter Versuche einer einfachgesetzlichen Bagatellisierung von Verfahrensfehlern und einer dadurch geforderten Verfahrensfehlerlehre dokumentiert.⁶⁴⁾

2. Charakteristika des „Allgemeinen Verwaltungsrechts“ von Adolf Merkl

Verwurzelung in der durch *Otto Mayer* begründeten Tradition einer nach streng „juristischer Methode“ betriebenen Wissenschaft; enger Kontakt und wechselseitiger Austausch mit der Judikatur;⁶⁵⁾ schließlich die Abhängigkeit von einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben – das sind die drei signifikanten Merkmale der deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik.

Zu ihr steht das 1927 veröffentlichte Werk Adolf Merkl's über „Allgemeines Verwaltungsrecht“, dessen Originalität, Selbständigkeit und Gedankenreichtum seinerzeit von allen Rezensenten hervorgehoben wurde, in striktem Gegensatz. Deshalb hat es jedenfalls in Deutschland kaum Spuren hinterlassen. Sein Entwurf war offenbar zu kühn,⁶⁶⁾ sein Bruch mit der Tradition⁶⁷⁾ zu radikal, seine Terminologie zu eigenwillig, seine Berücksichtigung der Rechtsprechung zu defizitär, sein für die gesamte Wiener Schule charakteristischer „formaler Reduk-

Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsgg. von J. Isensee/P. Kirchhof, Bd. III, Heidelberg 1988, § 59 Rn. 45 ff.

⁶⁴⁾ *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, Heidelberg 1986; *F. Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Baden-Baden 1986; *F. Ossenbühl*, Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen, NJW 1986, S. 2805 ff.; *M. Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, Berlin 1988.

⁶⁵⁾ Als Medium der Kommunikation verdienen Fachzeitschriften Aufmerksamkeit, weil hier neben Vertretern der Universitäten und der Richterschaft auch Verwaltungspraktiker das Wort ergreifen; vgl. *Heyen* (Fn. 21), S. 148: „Verwaltungsrechtliche Fachzeitschriften lassen sich als Medien systematischer Interferenz bezeichnen. Verwaltung, Gerichtsbarkeit und Universität treten in einen nach außen einheitlich erscheinenden wissenschaftlichen Diskurs ...“.

⁶⁶⁾ Vgl. etwa *K. Brockhausen*, Ein neues allgemeines Verwaltungsrecht, Juristische Wochenschrift 1928, Bd. I, S. 1019 ff. (1019): „Mit bisher unerhörter Kühnheit versucht es der Wiener Verwaltungsrechtslehrer Prof. Adolf Merkl, das ganze bisherige Lehrgebäude des Verwaltungsrechtes umzustößeln, alle Hindernisse voller Gleichstellung des Verwaltungsrechtes mit den älteren Rechtswissenschaften wegzuräumen und ein neues System dieses Teilbereiches der Jurisprudenz aufzurichten.“ S. auch *O. Bahmann*, Neueres verwaltungsrechtliches Schrifttum, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche, 52. Jg., II. Halbbd. (1928), S. 139 ff. (150): „hochbeachtliche, scharfsinnige Gedankenleistung“.

⁶⁷⁾ Vgl. *D. Schindler*, Schweizerische Juristenzeitung, Bd. 24, 1927/28, S. 207 f. (208): „Als Passivum wäre aber zu buchen die Tatsache, daß die so vereinfachten Begriffe ohne Rücksicht auf die bisherigen Ergebnisse der Rechtswissenschaft geformt werden und damit etwas verlorengelht, was gerade eines der Hauptmomente fruchtbarer geisteswissenschaftlicher Arbeit sein könnte: die Bildung und der allmähliche Ausbau einer wissenschaftlichen Tradition“; vgl. auch *Markull*, Reichsverwaltungsblatt 1928, S. 565; *E. Isay*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 88 (1930), S. 395 ff. (399); *R. A. Métall*, Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 11 (1931), S. 496 ff. (500): „wie ein reinigendes Gewitter“.

tionismus⁶⁶⁾ zu lebensfern und stoffarm.⁶⁷⁾ Der radikale Neubeginn Merkl's kann auch weder durch die vertraut scheinende Etikettierung seines Werkes als „Allgemeines Verwaltungsrecht“ noch durch den Umstand verwischt werden, daß die Abschnitte seines Buches sich vom Themenkanon anderer gängiger Lehrbücher kaum signifikant unterscheiden. Und schon gar nicht resultiert die entscheidende Kluft aus der ja auch bei *Otto Mayer* so starken Betonung der Rechtsformen.

Ausschlaggebend ist vielmehr der neue methodische Bezugspunkt.

Während die deutsche Verwaltungsrechtsdogmatik sich weiterhin an einer wissenschaftlichen Lehre orientierte, die aus der Vielzahl von Fachgesetzen und Spezialgebieten des Verwaltungsrechts anhand einer systemleitenden Idee allgemeine Rechtsfiguren, Handlungsformen und Grundstrukturen herausarbeitete,⁷⁰⁾ etabliert Adolf Merkl sein Allgemeines Verwaltungsrecht auf einer höheren Abstraktionsstufe.⁷¹⁾ Sie korrekt festzulegen, bereitet indes einige Mühe. Zu schematisch wäre es, der herkömmlichen „induktiven“ Verwaltungsrechtsdogmatik⁷²⁾ einfach die vorgebliche „deduktive“ Vorgehensweise Merkl's gegenüberzustellen.⁷³⁾ Zwar spricht Merkl selbst davon, daß ihm die Einrichtungen der konkreten Verwaltungsrechtsordnungen und Vorschriften des positiven Rechts gleichsam nur dazu dienen, „Belege und Beispiele für die allgemein gültigen Rechtsfiguren“⁷⁴⁾ zu bieten.⁷⁵⁾ Demgemäß wirken weite Passagen sei-

⁶⁶⁾ B.-Chr. Funk, Der Einfluß der „Wiener Schule des Rechtspositivismus“ auf die österreichische Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime, hrsgg. v. E. V. Heyen, Frankfurt/M. 1984, S. 105 ff. (110 ff.); zur Attraktivität dieser Lehre für die Verwaltungspraxis vgl. G. Wielinger, Mutmaßungen über einen Zusammenhang zwischen der Denkweise der österreichischen Verwaltung und der Wiener Schule der Rechtstheorie, in: Rechtskultur – Denkkultur, hrsgg. v. E. Mock u. C. Varga (= ARSP – Beiheft Nr. 35), Stuttgart 1989, S. 165 ff.; zum ganzen auch F. Ermacora, Die Bedeutung und die Aufgabe der Wiener Schule für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht der Gegenwart, ZöR 10 (1959/60), S. 347 ff.

⁶⁷⁾ A. Hensel, AöR 54 (1928), S. 405 ff. (420: „unerträglich uninteressant“); ders., VerwArch. 36 (1931), S. 113 f. (114): „Das Merkl'sche Verwaltungsrecht ist, wenn man die zahlreichen Abschnitte, die für den Normalstudenten kaum von Interesse sind, abzieht, schließlich nur noch ein abstraktes Denkschema, in das sich vielleicht jedes Verwaltungsrecht einordnen läßt, aber in der Hauptsache nur deshalb, weil die Einteilungsfächer so groß sind, daß sie jedweden Inhalt in beliebiger Form und Gestalt aufnehmen können“; Bahmann (Fn. 66), S. 147 („Verarmung der juristischen Wissenschaft“); Markull, Reichsverwaltungsblatt 1928, S. 565 (der Bau von Merkl's Verwaltungsrecht erscheine „allzu kahl und unwohnlich“); F. Stier-Somlo, Deutsche Juristenzeitung 1928, Sp. 1689 f. (1690): „etwas blutleer“; s. auch Forsthoff (Fn. 23), S. 55 Fn. 2.

⁷⁰⁾ Vgl. Stern (Fn. 41), S. 267: „Auf diesen Realien der speziellen Verwaltungsgesetze baut das Allgemeine Verwaltungsrecht auf, indem es induktiv aus dem positiven Recht durch Abstrahieren, Reduzieren und Typisieren, Institutionen, Begriffe, Formen, Modi und Typen verwaltungsrechtlicher Gestaltungen entwickelt.“; s. auch Meyer-Hesemann (Fn. 4), S. 20.

⁷¹⁾ Vgl. Merkl (Fn. 7), S. XII, 94 ff.; s. auch das dem Neudruck vorangestellte Vorwort von K. Korinek, S. VII.

⁷²⁾ G. Pütner, Entwicklungstendenzen in der Dogmatik des Verwaltungsrechts, in: Festschrift für Otto Bachof, München 1984, S. 115 ff. (120).

⁷³⁾ So Dennewitz (Fn. 3), S. 171.

⁷⁴⁾ Merkl (Fn. 7), S. XII; vgl. auch ders., Rezension zu Herrmann, Grundlehren des Verwaltungsrechts, ÖZV 54 (1921), S. 124 ff. (125).

nes Allgemeinen Verwaltungsrechts lediglich wie Exempel für rechtstheoretische Erkenntnisse. Treffend hat ein ansonsten sehr kritischer Rezensent nicht ohne Anerkennung hervorgehoben, Merkl's Verwaltungsrecht sei im „Mutterboden der Allgemeinen Rechtslehre“⁷⁵⁾ verankert.

Doch bedeutet dies nicht, daß Merkl gänzlich ohne Rücksicht auf die zeitlich und örtlich verschiedenen Verwaltungsrechtsordnungen konkreter Staaten operiert und sich mit einer bloßen Exemplifizierung allgemeiner Einsichten in Wesen, Struktur und Begrifflichkeit des Rechtssystems am Beispiel des (ja nach Merkl's eigener Einsicht eher zufälligen, weil rechtsgeschichtlich gewordenen, nicht zum Wesen eines Staates gehörenden)⁷⁷⁾ Verwaltungsrechts begnügt hätte. Vielmehr ging es ihm in erster Linie darum, nicht nur den allgemeinen Teil einer bestimmten nationalen Verwaltungsrechtsordnung,⁷⁸⁾ sondern ein diesem zugrundeliegendes System von Grundbegriffen des Verwaltungsrechts zu entwerfen. Deren „wahre Allgemeinheit“⁷⁹⁾ enthüllend, sucht er „jene rechtswissenschaftlichen Erkenntnisse zu gewinnen, die durch das Nebeneinanderbestehen einer Mehrzahl oder Vielzahl einzelner staatlicher Verwaltungsrechtsordnungen bedingt und ermöglicht sind.“⁸⁰⁾ Merkl will also ein, nein: *das* erste wirklich Allgemeine Verwaltungsrecht bieten, nicht nur den allgemeinen Teil einer bestimmten nationalen Verwaltungsrechtsordnung. Die Ansiedlung oberhalb der Ebene konkreter Rechtsordnungen bedeutet nun aber nicht eine vollständige Abkoppelung von diesen. Merkl sagt ausdrücklich: „das allgemeine Verwaltungsrecht in unserem Sinne ist nicht eine Summe unpositiver Rechtsideale, die im positiven Rechte Realisierung heischen, sondern ein System theoretischer Abstraktionen aus der Realität des positiven Verwaltungsrechtes.“⁸¹⁾ Sein Allgemeines Verwaltungsrecht behandelt also das, was in den Lehren über „Grundbegriffe“ in den allgemeinen Teilen der zeitgenössischen Literatur lediglich versteckt präsent und rudimentär entwickelt war.

So verwundert es nicht, daß bei Merkl eine Orientierung an der Rechtsprechung gänzlich fehlt. Die Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts

⁷⁵⁾ Das ist gut erkannt bei *G. Rohaytn*, Deutsche Literaturzeitung 1928, Sp. 1473 ff. und *Isay* (Fn. 67), S. 396.

⁷⁶⁾ *Hensel*, AöR 54 (1928), S. 412; s. auch *Winkler* (Fn. 14), S. 23 f.

⁷⁷⁾ Vgl. *Merkl* (Fn. 7), S. 62 f., 64, 157.

⁷⁸⁾ Eben dies beklagte etwa *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin u.a. 1931 (Neudruck Offenbourg 1948), S. 107.

⁷⁹⁾ *Merkl* (Fn. 7), S. 96.

⁸⁰⁾ *Merkl* (Fn. 7), S. 96. – Irritierenderweise unterteilt selbst Merkl allerdings sein als wahrhaft Allgemeines Verwaltungsrecht charakterisiertes Werk dann doch wieder in einen allgemeinen und einen besonderen Teil.

⁸¹⁾ *Merkl* (Fn. 7), S. 97. – Ein gänzlich anderer, weil am Allgemeinen Teil des BGB orientierter Entwurf eines allgemeinen Teils (auch) des Verwaltungsrechts: *K. Kormann*, Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, in: *Annalen des Deutschen Reiches* 1911, S. 850 ff.; ein weiteres, ebenso eigenwilliges System bietet *R. Nebinger*, Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart 1949, der gerade das Verfahrens- und Organisationsrecht ausscheidet (dazu kritisch *O. Bachof*, Das Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtslehre, *JZ* 1951, S. 538 ff. [538 f.]).

schließlich muß er kraft Einsicht in den von ihm inaugurierten Stufenbau der Rechtsordnung postulieren; für die Ausgestaltung seines theoretischen verwaltungsrechtswissenschaftlichen Entwurfs gewinnen verfassungsrechtliche Vorgaben eines konkreten historischen Staatswesens hingegen naturgemäß kein spezifisches Gewicht. An die Stelle der Verfassungsabhängigkeit tritt gleichsam die Theorieabhängigkeit, und bei dieser Theorie handelt es sich bekanntlich um die von ihm selbst in wesentlichen Teilen mitgestaltete Theorie der Reinen Rechtslehre.

Es sind diese Faktoren, die den weit verbreiteten Eindruck von der bemerkenswerten Stringenz, inneren Geschlossenheit und Stimmigkeit, ja der Frische und Zeitlosigkeit seines Buches hinterlassen haben.⁸²⁾ Doch war der Preis dafür hoch. Die Distanz zu den konkreten, oft auch zeitgebundenen Rechtsfragen; die Vernachlässigung der Beiträge von Rechtsprechung und Praxis; der gleichsam internationalistische Zuschnitt des Werkes – das alles führte dazu, daß man zwar der in imponierender Geschlossenheit präsentierten Arbeit als einer außerordentlichen wissenschaftlichen Leistung den Respekt nicht versagte, sie aber sonst nicht weiter zur Kenntnis nahm und für die deutsche Dogmatik auch nicht fruchtbar zu machen suchte. Merkl schien Opfer seines hohen Abstraktionsniveaus geworden zu sein.

II. Verbindungslinien

Der bisherige Eindruck, daß zwischen Merkl's Werk und der deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik überhaupt keine Verbindungslinien und Berührungspunkte bestünden, täuscht jedoch. Solche gibt es.⁸³⁾ Der Kreis derjenigen Probleme, in denen eine Annäherung in der rechtlichen Erfassung und Bewertung zu verzeichnen ist, scheint in den letzten Jahren sogar gewachsen zu sein. Merkl's theoretische Anstrengung hat schon vor mehr als zwei Generationen zu Einsichten geführt, die nachzuvollziehen der deutschen Lehre zuweilen nur nach langen Umwegen möglich war.

⁸²⁾ Das ist insbesondere von den Rezensenten der Neuauflage betont worden: *Thierfelder*, Die Verwaltungspraxis, 1970, S. 47 („zeitlos“); *F. Ermacora*, Juristische Blätter 1970, S. 520 ff. (521: „immergültiges System“); *W. B. Maetzel*, DÖV 1971, S. 252: Merkl's „Hauptwerk, das jetzt in einer verdienstvollen Neuauflage vorgelegt wird, wird selten zitiert. Es erweist sich als jugendfrisch. Hier kann nicht dargelegt werden, wie aktuell seine Gedanken sind; die Zeitlosigkeit hängt mit der Höhe des Abstraktionsgrades zusammen.“

⁸³⁾ Zuweilen in geradezu frappierender Weise. Man vergleiche *Otto Bachof's* oft zitierte und zuweilen als Wendepunkt der Verwaltungsrechtsdogmatik gefeierte Bemerkung aus dem Jahre 1971: „Verdrängt wurde ... die Einsicht, daß der Verwaltungsakt nur eine Momentaufnahme innerhalb sich entwickelnder Beziehungen darstellt“ (*Bachof* [Fn. 6], S. 231) mit dem Satz Merkl's: „Nicht das Tun, sondern die Tat, nicht die Arbeit, sondern das Werk der Verwaltung ist unter dem Verwaltungsakte zu verstehen. Die Grenze mag im einzelnen schwer zu ziehen sein, weil sich der sogenannte Akt lichtbildartig aus unendlich vielen Teilakten aufbau, die sich aus dem Geschehen nur weniger deutlich abheben als der sogenannte Akt“ (*Merkl* [Fn. 7], S. 174).

An drei Problemkomplexen ist das zu verdeutlichen: der Demokratisierung, den Handlungsspielräumen und der Verrechtlichung der Verwaltung.

1. Demokratisierung der Verwaltung

a) Hierarchische Organisation

Seit der Ablösung des konstitutionellen Dualismus durch den demokratischen Monismus war (und ist vielleicht noch) die Annahme, zur Komplettierung der demokratischen Staatswillensbildung sei auch die Exekutive demokratisch zu organisieren, von verführerischer Kraft. Scheint es doch nur konsequent, neben der Ebene der Rechtssetzung auch die der Rechtsumsetzung demokratisch auszugestalten, also der Demokratisierung der Staatsform die Demokratisierung der Verwaltung an die Seite zu stellen.

Es gehört zu den Verdiensten Merkl's, diesen naheliegenden Trugschluß sofort nach dem Ende der Monarchie entlarvt und somit schon sehr früh die heute allgemein anerkannte treffende Grundposition⁸⁴⁾ markiert zu haben. Die im Zeichen von Studentenrevolte und Reformschwung aufgeblühte, mittlerweile etwas angestaubte, zuweilen geradezu bekennnerhaft geführte Diskussion um Wert und Unwert einer „Demokratisierung der Verwaltung“⁸⁵⁾ hätte sich viele Schattenkämpfe und künstliche Aufgeregtheiten ersparen können, wenn hier die Grundeinsichten Merkl's präsent gewesen wären. Denn die Idee einer Komplettierung und Intensivierung der Demokratie durch Verlängerung in den Raum der Verwaltung scheitert ja daran, daß in der Demokratie der Prozeß der Staatswillensbildung im Gesetz kulminiert und daneben (und danach) keine aus eigener Legitimationsquelle gespeisten Entscheidungen der Exekutive möglich sein sollen. Der Einbau demokratischer Elemente auf der Vollzugsebene wäre dazu geeignet, die Demokratie auf der Gesetzgebungsebene zu konterkarieren und den dort manifestierten Volkswillen zu verfälschen. Merkl hat es eindringlich formuliert:

„Es ist die paradoxeste Eigenschaft der demokratischen Verwaltungsorganisation, daß sie in ihren letzten Konsequenzen die Demokratie zu gefährden geeignet ist, wogegen sich ihr Widerpart, die autokratische Verwaltung, in ihren Konsequenzen geradezu als Hort der Demokratie bewähren kann. (...) Soll die Demokratie wirklich das, was ihr Name

⁸⁴⁾ Vgl. nunmehr *W. Loschelder*, Weisungshierarchie und persönliche Verantwortung in der Exekutive, in: *Handbuch des Staatsrechts III*, Heidelberg 1988, § 68 Rn. 3 ff., 37 ff., 103 ff.

⁸⁵⁾ Vgl. etwa *H.-J. von Oertzen* (Hrsg.), „Demokratisierung“ und Funktionsfähigkeit der Verwaltung, Stuttgart 1974; s. ferner *F. Ermacora*, Demokratie und Verwaltung 1970, in: *Festschrift für Adolf J. Merkl*, München-Salzburg 1970, S. 63 ff.; *H. Mihsler*, Demokratisierung der Bezirksverwaltung in Österreich, in: *Festschrift für H. Kelsen zum 90. Geburtstag*, Wien 1971, S. 141 ff.

sagt, nämlich eine Herrschaft des Volkes, sein, dann muß die Staatsorganisation möglichst Sicherungen in der Richtung aufweisen, daß im Handeln jedes einzelnen, selbst des niedrigsten Organs, der Volkswille nicht bloß fiktional, sondern möglichst auch reell zum Ausdruck komme.(...) Mittel zu diesem Zweck ist die strenge Unterstellung der in einer Kette von Delegationsprozessen fortschreitend delegierten Organe unter die delegierenden Organe, letztlich unter das Volk. (...) Die Rechtsinstitute, in denen jene Unterstellung ihren Ausdruck findet, sind die Bindung des Verwaltungsorgans an das Gesetz (als den Willensausdruck des Parlamentes, also des dem repräsentierten Volksganzen am nächsten stehenden Repräsentativorgans) und in der Folge die Bindung an alle das Gesetz konkretisierenden Staatsakte weiterer Repräsentativorgane, denen in der Hierarchie der Staatsorgane ein Platz zwischen dem Parlament und dem jeweils in Betracht gezogenen Vollzugsorgan zukommt. Das Korollar dieser Determination von oben ... ist die Verantwortlichkeit nach oben für eine dieser mehrfachen Determination konforme Amtsführung. (...) Von dieser Warte aus gesehen, erscheint in der Demokratie vor allem die Verwaltungsorganisation als demokratisch, die am sichersten den Vollzug des Gesetzes als der höchsten Ausdrucksform des Volkswillens gewährleistet ...(...) So wird paradoxerweise bei demokratischer Gesetzgebung gerade eine autokratische, d.h. von der demokratischen Gesetzgebung streng abhängige Verwaltung zu einem Werkzeuge der Demokratie.“⁸⁶⁾

Daß dieses Konzept und mit ihm die Vorstellung einer möglichst strikten Bindung der Verwaltung an den gesetzgeberischen Willen in der Vollzugs- und Konkretisierungsbedürftigkeit aller Normen seine Grenze hat, war dem Begründer der Stufenbaulehre dabei wohl bewußt.

b) Selbstverwaltung

Auf ebenso nüchterne wie ertragreiche Weise faßt Merkl den Begriff der Selbstverwaltung. Er leugnet zwar nicht ihre überragende historische und aktuelle Bedeutung für die Organisation der Verwaltung;⁸⁷⁾ doch in Abwehr aller zeitbedingten und zum Teil politisch-ideologisch übersteigerten Einstufungen der Selbstverwaltung als einer originär demokratischen und vorstaatlichen Form körperschaftlicher oder genossenschaftlicher Verbände zögert er nicht, Selbstverwaltung als eine „spezifische Organisationstechnik der dezentralen Verwaltung“⁸⁸⁾ zu fassen, als einen „in eigentümlicher Weise verselbständigten Organ-

⁸⁶⁾ Merkl (Fn. 7), S. 339 f.

⁸⁷⁾ Merkl (Fn. 7), S. 354, 358.

⁸⁸⁾ Merkl (Fn. 7), S. 348; s. auch S. 354.

komplex“,⁸⁹⁾ der sich vor allem durch eine eigene juristische Persönlichkeit und durch die Ausgliederung aus der staatlich-administrativen Weisungshierarchie auszeichnet.⁹⁰⁾

Diese juristisch klare Einordnung der Selbstverwaltung ermöglicht es, trotz Wegfalls der das 19. Jahrhundert beherrschenden Dichotomie von monarchisch-obrigkeitlichem Staat und gesellschaftlich-demokratischer Selbstverwaltung deren hohe Bedeutung festzuhalten. Denn Merkl sieht – ein weiteres Mal die Legende widerlegend, die Reine Rechtslehre befasse sich nur mit formal-logischen Operationen und bewege sich allein in abstrakten Denkschemata – klar, daß sich die Differenzen zwischen Staats- und Selbstverwaltungsorganisation durch „eine doppelte gegenläufige Bewegung“ abschleifen: „einerseits die zunehmende Demokratisierung der sogenannten Staatsverwaltung und andererseits die zunehmende Bürokratisierung insbesondere der großen, aufgabenreichen Selbstverwaltungskörper – wodurch zwar der quantitative Unterschied zwischen ‚Staats‘- und Selbstverwaltung in bezug auf Demokratie und Autokratie, jedoch keineswegs – nach herrschender Auffassung der Selbstverwaltung – die Distanz zwischen Staatsverwaltung und Selbstverwaltung aufgehoben wird.“⁹¹⁾

Merkl setzte sich mit dieser Position seinerzeit zu einer durchaus weitverbreiteten Auffassung in Gegensatz, die die Autonomie gewisser Selbstverwaltungskörperschaften, vornehmlich der Gemeinden, als quasi natürliches, daher vorstaatliches und vom Staat lediglich anerkanntes Recht ansah,⁹²⁾ besonders nach Ende des Zweiten Weltkrieges erlebte diese Position eine Renaissance, was sich etwa im Text der Bayerischen Landesverfassung (Art. 11 II 1) niederschlagen hat.⁹³⁾

Indes ist heute weitgehend erkannt und anerkannt, daß alle Versuche, gesamtstaatliche Demokratie und (lokale) Selbstverwaltung auseinanderzureißen, in die Irre führen müssen.⁹⁴⁾ Zwar wäre die überragende Bedeutung insbeson-

⁸⁹⁾ Merkl (Fn. 7), S. 351; s. auch S. 361.

⁹⁰⁾ Merkl (Fn. 7), S. 351 ff.; zum ganzen auch H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, S. 180 ff.

⁹¹⁾ Merkl (Fn. 7), S. 354; s. auch Fleiner (Fn. 27), S. 103. – Aktuelle Problembehandlung bei M. Wallerath, *Strukturprobleme kommunaler Selbstverwaltung – Rat und Verwaltung im gemeindlichen Willensbildungsprozeß –*, DÖV 1986, S. 533 ff.

⁹²⁾ In diese Richtung selbst Fleiner (Fn. 27), S. 80: „Denn die Satzung fließt aus einer vom Staate anerkannten eigenen Rechtssetzungsgewalt des Verbandes, sie ist originäre Rechtssetzung“. Ausführlicher zur historischen Entwicklung R. Hendl, *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip*, Köln u.a. 1984, S. 167 ff.; s. auch W. Froscher, *Selbstverwaltung und Demokratie*, in: *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft. Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh*, hrsgg. von Albert von Mutius, Heidelberg 1983, S. 127 ff.

⁹³⁾ Vgl. H.-J. Friehe, *Autonome Satzungen und Geltungsanspruch der Grundrechte*, JuS 1979, S. 465 ff. (466 f.).

⁹⁴⁾ Vgl. W. Berg, *Demokratie und kommunale Selbstverwaltung*, StGR 33 (1979), S. 345 ff.; vor allem aber U. Scheuner, *Grundbegriffe der Selbstverwaltung*, in: *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 2. Aufl., Bd. 1, Berlin u.a. 1981, S. 7 ff. (14 f., 16 f.); vorher bereits ders., *Zur*

dere der kommunalen Selbstverwaltung verfehlt, wenn man sie nur als *eine* beliebige Form der Aufgliederung der staatlichen Organisation neben anderen einstufen wollte; doch gleichermaßen unhaltbar ist es, in den Gemeinden prinzipiell staatsfremde, staatsabgewandte, grundrechtstaugliche Rechtssubjekte sehen zu wollen. Indem das Bundesverfassungsgericht die Kommunen nunmehr ausdrücklich als „ein Stück ‚Staat‘“ bezeichnet,⁹⁵⁾ wehrt es jene ausgrenzende Verortung zu Recht ab. Entscheidend ist vielmehr die Einsicht, daß die Kommunen ihre Stellung *im* Staat haben, nicht *gegen* ihn – und daß ihre Stellung im Staat als eigene Funktionsebene ausgestaltet sowie durch ein hohes Maß an Selbständigkeit, Unabhängigkeit und eigener Willensbildung gekennzeichnet ist. Als Form demokratischer Staatlichkeit dient kommunale Selbstverwaltung nicht allein der Steigerung der Verwaltungseffizienz durch Sach- und Ortsnähe, sondern bewirkt zugleich und vor allem „politisch-demokratische Integration“.⁹⁶⁾ Kommunale Selbstverwaltung ist kein „Ausnahmetatbestand“⁹⁷⁾ gegenüber der Demokratie, sondern der Versuch ihrer Intensivierung und Vervielfältigung.⁹⁸⁾

Mit alledem reduziert sich das vieldiskutierte Problem, ob kommunale Selbstverwaltung als mittelbare Staatsverwaltung, als Form der Dezentralisation oder als etwas Drittes adäquat einzuordnen ist, auf eine terminologische Geschmacksfrage.⁹⁹⁾ Entscheidend ist, daß Einigkeit in der Sache besteht. Die mittlerweile erreichte Nähe zwischen der frühen Positionsbestimmung Merkl's und dem heutigen Stand der Einschätzung kommunaler Selbstverwaltung mag man an der komprimierten Begriffsbestimmung *Klaus Stern's* ablesen: „Kommunale Selbstverwaltung ist mithin heute nicht mehr eine genossenschaftlich oder gesellschaftlich verwurzelte antistaatliche Institution, sondern eine durch Demokratie und vertikale Funktionen-(Gewalten-)teilung legitimierte, dezentralisierte und damit die Staatlichkeit entlastende und Autonomie vermittelnde Verwaltungsform zur eigenverantwortlichen Erledigung öffentli-

Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung, AfK 12 (1973), S. 1 ff. (9, 15); zum Problemkomplex zuletzt *H. H. v. Arnim*, Selbstverwaltung und Demokratie, AöR 113 (1988), S. 1 ff., 14 ff.

⁹⁵⁾ BVerfGE 73, 118/191; vgl. *P. Badura*, Grundrechte der Gemeinde?, BayVBl. 1989, S. 1 ff. (5). – Zum Sonderfall Bayern vgl. *F.-L. Kne Meyer*, Die Stellung der bayerischen Gemeinden nach Grundgesetz, Bayerischer Verfassung und bayerischen Landesgesetzen, in: *ders.* (Hrsg.), Festschrift 75 Jahre Bayerischer Gemeindetag, München 1987, S. 97 ff. (122 ff.).

⁹⁶⁾ *W. Brohm*, Gemeindliche Selbstverwaltung und staatliche Raumplanung, DÖV 1989, S. 429 ff. (430).

⁹⁷⁾ *F. Wagener*, Diskussionsbemerkung, in: *Kommunale Selbstverwaltung. Überprüfung einer politischen Idee – Ein Cappenberg-Gespräch*, Köln 1984, S. 49.

⁹⁸⁾ Konsequenter Bezug der kommunalen Selbstverwaltung auf das Demokratieprinzip bei *H. Faber*, in: *Alternativkommentar zum Grundgesetz*, 2. Aufl., Bd. 1, Neuwied 1989, Art. 28 Abs. 1 II, Abs. 2, Rn. 21 ff.

⁹⁹⁾ Auch darin ist sich die Literatur mittlerweile weitgehend einig; vgl. *E. Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Stuttgart u.a. 1982, Rn. 4; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984, S. 402; *Hendler* (Fn. 92), S. 299.

cher Angelegenheiten inmitten eines zweiteiligen nach Bund und Ländern gegliederten Staatsaufbaus.¹⁰⁰⁾

Nur am Rande sei schließlich erwähnt, daß die seinerzeit wohl eher auf Unverständnis stoßende Aussage Merkl's, neben dem Prototyp der kommunalen Selbstverwaltung und den nach dem Personalprinzip organisierten Formen berufsständischer Selbstverwaltungseinrichtungen handle es sich auch bei den Gliedstaaten eines Bundesstaates um (wenn auch besonders qualifizierte) Selbstverwaltungskörper,¹⁰¹⁾ insofern einen späten Sieg errungen hat, als es sich mittlerweile einbürgert, auch die föderale Ordnung als Form staatlicher Dezentralisation zu begreifen.¹⁰²⁾ Die funktionale Ähnlichkeit zwischen gemeinhin rechtlich höchst unterschiedlich qualifizierten Formen staatlicher Organisation wird unterstrichen, wenn man gewissermaßen umgekehrt die kommunale Selbstverwaltung als „quasi-föderale Untergliederung der staatlichen Ordnung“ bezeichnet.¹⁰³⁾

2. Handlungsspielräume der Verwaltung

Die mehr oder minder weitgehende organisatorische Verselbständigung bestimmter Teileinheiten im Staat stellt *eine* Form der im wesentlichen durch unabwiesbare Bedürfnisse gesellschaftlicher Arbeitsteilung bedingten Ausdifferenzierung des politischen Gemeinwesens dar; die nicht auf der Organisations-, sondern der Funktionsebene liegende Unterscheidung rechtssetzender, vollziehender und rechtssprechender Institutionen¹⁰⁴⁾ eine andere.

Trotz einiger kräftiger Gegenakzente¹⁰⁵⁾ herrschte in den fünfziger und sechziger Jahren die Tendenz vor, jegliche Eigenständigkeit der Exekutive zu leugnen bzw. als auszumerzendes Relikt einer obrigkeitstaatlichen Epoche zu betrachten. Signifikant für eine derartige Marginalisierung war die Qualifizierung des Ermessens als „trojanisches Pferd des rechtsstaatlichen Verwaltungs-

¹⁰⁰⁾ K. Stern, Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl., Bd. 1, Berlin u.a. 1981, S. 204 ff. (204).

¹⁰¹⁾ So Merkl (Fn. 7), S. 355 f.

¹⁰²⁾ Werner Weber, Art. Verwaltungsorganisation, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 11, Stuttgart u.a. 1961, S. 276 ff. (277); G. Kisker, Abbau politischer Konfliktüberlastung durch Dezentralisierung, in: Verselbständigung von Verwaltungsträgern, hrsgg. von P. Wagener, Bonn 1976, S. 73 ff.; P. Schäfer, Zentralisation und Dezentralisation, Berlin 1982, S. 24; W. Löwer, Art. Staatsorganisation, in: Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl., Stuttgart 1987, Bd. 2, Sp. 3444 ff. (3451 f.); B. Becker, Öffentliche Verwaltung, Percha 1989, S. 200 ff..

¹⁰³⁾ So R. Breuer, Selbstverwaltung und Mitverwaltung Beteiligter im Widerstreit verfassungsrechtlicher Postulate, Die Verwaltung 10 (1977), S. 1 ff. (9).

¹⁰⁴⁾ Zur Unterscheidung zwischen Organ- und Funktionsabhängigkeit vgl. Merkl (Fn. 7), S. 21, 33 f., 38, 169 f., 349 u.ö.

¹⁰⁵⁾ H. Peters, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, Krefeld 1965; Forsthoff (Fn. 23), S. 15, 56 u.ö.

rechts“.¹⁰⁶) Heute ist, wie *Rainer Wahl* in seinem souveränen Überblick zur Lage der Verwaltung gegen Ende des 20. Jahrhunderts resümiert, das „Verständnis für die Legitimität von Handlungsspielräumen der Verwaltung“¹⁰⁷) durchaus wieder gewachsen. Merkl hat es an einem solchen Verständnis auf seine höchst eigenwillige Weise nicht fehlen lassen.

Den wichtigsten Tatbestand für Handlungsspielräume der Verwaltung bildet das sog. Ermessen. Nun ist für Merkl das Ermessen kein spezifisch verwaltungsrechtlicher *terminus technicus*, sondern eine allgemeine rechtstheoretische Kategorie universeller Art.¹⁰⁸) Im Ermessen tritt vielmehr die „Relativität des Gegensatzes von Rechtssetzung und Vollziehung, die Doppelnatur fast aller Rechtsakte und ausnahmslos aller Rechtssätze“¹⁰⁹) zutage; Ermessen ist „durch die Technik der stufenförmigen Rechtserzeugung bedingt.“¹¹⁰) Als Ausübung eines gesetzlich eingeräumten Ermessens bezeichnet Merkl daher nicht nur durch ein gewisses Maß an Wahlfreiheit gekennzeichnete Einzelentscheidungen der Verwaltung, sondern etwa auch den Entscheidungsspielraum bei der Verordnungsgebung¹¹¹) oder die Konkretisierung eines Strafmaßes im richterlichen Urteil.¹¹²)

Die von Merkl entwickelte – die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre in gewisser Weise präformierende¹¹³) – Stufenbaulehre hält die Einsicht bereit, daß wegen der notwendigen und schon aus sprachlichen Gründen unausweichlichen Offenheit und Vagheit höherrangiger Normen eine vollständige Determination der unteren Rechtsinstanzen niemals möglich ist. Rechtsanwendung erschöpft sich nicht in einem rein logischen Denk- oder einem quasi automatenhaften Exekutionsprozeß. Ein gewisses Maß an Eigenständigkeit, ein gewisser eigener Anteil am Prozeß der Rechtsverwirklichung wächst der Exekutive allein aufgrund dieser unhintergehbaren Konkretisierungsbedürftigkeit gesetzlicher Normen zu. Von hier aus bereitet es denn auch keine Probleme, Handlungsspielräume der Verwaltung anzuerkennen: stellen diese sich doch ganz unvermeidlich als „eine im Wesen der Vollziehung als der Konkretisierung einer abstrakten Norm rechtstheoretisch begründete Notwendigkeit“¹¹⁴) dar.

¹⁰⁶) *Hans Huber*, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: *Demokratie und Rechtsstaat*. Festschrift Giacometti, Zürich 1953, S. 59 ff. (66).

¹⁰⁷) *R. Wahl*, Zur Lage der Verwaltung Ende des 20. Jahrhunderts, in: *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. V, Stuttgart 1987, S. 1197 ff. (1209).

¹⁰⁸) Vgl. *Merkl* (Fn. 7), S. 140 ff. 142 ff., 387; vgl. *Funk* (Fn. 68), S. 121.

¹⁰⁹) *Merkl* (Fn. 7), S. 15.

¹¹⁰) *Merkl* (Fn. 7), S. 142. Daß sich bei der Verordnungsgebung strukturell ähnliche Probleme ergeben, zeigt *M. Herdegen*, Gestaltungsspielräume bei administrativer Normgebung, AöR 114 (1989), S. 607 ff.

¹¹¹) *Merkl* (Fn. 7), S. 147.

¹¹²) *Merkl* (Fn. 7), S. 150 f.

¹¹³) Vgl. *Horst Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., Baden-Baden 1990, S. 129 ff., 145 ff.

¹¹⁴) *Merkl* (Fn. 7), S. 144.

Aus den Elementen der Bindung und der Ermessensfreiheit können sich unendlich viele Mischungsverhältnisse,¹¹⁵⁾ aber keine kategorial-qualitativen Unterscheidungen zwischen ‚freiem‘ und ‚gebundenem‘ Ermessen ergeben.¹¹⁶⁾

Im Unterschied zur großen Schlichtheit von Merks Konzept war die außerordentlich bewegte und abwechslungsreiche deutsche Diskussion,¹¹⁷⁾ die auch in jüngster Zeit nicht zur Ruhe gekommen ist,¹¹⁸⁾ bestimmt durch eine sehr ausdifferenzierte, zuweilen geradezu verwirrende Begrifflichkeit. Besonders mit Blick auf die gerichtliche Kontrolldichte unterschied man zwischen Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff, zwischen volitivem und kognitivem Ermessen, anerkannte in einigen Ausnahmefällen Beurteilungsspielräume und stellte besondere Kriterien für die planerische Gestaltungsfreiheit und das Prognoseermessen auf. Mittlerweile bewegt sich die Diskussion auf den gewissermaßen eindimensionalen Ermessensbegriff Merks zu. Bei Besinnung darauf, daß der Gesetzgeber der Verwaltung in allen genannten Fällen „Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume“¹¹⁹⁾ gewährt, entpuppen sich die präzise anmutenden rechtsdogmatischen Kategorien als Variationen des einen, zentralen Sachverhalts: den durch Phänomene des Wählens, Wägens und Wertens gekennzeichneten, vom Gesetzgeber eingeräumten selbständigen Entscheidungsspielraum der Exekutive.¹²⁰⁾ Da die gesetzliche Regelungsdichte indes unterschiedlich ist, bleiben Differenzierungen beim Konkretisierungsrecht der Exe-

¹¹⁵⁾ Vgl. Merkl (Fn. 7), S. 146 ff.

¹¹⁶⁾ Vgl. Merkl (Fn. 7), S. 153 ff.

¹¹⁷⁾ Vgl. aus der Überfülle der Literatur: O. Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, JZ 1955, S. 97 ff.; C. H. Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 309 ff.; D. Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82 (1957), S. 163 ff.; H. Ehmeke, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, Tübingen 1960; P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg v.d.H. 1970, S. 595 ff.; W. Schmidt, Abschied vom „unbestimmten Rechtsbegriff“, NJW 1975, S. 1753 ff.; H.-J. Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, Frankfurt/M. 1979; K.-U. Meyn, Aspekte zur Problematik von Beurteilungsspielraum und Ermessen, JA 1980, S. 327 ff.

¹¹⁸⁾ H.-U. Erichsen, Die sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßnahmen im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, DVBl. 1985, S. 22 ff.; H. Sandler, Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff, in: Festschrift Ule, Köln-Berlin-Bonn-München 1987, S. 337 ff.; E. Franssen, (Un)Bestimmtes zum unbestimmten Rechtsbegriff, in: Festschrift Zeidler, Bd. 1, Berlin-New York 1987, S. 427 ff.; H.-H. Rupp, „Ermessen“, „unbestimmter Rechtsbegriff“ und kein Ende, ebd., S. 455 ff.

¹¹⁹⁾ BVerfGE 61, 82/111; vgl. hierzu vor allem die administrativen Letztentscheidungsermächtigungen im Sinne E. Schmidt-Aßmanns (Art. 19 IV GG [1985], in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Rn. 188 ff.).

¹²⁰⁾ R. A. Rhinow, Rechtssetzung und Methodik, Basel-Stuttgart 1979, S. 62 ff., 178 ff.; P. Badura, Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes, in: Festschrift für Otto Bachof, München 1984, S. 169 ff. (177, 180, 185); M. Bullinger, Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung, JZ 1984, S. 1001 ff. (1007 ff.); G. F. Schuppert, Self-Restraints der Rechtsprechung, DVBl. 1988, S. 1191 ff. (1198): „Relativierung der trennscharfen Parzellierung von unbestimmtem Rechtsbegriff, unbestimmtem Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum und Ermessen“; ähnlich Chr. Starck, Rechtsdogmatik und Gesetzgebung im Verwaltungsrecht, in: Gesetzgebung und Dogmatik (Fn. 8), S. 106 ff. (111 ff.).

kutive und der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte nicht nur möglich, sondern unerlässlich.¹²¹⁾

3. Verrechtlichung der Verwaltung

Beim Themenkomplex „Verrechtlichung der Verwaltung“ ist zunächst der Irrtum auszuräumen, daß sich schon aus Merkl's rechtstheoretischen Prämissen eine Forderung nicht nur nach bloßer Rechtmäßigkeit, sondern auch nach strikter Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ergäbe.¹²²⁾ Richtig ist aber, daß Merkl für positive Rechtsordnungen, die das Postulat der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung statuieren, keine gesetzesfreien Rechtsräume zuläßt. Betrachten wir die Qualifikation der Verwaltungsvorschriften sowie die Kategorie des „besonderen Gewaltverhältnisses“.

a) Verwaltungsvorschriften

Die früher „Verwaltungsverordnungen“ genannten Verwaltungsvorschriften beschäftigen die deutsche Verwaltungsrechtsdogmatik ähnlich intensiv wie die Ermessensproblematik.¹²³⁾ Lange Zeit wurde auf der Basis einer dichotomischen Differenzierung von Außenrecht und Innenrecht der Rechtssatzcharakter der Verwaltungsvorschriften, die den Innenraum der Verwaltung einheitlich auskleiden, geleugnet.¹²⁴⁾ Diese Phase ist heute zweifelsohne überwunden. Zwar bestehen nach wie vor Unsicherheiten in der richtigen Einordnung der Verwaltungsvorschriften; daß sie im Rahmen des Allgemeinen Verwaltungsrechts an den verschiedensten Stellen (bei der Rechtsquellenlehre, bei den Rechts- oder Handlungsformen oder auch bei der Verwaltungsorganisation) auftauchen, legt von dieser Unsicherheit Zeugnis ab.

¹²¹⁾ R. Wahl, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, VBIBW 1989, S. 387 ff. (389 ff.).

¹²²⁾ M. Imboden, *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung*, 2. Aufl., Basel-Stuttgart 1962, S. 41 Fn. 111 hat gemeint, bei Kelsen und Merkl werde die Forderung nach Rechtssatzmäßigkeit der Verwaltung im Laufe der Zeit von einer begrifflichen Wahrheit zur rechtspolitischen Forderung; vgl. dazu die treffende Kritik bei Jesch (Fn. 2), S. 188 f. N. 58, 197 f. N. 98 und Rupp (Fn. 2), S. 129; deutlich bereits W. Ebenstein, *Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre*, Prag 1938 (ND Frankfurt/M. 1969), S. 162 ff.

¹²³⁾ Vgl. nur F. Ossenbühl, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, Bad Homburg v. d. H. - Berlin - Zürich 1968; ders., *Autonome Rechtssetzung der Verwaltung*, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland III*, § 65 Rn. 17 ff.; wichtig nach wie vor H.-J. Hansen, *Fachliche Weisung und materielles Gesetz*, Hamburg 1971, insbes. S. 186 ff.

¹²⁴⁾ Vgl. nur Ossenbühl (Fn. 42), S. 1150.

Nach mittlerweile ganz herrschender Lehre¹²⁵⁾ haben Verwaltungsvorschriften Rechtscharakter.¹²⁶⁾ Ungeachtet dessen hält man zugleich überwiegend¹²⁷⁾ daran fest, daß Verwaltungsvorschriften im Unterschied zu Rechtsverordnungen kein originäres, unmittelbar auch den Bürger bindendes, berechtigendes oder verpflichtendes Administrativrecht setzen können. Ihre Außenwirkung wird von Rechtsprechung und herrschender Lehre allein über den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung konstruiert.¹²⁸⁾

Im großen und ganzen steht man jetzt dort, wo Merkl im Jahre 1927 angeht war:

„Erfüllt sich das Wesen des Rechtssatzes nicht dadurch, wenn er verpflichtet, sondern wie er verpflichtet, so besteht nicht das geringste gedankliche Hindernis, auch die Verwaltungsnormen den Rechtsnormen zuzuzählen – eine Konsequenz, der die herrschende Lehre nur durch eine gesuchte Terminologie entgeht – und somit auch in den Verwaltungsverordnungen eine Rechtsquelle zu erkennen, auf deren Anwendung allerdings der Rechtsuntertan nicht in demselben Sinne wie auf die Anwendung anderer Rechtssatzformen Anspruch hat. (...) Die Verwaltungsverordnung ist also nur eine Rechtsquelle von beschränkter, relativer Rechtswirksamkeit.“¹²⁹⁾

¹²⁵⁾ Anders noch immer BVerwGE 58, 45/49; s. auch E 61, 40.

¹²⁶⁾ Siehe nur *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980, S. 656; *W. Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, Heidelberg 1984, S. 73; *E. Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, § 24 Rn. 78; *Ossenbühl*, Handbuch Staatsrecht III (Fn. 123), § 65 Rn. 30 ff. – alle mwN.

¹²⁷⁾ Anderer Auffassung seit jeher *Ossenbühl* (zuletzt in: HdbStR III, § 65 Rn. 12, 13, 39 ff.). In eine ähnliche Richtung *W. Krebs*, Zur Rechtssetzung der Exekutive durch Verwaltungsvorschriften, VerwArch. 70 (1979), S. 259 ff. (265 ff.); *E.-W. Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., Berlin 1981, S. 393 ff. – Die zugleich um Grundfragen der Kontrollkompetenz der Gerichte wie auch der Entscheidungsprärogative der Verwaltung kreisende Diskussion hat neuen Auftrieb durch die Erfindung sog. „normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften“ (BVerwGE 72, 300/320 f.) erhalten; aus der dazu mittlerweile schon wieder üppigen Literatur *M. Gerhardt*, Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, NJW 1989, S. 2233 ff. und unter gleichem Titel *W. Erbguth*, DVBl. 1989, S. 473 ff. sowie *H. Hill*, NVwZ 1989, S. 401 ff.

¹²⁸⁾ Vgl. zur h. M. statt aller *Maurer* (Fn. 1), § 24 Rn. 20 ff.

¹²⁹⁾ *Merkl* (Fn. 7), S. 122; zur Funktion der Verwaltungsvorschriften als Instrument einheitlicher hierarchischer Durchformung des Verwaltungsapparates ebd., S. 148 f.; zur irreführenden terminologischen Unterscheidung von Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen S. 184. – Die Rechtsnormqualität der Verwaltungsvorschriften betont auch *A. Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Wien 1931, S. 252 ff. (268 ff.).

b) *Besonderes Gewaltverhältnis*

Eine ähnliche Übereinstimmung im prinzipiellen läßt sich auch beim besonderen Gewaltverhältnis¹³⁰⁾ feststellen. Die spätkonstitutionelle Lehre¹³¹⁾ hatte bekanntlich auf der Grundlage einer begrifflichen Reduktion von Rechtsnormen auf die Abgrenzung von Willenssphären und der Annahme der Impermeabilität des einheitlich gedachten Staates die Beamte, Soldaten, Schüler, Strafgefangene etc. betreffenden Anordnungen genereller wie individueller Art als Ausfluß einer im Anstaltszweck verankerten Dienstgewalt und somit als rechtsfreie Verwaltungsinterna gedeutet.

Eine der Reinen Rechtslehre verpflichtete Verwaltungsrechtswissenschaft muß demgegenüber – wie alle Staatsfunktionen – auch die besonderen Statusverhältnisse als Rechtsverhältnisse begreifen. Das heißt indes zunächst nur, daß sie diese allein mit juristischen Mitteln erfaßt, und die besonderen Gewaltverhältnisse nicht von der Herrschaft des Rechts schlechthin ausgenommen werden dürfen.¹³²⁾ Konkrete Forderungen etwa nach einem Gesetzesvorbehalt, der Grundrechtsgeltung o.ä. folgen aus der rechtstheoretischen Grundeinsicht nicht. Erst auf dem Hintergrund einer positiven Rechtsordnung wie etwa der Weimarer Reichsverfassung ergibt sich als faßliche Konsequenz, daß z. B. Beschränkungen der Grundrechtsausübung von Beamten gesetzlicher Normierung bedürfen und nicht aus dem Wesen oder der Notwendigkeit des Dienstes allein gefolgert werden können.¹³³⁾

Die Verabschiedung des besonderen Gewaltverhältnisses als einer aussagekräftigen verfassungsrechtlichen Kategorie und eines tauglichen Titels zur Einschränkung von Grundrechten durch das Bundesverfassungsgericht¹³⁴⁾ sowie die dem Rechnung tragende Vergesetzlichung etwa der Schulordnungen und des Strafvollzuges erfolgten ohne Bezugnahme auf die gedanklichen Vorleistungen

¹³⁰⁾ Vgl. zum folgenden *H. Zwirner*, Politische Treupflicht des Beamten (Diss. jur. Göttingen 1956), Baden-Baden 1987, S. 121 ff.; *Jesch* (Fn. 2), S. 206 ff.; *H.-U. Erichsen*, Besonderes Gewaltverhältnis und Sonderverordnung. Rückschau und Ausblick, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für H. J. Wolff, München 1973, S. 219 ff. (228 ff.); *Wenninger* (Fn. 61), S. 105 ff., 172 ff.

¹³¹⁾ Mayer hat das besondere Gewaltverhältnis bekanntlich definiert als jene „verschärfte Abhängigkeit, welche zugunsten eines bestimmten Zweckes öffentlicher Verwaltung begründet wird für alle Einzelnen, die in den vorgesehenen besonderen Zusammenhang treten“ (*Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1914, S. 104; 3. Aufl. Bd. 1, 1924, S. 101 f.). Zur „Vaterschaft“ Mayers vgl. *F. E. Schnapp*, Amtsrecht und Beamtenrecht, Berlin 1977, S. 47 ff.; *W. Loschelder*, Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlichrechtlichen Sonderbindung, Köln u.a. 1982, S. 130 ff.; *Hansen* (Fn. 123), S. 41 ff.

¹³²⁾ *Merkel* (Fn. 7), S. 101, 132; dazu *Funk* (Fn. 68), S. 125 f.; *Wenninger* (Fn. 61), S. 199 ff.

¹³³⁾ *A. Merkel*, Entwicklung und Reform des Beamtenrechts, VVDStRL 7 (1932), S. 55 ff. (57 ff., 96 ff.).

¹³⁴⁾ Vgl. oben Fn. 61. Zur Grundrechtsbindung zuletzt ausführlich *N. Klein*, Grundrechte und Wesensgehaltsgarantie im besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 1987, S. 1102 ff.; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, München 1988, S. 1376 ff.

der Reinen Rechtslehre und verstanden sich allein als Konsequenz verfassungsrechtlicher Freiheitsgarantien.

Doch befindet sich der heute erreichte Stand der Dogmatik mit Merks Aussagen zum Problemkreis in doppelter Hinsicht in Einklang: einmal ist klargestellt, daß es sich bei den besonderen Gewaltverhältnissen um Rechtsverhältnisse¹³⁵⁾ handelt; und zum zweiten ist ungeachtet aller terminologischer Zwi- stigkeiten¹³⁶⁾ um Gewaltverhältnisse, Sonderrechtsverhältnisse, besondere Pflichtverhältnisse etc. ganz unbestritten, daß hier aus sachstrukturellen Gründen besondere Einschränkungen grundrechtlicher Freiheiten möglich sein müssen.¹³⁷⁾ In seinem Staatsrechtslehrerreferat über „Entwicklung und Reform des Beamtenrechts“ hatte Merkl im Jahre 1931 gesetzliche Vorschriften als die geeignete Form für erforderliche Grundrechtsbeschränkungen bezeichnet.¹³⁸⁾

III. Neubau der Verwaltungsrechtsdogmatik?

1. Notwendigkeit eines Wandels

Trotz der schulbildenden Kraft und traditionsstiftenden Wirkung *Otto Mayers* ist die Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts im Laufe dieses Jahrhunderts nicht ohne gravierende Veränderungen geblieben. Vor allem die im Begriff des „Interventionsstaates“¹³⁹⁾ verdichtete Zunahme staatlicher Aktivitäten auf einer Vielzahl von Gebieten¹⁴⁰⁾ (Versorgung mit Gas, Wasser, Strom; Kommunalisierung der Verkehrsbetriebe; öffentliche Einrichtungen der Gemeinden; Sozialversicherung u.a.m.) nicht nur in den Formen des öffentlichen, sondern auch des privaten Rechts seit Beginn des 20. Jahrhunderts hat unter dem von *Ernst Forsthoff* 1938 geprägten Terminus „Daseinsvorsorge“¹⁴¹⁾ mit dem er die „Inkongruenz zwischen den modernen, vielfach gewandelten

¹³⁵⁾ Das war, wie *Erichsen* (Fn. 130) betont (S. 229, 233, 242), der später aufgegebene Ausgangspunkt *Otto Mayers* gewesen.

¹³⁶⁾ Vgl. nur *Wolff/Bachof* (Fn. 1), § 32 IV c 3 = S. 212.

¹³⁷⁾ Statt aller *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., Heidelberg 1988, Rn. 321 ff.; *Stern* (Fn. 134), S. 1379 f.

¹³⁸⁾ *Merkl* (Fn. 133), S. 98, 103.

¹³⁹⁾ Vgl. jetzt *M. Stolleis*, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, ZNR 1989, S. 129 ff.

¹⁴⁰⁾ *W. Rübner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967, S. 52 ff.; *Badura* (Fn. 24), S. 41 ff.

¹⁴¹⁾ *E. Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart – Berlin 1938; *ders.*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959 (dieser Text gibt das erste und vierte Kapitel der Schrift von 1938 wieder; zusätzlich ist eine Einleitung und ein Vortrag aus dem Jahre 1958 über „Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre“ enthalten); s. auch *ders.*, Der Staat der Industriegesellschaft, München 1971, S. 75 ff.; *ders.* (Fn. 23), S. 368 ff.

Funktionen und der rechtsstaatlichen Formtypik der Verwaltung¹⁴²⁾ beheben wollte, gesteigerte Aufmerksamkeit gefunden. *Badura* hat sogar die auf *Otto Mayer* folgende Theorie des Verwaltungsrechts als einen einzigen groß angelegten Versuch charakterisiert, „System und Begrifflichkeit der Verwaltungsrechtslehre an die Bedingungen des sozialen Rechtsstaates der Demokratie anzupassen“.¹⁴³⁾ Im Bereich der Leistungsverwaltung gibt es eine breite Palette rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten: vom begünstigenden Verwaltungsakt über den öffentlich-rechtlichen Vertrag bis hin zum Leistungsangebot einer öffentlich-rechtlichen Anstalt. Schließlich dürfte auch der Großteil privatrechtsförmiger Verwaltung dem Leistungsbereich zuzurechnen sein – gerade in der fehlenden Eindeutigkeit bei der Zuordnung der Daseinsvorsorge zum öffentlichen oder privaten Recht hatte *Forsthoff* ja das Spezifikum und im Grunde auch die Berechtigung seiner Begriffsschöpfung sehen wollen.¹⁴⁴⁾

Ungeachtet all dessen aber hat sich die Grundfiguration des Allgemeinen Verwaltungsrechts nicht fundamental geändert. Nach wie vor steht im Zentrum die am individuellen Rechtsschutzgedanken und damit der Justizförmigkeit des Verwaltungshandelns orientierte Lehre von den Handlungsformen. Das wirft die Frage auf, ob eine solchermaßen traditionelle Verwaltungsrechtsdogmatik zur rechtlichen Erfassung der Dynamik des modernen Verwaltungsstaates in der Lage ist oder ob das begriffliche Instrumentarium einschließlich der systemleitenden Grundidee umgestellt werden muß. Es fragt sich, wie eine Dogmatik beschaffen sein muß, die das bieten kann, was *Schmidt-Aßmann* das „Ordnungsmodell des Verwaltens“¹⁴⁵⁾ genannt hat.

2. Ansätze in der Verwaltungsrechtswissenschaft

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sollen im folgenden drei Ansätze für einen grundlegenden Umbau der Verwaltungsrechtsdogmatik vorgestellt werden.

¹⁴²⁾ *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (Fn. 141), S. 11.

¹⁴³⁾ *Badura* (Fn. 39), S. 19. Zu den vielfältigen Problemstellungen vgl. allgemein *W.-R. Schenke*, Probleme der modernen Leistungsverwaltung, DÖV 1989, S. 365 ff.; speziell organisatorische Konsequenzen behandelt *U. Battis*, Der Einfluß sozialstaatlicher Tendenzen auf die Entscheidungsstrukturen der öffentlichen Verwaltung, in: Veränderungen der Entscheidungsstrukturen in der öffentlichen Verwaltung, hrsgg. v. W. Thieme, Baden-Baden, 1988, S. 45 ff.; zu „Wandlungen im Bereich der Gefahrenabwehr“ *W. Martens*, DÖV 1982, S. 89 ff.

¹⁴⁴⁾ Vgl. *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (Fn. 141), S. 10 f. – Speziell hierzu *F. Osenbühl*, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 513 ff.

¹⁴⁵⁾ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 5), S. 65. Auf die schleichenden Sinnvariationen, Umbauten und Wesensveränderungen tradierter Rechtsinstitute durch langfristige Veränderungen des gesellschaftlichen Umfeldes und der Fallkonstellationen kann im folgenden nicht eingegangen werden – vgl. dazu *H. Hofmann*, Der Einfluß der Großtechnik auf Verwaltungs- und Prozeßrecht, UPR 1984, S. 73 ff.; *ders.*, Privatwirtschaft und Staatskontrolle bei der Energieversorgung durch Atomkraft, München 1989.

Mitte der 60er Jahre hat *Peter Badura* in einer Reihe eindringlicher Arbeiten das tradierte Verwaltungsrecht als dem überkommenen liberalen Rechtsstaat verpflichtet verabschiedet und eine zeitgemäße Umstellung auf die Systemidee des sozialen Rechtsstaates in der Demokratie gefordert.¹⁴⁶⁾ Sein Vorschlag ging dahin, eine Theorie der Verwaltung und damit auch und zugleich eine neue Dogmatik des Verwaltungsrechts nicht länger auf zweckleerte Formen des Verwaltungshandelns zu stützen, sondern „auf der Basis der nicht weiter auflösbaren Verwaltungszwecke der Gefahrenabwehr, Abgabenerhebung, Leistung und Lenkung“¹⁴⁷⁾ zu entwickeln. Dieser theoretisch anspruchsvolle Neuanatz hat sich im Ergebnis nicht durchsetzen können. Auf Ablehnung stieß er zum einen, weil man die theoretische Konsistenz der Zweckbestimmungen bezweifelte,¹⁴⁸⁾ zum anderen, weil man das evolutionär gewachsene System der Verwaltungsrechtsdogmatik nicht für in dieser Weise radikal umbaufähig hielt.¹⁴⁹⁾ Im Grunde hatte sein abschließendes System von Verwaltungszwecken nichts geringeres zur Voraussetzung als eine dem freiheitlichen, sozialen und demokratischen Rechtsstaat adäquate Lehre von den Staatsaufgaben und mußte mangels einer entwickelten tragfähigen Theorie derselben gewissermaßen ohne Fundament bleiben.

In seiner 1971 vorgetragenen Kritik an den Defiziten einer Verwaltungsrechtsdogmatik, die unbekümmert um fundamentale soziale, politische, staatsrechtliche, aber auch verwaltungsorganisatorische Veränderungen weiterhin ein hierarchisches Maschinenmodell der Verwaltung zugrundelegte und an den Prämissen von Individualität und Punktualität des Verwaltungshandelns festhielt, arbeitete *Winfried Brohm* vor allem Defizite in der bisherigen Analyse der Verwaltungsorganisation und des verwaltungsmäßigen Entscheidungsprozesses heraus, indem er das Augenmerk auf Phänomene interner Pluralisierung der Verwaltung, ihrer Selbstprogrammierung, ihrer über blinden Gesetzesvollzug weit hinausreichenden Funktionen sowie ihrer Kooperation mit der Gesellschaft lenkte.¹⁵⁰⁾ Ferner konstatierte er, daß bei den immer gewichtigeren staatlichen Planungs- und Lenkungsentscheidungen die für die Vorstellungswelt des liberalen Rechtsstaates konstitutive Disjunktion von abstrakt-allgemeiner Normsetzung und konkret-fallbezogener Normanwendung zugunsten einer gewissermaßen einstufigen Realisierung gesetzlicher Zweckvorgaben entfällt.¹⁵¹⁾

¹⁴⁶⁾ *Badura* (Fn. 39); *ders.*, Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DÖV 1966, S. 624 ff.; *ders.*, Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1968, S. 446 ff.

¹⁴⁷⁾ *Badura* (Fn. 39), S. 22; vgl. *ders.*, DÖV 1966, S. 630, 632 f. – *Maurer* (Fn. 1), § 1 Rn. 15 ff. nimmt diese Einteilung auf.

¹⁴⁸⁾ *Bachof* (Fn. 6), S. 228; *Meyer-Hesemann* (Fn. 4), S. 160 ff.; *W. Schmidt* (Fn. 14), S. 250; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 5), S. 9 f.; *ders.*, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1989, S. 533 ff. (538).

¹⁴⁹⁾ *F. Ossenbühl*, Die Handlungsformen der Verwaltung, JuS 1979, S. 681 ff. (682).

¹⁵⁰⁾ Vgl. *Brohm* (Fn. 6), S. 258 ff., 293 ff. und *passim*.

¹⁵¹⁾ S. ferner *P. Badura*, Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung*. Festschrift zum

In das Zentrum rückt konsequenterweise die jenseits der überkommenen Vorstellung von einer strikt determinierten, konditional programmierten Exekutive liegende Gestaltungsfunktion der Verwaltung.¹⁵²⁾ Demgemäß verlagerte Brohm unter Ausweitung des Verwaltungsakt-Begriffes¹⁵³⁾ den Problemschwerpunkt von den für die Rechtsformen konstitutiven Auswirkungen auf die Organisation der Exekutive, die Optimierung ihrer Entscheidungen, ihre Legitimation sowie die objektive Kontrolle des Verwaltungshandelns.¹⁵⁴⁾

Sieht man von den bislang eher frucht- und konturenlos gebliebenen Vorschlägen ab, die Lehre vom Verwaltungsrechtsverhältnis in die „Systemmitte“ des Verwaltungsrechts zu rücken,¹⁵⁵⁾ so bildet Heiko Fabers Verwaltungsrechts-Lehrbuch den jüngsten und wohl weitestgehenden Versuch einer theoretisch anspruchsvollen Neustrukturierung.¹⁵⁶⁾ Im Zentrum seines Entwurfes steht die sog. „Infrastrukturverwaltung“.¹⁵⁷⁾ Dazu zählen jene Formen und Arten des

25jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, München 1972, S. 157 ff. (167): „Vor allem Forsthoff hat deutlich gemacht, daß die rechtsstaatliche Formtypik des Verwaltungsrechts, deren Hauptstücke der Gesetzesbegriff und die Lehre vom Verwaltungsakt sind, auf die Trennung von Normsetzung und Normvollzug gegründet ist. Diese Bedingung des Systems der Rechtsformen des Verwaltungshandelns, das im Allgemeinen Verwaltungsrecht entwickelt worden ist, hat mit dem Fortgang vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat an Wirksamkeit verloren. Der konstitutionelle Grundschematismus von Normsetzung und Normvollzug hat seine systemleitende Funktion eingebüßt.“ – Gleichsam von der anderen Seite her wird die zweckorientierte Gemeinwohlkonkretisierung des modernen Staates in Gestalt des Maßnahmegesetzes sichtbar, welches zugleich verdeutlicht, daß das Ideal der Allgemeinheit des Gesetzes ohnehin nur den bei historischer Betrachtung vergleichsweise kurzen Zeitraum des seinerseits häufig idealtypisch überhöhten klassischen liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts umfaßt; vgl. zu notwendigen Relativierungen H. Hofmann, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: Die Allgemeinheit des Gesetzes (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-Historische Klasse, 3. Folge Nr. 168), hrsgg. v. Christian Starck, Göttingen 1987, S. 9 ff.

¹⁵²⁾ Brohm (Fn. 6), S. 254, 258, 259, 261, 267, 268, 282, 293, 304 ff.

¹⁵³⁾ Brohm (Fn. 6), S. 285 ff.

¹⁵⁴⁾ Brohm (Fn. 6), S. 261, 287, 289 ff.

¹⁵⁵⁾ Dieser Ausdruck bei Ossenbühl (Fn. 42), S. 1154. – Die u.a. von Bachof (Fn. 6), S. 231 und P. Häberle, Das Verwaltungsrechtsverhältnis – Eine Problemskizze (1979), in: ders., Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/Ts. 1980, S. 248 ff. favorisierte Idee, gegenüber dem Verwaltungsakt das Verwaltungsrechtsverhältnis in den Mittelpunkt der Dogmatik zu stellen, hat zwar dazu geführt, daß das Verwaltungsrechtsverhältnis mittlerweile in fast allen Lehrbüchern seinen festen Platz erhalten hat (Allgemeines Verwaltungsrecht, hrsgg. v. H.-U. Erichsen und W. Martens, 8. Aufl., Berlin – New York 1988, § 20 II; H. P. Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1986, S. 241 ff.; Mayer/Kopp [Fn. 1], S. 329 ff.; Maurer [Fn. 1], § 8 Rn. 16 ff.; Faber [Fn. 20], S. 42 f.), es taugt wohl aber letzten Endes doch eher als heuristisches Prinzip (vgl. Schmidt-Aßmann [Fn. 148], S. 540) sowie für Dauerrechtsverhältnisse (vgl. Th. Fleiner-Gerstler/Th. Öhltinger/P. Krause, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, VVDStRL 45 [1987]; dazu auch H. Hill, NJW 1986, 2602 ff.; W. Löwer, NVwZ 1986, S. 793 ff.). Zur Lehre vom Verwaltungsrechtsverhältnis bereits Z. Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Bd., Zürich 1960, S. 318 ff.

¹⁵⁶⁾ Ausdrücklich sei vermerkt, daß etwa auch die „Einführung“ betitelte Schrift von Schmidt (Fn. 14) und – auf unauffällige Weise – das Lernbuch von H.-J. Koch, Allgemeines Verwaltungsrecht, Frankfurt/M. 1984 als gewichtige Indizien für einen erstarkenden Theoretietrend im allgemeinen Verwaltungsrecht gelten können.

¹⁵⁷⁾ Faber (Fn. 20), S. 30 ff., 35 f., 154 ff., 319 ff., 387 ff.

Verwaltungshandelns, die sich nicht in der punktuellen, gleichsam bilateralen¹⁵⁸⁾ Beziehung zwischen Behörde und Bürger erschöpfen; vielmehr geht es um Erscheinungen der Multilateralität,¹⁵⁹⁾ wie sie für die Bauleitplanung und den Bau von technischen Großprojekten, Fernstraßen, Kernkraftwerken, Mülldeponien, Verbrennungsanlagen u. a. kennzeichnend sind, aber auch das Recht der öffentlichen Sachen, die Wirtschaftsplanung oder Phänomene wie die Allgemeinverfügung nach § 35 Satz 2 VwVfG umfassen.¹⁶⁰⁾ Die Infrastrukturverwaltung bündelt Aspekte von Eingriffs- und Leistungsverwaltung.¹⁶¹⁾ Sie umfaßt Fallkonstellationen, in denen tradierte Rechtsprinzipien wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ins Leere laufen; wenn die Verwaltungsmaßnahme für den einen Betroffenen eine Leistung, für den anderen einen Eingriff darstellt, dann hilft das Prinzip der geringstmöglichen Belastung nicht mehr weiter. Manche Strukturentscheidungen wiederum werden nicht als individuell rechtsverletzend angesehen. Den neuen „Kristallisationspunkt für die systematische Erfassung der Erscheinungsformen gestaltender und planender Verwaltung“, ja die „eigenständige Grundnorm des Planungsrechts“ und damit auch der Infrastrukturverwaltung bildet das für die Ausübung des planerischen Ermessens zentrale Gebot der Abwägung.¹⁶²⁾

Es mag hier dahinstehen, ob der Topos „Infrastrukturverwaltung“ die tragfähige Grundlage einer angemessenen Theorie der Verwaltung bilden kann und ob tatsächlich in letzter Konsequenz Eingriffs- und Leistungsverwaltung als Grenzfälle der Infrastrukturverwaltung zu erfassen sind.¹⁶³⁾ Wichtig erscheint –

¹⁵⁸⁾ Vgl. Faber (Fn. 20), S. 153.

¹⁵⁹⁾ Faber (Fn. 20), S. 320, 347, 348, 357.

¹⁶⁰⁾ Vgl. Faber (Fn. 20), S. 319 ff., 350 ff.

¹⁶¹⁾ Faber (Fn. 20), S. 150: „Die Schulpflicht ist Eingriff ins Elternrecht, (auch) Leistung gegenüber dem Schüler und zugleich Teil der Bildungssicherung; die Verhaftung des Einbrechers auf frischer Tat ist Eingriff gegenüber dem Täter, Leistung gegenüber dem Opfer und zugleich Teil der Herstellung von ‚Sicherheit‘. Besonders auffällig ist der Zusammenhang, wenn eine Infrastrukturmaßnahme Eingriffs- und Leistungsverwaltung einschließt: Die Planfeststellung einer Abfallbehandlungsanlage dient der Umweltsicherung, ist Leistung gegenüber dem Unternehmer und Eingriff gegenüber den Anliegern“; s. auch ders., Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft, in: Auf einem dritten Weg. Festschrift für Helmut Ridder zum 70. Geburtstag, Neuwied – Frankfurt/M. 1989, S. 291 ff.

¹⁶²⁾ Faber (Fn. 20), S. 387 (s. auch S. 341). Theoretisch sehr ambitioniert K.-H. Ladewig, „Abwägung“ – Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts, Frankfurt/M. – New York 1984; zur Bedeutung des Abwägungsgrundsatzes ferner Schmidt-Aßmann (Fn. 5), S. 25.

¹⁶³⁾ So andeutungsweise Faber (Fn. 20), S. 155. – Nicht zu übersehen ist auch, daß der von Schmidt-Aßmann geprägte Terminus von den „polygonalen Rechtsverhältnissen“ oder die Rede von der verteilenden Verwaltung (Schmidt-Aßmann [Fn. 5], S. 21 ff.; ders., Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 [1976], S. 221 ff. [234 ff.]; R. Scholz, ebd., S. 157 [„mehreseitig wirksame Verwaltungsmaßnahmen“]; wichtig zum ganzen auch R. Steinberg, Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, DÖV 1982, S. 619 ff.) diese Phänomene terminologisch zu erfassen bemüht sind (s. auch Häberle [Fn. 52], S. 750: „makroadministrative Dimension“, „mehrdimensionale Rechtsgütergefüge“). Indes erscheint es als eine Verlegenheitslösung, wenn die unweigerlich entstehenden Verteilungs- und Gestaltungskonflikte allein mit dem Mittel des Verwaltungsaktes (auch dem mit drittbelastender Doppelwirkung) zu lösen versucht werden. Bei Forsthoff (Fn. 23) fällt im Rahmen der Darstellung der „gestaltenden Verwaltung“ (S. 73 ff.) der gewichtige Satz (S. 74): „Mit einem

neben der Herausarbeitung bestimmter „Verwaltungsprofile“¹⁶⁴) – auf jeden Fall, daß der Terminus Infrastrukturverwaltung eines unmißverständlich deutlich macht: das Verwaltungsrecht umfaßt mehr als die Summe individueller und punktueller Rechtsverhältnisse – so wie sich der Bebauungsplan nicht in der Summe der auf seiner Grundlage ergehenden Verwaltungsakte erschöpft. Aus alledem folgt letztendlich, daß sich eine moderne Theorie des Verwaltungsrechts von der Fixierung auf den individuellen Rechtsschutz lösen muß.

Diese hier nur grob skizzierten exemplarischen Ansätze eint das Bewußtsein für die Erneuerungs- und Veränderungsbedürftigkeit der überkommenen verwaltungsrechtswissenschaftlichen Dogmatik. Insbesondere die einseitig an der Justizförmigkeit des Verwaltungshandelns orientierte und damit auf Fragen individueller Rechtsschutzmöglichkeiten fixierte Schwerpunktbildung erscheint als defizitär. So hat man ja, um nur ein Beispiel zu nennen, die Behandlung des Verwaltungsprivatrechts sowie der Verselbständigung von Verwaltungseinheiten lange Zeit auf den Aspekt der Wahrung des Grundrechtsschutzes verengt, ohne das gleiche Maß an Aufmerksamkeit der Frage zu schenken, wie in diesen Fällen die Anbindung der parlamentarisch verantwortlichen staatlichen Exekutive an den Willen des Gesetzgebers sichergestellt werden kann. Neben dem Grundrechtsaspekt ist der Demokratieaspekt der Verwaltung verstärkt ins Auge zu fassen. Erst eine solche Befreiung von der Perspektive individuellen Rechtsschutzes erlaubte die gebotene stärkere Konzentration auf den „prospektiven Gestaltungsauftrag“¹⁶⁵) der Exekutive und damit auf die bürokratische Effizienz, die demokratische Legitimation und die staatliche Kontrolle des Verwaltungshandelns.

Das förderte die fällige Neubesinnung auf die Bedeutung des Demokratieprinzips für die Determination des Verwaltungshandelns, vor allem eine präzisere Antwort auf die seit langem gestellte Frage nach der „Eigenständigkeit“ der Verwaltung,¹⁶⁶) ferner eine intensivere Diskussion aller Organisations-

Wort: das ganze überkommene rechtsstaatliche Gefüge ist weithin außer Kraft gesetzt.“ Zum Gesamtkomplex vgl. ferner *G. Roellecke*, Subjektive Rechte und politische Planung, AöR 114 (1989), S. 589 ff.

¹⁶⁴) *Faber* (Fn. 20), S. 30, 156 f. u.ö.

¹⁶⁵) *Schmidt-Aßmann* (Fn. 140), S. 537; s. auch bereits *U. Scheuner*, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 1969, S. 585 ff.; *Krause* (Fn. 2), S. 18, 380 ff.

¹⁶⁶) Ganz im Gegensatz zur verbreiteten Rede von der Subalternisierung der Verwaltung herrscht quer durch die Reihen wissenschaftlicher Disziplinen und politischer Lager zunehmend die Einschätzung vor, daß im modernen Staat die Selbständigkeit, Selbststeuerung und das Eigengewicht der Verwaltung zunimmt: vgl. neben den Angaben in Fn. 105 *K. Eichenberger*, Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im Verwaltungsstaat (1965), in: *ders.*, Der Staat der Gegenwart, Basel-Frankfurt/M. 1980, S. 415 ff. (422 ff.); *W. Schmitt Glaeser*, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 179 ff. (203); *K.-H. Ladeur*, Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung, *Leviathan* 7 (1979), S. 339 ff.; *C. Böhrer*, Politik und Verwaltung, 1983, S. 132 ff.; *J. Isensee*, Mehr Recht durch weniger Gesetze?, ZRP 1985, S. 139 ff. (141); *P. Badura*, Staatsrecht, München 1986, S. 212; *U. K. Preuß*, Entwicklungstendenzen der Rechtswissenschaft, *KritJ* 1988, S. 361 ff. (367, 370). Eher „funktional“ der Ansatz von *W. Brohm*, Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl.

Haushalts- und Personalfragen sowie eine angemessene Behandlung der „öffentlichen“ Interessen und ihrer – auch gerichtlichen – Durchsetzung, so daß sie nicht länger im Tarnkleid subjektiver Rechtsverletzungen von Privaten zu agieren gezwungen sind.

3. Merks Beitrag

Abschließend ist zu fragen, welche Rolle Adolf Merks Verwaltungsrecht beim fälligen Neubau der Verwaltungsrechtsdogmatik spielen könnte. Hier dürfen die Erwartungen an den Modernitätsgehalt und das Innovationspotential seines Werkes nicht überspannt werden. Merkl wußte ebensowenig von verteilter Verwaltung, Infrastruktur-Verwaltung, planender und lenkender Verwaltung wie die zeitgenössische Literatur. Zwar war ihm die Unterscheidung *Kelsens* zwischen unmittelbarer und mittelbarer Verwaltung¹⁶⁷⁾ nicht unbekannt, und er selber differenzierte zwischen Hoheitsverwaltung und Wirtschaftsverwaltung.¹⁶⁸⁾ Der an Bedeutung vor allem im kommunalen Bereich zunehmende Kreis leistender und lenkender Aufgaben der Daseinsvorsorge wurde aber dadurch weder hinreichend erfaßt noch zum Ausgangspunkt einer Neukonstruktion des Verwaltungsrechts genommen – das war ja auch nicht das Ziel der dem eigenen Bekunden nach auf Rechtsformanalyse konzentrierten und über weite Strecken auf ideologiekritische Aufräumarbeit beschränkten Lehre.

Überhaupt liegt der bewahrenswerte und ausbaufähige Aspekt seines Werkes weniger im Bereich der Erfassung einzelner Tätigkeitsinhalte der Verwaltung als vielmehr in seiner besonderen Schwerpunktsetzung und durchgängigen Ausrichtung. Damit ist neben der auffällig breiten und intensiven Erörterung des Verwaltungsverfahrens (das Merkl schon damals wie selbstverständlich auch auf den Erlaß genereller Normen wie Verordnungen und Gesetze erstreckte)¹⁶⁹⁾ und der Anerkennung einer Gestaltungsfunktion der Verwaltung vor allem die durchgängige Ausrichtung des – wie Merkl das nennt – modernen Gesetzes- oder Verfassungsstaates auf die Systemprämissen von Recht- bzw. Gesetzmäßigkeit und Demokratie gemeint. Weit davon entfernt, nur abstrakte Denkschemata und sterile Normlogizismen zu präsentieren, bemüht er sich durchgängig darum, das Verwaltungsrecht aus seiner „monarchistischen

1986, S. 321 ff.; *ders.*, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit als Steuerungsmechanismen in einem polyzentrischen System der Rechtserzeugung, DÖV 1987, S. 265 ff.

¹⁶⁷⁾ *H. Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 238 ff.; vgl. dazu *H. Klinghoffer*, *Kelsens Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsrecht*, in: *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville 1964, S. 138 ff. (143 ff.).

¹⁶⁸⁾ *Merkl* (Fn. 7), S. 174, 216; ansonsten ist er bei der Fassung der Tätigkeitsinhalte der Verwaltung eher konventionell (vgl. S. 225 ff.). Zum Problem ferner *R. Novak*, Hauptprobleme der österreichischen Verwaltungsrechtslehre, *Die Verwaltung* 13 (1980), S. 435 ff. (441 ff.).

¹⁶⁹⁾ *Merkl* (Fn. 7), S. 213 ff.

Befangenheit¹⁷⁰⁾ zu lösen,¹⁷¹⁾ die rechtsstaatlichen Elemente zu wahren¹⁷²⁾ und die mit der Demokratisierung des politischen Gemeinwesens verbundenen Folgen für Verwaltung und Verwaltungsrecht zu ziehen.¹⁷³⁾ Deutlich wird dies vor allem bei der konsequenten (für die gesamte Reine Rechtslehre kennzeichnenden) „Durchrechtlichung“¹⁷⁴⁾ des Staates,¹⁷⁵⁾ die keine rechtsfreien Räume, kein ungeschriebenes Staatsnotrecht als Naturrecht politischer Verbände zuläßt¹⁷⁶⁾ und am Gedanken der Herrschaft des Gesetzes strikt festhält¹⁷⁷⁾ – auch wenn aus rechtstheoretischer Warte an die Präzision des die Verwaltung ermächtigenden Gesetzes keine hohen Anforderungen gestellt werden.

Daß Merkl als im Grunde entscheidendes Problem für den von ihm in den Mittelpunkt gestellten modernen Verfassungs- bzw. Gesetzesstaat die Durchsetzung und Aufrechterhaltung demokratischer Herrschaft über die Verwaltung sieht, wird auch daran deutlich, daß er der Kontrolle der Verwaltung vergleichsweise breiten Raum schenkt. Er faßt darunter nicht nur die gerichtliche Kontrolle durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit, sondern widmet den „verfassungsrechtlichen Kontrollmitteln“¹⁷⁸⁾ eine ansonsten im Verwaltungsrecht eher unübliche Beachtung.¹⁷⁹⁾ Der Grund dafür ist denkbar einfach: Merkl

¹⁷⁰⁾ Adolf Merkl, Die monarchistische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre, in: Schweizerische Juristenzeitung 16 (1919/20), S. 378 ff.

¹⁷¹⁾ Merkl (Fn. 7), S. 100 ff., 103, 104, 177 u.ä.

¹⁷²⁾ Merkl (Fn. 7), S. 77: „Abschließend läßt sich demnach die rechtsstaatliche Verwaltung charakterisieren als die Verwaltung, die in bestimmten Teilen durch ein inhalterfülltes und vollwertiges Verwaltungsrecht erfüllt ist, ein Verwaltungsrecht, das das Verwaltungsorgan in derselben Weise verbindet wie das Justizrecht den Richter, das den Untertan in derselben Weise wie das Justizrecht berechtigt. Rechtsstaat ist der Staat mit einer dem Justizrecht ebenbürtig entwickelten Verwaltungsrechtsordnung, die das Produkt einer schöpferischen Verwaltungsgesetzgebung ist und der schöpferischen Natur der Verwaltung Zügel anlegt.“

¹⁷³⁾ Vgl. zum rechtsstaatlichen Impetus Funk (Fn. 68), S. 111: „Die formalstrukturelle Perspektive führt zu einer gründlichen und umfassenden Entlegitimierung absolutistischer Machtansprüche, die sich hinter diversen juristischen Denkformen und Kategorien des Rechts verbergen. (...) Entgegen ihrem eigenen Verständnis ist die Rechtstheorie der Wiener Schule alles andere als ‚wertfrei‘. Sie ist vielmehr der typische Ausdruck eines radikalen Rechtsstaatsdenkens, das sich kompromißlos gegen jede Form von rechtsfreien Machtreservaten im Bereiche der Rechtssetzung und -vollziehung richtet.“ Einen wohl unbeabsichtigten Beweis für die Demokratieaffinität von Merkl's Allgemeinem Verwaltungsrecht liefert Hensel, AöR 54 (1928), S. 417, wo er von einer „Ideologie demokratischer Verwaltungspolitik“ spricht (vgl. auch S. 418, 421).

¹⁷⁴⁾ Vgl. Merkl (Fn. 7), S. 74, 75, 76, 89, 157 u.ä.

¹⁷⁵⁾ Dazu Dreier (Fn. 113), S. 219 ff. m.w.N.

¹⁷⁶⁾ Merkl (Fn. 7), S. 48, 51 ff., 59, 166 f.

¹⁷⁷⁾ Merkl (Fn. 7), S. 47, 53 f., 100 f., 157 ff., 160 ff., 168 f.

¹⁷⁸⁾ Merkl (Fn. 7), S. 364 ff.: gemeint sind politische, rechnungsmäßige und rechtliche (das bedeutet für Merkl: gerichtliche Entscheidungen durch einen Staatsgerichtshof) Kontrollen.

¹⁷⁹⁾ In den deutschen Lehrbüchern des Verwaltungsrechts findet man zum überwiegenden Teil keine längeren Ausführungen zu diesem Thema. Eine kurze Andeutung gibt Bull (Fn. 155), S. 296 f.; s. auch Koch (Fn. 156), S. 210 ff. und Faber (Fn. 20), S. 364 ff. Eine positive Ausnahme stellt das Lehrbuch von Wolff/Bachof dar, das im Bd. III (4. Aufl., München 1978) in den §§ 161–166 Selbstkontrollen der Verwaltung, Finanzkontrollen, gerichtliche Normenkontrollen wie auch politische Kontrollen der Verwaltung behandelt. Achterberg (Fn. 4) erörtert die Kontrolle

hält die fundamentale Einsicht fest, daß bei jeder Verwaltungshandlung „die Gefahr eines Widerspruches zu den Rechtssätzen, die in der Verwaltungshandlung angewendet werden sollen“,¹⁸⁰⁾ besteht. So ist es speziell im demokratisch-parlamentarischen System Zweck der Instrumente des Interpellations-, Resolutions- und Enquete-Rechts, die Regierung als Spitze der Verwaltung (auch) im Hinblick auf den Vollzug der vom Parlament gesetzten Rechtsnormen zur Rechenschaft ziehen zu können und dadurch den niemals ganz zu vermeidenden Bedeutungsschwund der Gesetzesnormen bei ihrem „langen Marsch durch die Institutionen“¹⁸¹⁾ in Grenzen zu halten. Wichtig scheint darüber hinaus auch die Betonung der Kontrollbedürftigkeit der Verwaltung anhand der Maßstäbe des objektiven Rechts, also ohne Ankoppelung an das Vorliegen einer individuellen Rechtsverletzung wie bei der Kontrolle durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Schließlich ist daran zu erinnern, daß Merkl Fragen der Verwaltungsorganisation ebenfalls intensiv behandelt und – wie oben bereits dargestellt – vor allem den Grund, aber auch die Grenzen einer Demokratisierung der Verwaltung klar fixiert, die auf die scheinbare Paradoxie hinausläuft, daß die Verwaltung in der Demokratie eine hierarchisch organisierte, zentral gesteuerte und auf möglichst exakten Gesetzesvollzug programmierte bürokratische Organisation ist.¹⁸²⁾

Ein eher spekulativer Gedanke mag den Kreis der Erörterungen beschließen. Gewaltige Anstöße für ein neues Durchdenken des tradierten Kanons an Instituten und Argumentationsfiguren des Allgemeinen Verwaltungsrechts werden vom unausweichlichen Prozeß der Internationalisierung,¹⁸³⁾ speziell der Europäisierung der Verwaltung und damit des Verwaltungsrechts ausgehen.¹⁸⁴⁾ Auf Dauer wird hier mehr gefragt sein als bloße Kompilation; es wird wieder – wie vor 100 Jahren – einer systemleitenden Idee und eines theoretischen Grundkonzepts bedürfen, um den mit der Zusammenführung einer Vielzahl nationaler Verwaltungsrechtsordnungen verbundenen Herausforderungen ge-

ausführlich, konzentriert sich aber ganz auf verwaltungsinterne und verwaltungsgerichtliche Formen.

¹⁸⁰⁾ Merkl (Fn. 7), S. 363. Auch die verwaltungsgerichtliche Kontrolle dient der Sicherung einer „demokratischen“, also gesetzesabhängigen Verwaltung gegen Akte rechtsfremder Politisierung (vgl. S. 370, 372).

¹⁸¹⁾ So die treffende Formulierung von R. Wahl, Die bürokratischen Kosten des Rechts- und Sozialstaates, Die Verwaltung 13 (1980), S. 273 ff. (285).

¹⁸²⁾ Vgl. Merkl (Fn. 7), S. 290 ff., 334 ff.; ders., Demokratie und Verwaltung, Wien – Leipzig 1923.

¹⁸³⁾ Vgl. J. Delbrück, Internationale und nationale Verwaltung – Inhaltliche und institutionelle Aspekte –, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. V, Stuttgart 1987, S. 386 ff.

¹⁸⁴⁾ Vgl. Bachof (Fn. 6), S. 236 f.; Häberle (Fn. 52), S. 751; J. Schwarze (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht im Werden, Baden-Baden 1982; ders. (Fn. 22); H.-W. Rengeling, Das Zusammenwirken von Europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem, insbesondere deutschem Recht, DVBl. 1986, S. 306 ff.; U. Everling, Auf dem Weg zu einem europäischen Verwaltungsrecht, NVwZ 1987, S. 1 ff.; Starck (Fn. 120), S. 109 f.; in historischer Perspektive H. Bülck, Zur Dogmengeschichte des europäischen Verwaltungsrechts, in: Festschrift für Herbert Kraus, Würzburg 1964, S. 29 ff. – Siehe jetzt auch H. Coing, Europäisierung der Rechtswissenschaft, NJW 1990, S. 937 ff.

wachsen zu sein und nicht – wie dereinst die Vertreter der staatswissenschaftlichen Methode – in der Flut des disparaten Normenmaterials unterzugehen. Nicht ausgeschlossen scheint, daß gerade eine Verwaltungsrechtslehre, die so hoch über den zeitlich und vor allem örtlich variablen Verwaltungsrechtsordnungen steht wie diejenige Adolf Merkl's, einen gewissen Beitrag für die theoretisch angeleitete Entfaltung eines „europäischen Verwaltungsrechts im Werden“ (*J. Schwarze*) zu leisten imstande wäre.