

RAINER SCHRÖDER

Verwaltungsrechts- dogmatik im Wandel

Jus Publicum

166

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 166



Rainer Schröder

Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel

Mohr Siebeck

Rainer Schröder, geboren 1964; 1983 Allgemeine Hochschulreife, Grundwehrdienst; ab Oktober 1984 zunächst Studium der Rechtswissenschaften, dann zusätzlich der Politikwissenschaft, Philosophie und Germanistik an der WWU Münster; 1990 1. Staatsexamen; 1992–1995 Promotionsstipendium der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.; 1998 2. Staatsexamen und Promotion, Tätigkeit als Rechtsanwalt; seit Dezember 1999 zunächst Wissenschaftlicher Mitarbeiter, dann Wissenschaftlicher Assistent an der TU Dresden; Sommersemester 2006 Habilitation, Erteilung der Lehrbefähigung für die Fächer Öffentliches Recht und Rechtstheorie; seit Wintersemester 2006/07 Vertretung einer Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht sowie Verwaltungswissenschaften und Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden.

e-ISBN PDF 978-3-16-151247-6
ISBN 978-3-16-149329-4
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Sabon gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Yvonne

Vorwort

Mehr denn je stellt sich heute vielleicht die Frage, ob die Verwaltungsdogmatik der Lage ist, gesellschaftliche Veränderungen ohne Verlust ihrer wissenschaftlichen Identität aufzunehmen. Die vorliegende Untersuchung geht dieser Frage in drei aufeinander aufbauenden Teilen nach. Der erste Teil widmet sich der Entstehung und frühen Entwicklung einer Wissenschaft vom Verwaltungsrecht. Hier wird aufgezeigt, wie sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine juristische Methode etabliert, die unter einem formalen Rechtsstaatsbegriff Institute wie subjektives Recht, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Bestimmtheitsgebot und besonderes Gewaltverhältnis vereint. Die Untersuchung verfolgt diese Ausgangsbedingungen über partielle Öffnungen im Zeitalter der Weimarer Republik bis zum Umbruch zu einer institutionell-teleologischen Methode unter dem Dritten Reich. Ihr zweiter Teil wendet sich einem unter der Geltung des Grundgesetzes zu verzeichnenden Funktionswandel öffentlicher Verwaltung zu. Über Art. 28 Abs. 1 GG erweisen sich hier zunächst Eingriffs- und Leistungsverwaltung als verklammert. Allgemeine Grundrechtsverpflichtung (Art. 1 Abs. 3 GG) und Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) drängen auf die Figur einer Selbstbindung der öffentlichen Verwaltung und relativieren so administrative Freiheitsräume im Bereich des unbestimmten Rechtsbegriffs und Ermessens. Eine Revision der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis wird von einem Risikoverwaltungsrecht begleitet, in dessen Mittelpunkt eine funktionale Gewaltenteilung steht. Das Recht der Planung löst Forderungen nach einem grundlegenden Methodenwandel der Verwaltungsrechtswissenschaft aus, und die Phänomene der Europäisierung und Privatisierung leiten auch hier einen Rückzug des Staats ein. Vor diesem Hintergrund wird im abschließenden dritten Teil der Untersuchung zu einer Neujustierung der Verwaltungsrechtsdogmatik angesetzt. In Auseinandersetzung mit der aktuellen Bewegung zur Reform des Verwaltungsrechts wird dabei zunächst die verbleibende Relevanz der überkommenen juristischen Methode überprüft. Auf der Grundlage eines gewandelten Steuerungsbegriffs werden sodann Innovationen im Verhältnis von Öffentlichem Recht und Privatrecht, im Recht der Verwaltungsorganisation und in der Handlungsformenlehre aufgearbeitet. Besonderes Anliegen der Untersuchung ist es dabei, die Autonomie der Verwaltungsrechtsdogmatik gegenüber verwaltungsrechtssoziologischen und verwaltungsrechtspolitologischen Schwesterbetrachtungen

aufzuzeigen und dogmatische Leitunterscheidungen wie Staat und Gesellschaft, Innen und Außen, Privatrecht und Öffentliches Recht, Eingriff und Leistung bereichsspezifisch intakt zu halten.

Die Untersuchung wurde im Sommersemester 2006 von der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden als Habilitationsschrift angenommen. Danach erscheinende Literatur konnte noch vereinzelt berücksichtigt werden. Die Arbeit entstand während einer mehrjährigen Tätigkeit als Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Öffentliches Recht unter besonderer Berücksichtigung von Technik- und Umweltrecht meines Lehrers Herrn Prof. Dr. *Martin Schulte*, der auch die Themenwahl angeregt hat. Er hat die Entstehung der Schrift in mannigfaltiger Weise unterstützt und begleitet, mir dabei aber stets den zur wissenschaftlichen Arbeit erforderlichen Freiraum gelassen. Sein nachhaltiges Interesse am Fortgang der Untersuchung und seine ständige Bereitschaft zur wissenschaftlichen Diskussion sind auch über die dreijährige Amtsperiode hinweg niemals abgerissen, in der er der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden unter schwierigen Außenbedingungen als Dekan vorangestanden hat. Es ist mir ein tiefes persönliches Bedürfnis, ihm an dieser Stelle meinen ersten und ganz besonderen Dank für all dies auszusprechen. Herr Professor Dr. *Jochen Rozek* hat die Mühen des Zweitgutachtens auf sich genommen und im Zwiegespräch zur Klärung mancher Einzelfrage beigetragen. Auch ihm danke ich hierfür sehr herzlich. Ebenso herzlich danke ich Herrn Professor Dr. *Janbernd Oebbecke* (Münster) für die Erstellung des Drittgutachtens.

Wissenschaftliche Arbeit findet auf weite Strecken nicht am einsamen Schreibtisch statt. Für zahlreiche Anregungen und Unterstützungen danke ich in diesem Zusammenhang meinem Lehrer und Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. *Werner Krawietz* (Münster). Eine erste Gliederung meines Gedankengangs durfte ich auf dem von der Professur für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre am Kommunalwissenschaftlichen Institut der Westfälischen Wilhelms-Universität Universität Münster und dem Lehrstuhl für Öffentliches Recht unter besonderer Berücksichtigung von Technik- und Umweltrecht der Technischen Universität Dresden veranstalteten Papenburger Workshop für Umweltrecht 2001 vortragen. Hierfür bedanke ich mich bei den Veranstaltern und allen Teilnehmern. Besonderen Dank für weiterführende Hinweise, auch im Nachgang des Workshops, spreche ich in diesem Zusammenhang Herrn Prof. Dr. *Werner Hoppe* (Münster) aus.

Das offene wissenschaftliche Klima an der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden hat wesentlich zum Fortgang der Untersuchung beigetragen. Für weiterführende Gespräche und anderweitige Förderungen danke ich den Herren Prof. Dr. *Knut Amelung*, Prof. Dr. *Hartmut Bauer* (jetzt Potsdam) und Prof. Dr. *Franz Merli* (jetzt Graz). Entsprechendes gilt auch für die Herren Privatdozenten Dres. *Ansgar Hense*, *Stefan Storr* und *Arnd Uhle*.

Besonderer Dank gebührt auch den Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl für Öffentliches Recht insbesondere Technik- und Umweltrecht, Herrn Prof. Dr. *Antonis Chanos* (jetzt Athen), Herrn Dr. *Albrecht Fiedler*, Herrn Dr. *Ben Michael Risch*, Frau *Kristin Meyer* und Herrn Rechtsanwalt *Joachim Kloos*. Herr Dr. *Carsten Nowak*, Frau Dr. *Juliane Albrecht*, Herr Dr. *Thomas Groh* und die Herren *Jan Conrady*, *Benno Kaplonek* und *Matthias Mittag* haben Teile der Untersuchung gegengelesen. Dafür und für daran anschließende Anregungen bedanke ich mich an dieser Stelle sehr herzlich.

Für nachhaltige Diskussionsbereitschaft bedanke ich mich bei Frau Prof. Dr. *Kerstin Odendahl* (St. Gallen), Herrn Prof. Dr. *Sebastian Heselhaus* (Luzern), Frau Priv.-Doz. Dr. *Charlotte Gaitanides* (Hamburg), Herrn Priv.-Doz. Dr. *Marc Bungenberg* (München) und Herrn Dr. *Peter Szczekalla* (Osnabrück).

Herrn Dipl.-Oec. (Univ.) *Marcos Frenzel*, Frau *Katrin Boerner* und Frau *Roswita Hartmann* danke ich für verschiedene Unterstützungen während der Vorbereitung und Fertigstellung der Drucklegung der Arbeit.

Dem Verlag Mohr Siebeck bin ich für die Aufnahme der Untersuchung in die Schriftenreihe „Jus Publicum“ verbunden.

Für familiären Rückhalt bedanke ich mich zunächst bei meinen Eltern, *Elisabeth* und *Gerhard Schröder*. Meine Frau, Dr. *Yvonne Schütze*, hat auch die Entstehung dieser Schrift in allen Höhen und Tiefen aus nächster Nähe begleitet. Sie hat alle damit verbundenen Entbehrungen auf sich genommen und mir, wenn es nötig war, stets Mut gemacht, die Arbeit zu vollenden. Ihr widme ich die Arbeit in liebevoller Dankbarkeit.

Dresden, im April 2007

Rainer Schröder

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
Erster Teil: Entstehung und frühe Entwicklung der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht	5
I. Rechtsstaatsprinzip der Gründerzeit und Etablierung der juristischen Methode	6
1. Rechtsstaatliches Verwaltungsrecht und Technikrecht	6
2. Pluralität der Staatszwecke im 19. Jahrhundert	10
a) Entstehung eines gemeindeutschen Verwaltungsrechts	11
b) Verwaltungsfunktionen	14
c) Wohlfahrtspolizei und Sicherheitspolizei	16
d) Konzessionen	19
3. Daseinsvorsorge und aufkommende Sozialstaatsidee	20
a) Entdeckung des Sozialstaats	21
b) Wissenschaftsdifferenzierung	23
II. Vom formalen Rechtsstaatsprinzip zum Staat der Daseins- vorsorge	26
1. Rechtsstaat im Bannkreis obrigkeitlichen Denkens	27
a) Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	28
b) Bestimmtheitsgebot	32
c) Stufen des Gesetzesvorrangs	33
d) Besonderes Gewaltverhältnis	34
2. Öffnungen der juristischen Methode der Verwaltungsrechts- wissenschaft	35
3. Institutionell-teleologische Methode	39
a) Konkretes Ordnungsdenken	41
b) Rezeption in der Verwaltungsrechtswissenschaft	44

Zweiter Teil: Funktionswandel der öffentlichen Verwaltung unter dem Grundgesetz.	51
I. Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht.	53
1. Sozialer Rechtsstaat.	53
2. Gesetzmäßigkeit der leistenden Verwaltung	55
3. Administrative Entscheidungsresiduen	61
a) Selbstbindung der Verwaltung.	61
b) Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen.	63
4. Subjektivierung des Staat-Bürger-Verhältnisses.	67
a) Revision der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis	69
b) Rechtsreflex und subjektiv-öffentliches Recht	72
II. Risikoverwaltungsrecht	76
1. Subjektivierung objektivrechtlicher Grundrechtsgehalte.	77
a) Grundrechte als positive Wertordnung	77
b) Schutz durch Eingriff.	80
2. Grundrechtliche Verfahrensstrukturierungsgebote	83
a) Reichweite eines grundrechtlichen status activus processualis	85
b) Ausgestaltungsgesetzgebung und konkrete Verfahrensfehler- kausalität	86
3. Grundrechtliche Schutzpflichten	89
a) Abwehrrechtliche Begründungsversuche	90
b) Objektivrechtliche Ansätze	92
c) Schutzzumfang	94
aa) Funktionale Gewaltenteilung.	94
bb) Dreistufiges Schutzmodell	95
III. Planung.	99
1. Planung als Rechtsform?	99
2. Planung zwischen Rechtsnorm und Einzelakt	101
3. Planungsermessen	105
a) Plan als Handlungsform des Sozialstaats.	107
b) Methodenwandel in der Planungsrechtsdogmatik?	109
c) Konditionalgesetze und Finalgesetze	110
d) Planungsleitsätze und Optimierungsgebote	112
4. Gerichtliche Kontrolldichte bei „zieldiktierten Planungen“	113
a) Gewaltenteilung im Planungsrecht.	114
b) Abwägungsfehlerlehre	116
c) EAG Bau 2004.	118

IV. Europäisierung	123
1. Staatstheoretischer Ausgangsbefund	123
2. Die Entscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit	126
a) Offene Staatlichkeit	127
b) Pouvoir constituant	129
c) Pouvoir constitué	130
3. Europäischer Vollzug offener Staatlichkeit	132
a) Mittelbarer Gemeinschaftsrechtsvollzug	134
b) Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts	136
c) Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung	136
4. Tiefenwirkungen des Europäisierungsprozesses	137
a) Verwaltungsorganisation	140
b) Technik- und Umweltrecht	142
c) Privatisierungsgebote?	144
V. Privatisierung	146
1. Privatisierung als Rechtsbegriff?	147
2. Rechtliche Privatisierungsdeterminanten	152
a) Privatisierungsplanung	153
b) Privatisierungsentscheidung	155
c) Privatisierungsfolgephase	156
3. Von der Daseinsvorsorge zum Gewährleistungsverwaltungsrecht? ..	156
a) Verantwortung: Typologie und dogmatische Relevanz	157
b) Aktionsformen des „Gewährleistungsstaats“	160
4. Staatliche Residualverantwortung	162
a) Regulierte Selbstregulierung	163
b) Duale Ordnungen	165
Dritter Teil: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts	169
I. Verwaltungsrechtsdogmatik im System der Rechts- wissenschaften	171
1. Binnendifferenzierung der Verwaltungsrechtswissenschaft	171
a) Neukantianistische Methodendualismen	173
b) Rechtswissenschaftliche Rezeptionen	174
c) Aktuelle Relevanz	176
2. Zum Erfordernis eines differenziert-integrativen Methodenverständnisses	178
a) Frühe Integrationsversuche	179
b) Aktuelle Relevanz	181

3. Verwaltungsrechtsdogmatik und Verwaltungsrechtssoziologie	183
a) Entwicklung eines Europäischen Verwaltungsrechts	186
b) Verbundbegriffe	186
4. Verwaltungsrechtsdogmatik und Verwaltungsrechtspolitik	188
a) Verwaltungsrechtswissenschaftliche Wahlverwandtschaften	189
b) Effektivität	189
II. Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft	192
1. Dimensionen des Steuerungsbegriffs	193
2. Kooperatives Recht	194
a) Kooperative Rechtserzeugung	196
b) Anwendungsorientierte Verwaltungsrechtswissenschaft	199
3. Neuvermessung; Regulierte Selbstregulierung	200
a) Regulierung	202
b) Selbstregulierung	203
4. Substitutionsformel Regelungsstruktur	205
a) Reform des Steuerungsbegriffs	207
b) Paradigmenwechsel in der Steuerungstheorie?	208
III. Öffentliches Recht und Privatrecht	211
1. Verhältnis der Teilrechtsordnungen	211
a) Differenziertes Gemeinrecht	213
b) Funktionale Unterscheidung der Teilrechtsordnungen	214
c) Offenheit der Funktionsbestimmung	215
d) Konzept wechselseitiger Auffangordnungen	217
2. Verwaltung in Privatrechtsform	218
a) Privatrechtsfähigkeit des Staats	219
b) Formenwahlfreiheit	221
c) Verwaltungsprivatrecht	223
3. Auffangrelationen	225
a) Vorrang der Verfassung	225
b) Verfahrensprivatisierung	227
c) Gestufte Steuerungsvorgaben	231
aa) Selbstentpflichtung öffentlicher Entsorgungsträger	232
bb) Arbeitslosengeld II	233
cc) Vertragsnaturschutz	234
IV. Verwaltungsorganisation	236
1. Verwaltung als gesetzdirigierte Gewalt	236
2. Organisationseinheiten	238
3. Innenrechtsverhältnisse	248
a) Innerorganisatorischer Verwaltungsrechtskreis	249

b) Wehrfähige Innenrechtspositionen.	250
c) Organ(teil-)kompetenzen als subjektive Rechte?	252
aa) Relativierung des Interessenmoments.	253
bb) Rechtsmacherfordernis	255
d) Reichweite der Rechtsschutzklausel.	257
4. Zurechnung privater Verhaltensbeiträge	258
a) Beleihung als atypisches Amtswalterverhältnis	260
b) Verwaltungshilfe	265
V. Handlungsformen.	267
1. Administrative Normsetzung.	267
a) Verordnungsmacht als originäre oder derivative Kompetenz?	269
b) Verordnungsändernde Gesetze und gesetzesändernde Verordnungen	271
c) Voraussetzungen und Reichweite des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG.	272
2. Verwaltungsvorschriften und private Normung	274
a) Referenzgebiet Internetrecht	275
b) Re-Etatisierung des Netzrechts	276
3. Pläne und Konzepte	278
a) Umweltrechtliches Konzeptionierungsgebot	279
b) Gesamtsaldierung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.	279
c) Konzeptrechtliche Abwägungsfehlerlehre	280
d) Übertragung auf die polizeirechtliche Risikovorsorge.	281
4. Verwaltungsakt	281
a) Erscheinungsformen des transnationalen Verwaltungsakts.	283
b) Begriffsmerkmale des transnationalen Verwaltungsakts.	284
c) Geltungsgrund gemeinschaftsrechtlich angeordneter Transnationalität	286
d) Rechtsschutz gegen transnationale Verwaltungsakte.	288
e) Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.	290
f) Harmonisierung oder opting up	291
g) Ergebnis	293
5. Verwaltungsvertrag	295
a) Formenwahlfreiheit im Vertragsrecht	297
b) Allgemeines Verwaltungsvertragsrecht	299
aa) Vertragsanbahnungsphase	299
bb) Vertragsschlussphase	300
cc) Vertragsschlussfolgephase	302
c) Fortentwicklung der §§ 54 ff. VwVfG	303
6. Schlichtes Verwaltungshandeln	305
a) Umweltrechtliches Kooperationsprinzip als Rechtsprinzip?	306
b) Wahrnehmungskompetenzen in der Bundesauftragsverwaltung.	311

c) Staatliche Informationstätigkeit im Lichte grundrechtlicher Freiheitsgarantien	315
aa) Glykol-Beschluss	316
bb) Osho-Beschluss	320
 Rückblick und Ausblick	 325
 Literaturverzeichnis	 333
Stichwortverzeichnis	375

Abkürzungsverzeichnis

Hinsichtlich der Abkürzungen wird auf *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6., neubearbeitete Auflage, Berlin u. a. 2007, verwiesen.

Einleitung

Bis heute fehlt es an einer umfassenden Kodifikation des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Vor allem die Normierung eines gemeineuropäischen Verwaltungsrechts hat kaum begonnen. Dessen Entwicklung ist damit auch von Erkenntnisleistungen der Verwaltungsrechtswissenschaft abhängig. Insoweit könnte sich ein Rückblick auf die Anfänge einer gemeindeutschen Verwaltungsrechtswissenschaft lohnen, die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts anzusiedeln sind. Vor Entstehung des Deutschen Reichs werden hier gemeinsame Rechtsgrundsätze aus dem Administrativrecht der Einzelstaaten gewonnen und zu einem System integriert, das dem aufkommenden Konstitutionalismus durch ein formales Rechtsstaatsprinzip Tribut zollt. Die vorliegende Untersuchung geht der damit angeschobenen Entwicklung bis in die Gegenwart nach. Sie nimmt zunächst Grundlagen der verwaltungsrechtlichen Systembildung bis zur Entstehung des Deutschen Reichs auf. Dabei wird sich erweisen, dass die Systembildung der Gründerzeit einerseits vom Niedergang des eudämonistischen Patrimonialstaats getragen wird. Andererseits erweist sich jene Systembildung als Konsequenz grundlegender Wandlungen im Wissenschaftsgefüge, die an der Wende zum 20. Jahrhundert zu einer verstärkten Binnendifferenzierung geführt und die Jurisprudenz aus Verschränkungen mit heutigen Nachbardisziplinen, wie Philosophie, Ökonomie und aufkommender Soziologie, befreit hatten. Die juristische Methode der Verwaltungsrechtsdogmatik ist damit mehr als eine Kehrseite des formalen Rechtsstaatsprinzips. Sie bestimmt zugleich die Identität jener Wissenschaft und stellt so ihre Autonomie gegenüber anderen Betrachtungen der öffentlichen Verwaltung sicher.

Gleichwohl ist eine solche Methode wohl nie ausnahmslos durchgehalten worden. So weist sie in der Frühphase der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht gewisse Schwachstellen bei der Erfassung vertraglichen Administrativhandelns auf, die wenig später ausgefüllt werden. Vor allem aber haben nachfolgende Autoren eine Rückbesinnung auf den leistenden Staat ins Werk gesetzt, die unter Ablösung vom historischen Entstehungskontext, und damit gleichsam entpolitisiert, bis in die Gegenwart fortwirkt. Der damit bezeichneten Situation ist der erste Abschnitt dieser Arbeit gewidmet. Dabei wird es freilich nicht um hermeneutische Werkexegesen gehen. Eine solche Vorgehensweise könnte angesichts vielfältiger Umbrüche im Relationsgefüge von Staat

und Gesellschaft wenig zur Beantwortung einer gegenwartsbezogenen Fragestellung, um die es der Untersuchung letztlich geht, beitragen. Die folgenden Darlegungen sind daher anderen methodischen Ansätzen verpflichtet: Sie zielen darauf, zentrale Rechtsfiguren, die den Ausgang der Verwaltungswissenschaft bestimmt haben, freizulegen und ihre verbleibende Relevanz für die zeitgenössische Systembildung auszuloten; eine Relevanz, die sich die sich im weiteren Fortgang der Untersuchung erst erweisen muss und eben nicht unbezweifelbar vorausgesetzt werden kann.¹

Das Thema „Wandel“ bringt es mit sich, dass die Untersuchung stellenweise Auffassungen behandelt, die mittlerweile überwunden sind. Hinter dieser Vorgehensweise verbergen sich indes keine rein historischen Erkenntnisinteressen, geschweige denn Restbestände einer teleologischen Geschichtsphilosophie. Auch unter einem Geschichtsverständnis, das zwingende Entwicklungsgesetze von Recht, Staat und Gesellschaft strikt zurückweist, sind indes aktuelle Rechtsfiguren ohne Einbeziehung historischer Vorgängerformen oftmals nicht adäquat zu erfassen.² Konsequenterweise geht es im zweiten Teil der Untersuchung um fünf Leitthemen, die die Entwicklung der Verwaltungswissenschaft unter dem Bonner Grundgesetz vielleicht am entscheidendsten bestimmt haben. Hier steht mit der Frage nach der Gesetzmäßigkeit der Leistungsverwaltung sogleich das Verhältnis von Rechts- und Sozialstaatlichkeit zur Diskussion. Die Entstehung eines Risikoverwaltungsrechts baut auf eine Subjektivierung objektivrechtlicher Grundrechtsgehalte auf, die über grundrechtliche Verfahrensstrukturierungsgebote in die Schutzpflichtenlehre einmündet. Großverfahren unter dem Gebot der Einstellung multipler, grundrechtlich geschützter Interessen führen zur Entdeckung des Planungsermessens nebst daraus folgender Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte und lösen in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts eine Diskussion über eine sozialwissenschaftliche Öffnung der Verwaltungsrechtsdogmatik aus. Die

¹ Methodisch schließt eine solche Vorgehensweise an die Ausarbeitung von *Martin Schulte*, Hans Kelsens Beitrag zum Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre, in: Stanley L. Paulson und Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 248–263, an. *Ralf Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003, S. 18f., nennt ein ähnliches Vorgehen „Spurensuche“ und betont mit Grund das ihm innewohende dynamische Moment, das sich von Haus aus von einer ahistorischen Klassikerexegese abhebt.

² Vgl. nur *Thomas Würtenberger*, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmenseetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 (1999), S. 139–179, 148: „Nur wer seine Tradition kennt, ist in der Lage, die positiven Leistungen des Rechts zu würdigen, aber auch die Ketten einer überkommenen Dogmatik und Rechtskultur wahrzunehmen und diese neu zu schmieden.“ Weiterführend *Christoph Möllers*, Historisches Wissen in der Verwaltungswissenschaft, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft, Methoden der Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 131–164.

Entscheidung des Grundgesetzes für eine offene Staatlichkeit führt, bei allen verbleibenden „Herrenideologien“ (Häberle), zu einem deutlichen Verlust der tatsächlichen Herrschaftsmacht des überkommenen Nationalstaats über den Gehalt der innerstaatlichen Rechtsordnung, und spätestens mit dem seit Mitte der 80er Jahre des 20. Jahrhunderts verbreitet in Erscheinung tretenden Phänomen der Privatisierung gewinnt die Frage nach überschießenden Sonderbindungen der öffentlichen Hand an Bedeutung.

Diese und ähnliche Fragestellungen gehen im dritten Teil der Untersuchung in eine Behandlung der aktuellen Diskussion um die Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts über. Nicht von ungefähr wird in dieser Diskussion die Forderung nach einem verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodenverständnis erhoben, das Rechtsdogmatik, Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und andere Teildisziplinen unter einem Dach zusammenführt und ihnen zugleich ihre jeweils spezifische Autonomie belässt (sog. *differenziert-integratives Methodenverständnis*). Gerade in dieser Hinsicht erweist sich die aktuelle Reformdebatte allerdings, wie die Untersuchung aufzeigen wird, als Nachfolgerin von Diskussionen im Umfeld des Weimarer Staatsrechtslehrerstreits. Dies gilt auch mit Blick auf die Semantik des sog. *Gewährleistungsstaats*, die trotz eines gewandelten Ansatzpunkts grundlegende Eigenschaften der Begrifflichkeit „Daseinsverantwortung“ teilt. Historisch kann sich diese Semantik daher unzweifelhaft auf Vorgänger berufen, die älter sind als das Grundgesetz.³ Wieweit es sich empfiehlt, heute an diese Vorgänger anzuschließen, ist indes eine Frage, die durchaus kontrovers beurteilt werden kann. Zumindest für die vorliegende Untersuchung bleibt in diesem Zusammenhang eine Unterscheidung von abwehrrechtlichen und leistungsrechtlichen Grundrechtsdimensionen bestimmend: Freiheit *vor* staatlicher Intervention und Angewiesenheit *auf* staatliche Leistung weisen danach in zwei zumindest *unterscheidbare* Richtungen. Das bedeutet nicht nur, dass unter geänderten Prämissen zugleich an der Unterscheidbarkeit von Öffentlichem Recht und Privatrecht festzuhalten bleibt. Es impliziert darüber hinaus, dass die Verwaltungsorganisation als kompetenzbestimmter staatlicher Innenbereich von externer bürgerlicher Freiheitsausübung abzugrenzen bleibt. Vor allem aber ergeben sich daraus verschiedene Konsequenzen für die Handlungsformenlehre, die beim schlichten Verwaltungshandeln münden und auf die Frage nach dem Verhältnis von formeller Rechtsstaatlichkeit und materieller Leistungsstaatlichkeit zurückführen.

Bei alledem bleibt die Untersuchung durchgehend auf laufende Veränderungen von Verwaltungsrechtswissenschaft und Allgemeinem Verwaltungs-

³ In diesem Sinne Wolfgang Hoffmann-Riem, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte? in: Michael Bäuerle u. a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht? Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit. Beiträge zum Kolloquium anlässlich des 60. Geburtstags von Brun-Otto Bryde, Baden-Baden 2004, S. 53–76, 56.

recht ausgerichtet. Sie beansprucht daher nicht, ein System von Teilen des Besonderen Verwaltungsrechts anzubieten.⁴ Stattdessen werden jene Teile mit der aktuellen Reformdebatte als Referenzgebiete wahrgenommen, die zu einem erheblichen Teil Fallmaterial und Beispiele für Aussagen des Allgemeinen Verwaltungsrechts abgeben.⁵ Die Aufnahme von Fragestellungen des Besonderen Verwaltungsrechts verdankt sich mithin deren induktivem Potential, das die allgemeine Systembildung mit gebietsspezifischen Regelungsmustern versorgt und hierüber auch auf die rechtswissenschaftliche Deduktion zurückwirkt. Ganz in diesem Sinn setzt der erste Teil der Untersuchung beim technischen Sicherheitsrecht an, dem für die Frühphase der Verwaltungswissenschaft im Zeitalter der Industrialisierung eine besondere Bedeutsamkeit zuzusprechen ist. Ein näherer Blick auf die Materie, die heute als Technik- und Umweltrecht auch dieses Rechtsgebiet umfasst, zeigt im Übrigen, dass hier so unterschiedliche Teilgebiete, wie das Immissionsschutz-, Strahlenschutz- und Gefahrstoffrecht oder das Gewässerschutz- und Naturschutzrecht, unter zwei leitenden Systemgedanken verklammert werden, nämlich demjenigen des polizeirechtsnahen Risikorechts und des planungsrechtsverwandten Verteilungs- und Schutzrechts.⁶ Während dem Risikoverwaltungsrecht im zweiten Teil der Untersuchung ein eigener Unterabschnitt zugewiesen wird, wird der Verteilungsgedanke vornehmlich im dritten Teil, und zwar im Zusammenhang mit neuen Entwicklungen in der Handlungsformenlehre unter der Überschrift „Pläne und Konzepte“ aufgenommen. Spätestens die sich in der Rechtspraxis abzeichnende Ausbreitung des Konzeptgedankens auf das Gebiet des klassischen Polizeirechts, die dabei mitbehandelt wird, demonstriert jedoch, dass die rechtliche Zukunftsvorsorge zwischenzeitlich einen Generalisierungsgrad erreicht hat, der der klassischen Gefahrenabwehr kaum nachsteht.⁷

⁴ Für das Umweltrecht: *Ivo Appel*, Staatliche Zukunft- und Entwicklungsvorsorge. Zum Wandel der Dogmatik des Öffentlichen Rechts am Beispiel des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung im Umweltrecht, Tübingen 2005.

⁵ *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Heidelberg 2004, S. 8 ff., 111 et passim.

⁶ Ebd., S. 113 ff., 119.

⁷ Instrukтив hierzu *Marion Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, Berlin 2001, sowie *Hans-Heinrich Trute*, Die Erosion des klassischen Polizeirechts durch polizeiliche Informationsvorsorge, in: Wilfried Erbguth u. a. (Hrsg.), Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch, Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur, Berlin 1999, S. 403–428.

Erster Teil

Entstehung und frühe Entwicklung der Wissenschaft
vom Verwaltungsrecht

I. Rechtsstaatsprinzip der Gründerzeit und Etablierung der juristischen Methode

1. Rechtsstaatliches Verwaltungsrecht und Technikrecht

Es ist der zeitgenössischen Verwaltungsrechtsdogmatik nicht entgangen, dass ihr Referenzgebiet von Anfang an auch technisches Sicherheitsrecht war.¹ Gleichwohl hat es die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht lange versäumt, ihre Geschichte vom Technikrecht her zu lesen. Stattdessen sucht sie ihre Identität spätestens seit *Otto Mayer* (1846–1924) über die Eingliederung der öffentlichen Verwaltung in eine Einheit des Staats,² und damit letztlich in der Idee innerer Souveränität als höchster, unabgeleiteter und ungeteilter Gewalt.³ Da nutzt es wenig, dass der Staatsbegriff selbst, auch auf dem europäischen Kontinent, schon deutlich früher mit der techniknahen Metapher vom Staat als Maschine belegt wurde.⁴ Kein Zweifel zwar, dass sich der Staat der Neu-

¹ *Dietrich Murswiek*, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1989), 207–234, 209: „Das rechtsstaatliche Verwaltungsrecht ist von Anfang an auch Technikrecht.“

² Siehe hierzu schon *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, I. und II. Band, unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Aufl., Berlin 2004, Band I, S. 1: „Die Lehre vom Verwaltungsrecht findet ihren Gegenstand am Staat. Der Staat kommt aber für die Rechtsordnung nach verschiedenen Richtungen in Betracht. Der Begriff der Verwaltung bezeichnet die Seite, von der er uns angeht.“ Siehe ferner *ders.*, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, AöR 3 (1888), S. 1–86, 86; *Alfons Hueber*, *Otto Mayer*. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, Berlin 1982, S. 62.

³ *Horst Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, Tübingen 1991, S. 2. Vgl. ferner *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Heidelberg 2004, S. 2 ff., 11 ff., 39 ff. et passim.

⁴ Für einen historischen Beleg: *August Ludwig Schlözer*, Allgemeines StatsRecht und StatsVerfassungsLere, Göttingen 1793, S. 3, zitiert nach *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band: Lehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München 1992, S. 124: „Der Staat ist ... eine Erfindung: Menschen machten sie zu ihrem Wohl, wie sie Brandkassen etc. erfanden. Die instruktivste Art, Staatslehre abzuhandeln, ist, wenn man den Staat als eine künstliche, überaus zusammengesetzte Maschine, die zu einem bestimmten Zweck gehen soll, behandelt.“ Eingehend zu dieser Thematik *Barbara Stollberg-Rilinger*, Der Staat als Maschine. Zur politischen Metaphorik des absolutistischen Fürstenstaates, Berlin 1986; *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (Fn. 3), S. 36 ff.; *Niklas Luhmann*, Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen, 5. Aufl., Frankfurt a. M. 1991, S. 60, 77.

zeit durch das Monopol physischer Gewalt definiert.⁵ Und selbstverständlich verdankt jener Staat seinen Erfolg dabei auch dem Umstand, dass sich der absolutistische Herrscher eine bürokratische Verwaltung geschaffen hat. Jedoch erscheint die mit dem Maschinenbild verbundene Vorstellung eines zentral lenkbaren Mechanismus mit einer rein instrumentellen Administration nicht nur aus heutiger Sicht als Auswuchs eines übersteigerten Idealtypus des absoluten Fürstenstaats schlechthin.⁶ Deutlich zeichnen sich demgegenüber schon in der historischen Realität des 18. Jahrhunderts machtpolitische Beschränkungen des Fürstenwillens ab.⁷ Ebenso deutlich wird hier allerdings der Weg erkennbar, den der Übergang zur konkurrierenden Metapher des Staats als Organismus⁸ entsprechend ansetzenden Darstellungen des Verwaltungsrechts vorgibt. Dessen Geschichte schreibt sich so zwar nicht mehr als Emanation einer dem Willen des jeweiligen Souveräns schlechthin ausgelieferten Hilfsgewalt, weil jener Souverän seinerseits in ein Gebilde mit verselbständigten Organen eingebunden bleibt.⁹ Diese Einbindung nämlich bedeutet nicht

⁵ Paradigmatisch *Christoph Möllers*, *Staat als Argument*, München 2000, S.215f.: „Der moderne Staat, ein Produkt der religiösen Bürgerkriege in Frankreich, entstand als derjenige Machtverband, der in der Lage war, abschließend über die Frage des richtigen Bekenntnisses auf einem bestimmten Territorium zu entscheiden und diese Entscheidung auch durchzusetzen ... Die Innehabung des Monopols physischer Gewalt und damit abschließender Entscheidungsmacht auf seinem abgegrenzten Gebiet zeichnet ihn seit dieser Epoche spezifisch gegenüber allen anderen Herrschaftsverbänden aus. In dieser historischen Entwicklungslinie definiert sich demnach auch der Staat der Gegenwart.“

⁶ *Dreier*, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat* (Fn. 3), S. 37.

⁷ Parallel hierzu wird der Übergang vom Hochabsolutismus zum aufgeklärten Absolutismus für „Deutschland“ gemeinhin auf das Jahr 1740 als Jahr des Regierungsantritts Friedrich II. in Preußen und Maria Theresas in Österreich datiert. Siehe hierzu etwa *Werner Frotsher/ Bodo Pieroth*, *Verfassungsgeschichte*, München 1997, S. 89 ff.

⁸ In Quellentexten tauchen mitunter beide Metaphern in Verbindung auf. Siehe hierzu *Nicolaus Thaddäus Gönner*, *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet* nebst der Hauptlandespragmatik über die Dienstverhältnisse der Staatsdiener im Königreiche Baiern mit erläuternden Anmerkungen, 1. Theil, Landshut 1808, S. 31, zitiert nach *Dreier*, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat* (Fn. 3), S. 40: „Zu dem Begriffe eines Staatsamtes gelangt man wohl nicht sicherer, als wenn man vom Regenten im Staate ausgeht. Dieser bildet den Mittelpunkt, die Seele des ganzen Staates, in welchem sich, gleich dem Kreislaufe des Blutes im menschlichen Körper, alle Kräfte concentriren, und von welchem Punkte aus sie wieder auf alle Punkte des Staates nach dem jedesmaligen Bedürfnis zurückströmen. Der ganze Organismus würde zerstört, wenn sich der Regent aus dem Mittelpunkte der ganzen Staatsverwaltung entfernen, und sich in das Detail der Staatsgeschäfte verlieren, hier etwa den Landrichter, dort den Rentenbeamten machen wollte. Hierdurch wird die Nothwendigkeit gesetzt, dem ganzen Staate nach allen Zweigen der Staatsgewalt einen Mechanismus zu geben, wodurch er vom Centralpunkte aus durch Anordnung vieler und verschiedener genau ineinander greifender Räder den Staat in allen Theilen und nach allen Branchen regieren kann.“

⁹ *Adam Heinrich Müller*, *Die Elemente der Staatskunst*. Oeffentliche Vorlesungen vor seiner Durchlaucht dem Prinzen Bernhard von Sachsen-Weimar und einer Versammlung von Staatsmännern und Diplomaten im Winter von 1808 auf 1809 zu Dresden gehalten. 3 Theile in drei Bänden, Berlin 1809, maßgebliche Ausgabe von J. Baxa, 1922 samt den

nur die Personalisierung des Staatsganzen, sondern auch seine Verbindung mit der Vorstellung einer lebendigen Geschichte, einer fehlenden Disposition für jeden Einzelnen und einer eigenen „Würde“, die einem Mechanismus nie zukommen könnte.¹⁰ Insofern lässt die Organismusmetapher unbestritten mehr Spielraum für eigenständige Entscheidungsspielräume der vollziehenden Gewalt, die nicht zuletzt für das technische Sicherheitsrecht und Planungsrecht der Gegenwart eine zentrale Rolle spielen. Gleichwohl bleibt der Souverän hier das Haupt des Gesamtorganismus und die Exekutive als dessen verlängerter Arm seiner Steuerung eng unterworfen.

Trotz radikal veränderter Rahmenbedingungen setzt nun die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht diese Linie bis heute nicht selten zumindest insoweit fort, als sie in ihren staatsrechtlichen Grundlagen von einer Konzentration des Machtmonopols in der politischen Spitze einer verfassten Ämterordnung ausgeht.¹¹ Sie verstellt so freilich den Blick darauf, dass bereits der Fürstentum des 19. Jahrhunderts, mit dem die Entstehung eines eigenständigen Rechts der öffentlichen Verwaltung historisch zusammentrifft, auf breiter Front Verwaltung im Sinne von „Wohlfahrtspflege als Staatszweck und als Staatstätigkeit“, betrieb.¹² Einer genetischen Betrachtung, die hier ansetzt,

handschriftlichen Zusätzen, 1926, ungekürzte Ausgabe Meersburg-Leipzig 1936, S. 27 (2. Vorlesung), zitiert nach *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Zweiter Band (Fn. 4), S. 142: „Der Staat ist nicht eine bloße Manufaktur, Meierei, Assekuranz-Anstalt, oder merkantilistische Societät; er ist die innige Verbindung der gesamten physischen und psychischen Bedürfnisse, des gesamten physischen und geistigen Reichtums, des gesamten inneren und äußeren Lebens einer Nation, zu einem großen energischen, unendlich bewegten und lebendigen Ganzen.“

¹⁰ Dies zeigt sich deutlich bei *Carl Friedrich von Gerber*, Über öffentliche Rechte, Tübingen 1852, S. 19: „Der Staat ist ein sittlicher Organismus, der nicht wie ein Mechanismus durch eine außer ihm stehende Kraft, sondern durch das eigene in ihm selbst wohnende Lebensprincip bewegt wird.“ Für weitere Belege *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Zweiter Band (Fn. 4), S. 124; *Ernst Wolfgang Böckenförde*, Der Staat als Organismus. Zur staatsrechtlich-verfassungspolitischen Diskussion im frühen Konstitutionalismus, in: *ders.*, Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a. M. 1991, S. 263–272.

¹¹ Eingehend hierzu mit zahlreichen Belegen *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (Fn. 3), S. 1 ff., 20 ff. et passim.

¹² *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Erster Band, Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600–1800, München 1988, S. 332 ff., 366 ff.; *ders.*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band (Fn. 4), S. 229 ff. et passim; *Hans Maier*, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 2. neu bearbeitete und ergänzte Auflage, München 1980, S. 92 ff.; *Peter Badura*, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts, Göttingen 1967, S. 31. Siehe in diesem Zusammenhang schließlich *Robert von Mohl*, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg. Zweite Auflage. Zweiter Band. Das Verwaltungsrecht, Tübingen 1840, S. 275 f.: „Ein materiell eben so wichtiger, und dem Umfange nach noch bedeutenderer Theil der Staatsverwaltung als die Rechtspflege ist die Handhabung der Polizei. Diese hat den Zweck, durch Verwendung der Staatsgewalt diejenigen Hindernisse wegzuräumen, welche sich der Ausführung von allgemein nützlichen

fallen damit neben den klassischen imperativen Formen des Verwaltungshandelns schon zu Beginn der Etablierung eines eigenständigen Rechts der öffentlichen Verwaltung Phänomene auf, deren Integration der dazugehörigen Wissenschaft nach wie vor mitunter nicht unwesentliche Schwierigkeiten bereitet. Noch bevor der Inhaber des 1842 gegründeten Lehrstuhls für Verwaltungsrecht an der Universität Tübingen, *Karl Heinrich Ludwig Hoffman* (1807–1881) im Jahr 1844 mit dem Aufruf zu einer Begrenzung der Verwaltungswissenschaft auch die Eigenständigkeit der zugrunde liegenden Rechtsmaterie betonte,¹³ und lange bevor sich das Verwaltungsrecht ab etwa 1897 als eigenständige Disziplin in der Juristenausbildung aus der Verklammerung mit der Verwaltungslehre lösen konnte,¹⁴ hatte die industrielle Entwicklung dem politischen Gemeinwesen ungeahnte Aufgaben abverlangt. Zwar war diese Entwicklung in deutschen Landen nicht wie in England schon im 18. Jahrhundert in vollem Gange. Jedoch waren im Ausklang dieses Jahrhunderts die ersten Dampfmaschinen und Hochöfen in Betrieb genommen worden, denen um 1804 der Einsatz von Lokomotiven im Bergbau gefolgt war.¹⁵ Diese und eine Vielzahl weiterer neuer Technologien hatten Gefahren mit sich gebracht, deren Bewältigung von Anfang an als staatliche Aufgabe angesehen wurde. Die Einführung moderner Stadtbeleuchtungen, von Wasserversorgung und Kanalisation, Schlachthöfen und öffentlichen Bädern, die Verlagerung von Handwerk und Industrie in die Zentren der Städte, und im Gefolge der Ausbau von Straßen- und Schienennetzen, hatten zudem spätestens ab 1850 gerade die Exekutive unter starken Zugzwang gesetzt.¹⁶

In den Nachbarwissenschaften der Jurisprudenz, namentlich in der Philosophie und vor allem der Soziologie, ist vor diesem Hintergrund schon vor geraumer Zeit das Bild vom Staat als universaler technischer Körper gezeichnet worden, das bewusst auch überkommenen Leitvorstellungen der Souveränität qua Monopolisierung von Gewaltanwendung (*Max Weber*) oder Beherr-

und rechtlich erlaubten Unternehmungen der einzelnen Staatsbürger in den Weg legen, und durch Anwendung der Einzelkraft gar nicht oder nicht so vollständig und zweckmäßig entfernt werden können. Sie umfaßt dabei das ganze menschliche Leben, und sorgt also für die physische, für die moralische Persönlichkeit, endlich für das Vermögen der Staatsbürger, überall unterstützend und nachhelfend.“

¹³ Hueber, Otto Mayer (Fn. 2), S. 131.

¹⁴ Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band (Fn. 4), S. 234. In Preußen waren demgegenüber schon ab 1881 verwaltungsrechtliche Vorlesungen gehalten worden: *ders.*, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR) 1989, S. 129–147, 141.

¹⁵ Hierzu und zum Folgenden siehe *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte (Fn. 7), S. 79 ff.; *Gerhard A. Ritter*, Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich, München 1989, S. 45 ff.; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band (Fn. 4), S. 128 ff., 238 ff.

¹⁶ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band (Fn. 4), S. 238.

schung des Ausnahmezustands (*Carl Schmitt*) entgegengesetzt wurde.¹⁷ Der zugrunde liegende Gedankengang ist knapp zusammengefasst folgender: Sobald neue technische Mittel eine Wirksamkeit erreichen, die zu einem Einfluss auf eine Vielzahl von Staatsbürgern befähigen, muss der Staat potentiellen Herrschaftskonkurrenten in Gestalt der Inhaber dieser Mittel durch eine Ausdehnung seines Machtmonopols entgentreten. Er muss also die neuen Machtmittel bei sich konzentrieren oder sie zumindest kontrollieren. So sind nacheinander etwa die Eisenbahnen und die Atomindustrie staatlich geworden. Entsprechendes gilt für die Humantechniken, die von der Schulhoheit über die Förderung der Forschung bis hin zum ursprünglichen Rundfunk- und Fernsehmonopol des Staats reichen und sich heute ggf. bis in Teile der Gentechnik verfolgen lassen. Neben dieser Herrschaftsfunktion hat die beschriebene Technisierung des Staats finanzielle und schließlich vor allem auch Sicherheitsgründe in dem Sinne, dass hier oftmals eine Begrenzung kollidierender Freiheitsräume und ggf. auch eine gesteigerte „Daseinsvorsorge“ betrieben werden muss.¹⁸

2. Pluralität der Staatszwecke im 19. Jahrhundert

Ich werde gleichwohl darauf verzichten, dieses Leitbild vom technischen Staate zum Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen zu machen. Stattdessen bleibt herauszuarbeiten, wie die Phänomene der Technik die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht seit ihrer Entstehung geprägt haben und wie eine gegenwartsadäquate Verwaltungsrechtsdogmatik auf dieses historische Erbe reagiert.¹⁹ Wenn es zutrifft, dass die „Annahme eines grundrechtlichen

¹⁷ Hierzu und zum Folgenden siehe nur *Helmut Schelsky*, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation*, in: *ders.*, *Auf der Suche nach Wirklichkeit*. Gesammelte Aufsätze, Düsseldorf-Köln 1965, S. 439–480, 452 ff.

¹⁸ Wegbereitend *Ernst Forsthoff*, *Der Staat der Industriegesellschaft*, dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, 2., unveränderte Aufl., München 1971, S. 25. Siehe hierzu auch *Schelsky*, *Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation* (Fn. 17), S. 457 ff.

¹⁹ Vgl. *Udo Di Fabio*, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat: zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht*, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen 1994, S. 38: „(Der) faktische Vorrang der Freiheitsrechte wurde seit Anfang der 70er Jahre durch neue kollektive Belange, die unter dem Sicherheitsgesichtspunkt vereinheitlicht werden können, erheblich relativiert. ... Mit neuen, ehrgeizigen staatlichen Zwecken, die technisch-wissenschaftlich erzeugte Gesundheits- und Umweltrisiken betrafen – das Atomgesetz, das Bundesimmissionsschutzgesetz, das Arzneimittelgesetz, das Chemikaliengesetz und das Gentechnikgesetz illustrieren die qualitative und quantitative Zunahme an staatlich übernommener Verantwortung –, wurde deutlicher, dass es nicht mehr genügte, individuelle Freiheitsrechte immer effektiver zur Geltung zu bringen. Das subjektivierte Verwaltungsrecht sah sich dem Zwang gegenüber, mit seinen auf individuellen Rechtsschutz zentrierten Mitteln auf den Feldern komplexer Gefahrenabwehr beurteilen und entscheiden zu müssen.“

Schutzanspruches auf staatliche Gewährung von Sicherheit“ einen „wirkmächtigen Impuls für eine seit dem Niedergang des kameralistisch-absolutistischen Staatsverständnisses einmalige Ausdehnung öffentlicher Sicherheitsfürsorge“ liefert,²⁰ resultiert daraus nämlich in zweifacher Hinsicht Erklärungsbedarf: Zunächst stellt sich die Frage, wie die Sicherheitsfürsorge an der Wiege des technischen Sicherheitsrechts formuliert worden war. Sodann bleibt zu klären, wie sie nach dem Übergang zum modernen Rechtsstaat mit Blick auf den Gesetzesvorrang und -vorbehalt, das Bestimmtheitsgebot oder den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu reformulieren ist.

a) Entstehung eines gemeindeutschen Verwaltungsrechts

Den Ansatzpunkt bietet dabei die Vorstellung einer Mehrzahl der Staatszwecke, die sich im Ansatz bei *Robert von Mohl* (1799–1875) und weiter ausgearbeitet dann bei *Friedrich Franz von Mayer* (1816–1870) findet. Eben hier liegen historische Vorboten, die trotz eines verbleibenden wohlfahrtsstaatlich-eudämonistischen Beiklangs²¹ für das Recht der öffentlichen Verwaltung bis in die Gegenwart von grundlegender Bedeutung sind: Insoweit war zunächst von Mohl davon ausgegangen, dass es einen einzigen, „richtigen“ Staatszweck nicht gebe, sondern dass jedes Volk über eine seinem Wesen und Entwicklungsstand entsprechende Staatsform verfüge.²² Diesen Ansatz hatte dann von Mayer in eine Perspektive des Verwaltungsrechts überführt, die auf die Deduktion aus einem einheitlichen Begriff des Staats verzichtet. Auch sein Werk kennt selbstverständlich die Organismusmetapher und setzt darüber hinaus den Staat als Rechtssubjekt voraus.²³ Aber es vermeidet die anderen zeitgenössischen Autoren geläufige Reduktion auf den Staat als Selbstzweck²⁴ und entwickelt stattdessen ein ausdifferenziertes Leitbild des frühen Rechtsstaats. Das Kompositum „Rechtsstaat“ als eine dem Ende des 18. Jahrhunderts ent-

²⁰ Ebd., S. 50

²¹ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band (Fn. 4), S. 244f., 258ff. Eingehend zur Position von Mohls auch *Katharina Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, Tübingen 1997, S. 306ff.

²² *Robert von Mohl*, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Band I, 2. Aufl., Tübingen 1844, S. 5.

²³ So etwa, in der Reihenfolge des Haupttextes, *Friedrich Franz von Mayer*, Grundzüge des Verwaltungs-Rechts und -Rechtsverfahrens, Tübingen 1857, S. 29 et passim; *ders.*, Grundsätze des Verwaltungsrechts, mit besonderer Rücksicht auf gemeinsames deutsches Recht, sowie auf neuere Gesetzgebung und bemerkenswerthe Entscheidungen der obersten Behörden zunächst der Königreiche Preußen, Baiern und Württemberg, Tübingen 1862, S. 14. Vgl. dazu auch *Toshiyuki Ishikawa*, Friedrich Franz von Mayer. Begründer der „juristischen Methode“ im deutschen Verwaltungsrecht, Berlin 1992, S. 77, 83ff.

²⁴ Vgl. *Georg Friedrich Wilhelm Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (1821), hier zitiert nach *ders.*, Werke, Band 7, Frankfurt a. M. 1986, § 258.