

3. Aussprache und Schlussworte

Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht

Franz Merli: Wir freuen uns auf eine interessante Diskussion. Die Ampel kennen Sie schon. Ich habe mir nicht angemaßt, Ihre Wortmeldungen anhand der Stichworte irgendwie thematisch zu ordnen, ich rufe Sie daher sozusagen chronologisch auf.

Christian Bickenbach: Ich habe zwei Anmerkungen bzw. Fragen zum Vortrag von Herrn *Reimer*. Herr *Reimer*, Sie haben aus der Perspektive des Forschers gesprochen. Nun sind wir auch Hochschullehrer, und meine erste Frage zielt auf Ursache und Wirkung der Versäulung. Versäulung war eines Ihrer Stichworte zur Fragmentierung – Versäulung von Fächern und von Diskursen. Inwieweit tragen Ihrer Einschätzung nach beispielsweise unsere Regeln zur Juristenausbildung zur Versäulung bei – also das deutsche Richtergesetz, die JAGe, JAPOs und dergleichen – und eben auch die darin enthaltenen Stoffkataloge? Könnten sie sich andere Kataloge vorstellen, wie könnten diese aussehen, um die Versäulung aufzubrechen von der Ausbildung her? Dann sind wir nämlich bei der Frage der Wirkung dieser Art von Ausbildung, dass dann beim akademischen Nachwuchs wieder spezielle Werke herauskommen, Dissertationen, Habilitationsschriften und dass sich das letztlich dann entsprechend fortsetzt. Also meine erste Frage an Sie: Wie schätzen Sie den Einfluss der Juristenausbildung auf dieses Phänomen ein?

Die zweite Frage, zweite Anmerkung bezieht sich auf Ihre These (19), dass Sie doch sehr stark dafür plädieren, allgemeine Lehren im Verfassungsrecht zu entwickeln und die im Allgemeinen Verwaltungsrecht fortzuentwickeln. So sehr ich ein Freund des Allgemeinen Verwaltungsrechts als Ordnungsidee bin, überschätzt man damit nicht die allgemeinen Lehren bzw. unterschätzen Sie damit nicht die Bereitstellungsfunktion des Rechts? Letztendlich reagieren wir mit vielen speziellen Rechtsgebieten auf bestimmte Phänomene der Wirklichkeit. Müssen wir nicht notwendigerweise einen bestimmten Spezialisierungsgrad haben, weil wir aufgrund der tatsächlichen Entwicklungen gar nicht anders können?

Christoph Engel: Ein Referat kann deshalb vorzüglich sein, weil es einem erlaubt, es zu kritisieren. So ist mir das mit dem Referat von Herrn *Reimer* gegangen. Ich möchte das im Anschluss an etwas, was wir heute Morgen besprochen haben, mit der Frage tun, ob das deutsche Öffentliche Recht einen *realistic turn* braucht. An der einen Stelle waren Sie mir dabei zu zaghaft, und an der anderen Stelle waren Sie mir zu forsch.

Zu zaghaft bei dem, was Sie als Klage über die Defragmentierung beschrieben haben. Ich teile den Wunsch, dass wir mehr intradisziplinäre Rechtsvergleichung machen, also untersuchen sollen, wie es ein Bereich im Vergleich zu einem anderen Bereich macht. Aber ich sehe die Sorge, dass die schon erreichte und idealerweise noch weiter fortschreitende Ernsthaftigkeit der Auseinandersetzung mit dem zugrundeliegenden sozialen Problem wieder zurücktreten könnte, wenn wir es mit dem Wunsch nach dem Allgemeinen an dieser Stelle zu weit treiben. Wir könnten zu juristisch werden und uns zu wenig um die Frage kümmern: Was ist eigentlich das normative Problem? Und in welcher Weise können wir, mit welchen Institutionen, möglicherweise ein Stückchen zur Abmilderung des sozialen Problems beitragen? Ich kann mir nicht verkneifen, an dieser Stelle auch dogmatisch zu werden. Seit 20 Jahren wundere ich mich auch immer wieder literarisch darüber, dass es nach wie vor keine Lehre vom legitimen Ziel gibt. Dadurch hängt das Verfassungsrecht im Grunde in der Luft. Das wäre ein Ort, an dem man die Dinge zusammenführen könnte.

Dagegen waren Sie für meinen Geschmack ein bisschen zu forsch in Richtung auf den *legal realism* bei dem, was Sie mit dem schönen Stichwort „epistemische Repolitisierung“ erfasst haben. Sie haben gesagt, wir sollten die Entscheidungskosten stärker in den Blick nehmen, wir seien machtblind und moralisiert. Das ist als Beschreibung vielleicht gar nicht so falsch. Aber geht es nicht eher darum, dass unsere Disziplin eine regulative Idee formuliert? Und hat die regulative Idee vielleicht eine andere Wirkung als die, die Sie im Blick hatten, nämlich dass wir ein Sprachangebot für diejenigen machen, die tatsächlich die Entscheidungen fällen, dass wir ihnen nahelegen, in welchen Kategorien sie über die Dinge nachdenken sollen? Und ist das – vielleicht im Sinne einer Außenbeobachterperspektive – so etwas wie ein Beitrag zur expressiven Funktion des Verfassungsrechts, der dazu führt, dass die Amtswalter einen Vorschlag darüber bekommen, wie sie ihr Amt verwalten sollen? Und könnte das vielleicht, ganz empirisch, einer der Gründe dafür sein, dass die Verhältnisse bei uns in mancherlei Hinsicht deutlich besser sind als in Ländern, wo der *legal realism* sehr viel länger sehr viel aktiver war?

Claudio Franzius: Ich möchte mich zunächst bedanken für zwei schöne und anregende Referate. Eine Anmerkung und drei kleine Fragen: Zunächst

will ich noch einmal grundsätzlich fragen, ob wir hier über den richtigen Begriff sprechen. Herr *Jouanjan* hat zutreffend angemerkt, dass der Begriff Fragmentierung aus dem Völkerrecht kommt. Aber schon dort gibt es gewisse Zweifel, ob es überhaupt der richtige Begriff ist. Im Völkerrecht ist dieser Begriff eingeführt worden als Gegenbegriff zur Konstitutionalisierungsthese. Schaut man sich das Unionsrecht an, dann kommt man mit dem Begriff Fragmentierung nicht weiter. Die EU ist trotz aller Krisen eine erstaunlich defragmentierte Ordnung. Und jetzt sagt uns Herr *Jouanjan*, dass der Begriff Fragmentierung im französischen Öffentlichen Recht nicht weiterführt. Frage: Bringt er uns im Öffentlichen Recht in Deutschland weiter? Das ist keine Kritik am Vorstand, keine Kritik an der Themenstellung. Das Verwaltungsrecht, sagt *Franz Reimer* und er ist nicht der Erste, der das sagt, bedarf der Dekonstitutionalisierung. Ich denke, wir sollten an dem alten Satz von *Fritz Werner* „Verwaltungsrecht ist konkretisiertes Verfassungsrecht“ als Forschungsperspektive, als Perspektive für uns nicht festhalten. Haben die Schwierigkeiten des Allgemeinen Verwaltungsrechts wirklich mit Fragmentierung zu tun? Wird dieser Begriff vielleicht in der negativen Konnotation gewählt, um das Allgemeine Verwaltungsrecht zu retten? Ich habe Zweifel.

Jetzt meine Zustimmung zu den Thesen (7), (8) und (9) von *Franz Reimer*. Ich halte es für richtig zu sagen, dass die Innovationskraft der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskurse in den letzten 25 Jahren höher gewesen ist als in verfassungsrechtlichen Diskursen. Aber woher kommt denn das? Ich meine auch, dass es ein richtiger, aber doch erstaunlicher Befund ist, dass wir uns in verwaltungsrechtlichen Diskursen mit der Bewirkungsdimension des Rechts beschäftigen, es im Verfassungsrecht aber kaum tun. Woher kommt das? Warum haben wir die Bewirkungsdimension im Verwaltungsrecht, sprechen darüber aber nicht im Verfassungsrecht? Und schließlich der dritte Punkt: Woher kommt es, dass wir im Verwaltungsrecht keine Verwaltungstheorie haben? Es ist doch erstaunlich, dass wir keine Verwaltungsrechtstheorie haben. Wenn jetzt angeboten wird, die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft könnte eine Theorie sein, dann würde ich dahinter ein Fragezeichen setzen wollen. Eine Perspektive gewiss, aber eine Theorie? Das, was die verwaltungsrechtliche Auseinandersetzung doch eigentlich immer geprägt hat und worauf wir im Grunde auch stolz sind, ist ja eine Verbindung zwischen Theorie und Praxis, was letztlich auch eine Rechtfertigung für unsere Dogmatik ist. Aber dann meine Frage: Inwieweit ist es der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft gelungen, Einfluss zu nehmen auf die Praxis?

Thomas Groß: Ich habe eine Frage zum ersten Vortrag und eine Bemerkung zum zweiten Vortrag, die mir beide sehr gut gefallen haben. Zum

französischen Verwaltungsrecht wollte ich anmerken – auch wenn wir heute Vormittag gelernt haben, dass man mit vorschnell erkannten Ähnlichkeiten vorsichtig sein muss –, dass möglicherweise die allgemeinen Rechtsgrundsätze im französischen Verwaltungsrecht, jedenfalls partiell, eine ähnliche Funktion erfüllen wie die verfassungsrechtliche Überformung des Verwaltungsrechts in Deutschland, indem nämlich induktiv allgemeine Regeln geschaffen wurden, die dann eine gewisse ordnende Funktion haben. Diese haben wir auch im Europarecht dann wieder gefunden, wo sie zum Teil ganz offensichtlich Vorstufen zu der späteren Konstitutionalisierung, etwa der Grundrechte, gewesen sind. Und damit der Übergang zum zweiten Referat: Ist nicht ein Teil des Problems, das *Franz Reimer* mit „Sonderdogmatiken“ umschrieben hat, dadurch verursacht, dass im deutschen Verfassungsrecht in großem Umfang einzelne Elemente des jeweils fachspezifischen Verwaltungsrechts in das Verfassungsrecht importiert wurden und mit verfassungsrechtlicher Salbe dann, wie man so sagt, petrifiziert worden sind? Drei kleine Beispiele, zunächst eine Referenz auf gestern Nachmittag: die Verwaltungslegitimation. Wenn man Art. 20 Abs. 2 GG etwa mit Art. 20 des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG) vergleicht, dann wird man zugeben müssen, dass der Aussagegehalt deutlich weniger präzise ist. Was ist in Wirklichkeit passiert? Es ist ein bestimmtes, im einfachen Recht, insbesondere auch im Beamtenrecht angelegtes Organisationsmodell ins Verfassungsrecht importiert worden, als verfassungsnotwendig erklärt worden und damit andere, ebenfalls im einfachen Modell vorhandene Verwaltungsorganisationstypen zur Ausnahme gemacht worden. Zweites Beispiel: Art. 19 Abs. 4 GG. Dort ist die Rede davon, dass ein Rechtsweg gewährleistet wird. Wie dieser Rechtsweg ausgestaltet sein muss, ergibt sich aus dem Verwaltungsprozessrecht, insbesondere aus der Verwaltungsgerichtsordnung und den anderen prozessrechtlichen Instituten. Ein Teil dieser verwaltungsrechtlichen Institute ist dann aber durch die Rechtsprechung sozusagen als verfassungsnotwendig erklärt worden und damit als eine bestimmte Anforderung an diesen Rechtsweg ins Verfassungsrecht importiert worden. Und noch deutlicher ist es an einer Vorschrift, mit der ich mich vor kurzem noch mal intensiver beschäftigt habe, Art. 10 GG. „Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich“, steht dort drin. Inzwischen heißt es: Das Fernmeldegeheimnis ist unverletzlich, außer ein Eingriff ist durch folgende zehn Bedingungen abgesichert, die dann detailliert über viele Seiten in den entsprechenden Entscheidungen des Ersten Senats der letzten Jahre ausformuliert worden sind. Ich will den Kolleginnen und Kollegen des Ersten Senats nicht zu nahe treten, aber das ist natürlich nicht alles von ihnen erfunden worden, sondern das sind Elemente, die aus dem Gefahrenabwehrrecht, aus dem Prozessrecht, zum Teil auch aus anderen Verfas-

sungsvorschriften importiert worden sind in die Auslegung des Art. 10 GG. Also wenn ich meine These zuspitze, dann würde ich sagen: Zum Teil jedenfalls lebt das deutsche Verfassungsrecht in einem parasitären Verhältnis zum Verwaltungsrecht.

Uwe Volkmann: Ich fange dann vielleicht einmal an mit einer leisen Kritik am Vorstand und einem Lob für die Referenten. Als ich die Themen des heutigen Tages gesehen habe, habe ich mich gefragt, wie man den Referenten etwas so Unmögliches aufgeben könnte, und ich fand es ganz wunderbar, was diese heute Morgen und heute Nachmittag daraus gemacht haben. Dafür vielen Dank. Aber als einer der in der „Quasi-Kirche“ dieser Gemeinschaft Tätigen – vielleicht als Priester, vielleicht als protestantischer Pfarrer – will ich doch ein paar Anmerkungen zum Referat von *Franz Reimer* machen. Das betrifft zunächst eine weitere zentrale Gemeinsamkeit zwischen verfassungsrechtlichem und verwaltungsrechtlichem Diskurs. Was beide in ihrem Kern kennzeichnet, finde ich, ist zunächst eine sehr starke Offenheit für gesellschaftliche Dynamik: Wir begreifen bei uns die Verfassung als eine im hohen Maße dynamische, entwicklungsoffene Ordnung, und das ist etwas, was unser Verfassungsdenken von dem Verfassungsdenken vieler anderer Staaten unterscheidet. Und es ist umgekehrt das große Verdienst gerade der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, dass sie den Blick für diese Dynamik geöffnet hat. Wenn das aber so ist, dann wird, meine ich, die These vom „entpolitisierten“ Verwaltungs- oder speziell Verfassungsrecht fraglich und letztlich nicht haltbar. Man liest das so relativ oft, aber es wird, glaube ich, durch ständige Wiederholung nicht richtiger. Denn gerade diese Dynamik führt doch dazu, dass wir auf gesellschaftliche Entwicklungen und vor allem auf Machtverschiebungen reagieren können. Die Erweiterung der Grundrechtsdimensionen reagiert etwa auf ein klassisches Machtproblem, nämlich dass Bedrohungen individueller Freiheit nicht mehr nur vom Staat, sondern von mächtigen Privaten ausgehen. Und wenn wir heute über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sprechen, dann versuchen wir, es gegen gesellschaftliche Macht stärker in Stellung zu bringen, und das ist natürlich auch ein politischer Zugriff. Auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur europäischen Integration kann man vieles vorwerfen, aber es geht doch gerade darum, Machtfragen in Rechtsfragen zu übersetzen und als solche zu bearbeiten. Das führt dann aber notwendig auch zu einer stärkeren Verschränkung von Recht und Moral. Deshalb ist mir nicht ganz klar, wie die Kritik an der Verschränkung von Recht und Moral mit der Kritik an der Entpolitisierung zusammengeht. Wenn wir uns etwa eine Entscheidung wie das Kopftuchurteil ansehen, dann stellen wir bei einem Blick in die Gründe fest, dass dort alle Argumente auftauchen, die so auch im politischen und moralischen Diskurs

auftauchen, nur eben eingekleidet in ein rechtliches Gewand. Eine stärkere Politisierung der Verfassung ist insofern ohne stärkere Moralisierung nicht zu haben. Denn die zentralen Begriffe des Verfassungsrechts – Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit – sind immer auch moralische Begriffe. Nun kann man darüber streiten, ob diese Verklammerung sinnvoll ist. Ich halte sie in einem gewissen Maße für unvermeidlich. Der Konflikt um das Kopftuch etwa ist ein typischer Fall eines sowohl moralischen als auch rechtlichen Konflikts, in dem sich rechtliche und moralische Argumente überlagern. Das führt schließlich zu der These, die ich doch kritisieren möchte, und zwar zur These 13: Die allseitige Überfrachtung des Grundgesetzes, heißt es dort, führe zu einer parzellierten, technokratischen, entpolitisierten Verfassung, deren normative und außernormative Kraft leidet. Die Beobachtung von der Überfrachtung des Grundgesetzes, würde ich sagen, ist als solche zunächst einmal richtig. Was ich aber überhaupt nicht feststellen kann, ist, dass darunter dessen normative oder außernormative Kraft leidet. Im internationalen Vergleich ist das Grundgesetz doch vielleicht die Verfassung mit der größten Normativität, die es überhaupt gibt. Es liegt aber gerade an seiner Überfrachtung und der damit verbundenen beständigen Präsenz im politischen Prozess, dass es eben nicht so leicht beiseitezuschieben ist wie vielleicht die Verfassung in Polen oder in Ungarn. Und auch seine außernormativen Wirkungen sind doch gerade infolge der beständigen Überfrachtung stärker als in jeder anderen Rechtsordnung. Dass wir in der Bundesrepublik politische Fragen immer auch als Verfassungsfragen diskutieren, das ist doch eine zentrale außernormative Wirkung von Verfassung, und das kann man, meine ich, mit dieser These so nicht in den Griff bekommen.

Tonio Klein: Eine Anmerkung auch zu Ihrem sehr anregenden Referat, Herr *Reimer*: Wenn der Strom der Verfassungslehre sich weder verzweigte noch seine Richtung ändere, müsste man dann gegen den Strom schwimmen? Es haben mir insbesondere Herr *Groß* und Herr *Volkman* schon einiges vorweggenommen, auch ich würde mich insoweit anschließen, als wir diese Politisierung längst haben, würde aber sagen, dass Ihr Ruf, Herr *Reimer*, von daher vielleicht ein bisschen zu deutlich offene Türen einrennt. Exemplifizieren möchte ich das an der These (16) – das Gegenstromprinzip, um gegen den Strom zu schwimmen. Und das tun Sie ja nicht nur hinsichtlich des wissenschaftlichen Diskurses, sondern auch hinsichtlich der traditionellen Hierarchien im Öffentlichen Recht. Ich bin der Ansicht, in manchen Kernbereichen braucht man sie nach wie vor und ein solches Gegenstromprinzip oder, wie Sie es nennen, eine gesetzeskonforme Auslegung des Verfassungsrechts kann das rechtsstaatliche Freiheitsprinzip, wie es in Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegt ist, zumindest bedro-

hen. Es ist auch meines Erachtens gar nicht so, dass diese Türen unbedingt geöffnet werden müssten. Wir haben diese Gegenstromdiskussion längst, beispielsweise bei einer allgemeinen Theorie von Freiheitsrechten. Es ist zwar die Lehre der grenzenlosen Schutzbereiche herrschend. Sie war aber nie und ist auch heute nicht unumstritten. Beispielsweise die Behauptung, ein Beruf müsse erlaubt sein, auf Schutzbereichsebene, ist nichts anderes als eine solche gesetzeskonforme Auslegung des Verfassungsrechts. Als Lehrer müsste ich hinzusetzen: andere Ansichten selbstverständlich vertretbar. Weitere Beispiele: die Kritik an der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz, ein Mitglied dieser Vereinigung hat sogar von, ich zitiere, „Verfassungsautismus“ gesprochen; die Diskussion um den engen oder weiten Versammlungsbegriff; oder auch, in einer sehr allgemeinen Hinsicht, die Frage des Gesetzgebungsermessens; oder auch die Theorie eines allgemeinen Friedlichkeitsvorbehalts der Grundrechtsausübung, ebenfalls schon auf Schutzbereichsebene. Das ergibt sich natürlich nicht zwingend aus einfachem Gesetzesrecht, aber dieses einfache Gesetzesrecht ist ja nun mal der Ort, an dem solche Grundrechtskollisionen ausgetragen werden, auch die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG zeigt dies. Von daher gibt es bereits einen Gegenstrom, sind bereits die Türen offen. Vielleicht kann es ja auch gefährlich sein, offene Türen einzurennen, wenn in einem klassischen Cartoon, beispielsweise Tom und Jerry, Tom das versucht, dann macht Jerry kurz vorher die Tür auf, Tom kann nicht mehr bremsen, auf der anderen Seite des Hauses wird er sich Blessuren holen. Holen wir uns da nicht auch Blessuren, wenn wir diese offenen Türen einrennen? Vielleicht sind wir ja doch, zumindest bei einem gewissen Kernbereich, eher die Torwächter? Ich möchte mich da der kritischen Reflexion überhaupt nicht verschließen. Ich neige allerdings zum Festhalten am liberalen Verteilungsprinzip, an den rechtstaatlichen Bindungen nach Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG. Vielleicht wandle ich *Otto Mayer* einmal ab: Einfaches Recht vergeht, ein Kern des Verfassungsrechts besteht. Ein Erstarren vermag ich in der Diskussion überhaupt nicht zu konstatieren. Aber dass wir nicht erstarren dürfen, Herr *Reimer*, darauf können wir uns sicherlich einigen.

Christoph Schönberger: Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich finde, wir haben heute Nachmittag ein kleines Pfingsterlebnis gehabt. In zwei hervorragenden Vorträgen ist uns die Vielfalt der Diskurse im Öffentlichen Recht vor Augen geführt worden. Ich glaube, dass beide Vorträge auf ihre Weise auf einen zentralen Umstand hingewiesen haben, ohne ihn ganz ausdrücklich zum Thema zu machen: nämlich die Abhängigkeit der Diskurse von den Institutionen, die das Recht jeweils tragen. Das ist besonders auffällig geworden beim Vortrag von *Olivier Jouanjan*, der uns ja in intensiver Weise vorgeführt hat, wie sehr das französische Öffentliche Recht auf die

zentrale Institution des *Conseil d'État* bezogen ist, im Grunde seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts. Wie sehr also der *Conseil d'État* die Institution ist, von der her wir das gesamte französische Öffentliche Recht verstehen müssen, und das gilt selbst noch heute in der Epoche des *Conseil constitutionnel*. Du hast uns ja die Rolle des *secrétaire général* des Verfassungsrats sehr gut dargestellt, der immer ein *Conseiller d'État* ist und der in der Sache eigentlich die Fäden beim *Conseil constitutionnel* in der Hand hält, das muss man ganz nüchtern so feststellen. Mit anderen Worten: In Frankreich wird die Einheit des Öffentlichen Rechts durch eine Institution getragen, die im Grunde seit Napoleon besteht. Davon kann natürlich in Deutschland keine Rede sein. Der Kontrastvergleich mit Frankreich ist deswegen für uns so instruktiv, weil es eben diese institutionelle Zusammenführung im deutschen Öffentlichen Recht lange nicht gegeben hat und deswegen in Deutschland im Grunde der Juristenstand als ganzer über lange Zeit als Einheitsersatz fungiert hat. Dieser Juristenstand hat über unsere föderale Zersplitterung hinweg die Einheit des deutschen Öffentlichen Rechts durch seine Konstruktionen und Entwürfe gesichert. Das ist der zentrale Unterschied zwischen der deutschen und der französischen Erfahrung. *Olivier Jouanjan* hat auch darauf hingewiesen, dass das französische Öffentliche Recht gerade deshalb eben keine Juristenkonstruktion ist. Der *Conseil d'État* ist kein Juristengericht. Er ist ein Gericht von Mitgliedern der ENA, die auch mal Kurse im Verwaltungsrecht gehört haben an der ENA, aber er ist kein Juristengericht. In Deutschland wird häufig verkannt, dass das nicht nur in Frankreich so ist, sondern zum Teil auch bei anderen europäischen Partnern. Wir sollten also einen Blick dafür haben, dass wir deutsche Vorstellungen vom Öffentlichen Recht nicht als irgendwie selbstverständlich voraussetzen können. Der Blick dafür wird durch die Vergleichen geschärft. Bei uns ist das erst durch das Bundesverfassungsgericht in der Bundesrepublik wieder etwas institutionell zusammengeführt worden, im Grunde zum ersten Mal in der deutschen Tradition. Und das führt mich jetzt zu der Frage, die *Franz Reimer* als Aufgabe formuliert hat. Können solche Reflexionen im typischen Habitus des deutschen Öffentlichen Rechts eigentlich hinreichend angestellt werden? Mir scheint eines der Probleme, das wir immer noch haben, letztlich immer noch die imaginäre Identifikation der deutschen Rechtswissenschaftler mit den juristischen Entscheidern zu sein. Weil der deutsche Rechtswissenschaftler sich in erster Linie eigentlich in der Position des juristischen Entscheiders versteht, kann er diese Art distanzierter Reflexion, zum Beispiel über das Institutionendesgin und Ähnliches, im Grunde nicht hinreichend anstellen. Also ist die Frage: Woher kommen die Ressourcen der Distanz, um eine solche Reflexion überhaupt zu ermöglichen? Und da hat jetzt *Franz Reimer*, wie ich finde, einen sehr guten Vorschlag unterbreitet, nämlich die

Revitalisierung des allgemeinen Verfassungsrechts oder des allgemeinen Staatsrechts, wie man das vielleicht im 19. Jahrhundert noch genannt hätte. Also der Versuch, allgemeinere Kategorien wiederzugewinnen, die sich ein Stück von dem Material, das die Institutionen produzieren, lösen. Die Frage ist natürlich, wo sollen die intellektuellen Ressourcen dafür herkommen? Und da war Dein Angebot, das hat mich überrascht, der Vergleich mit dem Landesrecht solle als Ressource revitalisiert werden. Das glaube ich nicht. Ich glaube die Unitarisierung des deutschen Bundesstaats ist so weit fortgeschritten, dass die klassische Ressource „föderale Vielfalt“ als intellektuelle Anregung bei uns weitgehend erschöpft ist. Und deswegen kann das, was Dir vorschwebt, im Grunde nur durch qualifizierte internationale Komparatistik erreicht werden. Das ist eine Ressource für uns, um uns selbst besser zu verstehen. Und das ist genau das, was Euer Panel hier heute in vorbildlicher Weise geleistet hat. Wir brauchen das viel mehr.

Johannes Masing: Ich möchte mich zunächst gleichfalls für beide wirklich sehr gelungene Referate bedanken – wobei ich im Folgenden das Referat von *Olivier Jouanjan* aufgreife. Mich hat die französische Sicht sehr fasziniert und insbesondere die kritische Sicht auf den Begriff der Fragmentierung überzeugt. Dieser Begriff suggeriert eine Einheit als hypothetischen Normalfall, die es als solche nicht gibt und nie gegeben hat – das ist ein wichtiger Ausgangspunkt. Denn der Terminus der Fragmentierung verstellt zugleich – wie in dem Referat treffend hervorgehoben wurde – den Blick auf die seit jeher bestehende Aufgabe der Rechtswissenschaft, Vielfalt und Heterogenität miteinander zu relationieren und in übergreifende Strukturen einzubinden. Es handelt sich um vereinheitlichende Strukturen, die von vornherein nur relativ sein und relativ zu einer vorsichtigen Einheit zusammengeführt werden können, das heißt die Unterschiedlichkeit gerade nicht überdecken können und sollen. Sehr erhellend fand ich dies auch in der historischen Perspektive. Es war sehr anschaulich, wie der erste Schritt schon in der bloßen Beschreibung von bestimmten Materien lag, die für völlig inkompatibel gehalten, aber zusammen beschrieben und damit doch zusammengeführt wurden, wie diese Materien dann darüber hinaus systematisierend, ausgrenzend konturiert wurden und ihnen schließlich durch Einordnung in weitere Zusammenhänge größere Ideen unterlegt wurden, wie die des *service public*.

Meine Frage ist jetzt: Wenn die Rechtswissenschaft also die Aufgabe hat, diese Vereinzelung zusammenzuführen, dann stellt sich freilich die Frage: Mit welchem Ziel? Ist diese Zusammenführung, die die Rechtswissenschaft leistet – die Defragmentierung, wie es so schön hieß – eine nur ordnende Beschreibung? Oder ist sie eine ordnende Beschreibung, die darüber hinaus darauf zielt, einen Ideenimpuls für eine geordnete Rechtset-

zung durch Parlament und Verwaltung herzustellen, die aber sozusagen nur ein akademischer Impuls ist? Oder zielt diese ordnende Zusammenführung auf eine normative Vereinheitlichung durch durchsetzbare Grundsätze und damit gerichtlich einforderbare Regeln, womit wir bei der Konstitutionalisierung wären? Anders gewendet, welchen Sinn und welchen Gewinn hat eine große Grundidee wie der Begriff des *service public*? Gerade der Begriff des *service public* ist ja wohl nie ein Begriff gewesen, der darauf zielte, ein durchsetzbares Rechtsinstitut im Sinne einer Verfassungsnorm zu schaffen. Darin liegt aber auch nicht nur eine nackte Beschreibung einer Wirklichkeit, die davon ausgeht, dass sie die innere Vernunft der Geschichte in ihrer Tatsächlichkeit beschreibt, die sich wie durch eine unsichtbare Hand von selbst herstellt. Der *service public* ist ein Referenzpunkt in der wissenschaftlichen Diskussion – aber setzt dieser Referenzpunkt darauf, dass auch der politische Diskurs, der doch zwangsläufig eigenen Logiken folgen muss, diesem rechtlichen Diskurs dann folgt?

Also was ist die Aufgabe oder was ist die Funktion solcher ordnenden Zusammenführungen? Und in diesem Zusammenhang mein letzter Punkt: Ich war sehr erstaunt, von einem französischen Rechtswissenschaftler so oft das Wort „Dogmatik“ zu hören – und das in einem ganz positiven Sinn, nämlich mit der Konnotation, die Suche nach einer zusammenführenden Ordnung ist Aufgabe der Dogmatik als Teil der Defragmentierung der Rechtsordnung (so jedenfalls hatte ich das herausgehört). Insoweit frage ich mich: Was versteht ein französischer Verfassungsjurist unter Dogmatik, wo uns doch immer gesagt wird, in Frankreich sei schon der Begriff nicht übersetzbar und ist die Kategorie Dogmatik eigentlich fremd? Wie also ist dieser Begriff in diesem Kontext zu verstehen? Gibt es eine französische Entsprechung zu diesem Begriff oder jedenfalls eine diesbezügliche Diskussion? Oder versteht sich dieser Beitrag als ein neuer Impuls auch für die französische Diskussion? Ist eine solche Aufgabe zur Defragmentierung durch Dogmatik im Sinn von Freilegung übergreifender Ordnungsideen in Frankreich anschlussfähig? Und wie verhalten sich Theorie und Dogmatik zueinander bezüglich des Anspruchs der Wissenschaft, diese Defragmentierung zu leisten?

Gerade im Begriff des *service public* scheint mir das Verhältnis von Defragmentierung und ihrer notwendigen Grenzen deutlich. Ist dieser Begriff nicht zu groß? Er ist ein großer theoretischer Begriff auf hoher Abstraktionshöhe. Er ist vielleicht auch ein dogmatischer Begriff – wenn er denn dogmatische Ordnungskraft hat, da bin ich jetzt nicht ganz sicher. Mit ihm verbinden sich im Fachrecht jedenfalls aber auch sehr konkrete und kleinteilige Elemente, die unmittelbar anwendungsbezogen sind. Er wird somit sehr konkret benutzt, aber auch ganz allgemein und bezeichnet zum Teil überhaupt die Aufgabe des Staats als Ganzen. Gibt es nicht auch eine

Vereinheitlichung, die zu weit führt? Aber vielleicht bestätigt sich darin nur die Skepsis gegenüber einer durch den Begriff der Fragmentierung suggerierten Vorstellung von einer vorfindlichen Einheit des Rechts.

Matthias Knauff: Ich möchte anknüpfen an These (20) von *Franz Reimer* und als erstes einmal allen unversorgten Privatdozenten dringend davon abraten, ihre Publikationspraxis allzu zügig zu zügeln. Was mir aber viel mehr zu denken gibt, ist die Frage: Was passiert eigentlich, wenn wir uns aus bestimmten Diskursen auf dieser Grundlage zurückziehen? Im Besonderen Verwaltungsrecht beobachte ich, dass viele Äußerungen in der Literatur natürlich von Praktikern und im Zweifel von interessierten und bezahlten Praktikern kommen. Ich sehe durchaus eine gewisse Funktion der Rechtswissenschaft, dort auch einmal andere Akzente zu setzen – durchaus auch im Sinne einer Übertragung von Ideen oder Ähnlichem. Ich hielte es aber für gefährlich, wenn wir uns aus diesen Diskursen sehr stark zurückzögen. Denn dann, fürchte ich, wird in diesen Bereichen vom Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft nicht mehr viel übrig bleiben. Wenn es uns nicht mehr gelingt, dort entsprechenden Input einzubringen, nehme ich zudem an, dass sich das Verständnis in diesen Spezialbereichen noch viel stärker von den allgemeinen Grundsätzen entfernt, als das ohnehin schon der Fall ist. Und ergänzend dazu noch: Wir haben natürlich auch ein Problem mit dem Gesetzgeber. Etwa im Energierecht kommt man kaum noch hinterher, jede Wendung des Gesetzgebers nachzuvollziehen. Außerdem ist der Gesetzgeber der Letzte, der sich an irgendeiner Art von Dogmatik oder übergreifenden Grundsätzen oder Ähnlichem orientiert – jedenfalls in diesem Bereich. Auch insoweit fürchte ich, wenn die Rechtswissenschaft dies nicht einmal mehr entsprechend kommentiert, dann verselbstständigt sich das Besondere Verwaltungsrecht noch viel stärker gegenüber unserem gewollten allgemeinen Rechtsverständnis und den allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätzen.

Andreas Funke: Ja, das Allgemeine und das Besondere. *Franz Reimer* hat eine Fortentwicklung der allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts gefordert und angedeutet, dass man im Verfassungsrecht allgemeine Lehren überhaupt erst einmal entwickeln könnte. Ich glaube, hier steckt ein Problem, das ich adressieren möchte. Was sind eigentlich allgemeine Lehren? Wie verhalten sie sich zu den Sonderdogmatiken, die wir haben? Das betrifft insbesondere das Allgemeine Verwaltungsrecht und darauf bezieht sich meine Nachfrage. Herr *Jouanjan* hat beiläufig angedeutet, dass es in Frankreich schwierig oder gar nicht klar war, was das Allgemeine Verwaltungsrecht eigentlich auszeichnet. Und ich würde meinen, dass wir das bis heute gar nicht so genau wissen. Die Lehrbücher, die in den Fünfzigerjah-

ren zum Verwaltungsrecht in Deutschland erschienen sind, trugen noch den Titel „Verwaltungsrecht“, da gab es kein Allgemeines und auch kein Besonderes Verwaltungsrecht. Und aus Gründen, die ich noch nicht genau kenne, hat sich erst später das Allgemeine Verwaltungsrecht aus diesen Gesamtkonzeptionen ausdifferenziert. Aber die Frage ist, was das eigentlich als Rechtsgebiet, als Diskurs vielleicht, überhaupt ausmacht, dieses Allgemeine Verwaltungsrecht. Ich persönlich nehme gerade die Lehrbücher, die es in diesem Bereich gibt, als unglaublich fragmentiert wahr. Das sind Bruchstücke, die in diesen Lehrbüchern zusammengetragen werden: subjektives Recht, Ermessen, Organisation, Verfahren und vielleicht noch das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen. Wo ist die organische Einheit, wenn es denn überhaupt eine gibt? Die Frage ist nicht unbedeutend, sie ist alles andere als unbedeutend, weil sich aus ihr vielleicht Hinweise dafür ergeben, wie eine ganze Reihe von wichtigen Folgefragen geklärt werden kann. Allgemeine Lehren machen nur Sinn, um in den Sonderdogmatiken auf Erkenntnisse zurückzugreifen, die unhinterfragt sind, jedenfalls temporär. D.h. allgemeine Lehren haben eine besondere Dignität, wie auch immer man diese genau beschreiben will. Dann muss man aber auch wissen, woraus sie diese Dignität beziehen. Die zweite Frage, die sich in dem Zusammenhang stellt, wäre, wie man ein solches Allgemeines Verwaltungsrecht versteht – als eher deskriptives Unternehmen, das wurde eben schon einmal angedeutet, oder als ein normatives Unternehmen? Hat es Rechtsquellencharakter, um diesen Begriff hier zu verwenden? Solche Dinge muss man also klären. Man muss ein Bewusstsein dafür haben, was das ausmacht, um die Sonderdogmatiken in ein Verhältnis zu den allgemeinen Lehren setzen zu können. Letzter Punkt, er wurde auch schon mehrfach angesprochen: Die wichtige Frage nach dem Verhältnis von Verfassungs- und Verwaltungsrecht, die von der Vereinigung in Speyer sehr intensiv diskutiert wurde, sie findet an diesem Punkt „Allgemeines Verwaltungsrecht“ vielleicht einen Ort. Aber um sie genau beantworten zu können, muss man wissen, was denn nun das Allgemeine Verwaltungsrecht eigentlich ist.

Ulrich Stelkens: Vielen Dank auch von meiner Seite an beide Referenten, deren Referate ich sehr eindrucksvoll fand. Ich möchte etwas zu dem Vortrag von Herrn *Reimer* ergänzen. Er hat die fehlende Eigenständigkeit des Landesverfassungsrechts bedauert. Ich würde ergänzen, wir haben auch eine fehlende Eigenständigkeit des Landesverwaltungsrechts. Das klingt jetzt vielleicht ungewohnt, weil wir immer ohne nähere Überprüfung unterstellen, dass alle Landesrechte weitgehend ähnlich sind, dass keine tiefgreifenden Unterschiede bestehen. Aus meiner Erfahrung aus Speyer, wo wir ja mit Referendaren aus allen Bundesländern zu tun haben, für die wir ein gemeinsames Programm aufstellen müssen, kann ich aber sagen, dass es so

einfach nicht ist. Es greift insoweit auch zu kurz, immer wieder zu wiederholen, was zur Zeit der Gründung der Bundesrepublik gesagt worden ist, nämlich, dass die Bundesländer künstlich geschaffen seien und über keinerlei Traditionen verfügen. Jedenfalls die alten Länder sind mittlerweile fast 70 Jahre alt und haben sich eigenständig entwickelt. Es ist daher heute etwas anderes, ob man mit der niedersächsischen Verwaltung, mit der bayrischen Verwaltung oder mit der saarländischen Verwaltung zu tun hat. Die funktionieren anders. Da haben sich andere Routinen entwickelt, wie die jeweiligen Gesetze zu verstehen und zu lesen sind. Und zwar nicht nur, was ja dann bedenklich wäre, was das Bundesrecht angeht – obwohl man im Saarland vielleicht eine andere Lesart des Baurechts hat, als etwa in Baden-Württemberg oder Nordrhein-Westfalen – sondern auch in der Frage, wie das jeweilige Landesrecht zu verstehen ist. Und daher kann ich den von Herrn *Reimer* gemachten Vorschlag des stärker synoptischen Arbeitens nur unterstreichen. Er würde sich gerade für das Landesrecht anbieten. Seitdem die Gesetze aller 16 Länder im Internet veröffentlicht sind, kann man die einzelnen Gesetze auch tatsächlich vergleichsweise mühelos miteinander vergleichen. Diese Arbeit sollte man sich allerdings auch machen, wenn man etwa über neuere Entwicklungen im Bauordnungsrecht oder im Landesstraßenrecht oder Ähnliches spricht. Das ist etwas Mühe, aber es lohnt sich normalerweise. Ein solcher Vergleich macht dann bestehende Unterschiede sichtbar und kann sie auch teilweise erklären. Man kann so auch erkennen, in welchen Bereichen es funktionierende Bund-Länder-Arbeitsgruppen gibt, in denen *best practices* entwickelt werden, und in welchen Bereichen es an so etwas fehlt, was dann zu sehr individuellen Lösungen oft auch einfacher Probleme führen kann. Letzteres bemerke ich etwa vielfach im Bereich des Friedhofsrechts; aber das nur am Rande.

Das führt mich zu dem Aspekt der Kritik an der Publikationspraxis. Ich denke, sie bezieht sich vor allem auf das Staatsrecht. Wenn das Verwaltungsrecht von der Kritik mit umfasst werden sollte, könnte ich dem jedenfalls nicht zustimmen. Ich kann hier kein Übermaß an wissenschaftlichen Publikationen erkennen. Tatsächlich kann man auch heute noch bei gewissenhaften Arbeiten – auch bei Neuauflagen von Standardwerken – trotz aller Publikationsflut neue Literatur berücksichtigen und hierzu auch neue einschlägige Monografien lesen. Wenn man in sein Thema halbwegs eingearbeitet ist, ist man mit entsprechender wissenschaftlicher Erfahrung auch sehr schnell in der Lage, festzustellen, ob in einem Artikel oder einer Monographie etwas Originelles oder Nachdenkenswertes drin steht. Ich finde daher, dass man es sich mit der Kritik an der Publikationspraxis in dem Sinne „Wer soll das alles lesen?“ zu leicht macht. Sie fördert damit selbst schlechte Publikationen, in dem sie als Entschuldigung dient. So gibt es immer wieder Artikel, die mit der Einleitung beginnen, es sei ja gar

nicht mehr überschaubar, was alles zu einem Problem geschrieben werde, deswegen seien hier nur einige Grundgedanken skizziert. Hier beruft sich jemand auf die – vielleicht nur angeblich – überbordende Literatur, um fehlende Vorarbeit zu entschuldigen. Das ist für mich eigentlich immer ein Zeichen dafür, dass der Artikel nicht lesenswert ist. Deshalb sollten wir aber auch keinen allgemeinen Konsens herstellen, dass zu viel geschrieben wird, um solchen Entschuldigungen den Boden zu entziehen. Insofern war es mir immer bei Marcel Reich-Ranicki aufgefallen, dass er beim „Literarischen Quartett“ immer wieder betonte, er möge nur Bücher unter 150 Seiten. Natürlich ist das bei seinem Beruf normal, weil er die ja lesen musste. Aber für uns sollte für das eigene wissenschaftliche Arbeiten doch selbstverständlich sein, dass man dem Anspruch gerecht wird, auch das neu Geschriebene zu berücksichtigen. Und sich nicht vorschnell zu entschuldigen, dessen Lektüre sei einfach nicht mehr möglich.

Hinnerk Wißmann: Die Themenstellung des heutigen Nachmittags war mit erheblichen Risiken und Chancen verbunden und ich fand es sehr beeindruckend, dass beide Referenten die vorgegebene Größe ihrer Aufgabe gekontert haben mit sehr pointierten Ausarbeitungen. Sie haben uns auch mit klaren Merksätzen versehen: Die Fragmentierung steht am Anfang des modernen Rechts. Oder: Der Publikationsverzicht ist tendenziell eine wissenschaftliche Leistung. Das würde ich auch nochmal an *Ulrich Stelkens* zurückgeben. Gerade der einleitende Hinweis „Ich habe nicht alles gelesen, aber trotzdem schon mal was geschrieben“ scheint mir ein evidenter Beleg für die These, dass lieber weniger geschrieben und mehr gelesen werden sollte. Insgesamt haben beide Referate ganz trefflich die Grundbeobachtung von *Uwe Kischel* heute Vormittag bestätigt, dass auch bei gleichen Grundbegriffen die Pfadabhängigkeiten, die Verknüpfung und Kontextualisierung vor allem immer auf Verschiedenheit hinführt und deswegen immer wieder zur Sensibilität der Rechtsgewinnung, ob im internationalen Vergleich oder auch im Bundesstaat, herausfordert.

Ich möchte zu *Franz Reimer* zwei Grundperspektiven, die ich herausgehört habe, sehr stark unterstreichen. Das Erste ist die Stärkung eines differenzierten Mehrebenenendens unter Einbeziehung des Landesverfassungsrechts. Natürlich kann man sich über das Landesrecht und das Landesverfassungsrecht lustig machen. Ich würde einschleichen, so etwas wie Mustergesetze im Landesrecht – Polizeimustergesetz, auch im kommunalen Bereich gibt es dort einiges – sind auch immer schon ein Beitrag zum Allgemeinen Verwaltungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht heißt nicht, dass es von einem Autor her kommen muss. Dieser Ansatz scheint mir sehr nachdenkenswert. Und das Zweite ist der Hinweis auf die Gefahr der vertikalen Fragmentierung, die ja sehr schön ausgeleuchtete Darstellung des

Verbunds von Fachbruderschaften und Fachschwesternschaften, die sich mit allen Ebenen ihres Rechtsgebiets auskennen, aber nicht mehr an einer Verknüpfung und Rückkopplung an allgemeine Pfade mitarbeiten. Ich habe freilich die Sorge, dass die, die dieser Appell besonders betreffen würde, heute Nachmittag nicht hier sind, sondern jetzt vor allem diejenigen aushalten, die gerade diese allgemeine Perspektive versuchen zu stärken und auszubauen.

Ich würde allerdings vor zwei Scheinlösungen kurz warnen wollen. Das Erste: Die Entflechtung von Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht scheint mir nur funktional möglich, nicht als materielles Konzept. Gerade wenn wir auf Beurteilungsspielräume der Verwaltung als ein Desiderat des modernen Rechtsdenkens bei uns schauen, dann werden wir die Grundrechte als Handlungsmaßstab dort nicht wieder herausnehmen können und den guten, redlichen Beamten ins Feld führen, sondern es wird um Verknüpfungen gehen müssen. Das scheint mir doch evident zu sein. Und das andere, das ist nicht angesprochen worden, aber davor will ich präventiv warnen: Die Verfassungsbeschwerde für Landesverfassungsgerichte ist z.B. eine typische Scheinlösung, um das Landesverfassungsrecht zu revitalisieren. Denn was passiert? Da werden OVG-Gerichtsräte abgeordnet, die dann in großer Stückzahl dem Bundesverfassungsgericht ein bisschen die Arbeitslast mindern sollen. Ich kann die Karlsruher Perspektive verstehen, dass das ein gewünschtes Konzept ist. Aber da wird ein echter Fortschritt des Verfassungsrechts, glaube ich, nicht möglich sein, einfach weil das nur von hauptamtlichen Landesverfassungsrichtern geleistet werden könnte und ich glaube das steht in Deutschland nicht an.

Zum Schluss steht die Frage nach dem hier aufgerufenen Allgemeinen Teil eines Verfassungsrechts. Das möchte ich gern als Frage formulieren: Was gehört in dieses Set rein? Müsste vor allem die Sicht auf Akteure gestärkt werden und auf deren Verhältnis zu Institutionen, zum materiellen Recht, zum Verfahrensrecht? Kontrollfrage von mir aus: Kann man hinterher etwas mehr sagen über die Entscheidungsbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts und seinen Umgang mit dem Rechtsprogramm, das es zu verarbeiten hat? Wäre das z.B. eine Stoßrichtung eines solchen Allgemeinen Teils? Mein letzter Satz: Chancen und Risiken der Themen haben sich über zwei Tage in unterschiedlicher Weise realisiert. Ich möchte aus dem Plenum dem Vorstand dafür danken, dass wir auch als Diskutanten daran teilnehmen durften.

Franz Reimer: Die Makrodiskurse, die Mesodiskurse und die Mikrodiskurse des Öffentlichen Rechts in Deutschland und genauso in Österreich und der Schweiz sind vielstimmig. Ich habe auch heute hier keinen gregorianischen Choral gehört, sondern einen wirklich sehr bunten Klangteppich.

Ich wollte weder in meinem Referat, noch will ich in meinen Schlussbemerkungen zu sehr Einheit stiften oder suggerieren, und möchte mich auf einige wenige Bemerkungen konzentrieren. Ich nehme viele der Fragen als Anregung mit und als Anstoß für eine Fortführung der Gespräche, als deren Zwischenergebnis ich auch mein Referat betrachte, und möchte aus der Vielfalt der Rückfragen, der Kritik und der weiteren Impulse drei Punkte herausgreifen:

Zunächst zur Verwaltungsrechtstheorie. Wohlgermerkt: Es geht nicht um eine Verwaltungstheorie. Die gibt es. Es gibt auch Verwaltungstheorien, und ich glaube, es ist immer wichtig, diesen Unterschied deutlich zu machen – einen Unterschied, der auch für die Verwaltungsrechtstheorie, die ich vorschlage, bedeutsam ist. Man kann Theorieangebote machen. Das ist wichtig und richtig. Aber mir geht es zunächst um eine Disziplin, eine Subdisziplin, einen Ort, an dem Fragen gestellt und an dem dann auch Theorien entwickelt, verifiziert, falsifiziert, verbessert werden können. Mir geht es also mit der Verwaltungsrechtstheorie nicht um die Weltformel, sondern um ein Forum für wichtige Fragen, die wir miteinander stellen und vielleicht beantworten sollten. Ich glaube, dass ein entscheidender Anstoß dazu ausgegangen ist von der Neuen Verwaltungswissenschaft in ihrer Vielfalt. Sie ist ja keine sozusagen ideologische Bewegung, sondern ein großer Reichtum an Fragestellungen, methodischen Vorschlägen und Antworten. Die Verwaltungsrechtstheorie hat, wie auch immer sie dann institutionell oder disziplinär zu entwickeln ist, nicht zuletzt die Aufgabe, auf weiße Flecken hinzuweisen. Ich habe ja im Laufe meines Referats einige dieser weißen Flecken angetippt und darf rekapitulieren: Eine wesentliche Quelle der Fragmentierungen des Rechts – und ich glaube, da sind alle europäischen Rechtsordnungen gleich – ist die intertemporale Rechtszersplitterung, die wir als ein Phänomen im positiven Recht vorfinden, insbesondere im Verwaltungsrecht, aber auch im Verfassungsrecht. Ihr müssen wir uns offensiver zuwenden, als wir das bisher getan haben. Ich glaube, es gibt sehr viel Expertise in Bereichen wie Steuerrecht und Sozialrecht zu diesen Fragen, aber das Problem geht uns alle an, in der Breite, als Verwaltungsrechtler und Verfassungsrechtler. Wir brauchen eine Normwirkungstheorie, vielleicht eine Normänderungstheorie. Aber mir ist es wichtig, das auf mittlerer Abstraktionsebene zu sehen – nicht auf der Abstraktionshöhe, auf der wir begonnen haben, Rechtswissenschaftstheorie zu betreiben. Sie ist auch wichtig, aber ich glaube, eine Verwaltungsrechtstheorie muss die Entwicklungen des positiven Verwaltungsrechts, der allgemeinen Lehren und der besonderen Verwaltungsrechte, aufgreifen und produktiv verarbeiten. Neben der intertemporalen Rechtszersplitterung würde ich in Erinnerung bringen die Rechtszersplitterung, die sich auch im Verwaltungsrecht aus der Dichotomie zwischen autonomem Recht und Umsetzungsrecht ergibt.

Ich weiß nicht, ob sie möglicherweise Zivilrechtlern bewusster ist als uns. Sie ist eine Dualität, die unsere Rechtsordnung auch im Verwaltungsrecht prägt: Umsetzungsrecht, induziert durch unionsrechtliche Richtlinien, und autonomes Recht. Und ein Anliegen ist mir schließlich auch die Integration des Föderalismus, der Bundesstaatlichkeit mit ihren Pathologien. Meines Erachtens bedeutet Bundesstaatlichkeit keine Fragmentierung, keine problematische Zersplitterung, anders als andere Fragmentierungsphänomene. Das ist also mein Vorschlag für eine Verwaltungsrechtstheorie als eine Subdisziplin, die uns hilft, dieses eminent wichtige Instrument, das unsere Gesellschaft wirklich durch und durch formt, besser, kritischer zu reflektieren. Im besten Falle kann die Rechtswissenschaft – wie mit der Herausarbeitung allgemeiner Lehren im Verwaltungsrecht, vielleicht sogar im Verfassungsrecht – ein Stück ihrer Bereitstellungsfunktion, ihrer Entwicklungsfunktion, ihrer kritischen Funktion für die Gesellschaft realisieren.

Ein zweiter wichtiger Punkt ist der der Repolitisierung. Es ist mir ein großes Anliegen, klarzustellen, dass ich keine Politisierung der Staatsrechtslehre in dem naiven Sinne befürworte, wie ihn vielleicht der bloße Begriff der Repolitisierung nahelegt. Mir geht es um eine *epistemische* Repolitisierung, d.h. ein Bewusstmachen der politischen Implikationen aller Entscheidungen aller an der Rechtsverwirklichung Beteiligten, einschließlich der politischen Implikationen unserer Entscheidungen als Staatsrechtslehrerinnen und Staatsrechtslehrer. Das bedeutet: Wir müssen expliziter über Interessen, Konflikte und Macht sprechen – Macht als die Frage, auf die Öffentliches Recht eine Antwort sein will. Also geht es nicht um eine operative Politisierung. Die gibt es natürlich. Aber gerade dieses Problem wird ja erst sichtbar, diskutierbar und lösbar durch das, was ich epistemische Politisierung nenne, nämlich eine Sensibilisierung für die politischen Dimensionen des Öffentlichen Rechts und der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht. Das ist ein entscheidender Unterschied – und vielleicht sollte ich noch sagen, dass eine Entpolitisierung sowohl des Rechts wie auch unserer Wissenschaft, und zwar eine Art operative Entpolitisierung, darin liegt, dass wir den Regelungsanspruch der Verfassung immer weiter ziehen und immer weiter sehen. Ich möchte gleich im Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht noch darauf zu sprechen kommen: Je mehr wir unsere Rechtsordnung konstitutionalisieren oder ihre Konstitutionalisierung zulassen, desto unpolitischer machen wir sie, weil wir die Parlamente immer weiter depotenzieren. Man kann sicher darüber streiten, inwieweit der Prozess der Konstitutionalisierung zu bremsen oder gar in einem bestimmten Umfang rückgängig zu machen ist. Aber mir ist wichtig, diese demokratische Dimension der Konstitutionalisierung und einer möglichen Dekonstitutionalisierung zu sehen und sie diskutiert zu wissen.

Und damit bin ich beim dritten Punkt, dem Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht. Wahrscheinlich ist das Verfassungsrecht auf weiten Strecken „parasitär“ gegenüber dem Verwaltungsrecht. Das wird man wohl unter anderem für das Finanzverfassungsrecht sagen können, wo Regelungen des Verfassungsrechts im formellen Sinne bei Art. 104a ff. GG auch in einem Finanzausgleichsgesetz stehen können. Es ist den Normen nicht mehr anzusehen, ob sie einfachrechtlich sind oder nicht einfachrechtlich. Es gibt einen intensiven Import verwaltungsrechtlicher Weichenstellungen in das Verfassungsrecht. Das ist deutlich zu machen, zu diskutieren, zu problematisieren. Ich glaube, eine Entschärfung liegt auch hier darin, dass wir uns starkmachen für eine Kontrolle und Reflexion des Regelungsanspruchs der Verfassung. Das heißt: In einer stärker dekonstitutionalisierten Rechtsordnung, in einer Rechtsordnung, die beharrt auf der Verfassung, dem formellen Verfassungsrecht, als einem Gerüst des Unbezweifelten, ist so ein parasitäres Verhalten nicht mehr in dem großen Umfang möglich, in dem wir es derzeit beobachten. In diesem Sinne möchte ich für eine arbeitsteilige Differenz zwischen Verfassungsrecht im formellen Sinne und einfachrechtlichem Verwaltungsrecht plädieren. Sie ist eine Errungenschaft, eine Ausdifferenzierung, die wir beibehalten, pflegen und hegen sollten.

Es bleiben viele Fragen offen – insbesondere was all das für unsere öffentlich-rechtliche Lehre bedeutet. Ich glaube, auch dies ist der gemeinsamen Diskussion bedürftig – aber nicht mehr von meiner Seite am heutigen Nachmittag. Lassen Sie mich schließen mit einem Plädoyer für einen Schub unseres dogmatischen Arbeitens. Ich möchte werben für ein weiteres, sorgfältigeres, synoptischeres dogmatisches Arbeiten. Am wichtigsten ist mir dabei die Bemerkung, dass wir Dogmatik in diesem Sinne nicht in Gegensatz bringen sollten zu Theorie; Dogmatik ist gerade der Ort, an dem wir Theorie und Theorien, d.h. Grundlagenarbeit, rezipieren, um ihre Erträge und auch die Irritationen fruchtbar zu machen.

Olivier Jouanjan: Zunächst muss ich um Nachsicht und Entschuldigung bitten, weil ich nun spontan Deutsch reden werde. Ich werde nur eine allgemeine Antwort mit Bezugnahmen auf einzelne Bemerkungen geben. Ich bedanke mich aber ganz herzlich für alle Anmerkungen. Der juristische Diskurs – und das war auch die subkutane These meines Referats – schwebt nicht in der Luft. Er ist produziert. Er ist durch Akteure produziert, erzeugt, und das in einer relativ komplexen Gesellschaft der Rechtsinterpreten. Die Akteure haben unterschiedliche Rollen und vor allem auch eine unterschiedliche Legitimation bzw. Legitimität. Die Struktur dieser Gesellschaft ist natürlich sehr wichtig, um zu verstehen, wie in Deutschland oder in Frankreich verschiedene wissenschaftliche oder dogmatische oder doktrinelles Diskurse erzeugt worden sind und erzeugt werden. Die

Frage nach der Legitimation ist meines Erachtens in Frankreich wichtig. Weil, wie *Christoph Schönberger* erwähnt hat, wir eine besondere Institution wie den *Conseil d'État* haben. Der *Conseil d'État* ist kein Bundesverfassungsgericht, er ist allerdings auch kein Bundesverwaltungsgericht. Er ist etwas sehr Besonderes und sehr Eigenartiges. Wie zutreffend bemerkt worden ist: Die Mitglieder des *Conseil d'État*, die *Conseillers*, sind zwar Juristen, aber sie sind nicht – nicht mehr – durch die juristischen Fakultäten sozialisiert. Vor der ENA [*École nationale d'administration*] besuchen sie normalerweise *Sciences Po* oder, wie *Laurent Fabius*, der heutige Präsident des Verfassungsrates, *Normale Sup'* [*École normale supérieure* – ENS], also die *Grandes Écoles*, nicht die normalen, „proletarischen“ Universitäten Frankreichs. Und sie haben wirklich eine beherrschende Stellung inne. Ich wiederhole mich hier: Die Tradition des Verwaltungsrechts in Frankreich ist sehr „*Conseil d'État*-orientiert“. In meinem Referat habe ich nicht gewagt, zu sagen: Auch wir Professoren des Öffentlichen Rechts begegnen dieser Tradition mit einer gewissen Ehrfurchtshaltung und dementsprechend einem selbstauferlegten, vorausseilenden Gehorsam. Wir machen uns angesichts des *Conseil d'État* sehr gerne klein. Ich habe die zentrale Rolle des *Conseil d'État*, der *Conseillers d'État* im verwaltungsrechtlichen Schrifttum erwähnt. Aber was ich auch nicht gesagt habe: Bei den verwaltungsrechtlichen Dissertationen ist es sehr gut angesehen, wenn in der Prüfungskommission der *soutenance de thèse* ein *Conseiller d'État* sitzt. Und das ist auch wichtig. Ich habe des Weiteren nicht erwähnt, dass im *concours national d'agrégation de droit public*, d.h. dem *concours* für die Rekrutierung der Professoren für Öffentliches Recht, immer ein *Conseiller d'État* mitwirkt. Ich habe schließlich auch nicht erwähnt, dass die Professoren sehr selten Mitglieder des *Conseil d'État* werden, sie werden vom *Conseil d'État* sehr selten rekrutiert, allenfalls zum Zwecke eines „Praktikums“. Natürlich gibt es seltene, sehr seltene Ausnahmen. Aber die *Conseillers d'État* ihrerseits werden sehr gerne – was man in Deutschland nennen würde: – Honorarprofessoren, freilich Honorarprofessoren *mit* Honorar, denn bei uns wird diese Tätigkeit entlohnt. Mein lieber Doktorvater *Michel Fromont* sagte mir einmal: „In Frankreich liegt der Staat, die Staatsgewalt, beim *Conseil d'État*.“ Und ich denke, das ist recht zutreffend beobachtet und ausgedrückt. Man muss die zentrale Rolle sehen, die der *Conseil d'État* in dieser – ich habe gesagt: offenen Gesellschaft, das war ein Euphemismus – also in dieser Gesellschaft der Interpreten zumindest des Verwaltungsrechts, spielt. Das beantwortet eine weitere Frage: Es kann – worauf *Christoph [Schönberger]* zu Recht hingewiesen hat – in dieser besonders strukturierten Gesellschaft Frankreichs das Juristenrecht oder das wissenschaftliche Recht im Sinne Savignys oder Puchtas usw. nicht geben. Diese Gesellschaft ist nicht fragmentiert, sondern hierarchisch

geordnet. An *Johannes Masing* gerichtet: Es gibt keine vernünftige Hoffnung für uns auf einen normativen Einfluss auf die Rechtsprechung des *Conseil d'État* oder auch des Verfassungsrats. Da der *Conseil d'État* – das sollte deutlich geworden sein – an erster und wichtigster Stelle steht, bleibt für uns Professoren nur die Rolle der Kommentatoren. Die Wahl ist: Entweder wir begleiten das Tun des *Conseil d'État*, wie Herr *Masing* das formuliert hat, nur in beschreibender und ordnender Weise. Das wäre dann ein weiteres Stück „Knechtschaft“ – wir verehren den *Conseil d'État*, wir begnügen uns damit, dessen Rechtsprechung zu beschreiben. Oder aber wir wählen die Alternative: Wir betreiben unsere Wissenschaft als kritische Wissenschaft und wir haben den Mut, das auch offen und offensiv zu tun. Es braucht Mut, weil manchmal erhalten wir einen Brief eines *Conseiller* folgenden Inhalts: „Ihr schöner Aufsatz hat uns sehr gut gefallen, *aber...*“ – und das sage ich aus eigener Erfahrung. Ich hoffe, ich habe damit wichtige Fragen annähernd beantwortet. Gestatten Sie mir noch einige zusätzliche Bemerkungen. Die *Conseillers d'État* lassen sich gerne selbst als *associate professors* rekrutieren, und werden so als Teil der Wissenschaft angesehen. Sie treten mit uns und neben uns als Wissenschaftler allerdings, durch ihre staatliche Position geschützt, als besonders und ausgesprochen legitimierte Wissenschaftler auf. Das bezeichne ich als *concurrence déloyale*, als unlauteren Wettbewerb. Über Dogmatik: Wir machen Dogmatik, ohne es wirklich zu wissen. „Dogmatique“ ist kein gebräuchliches französisches Wort. Bei den französischen Professoren arbeiten nur diejenigen einigermaßen dogmatisch, die sich für das deutsche Recht interessieren. Die anderen machen *doctrine*. Aber wie übersetzt man *doctrine* auf Deutsch? „Doktrin“ – das geht nicht. Also deshalb, habe ich die Worte „Dogmatik“ bzw. „dogmatisch“ in einem eher unbestimmten Sinne benutzt. An Herrn *Funke* gerichtet: Ich wollte nicht über den Stand der Lehrbücher zum Allgemeinen Verwaltungsrecht reden. Meine diesbezüglichen Bemerkungen zielten nicht darauf. Ich bin überzeugt, dass die deutschen Lehrbücher zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, nicht weniger als die französischen, darstellen, was das Allgemeine Verwaltungsrecht leisten sollte, müsste, könnte. Sondern ich wollte nur sagen, dass mir aufgefallen ist, dass es im französischen Verwaltungsrecht nicht diese Impulse, die ich im deutschen Verwaltungsrecht sehe, zur Formulierung eines Gesamtkonzeptes gibt. D.h. das wird wenig reflektiert, mehr wollte ich auch nicht sagen. Zu Herrn *Groß*: Ja, allgemeine Regeln des französischen Verwaltungsrechts vermitteln eine gewisse Einheit, vereinheitlichen die Materie. Das ist ganz zutreffend. Meine Ausführungen bezogen sich indes auf den wissenschaftlichen Diskurs statt auf das positive Recht. Und dass wir in der französischen Wissenschaft über diese allgemeinen Regeln wirklich einen dogmatischen oder theoretischen oder wissenschaftlichen – wie *Johannes Masing* will – Diskurs hätten, kann

ich leider nicht bestätigen. Und zum Schluss an Herrn *Franzius* gerichtet: Ja, meine These ging dahin, dass für mich der Begriff Fragmentierung im Öffentlichen Recht nicht das ist, was wir heute in Frankreich brauchen. Aber auch ein negatives Ergebnis ist ein Ergebnis. Und die These war auch, wie ich ganz am Ende gesagt habe: Es ist besser, wenn wir weiter – wenn auch fragend und ohne große Hoffnung – über Einheit oder Identität nachdenken. Das war ja auch das, was ich im zweiten, historischen Teil meiner Ausführungen zu zeigen versucht habe: Wenn wir die Sache in diesem anderen, sozusagen indirekten Sinn reflektieren, können wir die Fragmentierungen im öffentlichen Recht viel besser sehen und bewerten, als wenn wir direkt, d.h. unvermittelt und unhistorisch danach suchen. Das war überhaupt die These. Zum Schluss möchte ich mich sehr beim Vorstand für dieses wunderbare Thema bedanken.

Franz Merli: Dankeschön. Ich füge nur hinzu, dass wir heute eine Premiere erlebt haben: Das erste Mal hat ein französischer Wissenschaftler hier referiert, und das sollten wir auch festhalten.

