

Regulierender Staat und konfliktschlichtendes Recht

Festschrift für Matthias Schmidt-Preuß
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von
Markus Ludwigs



Duncker & Humblot · Berlin

Regulierender Staat und
konfliktschlichtendes Recht

Festschrift für Matthias Schmidt-Preuß
zum 70. Geburtstag

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1389

Regulierender Staat und konfliktschlichtendes Recht

Festschrift für Matthias Schmidt-Preuß
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von
Markus Ludwigs



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: 3p+w GmbH, Rimpf
Druck: Druckteam, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-15156-1 (Print)
ISBN 978-3-428-55156-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85156-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Am 1. September 2018 vollendet *Matthias Schmidt-Preuß* sein 70. Lebensjahr. Aus diesem Anlass widmen ihm Freunde, Kollegen und Schüler, Wegbegleiter seines langjährigen erfolgreichen Wirkens in Theorie und Praxis, diese Festschrift. Ihnen allen ist es ein Anliegen, dem Jubilar hiermit eine besondere Freude zu bereiten.

Matthias Schmidt-Preuß wurde im Jahr 1948 in Heidelberg geboren. Nach dem Abitur 1967 in Kassel studierte er, gefördert durch die Studienstiftung des deutschen Volkes, von 1967 bis 1971 Rechtswissenschaften in Tübingen, Gießen und Marburg. Das erste juristische Staatsexamen legte der Jubilar im Februar 1972 mit der Bestnote ab. 1976 folgte die Promotion (*s.c.l.*) bei *Peter Häberle* in Marburg mit einer Dissertation zum Thema „Verfassungsrechtliche Zentralfragen staatlicher Lohn- und Preisdirigismen“. Die bis heute vielzitierte Schrift fragt nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines staatlichen Lohn- und Preisstopps. Dazu untersucht *Schmidt-Preuß* die ökonomischen Wirkungszusammenhänge und stellt als Anschauungsmaterial das US-amerikanische System staatlicher Lohn- und Preisdirigismen dar. Befruchtet wurde die Arbeit durch ein, wiederum von der Studienstiftung des deutschen Volkes unterstütztes, Aufbau- und Ergänzungsstudium der Volks- und Betriebswirtschaftslehre in Bonn sowie einen Studien- und Forschungsaufenthalt an der Harvard University im Rahmen eines *Charles W. Holtzer Fellowships*.

Nach dem im Jahr 1978 erfolgreich abgeschlossenen zweiten juristischen Staatsexamen zog es den Jubilar zunächst in die Praxis, genauer in das Bundesministerium für Wirtschaft (BMWi). Dort war er in den Jahren 1979 bis 1988 zunächst als Referent im Kartellreferat und sodann als Kabinettreferent des Ministers tätig. Im BMWi lernte er die praktischen Grundlagen einer durch die soziale Marktwirtschaft geprägten Wirtschaftsordnung kennen. Seine spätere Forschung hat aus dieser Zeit wichtige Impulse erfahren. Zugleich pflegte *Schmidt-Preuß* stets die Verbindung zur Wissenschaft, indem er kontinuierlich publizierte und Vorträge hielt. Auf dieser Grundlage beschritt er 1988 den Weg zurück aus der Praxis an die Universität. Gefördert durch ein DFG-Stipendium verfasste der Jubilar in den Jahren 1989 bis 1992 die von *Walter Schmitt Glaeser* in Bayreuth betreute und bei *Duncker & Humblot* veröffentlichte Habilitationsschrift zum Thema „Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis“. Darin entwarf er mit der Konfliktschlichtungsformel eine Neukonzeption des traditionell bipolaren subjektiven öffentlichen Rechts für die komplexen multipolaren Konfliktfälle, in denen sich private Träger kollidierender Interessen gegenüberstehen. Die nachhaltige Rezeption der von ihm entwickelten Konfliktschlichtungsformel in Wissenschaft und Praxis führte zu einer 2005 erschienenen Zweitaufgabe.

Nur kurze Zeit nach der Habilitation im Jahr 1992 eröffneten sich zeitgleich Möglichkeiten zur Übernahme eines Lehrstuhls an der Christian-Albrechts-Universität Kiel und der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. *Schmidt-Preuß* entschied sich für die Annahme des Rufes nach Erlangen und bekleidete dort von 1993 bis 2002 als Ordinarius einen Lehrstuhl für Öffentliches Recht. Im Jahr 1996 folgte sein vielbeachtetes Dresdner Staatsrechtslehrerreferat über „Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung“. Darin konzipierte er die gesteuerte Selbstregulierung und kreierte die Zugriffsoption des Staates als unverzichtbares Element zur Vermeidung staatlicher Kontrollverluste. Neben dem subjektiven öffentlichen Recht eröffnete sich damit gleichsam ein zweiter Kernbereich seiner wissenschaftlichen Arbeit, der ihn bis heute nicht mehr losgelassen hat.

Nachdem *Schmidt-Preuß* der Erlanger Fakultät von 1999 bis 2002 zunächst als Prodekan und dann als Dekan gedient hatte, folgte er 2002 dem Ruf an die Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Hier erschloss sich ihm mit dem Regulierungsrecht eine dritte Domäne, der fortan sein wissenschaftliches Herzblut gelten sollte. Mit großer Leidenschaft und Begeisterung arbeitete er sich in die interdisziplinären Materien des Energie- und Telekommunikationsrechts ein, um zu ihrer wissenschaftlichen Durchdringung maßgeblich beizutragen. Aus der Fülle an Aktivitäten in diesem Bereich seien neben zahlreichen diskussionsprägenden Abhandlungen vor allem seine Funktion als Mitherausgeber der Zeitschrift „Recht der Energiewirtschaft (RdE)“ und des Handbuchs „Regulierung in der Energiewirtschaft“ (2. Aufl. 2016) sowie die Mitbegründung der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht im Jahr 2013 hervorgehoben. Dass sich sein Wirkungskreis nicht allein auf den nationalen Rechtsraum beschränkt, dokumentieren Auslandsvorträge u. a. in Moskau, Peking, Sankt Petersburg, Straßburg und Tokio. Darüber hinaus blieb auch der Kontakt in die Praxis stets erhalten. Seine Expertise als Sachverständiger vor Ausschüssen des Deutschen Bundestages sowie als Prozessvertreter und Gutachter ist stets gefragt. Besonderes Engagement widmete *Schmidt-Preuß* der Etablierung des Regulierungsrechts in der Juristenausbildung. Die hervorragend besuchten Schwerpunktveranstaltungen zum Energie- und Telekommunikationsrecht begeisterten aufgrund der lebendigen Stoffvermittlung zahlreiche Jahrgänge Bonner Studierender und legten nicht selten die Grundlage für eine berufliche Zukunft in diesem dynamischen Berufsfeld. Eine Vielzahl exzellenter und vom Jubilar mit bewundernswerter – wenngleich bisweilen an Belastungsgrenzen gehender – *Verve* betreuten Qualifikationsschriften dokumentieren seine besondere Qualität als akademischer Lehrer. Dabei zeichnet ihn die Hingabe aus, mit der er sich eben nicht nur der eigenen wissenschaftlichen Arbeit, sondern auch den Anliegen seiner Schülerinnen und Schüler widmet. Seit 2011 erfolgt die Publikation einschlägiger Dissertationsschriften vielfach in der von *Schmidt-Preuß* mitbegründeten Reihe zum „Kartell- und Regulierungsrecht“ im *Nomos Verlag*. Trotz formeller Beendigung des Beamtenverhältnisses am 28. Februar 2017 befindet sich der Jubilar weiterhin im „Unruhestand“. So bestreitet er etwa an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Uni-

versität Bonn mit ungebrochener Begeisterung die regulierungsrechtlichen Veranstaltungen, immerhin ein Deputat von sieben Semesterwochenstunden. Seine wissenschaftliche Neugier ist unerschöpflich.

Mit dem Titel dieser Festschrift „Regulierender Staat und konfliktschlichtendes Recht“ werden die drei skizzierten Kernthemen von *Schmidt-Preuß* adressiert. Folgerichtig finden sich auf den nachfolgenden Seiten viele Beiträge, die hierzu einen spezifischen Bezug aufweisen. Daneben wurden bewusst weitere Gebiete aufgenommen, um dem breiten Œuvre des Geehrten gerecht zu werden. Zugleich spiegelt das vorliegende Werk seinen Lebensweg in personeller Hinsicht wider, finden sich hierin doch neben renommierten Professorinnen und Professoren auch nicht minder namhafte Praktikerinnen und Praktiker aus Behörden, Gerichten und Anwaltschaft. Es bringt auch die besondere Verbundenheit zum Ausdruck, die ihn seit seiner Habilitationsschrift mit dem Verlag Duncker & Humblot verbindet.

Autorinnen und Autoren, Herausgeber und Verlag danken *Matthias Schmidt-Preuß* für vielfältige Begegnungen und persönliche Gespräche. Sie alle freuen sich auch in Zukunft auf mannigfaltige Denkanstöße aus seiner Feder und wünschen ihm, seiner Frau Brigitte und Sohn Christian viele weitere gemeinsame Jahre!

Würzburg, im Juli 2018

Markus Ludwigs

Inhaltsverzeichnis

.....	9
A. Staats- und Verwaltungsrecht	
<i>Richard Bartlsperger</i> Das Verwaltungsrecht als rechtswissenschaftliches Problemfeld	3
<i>Max-Emanuel Geis</i> Privatrechtliche Qualitätssicherungsverfahren im Verwaltungsrecht	21
<i>Jörg Gundel</i> Grundrechtsfähigkeit für ausländische Staatsunternehmen? – Überlegungen aus Anlass des BVerfG-Urteils zum beschleunigten Atomausstieg	33
<i>Felix Hardach</i> Gesetzesbegründungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	53
<i>Christian Hillgruber</i> Asylrecht und Flüchtlingsschutz – grenzenlose Garantien?	69
<i>Peter M. Huber</i> Keine Grundrechtsfähigkeit öffentlich beherrschter Unternehmen	87
<i>Friedhelm Hufen</i> Nudging – oder: Wohin und wie weit darf der Staat seine Bürger schubsen?	99
<i>Josef Isensee</i> Nahrung als Thema des Verfassungsrechts. Grundrechtsrelevanz und Sicher- stellungsauftrag	111
<i>Wolfgang Kahl</i> Verfahrensvorschriften als subjektive öffentliche Rechte – Eine entwicklungs- geschichtliche Betrachtung	135
<i>Michael Kloepfer</i> Bundesverfassungsgericht und Verfassungsrechtswissenschaft	161

<i>Wolfgang Löwer</i>	
Zur geschichtlichen Entwicklung der Normenkontrolle	169
<i>Hartmut Maurer</i>	
Aktuelle Probleme des Bundestagswahlrechts	199
<i>Christoph Moench</i>	
Der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Atomausstieg	215
<i>Ingolf Pernice</i>	
Stärkung der Demokratie in der Digitalen Konstellation	241
<i>Ralf P. Schenke</i>	
Die Kernbrennstoffsteuer – Blick zurück und nach vorn	257
<i>Wolf-Rüdiger Schenke</i>	
Das parlamentarische Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland ...	273
<i>Foroud Shirvani</i>	
Sozialbindung des Eigentums	303
<i>Udo Steiner</i>	
Das Bundesverfassungsgericht und das deutsche Zivilrecht	319

B. Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht

<i>Ulrich Battis</i>	
Zur Zukunft der Rüstungsexportkontrolle	335
<i>Martin Burgi</i>	
Der sog. Grundsatz der Selbstorganschaft als Privatisierungsgrenze	343
<i>Matthias Herdegen</i>	
Die Reform der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion: vor einem Systemwechsel bei Risiko und Haftung	359
<i>Jens Koch</i>	
Öffentlich-rechtliche Informationsrechte versus aktienrechtliche Verschwiegenheitspflichten	367
<i>Matthias Ruffert</i>	
Verfassungsrechtliche Zukunftsfragen der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion	387

<i>Franz Jürgen Säcker</i>	
Begrenzung der Übermacht im Vertragsrecht durch <i>iustitia correctiva</i> oder durch Wettbewerb	403
<i>Reiner Schmidt</i>	
Leistungsbilanzausgleich im rechtlosen Raum	419
<i>Rupert Scholz</i>	
Rekommunalisierung und private Wettbewerber	433
<i>Achim Schunder</i>	
Der Kampf um die Sonntagsladenöffnung – die (unheilige) Allianz zwischen Kirchen und Gewerkschaften	453
<i>Rudolf Streinz</i>	
Europarechtliche Vorgaben für die autonome Sportgerichtsbarkeit – Folgen des Falles <i>Claudia Pechstein</i>	463
<i>Winfried Wegmann</i>	
Der Deutsche Corporate Governance Kodex. Gesteuerte Selbstregulierung im Aktienrecht	477

C. Kartell- und Regulierungsrecht

<i>Florian Bien</i>	
Kollidierende Privatinteressen in der Fusionskontrolle. Fusionskontrollrechtlicher Drittschutz aus der Perspektive der <i>Schmidt-Preuß</i> 'schen Konflikt-schlichtungsformel	523
<i>Wolfgang Durner</i>	
Mitnutzungsanspruch und Streitbeilegung nach § 77d und § 77n TKG	545
<i>Klaus Ferdinand Gärditz</i>	
Effektiver Rechtsschutz im TK-Entgeltgenehmigungsverfahren: Inter-temporale Konfliktschlichtung im Prozess zwischen Verfassungs- und Unionsrecht ...	561
<i>Hubertus Gersdorf</i>	
Frauenförderung als Element des Regulierungsrechts am Beispiel der Frauenquote für die Wirtschaft	585
<i>Annegret Groebel</i>	
Vergleich der institutionellen Vorschläge im <i>Connectivity Package</i> („TK-Review-Paket“) und dem <i>Clean Energy Package</i> („Winterpaket“)	605

<i>Iris Henseler-Unger</i>	
Regulierung und Transparenz – Ein Spannungsfeld. Mit besonderem Bezug zu den von der BNetzA regulierten Bereichen	639
<i>Jochen Homann</i>	
Zum Verhältnis von Ökonomie und Recht	657
<i>Jürgen Kühling</i>	
Gemeinwohlverwirklichung im Wettbewerb in den Netzwirtschaften – ein Vergleich nach 20 Jahren Regulierung durch die Bundesnetzagentur	671
<i>Markus Ludwigs</i>	
Konvergenz oder Divergenz der Regulierung in den Netzwirtschaften – Zur Herausbildung allgemeiner Grundsätze im Recht der Regulierungsverwaltung	689
<i>Sebastian Merk</i>	
Grenzen der Regulierung	713
<i>Andreas Mundt</i>	
Verbraucherschutz durch das Bundeskartellamt – Bewährte und neue Instrumente	725
<i>Karsten Otte</i>	
Nachträgliche Beschwerde gegen Entgeltgenehmigungen?	737
<i>Wulf-Henning Roth</i>	
Das Unternehmen als „wirtschaftliche Einheit“ im europäischen und deutschen Kartelldeliktsrecht	749
D. Energie- und Umweltrecht	
<i>Ulrich Bündenbender</i>	
Die Rechtsfolgen unwirksamer Preisanpassungsklauseln in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes mit dogmatischer Bewertung im Lichte der Rechtsgeschäftslehre	785
<i>Peter Franke</i>	
Netzregulierung und Kraftwerke	809
<i>Hans D. Jarass</i>	
Neues zur Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Anlagenzulassung im Immissionsschutzrecht	835
<i>Martin Kment</i>	
Das verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis zwischen Energiewirtschaft und Raumordnung – Der Kompetenzstreit um die Erdverkabelung	847

<i>Torsten Körber</i>	
Digitalisierung als Herausforderung und Chance für Energiewirtschaft und Energerecht	865
<i>Gunther Kühne</i>	
Die Abänderbarkeit (energie-)regulierungsrechtlicher Behördenentscheidun- gen	879
<i>Gösta Christian Makowski</i>	
Energie × Miete – Das Mietrecht als Instrument zur Steigerung der Energieeff- izienz von Gebäuden	891
<i>Jochen Mohr</i>	
Prinzipien und System der Entgeltregulierung am Beispiel der Stromnetzent- geltverordnung	911
<i>Hans-Christoph Pape</i>	
Zum Aspekt der Wirtschaftlichkeit in der neuen Ordnung der kerntechnischen Entsorgung	935
<i>Kai Uwe Pritzsche</i>	
Ersatzversorgungssituationen, Anschlussnutzungsverträge und Notstroment- nahme im Übertragungsnetz	951
<i>Oliver Remien</i>	
Anlagengenehmigung und Umweltschädigung im internationalen Zivilrechts- fall – § 14 BImSchG und das Internationale Privatrecht	985
<i>Peter Salje</i>	
Regulierung und Privatrecht. Privatrechtliche Instrumentarien und der Beitrag des EEG 2017	1009
<i>Hartmut Weyer</i>	
Die Bedeutung des Grundsatzes der Belastungsgleichheit für Umlagen	1037
Schriftenverzeichnis von <i>Matthias Schmidt-Preuß</i>	1057
Verzeichnis der Autoren	1069

A. Staats- und Verwaltungsrecht

Das Verwaltungsrecht als rechtswissenschaftliches Problemfeld

Von *Richard Bartsperger*, Erlangen

Der Beitrag soll dem Jubilar in lebendig gebliebener Erinnerung an die gemeinsamen Jahre an der Erlanger Juristenfakultät gewidmet sein. Freilich, eine Themenwahl mit Bezug zum Werk des Jubilars konnte nicht leicht fallen, da dieses neben einigen je für sich bedeutsamen Abhandlungen zu staatsrechtlichen Fragen seine thematische Ausrichtung weitestgehend in spezifischen Bereichen des Verwaltungsrechts gesucht und zunehmend einen besonderen Schwerpunkt auf dem Gebiet von Energiepolitik, Energiewirtschaft und Energieumweltrecht gesetzt hat. Aber dabei treten denn auch Charakteristika zutage, die eine prinzipielle rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit auf sich zu ziehen vermögen. Objektiv wahrnehmbar erscheint eine Nähe zu zeitgeschichtlichen Tendenzen innerhalb der Staatsrechtslehre sowie von Seiten sachlich interessierter Fachdisziplinen, angesichts einer unter den gegenwärtigen Bedingungen wieder verstärkt vergegenwärtigten und gewichteten Wirklichkeitsbezogenheit und realen Bewirkungsfunktion der Verwaltung das während seiner neueren Ideengeschichte recht dogmatisch und rechtswissenschaftlich überkommene und etablierte Verwaltungsrecht methodisch einer sozialwissenschaftlichen Systembildung und wissenschaftstheoretisch einem Rechtsrealismus, einem dementsprechenden sogenannten steuerungswissenschaftlichen Ansatz zu öffnen.¹ Eine solche „neue“ methodische und wissenschaftstheoretische Sicht von Verwaltung und Verwaltungsrecht besagt und bedeutet, die Verwaltungsrechtswissenschaft von einer „anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft“ zur „rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“ zu entwi-

¹ Zu der betreffenden sogenannten Steuerungstheorie im Bereich von Verwaltung und Verwaltungsrecht *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundlagen, 1993, S. 65 ff., *ders.*, Verwaltungswissenschaft – Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungsrechtslehre, 2000, *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 18 ff., in der 2. Aufl. 2006, S. 18 ff. und 277 ff., *ders.*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 18 ff., *Scherzberg*, in: Trute u. a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 837 (862 ff.), *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl. 2012, § 1, S. 1 Rn. 14 ff., *Franzius*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, a.a.O., S. 178 ff. sowie eine weitere Erörterung und die Nachw. bei *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, S. 233 ff.; siehe auch *Rottmann*, Bemerkungen zu den „neuen“ Methoden der Neuen Verwaltungswissenschaft, in: Christensen u. a. (Hrsg.), Rechtstheorie in praktischer Absicht, 2008, S. 207 ff.

ckeln.² Eine Akzentsetzung in dieser Richtung lässt sich wohl auch in dem vom Jubilar dezidiert vertretenen rechtsdogmatischen Konzept vom „subjektiven öffentlichen Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis“ erkennen.³ Danach soll im Falle von verwaltungsrechtlichen Regelungen zu bipolar gegenüberstehenden Privatinteressen ein betreffendes subjektives öffentliches Recht von Beteiligten sich nicht unmittelbar gegen den Staat richten; vielmehr soll dieser von betreffenden Beteiligten aufgrund des einschlägig angenommenen gesetzlichen Konfliktschlichtungsprogramms lediglich in der Rechtstellung eines Pflichtsubjekts in Anspruch genommen werden können.⁴ Erklärtermaßen haben die so gesehene Entstehungsbedingungen einer subjektiv-rechtlichen Konfliktschlichtung unter den Beteiligten eine „Ordnungsnorm“ zur Voraussetzung, die in ihrer genuinen Rechtsfunktion primär einen objektiven Realisierungscharakter besitzt, das betreffende gesetzliche Konfliktschlichtungsprogramm als den „Sachmaßstab zu dem Ausgleich der kollidierenden Privatinteressen“ konstituiert und diesen Ausgleich in seiner realen Ordnungsfunktion „steuert“.⁵ Auch die genannten eindrucksvoll zahlreichen Beiträge im Werk des Jubilars zum neuen Energierecht werden, wenngleich aus dem gegebenen Anlass ob ihres sehr spezifischen Fachgegenstandes wohl verständlicherweise nicht genauer besehen, mit der angesprochenen steuerungsfunktionalen Entwicklung von Verwaltung und Verwaltungsrecht sowie mit dem dementsprechend vertretenen steuerungswissenschaftlichen Ansatz der Verwaltungsrechtslehre, mit dessen methodischen und wissenschaftstheoretischen Konsequenzen, in Verbindung zu bringen sein. Allein schon thematisch erkennbar treten die unter den Gegenwartsbedingungen von Verwaltungsgesetzgebung und Verwaltungstätigkeit für diese in weiten Bereichen und in bestimmender Weise zu beobachtenden und kennzeichnend gewordenen Erscheinungen einer rechtsrealistischen Seite bzw. einer überhaupt prinzipiell rechtsrealistischen Funktion des Verwaltungsrechts sowie eines dementsprechend realwissenschaftlichen Funktionswandels der Verwaltung zutage. Es handelt sich hier um Anzeichen dafür, dass sich im positiven Verwaltungsrecht und in der Verwaltungstätigkeit ein Wandel in dieser funktional realitätsbezogenen Richtung ergeben und dass infolgedessen die anwendungsbezogene Rechtsdogmatik des Verwaltungsrechts dementsprechend die Züge einer realitätsbestimmten und realitätswirksamen Rechtskunde, Rechtserfahrung und Rechtsklugheit angenommen hat. Das Folgeproblem einer solchen zu beobachtenden Entwicklung des positiven Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtsdogmatik ist die aus fachspezifisch methodischer und wissenschaftstheoretischer Sicht zu stellende Frage nach dem Verbleib einer Rechtswissenschaft im Bereich von Verwaltung und Verwaltungsrecht, einer „bloßen Rechtswissenschaft“, welcher die systematische Kenntnis des in der Idee verfassungsstaatlicher Ordnung auf „unwandelbaren Prinzipien“ a priori beruhenden Verwaltungs-

² Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 19.

³ Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht – Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, 1992.

⁴ Schmidt-Preuß (Fn. 3), S. 212.

⁵ Schmidt-Preuß (Fn. 3), S. 212 ff. und 247 ff.

rechts obliegt.⁶ Elemente einer realwissenschaftlichen Methode und Wissenschaftstheorie machen das Verwaltungsrecht und die Verwaltungsrechtslehre nicht zum ersten Mal in deren Ideengeschichte zu einem rechtswissenschaftlichen Problemfeld. Bezeichnend und zutreffend erscheinen unter den solcherart angenommenen Gegenwartsbedingungen der Verwaltungsrechtslehre die epochal schon frühzeitig getroffenen warnenden Beurteilungen, durch die Heranziehung zur „technischen Bewältigung konkreter ‚Pannen‘“ und durch eine solche „Überanstrengung des Rechts“ sei „das Verwaltungsrecht zum Schrecken der Juristen geworden.“⁷

I. Die Verwaltungsrechtslehre als wissenschaftstheoretisches und methodisches Problemfeld

1. Auch schon ohne die aktuelle Verstrickung der Verwaltungsrechtswissenschaft in den angesprochenen, aus einem prinzipiellen „neuen“ wissenschaftstheoretischen und methodischen Anspruch konzipierten und artikulierten steuerungswissenschaftlichen Ansatz ist die im Verlaufe der Entwicklung öffentlicher Verwaltung und unter den Gegenwartsbedingungen sich verstärkt bemerkbar machende und als solche wahrgenommene realwissenschaftliche Funktion von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtslehre ein zeitgeschichtliches Thema der sie betreffenden Fachdisziplinen. Namentlich aus speziell rechtswissenschaftlicher Sicht handelt es sich um eine die Verwaltungsrechtslehre von Anfang an ideengeschichtlich begleitende Problematik wissenschaftlicher Systembildung; nur ist die betreffende Thematik in wissenschaftstheoretischer Hinsicht jeweils anders aufgegriffen, beurteilt und zu lösen versucht worden.

In bemerkenswerter und eindrucksvoller Weise sind sogar in der unmittelbaren Nachkriegszeit, in der ersten Phase der unter dem Grundgesetz entstehenden Verwaltungsrechtslehre, Forderungen erhoben worden, im Unterschied zu der seit der spät-konstitutionellen Epoche sich etablierenden „juristischen Theorie“ der Verwaltungsrechtswissenschaft zu einer „Verwaltungsreform“ durch „Erneuerung der Verwaltungswissenschaft“ zu gelangen.⁸ Im Rückblick auf die ideengeschichtliche Entwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft hat sich das seinerzeitige Postulat dagegen gerichtet, dass das bürgerliche Recht „der geistige Steinbruch für die Ver-

⁶ Zugrundegelegt sind hier das Begriffsverständnis und die Begriffsverwendung von Rechtsdogmatik und „Rechtswissenschaft“, wie diese in der „Rechtslehre“ des transzendentalphilosophischen Idealismus, in dessen praktischer Vernunftidee vom Recht, verstanden werden (*Kant*, Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, hier: Philosophische Bibliothek Band 360, hrsgg. von *Ludwig*, 3. Aufl. 2009, S. 37, § A); zur erkenntnis- und wissenschaftstheoretischen Definition des dabei verwendeten Begriffs einer „natürlichen Rechtslehre“ siehe auch a.a.O., S. 46, § B.I.

⁷ Siehe bei *Werner*, DVBl. 1959, 527 (528).

⁸ Siehe die dezidierte und nachdrückliche Argumentation bei *Nass*, Verwaltungsrechtsreform – Durch Erneuerung der Verwaltungswissenschaft, 1950, insb. S. 8 f., 18 f. und 48 f.