

Umwelt, Wirtschaft und Recht

Wissenschaftliches Symposium
aus Anlaß des 65. Geburtstages
von Reiner Schmidt

16./17. November 2001

2002

herausgegeben von

Hartmut Bauer / Detlef Czybulka
Wolfgang Kahl / Andreas Voßkuhle

Mohr Siebeck



H
7
002
SCHRE
65

NA 6315

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme
Umwelt, Wirtschaft und Recht : Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß
des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, 16./17. November 2001 / Hrsg.:
Hartmut Bauer. ... - Tübingen : Mohr Siebeck, 2002
ISBN 3-16-147834-7

© 2002 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.
Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung
außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags un-
zulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikrover-
filmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.
Das Buch wurde von Computeratz Staiger in Pfäffingen aus der Stempel-Garamond gesetzt,
von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von
der Großbuchbinderei Heint. Koch in Tübingen gebunden.

Inhaltsübersicht

MICHAEL STOLLEIS, Frankfurt am Main
Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und
Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg..... 1

BERNHARD SCHMIDT-ALBANN, Heidelberg
Der Beitrag des öffentlichen Wirtschaftsrechts
zur verwaltungsrechtlichen Systembildung 15

CLAUS-WILHELM CANARIS, München
Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten 29

HARTMUT BAUER, Dresden
Internationalisierung des Wirtschaftsrechts:
Herausforderung für die Demokratie 69

DETLEF CZYBULKA, Rostock-Warnemünde
Zur „Ökologienpflichtigkeit“ des Eigentums
Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgeber 89

WOLFGANG KANTL, Gießen
Der Nachhaltigkeitsgrundsatz im System der Prinzipien
des Umweltrechts 111

LUTZIUS WILDHABER, Straßburg
Umweltschutz in der Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs
für Menschenrechte 149

JERZY STELMACH, Kraków	
Die intuitiven Grundlagen der Jurisprudenz	161
ANDREAS VOLKUHLE, Freiburg i.Br.	
Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methoden- verständnis am Beispiel des Umweltrechts	171
REINER SCHMIDT, Augsburg	
Schlußwort	197
Teilnehmerliste	201

Wie entsteht ein Wissenschaftszweig?
Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht
nach dem Ersten Weltkrieg

MICHAEL STOLLERS, Frankfurt a.M.

I.

Reiner Schmidt, dem wir nicht nur ein dreibändiges „Öffentliches Wirtschaftsrecht“, sondern auch ein dazugehöriges Compendium „Öffentliches Wirtschaftsrecht“ verdanken,¹ erklärt 1997 im Vorwort dieses Compendiums: „Das öffentliche Wirtschaftsrecht, vielfach auch noch Wirtschaftsverwaltungsrecht genannt, ist als Studien- und Prüfungsfach, zumeist im Rahmen einer Wahlfachgruppe, an den Universitäten und Fachhochschulen fest etabliert“. Niemand zweifelt an der Richtigkeit dieses Satzes, und wer dennoch zweifelte, könnte die Prüfungsordnungen samt den Vorlesungsangeboten deutscher Hochschulen durchblättern und sich die Richtigkeit bestätigen lassen.

Den Wissenschaftshistoriker, dem nichts selbsterständlich ist, interessieren jedoch an diesem Satz zwei Punkte: Was bedeutet es, daß dieses Spezialfach früher „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ genannt wurde,² und wie kommt es dazu, daß sich Bezeichnungen dieser Art einander ablösen? Welcher Perspektivenwandel steckt hinter der Auswechslung von altnodisch oder geradezu falsch gewordenen Etiketten? Der zweite Punkt betrifft jenes „fest etabliert“. Das ist ein Satz des wissenschaftlichen Establishments. Man hat nicht mehr um Anerkennung des Fachs zu kämpfen; das Fach gehört zum Kanon. Früher war das offenbar nicht so. Wie sah also die Zeit vor der Etablierung aus, und seit wann kann dieses selbstgewisse „etabliert“ verkündet werden? Der Wissenschaftshistoriker nähert sich der Sache, die er wissen möchte, über die Analyse des Sprachgebrauchs.

¹ R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht. Allgemeiner Teil, 1990; ders. (Hrsg.), Besonderer Teil 1, 1995, Teil 2, 1996; ders., Compendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1998.

² Repräsentativ H. D. Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. 1984; P. Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: I. v. Münch/E. Schmidt-Abmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. Berlin New York 1992, 179 ff.; R. Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 5. Aufl. 1987.

Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht
Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen
Methodenverständnis
am Beispiel des Umweltrechts

ANDREAS VOßKUHLE, Freiburg i. Br.

I. Die Gretchenfrage: Wie hält es der Wissenschaftler mit der Methode?	172
1. Methodischer Anspruch: „Rechtswissenschaft ist methodisch oder sie ist nicht!“	172
2. Methodenstreit: Methode versus Methodensynkretismus	173
3. Methodenverdrängung: „Methode hat man, über Methode spricht man nicht!“	175
II. Gründe, die Gretchenfrage neu zu stellen: Neue Einwirkungspotentiale	177
1. Europäisierung und Internationalisierung des (Öffentlichen) Rechts	177
2. Europäisierung und Internationalisierung der (Rechts-)Wissenschaft	178
3. Schwerpunktverlagerungen: Von der anwendungsbezogenen Interpretations- zur rechtssetzungsorientierten Entscheidungswissenschaft	179
III. Die Gefahr von Rationalitätsverlusten durch mangelndes Methodenbewußtsein – einige Beispiele	181
1. Uninformierte Theorieimporte	182
2. Unreflektierte Rechtsimporte	184
3. Der unsichere Umgang mit „Wirklichkeit“	185
4. Der unsichere Umgang mit sog. „Schlüsselbegriffen“	186
IV. Anforderungen an die Arbeitsweise im öffentlichen Recht vor dem Hintergrund eines differenziert-integrativen Methodenansatzes: Ein pragmatisches Sieben-Stufen-Modell	188
1. Motivationsanalyse: Wie definiere ich das Problem, und was sind meine Erkenntnisinteressen?	189
2. Sachverhaltsanalyse: Welche Tatsachen lege ich zugrunde?	190
3. Bestandsanalyse: Welche Lösungsansätze wurden und werden innerhalb der Rechtswissenschaft und in anderen Disziplinen diskutiert?	191
4. Alternativenanalyse: Auf welchen sachlichen und theoretischen Prämissen basieren die Lösungsansätze und wie sind sie methodisch zu qualifizieren?	191
5. Rahmenanalyse: Welche Lösungsansätze sind mit dem Recht noch vereinbar?	192

6. Begründungsanalyse: Welchen Maßstab lege ich warum dem eigenen Entscheidungsvorschlag zugrunde? 192
7. Aktionsanalyse: Was folgt daraus? 193
- V. Methode und Forschungsstil 194

I. Die Gretchenfrage:

Wie hält es der Wissenschaftler mit der Methode?

Wer sich und andere allzu häufig mit der Frage maltretiert: „Sag, wie hältst Du es mit der Methode?“, begibt sich nicht nur auf schwieriges und äußerst unübersichtliches Terrain. Er erinnert – mit *Pierre Bourdieu* gesprochen – schnell „an jenen Kranken, von dem Freud berichtet, der seine Zeit mit dem Putzen seiner Brille verbrachte, ohne sie je aufzusetzen“¹. Nun macht es aber ebenso wenig Sinn, immer mit einer ungeputzten Brille herumzulaufen. Deshalb sollen hier – allen Gefahren zum Trotz – einige Gedanken zum Stand der Methodentwicklung und zur wissenschaftlichen Arbeitsweise im Öffentlichen Recht vorgestellt werden, die ich anhand von fünf Thesen entwickeln möchte. Die *Ausgangsthese* lautet: Der unendliche Diskurs über die richtige Methode im Öffentlichen Recht hat unter vielen Rechtswissenschaftlern zu einer gewissen Methodenmüdigkeit geführt.

1. Methodischer Anspruch:

„Rechtswissenschaft ist methodisch oder sie ist nicht!“

Weihin unbestritten dürfte nach wie vor der Anspruch jedes deutschen Rechtswissenschaftlers sein, methodisch zu arbeiten, d.h. in einem geordneten Verfahren nach bestimmten Regeln zu Erkenntnissen zu gelangen.² Davon zeugen nicht nur eine unüberschaubare Flut von Lehrbüchern, Monographien und wissenschaftlichen Beiträgen zur Methodenlehre.³ Seit der Verwissenschaftlichung des Rechts infolge der Rezeption des römischen Rechts⁴ bemüht man sich speziell im deutschen Rechtskreis um eine methodisch angeleitete Systematisierung und dogmatische Durchdringung des Rechtsstoffes. Das gilt nicht nur für das weitgehend kodifizierte Privatrecht. Auch im Öffentlichen Recht und dort speziell im Verwaltungsrecht, das durch einen hi-

¹ P. Bourdieu u.a., Soziologie als Beruf. Wissenschaftstheoretische Voraussetzungen soziologischer Erkenntnis, 1991, S. 6.

² Zur Methode als Selbstbeobachtung und Programmierung einer wissenschaftlichen Disziplin vgl. N. Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, S. 413 ff.

³ Umfangreiche Nachw. zu neueren Monographien etwa bei H.-M. Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, § 1 Rn. 1.

⁴ Vgl. dazu nur F. Weacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 131 ff.

storisch spät erlangten und qualitativ geringen Kodifikationsgrad geprägt ist, gehört der Systemgedanke heute zu den selbstverständlichen Vorstellungen.⁵ In Anlehnung an ein geflügeltes Wort von H. J. Wolffs kann man daher sagen: „Rechtswissenschaft ist methodisch oder sie ist nicht!“.

2. Methodenstreit: Methode versus Methodenzyklierismus

Der methodische Anspruch als solcher sagt freilich noch nichts darüber aus, welche Methode zugrunde zu legen ist. Vielmehr wurde die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht seit jeher begleitet von teilweise erbittert geführten Auseinandersetzungen über die „richtige“ Methode. Während man sich in der nach dem Zweiten Weltkrieg mehr und mehr von den Zivilisten dominierten und zur Spezialdisziplin ausgebauten „Juristischen Methodenlehre“ losgelöst vom dogmatischen Diskurs auf hohem theoretischen Niveau vor allem mit Grundfragen der Auslegung von Rechtstexten beschäftigt⁷, wohnte den in gewisser Weise parallel verlaufenden methodischen Auseinandersetzungen im Öffentlichen Recht immer schon ein starker politischer Imperus inne.⁸ Als wichtige Etappen der Entwicklung sind hier u.a. zu nennen:

- die von *Carl Friedrich von Gerber* eingeleitete Ablösung der additiv-zählenden Stoffdarstellung in der enzyklopädisch ausgerichteten Staatswissenschaft alter Prägung durch die sog. „juristische Methode“, mit der zugleich das monarchische System gegen Kritik immunisiert werden sollte⁹,
- der sog. „Methoden- und Richtungsstreit“ in der Weimarer Republik zwischen den Vertretern des staatsrechtlichen Positivismus und deren Antipoden¹⁰,
- die Debatte um die Wertbegründung des Rechts im Nachgang zur Naturrechtsrenaissance nach dem Zweiten Weltkrieg¹¹,

⁵ Vgl. dazu statt vieler E. Schmidt-Aßmann, Das Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 1–18; T. von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 23–86.

⁶ H. J. Wolff, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium generale 5 (1952), S. 195 (205): „Rechtswissenschaft zumindest ist systematisch oder sie ist nicht!“.

⁷ Prägnanter Überblick über die Entwicklung in den letzten vier Jahrzehnten bei U. Neumann, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: D. Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, S. 145 (158–174).

⁸ Auch im Privatrecht hat es solche ideologiekritischen Phasen gegeben. Hinzuweisen ist hier insbesondere auf die Diskussion um den sog. „Politischen Richter“, vgl. dazu A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 269–271 m.w.N.

⁹ Vgl. nur M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. II, 1992, S. 331–337; M. Friedrich, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, S. 222–234, jeweils m.w.N.

¹⁰ Vgl. nur M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. III, 1999, S. 153–186; Friedrich, Staatsrechtswissenschaft (Fn. 9), S. 320–336, jeweils m.w.N.

¹¹ Vgl. dazu etwa den Überblick bei B. v. Bülow, Die Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit (1945–1952), 1996, S. 100–134 m.w.N.; R. Dreier, Konstitutionalismus und Legalismus, ARSP

– das Ringen um eine angemessene Methode der Verfassungsinterpretation und die methodische Disziplinierung der verfassungsgerichtlichen Kontrollkompetenz¹² und

– die in den 70er Jahren neu begonnene Diskussion um die Integration der Sozialwissenschaften in das Öffentliche Recht.¹³ Neben der Standortbestimmung der Verwaltungswissenschaft bzw. der Verwaltungslehre¹⁴ und ihr Verhältnis zur Verwaltungsrechtswissenschaft¹⁵ geht es hier auch um eine Neubelendung der Staatswissenschaft.¹⁶

Behft 40 (1991), S. 85 ff., sowie H. Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz, 1973 und E.-W. Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 67 ff.

¹² Vgl. dazu nur die Beiträge in: R. Dreier/E. Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse, 1976; H.-J. Koch (Hrsg.), Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung, 1977. Zu denen dahinter stehenden Problemen der Grundrechtsdogmatik vgl. die präzisierende Analyse von M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 72–260.

¹³ Programmatisch: R. Lautmann, Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz. Zur Kooperation der beiden Disziplinen, 1971; H. Rotienthner, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Bd. 1 und 2, 1973 (unveränderte 2. Aufl. 1976); W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Öffentlichen Recht, 1981.

¹⁴ Zu ihren Konturen vgl. z. B. R. Wahl, Verwaltungswissenschaft (Einführung in die Literatur der Verwaltungswissenschaft), in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Sozialwissenschaften (Fn. 13), S. 370 ff.; F. Osenbühl, Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. V, 1987, S. 1143 ff.; W. Brohm, Verwaltungswissenschaft, in: Staatlexikon, Bd. 5, 7. Aufl. 1989, Sp. 758 ff.; K. König, Zum Standort der Verwaltungswissenschaft, DÖV 1990, S. 305 ff.; G. F. Schuppert, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, in: H. Dreier (Hrsg.), Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts, 2000, S. 206 ff. Grundlegend N. Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaft, 1966; K. König, Erkenntnisinteressen der Verwaltungswissenschaft, 1970; H. Sidentopf, Verwaltungswissenschaft, 1976. Krit. etwa M. Stollis, Verwaltungswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft (Fn. 7), S. 227 (256): „Eine methodisch konsistente Disziplinverwaltungslehre – etwa wie sie Lorenz von Stein vorschwebte – gibt es nach heutigem wissenschaftstheoretischen Standard nicht mehr.“ Vgl. ferner etwa G. Pätzner, Verwaltungslehre?, in: FS Stern, 1997, S. 733 ff.

¹⁵ Zu ihren Methoden und Aufgaben vgl. einerseits H.-H. Tute, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Einige Leitmotive zum Werkstattgespräch, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), S. 9 (13–15); W. Hoffmann-Riem, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht: Kommunikation in einer multidisziplinären Scientific Community, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), S. 83 ff.; A. Voßkuhle, Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft, Die Verwaltung 32 (1999), S. 545 (546 ff.), und andererseits O. Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 7, 33, 71 und passim; C. Möllers, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, VerwArch. 89 (1999), S. 187 (203–207); M. Schulte, Wandel der Handlungsfelder der Verwaltung und der Handlungsformeln in der Informationsgesellschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Alkman (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 333 (343 f.). Die Entwicklung der Diskussion von den Anfängen der Verwaltungsrechtswissenschaft an zeichnet nach W. Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981.

¹⁶ Vgl. z. B. einerseits J. J. Hesse/R. Wahl/E. Wille, Staatswissenschaften: Von der Norwendigkeit disziplinübergreifenden Denkens, in: J. J. Hesse/T. Ellwein (Hrsg.), Staatswissenschaft-

All diesen Streitigkeiten gemeinsam ist die Uneinigkeit über die Bedeutung philosophischer, historischer, ökonomischer und soziologischer Erkenntnisse und Argumente für die dogmatische Jurisprudenz. Wenn man so will, ging es also im Kern immer wieder um dieselben Probleme, jeweils in anderem Gewand. Diese wurzeln hauptsächlich in dem speziell für das Öffentliche Recht besonders prekären Verhältnis von Recht und Politik bzw. Normativität und Faktizität, das seinerseits verbunden ist mit dem Postulat der Werturteilsfreiheit der Wissenschaft¹⁷ sowie den Anforderungen an Wissenschaftlichkeit¹⁸ schlechthin.

3. Methodenverdrängung:

„Methode hat man, über Methode spricht man nicht!“

Die wesentlichen Argumente scheinen mittlerweile ausgetauscht zu sein. Eine allseits befriedigende Lösung im Sinne eines gesicherten theoretischen Fundaments für wissenschaftliches Arbeiten im Öffentlichen Recht ist nicht in Sicht. Es verwundert also kaum, daß sich ein gewisses Methodendesinteresse, gepaart mit einer postmodernen Methodenbelibigkeit¹⁹, in weiten Teilen der Rechtswissenschaft eingestellt hat, die ohnehin schon seit dem 19. Jahrhundert mit der „stets drohenden Trennung von theoretisch nicht reflektiertem Handwerk und dogmatisch nicht geerdeter Theorie“ zu kämpfen hat.²⁰ Entweder werden Methodenträgen im Zusammenhang mit inhaltlichen Erörterungen überhaupt nicht mehr thematisiert – selbst in einem neu erschienenen, über 1000 Seiten starken Lehrbuch zu der nicht zuletzt aus methodischen

ten: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, 1990, S. 309 ff.; A. Voßkuhle, Der Dienstleistungsstaat, Der Staat 40 (2001), S. 495 ff., und andererseits C. Möllers, Staat als Argument, 2000, S. 418–422 m.w.N.

¹⁷ Zum Werturteilsstreit vgl. allgemein die Beiträge im Sammelband von H. Albert/E. Topisch (Hrsg.), Werturteilsstreit, 1971 sowie etwa H. Keuth, Wissenschaft und Werturteil, 1989, Aus juristischer Perspektive vgl. etwa zuletzt E. Hilgendorf/L. Kihlens, Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz, 2000, sowie den Überblick bei: K. F. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, S. 145 ff. m.w.N.

¹⁸ Zur Frage, ob die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft ist, vgl. nur den Überblick bei U. Neumann, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, in: A. Kaufmann/W. Hassemmer (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart, 6. Aufl. 1994, S. 422 ff. m.w.N.

¹⁹ Zu dieser Mentalität des „anything goes“ zurechtend A. Blankengel, Vom Recht der Wissenschaft und der verstreuten Ratlosigkeit der Rechtswissenschaftler bei der Betrachtung des- und derselben, AöR 124 (2000), S. 70 (103–108). Postmoderne Methodenbelibigkeit darf insofern aber nicht mit Methodpluralismus gleichgesetzt werden vgl. dazu S. Grundmann, Methodpluralismus als Aufgabe, RabalSZ 61 (1997), S. 423 (448–450).

²⁰ So C. Möllers, Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, VerwArch. 93 (2002), S. 22 (30). Vgl. auch A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 86–88.

Gründen umstrittenen²¹ Teildisziplin „Veraltungswissenschaft“²² finden sich hierzu lediglich zweieinhalb Seiten – oder man verweist auf die Juristische Methodenlehre, die aber nicht zuletzt wegen der Dominanz der Zivilisten zu den Grundlagenstreitigkeiten im Öffentlichen Recht selten etwas Klarendes beizutragen hat. Die methodischen Prämissen, von denen die einzelnen Autoren ausgehen, lassen sich daher häufig nur noch errahnen. Getragen ist die dahinterstehende Haltung von dem – freilich selten explizit ausgesprochenen – Motto: „Methode hat man, über Methode spricht man nicht!“

Erst in allerjüngster Zeit scheint sich das Blatt wieder etwas zu wenden. Einige neuere Dissertationen²³ und Habilitationsschriften²⁴ aus dem Öffentlichen Recht widmen sich klassischen Methodenfragen, und es mehren sich wissenschaftliche Beiträge, die sich mit der Rolle der eigenen Zunft für die Fortentwicklung des Öffentlichen Rechts beschäftigen.²⁵ Unter Hinweis auf die „Funktion grundsätzlicher Kontroversen für jeden Diskurs mit dem Anspruch auf Wissenschaftlichkeit“ sowie die Gefahr vermeintlicher Konsense wird sogar die provokante Frage aufgeworfen, ob das Öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit braucht – und bejaht.²⁶ Das darin zum Ausdruck kommende Verlangen nach theoretischer Reflexion der eigenen erkenntnistheoretischen Grundlagen streht auf den ersten Blick in der Tradition der eingangs angedeuteten Konfliktlinien. Es ist jedoch kein Zufall, daß dieses Bedürfnis gerade in jüngster Zeit verstärkt artikuliert wird.

²¹ Vgl. die Nachw. in Fn. 14.

²² G. F. Schuppert, *Veraltungswissenschaft*, 2000, S. 46–48. Erhellendes hierzu aber bei Schuppert, *Soziologie* (Fn. 14).

²³ Vgl. z.B. die weiterführenden Arbeiten von C. Bimke, *Der Grundrechtsvorbehalt*, 1998, *U. Haltern*, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Miftrauen. Das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus*, 1998; *J. H. Park*, *Rechtsfindung im Verwaltungsrecht*, 1999; G.-P. Callies, *Prozedurales Recht*, 1999; *Möllers*, *Staat* (Fn. 16).

²⁴ Vgl. z.B. M. Reinhardt, *Konsistente Jurisdiktion*, 1997, S. 311 ff.; *J. Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz. Über die Philosophie von Charles Sanders Peirce und das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht*, 1999; *Jestiedt*, *Grundrechtserhaltung* (Fn. 12), S. 262 ff.

²⁵ Vgl. die Nachw. in Fn. 15 und 16, sowie z.B. E. Schmidt-Aßmann, *Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung*, *JZ* 1995, S. 2 ff.; H. C. Röhl, *Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?*, *Die Verwaltung*, Beiheft 2 (1999), S. 33 ff.; R. Schmidt, *Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht*, *VerwArch*, 91 (2000), S. 149 ff.; K.-H. Lademir, *Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels*, *RabelZ* 64 (2000), S. 60 ff.; H. Schulze-Fielitz, *Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber*, in: FS Vogel, 2000, S. 311 ff.; A. v. Bogdandy, *Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht*, *Der Staat* 40 (2001), S. 3 ff. Parallele Entwicklungen zeigen sich unter anderem Vorzeichen im Privatrecht, vgl. z.B. *Grundmann*, *Methodenpluralismus* (Fn. 19), S. 423 ff.; H. Eidenmüller, *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft*, *JZ* 1999, S. 53 ff.; T. M. J. Möllers, *Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration. Zur Notwendigkeit einer europäischen Gesetzgebungs- und Methodenlehre*, 1999.

²⁶ Möllers, *Richtungsstreit* (Fn. 15), S. 187 ff. Zust. M. Schulte-Wandel (Fn. 15), S. 333 ff.

II. Gründe, die Gretchenfrage neu zu stellen: Neue Einwirkungspotentiale

Damit komme ich zu meiner zweiten These: Ihr zufolge führt der Prozess der Europäisierung und Internationalisierung innerhalb der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht zu einer Schwerpunktverlagerung von einer anwendungsbezogenen Interpretations- zu einer rechtssetzungsorientierten Entscheidungslehre, die eine neue methodische Standortbestimmung erfordert.

1. Europäisierung und Internationalisierung des (Öffentlichen) Rechts

Im Zuge des Fortschreitens der europäischen Integration sowie der Globalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft erleben wir zur Zeit eine weitreichende Europäisierung und Internationalisierung des deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrechts.²⁷ Ausgehend von länderübergreifenden Problemstellungen wie Umweltschutz, Regulierung des Internet oder Gewährleistung des freien Handels, haben das Europarecht und das sich immer stärker vom Kollisions- zum Kooperationsrecht entwickelnde Völkerrecht²⁸ nicht nur erheblichen (rechtlichen) Reformbedarf ausgelöst²⁹, sondern – wie *Rainer Wahl* zurecht hervorhebt – eine „zweite Phase des Öffentlichen Rechts“ in Deutschland eingeläutet³⁰. Kennzeichen dieses komplexen und vielbeschriebenen Wandlungs- und Anpassungsprozesses³¹ sind nicht nur die schlichte Neuinterpretation und Inhaltsänderung gemeinschafts- oder völkerrechtlich determinierter Regelungen. Die einzelnen Staaten, und mit ihnen die Bundesrepublik, sind vielmehr gezwungen, völlig neue Instrumente, Regelungsstypen und Konzepte mit weitreichenden Folgewirkungen in die eigene Rechtsordnung zu integrieren. Man denke etwa nur an die Umwelteinformations-Richtlinie³², die IVU-Richtlinie³³ oder die

²⁷ Zentraler Motor ist hier die Wirtschaft, weitsichtige Analyse bereits bei R. Schmidt, *Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen*, *VVDStRL* 36 (1978), S. 65 ff., sowie zuletzt *ders.*, *Die Internationalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts*, *Die Verwaltung*, Beiheft 2 (1999), S. 165 ff., *ders.*, *Reform* (Fn. 25), S. 161–164 m.w.N.

²⁸ Zu dieser Entwicklung, die im 19. Jahrhundert bereits begann etwa A. Bleckmann, *Allgemeine Staats- und Völkerrechtslehre*, 1995, S. 737–969.

²⁹ Zu diesem Zusammenhang A. Voßkuhle, *Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform*, *VerwArch*, 92 (2001), S. 184 (191–194) m.w.N.

³⁰ R. Wahl, *Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland*, *Der Staat* 38 (1999), S. 495 ff.

³¹ Für den vorliegenden Zusammenhang vgl. nur *Trute*, *Wissenschaft* (Fn. 15), S. 21–31.

³² Richtlinie des Rates 90/313/EWG vom 7. Juni 1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, *ABl. EG* 1990, Nr. L 18, S. 56.

³³ Richtlinie des Rates 96/61/EG vom 24. September 1996, *ABl. EG* 1996, Nr. L 257, S. 26. Vgl. dazu J. Masing, *Kritik des integrierten Umweltschutzes*, *DVBl.* 1998, S. 549 ff.; U. Di Fabio, *Integratives Umweltrecht*, *NVwZ* 1998, S. 329 (333 ff.).

Umsetzung des Kyoto-Protokolls³⁴. Gleichzeitig steigt der Druck, im internationalen Wettbewerb der Rechtssysteme³⁵ selbst Vorschläge zu formulieren und in den Rechtssetzungsprozess auf europäischer und internationaler Ebene bereits im Vorfeld einzuspeisen.³⁶

2. Europäisierung und Internationalisierung der (Rechts-)Wissenschaft

Diese neuen Herausforderungen haben auch Konsequenzen für die Ausbildung³⁷, die Tätigkeitsfelder sowie das Selbstverständnis des Rechtswissenschaftlers.³⁸ Wer die Europäisierung und Internationalisierung der Rechtsordnung verstehen und aktiv begleiten, wer in bilateralen Verhandlungen sowie bei der rechtlichen Würdigung grenzüberschreitender Sachverhalte erfolgreich sein möchte, der muß nicht nur neue Rechtssprachen erlernen³⁹, seine Kompetenz im Europarecht, im Internationalen Recht und im Auslandsrecht stärken und mit Wissenschaftlern und Rechtspraktikern anderer Rechtskulturen in Kontakt treten, er muß vor allem bereit sein, das Selbstverständliche und Vorgegebene der eigenen Rechtsordnung in Frage zu stellen: An die Stelle einer national introvertierten Norm- und Rechtsprechungs-exegese tritt ein problemorientierter grenzüberschreitender Austausch von rechtlichen Argumenten, Lösungsansätzen und Erfahrungen.⁴⁰ Diesen Aus-

tausch hat es auf unterschiedlichen Reflexionsebenen im Rahmen der Rechtsvergleichung, die auch im Öffentlichen Recht auf eine lange Tradition verweisen kann⁴¹, immer gegeben. Er hat aber offensichtlich eine ganz neue quantitative und qualitative Dimension erreicht⁴² und, so meine Vermutung, er verändert auch insgesamt Arbeitsweise und Methodik im (Öffentlichen) Recht.⁴³

3. Schwerpunktverlagerungen: Von der anwendungsbezogenen Interpretations- zur rechtssetzungsorientierten Entscheidungswissenschaft

Allein mit den herkömmlichen Methoden einer hermeneutischen, auf die Auslegung von Norm-Texten und Sachverhalten spezialisierten Verstreitungswissenschaft⁴⁴, die sich am Tätigkeitsbild des Richters orientiert, lassen sich die Anforderungen und Zumutungen der Europäisierung und Internationalisierung sowie der daraus resultierende Reformbedarf kaum bewältigen. Die Überlagerung und Verschleifung mehrerer, meistens wenig aufeinander abgestimmter Normebenen sowie der offene Finalitätscharakter vieler gemeinschafts- und internationalrechtlicher Vorgaben führt trotz Anschwellens

³⁴ Dazu noch unten IV.
³⁵ Zum Systemwettbewerb der Rechtsordnungen z.B. T. Vollmöller, Die Globalisierung des Wirtschaftsrechts, 2001, S. 177 ff. m.w.N. Krit. M. Dreher, Wettbewerb oder Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?, JZ 1999, S. 105 (109).

³⁶ Zur noch – weit entfernten – Perspektive eines Weltrechts und der Globalisierung des Rechts, vgl. etwa G. Teubner, Globale Bukovina, Rechtshistorisches Journal 15 (1996), S. 255 ff.; K. F. Röhl/S. Magen, Die Rolle des Rechts im Prozeß der Globalisierung, ZfRSoz 17 (1996), S. 1 ff.; R. Voigt (Hrsg.) Globalisierung des Rechts, 1999/2000; R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht in einer offenen Staatlichkeit, in: FS Vogel, 2000, S. 21 ff.; P. Mastromaridi, Recht und Kultur: Kulturelle Bedingtheit und universal Anspruch des Juristischen Denkens, ZÄöRV 61 (2001), S. 61 ff., sowie die Beiträge in: M. Anderheiden/S. Huster/S. Kirste (Hrsg.), Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Universalität des Rechts, 2001, und Vollmöller, Globalisierung (Fn. 35), jeweils m.w.N.

³⁷ Zur Europäisierung der Juristenausbildung vgl. z.B. H. Kötz, Europäische Juristenausbildung, ZEUP 1993, S. 268 ff.; H. G. Schermers, Legal Education in Europe, CMLRev. 30 (1993), S. 9 ff.

³⁸ Zur Europäisierung und Internationalisierung der Rechtswissenschaft vgl. nur E. Schmidt-Aßmann, Forschung (Fn. 25), S. 9 f.; A. v. Bogdandy, Beobachtungen (Fn. 25), S. 3–9, 40–43 m.w.N., sowie P. Häberle, Der europäische Jurist, JöR 50 n.F. (2002), S. 123 ff.

³⁹ Betonung dieses Aspekts bei Möllers, Rolle (Fn. 25), S. 77 ff. Zur Dominanz der englischen Sprache v. Bogdandy, Beobachtungen (Fn. 25), S. 42.

⁴⁰ Weiterführend zu den Aufgaben der Wissenschaft im Rahmen der Transnationalisierung des Rechts jüngst K. Günther/S. Kandert, Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung, 2001, S. 82 ff. m.w.N.

⁴¹ Gleichwohl gilt weiterhin das geflügelte Wort von J. H. Kaiser, Vergleichung im öffentlichen Recht, ZÄöRV 24 (1964), S. 391: „Die Vergleichung im öffentlichen Recht ist älter als das Bewußtsein ihrer Methode.“ Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht aus neuerer Zeit etwa P. Häberle, Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992; H. Krüger, Eigenart, Methode und Funktion der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, in: FS Kriele, 1997, S. 1393 ff.; C. Starck, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, S. 1021 ff.; G. Trantas, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts, 1998; K.-P. Sommermann, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 1999, S. 1017 ff.; R. Wahl, Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung, in: FS Quaritsch, 2000, S. 163 ff.; M. Bullinger, Sinn und Methoden der Rechtsvergleichung im Zivilrecht und im Verwaltungsrecht, in: FS Schlechtriem, 2002, i.E.

⁴² Wie hier statt vieler Trantas, Rechtsvergleichung (Fn. 41), S. 27–30; Trute, Wissenschaft (Fn. 15), S. 22; Sommermann, Rechtsvergleichung (Fn. 41), S. 1028 ff.; Möllers, Theorie (Fn. 20), S. 52–54, jeweils m.w.N. Für das Privatrecht vgl. statt vieler A. Junker, Rechtsvergleichung als Grundlagenfach, JZ 1994, S. 921 ff.

⁴³ Aus dem Blickwinkel der Rechtstheorie vgl. auch C. Möllers, Globalisierte Jurisprudenz, in: M. Anderheiden/S. Huster/S. Kirste (Hrsg.), Globalisierung (Fn. 36), S. 41 ff., demzufolge die durch die Globalisierung bewirkte Entstaatlichung und damit auch Entformalisierung des Rechts zu einem Bedeutungsgewinn der wissenschaftlichen Jurisprudenz führen könnte (ebd. S. 59 f.).

⁴⁴ Es geht insofern nicht nur um die Auslegung von Normtexten, sondern auch um die Interpretation der konkreten sozialen Wirklichkeit. Zur „Text-Hermeneutik“ tritt die „Fall-Hermeneutik“, so A. Hollerbach, Rechtswissenschaft, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, 7. Aufl. 1995 [1988], Sp. 751 (757 f.). Zur Jurisprudenz als „verstehende“ Wissenschaft vgl. K. Lorenz/C.-W. Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 25–35. Zu den Problemen und Entwicklungen der Hermeneutik zuletzt Laddert, Methodendiskussion (Fn. 25), S. 62 ff. m.w.N.

der Regelungsmasse und partiellen Verrechtlichungstendenzen nicht nur zu einer Ausdünnung des erkenntnisleitenden dogmatischen Geflechts. Bevor Rechtsregeln, Figuren, Institute und Lehrsätze neu ausgearbeitet werden können, stellt sich in der Regel bereits die vorgelagerte Frage, welche rechtlichen und organisatorischen Rahmenbedingungen überhaupt erfüllt sein müssen, damit hinreichend legitimierte Politikvorstellungen verwirklicht und bei möglichst sparsamen Ressourceneinsatz sachrichtige, gemeinwohlfördernde Entscheidungen produziert werden können. Ohne ausreichende Kenntnis der einzelnen Realbereiche sowie geschichts- und theoriegeleitetes Denken⁴⁵ wird man diese Frage kaum beantworten können. Die gegenwärtige Aufgabe des Rechtswissenschaftlers besteht daher immer häufiger darin, innerhalb eines veränderbaren und sich stetig verändernden rechtlichen Rahmens mögliche Handlungsalternativen aufzuzeigen, ihre Folgen abzuschätzen, Interessensgesetze offenzulegen, Anschlußfähigkeit herzustellen und rational begründete, praktische Entscheidungsvorschläge zu erarbeiten, die je nach Brauchbarkeit dann ihrerseits wieder rückgebunden werden können an den dogmatischen Diskurs. Nun erscheint diese Aufgabe keineswegs neu, zumal Rechtsfortbildung⁴⁶ und Rechtspolitik⁴⁷ immer schon wichtige Tätigkeitsfelder der Juristen waren. Auch zeigen sich Ansätze einer europäischen Gesetzgebungslehre. Unter dem Einfluß der soeben skizzierten Veränderungsprozesse verlagert sich aber der Schwerpunkt der Forschungstätigkeit insgesamt mehr und mehr von einer anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft hin zu einer rechtssetzungsorientierten Entscheidungswissenschaft.⁴⁸ Innerhalb der Verwaltungsrechtswissenschaft hat sich diese Schwerpunktverlagerung in der zunehmenden Verbreitung eines steuerungswissenschaftlichen Ansatzes niedergeschlagen⁴⁹, der ausgehend von einem handlungsorientierten

⁴⁵ Diesen Aspekt betont z.B. U. Di Fabio, Das Recht offener Staaten, 1998, S. 10–15, der sich deshalb der Systemtheorie bedient.

⁴⁶ Zum wenig trennscharfen Verhältnis von Rechtsfortbildung und Interpretation vgl. R. Alexy, Juristische Interpretation, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 71 (91).

⁴⁷ Zur Rechtspolitik als einer Dimension der Rechtswissenschaft überzeugend R. Dreier, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft, in: ders., Recht, Moral, Ideologie, 1981, S. 48 (56). Vgl. ferner aus neuerer Zeit E. v. Hippel, Rechtspolitik. Ziele – Akturen – Schwerpunkte, 1992, S. 183–197; P. Koller (Hrsg.), Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, 1992; M. Holoubek (Hrsg.), Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik, 1999.

⁴⁸ Ähnlich in der Tendenz Eidenmüller, Rechtswissenschaft (Fn. 25), S. 60: „Von der Rechtsanwendungswissenschaft zur Rechtssetzungswissenschaft“. Zur Rechtswissenschaft als Entscheidungswissenschaft vgl. z.B. Hollerbach, Rechtswissenschaft (Fn. 44), Sp. 758; Hoffmann-Riem, Sozialwissenschaften (Fn. 15), S. 99, Teilweise spricht man insoweit auch mit derselben Zielrichtung von der Rechtswissenschaft als Handlungswissenschaft, vgl. Neumann, Wissenschaftstheorie (Fn. 18), S. 434 f. m.w.N.

⁴⁹ Vgl. G. F. Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Altmann/G. F. Schuppert (Hrsg.), Reform des allgemeinen Ver-

Steuerungsbegriff⁵⁰ Recht als Instrument zur Bewirkung von erwünschten und Vermeidung von unerwünschten Effekten, also zur „Beeinflussung von Ereignisabläufen“ bezieht.⁵¹ Ein solcher steuerungswissenschaftlicher Ansatz ermöglicht es zum einen, neben den einzelnen rechtlichen Handlungsformen (Gesetz, Verwaltungsakt, Plan, Vertrag, Realakt) und rechtlichen Maßstäben auch das Organisationsrecht, das Verfahren sowie die Finanzmittel und die beteiligten Akteure in die Betrachtungen mit einzu beziehen und insbesondere Wechselbeziehungen in diesem komplexen Wirkungsgelände offenzulegen. Zum anderen läßt sich über diesen Ansatz das Struktur- und Handlungswissen der rechtswissenschaftlichen Grundlagentächer (Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie), der Rechtsvergleichung und verwandter Nachbardisziplinen, etwa der Ökonomie und der Politikwissenschaft, in den rechtlichen Diskurs integrieren, ohne die Eigenrationalität der juristischen Betrachtungsweise zu negieren.⁵²

III. Die Gefahr von Rationalitätsverlusten durch mangelndes Methodenbewußtsein – Einige Beispiele

Die Schwerpunktverlagerung von der anwendungsbezogenen Interpretations- zu einer rechtssetzungsorientierten Entscheidungswissenschaft führt zu einer Reihe grundlegender methodischer Probleme, die auch Gegenstand der eingangs erwähnten Richtungsstreitigkeiten waren und sind. Meine dritte These geht dahin, daß diese methodischen Probleme aufgrund der konstatierten Methodenmüdigkeit einerseits und der soeben dargelegten Entwicklungen andererseits dringlicher geworden sind und deshalb eine Schärfung des Methodenbewußtseins erforderlich ist. Am Referenzgebiet des Umweltrechts

waltungsrechts, 1993, S. 65 ff. Zur Rezeption Voßkuhle, Reform (Fn. 15), S. 547–549 und Schmidt, Reform (Fn. 25), S. 151–153, jeweils m.w.N.

⁵⁰ Das übersteht O. Lepsius bei seiner Fundamentalkritik an der Steuerungsdiskussion, wenn er den Steuerungsansatz mit der Systemtheorie kurzschließt, so ausdrücklich ders., Steuerungsdiskussion (Fn. 15), S. 35. Zur Unterscheidung zwischen akteurzentriertem und systemtheoretischem Zugang in Bezug auf politische Steuerung vgl. etwa D. Brann, Die politische Steuerung der Wissenschaft, 1997, S. 29–46. Krit. zum Steuerungsansatz aber auch Möllers, Richtungsstreit (Fn. 15), S. 203–206; ders., Theorie (Fn. 20), S. 38–40, jeweils m.w.N.

⁵¹ W. Hoffmann-Riem, Organisationsrecht als Steuerungsressource – Perspektiven der Verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: E. Schmidt-Altmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 355 (358).

⁵² Wie F. Rittner, Die Rechtswissenschaft als Teil der Sozialwissenschaften, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät Freiburg (Hrsg.), Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, 1967, S. 97 (98), zutreffend anmerkt, sind es in der Regel nicht etwa theoretische Vorlieben, die den Juristen den Kontakt zu anderen Wissenschaften suchen läßt, sondern konkrete zu lösende Probleme in speziellen Rechtsgebieten.

und vier zentralen Problemfeldern möchte ich diese These etwas näher illustrieren.

1. Uniformierte Theorieimporte

So geht die Bereitschaft unter den Rechtswissenschaftlern, auf die Erkenntnisse anderer Wissenschaften Rückgriff zu nehmen und zumindest multidisziplinär zu arbeiten, nicht immer einher mit genaueren Kenntnissen des in diesen anderen Disziplinen aktuellen Forschungsstands.⁵³ Ferner fehlt es nicht selten an einer Auseinandersetzung mit den Möglichkeiten und Grenzen eines Theorietransfers. Erkenntnisse aus anderen Disziplinen durchlaufen in der Regel den Filter spezifischer Verwendungstragbarkeit und erleben dabei einen Gestaltwandel. Sie büßen auf diese Weise z.T. den ihr vom professionellen Stab der jeweiligen Disziplin zugemessenen Erklärungsgehalt ein. Der Tendenz nach führt die Assimilation zur Verwandlung, die häufig in einer Trivialisierung besteht.⁵⁴ Als Beispiel kann etwa auf den aktuellen Trend der „Ökonomisierung“ verwiesen werden. Schon was sich hinter diesem – im rechtswissenschaftlichen Kontext neuerdings gerne verwendeten – Schlagwort genau verbirgt, ist unklar. Im Kern geht es wohl um die Anwendung von Effizienzergänzungen und Marktmechanismen auf nicht explizit wirtschaftliche Sachverhalte.⁵⁵ Behandelt wird die Ökonomisierung des Staates⁵⁶, des Beamtenrechts⁵⁷, des Verwaltungsverfahrens⁵⁸, der Verwaltungsgerichtsbarkeit⁵⁹ oder des Umweltrechts. Dort hat sich die Umweltökonomie sogar als eigenständige Referenzdisziplin der Umweltjuristen etabliert.⁶⁰ Seit Anfang der 80er Jahre versucht man in der Bundesrepublik, speziell das geltende Umweltschutzrecht unter Zuhilfenahme ökonomischer

⁵³ Allgemein zu den Problemen der Interdisziplinarität vgl. etwa J. Kocka (Hrsg.), Interdisziplinarität. Praxis – Herausforderung – Ideologie, 1987; G. W. Humold, Grenzbegehungen. Interdisziplinarität als Wissenschaftsethos, 1995; Schmidt-Altmann, Forschung (Fn. 25), S. 7–9; M. Käbisch, Interdisziplinarität. Chancen, Grenzen, Konzepte, 2001. Weiterführend aus Sicht einer imperialen Wissenschaft K. Homann/A. Suchanek, Ökonomik, 2000, S. 445–450. Vgl. ferner nur die Auswahlbibliographie von M. T. Brandl, Interdisziplinarität, 1996.

⁵⁴ So Hoffmann-Riem, Sozialwissenschaften (Fn. 15), S. 85 u.H. auf den Soziologen W. Bonf.

⁵⁵ Vgl. dazu statt vieler J.-P. Schneider, Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, Die Verwaltung 34 (2001), S. 317 ff.; Voßkuhle, Schlüsselbegriffe (Fn. 29), S. 196 f., 209 f., jeweils m.w.N.

⁵⁶ M. Wallerath, Die Ökonomisierung des Staates, JZ 2001, S. 209 ff.

⁵⁷ Vgl. krit. U. Barts, Hergebrachte Grundsätze versus Ökonomisierung: Das deutsche Beamtenrecht in der Modernisierungsfalle?, DÖV 2001, S. 309 (311 f.).

⁵⁸ Vgl. dazu krit. A. Voßkuhle, Ökonomisierung des Verwaltungsverfahrens, Die Verwaltung 34 (2001), S. 347 ff. m.w.N.

⁵⁹ Vgl. dazu T. Groß, Ökonomisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Verwaltung 34 (2001), S. 371 ff. m.w.N.

⁶⁰ Vgl. die Lehrbücher zur „Umweltökonomie“ z.B. von L. Witzke (4. Aufl. 1993); B.

Theorievorstellungen zu reformieren. Getragen sind diese Bestrebungen von dem Anliegen, die Voraussetzungen für eine im wohlfahrtsrechtlichen Sinne optimale, effiziente Umweltnutzung zu schaffen. Die Inanspruchnahme der knappen Ressource „Umwelt“ soll in den Prozess allokativer Entscheidungen so eingebunden werden, daß höherwertige Umweltnutzungen nicht durch geringwertige verdrängt oder gleichwertige nicht mit überhöhten Kosten verbunden werden. Recht schnell setzte sich aber innerhalb der Ökonomie die Erkenntnis durch, daß die ursprünglich angestrebte vollständige Internalisierung negativer externer Effekte aufgrund der Nutzung natürlicher Umweltressourcen angesichts evidenter Informations- und Bewertungsprobleme praktisch kaum zu realisieren war. Man verzichtete daher auf dieses ehergezielte Ziel zugunsten des bescheideneren sog. „Standard-Preis-Ansatzes“ von W. J. Baumol und W. E. Oates⁶¹, demzufolge das Ausmaß der zulässigen Umweltinanspruchnahme sich nicht allein ökonomisch auf der Basis individueller Präferenzen bestimmen läßt, sondern es insoweit einer politischen Grundentscheidung bedarf. Aufgabe der Umweltökonomie bleibe es, danach zu fragen, auf welche Weise diese Umweltqualitätsvorgaben am effektivsten zu verwirklichen seien. Mit dieser Hinwendung zur „Effizienz ohne Optimalität“⁶² im Sinne einer sog. „second-best-Lösung“ und dem grundsätzlichen Eingeständnis, daß ökonomisches Kalkül regulative Politik nicht ersetzen, sondern nur ergänzen kann, war ein entscheidender Schritt vollzogen für die vorsichtige Implementation umweltökonomischer Modellvorschläge in das geltende Umweltrecht⁶³. Auffallend ist insoweit aber die mitunter konzeptverfehlende Assimilierung ursprünglich ökonomisch motivierter Regelungen wie z.B. der Abwasserabgabe⁶⁴ und, gegenläufig dazu, die nachträgliche ökonomische „Adelung“ herkömmlicher flexibler Strukturen im Ordnungsrecht⁶⁵, die zwar Aspekte einer Kostenorientierung aufweisen (z.B. Übermaßverbot, Verhandlungsarrangement, differenzierte Technik-Standards),

S. Frey (3. Aufl. 1992); D. Canisier (2. Aufl. 1996); A. Endres (2. Aufl. 2000) und J. Weimann, Umweltökonomik (3. Aufl. 1995).

⁶¹ Vgl. W. J. Baumol/W. E. Oates, Standards and Prices for the Protection of the Environment, Swedish Journal of Economics 73 (1971), p. 42 ff., dt. Übersetzung in: H. Siebert (Hrsg.), Umwelt und wirtschaftliche Entwicklung, 1979, S. 169 ff.

⁶² So W. J. Baumol/W. E. Oates, The Theory of Environmental Policy, 2. Aufl. 1988, Chap. 11.

⁶³ Zu den ersten Rezeptionsversuchen umweltökonomischer Gedanken durch die Rechtswissenschaft vgl. etwa K. Meijerschmid, Umweltabgaben, 1986, S. 66 ff. m.w.N.

⁶⁴ Als Beispiel wird hier gerne auf das Schicksal der bundesdeutschen Abwasserabgabe hingewiesen, deren ursprüngliche Lenkungs- und Anreizfunktion sich im Laufe von vier Novellen weitgehend verflüchtigt hat, vgl. dazu K.-H. Hansmeyer/E. Gawel, Schlechende Erlosion der Abwasserabgabe?, Wirtschaftsdienst 1993, S. 325 ff.; M. Böhm, Die Vierte Novelle zum Abwasserabgabengesetz, NVwZ 1995, S. 557 (559).

⁶⁵ Vgl. etwa M. Kloepfer, Die neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des Staates, JZ 1991, S. 737 (741).

ökonomisch ambitionierteren Maßstäben bei genauer Betrachtung aber kaum genügen⁶⁶.

2. Unreflektierte Rechtsimporte

Der Zwillingsbruder des „uninformierten Theorieimports“⁶⁷ ist der unreflektierte Rechtsimport. Zentrales Medium ist hier die Rechtsvergleichung. Gemeinhin werden dieser vor allem drei Funktionen zugeschrieben. Sie soll eine distanziertere Perspektive im Blick auf die eigene Rechtsordnung ermöglichen, Kreativitätsimpulse für neue Lösungswege liefern und durch Aufzeigen von Wertkonkurrenzen innerhalb verschiedener Rechtskreise das Herausarbeiten allgemeiner Rechtsprinzipien erleichtern.⁶⁸ Freilich: Bewertungsmaßstäbe für die konkrete Übernahme ausländischer Regelungen in die nationale Rechtsordnung vermag sie selbst kaum zu liefern. Nicht von ungefähr beschränkt man sich hier häufig auf vage Kriterien wie besser, sachgerechter, funktionstüchtiger oder leistungsfähiger, unter die dann beinahe beliebige Ergebnisse subsumiert werden können⁶⁹. Auch leidet die Rechtsvergleichung an der Willkürlichkeit der Auswahl dessen, was innerhalb welcher Vergleichsobjekte wie verglichen werden soll.⁷⁰ Hinzu kommt, daß der geforderte Funktions- und Kulturvergleich⁷¹ verschiedener Rechtsordnungen an der Komplexität seines Vergleichsgegenstandes schnell scheitert und daher die vielfältigen Ursachen für die Leistungsfähigkeit einer Regelung nicht selten im Dunkeln bleiben.⁷² Damit soll die Notwendigkeit der Rechtsvergleichung keineswegs bestritten werden, im Gegenteil, sie wird immer unverzichtbarer, denn jede neue Systembildung ist auf Kenntnis der Vielfalt angewiesen⁷³, nur

⁶⁶ So diff. E. Gawel, Umwelallokation durch Ordnungsrecht, 1994, S. 34 ff. m.w.N. Vgl. ferner Voßkuhle, Kompensationsprinzip (Fn. 20), S. 77–79, sowie W. Köck, Umweltdornungsrecht – ökonomisch irrational?, in: E. Gawel/G. Lübbe-Wolff (Hrsg.), Rationale Umweltpolitik – Rationales Umwelrecht, 1999, S. 323 (351 f.).

⁶⁷ Während H. Dreyer, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 11: „ungeprüfte[n] Theorieimporte“.

⁶⁸ Vgl. die Nachw. in Fn. 41.

⁶⁹ So Eidemüller, Rechtswissenschaft (Fn. 25), S. 61 u. H. auf K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 8, 14, 21, 24, 32. Zur gleichwohl bestehenden Legitimität rechtsvergleichender Argumente erhellend jüngst H. Stoll, Zur Legitimität und normativen Relevanz rechtsvergleichender Argumente im Zivilrecht, in: FS Bydliński, 2000, S. 429 ff.

⁷⁰ So Di Fabio, Recht (Fn. 45), S. 11.

⁷¹ Zum Kulturvergleich vgl. nur die grundlegenden Schriften von Habermas, Rechtsvergleichung (Fn. 41), ders., Europäische Rechtskultur, 1994; ders., Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998, und R. Wahl, Individualismus und Gemeinschaftsgebundenheit. Vorüberlegungen zu einem Kulturvergleich, in: D. Leibold (Hrsg.), Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft aus deutscher und japanischer Sicht, 1997, S. 47 (53 ff.); ders., Verfassungsvergleichung (Fn. 41), S. 174 ff.

⁷² Deutlich Triantafyllidis, Rechtsvergleichung (Fn. 41), S. 58 f. m.w.N.

⁷³ So überzeugend Di Fabio, Recht (Fn. 45), S. 11.

man muß sich der Grenzen dieses methodischen Ansatzes bewußt bleiben.

3. Der unsichere Umgang mit „Wirklichkeit“

Unsicher und bisweilen oberflächlich erscheint des Weiteren der häufig theoretisch ungefilterte⁷⁴ Zugriff auf die „Wirklichkeit“.⁷⁵ Einerseits fehlt es oft bereits an gesicherten empirischen Kenntnissen über tatsächliche Abläufe in der Rechtspraxis. Wie bereits an anderer Stelle dargelegt⁷⁶, weisen z. B. die bisherigen verwaltungs(rechts)bezogenen Forschungsbemühungen im Bereich der Rechtsstaatsachenforschung erhebliche, auch strukturell bedingte Defizite auf. Neben der nach wie vor geringen Anzahl repräsentativ angelegter empirischer Studien⁷⁷ fällt insbesondere die methodologische Unbekummertheit bei der Erhebung von und im Umgang mit empirischem Material ins Auge, etwa die Neigung, je nach Sachlage und Bedarf eher zufällig ausgewählte Beispiele aus unterschiedlichen Quellen (Urteilsatbestände, Zeitungsmaterialien, Praktikerverrichte etc.) aufzugreifen, um von ihnen rückzuschließen auf den Verwaltungsalltag in der Bundesrepublik⁷⁸. Aufgrund solcher verzerrten Wahrnehmungen besteht die Gefahr falscher Schlussfolgerungen und falscher Forschungsschwerpunkte. Andererseits scheint nicht immer klar zu sein, was aus bestimmten empirischen Befunden folgt.⁷⁹ Welche Rückschlüsse

⁷⁴ Zur Theorieabhängigkeit der Daten vgl. statt vieler J. Risser, Einführung in die Logik der Sozialwissenschaften, 1996, S. 292–294 m.w.N.

⁷⁵ Spätestens seit den Studien von T. S. Kuhn – in diesem Zusammenhang grundlegend war seine Arbeit über *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 1967 [*The structure of scientific revolutions*, 1962] – geht man davon aus, daß die Wirklichkeit überhaupt nicht existiert, sondern Effekte der realitätskonstruierenden Wirkung wissenschaftlicher Erkenntnis ist. Auf der Grundlage dieses Paradigmas hat sich der Ansatz des (radikalen) Konstruktivismus inzwischen außer in der Soziologie in so verschiedenen Disziplinen wie etwa der Philosophie, Psychologie, Linguistik und Pädagogik etabliert. Im deutschsprachigen Raum verbindet man mit diesem Modell u. a. die Schriften von P. Watzlawick (vgl. P. Watzlawick, Wie wirklich ist die Wirklichkeit?, 1976; ders., Die erfundene Wirklichkeit, 1981) und S. J. Schmidt (z. B. S. J. Schmidt, Kognition und Gesellschaft, 1992; ders., Die Zählung des Blicks. Konstruktivismus – Empirie – Wissenschaft, 1998). Zur gegenstandserzeugenden Methode weitestgehend O. Lepsius, Besitz und Sachverhalt im öffentlichen Recht, 2002, S. 171–180 m.w.N. Güter Überblick über den Stand der Kognitionswissenschaften bei A. Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 28–36 m.w.N.

⁷⁶ Vgl. A. Voßkuhle, Rechtsstaatsachenforschung und Verwaltungsdogmatik, VerwArch. 85 (1994), S. 567 ff. Vgl. ferner B. Bartscher, Der Verwaltungsvertrag in der Behördenpraxis, 1996, S. 9 ff.; V. Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 235–240.

⁷⁷ Vgl. Voßkuhle, Rechtsstaatsachenforschung (Fn. 76), S. 571 ff. Hervorhebenswert aus letzter Zeit aber die Arbeiten von H. Hill/A. Weber, Vollzugsverfahren mit unvollständigen Zulassungsverfahren in den neuen Ländern, 1996; Bartscher, Verwaltungsvertrag (Fn. 76); N. Dose, Die verhandelnde Verwaltung, 1997 und Schlette, Verwaltung (Fn. 76). M. Schröder, Technikrecht in der Praxis, 2001, S. 128–137.

⁷⁸ Vgl. Voßkuhle, Rechtsstaatsachenforschung (Fn. 76), S. 576 ff.

⁷⁹ So auch Möllers, Theorie (Fn. 20), S. 41–43.

lassen sich etwa aus den wenigen Implementationsstudien über die fast schon sprichwörtlich gewordenen Vollzugsdefizite im Umweltrecht⁸⁰ ziehen? Es liegt auf der Hand, daß zu keiner Zeit alle geltenden Normen des Rechts vollzogen wurden. Worin liegt dann aber die besondere Qualität des derzeitigen Vollzugsdefizits? Nehmen wir Vollzugsdefizite heute nur stärker wahr oder hat das Recht seine Steuerungskraft zum Ende des 20. Jahrhunderts tatsächlich verloren?⁸¹ Wird etwa prozentual zur Menge der Rechtsnormen deutlich weniger Recht als früher vollzogen (systemisches Vollzugsdefizit) oder wird nur in bestimmten Rechtsgebieten wie dem Umweltrecht weniger vollzogen (partielles Vollzugsdefizit)? Lassen sich diese Vollzugsdefizite durch neue Regelungsstrategien beheben und, wenn ja, mit welchen? Oder setzt die Funktionsfähigkeit von Recht vielleicht sogar den teilweisen Nichtvollzug voraus?⁸² Sollen informelle Strategien daher formalisiert werden oder verlieren sie dann ihren funktionserhaltenden Charakter? All dies sind Fragen, die weiteren Forschungsbedarf indizieren und ohne theoretische Anleitung kaum sinnvoll beantwortet werden können. Gleichwohl ist in der umweltrechtlichen Literatur vielfach die eher schlichte Schlussfolgerung zu lesen: „Weil Vollzugsdefizite bestehen, muß das Umweltdurchsetzungsrecht reformiert werden.“

4. Der unsichere Umgang mit sog. „Schlüsselbegriffen“

Eine ähnliche Sorglosigkeit⁸³ begegnet uns im Zusammenhang mit der Verwendung sog. „Schlüsselbegriffe“, die zur Zeit auch die Diskussion um die Reform des Umweltrechts dominieren. Kooperation, Vorsorge, Risiko, Innovation, Information, Verantwortung oder Nachhaltigkeit lauten hier Stichworte. Als „interdisziplinäre Verbundbegriffe“⁸⁴ haben sie innerhalb ei-

⁸⁰ G. Winters, Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht, 1975; R. Mayntz u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978; E. Bohne, Der informale Rechtsrat, 1981. Später folgten G. v. Wedemeyer, Kooperation statt Vollzug im Umweltrecht, 1995 (Diss. 1991); W. Rübner, Die behördliche Praxis bei der Entdeckung und Definition von Umweltrisikofaktoren, 1991; sowie Hill/Weber, Vollzugsverfahren (Fn. 77), mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse der bisherigen Untersuchungen, ebd., S. 21 ff. Sehr viel besser steht es um den Vollzug durch die Verwaltung nach einer neueren Untersuchung von Dose, Verwaltung (Fn. 77), S. 62–69, 216–219, 411.

⁸¹ Zu den unterschiedlichen Erklärungsansätzen für diese Steuerungsverluste vgl. den Überblick bei Voßkuhle, Kompensationsprinzip (Fn. 20), S. 1 ff. m.w.N.

⁸² Zu diesem Gedanken in Anknüpfung an H. Poptitz, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe, 1968, A. Voßkuhle, Duldung rechtswidrigen Verwaltungshandelns?, Die Verwaltung 29 (1996), S. 511 (522). Vgl. jetzt auch W. Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle – Perspektiven, in: E. Schmidt-Akemann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 325 (354–357).

⁸³ Krit. auch Möllers, Theorie (Fn. 20), S. 34–38.

⁸⁴ Schuppert, Verwaltungswissenschaft (Fn. 22), S. 46.

ner rechtssetzungsorientierten Entscheidungswissenschaft die unerläßliche Funktion, übergreifende Ordnungsideen für bestimmte Argumentationszusammenhänge fruchtbar zu machen, indem sie eine Fülle von Informationen und Gedanken in einem Wortspeicher bündeln, strukturieren und begreifbar machen. Sie reduzieren damit auf der einen Seite Komplexität, dienen aber gleichzeitig als Inspirationsplattform, indem sie Assoziationskräfte freisetzen, noch unausgegrenzten Gedanken ersten Halt geben, verschiedene Perspektiven zusammenführen und Anleitung für die Zukunft bieten.⁸⁵ Schlüsselbegriffe sind folglich ganz besonders auf Konkretisierung angewiesen; sie geben keine eindeutige Antwort, sondern weisen den Weg.⁸⁶ Ihre produktive Unbestimmtheit birgt indessen Gefahren. Selbst bei solchen Begriffen, die weiter ausgearbeitet worden sind⁸⁷, wie Vorsorge⁸⁸ oder Nachhaltigkeit⁸⁹, ist in vielen Verwendungszusammenhängen nicht klar, auf welche der denkbaren Bedeutungsvarianten zurückgegriffen wird. Diese Vorgehensweise wird spätestens dann prekär, wenn versucht wird, Schlüsselbegriffe dogmatisch zu operationalisieren, indem man ihnen etwa den Charakter eines Rechtsprinzips zuspricht.⁹⁰ Das zeigt sich in aller Deutlichkeit am sog. „Kooperationsprinzip“, das zwar in Art. 34 Abs. 1 Einigungsvertrag und in Art. 16 Abs. 1 S. 2 Staatsvertrag ausdrücklich als Grundsatz des Umweltschutzes bezeichnet wird. Eine weitgehend konsentrierte Beschreibung der Rechtsqualität und des Inhalts dieses Prinzips sucht man dort aber ebenso vergebens wie in den einschlägigen Standardlehrbüchern und in der Literatur. Vielmehr konkurrieren dort ein deskriptiver, ein idealtypischer und ein normativer Kooperationsbegriff, mit jeweils wieder unterschiedlichen Inhalten.⁹¹ Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht⁹² sich nicht davon abhalten lassen, einige Landesabfallabgabengesetze und die kommunale Verpackungs-

⁸⁵ A. Voßkuhle, Regulierte Selbstregulierung – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaats, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 197 (198) m.w.N. Zu den Eigenarten dieser „weichen“ Leitbegriffe und den Gründen für ihren Bedeutungsgewinn vgl. auch Schulze-Fielitz, Rationalität (Fn. 25), S. 316–319. Gerade weil Schlüsselbegriffe eine wichtige Funktion und große Wirkkraft besitzen, darf man nicht vorschnell jedes politisches Schlagwort zum Schlüsselbegriff erheben, vgl. dazu am Beispiel der Staatsbilder Voßkuhle, Dienstleistungsstaat (Fn. 16), S. 509–511.

⁸⁶ Die rechtspolitische Funktion von Schlüsselbegriffen betont W. Hoffmann-Riem, Tendenzen der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 433 (439).

⁸⁷ Zp pauschal die Kritik bei Möllers, Theorie (Fn. 20), S. 14 ff.

⁸⁸ Grundlegend statt vieler R. Schmidt, Das Staat der Umweltvorsorge, DÖV 1994, S. 749 ff., der aber noch erheblichen Konkretisierungsbedarf sieht, vgl. auch ders./H. Müller, Einführung in das Umweltrecht 6. Aufl. 2001, § 1 Rn. 7.

⁸⁹ Weiterführend W. Kahl, in diesem Band.

⁹⁰ Krit. Röhl, Verantwortungsverantwortung (Fn. 25), S. 42, 47 f., 55.

⁹¹ Vgl. A. Voßkuhle, Das Kooperationsprinzip im Immissionschutzrecht, ZUR 2001, S. 23 (25 f.) m.w.N.

⁹² BVerfG, Urteil vom 7.5.1998 – 2 BvR 1876/91, 1083, 2188, 2200/92, 2624/94 – BVerfGE 98, 83 (98 ff.); Urteil vom 7.5.1998 – 2 BvR 1991, 2004/95 – BVerfGE 98, 106 (121 f.). Die Ent-

steuer wegen Verstößes gegen das Kooperationsprinzip für verfassungswidrig zu erklären.⁹³

IV. Anforderungen an die Arbeitsweise im öffentlichen Recht vor dem Hintergrund eines differenziert-integrativen Methodenansatzes: Ein pragmatisches Sieben-Stufen-Modell

Die hier angeedeuteten Rationalitätsverluste⁹⁴ innerhalb einer stärker rechtssetzungsorientierten Rechtswissenschaft lassen sich sicherlich nicht völlig ausschließen, sie lassen sich aber – und damit komme ich zu meiner vierten These – bei einem entsprechend ausgebildeten Methodenbewußtsein verringern.⁹⁵ Hilfreich im Sinne handwerklicher, pragmatischer Anleitung könnte hierbei ein Sieben-Stufen-Modell sein, das anknüpft an die konventionelle wissenschaftliche Arbeitsweise im Öffentlichen Recht, sich aber gleichzeitig um eine stärkere Transparenz und Strukturierung des Erkennt-

scheidungen sind ganz überwiegend auf Kritik gestoßen, vgl. nur B. Bender/R. Sparwasser/R. Engel, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, Kapitel 1 Rn. 94 m.w.N.

⁹³ Den Charakter eines normativen Rechtsprinzips verneinen D. Murswiek, Das sog. Kooperationsprinzip – ein Prinzip des Umweltschutzes?, ZUR 2001, S. 7 (12 f.); J. Wieland, Das Kooperationsprinzip im Atomrecht, ZUR 2001, S. 20 (22 f.); H. D. Jantsch, Bemerkenswertes aus Karlsruhe: Kooperation im Immissionschutzrecht und vergleichende Analyse von Umweltschutzinstrumenten, UPR 2001, S. 5 (8); Voßkuhle, Kooperationsprinzip (Fn. 91), S. 24 ff. m.w.N. in Fn. 38, sowie H.-J. Koch, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht – ein Mißverständnis?, NuR 2001, S. 541 (545 ff.). Dagegen den handlungsanleitenden Charakter des Kooperationsprinzips als Rechtsprinzip hervorhebend: U. Di Fabio, Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts, NVwZ 1999, S. 1153 ff.; K. Wachter, Kooperationsprinzip, gesellschaftliche Eigenverantwortung und Grundpflichten, Der Staat 38 (1999), S. 279 ff.

⁹⁴ Trotz vieler Rationalitäten (vgl. W. Lübbe, Eine ratio – viele Rationalitäten?, in: E. Gabel/G. Lübbe-Wolff [Hrsg.], Rationale Umweltpolitik – Rationales Umweltrecht, 1999, S. 13 ff.) kann Rationalität ein Orientierungsmaßstab sein, vgl. G. Hoffmann, Das verfassungsrechtliche Gebot der Rationalität im Gesetzgebungsverfahren, ZG 5 (1990), S. 97 (109 ff.); Schulze-Fielitz, Rationalität (Fn. 25), S. 320 ff.

⁹⁵ Nicht näher gewürdigt werden kann hier der von Möllers, Theorie (Fn. 20), S. 46 ff. vorgeschlagene Ansatz einer „Komparative[n] Verwaltungsrechtswissenschaft“. Der damit verbundene Reflexionsgewinn erscheint zunächst beträchtlich. Noch nicht ganz klar ist jedoch, wie dieser Reflexionsgewinn für praktische Aufgabenstellungen nutzbar gemacht werden kann. Im übrigen fällt auf, daß die methodische Strenge, mit der im ersten Teil des Beitrags Vorbehalte gegen eine Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse in den Rechtserkenntnisprozess formuliert wurden, im Rahmen des eigenen komparatistischen Ansatzes in eine gewisse methodische Milde umschlägt: Historische Forschungen, strukturelle Rechtsvergleichung und politische Interessenanalyse werden dem Rechtswissenschaftler ohne weiteres zugezählt, obwohl die methodischen Probleme hier ebenfalls mit den Händen zu greifen sind.

⁹⁶ Zum Pragmatismus im amerikanischen Rechtsdenken und der Bedeutung der verschiedenen Strömungen vgl. W. Kravitz, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, 1978, S. 100–133, sowie Lege, Pragmatismus (Fn. 24), S. 149–179.

nisprozesses bemüht. Leitgedanke ist insoweit ein differenziert-integratives Methodenverständnis, das es erlaubt, verschiedene Perspektiven und verschiedene Disziplinen zusammenzuführen, ohne die Eigenständigkeit jeder dieser Betrachtungsweisen zu negieren. Anhand der Einführung von Umweltzertifikaten, einer zur Zeit im Umweltrecht wieder stark diskutierten Thematik, lassen sich meine Überlegungen veranschaulichen. Äußerer Anlaß für die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesem Instrument ist der Vorschlag der Kommission im Grünbuch zum Handel mit Treibhausgasemissionen in der Europäischen Union⁹⁷, sich auf den internationalen Handel mit Emissionsrechten – nach dem sog. Kyoto-Protokoll vom 10.12.1997, dessen Ratifikation aber noch aussteht, soll dieser im Jahre 2008 starten – durch Einführung eines gemeinschaftlichen Systems für den Emissionshandel ab dem Jahre 2005 vorzubereiten.⁹⁸

1. Motivationsanalyse: Wie definiere ich das Problem, und was sind meine Erkenntnisinteressen?

Am Anfang rechtswissenschaftlicher Arbeit steht die präzise Problemdefinition und die Klärung der eigenen Erkenntnisinteressen.⁹⁹ Beide Vorgänge beruhen auf individuellen Wertungen und Vorverständnissen¹⁰⁰, die möglichst offen gelegt werden sollten. Deshalb ist es z.B. gute Übung anzugeben, ob man als Rechtsgelehrter im Auftrag eines Betroffenen die Sachlage darstellt, ob man an einem vorliegenden Gesetzentwurf beteiligt war, oder ob man z.B. schon über längere Zeit eine bestimmte Auffassung in der Sache vertritt. Wer etwa wie Holger Bonus seit zwanzig Jahren in vielen Beiträgen für die Einführung von Umweltzertifikaten wirbt¹⁰¹, hat vielleicht andere Er-

⁹⁷ Grünbuch zum Handel mit Treibhausgasemissionen in der Europäischen Union, KOM (2000) 87 endg. vom 08.03.2000.

⁹⁸ Vgl. dazu aus rechtlicher Sicht K. L. Brockmann/M. Stronziak/H. Bergmann, Emissionsrechtshandel – eine neue Perspektive für die deutsche Klimapolitik nach Kyoto, 1999, S. 117–141; H.-W. Rengeling, Handel mit Treibhausgasemissionen, DVBl. 2000, S. 1725 ff.; H.-J. Koch/A. Wierneke, Klimaschutz durch Emissionshandel, DVBl. 2001, 1085 ff.; H.-W. Rengeling (Hrsg.), Klimaschutz durch Emissionshandel, 2001. Zu den ökologischen, technischen und ökonomischen Grundfragen des regionalwirtschaftlichen Wirkungen eines CO₂- oder SO₂-Zertifikatsmodells auf europäischer Ebene vgl. P. Bader, Europäische Treibhauspolitik mit handelbaren Emissionsrechten, 2000, S. 139 ff.; K. L. Brockmann/M. Stronziak/H. Bergmann, ebd., S. 88–116; H. Koschel/K. L. Brockmann/T. F. N. Schmidt/M. Stronziak/H. Bergmann, Handelbare SO₂-Zertifikate für Europa, 1998, S. 155–282.

⁹⁹ Statt vieler K. Eberhard, Einführung in die Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, 2. Aufl. 1999, S. 15–19.

¹⁰⁰ Vgl. etwa R. Primm/H. Timann, Grundlagen einer kritisch-rationalen Sozialwissenschaft, 7. Aufl. 1997, S. 105, sowie oben Fn. 75.

¹⁰¹ Vgl. dazu nur H. Bonus, Emissionsrechte als Mittel der Privatisierung öffentlicher Ressourcen aus der Umwelt, in: L. Weghenkel (Hrsg.), Marktwirtschaft und Umwelt, 1981,

kennnteressen als jemand, der sich zum ersten Mal mit diesem Instrument beschäftigt. Konfrontiert mit dem oben genannten Kommissionsentwurf ergibt sich bereits bei der Problemdefinition eine erhebliche Variationsbreite. Man kann den Schutz des Klimas durch Vermeidung von Treibhausgasen in den Mittelpunkt stellen und danach fragen, ob der Handel mit Zertifikaten in einer bestimmten rechtlichen Ausgestaltung hierzu einen sinnvollen Beitrag leistet¹⁰², oder man kann die rechtliche Umsetzung der Zertifikatsidee als solche problematisieren. Dabei lassen sich wiederum verschiedene erkenntnisleitende Fragen aufwerfen: Sind Emissionszertifikate vereinbar mit bestehenden rechtlichen Vorgaben? Wie können sie rechtlich konstruiert werden? Welche rechtlichen Rahmenbedingungen müssen für ihre Einführung geschaffen werden? Sind die in der Diskussion befindlichen Vorschläge rechtspolitisch akzeptabel? Meistens fließen verschiedene Erkenntnisinteressen (unbewußt) zusammen. Jedes Erkenntnisinteresse indiziert jedoch in der Regel ein speziell zugeschnittenes Forschungsprogramm, so daß es hier schnell zu Fiktiven und Ungenauigkeiten kommt.

2. Sachverhaltsanalyse: Welche Tatsachen lege ich zugrunde?

Nach der Problemdefinition und der Klärung des Erkenntnisziels sind in einem zweiten Schritt die mit dem Problem zusammenhängenden Tatsachen näher aufzubereiten. Dabei sollte vor allen Dingen beachtet werden, daß der Wissenschaftler sich seinen Ausgangsachverhalt genauso konstruiert wie der Richter den zur Entscheidung anliegenden „Fall“.¹⁰³ Diese Konstruktion vollzieht sich durch Auswahl, Beschreibung und Interpretation tatsächlicher Vorgänge. Sie hängt von vielfältigen Faktoren ab, insbesondere einmal mehr von den eigenen Erkenntnisinteressen und dem eigenen Vorverständnis. Dem sprachwörtlichen hermeneutischen Zirkel wird man sicherlich nie ganz entkommen. Doch schließt dies weder das Bemühen um Distanz zum eigenen Beobachterstandpunkt, noch die genaue Bezeichnung der eigenen Erkenntnisquellen oder den Versuch aus, Selektions- und Interpretationsprozesse transparent zu machen. Im vorliegenden Beispiel wäre etwa zu fragen: Inwiefern hängen Klimaveränderungen mit bestimmten Emissionen zusammen?

S. 189 ff.; ders., Emissionslizenzen, Monopson und die räumliche Abschottung von Arbeitsmärkten, ZWS 1983, S. 57 ff.; ders., Marktwirtschaftliche Instrumente im Umweltschutz, Wirtschaftsdiens 1984, S. 169 ff.; ders., Marktwirtschaftliche Konzepte im Umweltschutz, Auswertung amerikanischer Erfahrungen im Auftrag des Landes Baden-Württemberg, 1984 und zuletzt ders. (Hrsg.), Umweltzertifikate. Der steinige Weg zur Marktwirtschaft, 1998.

¹⁰² So etwa Koch/Wienke, Klimaschutz (Fn. 98).

¹⁰³ Vgl. dazu K. Engisch, Logische Studien der Gesetzesanwendung, 2. Aufl. 1960, S. 37 ff.; J. Hruschka, Die Konstitution des Rechtfalles, 1965; Larrenz/Carnaris, Methodenlehre (Fn. 44), S. 99–102.

Was versteht die Wissenschaft unter „Emissionszertifikaten“? Existieren rechtliche Regelungen über solche Emissionszertifikate? Gibt es empirische Untersuchungen über die praktischen Erfahrungen mit Emissionszertifikaten und was sagen sie aus?

3. Bestandsanalyse: Welche Lösungsansätze wurden und werden innerhalb der Rechtswissenschaft und in anderen Disziplinen diskutiert?

Von der Sachverhaltsrestitution zu trennen, wenn gleich unmittelbar mit ihr verwoben, ist die Sichtung derjenigen Ansätze, die zur Lösung des aufgeworfenen Problems angeboten werden. Dieser dritte Arbeitsschritt erfordert eine differenzierte Aufbereitung der rechtspolitischen Diskussion und die Bereitschaft, Erkenntnisse und Vorschläge aus anderen Disziplinen wahrzunehmen sowie rechtsvergleichende Forschungen anzustellen. Er kann einhergehen mit ersten heuristischen Zuordnungs- und Systematisierungsversuchen. So gehören etwa die Emissionszertifikate nach herkömmlichem Verständnis im Umweltrecht zu den sog. ökonomischen Instrumenten innerhalb der großen Gruppe der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung, die ihrerseits abzugrenzen ist von der Gruppe der Instrumente direkter Verhaltenssteuerung.¹⁰⁴ Durch eine solche grobe Einteilung werden die jeweiligen Bezüge des konkret zu lösenden Problems zu allgemeineren Diskursen hergestellt. Aus ihr lassen sich aber noch keine konkreten inhaltlichen Rückschlüsse ziehen.¹⁰⁵

4. Alternativenanalyse: Auf welchen sachlichen und theoretischen Prämissen basieren die Lösungsansätze, und wie sind sie methodisch zu qualifizieren?

Erst im Anschluß an die horizontale Bestandsaufnahme sollte die vertikale Alternativenanalyse erfolgen, mithin die Untersuchung der sachlichen und theoretischen Prämissen der jeweiligen Lösungsansätze sowie ihre methodische Einordnung. Im vorliegenden Beispiel der Emissionszertifikate müßten also etwa die methodischen Grundannahmen der Umweltökonomie näher dargelegt und in Beziehung gesetzt werden zu den möglichen Ausgestaltungsvon Umweltzertifikaten. Mit diesem Punkt hat sich die Umweltökonomie seit längerem beschäftigt, ohne zu endgültigen Ergebnissen zu gelangen.

¹⁰⁴ So etwa die Systematisierung bei M. Kleopfer, Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, § 5 Rdnrn. 300 ff.

¹⁰⁵ Krit. zur Präponderanz deskriptiv-typologischer Betrachtungsweisen im Hinblick auf die Ausbildung von dogmatischen Lösungen Voßkuhle, Kompensationsprinzip (Fn. 20), S. 83–86 m.w.N.

gen.¹⁰⁶ Was die rechtsvergleichende Würdigung der teilweise positiven Erfahrungen mit Zertifikats-Programmen in den USA angeht¹⁰⁷, so wären diese Erfahrungen ihrerseits vor dem Hintergrund der ebenfalls herauszubehandelnden Unzulänglichkeiten des US-amerikanischen Luftreinhalterechts zu reflektieren.¹⁰⁸ Im Ergebnis würde sich vermutlich u.a. herausstellen, daß der Erfolg von Emissionszertifikaten maßgeblich von einem Innovationsgefälle im Bereich der Vermeidungstechnologien abhängt, das in der Bundesrepublik Deutschland kaum mehr besteht.

5. Rahmenanalyse:

Welche Lösungsansätze sind mit dem Recht noch vereinbar?

Soweit die einzelnen Lösungsansätze Konturen gewonnen haben, können sie auf ihre Vereinbarkeit mit dem bestehenden Recht hin überprüft werden. Hier liegt der traditionelle Schwerpunkt juristischer Tätigkeit. Freilich beinhaltet auch die Auslegung von Normen unter Zuhilfenahme der klassischen Auslegungsmethoden bekanntlich eigene Setzungen. Um den Korridor für denkbare Problemlösungen und ihre außerjuristischen Begründungen nicht vorschnell unter Rückgriff auf die normative Autorität des Gesetzes zu verengen, erscheint es deshalb sinnvoll, bei der Rahmenanalyse tendenziell Zurückhaltung zu üben. Als grobe Leitlinie könnte insoweit die Frage dienen: Welche Lösungsansätze sind noch mit dem Recht vereinbar?

6. Begründungsanalyse: Welchen Maßstab lege ich warum dem eigenen Entscheidungsvorschlag zugrunde?

Will nun der Rechtswissenschaftler jenseits dieser Festlegung des Rechtsrahmens einen eigenen (rechtspolitischen) Lösungsvorschlag formulieren, der nicht auf juristische Geltungskriterien zurückgeführt werden kann, so muß er

¹⁰⁶ Vgl. nur M. Kemper, Das Umweltproblem in der Marktwirtschaft, 2. Aufl. 1993, S. 41-63; B. Hückestein, Umweltlizenzen – Anwendungsbedingungen einer ökonomisch effizienten Umweltpolitik durch Mengensteuerung, ZfU 1993, S. 1 ff.; A. Endres, Umweltezertifikate: Eine marktwirtschaftliche Alternative im Widerstreit, in: A. Endres/E. Rehbinder/R. Schwarze, Umweltezertifikate und Kompensationslösungen aus ökonomischer und juristischer Sicht, 1994, S. 1 ff.

¹⁰⁷ Vgl. zuletzt B. Schmitt-Rady, Die Umsetzung des Zertifikatsmodells im Luftreinhalterecht der USA, 1999; N. Kaden, Der amerikanische Clean Air Act und das deutsche Luftreinhalterecht, 1999, und P. Bader, Europäische Treibhausgaspolitik mit handelbaren Emissionsrechten 2000.

¹⁰⁸ Aufschlußreich C. Herisch, Genehmigungspflichten im Luftreinhalterecht der U.S.A., ZfU 2001, S. 61 ff. In der Bundesrepublik Deutschland wurden die Reduktions- und Nachrüstungsleistungen an Kraftwerken, die in den USA mit den Zertifikatslösungen realisiert werden, bereits im letzten Jahrzehnt erreicht, vgl. M. Meyer-Renschhausen, Das amerikanische Recht der Luftreinhaltung, KJ 1998, S. 179 (181 ff.).

sich selbst und anderen konkret Rechenschaft darüber ablegen, auf welche anderen außerrechtlichen Maßstäbe er zurückgreift. Innerhalb dieses sechsten Arbeitsschritts geht es also vor allem um Konsistenz und Kohärenz¹⁰⁹ der eigenen Argumentation und das Vermeiden von Fehlschlüssen.¹¹⁰ Wer etwa unter Hinweis auf die positiven Erfahrungen in anderen Rechtsordnungen für die Einführung von Umweltezertifikaten plädiert, trägt nicht nur die Argumentationslast für die Übertragbarkeit dieser Problemlösung in die deutsche Rechtsordnung, er muß auch nachvollziehbare Gründe dafür angeben, warum die dort gefundene Lösung besser ist als andere. Wer zu diesem Zweck auf die ökonomische Theorie verweist, muß die Grundprämissen des ökonomischen Paradigmas (Menschenbild des homo oeconomicus, Ressourcenknappheit und methodischer Individualismus) anerkennen, die Zertifikatslösung mit anderen ökonomischen Instrumenten vergleichen und darf ökonomische Bedenken gegen eine spezielle rechtliche Ausgestaltung der Emissionszertifikate nicht ohne theoretimmanente Auseinandersetzung für unbeachtlich halten¹¹¹ usw.

7. Aktionsanalyse: Was folgt daraus?

Am Ende des hier skizzierten gestuften Arbeitsprozesses steht die Frage: Was folgt aus dem eigenen Vorschlag? Juristen verspüren nicht selten die Neigung, ihren Äußerungen ohne weiteres normative Valenz zuzusprechen, selbst dann, wenn sie sich außerjuristischer Begründungsansätze bedienen. Gerade dieser Gefahr kann durch eine möglichst präzise Folgenanalyse begegnet werden. Es ist anzugeben,

- ob eine und, wenn ja, welche Änderung der einschlägigen Gesetze notwendig ist, um den eigenen Vorschlag zu realisieren, oder
- ob Möglichkeiten bestehen, den eigenen Vorschlag an den bestehenden rechtsdogmatischen Diskurs rückanzubinden, etwa als Auslegungsgesichtspunkt, oder

¹⁰⁹ Zum Begriff der Kohärenz vgl. S. Bracker, Kohärenz und juristische Interpretation, 2000.

¹¹⁰ Zum Anspruch auf wissenschaftliche Objektivität vgl. die Gegenüberstellung der unterschiedlichen Bedeutungen von Objektivität bei J. Risser, Was ist wissenschaftliche Objektivität?, Levahtan 26 (1998), S. 184 (185 ff.).

¹¹¹ Nicht unproblematisch insoweit: C. Koenig, Möglichkeiten und Grenzen von Zertifikatsarten als Steuerungsmitteln im Umweltrecht, DOV 1996, S. 943 (949); H. Wagner, Effizienz des Ordnungsrechts für den Umweltschutz, NVwZ 1995, S. 1046 (1051); W. Franz, Das Verursacherprinzip im öffentlichen Recht, 1997, S. 264 ff.; B. Stöcker/H. Spreen, Emissionszertifikate – Ein Plädoyer zur Einführung marktwirtschaftlicher Instrumente in die Umweltpolitik, UPR 1999, S. 161 (166 ff.).

– ob Möglichkeiten für den Rechtsanwender bestehen, den Vorschlag im Rahmen eigener, nicht rechtlich gebundener Entscheidungsspielräume, z. B. beim Ermessen, fruchtbar zu machen.

V. Methode und Forschungsstil

Bereits diese zugegebenermaßen sehr groben Vorüberlegungen zur Arbeitsweise innerhalb einer rechtssetzungsorientierten Entscheidungswissenschaft verdeutlichen, daß der differenziert-integrative Ansatz bei Beachtung bestimmter Rationalitätsstandards schnell zur Überforderung des einzelnen Rechtswissenschaftlers führen kann, der eben kein omnipotenter Herkules im Dworkinschen Sinne ist.¹¹² Meine *fünfte* und letzte *These* lautet daher: Rechtswissenschaft, die in der Form rechtssetzungsorientierter Entscheidungswissenschaft betrieben wird, ist innerhalb der Wissenschaftsgemeinschaft in einem sehr viel höheren Maße auf Arbeitsteilung sowie wechselseitige Belehrung, Beobachtung und Kontrolle angewiesen, als es der wissenschaftlich arbeitende öffentlich-rechtliche Jurist von Haus aus gewohnt ist. Damit dieses Zusammenwirken auf Dauer Früchte trägt, bedarf es der Entwicklung und Pflege eines kommunikativen Forschungsstils¹¹³, der sich nicht auf die häusliche Lektüre geschätzter Kollegen und Spezialistengespräche auf Fachtagungen beschränkt, sondern geprägt ist von intra-¹¹⁴ und interdisziplinärer Offenheit, der Bereitschaft zu gegenseitigen Lernen, der Akzeptanz unterschiedlicher Forschertypen¹¹⁵ und Forschungsrichtungen innerhalb der eigenen Disziplin sowie vom Wissen um die eigenen Grenzen. Auch wird man sich stärker als bisher um gemeinsame methodisch-handwerkliche Qualitätsstandards bemühen müssen.¹¹⁶ Hier geraten nicht zuletzt hochschulpolitische Überlegungen in den Blick. Soll universitäre Rechtswissenschaft eine Zukunft haben, dann muß sie sowohl von interessegeleiteter Rechtspolitik als auch von

¹¹² Deutlich v. *Hippel*, Rechtspolitik (Fn. 47), S. 187.

¹¹³ Vorbildlich insofern der DFG-Gesprächskreis zur Reform des Verwaltungsrechts, vgl. *Voßkuhle*, Reform (Fn. 15), S. 552 f.

¹¹⁴ *Rittner*, Rechtswissenschaft (Fn. 52), S. 103 f.: „Auch die Rechtswissenschaft ist allerdings, für sich genommen, ein Bündel von Wissenschaften: Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie, Rechtspolitik, Rechtsdogmatik, Rechtsvergleichung und Rechtstheorie sind die wichtigsten allgemeinen Richtungen oder Zweige dieser Wissenschaft.“

¹¹⁵ Es existieren Rechtswissenschaftler mit dezidiert dogmatischen Neigungen, bei denen die Rahmenanalyse in besonders guten Händen ist, solche mit theoretischen Begabungen, die bevorzugt auf dem Feld der Alternativenanalyse arbeiten, und solche mit einer soziologischen Ader, denen die vorurteilsfreie Sachverhaltsersetzung leicht fällt – selten ein Kopf, dem alles gleichermaßen gut gelingt.

¹¹⁶ Weiterführend dazu *H. Schulze-Fielitz*, Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?, JöR n.F. 51 (2002) S. 1 ff.

einer durch große Anwaltsfirmen zunehmend professionalisierten Rechtspraxis unterscheidbar bleiben. Der Schlüssel zu dieser Unterscheidung liegt in theoretischer Reflexion und Methode.