

Bibliographie

- Peter Badura, Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative, RTDP 1984, S. 104.
- Giuseppe Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, 1932.
- Gian Domenico Comporti (Hg.), La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza), 2017.
- Michel Fromont, La convergence des systèmes de justice administrative en Europe, RTDP 2000, S. 125.
- Martin Gramatikov/Maurits Barendrecht/Jin Ho Verdonschot, Measuring the Costs and Quality of Paths to Justice: Contours of a Methodology, Hague Journal on the Rule of Law 2011, S. 349.
- Enrico Guiccardi, La giustizia amministrativa, 1942.
- Stavroula Ktistaki, L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif, 1991.
- Massimo Luciani, Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale, Rivista AIC 4/2014, S. 1.
- Mario Nigro, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo), 1980.
- Ilaria Pagni, La giurisdizione tra effettività ed efficienza, DPA 2016, S. 401.
- Alessandro Pajno, Giustizia amministrativa ed economia, DPA 2015, S. 952.
- Simone Torricelli (Hg.), Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto, 2018.
- Thomas von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996.

§ 152

Regierung, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

Benjamin Schindler

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Regierung, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit	1–13	3. Auswirkungen auf die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit	28–30
1. Mangelnde Differenzierung schematischer Gewaltenteilungsvorstellungen	1–6	IV. Selbstverwaltungsmodell	31–42
2. Prägende Wirkung tradierter Rollenbilder	7–9	1. Idealtypus der Identität von Verwaltung und Bürgerschaft	31–33
3. Typologie der Rollenzuweisungen	10–13	2. Ausprägungen und Verbreitung in Europa	34–38
II. Legalistisches Modell	14–22	3. Auswirkungen auf die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit	39–42
1. Idealtypus der Verwaltung als Gesetzesvollzugsmaschine	14, 15	V. Technokratisches Modell	43–52
2. Ausprägungen und Verbreitung in Europa	16–19	1. Idealtypus der Verwaltung als Expertin	43–46
3. Auswirkungen auf die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit	20–22	2. Ausprägungen und Verbreitung in Europa	47–49
III. Gouvernementales Modell	23–30	3. Auswirkungen auf die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit	50–52
1. Idealtypus der Verwaltung als verlängerter Arm der Regierung	23–25	VI. Vergleichende Schlussfolgerungen	53–55
2. Ausprägungen und Verbreitung in Europa	26, 27	Bibliographie	

Allgemeine Hinweise

Abkürzungen:

BGBL	Bundesgesetzblatt
B-VG	(Österreichisches) Bundes-Verfassungsgesetz, BGBL 1/1930 i.d.F. BGBL I 106/2016
BGE	(Schweizerische) Bundesgerichtsentscheide (publiziert in der amtlichen Sammlung; abrufbar unter www.bger.ch)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
GG	(Deutsches) Grundgesetz vom 23.5.1949, BGBL S. 1
HFD	(Schwedisches) Högsta förvaltningsdomstolens Årsbok (Jahrbuch des Obersten Verwaltungsgerichtshofs)
JZ	Juristenzeitung
SR	(Schweizerische) Systematische Sammlung des Bundesrechts (abrufbar unter www.admin.ch)
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGG	(Österreichisches) Verwaltungsgerichtshofgesetz

I. Regierung, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

1. Mangelnde Differenzierung schematischer Gewaltenteilungsvorstellungen

Aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive erfolgt der analytische Zugang zum Staat und seinen Institutionen regelmäßig über die Gewaltentrias Legislative, Exekutive und Judikative.¹ Dieses tradierte Raster ist zum Verständnis des Institutionengefüges im modernen Verwaltungsstaat indes nur begrenzt hilfreich. Das Modell ist einerseits zu vereinfachend, indem es die „Exekutive“ als Einheit behandelt und nicht zwischen der Regierung und Verwaltung unterscheidet. Andererseits erscheint die staatsrechtliche Zuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur „Exekutive“ und „Judikative“ im Rechtsalltag von geringerer Bedeutung als die konkrete Ausgestaltung der Rechtsschutzinstitutionen, wie das Beispiel des französischen *Conseil d'État* und seiner teilweisen Nachbildungen² in Belgien, Italien und den Niederlanden deutlich macht.³ Der vorliegende Beitrag versucht, die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Gefüge der staatlichen Institutionen darzustellen und hierbei vor allem Wechselwirkungen zur Regierung und zur Verwaltung ins Zentrum zu rücken. Um dieses „Dreiecksverhältnis“ zu verstehen, ist es indes notwendig, auch die Beziehung zwischen Regierung und Verwaltung rechtsvergleichend zu beleuchten und sich den sehr unterschiedlichen Ausgestaltungsformen der Verwaltung differenzierend zu nähern.

In den meisten europäischen Rechtsordnungen lassen sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die Regierung und die öffentliche Verwaltung als je eigene Staatsorgane oder zumindest als selbstständige Staatsfunktionen unterscheiden.⁴ Während im Mittelalter und teilweise bis in die Frühe Neuzeit das Wort „Regierung“ bzw. „Regieren“ sämtliche Formen hoheitlicher Herrschaftsausübung erfasste, fand bis in die Gegenwart eine zunehmende Ausdifferenzierung statt. Der Begriff der „Regierung“ (vom lateinischen *regere*, lenken, leiten) bzw. „gouvernement“, „governo“ oder „gobierno“ (vom griechischen *κυβερνήτης*, Steuermann) ist in seiner Bedeutung auf ein vom Parlament oder (seltener) ein direkt vom Wahlvolk gewähltes Staatsorgan mit den für das Staatswesen zentralen Leitungsfunktionen eingengt worden.⁵ Seinen umfassenden Bedeutungsgehalt

¹ Vgl. exemplarisch Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, ³1924, Bd. I, S. 2 ff.; Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, ⁸1928, S. 3 ff. und 9 ff.

² Siehe zum Einfluss des französischen *Conseil d'État* auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa Aurore Gaillet, Der *Conseil d'État* und sein Einfluss auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa – Historische Betrachtung und Ausblick, IPE IX, § 142.

³ Für Frankreich Jacques Ziller, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich, IPE VIII, § 130 Rn. 34 ff.; für Belgien Christian Behrendt, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Belgien, IPE VIII, § 128 Rn. 51 ff.; für Italien Cristina Fraenkel-Haebler/Diana-Urania Galetta, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Italien, IPE VIII, § 131 Rn. 43 ff.; für die Niederlande Philip Langbroek/Anoeska Buijze/Paulien Willemsen, Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Niederlanden, IPE VIII, § 132 Rn. 61 ff.

⁴ Vgl. Giovanni Biaggini, Grundverständnisse von Staat und Verwaltung, IPE III, § 53 Rn. 12; Armin von Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung. Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik, 2000, S. 112 ff.; Martin Kayser, Rechtsschutz und Kontrolle, IPE V, § 91 Rn. 82; Mayer (Fn. 1), S. 2.

⁵ Vgl. von Bogdandy (Fn. 4), S. 151.

konnte der Begriff „government“ hingegen im englischen Sprachraum behalten.⁶ Seit dem Siegeszug des Parlamentarismus kommt in den meisten europäischen Staaten dem Parlament zwar verfassungsrechtlich eine Vorrangstellung zu, was sich terminologisch darin äußert, dass die Regierung als „Exekutive“, „executive power“ oder „pouvoir exécutif“ bezeichnet wird.⁷ Diese Bezeichnung als rein „ausführendes“ Organ steht freilich in allen europäischen Staaten in einem eklatanten Gegensatz zur realen Bedeutung der Leitungsfunktion der Regierungen, aber auch zur verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Regierungen als „machtvolle, verselbstständigte Handlungseinheit, die öffentliche Gewalt ausübt“.⁸

- 3 Unter dem Einfluss einer als „klassisch“ wahrgenommenen Gewaltenteilungslehre, welche die Trinität Legislative, Exekutive und Judikative unterscheidet,⁹ werden Regierung und Verwaltung als eine Staatsgewalt – als Exekutive bzw. „vollziehende Gewalt“ – betrachtet.¹⁰ Auch wenn Regierung und Verwaltung – insbesondere über die Ministerinnen und Minister – organisatorisch und personell meist aneinander gekoppelt sind, haben sich in allen europäischen Verfassungsordnungen Regierung und Verwaltung organisatorisch und funktional stark ausdifferenziert.¹¹ Während in einzelnen Staaten Regierung und Verwaltung in erheblichem Maß entkoppelt sind und die Verwaltung teilweise gegenüber der Weisungsgewalt der Regierung bewusst abgeschirmt wird – so ansatzweise in Großbritannien und sehr ausgeprägt in Schweden¹² –, sind Regierung und Verwaltung in anderen Staaten, wie beispielsweise in der Schweiz,¹³ enger ineinander verzahnt.¹⁴
- 4 Auch die Verwaltung wird vielfach vereinfachend als monolithische Einheit wahrgenommen und mit einer meist hierarchisch und monokratisch organisierten Ministerialverwaltung gleichgesetzt. Diese idealtypische Vorstellung einer „Einheit der Verwaltung“ kontrastiert in der Realität mit pluralistischen und

6 Vgl. von Bogdandy (Fn. 4), S. 108; Andrew Le Sueur, The Nature, Powers and Accountability of Central Government, in: Feldman/Burrows (Hg.), English Public Law, 2009, S. 155, 155 f.

7 Vgl. Pedro Cruz Villalón, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich, IPE I, § 13 Rn. 111 ff.

8 von Bogdandy (Fn. 4), S. 122; vgl. auch ebd., S. 113.

9 Zur Fragwürdigkeit dieser säkularen „Trinitätslehre“ Alois Riklin, Machtteilung. Geschichte der Mischverfassung, 2006, S. 357. Vgl. Benjamin Schindler, Verwaltungsermessen. Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, 2010, Rn. 365 ff.

10 Vgl. Biaggini, Grundverständnisse von Staat und Verwaltung, IPE III, § 53 Rn. 12.

11 Vgl. Biaggini, Grundverständnisse von Staat und Verwaltung, IPE III, § 53 Rn. 28; von Bogdandy (Fn. 4), S. 112 ff.; Christoph Möllers, Verwaltungsrecht und Politik, IPE V, § 93 Rn. 11 ff. Zur hier nicht weiter vertieften Ausdifferenzierung zwischen Regierung und Staatsoberhaupt (Präsident oder Monarch) vgl. Cruz Villalón, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich, IPE I, § 13 Rn. 114 f.

12 Biaggini, Grundverständnisse von Staat und Verwaltung, IPE III, § 53 Rn. 28; für Großbritannien Martin Loughlin, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Großbritannien, IPE I, § 4 Rn. 50 und 89; ders., Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Großbritannien, IPE III, § 44 Rn. 73 f.; für Schweden Mats Kumlien/Kjell Å. Modér, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweden, IPE III, § 48 Rn. 14; Lena Marcusson, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweden, IPE V, § 82 Rn. 7 f.

13 Benjamin Schindler, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz, IPE III, § 49 Rn. 37. Vgl. auch Tobias Jaag, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweiz, IPE V, § 83 Rn. 69 ff. und 81 ff.

14 Biaggini, Grundverständnisse von Staat und Verwaltung, IPE III, § 53 Rn. 28.

heterogenen Verwaltungsstrukturen.¹⁵ Während bei den *Regulierungsbehörden* oder *Agenturen* die Entkoppelung von der übrigen Verwaltung v.a. eine Distanzierung von der politischer geprägten Regierung und vom Staat als Marktteilnehmer bezweckt, sollen *Akteure der wirtschaftenden Verwaltung* vor allem mit Blick auf ihren unternehmerischen Spielraum mehr Selbstständigkeit erhalten. *Beauftragte mit spezifischen Aufgaben*, etwa Ombudspersonen oder Datenschutzbeauftragte, übernehmen eine vermittelnde und aufsichtsführende Funktion und sollen dementsprechend gegenüber der Ministerialverwaltung über eine der Justiz vergleichbare Unabhängigkeit verfügen.

Betrachtet man die europäische Verfassungslandschaft, so hat sich neben der Regierung und Verwaltung auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit als eigenes Staatsorgan ausgebildet. Will man die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Gewaltengefüge stark vereinfachend auf einen Punkt bringen, dann lassen sich *drei Urnahmen* oder *Modelle* unterscheiden, von denen die meisten der heutigen Staaten in Europa geprägt wurden. Das erste Modell, das meist mit Frankreich in Verbindung gebracht wird, ist dasjenige der Administrativjustiz: Wenn sich das Individuum gegen die Verwaltung wehren will, so muss es die Verwaltung selber anrufen. Administrativjustiz ist also nicht in erster Linie Justiz über die Verwaltung, sondern Justiz durch die Verwaltung. Für Frankreich prägend war das geflügelte Wort, wonach das Urteilen über die Verwaltung noch zur Verwaltungstätigkeit selber gehört („*juge l'administration, c'est encore administrer*“).¹⁶ Das zweite Urmodell der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist das Justizstaatsmodell: Für Streitigkeiten zwischen Bürger und Verwaltung sind die ordentlichen Zivil- und Strafgerichte zuständig. Es ist das Modell, das in den *Common-law*-Ländern bis heute verbreitet ist und Deutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts prägte. Dahinter steht die Überzeugung, der Staat verdiene keinerlei Vorzugsbehandlung: Er müsse sich, wie jeder andere auch, vor den ordentlichen Gerichten verantworten; es gäbe nur *eine* Justiz, nämlich die „ordentliche“. Man kann dieses Modell daher auch als „monistisch“ bezeichnen.¹⁷ Prägend für dieses Modell wurde die Aussage des englischen Juristen Albert Venn Dicey (1835–1922): „*The Rule of Law means equal subjection of all to the ordinary law of the land administered by the ordinary Law Courts*.“¹⁸ Das dritte Modell, das sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in den deutschen Staaten und in Österreich durchsetzen sollte, ist ein Verwaltungsgerichtsmodell, das Elemente beider anderer Modelle kombinierte: Vom Modell der

15 Vgl. Biaggini, Grundverständnisse von Staat und Verwaltung, IPE III, § 53 Rn. 21 ff.; Sabino Cassese, Die Entfaltung des Verwaltungsstaates in Europa, IPE III, § 41 Rn. 66 f.; Wolfgang Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 35 ff.; Jacques Ziller, Verwaltungsorganisation, IPE V, § 87 Rn. 45 ff.

16 Das Diktum geht auf den Juristen und Politiker Henrion de Pansey (1742–1829) zurück. Siehe Thibault Blanchard, Le partage du contentieux administratif entre le juge civil et le juge administratif. Étude de droit vaudois, historique et comparée, 2005, S. 24. Vgl. auch Behrendt, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Belgien, IPE VIII, § 128 Rn. 51 f.; Pascale Gonod, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Frankreich, IPE V, § 75 Rn. 7.

17 Dazu umfassend Sabino Cassese, Monismus und Dualismus der Gerichtsbarkeit(en): Geschichte und Ausblick, IPE IX, § 141.

18 Albert Venn Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1902, Nachdruck 2005, S. 198.

Administrativjustiz wurde der Gedanke übernommen, wonach Spezialisten die besonderen Fragestellungen verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten am besten beantworten können. Vom Justizstaatsmodell stammte die Idee einer von der Verwaltung unabhängigen Justiz; denn nur sie garantiert eine glaubwürdige und unparteiische Streitschlichtung zwischen Verwaltung und Individuum. So entstand eine spezialisierte und von den „ordentlichen“ Gerichten getrennte, gleichzeitig aber auch von der Verwaltung unabhängige Verwaltungsgerichtsbarkeit. Man kann hierin auch ein „dualistisches“ Justizmodell sehen.¹⁹

- 6 Auch wenn die verschiedenen Modelle der Verwaltungsgerichtsbarkeit bis heute klar erkennbar sind,²⁰ sind doch in vielerlei Hinsicht starke Angleichungstendenzen zu beobachten.²¹ Sowohl beim Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz als auch bei der organisatorischen und verfahrensrechtlichen Ausgestaltung desselben sind – nicht zuletzt unter dem Einfluss des Unionsrechts wie auch der EMRK – Konvergenzen zu beobachten. Der französische *Conseil d'État* wird zwar bis heute verfassungsrechtlich der Exekutive zugerechnet, doch ist unbestritten, dass er als ein von der Regierung und der (aktiven) Verwaltung unabhängiges Rechtsschutzorgan wirkt.²² Und auch in Großbritannien erfolgte eine gewisse Spezialisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, indem besondere *Tribunals* geschaffen wurden und der *High Court* über eine verwaltungsrechtliche Abteilung verfügt.²³ Vor diesem Hintergrund scheint es durchaus gerechtfertigt, trotz der unterschiedlichen Ausgestaltung in den einzelnen Rechtsordnungen für die Zwecke eines gesamteuropäischen Institutionenvergleichs von Verwaltungsgerichtsbarkeit zu sprechen.

2. Prägende Wirkung tradierter Rollenbilder

- 7 Die Unterscheidung der drei Akteure Regierung, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit ist in den meisten europäischen Staaten mit einer bestimmten Rollenzuweisung verknüpft. Die Definition dieser Rollen erfolgt teilweise explizit im positiven Verfassungs- und Gesetzesrecht durch die Zuweisung von Kompetenzen, kann aber auch Ausdruck der politischen Tradition oder einer bestimmten Verwaltungs- oder Justizkultur sein. Die Verwaltungsrechtswissenschaft tendiert dazu, sich die in der tradierten Verwaltungskultur wurzelnden

19 Cassese, Monismus und Dualismus der Gerichtsbarkeit(en): Geschichte und Ausblick, IPE IX, § 141 Rn. 18 ff.; Kayser, Rechtsschutz und Kontrolle, IPE V, § 91 Rn. 46 ff. Der Begriff „Monismus“ kann indes auch für das klassische Modell der Administrativjustiz verwendet werden, da Verwaltung und Verwaltungsjustiz hier als Einheit betrachtet werden. Die Begriffe Monismus und Dualismus werden daher in dieser Darstellung nicht weiterverwendet.

20 Kayser, Rechtsschutz und Kontrolle, IPE V, § 91 Rn. 58 ff.

21 Cassese, Monismus und Dualismus der Gerichtsbarkeit(en): Geschichte und Ausblick, IPE IX, § 141 Rn. 27 ff.

22 Gonod, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Frankreich, IPE V, § 75 Rn. 6 ff. und 102 ff.; Peter M. Huber, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, IPE V, § 73 Rn. 172.

23 Paul Craig, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Großbritannien (England und Wales), IPE V, § 77 Rn. 88 und 91.

Rollenbilder unbewusst anzueignen, sie rational-normativ zu untermauern und damit zum vermeintlich allgemeinverbindlichen Standard zu erheben. Im vorliegenden Beitrag wird die bildhafte Sprache vom Staat und seinen Organen zum Ausgangspunkt genommen, um die oft unbewusst verwendeten Leit-„Bilder“ offenzulegen und so die Sensibilität für unterschiedliche Rechts- und Verwaltungskulturen in Europa zu fördern.²⁴

Beliebte Sprachbilder für den Staat sind seine Beschreibung als Staatskörper, als Staatsmaschine, als Staatsgebäude oder als Staatsschiff. Seit der Antike wird der Staat mit dem menschlichen Körper verglichen, den es im Sinne der „politischen Anatomie“ zergliedernd zu beschreiben gilt.²⁵ Für die Staats- und Rechtswissenschaft wurde dieses Bild prominent von Johann Caspar Bluntschli (1808–1881) in seiner „organischen Staatslehre“ aufgegriffen. Nach ihm verhielt sich die Regierung zum übrigen Staatswesen „wie das Haupt zu den Gliedern des Leibes“. Seit dem 17. Jahrhundert – dem Zeitalter, in dem sich die klassische Mechanik entwickelte und sich der absolutistische Fürstenstaat entfaltete – wurde zunehmend das Bild von der „Staatsmaschine“ verwendet, das im Zeitalter der Industrialisierung weiter an Popularität gewann.²⁷ In der Staatsmaschine verkörperte zuerst die Antriebsfeder bzw. Trieb- oder Schwungrad die Regierung, später (mit der Industrialisierung) wurde die Regierung mit dem Motor verglichen, der die Maschine in Schwung hält.²⁸ Die Rolle der Regierung wurde auch mit der Funktion der tragenden Säule oder des Schlusssteins im Staatsgebäude verglichen.²⁹ Und im Staatsschiff sollte die Regierung die Rolle des Lotsen oder Steuermanns einnehmen.³⁰ Diese Metaphorik unterstreicht, dass eine primär dienende – „exekutive“ – Funktion bei genauerer Betrachtung eigentlich nur der Ministerialverwaltung, nicht aber der Regierung, zugeschrieben wird. Die Regierung hat als Kopf oder Lotse vorausschauend-planend den Körper oder das Schiff zu steuern. Sie ist das Sprachrohr, das dem Staat nach außen eine Stimme gibt³¹ und zugleich im Innern die Einheit der fachlich spezialisierten und ausdifferenzierten Verwaltung zu gewährleisten hat.³² Von der Regierung geht als Antriebsfeder die Energie aus, welche die Staatsmaschine mit den einzelnen Beamten als Rädchen in

24 Andreas Anter, Verwaltung und Verwaltungsmetaphorik. Der lange Weg der Maschine, in: Collin/Lutterbeck (Hg.), Eine intelligente Maschine? Handlungsorientierungen moderner Verwaltung (19./20. Jh.), 2009, S. 25 f. und 45; Susanne Bär, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnisinstrument und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft, 2004, S. 223, 247 ff. Vgl. auch Hans Peter Matter, Die pluralistische Staatstheorie, 2012, S. 45 f.

25 Dietmar Peil, Untersuchungen zur Staats- und Herrschaftsmetaphorik in literarischen Zeugnissen von der Antike bis zur Gegenwart, 1993, S. 302 ff.

26 Johann Caspar Bluntschli, Allgemeine Staatslehre, 1886, S. 597.

27 Anter (Fn. 24), S. 28 ff.; Horst Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 36 ff.; Peil (Fn. 25), S. 489 ff.

28 Vgl. mit zahlreichen Nachweisen von Bogdandy (Fn. 4), S. 113; Dreier (Fn. 27), S. 36 ff.; Walter Leisner, Regierung als Macht kombinierten Ermessens. Zur Theorie der Exekutivgewalt, JZ 1968, S. 727; Peil (Fn. 25), S. 502 ff.

29 Vgl. Peil (Fn. 25), S. 597 ff.

30 Vgl. ebd., S. 700 ff.

31 Leisner (Fn. 28), S. 728.

32 Vgl. Dreier (Fn. 27), S. 142.

Schwung hält. Damit erscheint die Regierung in erster Linie als proaktiv-vorausschauendes und kreativ-gestaltendes Leitorgan, dessen Tätigkeit stärker politisch geprägt als rechtlich gebunden ist.³³ Die Freiräume des Regierungshandelns sind deshalb besonders ausgeprägt; für die Regierung bezeichnend ist ihre „Macht kombinierten Ermessens“.³⁴ Demgegenüber unterstreicht die Gleichsetzung der Verwaltung mit dem Rumpf oder Arm des Körpers³⁵ bzw. dem Räderwerk der Maschine ihren fremdgesteuerten, vollziehenden bzw. gebundenen Charakter.³⁶

- 9 Auch wenn die richterliche Gewalt traditionell Gegenstand zahlreicher Allegorien und Sprachbilder ist, wird ihr im Zusammenhang mit den oft verwendeten Staatsmetaphern (Körper, Maschine, Gebäude, Schiff) oft keine zentrale Rolle zugewiesen. Vermutlich ist dies auch Ausdruck davon, dass die Justiz als Kontrollorgan der anderen Staatsorgane und insbesondere der Verwaltung vergleichsweise jüngeren Datums ist. Immerhin wies Bluntschli der Justiz im Staatskörper die zentrale Rolle des Herzens³⁷ zu und die Befürworter der Verwaltungsgerichtsbarkeit sahen in ihr die „Krönung“³⁸ des Rechtsstaats oder den „Schlussstein im Gewölbe“³⁹ der rechtsstaatlichen Architektur. Mit der Schlussstein-Metapher wurde indes weniger versucht, eine bestimmte Funktion der Justiz im Staatsgebäude zu umschreiben. Vielmehr diente der Vergleich dazu, im Kampf um die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit deren Unverzichtbarkeit bildhaft zu unterstreichen.⁴⁰

3. Typologie der Rollenzuweisungen

- 10 Um das Dreiecksverhältnis zwischen Regierung, Verwaltung und Justiz rechtsvergleichend besser zu verstehen und einordnen zu können, bietet sich eine Typologie an, die vier Rollenbilder der Verwaltung und ihr jeweiliges Verhältnis zu Regierung und Justiz skizziert. Als besonders ertragreich scheint, hierbei an die *Verwaltung als Organisation* anzuknüpfen, bestehen doch gerade in diesem Bereich ausgeprägte nationale Traditionen, die unter europäischem Konvergenzdruck stehen.⁴¹ Da die Verwaltungsorganisation aber immer in das verfassungs-

33 Vgl. von Bogdandy (Fn. 4), S. 110 und 151.

34 Vgl. Leisner (Fn. 28), S. 727 ff.

35 Vgl. Louis Antoine Macarel, Cours de droit administratif, Bd. I, 1844, S. 12. Zur Geschichte der Metapher Pierre Serrand, Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction, Jus Politicum. Revue de droit politique 4/2010, S. 1, 8 ff.

36 Vgl. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1921, S. 616 ff.

37 Bluntschli (Fn. 26), S. 599: „Das Gericht als die weniger obrigkeitliche Gewalt steht mit dem Regiment nicht auf einer Linie, sondern ist, obwohl in der Hauptsache von diesem unabhängig, doch demselben untergeordnet, ähnlich wie das Herz dem Kopf.“

38 Fleiner (Fn. 1), S. 40.

39 Die Metapher wird oft mit Richard Thoma (1874–1957) und Gustav Radbruch (1878–1949) in Verbindung gebracht, dürfte indes schon älter sein. Vgl. etwa Karl Freiherr von Lemayer, Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, Grünhuts Zeitschrift 22 (1895), S. 353, 380. Die Verwendung der Schlusssteinmetapher reicht in ihren Ursprüngen zurück bis in die Antike, vgl. Peil (Fn. 25), S. 609 f.

40 Vgl. Roger Müller, Verwaltungsrecht als Wissenschaft, Fritz Fleiner 1867–1937, 2006, S. 233 und 302.

41 Vgl. Biaggini, Grundverständnisse von Staat und Verwaltung, IPE III, § 53 Rn. 14; Ziller, Verwaltungsorganisation, IPE V, § 87 Rn. 4 ff. und 48 ff.; Gérard Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 45 ff.

rechtliche Gewaltengefüge und eine traditionelle Verwaltungskultur eingebettet ist, kann dieser Konvergenzdruck zu besonderen Spannungen und Disharmonien mit den nationalen Rechtsordnungen führen.⁴²

Die Typologie soll den Referenzrahmen für einen systematischen Rechtsvergleich bilden.⁴³ Sie beschreibt vier verschiedene Idealtypen von Verwaltung, die in den meisten europäischen Verwaltungskulturen in mehr oder weniger starker Ausprägung anzutreffen sind. Mit dem Herausarbeiten von Idealtypen oder Referenzmodellen wird im Interesse der Anschaulichkeit bewusst ein bestimmter Ausschnitt der sozialen Wirklichkeit herausgehoben und überzeichnet; tatsächlich sind diese Idealtypen kaum je in Reinform anzutreffen.⁴⁴ Dennoch können diese Typen – gerade weil sie bestimmte Idealvorstellungen von Verwaltung verkörpern – erhebliche Prägestkraft entfalten.⁴⁵ Anders als eine kategoriale Begriffsbildung erlaubt eine Typologie zudem die Bildung von Mischtypen und die Beschreibung von „atypischen“ Sonderfällen. Der vorliegend unternommene Versuch einer Typenbildung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und ist damit erweiterungsfähig.⁴⁶

Die Typologie orientiert sich schließlich an der sozialen Wirklichkeit, versteht sich aber als rechtswissenschaftlich und nimmt daher die *Legitimationsquelle* des Verwaltungshandelns zum Ausgangspunkt, fragt also nach der normativen Rechtfertigung von Herrschaft.⁴⁷ Während der Soziologe Max Weber (1864–1920) die Legitimation von Herrschaft breit verstand,⁴⁸ definiert die rechtsstaatlich orientierte Verwaltungsrechtswissenschaft den Legitimationsbegriff seit dem 19. Jahrhundert sehr eng und setzt ihn meist mit der Bindung an das Gesetz oder das Recht gleich. Dieser *Rechtsstaat* deutsch-österreichischer Prägung, der *État de droit* französischer Prägung oder die *Rule of Law* im angelsächsischen Raum sind zwar nach wie vor in ihrem Bedeutungsgehalt nicht deckungsgleich.⁴⁹ Dennoch findet auch diesbezüglich eine gewisse Angleichung im europäischen Rechtsraum statt.⁵⁰ Seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hat sich zudem in den meisten europäischen Staaten die Vorstellung durchgesetzt, dass Verwaltungshandeln nicht nur rechtsstaatlich, sondern auch demokratisch legitimiert sein muss.⁵¹ Die hier vorgenommene Typologie versucht den Kreis der möglichen Legitimationsquellen bewusst weiter zu ziehen und unterscheidet zwischen exogener und endogener Legitimation. Erstere erfolgt durch die Steuerung über das parlamentari-

42 Siehe unten Rn. 53 f.

43 Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidea, 2004, S. 6.

44 Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, S. 4: „Das reale Handeln verläuft nur in seltenen Fällen (Börse) und auch dann nur annäherungsweise so, wie im Idealtypus konstruiert.“ Vgl. auch Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 156.

45 So für das Bürokratiemodell in Deutschland Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 158.

46 Zum Herausarbeiten von Typen oder Referenzmodellen im Verwaltungsrecht vgl. Bär (Fn. 24), S. 228 ff.; Michel Fromont, Droit administratif des états européens, 2006, S. 7 f.

47 Schmidt-Aßmann (Fn. 43), S. 87 ff.

48 Weber (Fn. 44), S. 19.

49 Vgl. dazu Martin Loughlin, Foundations of Public Law, 2010, Part IV Chapter 11, S. 312 ff.

50 Fromont (Fn. 46), S. 88 f.; Karl-Peter Sommermann, Prinzipien des Verwaltungsrechts, IPE V, § 86 Rn. 28 ff.

51 Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 3 ff.

sche Gesetz oder die Lenkung durch die Regierung. Dies entspricht dem Typus einer weitgehend vollziehenden Verwaltung, deren Legitimation über einen *input* von außen erfolgt. Demgegenüber schöpft die Verwaltung bei endogenen Legitimationsquellen die Rechtfertigung für ihr Handeln aus ihrer Fachkompetenz oder dem Umstand, dass sie selber über erhöhte demokratische Legitimation verfügt, z.B. weil sie im Sinne der Selbstverwaltung die Betroffenen beteiligt.⁵² Endogene Legitimationsquellen können auch die Überzeugungskraft des administrativen Handelns sein (*output*-Legitimation) oder das qualifizierte Verfahren, das Verwaltungsentscheidungen durchlaufen (*throughput*-Legitimation).

- 13 Die nachfolgende Typologie anhand der Legitimationsquelle führt dazu, dass die Idealvorstellungen von Verwaltung vor allem bezüglich dreier Parameter unterschieden werden können: gestaltende vs. vollziehende Verwaltung;⁵³ politische vs. neutrale Verwaltung⁵⁴ und unabhängige vs. abhängige Verwaltung.

II. Legalistisches Modell

1. Idealtypus der Verwaltung als Gesetzesvollzugsmaschine

- 14 Für den deutschen Soziologen Max Weber stellte die „legale Herrschaft“ den Idealtypus rationaler Herrschaftsausübung dar.⁵⁵ Die Bindung an berechenbare Regeln war ihm Garant für die „Ausschaltung von Liebe, Haß und allen rein persönlichen, überhaupt allen irrationalen, dem Kalkül sich entziehenden, Empfindungselementen aus der Erledigung der Amtsgeschäfte“.⁵⁶ Das Gesetz wurde zum „*rocher de bronze*“,⁵⁷ an dem sich die Verwaltung zwingend auszurichten hatte, und zum zentralen Schutzwall gegen frei waltende Willkür der Verwaltung.⁵⁸ Mit der Ausschaltung persönlicher Wertungen und Gefühle wurde die Verwaltung gleichsam „entmenslicht“,⁵⁹ wodurch sie einer Maschine angenähert wurde.⁶⁰ Die Maschine verkörperte ein komplexes, funktional differenziertes, rational konstruiertes und zweckgerichtetes Gebilde ohne eigenen Willen.⁶¹ Diese Maschine steht symbolhaft für eine Bürokratie im Weberschen Sinn, d.h.

52 Zu den verschiedenen Legitimationsformen vgl. Johannes Reich, „Herrschaft kraft Wissen“. Grundlagen unabhängiger Regulierungsbehörden in rechtsvergleichender Perspektive, 2021 i.E.

53 Hierzu Huber, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, IPE V, § 73 Rn. 44 ff.

54 Hierzu Möllers, Verwaltungsrecht und Politik, IPE V, § 93 Rn. 16 ff.

55 Weber (Fn. 44), S. 124.

56 Ebd., S. 563.

57 Fleiner (Fn. 1), S. 68. Die Metapher geht auf den preußischen „Soldatenkönig“ Friedrich Wilhelm I. zurück, der hiermit seinen absolutistischen Herrschaftsanspruch unterstrich. Eine vergleichbar absolute Vorrangstellung maß die Verwaltungsrechtslehre dem (parlamentarischen) Gesetz zu.

58 Fleiner (Fn. 1), S. 130.

59 Weber (Fn. 44), S. 563.

60 Vgl. Lemayer (Fn. 39), S. 466 („Maschine zur Anwendung der Gesetze“); Fleiner (Fn. 1), S. 64 („Räder in dem großen staatlichen Behördenapparate“). Zur Herkunft und weiteren Nachweisen dieser Metapher Dreier (Fn. 27), S. 36 ff.; Reich (Fn. 52).

61 Vgl. Anter (Fn. 24), S. 28 f. und 37 f.; Peil (Fn. 25), S. 587 f.

eine hierarchisch strukturierte und fachlich ausdifferenzierte Organisation mit Mitarbeitern („Beamten“), die alleine aufgrund ihrer fachlichen Qualifikation ausgewählt werden und sich vollamtlich den Verwaltungsaufgaben widmen.⁶² Der einzelne Beamte ist geprägt durch eine „ständische Ehre“⁶³ und alleine dem Gesetz und dem Gemeinwohl verpflichtet. Er „soll seinem eigentlichen Beruf nach nicht Politik betreiben, sondern: ‚verwalten‘, unparteiisch vor allem“.⁶⁴

Das Modell der „Gesetzesvollzugsmaschine“ bzw. der „legislativen Programmsteuerung“⁶⁵ ist charakterisiert durch eine Verwaltung, die ihre Legitimation weitgehend aus exogenen Quellen – dem Gesetzesrecht – schöpft und somit die vollziehende Verwaltung idealtypisch verkörpert. Sie ist zudem *unabhängig*, da sie nur dem Gesetz verpflichtet und schließlich *politisch neutral* ist. Das Gesetz verkörpert die „geronnene“ Politik; mit seinem Erlass ist der politische Prozess weitgehend abgeschlossen und kann allenfalls noch durch die Regierung verfeinert oder situativ ergänzt werden; die Verwaltung jedoch ist beauftragt, diesen in generell-abstrakte Regeln gegossenen politischen Willen möglichst unparteiisch und neutral auf die Einzelfälle anzuwenden. Die Verwaltung tritt so mit dem Individuum in eine Rechtsbeziehung und dieses wandelt sich vom untertänigen Objekt zum Rechtssubjekt.⁶⁶ Hinter diesem Modell einer politisch weitgehend neutralisierten Gesetzesvollzugsmaschine stand historisch betrachtet auch das Bestreben, die vormals monarchisch geprägte Verwaltung über die Bindung an das parlamentarische Gesetz demokratisch zu zähmen.⁶⁷

2. Ausprägungen und Verbreitung in Europa

Im europäischen Rechtsvergleich erscheint am ehesten die Verwaltung in Schweden dem hier beschriebenen Idealtypus zu entsprechen. Die schwedische Verwaltung wird in erster Linie durch das Gesetz gesteuert und nicht durch Weisungsbefugnisse der Regierung im Einzelfall. Das Verbot ministerieller Anweisungen gegenüber der Verwaltung (Verbot des sog. *ministerstyre*)⁶⁸ und die ausdrückliche Verankerung der Unabhängigkeit der Verwaltung in der Ver-

62 Vgl. Weber (Fn. 44), S. 126 f.

63 Ebd., S. 831.

64 Ebd., S. 833.

65 Rolf-Richard Grauhan, Modelle politischer Verwaltungsführung, Politische Vierteljahresschrift 1969, S. 269.

66 Mayer (Fn. 1), S. 13 Fn. 2: „Uns scheint es noch wichtiger, dass der Untertan dem Staate jetzt nicht mehr schlechthin als Gegenstand seiner Machttübing dient, sondern mit seiner Eigenschaft als Untertan die eines Rechtssubjektes sich verbindet, dem auch die öffentliche Gewalt in rechtlich geordneten und gebundenen Beziehungen gegenüber steht; die Freiheit beruht für uns wesentlich auf Verwaltungsrecht.“

67 Vgl. Kathrin Groh, „Von acht bis vier Uhr amtseifriger Republikaner“ – Die Weimarer Staatsrechtslehre auf der Suche nach Sinn- und Handlungsorientierung für die „neutrale“ Bürokratie, in: Collin/Lutterbeck (Hg.) (Fn. 24), S. 197; Adolf Merkl, Die gedanklichen Grundlagen der Forderung einer demokratischen Verwaltung (1920), in: Mayer-Maly/Schambeck/Grassmann (Hg.), Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften, Bd. III/1, 2006, S. 77.

68 Kumlien/Modéer, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweden, IPE III, § 48 Rn. 14; Marcusson, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweden, IPE V, § 82 Rn. 7 f.; Zürl, Verwaltungsorganisation, IPE V, § 87 Rn. 18 und 28.

fassung (*Förvaltningsens självständighet*)⁶⁹ unterstreicht die im Rechtsvergleich einzigartige Stellung der schwedischen Verwaltung. Zwar kann die Regierung über Personalentscheidungen und gewisse Richtlinienkompetenzen auf die Verwaltung Einfluss nehmen, doch fehlen die für die meisten europäischen Rechtsordnungen üblichen Einwirkungsmöglichkeiten mit den typischen Instrumenten einer hierarchischen Organisation, wie etwa die Weisungsgewalt oder die Möglichkeit des Selbsteintritts.⁷⁰

- 17 Die Vorstellung einer weitgehend gesetzesteuerten Verwaltung hat neben Schweden vor allem auch die Verwaltungsrechtsordnung in Österreich stark beeinflusst. Bereits die Bürokratie der Habsburgermonarchie war stark legalistisch geprägt.⁷¹ Die von Adolf Merkl und Hans Kelsen geprägte „Reine Rechtslehre“ hat diese „legalistische Kultur“ weiter gefestigt und dazu geführt, dass das „Denken vom Recht, nicht vom Staat her“ zu einem „archimedischen Punkt“ im Umgang mit Staat und Verwaltung wurde.⁷² Zentraler Ausgangspunkt dieses Denkens ist, dass Staat und staatliche Tätigkeit nur im Rahmen und auf Grundlage des Rechts denkbar sind. Für die Verwaltung bedeutet dies, dass die „gesamte staatliche Verwaltung [...] nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden [darf].“⁷³ Rechtsfreie Handlungsbereiche der Verwaltung bestehen nicht, vielmehr muss sich die Verwaltung als Folge des „Totalvorbehalts des Gesetzes“⁷⁴ „auf Schritt und Tritt [...] fragen, ob das Gesetz einen Willen ausgesprochen habe und welchen.“⁷⁵ Trotz des konsequenten und lückenlosen Geltungsanspruchs des Legalitätsprinzips hat zumindest die „Reine Rechtslehre“ die Verwaltung nie als rein fremdgesteuertes Vollzugsorgan betrachtet. Vielmehr macht die Vorstellung des Rechts als Stufenbau deutlich, dass jeder Rechtsakt (von der Verfassung über das Gesetz bis hin zum Einzelakt der Verwaltung) in einem Wechselspiel von Bindung und Freiheit erzeugt wird und damit auch der Verwaltung in gewissem Maße eine rechtsschöpferische Funktion zukommt. Vor diesem Hintergrund gibt es keine dichotomische Unterscheidung zwischen politischen Organen (wie Parlament und Regierung) und apolitischer Verwaltung. Vielmehr hat jedes Staatsorgan in dem ihm vom Recht belassenen (heteronomen) Rahmen (autonome) politische Wertungen und Entscheidungen zu verantworten.⁷⁶ So erscheint die hierarchische Gliederung der Staatsorgane und letzt-

69 Kapitel 12 § 2 der Regierungsformen (*Regeringsformen*) als eines der vier Verfassungsdokumente (Hans-Heinrich Vogel, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweden, IPE I, § 9 Rn. 70) verwendet den Begriff der „*självständighet*“ für die Verwaltung wie die Justiz gleichermaßen (vgl. auch Kapitel 11 der Regierungsformen).

70 Kumlien/Modéer, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweden, IPE III, § 48 Rn. 14; Marcusson, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweden, IPE V, § 82 Rn. 8.

71 Waltraud Heindl, Josephinische Mandarine. Bürokratie und Beamte in Österreich, Bd. 2: 1848–1914, 2013, S. 277.

72 Ewald Wiederin, Über den *modus austriacus* in der Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz (Hg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7, 2007, S. 293, 295.

73 Art. 18 B-VG. Hierzu Michael Holoubek, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Österreich, IPE V, § 79 Rn. 12.

74 Holoubek, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Österreich, IPE V, § 79 Rn. 12. Vgl. auch Adolf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 169.

75 Merkl (Fn. 74), S. 169.

76 Ebd., S. 143; Wiederin (Fn. 72), S. 303 f.

lich auch die hierarchische Gliederung der Verwaltung wie das organisatorische Spiegelbild zum normtheoretischen Stufenbau.⁷⁷ Über die Hierarchie wird zudem – vermittelt durch eine personelle „Legitimationskette“ – eine Rückbindung an das Parlament bzw. Wahlvolk erzeugt. Die entsprechende Weisungsbefugnis (von oben nach unten) bzw. die Verantwortlichkeit (von unten nach oben) stellt eine zusätzliche Quelle exogener demokratischer Legitimation dar, welche die Steuerung über das Mittel des Gesetzes ergänzt.⁷⁸

Alle kontinentaleuropäischen Staaten sind in mehr oder weniger starkem Ausmaß einem legalistischen Legitimationsmodell verpflichtet.⁷⁹ Das Gesetz gilt gemeinhin als Ausdruck des Volkswillens, zugleich aber auch als rechtsstaatliche Schranke gegen staatliche Übermacht und Garant für eine rational-regelhaft handelnde Verwaltung. Allerdings tritt neben das Gesetz als Quelle demokratischer Legitimation die hierarchische Staatsorganisation als Mittel parlamentarischer bzw. gouvernementaler Steuerung hinzu – insofern gilt die Verwaltung nicht nur als „Gesetzesvollzugsmaschine“, sondern eben auch als „verlängerter Arm“ einer meist parlamentarisch rückgebundenen Regierung.⁸⁰ Eine überragende Bedeutung hat die Gesetzessteuerung der Verwaltung insbesondere in Deutschland, da die „vollziehende Gewalt“ nach Art. 20 Abs. 3 GG ausdrücklich „an Gesetz und Recht gebunden“ ist.⁸¹ Anders als in Österreich⁸² (und in abgeschwächter Form in Griechenland⁸³, der Schweiz⁸⁴ oder Spanien⁸⁵) besteht indes

77 Merkl (Fn. 74), S. 37. Vgl. die Rezeption für die Schweiz bei Zaccaria Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1960, S. 52 f. und 102.

78 Merkl (Fn. 74), S. 339 f.

79 Aus vergleichender Perspektive Fromont (Fn. 46), S. 233 f.; Sommermann, Prinzipien des Verwaltungsrechts, IPE V, § 86 Rn. 30. Für Deutschland Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 95; für Frankreich Gonod, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Frankreich, IPE V, § 75 Rn. 31; Olivier Jouanjan, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Frankreich, IPE I, § 2 Rn. 106; für Griechenland Pavlos-Michael Efstratiou, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Griechenland, IPE V, § 76 Rn. 60 ff.; für Italien Daria de Pretis, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Italien, IPE V, § 78 Rn. 101 ff.; für Österreich Holoubek, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Österreich, IPE V, § 79 Rn. 12 ff.; für Polen Stanisław Biernat/Dorota Dabek, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Polen, IPE V, § 80 Rn. 169 ff.; für Portugal Pereira da Silva/Salgado de Matos, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Portugal, IPE V, § 81 Rn. 129 ff.; für Schweden Marcusson, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweden, IPE V, § 82 Rn. 36 ff.; für die Schweiz Jaag, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweiz, IPE V, § 83 Rn. 9 ff.; für Spanien Oriol Mir, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Spanien, IPE V, § 84 Rn. 109 ff.; für Ungarn Zoltán Szenté, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Ungarn, IPE V, § 85 Rn. 100 f.

80 Sehr deutlich wird dies bei Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 8 ff., der die Rückbindung der Verwaltung ans Parlament ins Zentrum seiner Ausführungen stellt.

81 Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 95 bezeichnet das Gesetz als „das wichtigste Steuerungsmedium“.

82 Holoubek, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Österreich, IPE V, § 78 Rn. 12 ff.

83 Efstratiou, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Griechenland, IPE V, § 76 Rn. 61.

84 Jaag, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweiz, IPE V, § 83 Rn. 9; Schindler, Schweiz, IPE III, § 49 Rn. 43.

85 Mir, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Spanien, IPE V, § 84 Rn. 113 f.

kein „Totalvorbehalt“ des parlamentarischen Gesetzes. Vor allem im Bereich der Leistungsverwaltung sind die Anforderungen an die Rückbindung ans parlamentarische Gesetz gelockert.⁸⁶ Stärker ausgeprägt sind exekutive Normsetzungskompetenzen ohne Rückbindung an den parlamentarischen Gesetzgebungsprozess sodann in Frankreich.⁸⁷ Weitgehend fremd ist die Vorstellung einer durch das parlamentarische Gesetz umfassend gesteuerten Verwaltung hingegen dem angelsächsischen Rechtskreis. Akte des Parlaments sind im Vereinigten Königreich zwar auch für die Verwaltung verbindlich,⁸⁸ doch äußert sich die *rule of law* weniger in einem Legalitätsprinzip kontinentaleuropäischer Prägung als in besonders ausgeprägten Anforderungen an die Fairness des Verfahrens (*natural justice*)⁸⁹ und dem Anspruch auf gerichtliche Kontrolle des Verwaltungshandelns.⁹⁰ Hinzu kommt, dass die Minister überall dort, wo sie sich auf eine Kompetenz der Krone stützen können (*prerogative power*), über eine eigenständige und vom Parlament entkoppelte Legitimationsquelle ihres Handelns verfügen.⁹¹

- 19 Die Koppelung des legalistischen Modells mit einer bürokratischen Verwaltungsstruktur kann im Sinne von Max Weber als „idealtypisch“ gelten und erscheint auf den ersten Blick für eine fremdgesteuerte Vollzugsverwaltung naheliegend.⁹² Im Falle von Österreich ist die spiegelbildliche Ergänzung der gestuften Rechtsordnung und der hierarchisch gegliederten Staatsorgane besonders augenfällig. Und in Deutschland hat das Gebot, das Berufsbeamtentum entsprechend der „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ (Art. 33 Abs. 5 GG) zu regeln und fortzuentwickeln, neben dem Legalitätsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) Eingang ins Grundgesetz gefunden. Das Modell Schweden macht indes deutlich, dass eine konsequente und alleinige Bindung der Verwaltung an das Recht auch zu einer „Enthierarchisierung“ führen kann, indem der Legitimationsstrang zur Regierung bewusst getrennt wird. Die Verwaltung ist dann – ähnlich der Justiz – alleine dem Recht verpflichtet. Die Schweiz wiederum kennt – wie Österreich – eine konsequente und lückenlose Rückbindung der Verwaltung an das durch

86 Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 13.

87 Fromont (Fn. 46), S. 233 f.; Gonod, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Frankreich, IPE V, § 75 Rn. 83 ff.; Jouanjan, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Frankreich, IPE I, § 2 Rn. 106; Sommermann, Prinzipien des Verwaltungsrechts, IPE V, § 86 Rn. 30.

88 Craig, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Großbritannien, IPE V, § 77 Rn. 60 ff.

89 Craig, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Großbritannien, IPE V, § 77 Rn. 29 ff.; Loughlin, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Großbritannien, IPE I, § 4 Rn. 81 und 83.

90 Craig, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Großbritannien, IPE V, § 77 Rn. 29 ff.; Loughlin, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Großbritannien, IPE I, § 4 Rn. 80 f.; ders., Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Großbritannien, IPE III, § 44 Rn. 7. Für die USA Oliver Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997, S. 211 f. und 215.

91 Craig, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Großbritannien (England und Wales), IPE V, § 77 Rn. 11; Loughlin, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Großbritannien, IPE I, § 4 Rn. 85; Ziller, Verwaltungsorganisation, IPE V, § 87 Rn. 16.

92 Zu dieser gerade im deutschen Recht weit verbreiteten Koppelung und ihrer Kritik Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 22.

direktdemokratische Mitwirkungsrechte (Referenden) besonders stark demokratisch legitimierte Gesetz (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV). Die direktdemokratische Prägung findet indes nicht nur im Gesetzgebungsverfahren seinen Ausdruck, sondern auch auf Ebene der Verwaltungsorganisation. So wird das Hierarchiemodell durch eine ausgeprägte Kultur der kollegial und nebenberuflich organisierten Selbstverwaltung („Milizverwaltung“) abgeschwächt und ergänzt.

3. Auswirkungen auf die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Handlungs-Logik einer legalistisch orientierten Verwaltung entspricht weitgehend der Kontroll-Logik der Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁹³ Handlungs- und Kontrollmaßstab ist in beiden Fällen das Recht.⁹⁴ Vielfach gleichen sich auch der Argumentationsstil und die äußere Form der Entscheidungen, indem Verwaltungsakte (bzw. „Bescheide“ in Österreich oder „Verfügungen“ in der Schweiz) inhaltlich und formal den Gerichtsurteilen nachgebildet sind. Otto Mayers Forderung nach „tunlichster Justizförmigkeit der Verwaltung“⁹⁵ sowie die Handlungsformenlehre im deutschsprachigen Raum zielten mit darauf ab, Entscheide der Verwaltung der Logik richterlicher Entscheidungen anzugleichen und hierdurch den gerichtlichen Rechtsschutz zu erleichtern. Die Kombination von weitgehend rechtlich gesteuerter Verwaltung, förmlichem Verwaltungshandeln sowie einer spezialisierten Verwaltungsgerichtsbarkeit, deren schriftliches Verfahren dem Verwaltungsverfahren angenähert ist, begünstigt eine intensive inhaltliche Kontrolle der Verwaltungstätigkeit durch die Justiz. Früh wurde daher die Gefahr erkannt, dass sich die Verwaltungsgerichte zu einer Art „Doppelverwaltung“⁹⁶ oder „Oberverwaltungsbehörde“⁹⁷ entwickeln könnten. Mit der Idee einer gewaltenteiligen Staatsorganisation und einer einheitlich-hierarchischen Verwaltung, an deren Spitze eine Regierung steht, wäre diese Entwicklung aber nicht zu vereinbaren gewesen. Das österreichische VwGG von 1875 nahm daher das „freie Ermessen“ der Verwaltung von der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle aus. Die Verwendung dieser Generalklausel löste eine intensive und kontroverse Debatte über die „teuflische Frage“ (*quaestio diabolica*)⁹⁸ aus, wo die Grenze zwischen Verwaltung und Justiz verlaufen solle. Der Ermessensbegriff wurde zum Etikett für die kontrollfreien Räume der Verwaltung:⁹⁹ „Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte bricht an dem Punkte ab, an dem das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden beginnt.“¹⁰⁰ Die Ermessensdiskussion fand

93 Vgl. Kayser, Rechtsschutz und Kontrolle, IPE V, § 91 Rn. 110.

94 Vgl. Hans-Jürgen Papier, Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte, DÖV 1986, S. 621, 621: „Die gerichtlichen Beurteilungsmaßstäbe sind identisch mit den Verhaltensnormen der Exekutive.“

95 Mayer (Fn. 1), S. 62. Vgl. auch ebd., S. 93: „Sein [des Verwaltungsakts] Vorbild ist das gerichtliche Urteil.“

96 Lemayer (Fn. 39), S. 462.

97 Fleiner (Fn. 1), S. 258.

98 Lemayer (Fn. 39), S. 446.

99 Vgl. Christoph Grabenwarter, Ermessenslehren, IPE V, § 90 Rn. 8; Thomas Olechowski, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, IPE VIII, § 133 Rn. 118 ff.; Schindler (Fn. 9), Rn. 12 ff.

100 Fleiner (Fn. 1), S. 257.

im 20. Jahrhundert ihre Fortsetzung in Deutschland, wo sie sich zu einer hochkomplexen Ermessenslehre fortentwickelte und von dort in zahlreiche europäische Staaten ausstrahlte.¹⁰¹

- 21 Die in der deutschen Tradition stehende Ermessenslehre war von Beginn weg weniger darauf ausgerichtet, eine funktional sinnvolle Kompetenzabgrenzung vorzunehmen, sondern bezweckte vor allem über eine dogmatische Eingrenzung des Ermessens auf die Rechtsfolgenseite einer Norm und eine ausdifferenzierte Ermessensfehlerlehre den gerichtlichen Kontrollbereich maximal auszudehnen.¹⁰² Vordergründig bediente sich die Rechtswissenschaft hierbei begrifflich-dogmatischer Argumentationsmuster. Dahinter stand aber – meist unausgesprochen – die Annahme, dass spezialisierte Verwaltungsgerichte das Ideal einer legalistischen Gesetzesvollzugsmaschine im Grunde genommen besser verkörpern als die Verwaltung selbst. Dies führte zu einer „schleichenden Subalternisierung“¹⁰³ der öffentlichen Verwaltung und zu einer „Grundvermutung für eine hohe Kontrolldichte“.¹⁰⁴ Im Gegensatz zu anderen europäischen Staaten kann die deutsche Verwaltung nicht mit einem „Vertrauensvorschuss“¹⁰⁵ rechnen und man ist versucht, die Gerichtszentriertheit der Verwaltungskontrolle als „deutschen Sonderweg“¹⁰⁶ zu bezeichnen.
- 22 Der Blick nach Schweden macht indes deutlich, dass sich hier – vor dem Hintergrund einer ebenfalls stark legalistischen Verwaltungskultur – eine noch weitergehende Entwicklung abgespielt hat. Hinzu kommt die Weisungsfreiheit der schwedischen Verwaltung von der Regierung, wodurch sich administrative und judikative Funktion noch stärker angleichen. Dies musste konsequenterweise dazu führen, dass auf eine generelle Ausklammerung von administrativen Ermessensspielräumen verzichtet wurde. Gerichte können somit sämtliche Aspekte einer Verwaltungsentscheidung prüfen, auch die Angemessenheit (*lämplighet*) und Zweckmäßigkeit.¹⁰⁷ Auch in der Schweiz wird – zumindest für die Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht – auf eine Unterscheidung zwischen einer Rechtmäßigkeits- und Angemessenheitsprüfung verzichtet.¹⁰⁸ Dahinter steht in beiden Staaten die Überzeugung, dass ein umfassender individueller Rechtsschutz höher zu

101 Für Italien *Fraenkel-Haebler/Galetta*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Italien, IPE VIII, § 131 Rn. 133 ff.; für Ungarn *Herbert Küpper*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Ungarn, IPE VIII, § 138 Rn. 174; für die Schweiz *Schindler*, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz, IPE III, § 49 Rn. 20 f.; *ders.*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, IPE VIII, § 136 Rn. 66; für Spanien *Mir*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Spanien, IPE V, § 84 Rn. 144 f.; *Silvia Díez Sastre*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Spanien, IPE VIII, § 137 Rn. 82 f.

102 Vgl. den Überblick bei *Grabenwarter*, Ermessenslehren, IPE V, § 90 Rn. 35 ff. und 52 ff.

103 *Everhardt Franßen*, (Un)bestimmtes zum unbestimmten Rechtsbegriff, FS für Wolfgang Zeidler, 1987, S. 429, 449.

104 *Franz C. Mayer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, IPE VIII, § 129 Rn. 177 f. Vgl. auch *Kahl*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 127 ff. Für Österreich *Olechowski*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, IPE VIII, § 133 Rn. 120.

105 Vgl. *Mayer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, IPE VIII, § 129 Rn. 178.

106 *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: *ders./Schmidt-Abmann/Voßkuhle* (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, § 10 Rn. 73.

107 Vgl. *Kumlien/Modéer*, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweden, IPE III, § 48 Rn. 77; *Marcusson*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweden, IPE V, § 82 Rn. 60; *ders.*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Schweden, IPE VIII, § 135 Rn. 127.

108 *Schindler*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, IPE VIII, § 136 Rn. 65.

gewichten sei als „dogmatische Bedenken, wonach Gerichte von ihrer Funktion her darauf beschränkt sein sollten, die rechtlichen Grenzen der Ermessensausübung zu kontrollieren“.¹⁰⁹ Die Praxis in den beiden Ländern macht indes deutlich, dass die gerichtliche Prüfungsdichte der Verwaltungsgerichte nicht durchgehend so hoch ist, wie es ihre rechtlichen Befugnisse vermuten lassen könnten. Je nach Detaillierungsgrad der maßgebenden Rechtsvorschriften und der Technizität der Materie reduzieren die Gerichte tatsächlich die Intensität ihrer Kontrolle. Die konkrete Abgrenzung zwischen administrativer und judikativer Tätigkeit folgt dabei weniger einem stringenten dogmatischem Konzept als vielmehr pragmatischer Kasuistik, die bereichsspezifisch differenziert.¹¹⁰ Ein Unterschied zwischen Schweden und der Schweiz besteht insofern, als die umfassende verwaltungsgerichtliche Kontrolle in Schweden zum flächendeckenden Normalfall wurde und auch der Oberste Verwaltungsgerichtshof (*Högsta förvaltningsdomstolen*) den Willen zum Ausdruck bringt, seine Kompetenzen – zumindest dem Grundsatz nach – voll auszuschöpfen.¹¹¹ In der Schweiz beschränkt sich die umfassende Kompetenz demgegenüber auf das Bundesverwaltungsgericht und damit auf vergleichsweise wenige Regelungsmaterien, die in der unmittelbaren Vollzugskompetenz des Bundes liegen. Das (oberste) Bundesgericht verlangt schließlich, dass das Bundesverwaltungsgericht trotz umfassender Zuständigkeiten nicht die „Rolle von Aufsichtsbehörden“ übernehme, indem es Politik betreibe oder sich technische Fachkompetenz anmaße.¹¹² Diese höchstrichterlich angeordnete Zurückhaltung bringt zum Ausdruck, dass das Verständnis der Verwaltung in der Schweiz weniger legalistisch geprägt ist als in Schweden und ihre Legitimation durch Sachverstand und politische Rückbindung stärker gewichtet wird.

III. Gouvernmentales Modell

1. Idealtypus der Verwaltung als verlängerter Arm der Regierung

Der französische Jurist und Staatsrat Louis Antoine Macarel (1790–1851) verglich das Verhältnis zwischen Regierung und Verwaltung mit demjenigen zwischen Kopf und Arm eines menschlichen Körpers. Sie seien gegenseitig aufeinander angewiesen: Vom Kopf erhalte der Arm die notwendigen Impulse und umgekehrt sei der Kopf nur dank des seine Befehle ausführenden Körperteils

109 So der Schweizer Bundesrat in seinen Erläuterungen zur umfassenden Zuständigkeitsumschreibung des Bundesverwaltungsgerichts (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, Bundesblatt 2001, S. 4202, 4256). Vgl. für Schweden auch *Marcusson*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweden, IPE V, § 82 Rn. 60; *ders.*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Schweden, IPE VIII, § 135 Rn. 52 ff. und 127.

110 Für Schweden *Marcusson*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Schweden, IPE VIII, § 135 Rn. 128 ff.; für die Schweiz *Schindler*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, IPE VIII, § 136 Rn. 66.

111 HFD 2015, Ref. 36 (zitiert nach *Marcusson*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Schweden, IPE VIII, § 135 Rn. 127).

112 BGE 139 II 185 E. 9.3 S. 199 (betr. Sicherheitsbeurteilung einer Kernanlage). Vgl. *Schindler*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, IPE VIII, § 136 Rn. 66.

handlungsfähig.¹¹³ Diese Metapher erinnert an das bekannte Frontispiz zu Thomas Hobbes Leviathan von 1651, das einen bekrönten Riesen (Leviathan) darstellt, der in der rechten Hand ein Schwert und in der linken einen Hirtenstab hält. Der Körper des Riesen besteht dabei aus zahllosen kleinen Einzelfiguren. Überschieden ist die Darstellung mit „*Non est potestas Super Terram quae Comparatur ei*“.¹¹⁴ Man kann diese Darstellung dahingehend interpretieren, dass der absolute Herrscher der Kopf eines mit Zwangsgewalt bewehrten Beamtenapparats ist. Die Ideal- (oder Schreckens-)Vorstellung der Verwaltung als verlängerter Arm eines Herrschers ist eng mit dem Absolutismus verbunden und hat seine Wurzeln in der Frühen Neuzeit. Mit dem organisatorischen Mittel der Hierarchie und dem personellen Instrument des Berufsbeamtentums ließ sich ein Verwaltungsapparat schaffen, der von intermediären Gewalten und ständischen Privilegien unabhängig war. Der Feudalstaat wurde zum Beamtenstaat.¹¹⁵ Strukturell prägend wirkte einerseits die römisch-katholische Kirche mit ihrem hierarchischen Aufbau und der strikten Trennung zwischen Klerus und Laien.¹¹⁶ Vor diesem Hintergrund erscheint der abgeschlossene Beamtenstand als „weltlicher Klerus der Regierenden gegenüber den Regierten“.¹¹⁷ Andererseits dienten die auf rasche Entscheidung und klare Befehlsketten ausgerichteten militärischen Strukturen als Vorbild, die Verwaltung bildete gleichsam das „stehende Civilheer“.¹¹⁸ Seine extremste Ausformung erhielt das bürokratisch-hierarchische Modell im Spätabolutismus. Prägend waren für Österreich die Verwaltungsreformen Josephs II., der sich selber als „erster Diener des Staats“ bezeichnete und in seinen an die Beamten gerichteten „Hirtenbriefen“ das Sprachbild des Staatskörpers bewusst einsetzte.¹¹⁹ Die starke Ausrichtung der Verwaltung auf den Monarchen – dem „Allerhöchste[n] Mittelpunkt höchster Macht“¹²⁰ – wurde in der Habsburgermonarchie zusätzlich dadurch begünstigt, dass eine gemeinsame Nation oder ein Staat als Orientierungspunkt fehlte.¹²¹ Das auf gegenseitiger Identifikation beruhende Näheverhältnis zwischen Monarch und Verwaltung wurde so zu einem besonderen Kennzeichen der Josephinischen Bürokratietra-

113 Macarel (Fn. 35), S. 12.

114 „Keine Macht ist auf Erden, die ihm zu vergleichen ist“. Vgl. hierzu eingehend Horst Bredekamp, Thomas Hobbes. Der Leviathan. Das Urbild des modernen Staates und seine Gegenbilder. 1651–2001, 2012.

115 Bruno Schimetschek, Der österreichische Beamte, 1984, S. 97.

116 Fritz Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat (1916), in: ders., Ausgewählte Schriften und Reden, 1941, S. 138, 139; Henning Ottmann/Peter Krämer/Helmut Klages, Hierarchie, in: Staatslexikon, Bd. 2, 1995, Sp. 1275 f.; Huber, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, IPE V, § 73 Rn. 59; Heinz Rausch, Hierarchie, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 3, 1982, S. 104.

117 Fleiner (Fn. 116), S. 143.

118 Jakob Dubs, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Erster Theil, 1878, S. 125. Zur Armee als Vorbild der napoleonischen Verwaltungsreformen Thomas Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 113. Die französische Verfassung von 1958 nennt in Art. 20 Abs. 2 zivile Verwaltung und Streitkräfte in einem Atemzug („Il [= le Gouvernement] dispose de l'administration et de la force armée.“).

119 Vgl. Waltraud Heindl, Gehorsame Rebellen. Bürokratie und Beamte in Österreich, Bd. 1: 1780–1848, S. 65.

120 Robert Musil, Der Mann ohne Eigenschaften, 22007, S. 84.

121 Heindl (Fn. 119), S. 67.

dition.¹²² Die Verwaltung und ihr Kopf verwachsen hier organisch zu einem Körper. Neben Joseph II. wurde im 19. Jahrhundert vor allem Napoléon Bonaparte zur Leitfigur einer nach militärischem Vorbild organisierten, streng hierarchisch und monokratisch organisierten Zentralverwaltung. Die Vorstellung, dass effizientes Verwaltungshandeln nur durch Einzelpersonen möglich ist („*Administrer est le fait d'un seul*“¹²³), wurde zu einem Grundsatz von scheinbar naturgesetzlichem Charakter hochstilisiert. Prägend waren die napoleonischen Verwaltungsreformen insbesondere für die im 19. Jahrhundert vorangetriebenen Verwaltungsreformen in den deutschen Staaten.¹²⁴

Das hier beschriebene Idealbild einer *regierungs-gesteuerten, gouvernemental* geprägten Verwaltung hat mit dem Bild der „Gesetzesvollzugsmaschine“ gemein, dass die Verwaltung fremdgesteuert ist, was eine hierarchische Gliederung begünstigt. Während das legalistische Verwaltungsmodell aber auch ohne hierarchische Unterordnung auskommen kann (so in *Schweden*), ist dies bei einem *gouvernementalen* Steuerungsmodell kaum denkbar. Die Verwaltung bezieht die legitimierenden Handlungsimpulse über eine Kette von Entscheidungsträgern von der Spitze der Hierarchie her. Während der historisch betrachtet originäre „Kopf“ dieser Verwaltung – der Monarch – in den meisten europäischen Staaten spätestens im 20. Jahrhundert wegfiel oder in seiner Bedeutung marginalisiert wurde,¹²⁵ bot sich ein *gouvernementales* Verwaltungsmodell für die im 20. Jahrhundert erstarkenden autoritären Regimes geradezu an. So begünstigten Faschismus und Nationalsozialismus eine Bündelung staatlicher Macht durch Zentralisierung und Hierarchisierung der Verwaltungsstrukturen. Während in *Spanien* die Verwaltung vorerst stark militarisiert wurde, erfolgte seit den 1950er-Jahren eine schrittweise Hinwendung zu einem bedingt legalistisch geprägten Verwaltungsmodell.¹²⁶ Im faschistischen *Italien* wurden Begriffe wie Ordnung, Disziplin und Hierarchie zu Leitgedanken eines auf den „*Duce*“ als Fluchtpunkt hin orientierten Staatsumbaus.¹²⁷ Im nationalsozialistischen *Deutschland* wurde die legalistische Vorstellung, wonach das „Gesetzesgebäude als lückenlos zu denken“ sei, als überholt kritisiert und durch die konsequente Ausrichtung aller staatlichen Organe auf den „Führer“ als zentrale Legitimationsquelle weitgehend ersetzt. Hiermit verbunden war die Stärkung einer einheit-

122 Exemplarisch Musil (Fn. 120): „Dies scheint der Sinn dessen gewesen zu sein, dass sich die Könige so gern auch die ersten Diener ihres Staates nannten, und mit einem raschen Blick überzeugte sich Ulrich, dass Se. Exzellenz wirklich jenen eisgrauen, kurzen, am Kinn ausrasierten Backenbart trug, den alle Amtsdienner und Eisenbahnportiers in Kakanien besaßen. Man hatte geglaubt, dass sie in ihrem Aussehen ihrem Kaiser und Könige nachstrebten, aber das tiefere Bedürfnis beruht in solchen Fällen auf Gegenseitigkeit.“

123 Groß (Fn. 118), S. 114 ff.

124 Dreier (Fn. 27), S. 49 ff.

125 Cruz Villalón, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich, IPE I, § 13 Rn. 115.

126 Eduardo García de Enterría/Ignacio Borrajo Iniesta, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Spanien, IPE III, § 50 Rn. 32 ff.

127 Die von Mussolini 1922 begründete faschistische Monatsschrift trug den programmatischen Titel „*Gerarchia*“. Vgl. Emilio Gentile, The Origins of Fascist Ideology, 2005, S. 208. Vgl. auch Bernardo Giorgio Mattarella, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Italien, IPE III, § 45 Rn. 32.

lichen, zentral organisierten und monokratischen Verwaltung.¹²⁸ Während in einigen der sozialistisch geprägten „Volksrepubliken“ des 20. Jahrhunderts unter dem „demokratischen Zentralismus“ eine vergleichbare Bündelung und Hierarchisierung der Verwaltungsstrukturen im Interesse „der Einheitlichkeit der sozialistischen Staatsmacht“¹²⁹ stattfand,¹³⁰ konnte sich etwa in Ungarn die Tradition der lokalen Selbstverwaltung mit den Komitaten als rechtsgebundene und dezentral organisierte Verwaltungseinheiten teilweise erhalten.¹³¹

- 25 Max Weber beschrieb 1918 die Gefahr, dass die „bürokratische Maschinerie [...] gegebenenfalls bereit ist, unbesehen *jedem* zu dienen, der sich im physischen Besitz der nötigen Gewaltmittel befindet und den Beamten den Fortbesitz ihrer Ämter gewährt.“¹³² Die Möglichkeit der Instrumentalisierung der Verwaltung ließ sich aber nicht nur für diktatorische Zwecke einsetzen, sondern ebenso zur demokratischen Umgestaltung des Staatswesens. Das Mittel der konsequenten Bindung an das parlamentarische Gesetz war *ein* zentraler Pfeiler dieses Staatsumbaus. Doch genügte die Gesetzesbindung alleine nicht, da die Verwaltung in der Realität keine mittels Lochkarten oder parlamentarischer Programmierung bis ins Letzte fremdgesteuerte Maschine ist. Die hierarchische Unterordnung unter eine demokratisch gewählte und dem Parlament gegenüber verantwortliche Regierung wurde somit zur zweiten Säule dieser Vorstellung demokratischer Verwaltungslegitimation.¹³³ Vor allem in Deutschland wurde die über eine hierarchische „Legitimationskette“ mit dem Volk verbundene Ministerialverwaltung zum „Prototyp demokratisch legitimer Verwaltung“¹³⁴ entwickelt. Jeder „Hierarchieschwund“ muss in dieser Konzeption als „Demokratieverlust“¹³⁵ erscheinen. Die Demokratisierung des Verwaltungsorganismus durch Auswechseln ihres „Hauptes“¹³⁶ erlaubte nicht nur die Übernahme des durch Einfachheit und Klarheit bestechenden Hierarchiemodells,¹³⁷ sondern gehorchte schlicht der Not, dass der demokratisch gewandelte Staat ohne Übernahme der bestehenden bürokratischen Strukturen nicht handlungsfähig gewesen wäre.¹³⁸ Vor diesem Hintergrund administrativer Kontinuität ist auch Otto Mayers geflügeltes Wort

128 Reinhard Höhn, Führung und Verwaltung, in: Frank (Hg.), Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, § 4, S. 67 ff.; 72; Otto Koellreutter, Deutsches Verwaltungsrecht, 1936, S. 46 ff.; Otto Meißner/Georg Kaisenberg, Staats- und Verwaltungsrecht im Dritten Reich, 1935, S. 138; Theodor Maunz, Verwaltung, 1937, S. 78 ff. Hierzu Otmar Schneider, Rechtsgedanken und Rechtstechniken totalitärer Herrschaft aufgezeigt am Recht des öffentlichen Dienstes im Dritten Reich und der DDR, 1988, S. 87 ff. und 197; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3 (1914–1945), 1999, S. 330 ff.

129 Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR (Hg.), Verwaltungsrecht. Lehrbuch, 1979, S. 109.

130 Vgl. für die DDR Schneider (Fn. 128), S. 150 ff. Vgl. für Polen Andrzej Wróbel, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Polen, IPE III, § 47 Rn. 59 und 67.

131 Herbert Küpper, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Ungarn, IPE III, § 51 Rn. 69 ff.

132 Max Weber, Deutschlands künftige Staatsform (1918), in: ders., Gesammelte Politische Schriften, 1988, S. 448, 451 (Hervorhebung im Original).

133 Dreier (Fn. 27), S. 305; Groh (Fn. 67), S. 200; Merkl (Fn. 67), S. 82. Kritisch Andreas Kley, Kontexte der Demokratie: Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung, VVDStRL 77 (2018), S. 125.

134 Matthias Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, S. 603.

135 Dreier (Fn. 27), S. 308. Vgl. auch Huber, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, IPE V, § 73 Rn. 59.

136 So das Sprachbild bei Merkl (Fn. 67), S. 82.

137 Dreier (Fn. 27), S. 309.

138 Merkl (Fn. 67), S. 84.

von 1923, wonach „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“¹³⁹, zu verstehen. Die starke Mediatisierung und Kanalisierung des Volkswillens durch Gesetz und bürokratische Verwaltung trat indes in ein gewisses Spannungsverhältnis zu der in Deutschland traditionell verankerten Vorstellung genossenschaftlicher Selbstverwaltung.¹⁴⁰ In republikanisch geprägten Staaten mit einer schwachen bürokratischen Tradition wie der Schweiz stieß das Modell fremdgesteuerter Bürokratie wegen seines monarchischen Erbes und der beamtenständischen Ausprägung weiterhin auf dezidierte Ablehnung. Fritz Fleiner, der bereits 1916 in der Festgabe für Otto Mayer den deutschen „Beamtenstaat“ dem schweizerischen „Volksstaat“ paradigmatisch gegenübergestellt hatte,¹⁴¹ bezeichnete 1923 „jede Bureaukratie“ als „undemokratisch, nicht nur als Organisationsform, sondern auch dem ganzen in ihr herrschenden Geiste nach“.¹⁴²

2. Ausprägungen und Verbreitung in Europa

Heute ist die Vorstellung einer hierarchisch strukturierten Ministerialverwaltung, die als „verlängerter Arm“ einer demokratisch legitimierten Regierung wirkt und für deren Tätigkeit die Regierung auch verantwortlich zeichnet, in den meisten europäischen Staaten in unterschiedlich starkem Ausmaß verbreitet, in der Regel als Ministerial-, Zentral- oder unmittelbare Staatsverwaltung.¹⁴³ Das „Schwedische Verwaltungsmodell“ einer von der Regierung hierarchisch weitgehend entkoppelten Verwaltung scheint – abgesehen vom technokratischen Modell unabhängiger Verwaltungsbehörden¹⁴⁴ – europaweit ein Sonderfall zu sein.¹⁴⁵ Mehrheitlich

26

139 Mayer (Fn. 1), Vorwort zur dritten Auflage von 1923. Die Aussage findet sich bei Mayer mit Blick auf Frankreich schon früher, siehe ders., Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886, S. 3 Fn. 6. Vgl. auch Alexis de Tocqueville, L'Ancien Régime et la Révolution, 1856, S. 297.

140 Vgl. Fleiner (Fn. 116), S. 147; Groß (Fn. 123), S. 165 ff.; Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 25.

141 Fleiner (Fn. 116), S. 138 ff.

142 Fritz Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923, S. 762. Vgl. auch Dubs (Fn. 118), S. 126 („Die Demokratie kann wie keinen Beamtenstand, auch keine Beamtenhierarchie brauchen mit verschiedenen Rangstufen, Uniformen und Dienstzeichen, wie sie in der Monarchie üblich sind.“).

143 Aus vergleichender Perspektive Biaggini, Grundverständnisse von Staat und Verwaltung, IPE III, § 53 Rn. 9; Huber, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, IPE V, § 73 Rn. 57 ff.; Möllers, Verwaltungsrecht und Politik, IPE V, § 93 Rn. 17 f. Für Deutschland Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 22 und 103; für Frankreich Gonod, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Frankreich, IPE V, § 75 Rn. 25; Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 9; für Griechenland Efstratiou, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Griechenland, IPE V, § 76 Rn. 13; für Großbritannien Craig, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Großbritannien (England und Wales), IPE V, § 77 Rn. 12; für Italien de Pretis, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Italien, IPE V, § 78 Rn. 23 und 99; für Österreich Holoubek, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Österreich, IPE V, § 79 Rn. 19 f.; für Portugal Pereira da Silva/Salgado de Matos, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Portugal, IPE V, § 81 Rn. 50 und 56 f.; für die Schweiz Jaag, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweiz, IPE V, § 83 Rn. 73 und 81; für Spanien Mir, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Spanien, IPE V, § 84 Rn. 21; für Ungarn Szenté, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Ungarn, IPE V, § 85 Rn. 19, 22 und 33 ff.

144 Siehe unten Rn. 43 ff.

145 Marcussen, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweden, IPE V, § 82 Rn. 38.

bezieht die Regierung ihre demokratische Legitimation vom Parlament, das die Regierung wählt und dem die Regierung ihrerseits politisch verantwortlich ist.¹⁴⁶ Eine demokratische Legitimationsquelle der Regierung kann aber auch die direkte Volkswahl eines mit weitreichenden Regierungskompetenzen ausgestatteten Präsidenten darstellen, wie dies in Frankreich und – idealtypisch und außerhalb Europas – in den USA der Fall ist. Diese vom Parlament entkoppelte demokratische Legitimation der Regierung und die Begrenzung der parlamentarischen Verantwortung stärkt dabei tendenziell eine gouvernementale Steuerung der Verwaltung.¹⁴⁷

- 27 Eine für viele Staaten Europas charakteristische Eigenart gouvernementaler Verwaltungsstrukturen ist eine Ausdifferenzierung zwischen der (parti-)politisch geprägten Regierungsebene einerseits und einer vergleichsweise unparteiischen oder „neutralen“ Verwaltungsebene andererseits. Zwar kennen zahlreiche Staaten eine oberste Ebene „politischer“ Beamter, die bei einem Regierungswechsel ersetzt werden,¹⁴⁸ und auch eine gewisse parteipolitische „Patronage“ ist den europäischen Verwaltungen nicht fremd.¹⁴⁹ Verglichen mit den USA, wo seit den 1980er-Jahren eine „Hyperpolitisierung“ der Verwaltung dazu führt, dass das Verwaltungspersonal bis auf tiefe Hierarchiestufen nach einem Regierungswechsel ersetzt wird,¹⁵⁰ ist die personelle Kontinuität der europäischen Verwaltungen bedeutend höher. Eine Anstellung auf Lebenszeit ist rechtlich oder faktisch der Normalfall.¹⁵¹ Man kann hierin eine Reflexwirkung des ebenfalls weitverbreiteten legalistischen Verwaltungsmodells erblicken, das in der Verwaltung in erster Linie eine Dienerin des Rechts und nicht einer bestimmten Regierung sieht.¹⁵² Mindestens ebenso prägend dürfte indes der soziale Umstand sein,

146 Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 9.

147 Zum „autoritären Republikanismus“ französischer Prägung Jouanjan, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Frankreich, IPE I, § 2 Rn. 110. Vgl. auch Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 15 sowie Art. 20 Abs. 2 der französischen Verfassung von 1958: „Il [= le Gouvernement] dispose de l'administration et de la force armée.“

148 Aus vergleichender Perspektive Huber, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, IPE V, § 73 Rn. 86; Möllers, Verwaltungsrecht und Politik, IPE V, § 93 Rn. 24. Für Frankreich Gonod, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Frankreich, IPE V, § 75 Rn. 65; für Griechenland Efstratiou, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Griechenland, IPE V, § 76 Rn. 36; für Italien de Pretis, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Italien, IPE V, § 78 Rn. 45 f.; für Portugal Pereira da Silva/Salgado de Matos, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Portugal, IPE V, § 81 Rn. 64; für Schweden Marcusson, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweden, IPE V, § 82 Rn. 17; für Ungarn Szente, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Ungarn, IPE V, § 85 Rn. 70.

149 Aus vergleichender Perspektive Huber, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, IPE V, § 73 Rn. 86. Für Frankreich Gonod, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Frankreich, IPE V, § 75 Rn. 65; für Griechenland Efstratiou, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Griechenland, IPE V, § 76 Rn. 40; für Italien de Pretis, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Italien, IPE V, § 78 Rn. 46.

150 Vgl. Reich (Fn. 52) m.w.N.

151 Vgl. Ziller, Verwaltungsorganisation, IPE V, § 87 Rn. 58.

152 Huber, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, IPE V, § 73 Rn. 85; Möllers, Verwaltungsrecht und Politik, IPE V, § 93 Rn. 24. Ausnahmen bilden Großbritannien (Craig, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Großbritannien, IPE V, § 77 Rn. 23), Italien (de Pretis, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Italien, IPE V, § 78 Rn. 43) und die Schweiz (Jaag, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweiz, IPE V, § 83 Rn. 86 f.).

dass die europäischen Bürokratien durch Elitenbildung (wie in Frankreich) oder berufsständische und gesellschaftliche Kastenbildung (wie in Österreich und Deutschland) zum faktischen Monopol bestimmter sozialer Kreise wurden (in Österreich die sog. „Zweite Gesellschaft“).¹⁵³ Die Bürokratie wurde damit zu einem unverzichtbaren Werkzeug jeder politischen Macht und „eine praktisch so gut wie unzerbrechliche Form der Herrschaftsbeziehungen“.¹⁵⁴ Ein von der Bürokratie entkoppelter Staat war – von Ausnahmen wie Großbritannien und der Schweiz abgesehen – in Europa kaum denkbar.¹⁵⁵ Da sich die Beamenschaft nach einem Wechsel der Staatsform oder einem bloßen Regierungswechsel nicht ersetzen ließ, musste sie (parti-)politisch neutralisiert werden. Der Überlebenswille der Beamenschaft begünstigte ein sachlich-dienstliches und von parteipolitischen Bestrebungen unabhängiges Beamtenethos.¹⁵⁶ Die Treue und Loyalität der Beamenschaft galt traditionell dem Monarchen. Diese über die bloße Befolgungspflicht gegenüber den Weisungen der jeweiligen Regierung hinausreichende Loyalität verlagerte sich nach dem Ende der Monarchie unter dem Einfluss legalistischen Denkens auf „die Rechtsordnung“ oder aber auf das Abstraktum „Staat“ bzw. ein nicht näher bestimmtes „Gemeinwohl“.¹⁵⁷ Die Verwaltung wurde damit zwar zum Arm der jeweils bestimmenden Regierung, doch dieser Arm sollte möglichst unparteilich agieren.¹⁵⁸ In seiner europäischen Ausprägung verbindet sich das gouvernementale Verwaltungsmodell daher mit einer legalistischen und technokratischen Vorstellung von Verwaltung, wonach diese als „pouvoir neutre“ die sachverständig-vorausschauende Hüterin der Rechtsordnung und des Gemeinwohls ist.¹⁵⁹ Dieses Verständnis einer (parti-)politisch weitgehend „neutralisierten“ Ministerialverwaltung hat in Europa auch auf Staaten ausgestrahlt, die traditionell keinen Beamtenstand kennen, wie Großbritannien¹⁶⁰ und die Schweiz.¹⁶¹ Demgegenüber hat sich in den USA ein schärferer

153 Heindl (Fn. 119), S. 355. Vgl. auch Möllers, Verwaltungsrecht und Politik, IPE V, § 93 Rn. 24.

154 Weber (Fn. 44), S. 570. Vgl. auch Merkl (Fn. 67), S. 84.

155 Fleiner (Fn. 116), S. 141 („Der Staat sind die Beamten.“). Vgl. Möllers, Verwaltungsrecht und Politik, IPE V, § 93 Rn. 14 f.

156 Groh (Fn. 67), S. 203.

157 Vgl. ebd., S. 203.

158 Ebd., S. 214. Vgl. auch Art. 130 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung von 1919: „Die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei.“

159 Rechtsvergleichend Huber, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, IPE V, § 73 Rn. 86. Für Deutschland Groh (Fn. 67), S. 198; Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 56; für Frankreich Gonod, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Frankreich, IPE V, § 75 Rn. 63; für Griechenland Efstratiou, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Griechenland, IPE V, § 76 Rn. 35; für Österreich Holoubek, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Österreich, IPE V, § 79 Rn. 62; für Polen Biernat/Dabek, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Polen, IPE V, § 80 Rn. 100 f.; für Schweden Marcusson, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweden, IPE V, § 82 Rn. 18; für Spanien Mir, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Spanien, IPE V, § 84 Rn. 42; für Ungarn Szente, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Ungarn, IPE V, § 85 Rn. 70.

160 Craig, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Großbritannien (England und Wales), IPE V, § 77 Rn. 22.

161 Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, 2002, S. 43 ff.; Felix Uhlmann, Die Neutralität der Verwaltung, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 108/2007, S. 211.

Gegensatz zwischen der hyperpolitisierten Ministerialverwaltung einerseits und den weitgehend (partei-)politisch neutralisierten und technokratisch ausgerichteten Regulierungsbehörden – den (*independent*) *regulatory agencies* – andererseits ausgebildet.¹⁶²

3. Auswirkungen auf die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit

- 28 Die Kontrolle der Verwaltung durch die unabhängige Justiz steht grundsätzlich in einem Spannungsverhältnis zum Hierarchiedanken, da eine Durchtrennung der personalen Legitimationskette zur Regierung droht. In Konflikt geraten kann auch die primär rechtliche Argumentationslogik der Justiz mit der stärker politisch-gouvernementalen Funktionsweise der Verwaltung. Solche Konflikte lassen sich dann vermeiden, wenn die Kontrolle über die Verwaltung im Sinne einer strikten Gewaltentrennung nicht der Justiz übertragen wird, sondern bei Regierung und Verwaltung verbleibt.¹⁶³ Dies entspricht dem in Frankreich tradierten Grundgedanken, wonach die Verwaltungsjustiz eine Aufgabe der Verwaltung selber sei.¹⁶⁴ Die strikte Trennung zwischen der Exekutive (Regierung und Verwaltung) und ordentlicher Zivil- und Strafjustiz wird bis heute aufrechterhalten. Allerdings hat sich der *Conseil d'État* bzw. dessen *Section du contentieux* weitgehend von der übrigen Verwaltung entkoppelt und der Grundsatz der Trennung zwischen aktiver und kontrollierender Verwaltung gewährleistet eine unabhängige und am Recht ausgerichtete Verwaltungskontrolle.¹⁶⁵ Dennoch besteht traditionell eine große Nähe der Angehörigen des *Conseil d'État* zu Politik und Verwaltung, was durch eine gemeinsame Ausbildung (an der *École nationale d'administration*) und den gleichen Korpsgeist begünstigt wird.¹⁶⁶ In gewisser Weise erscheint die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit als weiterhin hierarchisch geprägte Verwaltungskontrolle, die aber in den Formen und der rechtlichen Logik eines gerichtlichen Verfahrens erfolgt („*contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*“).¹⁶⁷ Durch seine starke Nähe zur übrigen Verwaltung ist es dem *Conseil d'État* umgekehrt aber auch gelungen, zum „Schöpfer des französischen Verwaltungsrechts“¹⁶⁸ zu werden und die französische Verwaltungskultur in einem legalistischen Sinn mitzuprägen. Diese legalistische Prägung erfolgte allerdings weniger im Sinne einer materiell-rechtlichen Steuerung der Verwaltung durch parlamentarisch gesetztes Recht, sondern im Sinne von nicht kodifizierten, kasuistisch aus der Perspektive des Verwaltungsrechtsstreits entwickelten Regeln („*approche contentieuse*“).¹⁶⁹

162 Lepsius (Fn. 90), S. 191 ff.; Möllers, Verwaltungsrecht und Politik, IPE V, § 93 Rn. 25; Reich (Fn. 52).

163 Biaggini, Grundverständnisse von Staat und Verwaltung, IPE III, § 53 Rn. 34.

164 Vgl. Blanchard (Fn. 16), S. 24.

165 Ziller, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich, IPE VIII, § 130 Rn. 35.

166 Ziller, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich, IPE VIII, § 130 Rn. 36.

167 Vgl. René Ladreit de Lacharrière, Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle, 1937. Bezogen auf das schweizerische Bundesverwaltungsgericht Fromont (Fn. 46), S. 176.

168 Ziller, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich, IPE VIII, § 130 Rn. 27.

169 Gonod, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Frankreich, IPE V, § 75 Rn. 27 ff.

Auch wenn sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit wie in Frankreich in einem langen historischen Prozess aus der Verwaltungshierarchie herauslöste und als unabhängige Institution etablierte, besteht weiter ein Konfliktpotential bei Entscheidungen, an denen die Regierung unmittelbar mitgewirkt hat oder die eine starke politische Färbung tragen. Traditionell spielt daher in Frankreich die Theorie der sog. „*actes de gouvernement*“ eine wichtige Rolle, um Konflikte zwischen Regierung und *Conseil d'État* zu vermeiden.¹⁷⁰ Dass Handlungen bestimmter Staatsorgane – insbesondere des Parlaments und der Regierung – oder Akte, die inhaltlich als besonders „politisch“ eingestuft werden – etwa im Bereich der Sicherheits- und Außenpolitik – von der gerichtlichen Kontrolle ausgenommen sind, ist indes kein spezifisch französisches Phänomen. Es lässt sich in den meisten europäischen Staaten in unterschiedlich starkem Ausmaß beobachten.¹⁷¹

Während in Frankreich traditionell eine institutionelle, prozedurale und inhaltliche Nähe zwischen aktiver und gerichtlich-kontrollierender Verwaltung besteht, ist der Gegensatz zwischen der Verwaltung und der stark kontradiktorisch und formal ausgerichteten (ordentlichen) Justiz in Großbritannien besonders ausgeprägt. Die britischen Gerichte gelten daher im europäischen Quervergleich als besonders zurückhaltend und die Prüfungsdichte als niedrig.¹⁷² Zwar scheinen sich die Gerichte von den strikten Kriterien des *Wednesbury*-Tests langsam zu lösen und ihre Kontrolltätigkeit zu intensivieren. Dennoch ist das Bewusstsein der Richterinnen und Richter sehr ausgeprägt, dass mit Blick auf eine gewaltenteilige Staatsorganisation und die parlamentarische Verantwortung von Regierung und Verwaltung ein gewisses Maß an richterlicher Zurückhaltung (*judicial deference*) geboten sei.¹⁷³ Hinzu kommt, dass die britischen Gerichte ein großes Gewicht auf die Einhaltung der Grundsätze prozeduraler Fairness legen. Im Vordergrund steht weniger die inhaltliche Richtigkeit des Verwaltungshandelns, als vielmehr die Einhaltung der Prinzipien der „*natural justice*“. Dies entspricht der Tradition des *common law*.¹⁷⁴ Zugleich hat eine primär prozedurale Kontrolle den Vorteil, dass die Gerichte sich nicht dazu äußern müssen, ob Entscheide der Exekutive inhaltlich „richtig“ oder „falsch“ sind. Vielmehr erlaubt dieses Vorgehen, auch politisch oder technokratisch geprägte Entscheidungen juristischer Argumentationslogik zugänglich zu machen und auf einer „unpolitisch“-juristischen Ebene zu kritisieren. Dies hat einen gesichtswahrenden Effekt und kann auch als Ausdruck von „Interorganrespekt“¹⁷⁵ im Gewaltengefüge gelesen werden.

170 Ebd., § 75 Rn. 127; Kayser, Rechtsschutz und Kontrolle, IPE V, § 91 Rn. 120; Ziller, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich, IPE VIII, § 130 Rn. 39.

171 Vgl. Kayser, Rechtsschutz und Kontrolle, IPE V, § 91 Rn. 120 ff.

172 Ebd., § 91 Rn. 107. Vgl. auch Craig, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Großbritannien (England und Wales), IPE V, § 77 Rn. 97 ff.

173 Vgl. Craig, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Großbritannien (England und Wales), IPE V, § 77 Rn. 97 ff.; Robert Thomas, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland, IPE VIII, § 139 Rn. 163 ff.

174 Thomas, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland, IPE VIII, § 139 Rn. 169.

175 Vgl. mit Blick auf richterliche Zurückhaltung Ralph Alexander Lorz, Interorganrespekt im Verfassungsrecht, 2001, S. 424 ff.

IV. Selbstverwaltungsmodell

1. Idealtypus der Identität von Verwaltung und Bürgerschaft

- 31 Für den Genfer Philosophen Jean Jacques Rousseau (1712–1778) sollte eine politische Körperschaft auf dem Einklang von Gehorsam und Freiheit beruhen, weshalb die Begriffe „Untertan“ (*sujet*) und „Souverän“ (*souverain*) zwei Seiten ein und derselben Medaille waren, nämlich des „Bürgers“ (*citoyen*).¹⁷⁶ Die Vorstellung, wonach der Souverän „nur durch sich selbst vertreten werden kann“,¹⁷⁷ führt dazu, dass sich demokratische Mitwirkung nicht auf die Mitwirkung an der Gesetzgebung beschränkt, sondern auch Regierung und Verwaltung durch direkte Bürgerbeteiligung geprägt sein müssen. Um diesem „identitären“ Ideal möglichst nahe zu kommen, sollten alle Amtsträger nur auf Zeit bestellt werden und sich jährlich in einer Volksversammlung der Wiederwahl stellen.¹⁷⁸ Als Vorbild diente Rousseau die Schweiz und ihr „glücklichstes Volk der Welt“. Dabei setzte er die Schweiz gleich mit einer verklärten Vorstellung der ländlichen Landsgemeindeorte, in denen „eine Schar Bauern die Staatsgeschäfte unter einer Eiche erledigt und sich immer vernünftig benimmt“. ¹⁷⁹ Dieses Idyll sich selbst verwaltender freier Bauern entsprach nicht der historischen Realität der von ländlichen Oligarchien geprägten Strukturen und traf auch auf die zünftig-patrizisch geprägten Honoratiorenherrschaften in den Stadtrepubliken der Schweiz kaum zu. Dennoch entfaltete die Rousseau'sche Idealvorstellung der Selbstregierung und Selbstverwaltung seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert ihre Wirkung als Projektionsfläche der „reinen“ Demokratie¹⁸⁰ und des „Volksstaats“, der dem „Beamtenstaat“ idealtypisch gegenübergestellt wurde.¹⁸¹ Das Ideal der Selbstverwaltung nährte eine dezidiert bürokratiefeindliche Grundhaltung in der schweizerischen Verfassungslehre.¹⁸² Zudem förderte sie ein Amtsverständnis, das die allgemeine Zugänglichkeit zum Amt betont, die nebenamtliche Ausübung öffentlicher Ämter begünstigt und eine kurze Amtsdauer vorsieht. Dieses „Milizsystem“ sollte einem möglichst großen Kreis der Bürger ermöglichen, als „Aktivbürger“ gestaltend am Staat im Sinne eines „Gemeinwesens“ – der „*res publica*“ – mitzuwirken. In seiner Reinform ließ sich dieses Modell nur in kleinen Gemeinwesen umsetzen.¹⁸³ Die Gemeinde wurde daher zur „staatsbürgerlich-demokratischen

176 Jean-Jacques Rousseau, *Contrat Social*, 1762 (zitiert nach der Übersetzung von Hans Brockard, 1977, Drittes Buch, 13. Kapitel, S. 100).

177 Ebd., Zweites Buch, 1. Kapitel, S. 27.

178 Ebd., Drittes Buch, 18. Kapitel, S. 110.

179 Ebd., Viertes Buch, 1. Kapitel, S. 112.

180 Im Gegensatz zur „bloß“ repräsentativen Demokratie. Vgl. Fleiner (Fn. 142), S. 16 ff.

181 Fleiner (Fn. 116), S. 138 ff.

182 Vgl. Fleiner (Fn. 142), S. 762; Dubs (Fn. 118), S. 126.

183 Rousseau (Fn. 176), Drittes Buch, 4. Kapitel, S. 73. Vgl. auch Jacob Burckhardt, *Staat und Kultur*, 1972, S. 410 („Der Kleinstaat ist vorhanden, damit ein Fleck auf der Welt sei, wo die größtmögliche Quote der Staatsangehörigen Bürger im vollen Sinn sind [...]“). Das Zitat stammt aus den „Weltgeschichtlichen Betrachtungen“, 1905 erstmals aus dem Nachlass erschienen. Dieses Zitat aufgreifend Fleiner (Fn. 116), S. 149 Fn. 28.

pflanzstätte¹⁸⁴ oder „Urzelle“¹⁸⁵ der Demokratie. Dennoch entwickelte sich in der Schweiz die kommunale Selbstverwaltung nicht zu einem Gegenmodell der Staatsverwaltung. Vielmehr sind alle Ebenen staatlicher Verwaltung geprägt durch Elemente der Selbstverwaltung. So werden auch die stärker professionalisierten Verwaltungen der Städte, der größeren Kantone und des Bundes ergänzt durch zahlreiche Kommissionen (*government by commission*¹⁸⁶), die eine Vertretung breiter Kreise erlauben. Zudem weist auch die Ministerialverwaltung „volksstaatliche“ Elemente auf, indem keine Anstellung auf Lebenszeit erfolgt, eine Beamtenlaufbahn weitgehend unbekannt ist und eine vergleichsweise hohe personelle Durchlässigkeit gegenüber dem privaten Arbeitsmarkt besteht.¹⁸⁷

Das Modell der Selbstverwaltung mag von seiner historischen Verwurzelung, seiner Verbreitung auf allen Ebenen des föderalistisch geprägten Bundesstaats und seiner ideologischen Überhöhung in der Schweiz eine besondere Stellung einnehmen.¹⁸⁸ Dennoch gehört es in den meisten europäischen Staaten je nach Staatsebene oder Fachbereich zur traditionellen Ausformung von Staatsgewalt. Historisch besonders verwurzelt ist die lokale oder kommunale Selbstverwaltung in Deutschland,¹⁸⁹ Großbritannien,¹⁹⁰ Italien, Schweden¹⁹¹ und Ungarn.^{192, 193} Im 19. Jahrhundert entwickelte sich die Selbstverwaltung zum eigentlichen „Gegenmodell“ einer meist zentral und bürokratisch organisierten Ministerialverwaltung. Insbesondere in Deutschland fand die Idee der Selbstverwaltung im Nachgang zur „Steinschen Städteordnung“¹⁹⁴ auch einen theoretischen Unterbau. Während in Großbritannien, Schweden oder Ungarn die Selbstverwaltung eher tradierte und gelebte Realität als ein ausformuliertes Konzept war,¹⁹⁵ fand in Deutschland eine vertiefte und kontroverse wissenschaftliche Diskussion statt. Als Protagonisten der Selbstverwaltungsidee erwiesen sich vor allem Rudolf von Gneist (1816–1895), Otto von Gierke (1841–1921) und Hugo Preuß (1860–1925). Gneist war geprägt durch eine Idealvorstellung des englischen *self-government* und sah in einer durch ehrenamtliche Laienelemente geprägten Verwaltung und

184 Kurt Eichenberger, *Stellung und Bedeutung der Gemeinde im modernen Staat* (1964), in: Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau (Hg.), *Der Staat der Gegenwart. Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger*, 1980, S. 37, 39.

185 Hans Nawiasky, *Von der unmittelbaren Demokratie; die Bereitschaft der Schweiz – die Zurückhaltung in Deutschland*, FG zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, 1953, S. 195, 198.

186 Carl Joachim Friedrich/Taylor Cole, *Responsible Bureaucracy. A Study of the Swiss Civil Service*, 1932, S. 30.

187 Schindler, *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz*, IPE III, § 49 Rn. 36.

188 Heinrich Heffter, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert. Geschichte der Ideen und Institutionen*, 1969, S. 19, 49, 113 f. und 145 f. Vgl. auch Jaag, *Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweiz*, IPE V, § 83 Rn. 132 ff.

189 Kahl, *Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland*, IPE V, § 74 Rn. 25 ff.

190 Loughlin, *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Großbritannien*, IPE III, § 44 Rn. 8.

191 Kumlien/Modér, *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweden*, IPE III, § 48 Rn. 95 ff.

192 Küpper, *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Ungarn*, IPE III, § 51 Rn. 36 ff., 45, 48 und 73.

193 Biaggini, *Grundverständnisse von Staat und Verwaltung*, IPE III, § 53 Rn. 18; Guido Melis/Antonella Meniconi, *Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept*, IPE V, § 88 Rn. 15 ff.

194 Reinhard Hendler, *Das Prinzip Selbstverwaltung*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 2008, § 143 Rn. 2 ff.

195 Exemplarisch für Ungarn Küpper, *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Ungarn*, IPE III, § 51 Rn. 45.

Justiz die Alternative zur Parlamentarisierung einer weitgehend zentral und bürokratisch organisierten Verwaltung.¹⁹⁶ Durch die Selbstverwaltung und den damit verbundenen „Bau der Verwaltung von unten herauf“ sollte die Gesellschaft über die Teilhabe an der Verwaltung ihren „Objektcharakter“¹⁹⁷ verlieren. Gneist forderte indes keinen „Volksstaat“ Rousseauscher Prägung. Vielmehr beschränkte er den Gedanken der Selbstverwaltung weitgehend auf die kommunale und lokale Ebene und Träger der Selbstverwaltung sollte – nach Vorbild der englischen „gentry“ – ein juristisch gebildetes und von hohem Pflichtenethos getragenes Besitzbürgertum sein, das ehrenamtlich in administrativen und judikativen Funktionen tätig wurde.¹⁹⁸ Gierkes Modell der Selbstverwaltung war stärker genossenschaftlich geprägt und seine potenzielle Strahlkraft viel breiter angelegt. Der Staat sollte als heterogenes Gebilde autonomer kleinerer Einheiten begriffen werden, durch die kollektive Selbstbestimmung ermöglicht wurde. Gierkes Modell beschränkte sich somit nicht auf die Ebene lokaler Selbstverwaltung und auch nicht auf das durch das öffentliche Recht bestimmte Staatswesen. Vielmehr prägte ihn das Verständnis eines umfassend genossenschaftlich und pluralistisch organisierten Gemeinwesens.¹⁹⁹ Gierke erblickte im Genossenschaftsmodell ein Instrument, um nicht nur die politischen, sondern auch die wirtschaftlichen und sozialen Herausforderungen einer zunehmend industrialisierten Gesellschaft zu meistern. Den entscheidenden *democratic turn* hingegen erhielt die Idee der Selbstverwaltung durch Preuß. Selbstverwaltung bedeutete für ihn einen konsequenten demokratischen Staatsaufbau „von unten nach oben“. Eine konfrontative Gegenüberstellung von lokaler Selbstverwaltung einerseits und souveräner Staatlichkeit andererseits lehnte er entschieden ab.²⁰⁰

- 33 Idee und Ausgestaltung der Selbstverwaltung (und -regierung) weisen ein enormes Spektrum auf. Sie reichen von traditional-feudalen Vorstellungen aristokratischer Honoratioren herrschaft über eine direktdemokratische Einbindung der Bevölkerung in sämtliche Staatsangelegenheiten bis hin zu einer nach betriebswirtschaftlichen Vorbildern organisierten Verwaltung, die im Interesse der „Kunden-Nähe“ dezentral organisiert ist. Dabei kann man in der Selbstverwaltungs-idee ein bloßes „Nischenkonzept“ erblicken, das eine weitgehend zentral und bürokratisch organisierte Ministerialverwaltung punktuell ergänzen soll, oder aber einen grundlegenden Ordnungsgedanken, der sämtliche Staats- und Gesellschaftsebenen durchdringt. Je nachdem ist der Gedanke der Selbstverwaltung auf bestimmte Staatsebenen als Gebietskörperschaften (wie Kommunen und

196 Christoph Schönberger, Rudolf von Gneist (1816–1895). Die altenglische Verwaltung als Vorbild für den preußischen Rechtsstaat, FS 200 Jahre juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 241, 252.

197 Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2 (1800–1914), 1992, S. 387.

198 Heffter (Fn. 188), S. 372 ff.; Schönberger (Fn. 196), S. 257; Stolleis (Fn. 197), S. 386 f.

199 Vgl. Heffter (Fn. 188), S. 527 ff.; Melis/Meniconi, Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept, IPE V, § 88 Rn. 39; Stolleis (Fn. 197), S. 359 ff.

200 Vgl. Hugo Preuß, Selbstverwaltung (1924), in: Müller (Hg.), Hugo Preuß – Kommunalwissenschaft und Kommunalpolitik, 2012, S. 703, 710 ff. Hierzu Melis/Meniconi, Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept, IPE V, § 88 Rn. 40; Christoph Müller, Einleitung, in: ders. (Hg.) (Fn. 200), S. 1, 74; Stolleis (Fn. 197), S. 363 f.

Regionen) oder funktionale Verwaltungsträger zu beschränken. Trotz dieser großen Unterschiede in Konzeption und Ausgestaltung ist den meisten Modellen von Selbstverwaltung der Gedanke der eigenverantwortlichen Betroffenenbeteiligung gemeinsam.²⁰¹ Durch die Betroffenenpartizipation wird eine endogene Legitimation erzeugt, die meist dazu führt, dass selbstverwaltete Gemeinwesen oder Organisationen ein gewisses Maß an Unabhängigkeit oder Autonomie in Anspruch nehmen. Der Gedanke der Selbstverwaltung steht damit in einem Spannungsverhältnis zu einer weitgehend exogen und hierarchisch geführten Verwaltung. Aufgeweicht wird zudem die Grenze zwischen politisch gestaltender Regierung und neutral-ausführender Verwaltungstätigkeit, weshalb Selbstverwaltung und Selbstregierung – bzw. das englische *self-government* oder das italienische *autogoverno* – oft synonym verwendet werden.²⁰²

2. Ausprägungen und Verbreitung in Europa

Die meisten europäischen Staaten kennen heute Formen der Selbstverwaltung, wobei sich das Bild bezüglich genereller Bedeutung und konkreter Ausgestaltung sowohl innerstaatlich wie auch rechtsvergleichend als sehr buntscheckig erweist.²⁰³ Weit verbreitet sind Formen der lokalen bzw. kommunalen Selbstverwaltung durch *Gebietskörperschaften*. Kennzeichen dieser Selbstverwaltung ist ein vergleichsweise hohes Maß an Bürgerbeteiligung, die sich in Teilnahmerechten (z.B. an Bürgerversammlungen), Wahlrechten (der Wahl eines Parlaments oder Bürgermeisters) oder der Mitwirkung an Volksabstimmungen mit konsultativem oder verbindlichem Charakter äußern kann.²⁰⁴ Die gewaltenteilige Ausdifferenzierung in Parlament, Regierung, Verwaltung und Justiz ist in selbstverwalteten Gebietskörperschaften meist weniger ausgeprägt als auf gliedstaatlicher, bundes- oder zentralstaatlicher Ebene. Die Selbstverwaltung und -regierung erscheint daher in vielen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen als komplementäres Modell oder gar als Gegensatz zum repräsentativ-gewaltengliedrigen Staatswesen mit seinen bürokratischen Verwaltungsstrukturen.²⁰⁵ Verstärkt wird dieser gegensätzliche Charakter dadurch, dass zu den typischen Aufgaben der lokalen und kommunalen Selbstverwaltung solche der Daseinsvorsorge bzw. des *service public* gehören, während die obrigkeitliche Eingriffsverwaltung auf „höherer“ Ebene des Staats-

34

201 Hendler (Fn. 194), Rn. 14 f., 62 und 68 ff.; Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 28.

202 Heffter (Fn. 188), S. 5; Loughlin, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Großbritannien, IPE III, § 44 Rn. 8 und 29 ff.; Melis/Meniconi, Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept, IPE V, § 88 Rn. 13.

203 Biaggini, Grundverständnisse von Staat und Verwaltung, IPE III, § 53 Rn. 18; Hendler (Fn. 194), Rn. 63; Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 28 (Selbstverwaltung als „inhomogenes Organisationsprinzip“); Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 65.

204 Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 68 ff.; Melis/Meniconi, Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept, IPE V, § 88 Rn. 89 f.

205 Hendler (Fn. 194), Rn. 21.

wesens angesiedelt ist.²⁰⁶ Die tatsächliche oder vermeintliche Gegensätzlichkeit zwischen dem bürokratischen Staat und der genossenschaftlichen Selbstverwaltung ist hingegen dort nicht festzustellen, wo – wie im Vereinigten Königreich oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft – der Gedanke der Selbstverwaltung bzw. des *self-government* sämtliche Ebenen des Gemeinwesens prägt und auch der „Staat“ nie zur zentralen Begriffskategorie wurde.²⁰⁷

- 35 Neben der lokalen und kommunalen Selbstverwaltung ist seit den 1970er-Jahren eine zunehmende Tendenz der Regionalisierung oder Föderalisierung zu beobachten, die auch traditionelle Zentralstaaten wie Frankreich, Spanien oder Italien erfasst. Oft wird in diesem Kontext auch von „Selbstverwaltung“ gesprochen.²⁰⁸ Die direkte Bürgerbeteiligung steht in diesen Fällen aber oft weniger im Vordergrund – vielmehr sind die regionalen Staatsstrukturen in aller Regel repräsentativ-bürokratisch geprägt.²⁰⁹ Treibende Kraft hinter dieser Föderalisierung sind zudem oft stärker kulturelle und sprachliche Differenzen zwischen Zentrum und Peripherie, die regionale Autonomiebestrebungen begünstigen.²¹⁰
- 36 Neben territorial gebundenen Formen der Selbstverwaltung sind in zahlreichen europäischen Staaten auch unterschiedliche Spielarten der *funktionalen Selbstverwaltung* anzutreffen.²¹¹ Während Gebietskörperschaften meist über eine mehr oder weniger ausgeprägte Allzuständigkeit verfügen – zumindest in Bezug auf lokale Angelegenheiten –, ist die Aufgabe der aus funktionalen Gründen dezentralisierten Verwaltungsträger oft auf bestimmte Themenfelder beschränkt. Hochgradig heterogen sind sodann die historischen Hintergründe und Motive hinter der funktionalen Selbstverwaltung. So soll bei Universitäten, Rundfunkanstalten oder kirchlichen Institutionen eine bewusste Distanz zum Staat geschaffen werden („Staatsdistanzprinzip“²¹²), um verfassungsrechtlich geschützte Positionen wie die Wissenschaftsfreiheit, die Medienfreiheit oder die Religionsfreiheit zu sichern. Bei Berufsverbänden, Sozialversicherungsträgern und Handelskammern steht hingegen stärker der Gedanke der sachnahen Selbstregulierung im Vordergrund. In beiden Fällen ist der Gedanke der Selbstverwaltung zudem weniger von demokratischen Überlegungen getragen als bei der örtlichen Selbstverwaltung.²¹³ Vielmehr wird Raum für eine gewisse Eigenrationalität geschaffen, die eher ständisch

206 Vgl. Melis/Meniconi, Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept, IPE V, § 88 Rn. 95; Günter Püttner, Kommunale Selbstverwaltung, in: Isensee/Kirchhof (Hg.) (Fn. 194), § 144 Rn. 80 ff.; Schindler, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz, IPE III, § 49 Rn. 32.

207 Loughlin, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Großbritannien, IPE III, § 44 Rn. 1; Preuß (Fn. 200), S. 704 f.; Schindler, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz, IPE III, § 49 Rn. 5.

208 Melis/Meniconi, Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept, IPE V, § 88 Rn. 53 ff., 66 ff., 73 ff. und 79 ff.

209 Melis/Meniconi, Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept, IPE V, § 88 Rn. 86 und 89.

210 Melis/Meniconi, Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept, IPE V, § 88 Rn. 81.

211 Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 58 ff.; Melis/Meniconi, Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept, IPE V, § 88 Rn. 100 ff.

212 Hendler (Fn. 194), Rn. 35 f.; Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 28; Melis/Meniconi, Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept, IPE V, § 88 Rn. 10.

213 Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 62 ff.

geprägt ist (bei Universitäten, Handelskammern und Berufsverbänden) oder traditionale Herrschaftsstrukturen bewahren will (kirchliche Körperschaften).²¹⁴

Das Modell der Selbstverwaltung fristet in den meisten europäischen Staaten eher ein Nischendasein. Ursache hierfür ist einerseits eine latente Grundskepsis gegenüber dem Modell der Selbstverwaltung, andererseits der Umstand, dass traditionelle Formen der Selbstverwaltung zunehmend unter Druck geraten oder innerlich ausgehöhlt werden. Die skeptische Grundhaltung rührt daher, dass alle Formen der Selbstverwaltung im Gegensatz zum national einheitlichen, parlamentarisch-gewaltengliedrig organisierten und gerichtlich umfassend kontrollierten Staatswesen stehen. Dezentrale Herrschaftsstrukturen behinderten im 19. Jahrhundert Bestrebungen der nationalen Einheit²¹⁵ und standen den Bemühungen um Schaffung eines bürokratischen Beamtenapparats im Wege.²¹⁶ Gerichtliche Organe konnten sich zudem meist nur auf Ebene des Gliedstaats, Bundesstaats oder Zentralstaats ausbilden, nicht auf kommunaler Ebene. Auch mit Blick auf ihre demokratische Legitimation steht die Selbstverwaltungskonzeption in der Kritik. Während die Selbstverwaltung in der Schweiz – eher atypisch – einen Idealtypus demokratischer Legitimation verkörpert, steht sie andernorts mehrheitlich für lokale Kirchturmpolitik und einseitige Verfolgung von Partikularinteressen durch Betroffene. Befürchtet wird, der im parlamentarischen Gesetzgebungsprozess artikulierte und durch die Regierung umzusetzende Wille könnte durch endogene Antriebe der Selbstverwaltungskörperschaften verwässert werden.²¹⁷ Ein Demokratieverständnis, das dem (nationalen) Parlament als Gesetzgeber und der parlamentarischen Verantwortung der Regierung eine Schlüsselrolle als Legitimationsquellen zuweist, muss mit dem Konzept der Selbstverwaltung hadern²¹⁸ – oder kann diesem bestenfalls eine komplementäre Rolle zugestehen, um eine „gewisse Bürgernähe der Aufgabenerfüllung“²¹⁹ zu gewährleisten. Die funktionale Selbstverwaltung hat schließlich seit dem 19. Jahrhundert mit dem Vorwurf zu kämpfen, die zünftische Privilegienwirtschaft des *Ancien Régime* zu perpetuieren und nach 1945 haftete ihr der Ruch des ständestaatlichen Korporatismus oder des Neokorporatismus an, der den freien Wettbewerb behindert.²²⁰

Neben dieser grundsätzlichen Kritik steht das Konzept der Selbstverwaltung in vielen europäischen Staaten auch unter ganz konkretem Druck. Gebietsreformen

214 Vgl. Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 111; Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 58 ff.

215 Melis/Meniconi, Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept, IPE V, § 88 Rn. 46; Benjamin Schindler, Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, VVDStRL 78 (2019), S. 167, 174 ff.

216 Weber (Fn. 44), S. 128, für den es „nur die Wahl zwischen ‚Bureaukratisierung‘ und ‚Dilettantisierung‘ der Verwaltung“ gab. Mit Blick auf das englische Modell des *self-government* urteilte er, dieses trage den für eine Honoratiorenverwaltung unvermeidlich charakteristischen Zug einer „Minimisierung“ und führe zum „Gelegenheitscharakter der verwaltenden Amtstätigkeit“ (ebd., S. 618).

217 Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 6 und 74 ff.

218 Vgl. insbesondere mit Blick auf Deutschland Jestaedt (Fn. 134), S. 33 ff.

219 Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 112.

220 Vergleichend ebd., § 92 Rn. 62; ders., Verwaltungsbehörden und die Einflussnahme der öffentlichen Hand auf die Wirtschaft, in: Masing/ders. (Hg.), Unabhängige Regulierungsbehörden, 2010, S. 99, 128. Für Italien Mattarella, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Italien, IPE III, § 45 Rn. 36; Melis/Meniconi, Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept, IPE V, § 88 Rn. 110.

und Entwicklungen der Urbanisierung haben dazu geführt, dass Kommunen für eine größere Fläche und Bevölkerung zuständig sind. Dies ermöglicht und erfordert eine professionellere Verwaltung und nach außen hin auch eine Stärkung der Gemeinden. Der Gedanke der Selbstverwaltung durch Bürgerbeteiligung leidet hingegen, da der Druck steigt, die kommunalen Organisationsstrukturen repräsentativer und bürokratischer zu gestalten.²²¹ Auch die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung von 1985 geht – anders als noch die Europäische Charta der Gemeindefreiheiten von 1953 (Versailler Charta)²²² – von einem grundsätzlich repräsentativen Demokratiemodell für die kommunale Ebene aus.²²³ Die Verlagerung von Rechtssetzungskompetenzen auf eine höhere Staatsebene und die Übertragung zusätzlicher Staatsaufgaben auf die Kommunen im delegierten Vollzug verändert zudem die Art der Aufgabenerfüllung. Örtliche Verwaltungsträger werden zunehmend (exogen) durch höherrangiges Recht gesteuert und unterstehen in weiten Teilen einer umfassenden Fachaufsicht durch übergeordnete Gemeinwesen. Mit dem Ausbau des Rechtsschutzes wird zudem die Kontrolle durch eine höhere staatliche Ebene weiter verstärkt, da die Kommunen meist über keine eigenen Justizorgane verfügen. Kommunen gleichen sich damit zunehmend den örtlich dezentrierten Einheiten der Zentralverwaltung an.²²⁴ Das Konzept der Selbstverwaltung in der Tradition einer politisch-gestaltenden Selbstregierung durch ehren- oder teilsamtlich tätige „Aktivbürgerinnen und -bürger“ (*citoyen*) wird so zusehends verdrängt von einem Modell der ortsnahen Leistungserbringung durch eine fachkundig-neutrale und gesetzgebundene Bürokratie. Der Begriff „Bürgernähe“ mutiert damit zusehends zur „Kundennähe“. Exemplarisch für diese Entwicklung stehen die Veränderungen der kommunalen Selbstverwaltung in Schweden.²²⁵ In abgeschwächter Form ist diese Entwicklung aber auch in Deutschland und der Schweiz zu beobachten.²²⁶

221 Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 74.

222 Die am 1. Europäischen Gemeindetag vom 17./18. Oktober 1953 proklamierte und vom Basler Historiker Adolf Gasser (1903–1985) geprägte Charta betonte noch sehr stark die unmittelbare Bürgerbeteiligung und die „Verpflichtung als Mitglied der Gemeinde zur Mitarbeit an ihrer gesunden Entwicklung, aktiv am Gemeindeleben [teilzunehmen]“. Die Charta ist abgedruckt bei Bert Schaffarzik, Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, 2002, Anhang 3, S. 684.

223 Vgl. Art. 3 Abs. 2 der Charta: „Dieses Recht wird von Räten oder Versammlungen ausgeübt, deren Mitglieder aus freien, geheimen, gleichen, direkten und allgemeinen Wahlen hervorgegangen sind und die über Exekutivorgane verfügen können, die ihnen gegenüber verantwortlich sind. Der Rückgriff auf Bürgerversammlungen, Volksabstimmungen oder jede sonstige Form direkter Beteiligung der Bürger, sofern dies gesetzlich zulässig ist, wird dadurch nicht berührt.“ Der Charta des Europarats sind alle Mitgliedstaaten beigetreten – zahlreiche von ihnen aber mit Vorbehalten und Erklärungen.

224 Dies ist auch Folge davon, dass sie in zahlreichen europäischen Staaten die Aufgaben der dezentrierten Verwaltungsbehörden übernehmen, siehe Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 66 f.

225 Kumlien/Modéer, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweden, IPE III, § 48 Rn. 95 ff. Vgl. auch Biagini, Grundverständnisse von Staat und Verwaltung, IPE III, § 53 Rn. 19.

226 Püttner (Fn. 206), Rn. 59. Vgl. auch Huber, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, IPE V, § 73 Rn. 68; Melis/Meniconi, Autonomie und Selbstverwaltung als gemeineuropäisches Konzept, IPE V, § 88 Rn. 72. In der Schweiz ist der Druck auf die Zusammenlegung von Gemeinden je nach Kanton sehr unterschiedlich. Während gewisse Kantone ihre Gemeindestrukturen radikal reformiert haben (in Glarus wurden 2006 die 25 Ortsgemeinden und zahlreiche Spezialgemeinden auf drei Einheitsgemeinden reduziert), ist sie in anderen Kantonen seit der Frühen Neuzeit stabil (seit 1749 kennt der Kanton Appenzell Ausserrhodens 20 Gemeinden).

3. Auswirkungen auf die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Das Modell der Selbstverwaltung steht in einem traditionellen Spannungsverhältnis zur Justiz. Karl Freiherr von Lemayer (1841–1906) – der „Vater der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit“²²⁷ – schrieb 1895 in Entgegnung auf Gneist: „So erscheinen Rechtsschutz durch Verwaltungsgerichte und Selbstverwaltung in einem gewissen Sinne als Gegensätze, nämlich als verschiedene rechtliche Wege das Interesse des Einzelnen gegenüber den durch den Staatszweck – das Gesamtinteresse – geforderten Einrichtungen zu wahren [...]“.²²⁸ Für Gneist bestand insofern kein Widerspruch zwischen Selbstverwaltung und Verwaltungsjustiz, als die Justiz selber über die ehrenamtliche Einbindung der Bürger zur Trägerin des Selbstverwaltungsgedankens werden sollte.²²⁹ In ihrer praktischen Umsetzung war die spezialisierte Verwaltungsgerichtsbarkeit dann aber mehrheitlich eine von ausgebildeten Juristen geprägte Institution, die ihre Legitimation vom Recht als exogene Quelle bezieht. Die Selbstverwaltung erzeugt demgegenüber durch ehren- oder teilsamtliche Einbindung der Bürger eine endogene Legitimation durch Betroffenenbeteiligung. Hier liegt denn auch der „verschiedene rechtliche Weg“ der Einbindung des Individuums: Während bei der Selbstverwaltung eher die politische oder mitgliedschaftliche Teilhabe im Vordergrund steht, kommt dem Individuum vor Gericht die Stellung einer Verfassenspartei zu und die Argumentationslogik ist eine juristische. Der Gegensatz zwischen Selbstverwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit wird zusätzlich dadurch verstärkt, dass Justizorgane in den meisten europäischen Staaten auf Ebene des Gliedstaats oder Nationalstaats angesiedelt sind. Sie stehen damit meist „über“ den Trägern lokaler oder kommunaler Selbstverwaltung oder „neben“ Körperschaften der funktionalen Selbstverwaltung. Gerichtliche Kontrolle bedeutet damit potentiell immer auch eine Beeinträchtigung selbstverwalteter Autonomie. Eine Besonderheit sind in dieser Hinsicht die Selbstverwaltungswiderspruchsbehörden in Polen, die auf Ebene der Gebietskörperschaften einen der Verwaltungsgerichtsbarkeit angenäherten Rechtsschutz gewährleisten.²³⁰

Die Konkurrenz zwischen den politischen Kontrollmechanismen der Selbstverwaltung und der rechtlichen Nachkontrolle durch die Justiz wurde nach 1860 in der Schweiz besonders deutlich. Die im Zuge der „demokratischen Bewegung“ stark ausgebaute Selbstverwaltung bewirkte ein Zurückdrängen der seit Beginn des 19. Jahrhunderts entstandenen Frühformen der Verwaltungsgerichtsbarkeit.²³¹ Im 20. Jahrhundert gelang der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit dann zuerst im Bund und den bevölkerungsstarken und urban geprägten Kantonen sowie in Rechtsgebieten der Massenverwaltung (Steuern, Sozialversicherungen), also überall dort, wo das Ideal der Selbstverwaltung nicht mehr glaubwür-

227 Friedrich Lehne, Aus dem lebendigen Erbe des k. k. Verwaltungsgerichtshofes, FS zum 100jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes, 1976, S. 3, 6 f.

228 Lemayer (Fn. 39), S. 449.

229 Schönberger (Fn. 196), S. 258.

230 Vgl. Bożena Popowska/Piotr Lissoń, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Polen, IPE VIII, § 134 Rn. 67.

231 Schindler, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, IPE VIII, § 136 Rn. 9.

dig aufrecht erhalten werden konnte und die Bürokratisierung rasch voranschritt.²³² Auch der Umstand, dass das Bundesverwaltungsgericht über umfassende Kontrollkompetenzen verfügt, ist vor diesem Hintergrund zu lesen. Weil das Gericht keine kommunalen Entscheide überprüfen kann und die von ihm kontrollierte Bundesverwaltung seit ihren Ursprüngen im 19. Jahrhundert vergleichsweise bürokratisch geprägt war, wird das Gericht nicht als Bedrohung des Selbstverwaltungsgedankens betrachtet.

- 41 In Schweden mit seiner traditionell stark ausgeprägten kommunalen Selbstverwaltung scheint der Gegensatz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit weniger ausgeprägt. Vielmehr hat sich die Kommunalbeschwerde als Popularbeschwerde zu einer Art „Sprachrohr für die Belange der Mitbürger“²³³ entwickelt. Die Möglichkeit, dass jedes Gemeindemitglied an ein Gericht gelangen kann, um kommunale Entscheide überprüfen zu lassen, wird somit selber zum Ausdruck der Bürgerpartizipation. Die hierdurch entstehende Spannungslage zur starken Einbindung von Politikern in die kommunale Selbstverwaltung löst das schwedische Recht dadurch, dass die Verwaltungsgerichte im Rahmen der Kommunalbeschwerde – und in Abweichung von ihrer ansonsten umfassenden Prüfungszuständigkeit – lediglich die Gesetzmäßigkeit prüfen können.²³⁴
- 42 Dass sich Selbstverwaltung und Justiz auch gegenseitig verstärken können, wird nicht nur bei der Kommunalbeschwerde in Schweden deutlich, sondern auch überall dort, wo sich Körperschaften der Selbstverwaltung gegen Eingriffe in ihre Autonomie gerichtlich zur Wehr setzen können, etwa gegen Maßnahmen der Kommunalaufsicht.²³⁵ Die Justiz wird in diesen Fällen gleichsam zur „Hüterin der Selbstverwaltung“.

V. Technokratisches Modell

1. Idealtypus der Verwaltung als Expertin

- 43 Der aus Genf wegen seiner regierungskritischen Haltung verbannte Jurist Jean Louis De Lolme (1740–1806) verfasste 1771 ein später mehrfach neu aufgelegtes und in zahlreiche Sprachen übersetztes Werk über die Englische Verfassung. Sie verkörperte für ihn die – zwar nicht ideale, aber doch bestmögliche – Regierungsform. Anders als später Gneist rückte er aber nicht die Selbstverwaltung in den Vordergrund, sondern ein System, das dank einer gewaltengliedrigen Misch-

²³² Ebd., § 136 Rn. 14 und 35.

²³³ Kumlien/Modéer, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweden, IPE III, § 48 Rn. 82.

²³⁴ Vgl. ebd., § 48 Rn. 82; Marcusson, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Schweden, IPE V, § 82 Rn. 49 und 56; dies., Verwaltungsgerichtsbarkeit in Schweden, IPE VIII, § 135 Rn. 132.

²³⁵ Für Frankreich Ziller, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich, IPE VIII, § 130 Rn. 108; für die Schweiz Schindler, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, IPE VIII, § 136 Rn. 54; für Spanien Díez Sastre, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Spanien, IPE VIII, § 137 Rn. 25; für Ungarn Küpper, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Ungarn, IPE VIII, § 138 Rn. 149 f.

verfassung die Freiheit des Individuums bestmöglich garantierte. Und im bewussten Gegensatz zu seinem Landsmann Rousseau, dem er naiven Idealismus vorwarf, trat er mit Vehemenz für ein System repräsentativer Machtausübung mit einer starken Exekutive ein.²³⁶ Die Gesetzgebung verglich er mit einer komplizierten Rechenoperation („*calculs compliqués d'une législation*“), welche die meisten Menschen mangels Fähigkeiten und Bildung überfordere. So wie der Kranke einen Arzt aufsuche und der Rechtssuchende einen Anwalt, so müssten die Bürger ihr Vertrauen auch in öffentlichen Angelegenheiten in Personen setzen, die über die notwendigen Qualifikationen verfügten.²³⁷ Die Betonung fachlicher Expertise bei der Ausübung öffentlicher Ämter durch De Lolme ist nicht nur eine klare Spitze gegen seinen Landsmann Rousseau und dessen Idylle einer freien Bauernherrschaft, sondern steht gleichzeitig in einer Tradition der Kameralisten und Physiokraten. Diese bemühten sich seit der Frühen Neuzeit um eine rationale Steuerung von Staat und Volkswirtschaft und waren geprägt von der Vorstellung, staatliches Handeln lasse sich mit mathematisch-naturwissenschaftlicher Methodik und Präzision – insbesondere mit Hilfe von Statistiken – berechnen. Gerne verwendeten sie auch die Körper- und Maschinenmetapher für den Staat, wobei den Physiokraten und Kameralisten sinngemäß die Aufgabe von Ärzten oder Uhrmachern zukommen sollte.²³⁸ Dieses technokratische Ideal spiegelt sich offensichtlich auch im Werk De Lolmes.

Der umfassende Steuerungsanspruch frühneuzeitlicher Herrschaft und die Vorstellung, mit Hilfe physiokratischer und kameralistischer Erkenntnisse die „Beförderung der allgemeinen Glückseligkeit“²³⁹ vorantreiben zu können, geriet im 19. Jahrhundert zunehmend unter Druck. Einerseits musste der umfassende Steuerungsanspruch einem zunehmend liberalen Konzept begrenzter Staatsverantwortung weichen. Zugleich rückte das stärker politisch geprägte (parlamentarische) Gesetz als staatliches Steuerungsmedium ins Zentrum und förderte eine legalistische Verwaltungskonzeption, wie sie idealtypisch bei Max Weber zum Ausdruck kommt.²⁴⁰ Gerade Webers Ideal der Bürokratie als „rationalste“²⁴¹ Form der Herrschaftsausübung trägt aber auch unverkennbar technokratische Züge. Das „Fachwissen“ wird zur unentbehrlichen Eigenschaft der Bürokratie,²⁴² ja „bureaukratische Verwaltung bedeutet: Herrschaft kraft Wissen: dies ist ihr

²³⁶ Vgl. Hans-Christof Kraus, Englische Verfassung und politisches Denken im Ancien Régime. 1689 bis 1789, 2006, S. 186 ff.; David Lieberman, Introduction, in: ders. (Hg.), Jean Louis De Lolme. The Constitution of England. Or, An Account of the English Government, 2007, S. ix, xii ff.; Ian McDaniel, Jean-Louis Delolme and the Political Science of the English Empire, The Historical Journal 55/2012, S. 21.

²³⁷ Jean Louis De Lolme, Constitution de l'Angleterre, 1771, S. 191.

²³⁸ Lars Behrlich, Die Berechnung der Glückseligkeit. Statistik und Politik in Deutschland und Frankreich im späten Ancien Régime, 2016, S. 75 ff.; Peil (Fn. 25), S. 465 ff. und 541 ff.

²³⁹ Vgl. Ulrich Engelhardt, Zum Begriff der Glückseligkeit in der kameralistischen Staatslehre des 18. Jahrhunderts (J.H.G. v. Justi), Zeitschrift für Historische Forschung, 1981, S. 37; Berram Schefold, Glückseligkeit und Wirtschaftspolitik: Zu Justis „Grundsätze der Policy-Wissenschaft“, in: Rieter/ders./Tribbe/Wysocki (Hg.), J.H.G. von Justi Grundsätze der Policy-Wissenschaft, 1993, S. 5.

²⁴⁰ Siehe oben Rn. 14–22.

²⁴¹ Weber (Fn. 44), S. 128.

²⁴² Ebd., S. 128.

spezifisch rationaler Grundcharakter“.²⁴³ Für Weber steht die „Berechenbarkeit“ von Herrschaft im Zentrum und der ideale Beamte ist der „menschlich unbeteiligte, daher streng ‚sachliche‘ Fachmann.“²⁴⁴

- 45 Während sich nach Webers Vorstellung technokratische und legalistische Elemente in der hierarchisch strukturierten Bürokratie idealerweise verbanden, entstand im ausgehenden 19. Jahrhundert in den USA ein hiervon abweichender neuer Prototyp²⁴⁵ von verselbstständigten Verwaltungsagenturen (*independent regulatory commissions*).²⁴⁶ Dahinter stand das Ideal einer weitgehend von der Regierung entkoppelten und „scheinbar unpolitischen, ökonomisch ausgerichteten Expertokratie“.²⁴⁷ Die materiell-rechtlichen Vorgaben in dem zu „regulierenden“ Bereich waren infolge der verwendeten Generalklauseln („*reasonable and just*“) hochgradig unbestimmt, weshalb eine ökonomische Argumentationslogik in den Vordergrund trat.²⁴⁸ Mit Webers Ideal einer weitgehend regelbasierten, weisungsgebundenen und monokratischen Bürokratie hatte dieses neue Modell nur wenig gemeinsam.²⁴⁹ Auch mit „tradierten“ Vorstellungen von Gewaltengliederung lässt es sich nur schwer in Einklang bringen, verschwimmen aufgrund der geringen materiellrechtlichen Vorgaben doch die Grenzen zwischen Norm-Anwendung und Norm-Setzung. Gerade die Agenturen amerikanischen Zuschnitts nehmen zudem vielfach Aufgaben der Streitschlichtung in einem streng formalisierten, „quasi gerichtlichen“ („*quasi judicial*“) Verfahren wahr.²⁵⁰ Ihre Legitimation schöpfen unabhängige Regulierungsbehörden nicht aus der Einbindung in einen demokratisch-gewaltengliedrigen Zusammenhang und aus exogenen Steuerungsimpulsen, sondern endogen aus „ihrer Expertise oder Überzeugungskraft ihrer Entscheidungsbegründungen“.²⁵¹ Die Einwohnerinnen und Einwohner werden nicht mehr in erster Linie als politisch teilhabende Bürgerinnen und Bürger wahrgenommen, sondern als marktteilnehmende Produzenten und Konsumenten statistisch erfasst. Damit zeigen sich Parallelen zur frühneuzeitlichen Verwaltung, die ihre Akzeptanz nicht aus einer demokratischen Rückbindung oder gewaltengliedrigen Struktur schöpfte, sondern – neben traditionellen Elementen der Legitimation (wie Monarchie oder Honoratioren-herrschaft) – vor allem daraus, wie gut es ihr gelang, einen Beitrag zur „Beförde-

243 Ebd., S. 129 (Hervorhebung im Original).

244 Ebd., S. 563 (Hervorhebung im Original).

245 Fachkundige Räte, welche die Regierung in ihrer Tätigkeit unterstützten und die hierarchische Ministerialverwaltung ergänzten, waren schon früher verbreitet, konnten aber nicht diese Strahlkraft als Prototypen erlangen. Zum *Comité d'administration de l'agriculture*, das 1785 in Frankreich ins Leben gerufen wurde, Behrlich (Fn. 238), S. 466 ff. Zu den englischen *boards* im 19. Jahrhundert Huber, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, IPE V, § 73 Rn. 64; Reich (Fn. 52).

246 Vgl. Michael Fehling, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2000, S. 157 ff.; Lepsius (Fn. 90), S. 68 ff.; Möllers, Verwaltungsrecht und Politik, IPE V, § 93 Rn. 52 ff.

247 Lepsius (Fn. 90), S. 103.

248 Ebd., S. 105 und 128 ff.; Möllers, Verwaltungsrecht und Politik, IPE V, § 93 Rn. 55.

249 Weber war sich freilich der faktischen Grenzen seines Modells bewusst, was dort deutlich wird, wo aufgrund des Fachwissens eine faktische Umkehr hierarchischer Steuerung stattfindet. Siehe Weber (Fn. 44), S. 129: „der Fach-Geheimrat ist dem Nichtfachmann als Minister auf die Dauer meist überlegen in der Durchsetzung seines Willens.“ Hierzu Reich (Fn. 52).

250 Vgl. Fehling (Fn. 246), S. 100 ff.; Möllers, Verwaltungsrecht und Politik, IPE V, § 93 Rn. 56.

251 So (kritisch) Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 41.

rung der allgemeinen Glückseligkeit“ zu leisten.²⁵² An die Stelle des wenig greifbaren Glückseligkeitskonzepts traten im 20. Jahrhundert ebenso stark konkretisierungsbedürftige Generalklauseln oder Konzepte wie ein „fairer Wettbewerb“, ein „funktionsfähiger Markt“ oder eine „ausreichende Grundversorgung der Bevölkerung“ mit Waren und Dienstleistungen.²⁵³

Während sich das westeuropäische Bürokratiemodell und auch die verselbstständigten US-amerikanischen Verwaltungsagenturen grundsätzlich am Ideal einer unpolitischen Expertokratie orientierten,²⁵⁴ entstand in Osteuropa ein alternatives Technokratiemodell, das betont politisch-ideologisch geprägt war. Die Verwaltung sollte aktiv-gestaltend tätig werden, um den Umbau von Staat und Gesellschaft im Sinne des Sozialismus/Kommunismus voranzutreiben.²⁵⁵ Dieses Unterfangen konnte aber nur insoweit erfolgreich gelingen, als eine fachkundige Bürokratie mit den umfassenden Planungs- und Umsetzungsmaßnahmen betraut wurde. Die „Planmäßigkeit und verstärkte Komplexität in der staatlichen Leitung, die rechtzeitige und fundierte Ausarbeitung staatlicher Ziele und Aufgaben und ihre effektive Realisierung sowie die Gestaltung vielfältiger Beziehungen zwischen Politik, Ökonomie, Wissenschaft, Technik, Bildung, Kultur und Sozialpolitik“ war nur dank einer starken „Rationalisierung“ und „Qualifizierung der Kader“ möglich.²⁵⁶ Maßgebend für die Verwaltung wurden daher das „Prinzip der planmäßigen Tätigkeit“ und das „Prinzip der wissenschaftlichen Leitung der Verwaltung“.²⁵⁷ Dies führte zu einem massiven Ausbau der Wirtschaftsbürokratien mit zahlreichen Fachministerien und Planungsämtern und einer „Akademisierung“ des Verwaltungspersonals.²⁵⁸ Das Konzept des „demokratischen Zentralismus“ führt aber gleichzeitig dazu, dass diese ausdifferenzierte Bürokratie in eine pyramidal organisierte Hierarchie eingebunden blieb.²⁵⁹

46

2. Ausprägungen und Verbreitung in Europa

Verselbstständigte und technokratisch geprägte Verwaltungsbehörden sind heute in fast allen europäischen Einzelstaaten anzutreffen und spielen insbesondere auf Ebene der Europäischen Union eine zentrale Rolle. Ihre Verbreitung kann man als eigentlichen „Megatrend“ bezeichnen,²⁶⁰ der in den 1960er-Jahren in Großbritannien einsetzte,²⁶¹ in den späten 1970er-Jahren in Frankreich seine Fortsetzung

47

252 Vgl. Behrlich (Fn. 238), S. 496.

253 Vgl. kritisch Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 42.

254 Zur Diskrepanz zwischen Ideal und Realität Fehling (Fn. 246), S. 132 ff. und 157; Lepsius (Fn. 90), S. 103 ff.

255 Für die DDR Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR (Hg.) (Fn. 129), S. 22 und 35.

256 Für die DDR ebd., S. 29.

257 Für Polen Wróbel, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Polen, IPE III, § 47 Rn. 49 und 51.

258 Für Ungarn Küpper, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Ungarn, IPE III, § 51 Rn. 65 und 74.

259 Siehe oben Rn. 24.

260 Matthias Ruffert, Verselbstständigte Verwaltungseinheiten: Ein europäischer Megatrend im Vergleich, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 431.

261 Ruffert (Fn. 260), S. 434 ff.

fund,²⁶² bis er seit den 1980er-Jahren in den meisten europäischen Staaten dazu führte, dass verselbstständigte Verwaltungsbehörden zusehends zum Standard in den Bereichen Wirtschaftsaufsicht, Marktregulierung, Datenschutz, Fernmelde- und Medienwesen oder nukleare Sicherheit wurden.²⁶³ Prägend hierfür waren verschieden Faktoren: das Modell eines moderierenden Gewährleistungsstaates, die Ausstrahlungswirkung der EU auf ihre Mitgliedstaaten, direkte Anforderungen des Unionsrechts sowie weitere Vorgaben internationaler Organisationen (OECD) oder staatsvertragliche Verpflichtungen (z.B. im Bereich nukleare Sicherheit).²⁶⁴ In der EU-Eigenverwaltung wurden unabhängige Verwaltungsbehörden schließlich in drei verschiedenen Phasen (1970er-Jahre, 1990er-Jahre und seit 2001) auf- und ausgebaut.²⁶⁵

- 48 Die zahlreichen Regulierungs- und Aufsichtsbehörden in den europäischen Einzelstaaten und der EU verbindet, dass sie über besondere Expertise verfügen und ein gewisses Maß an „distanzschaffender Entkoppelung“ von der Regierung und der übrigen Verwaltungshierarchie gewährleistet ist.²⁶⁶ Diese Entkoppelung soll sicherstellen, dass die Behörden ihren Aufsichts- oder Regulierungsauftrag konsequent und in der Langfristperspektive verfolgen können und nicht einer kurzfristigen („tagespolitischen“) Logik folgen. Distanz soll aber auch gegenüber dem Staat als Leistungserbringer und Marktteilnehmer geschaffen werden, um ein unparteiliches regulatorisches Umfeld zu schaffen (Trennung von „*état opérateur*“ und „*état régulateur*“).²⁶⁷ In der konkreten Ausgestaltung besteht aber nicht nur im europäischen Rechtsvergleich, sondern auch innerhalb der einzelnen

262 Huber, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, IPE V, § 73 Rn. 64; Johannes Masing, Organisationsdifferenzierungen im Zentralstaat – unabhängige Verwaltungsbehörden in Frankreich, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hg.) (Fn. 260), S. 399.

263 Für Deutschland Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 40 ff.; für Griechenland Efstratiou, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Griechenland, IPE V, § 76 Rn. 15; für Italien de Pretis, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Italien, IPE V, § 78 Rn. 35 ff.; Domenico Sorace, Einige Anmerkungen zur Wirtschaftsregulierung und zu den unabhängigen Verwaltungsbehörden aus italienischer Sicht, in: Masing/Marcou (Hg.) (Fn. 220), S. 397; für Österreich Holoubek, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Österreich, IPE V, § 79 Rn. 60; für Polen Biernat/Dąbek, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Polen, IPE V, § 80 Rn. 73; für Portugal Pereira da Silva/Salgado de Matos, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Portugal, IPE V, § 81 Rn. 54 f.; für die Schweiz Giovanni Biaggini, Unabhängige Regulierungsbehörden aus schweizerischer Sicht, in: Masing/Marcou (Hg.) (Fn. 220), S. 379; Schindler, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz, IPE III, § 49 Rn. 22 und 34; für Spanien Mir, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Spanien, IPE V, § 84 Rn. 29 f.; für Ungarn Szente, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Ungarn, IPE V, § 85 Rn. 41 f.

264 Vgl. Steffen Augsburg, Autonomie und Unabhängigkeit: Uniale Einflüsse auf das nationale Verwaltungsorganisationsrecht, in: Kröger/Pilniok (Hg.), Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union, 2016, S. 19; Efstratiou, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Griechenland, IPE V, § 76 Rn. 15; Holoubek, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Österreich, IPE V, § 79 Rn. 60; Kahl, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V, § 74 Rn. 44; Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 45 ff.; Mir, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Spanien, IPE V, § 84 Rn. 29; Matthias Ruffert, Europäisierung des Verwaltungsrechts, IPE V, § 94 Rn. 31.

265 Ruffert (Fn. 260), S. 440 ff.

266 Schmidt-Aßmann (Fn. 43), S. 259 ff.

267 Vgl. Martine Lombard, Warum bedient man sich im Bereich der Wirtschaft unabhängiger Behörden?, in: Masing/Marcou (Hg.) (Fn. 220), S. 143.

Staaten je nach Regelungsbereich eine große Vielfalt. Dies beginnt bei den uneinheitlichen Bezeichnungen (Agentur/Agency, Behörde/Authority, Institute, Kommission/Commission), reicht über die unterschiedlichen Kompetenzen (informierend, beratend oder entscheidend), die divergierende institutionell-organisatorische Ausgestaltung (rechtliche Selbstständigkeit oder Unselbstständigkeit, verschiedene Grade an finanzieller Autonomie, mehr oder weniger weitreichende und abgesicherte Weisungsfreiheit gegenüber der Regierung, kollegiale oder monokratische Struktur) bis hin zu verschiedenen Kriterien bei der Personalauswahl, dem Auswahlverfahren und der Gestaltung des Personalstatuts (vollamtlich/nebenamtlich, Unvereinbarkeiten sowie Mitwirkung von Regierung, Parlament, politischen Parteien und Interessenverbänden bei der Personalauswahl). Unterschiede bestehen schließlich auch im Selbstverständnis der Behörden. Stark vereinfachend lassen sich dabei zwei Grundtypen ausmachen.²⁶⁸ Dem technokratischen „Ideal“ am nächsten kommen Behörden, die sich ausschließlich aus unabhängigen Sachverständigen zusammensetzen, die einer wissenschaftlichen Entscheidungslogik folgen und sich gegenüber Anliegen der politischen Parteien und Interessengruppierungen neutral verhalten und von diesen abgeschirmt werden müssen. Unabhängige Verwaltungsbehörden können teilweise aber auch der Logik funktionaler Selbstverwaltung folgen, wenn Interessengruppierungen (wie Berufsverbände, Branchenvertreter, Gewerkschaften, *Public Interest Groups* oder politische Parteien) bei der Personalauswahl mitwirken oder sogar Vertreter „entsenden“ können. Die Behörde entspricht dann nicht dem Ideal apolitischer Unparteilichkeit. Vielmehr soll mit einer breitrepräsentativen oder fokussiert-korporatistischen Zusammensetzung ein allparteilicher Interessenausgleich und eine breit abgestützte, sektorale Politikformulierung begünstigt werden.²⁶⁹ Die Grenze zwischen unabhängig-technokratischer Regulierung, gesteuerter Selbstregulierung und korporatistischer Selbstregulierung verläuft in der Realität fließend und die beiden Typen lassen sich nicht immer klar auseinanderhalten.

Unterschiede bestehen sodann mit Blick auf die grundsätzliche Akzeptanz unabhängiger Verwaltungsbehörden und die Art, wie sie sich in die tradierte Verwaltungslandschaft einfügen. In Ländern wie Großbritannien und der Schweiz mit einer vergleichsweise heterogenen und historisch gewachsenen Verwaltungslandschaft, unterschiedlichen Legitimationskonzepten sowie einer starken Stellung der Selbstverwaltung lässt sich das Modell der unabhängigen Regulierungsbehörden pragmatisch einpassen. So können die *regulatory agencies* in Großbritannien an die Tradition der *boards* des 19. Jahrhunderts anknüpfen. Die unabhängigen Regulierungsbehörden der Schweiz sind eine teilweise direkte Weiterentwicklung des seit dem Aufbau der Bundesverwaltung (nach 1848) entwickelten „Kommissio-

268 Vgl. mit einer ähnlichen Unterscheidung Fehling (Fn. 246), S. 151 ff.

269 Vgl. kritisch mit Blick auf Frankreich Marcou, Verwaltungsbehörden (Fn. 220), S. 99, 119 und 128. Für die Schweiz vgl. Biaggini (Fn. 263), S. 383. Zur grundsätzlichen Frage der Gemeinwohlbestimmung in der Industriegesellschaft Thomas Züll, Regulierung im politischen Gemeinwesen. Zur demokratischen Legitimation von Wirtschaftsregulierung nach dem Grundgesetz und dem Europäischen Primärrecht, 2014, S. 131 ff.

nenwesens²⁷⁰ und entsprechen in gewisser Weise einer schweizerischen Tradition des „liberalen Korporatismus“²⁷¹. In Staaten, in denen die Verwaltung grundsätzlich einem einheitlich-hierarchischen Bauplan folgt – sei er eher *gouvernemental* geprägt, wie in Frankreich, oder *legalistisch*, wie in Deutschland und Österreich – müssen unabhängige Regulierungsbehörden demgegenüber als „Bruch mit der traditionellen Staatsorganisation“²⁷² oder als „Fremdkörper“²⁷³ erscheinen. Das Konzept einer weitgehend technokratisch-endogenen Legitimation steht im Gegensatz zu einer Demokratiekonzeption, die dem parlamentarischen Gesetz und personellen „Legitimationsketten“ eine zentrale Rolle zuweist.²⁷⁴ Umgekehrt kann das Modell einer weitgehend entpolitisierten und technokratischen Verwaltung dann von besonderer Attraktivität sein, wenn das Vertrauen in die Entscheidungsträger politischer Organe durch blockierende parteipolitische Streitereien oder die Gefahr einer Klientelpolitik erschüttert ist.²⁷⁵ Schließlich ist das Modell einer endogen-technokratisch legitimierten Verwaltung für die EU selber besonders attraktiv, bestehen doch gesamteuropäisch keine homogenen Vorstellungen über die demokratische Legitimation der öffentlichen Verwaltung. Die am stärksten verbreiteten Modelle einer parlamentarisch-legalistisch oder *gouvernemental* gesteuerten Verwaltung lassen sich nur begrenzt auf die Union übertragen. Die Eigenverwaltung der EU ist damit stärker auf ein „Modell einer pluralen Legitimation“²⁷⁶ angewiesen. In diesem mehrschichtigen Modell spielen neben der Rechtsbindung insbesondere die Betroffenenpartizipation, die Aktenöffentlichkeit und eben auch die Expertise der Behörden eine zentrale Rolle.

3. Auswirkungen auf die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit

- 50 Ihre Legitimation schöpfen unabhängige Verwaltungsbehörden aus ihrer fachlichen Expertise, die sie meist aus nicht-juristisch und empirisch geprägten Disziplinen bezieht, insbesondere der Ökonomie, den Natur- und Technikwissenschaften oder der Statistik. Legitimierend wirkt auch die Eigenständigkeit, die es der Behörde erlaubt, sektorspezifisch eine langfristige Strategie zu verfolgen. Die gerichtliche Kontrolle stößt aus diesem Grund an inhaltliche Grenzen, da Gerichte über spezifisch juristischen Sachverstand verfügen, der nicht einer empirischen, sondern einer normativen Methodik folgt. Eine weitreichende

270 Schindler, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz, IPE III, § 49 Rn. 3, 10 und 22. Vgl. auch Biagini (Fn. 263), S. 391.

271 Reich (Fn. 52).

272 Aus französischer Perspektive Bertrand du Marais, Die Reichweite zwingenden materiellen Rechts für die Arbeit unabhängiger Verwaltungsbehörden, in: Masing/Marcou (Hg.) (Fn. 220), S. 268.

273 Aus deutscher Perspektive Huber, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, IPE V, § 73 Rn. 64.

274 Vgl. Marcou, Die Verwaltung und das demokratische Prinzip, IPE V, § 92 Rn. 45 ff.

275 Für Italien Sorace (Fn. 263), S. 400; für Spanien Mir, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Spanien, IPE V, § 84 Rn. 29.

276 Eberhard Schmidt-Aßmann, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: Hoffmann-Riem/ders./Voßkuhle (Hg.) (Fn. 106), § 5 Rn. 60. Vgl. auch Möllers, Verwaltungsrecht und Politik, IPE V, § 93 Rn. 79 ff.

gerichtliche Nachkontrolle könnte zudem die Eigenständigkeit der Behörde in Frage stellen. Gerichten bleibt daher oft keine andere Wahl, als ihre Inhaltskontrolle auf Aspekte wie Vertretbarkeit, Vernünftigkeit oder Plausibilität zu beschränken. Selbst um diese minimale inhaltliche Plausibilitätskontrolle vorzunehmen, sind Gerichte oft auf den Einbezug externer Sachverständiger angewiesen. Neben dem notwendigen Sachverstand fehlen der Justiz zudem meist auch materiell-rechtliche Überprüfungskriterien – sie sieht sich daher gezwungen, der Verwaltung ein „technisches Ermessen“ zuzugestehen. Im Sinne einer „Kompensationsstrategie“ verstärken viele Gerichte ihre Kontrolle unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten.²⁷⁷ So gelingt es ihnen, die Entscheide einer juristischen Rationalität zugänglich zu machen und zumindest unter Teilaspekten – insbesondere mit Blick auf Teilgehalte der Verfahrensfairness – besonders intensiv zu prüfen.²⁷⁸ Dieses auf prozedurale Aspekte beschränkte Kontrollverfahren hat außerdem den Vorteil, dass sich die Justiz nicht dazu äußern muss, ob die Entscheidung inhaltlich richtig oder falsch ist. Wie bei politisch gefärbten Regierungs- oder Verwaltungsentscheidungen kann dies im Sinne der Gesichtswahrung und des Interorganrespekts erstrebenswert sein.²⁷⁹

Die Spannungslage zwischen technokratischer Eigenständigkeit und gerichtlichem Rechtsschutz kann durch eine rein verfahrensrechtliche Nachkontrolle zwar teilweise abgemildert, nicht aber überzeugend gelöst werden. Während unabhängige Verwaltungsbehörden in Europa meist in den prozeduralen Bahnen des Verwaltungsverfahrensrechts tätig werden und keine interne Funktions-trennung kennen, sind die *regulatory agencies* in den USA stärker an der Justiz und gerichtlichen Verfahren orientiert. Mittels einer internen Trennung der unterschiedlichen Funktionen („*internal separation of functions*“) wird sichergestellt, dass die Unvoreingenommenheit der einzelnen Entscheidungsträger in allen Verfahrensabschnitten von neuem sichergestellt ist. Ähnlich einem Strafverfahren soll nicht dieselbe Person den Sachverhalt untersuchen, die Anklage führen und das Urteil sprechen. Die Gewaltenteilung wird somit bezogen auf die Behörde „im kleinen dupliziert“.²⁸⁰ Hinzu kommt ein stark am gerichtlichen Verfahren orientierter kontradiktorischer Prozess, der sicherstellt, dass die betroffenen Parteien ihren Standpunkt von Beginn weg einbringen können.²⁸¹ Diese „quasi-gerichtlich“ ausgestalteten Regulierungsbehörden verbinden technokratische und rechtliche Elemente, wobei die rechtliche Färbung in der Tradition des *common law* weitgehend prozeduraler Art ist. Sie entspricht nicht der kontinentaleuropäisch-legalistischen Tradition, die von einer weitgehenden materiell-rechtlichen Steuerung der Verwaltung ausgeht.

277 Für die Ebene der EU Thomas von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 370 f.; für die USA Lepsius (Fn. 90), S. 211 f.; für Deutschland Christoph Möllers, Materiellrechtliche Bindungen unabhängiger Regulierungsbehörden, in: Masing/Marcou (Hg.) (Fn. 220), S. 231, 258; für Italien de Pretis, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Italien, IPE V, § 78 Rn. 177.

278 Vgl. Martin Shapiro, „Deliberative“, „Independent“ Technocracy v. Democratic Politics: Will the Globe Echo the E.U.? Law and Contemporary Problems, 2005, S. 341, 345 und 355.

279 Siehe oben Rn. 30.

280 Lepsius (Fn. 90), S. 193.

281 Vgl. Fehling (Fn. 246), S. 100 ff.

- 52 Neben der Umformung unabhängiger Regulierungsbehörden in quasi-gerichtliche Organisationen ist schließlich denkbar, dass sich die Gerichte selber das notwendige technokratische Wissen aneignen. Dies geschieht in gewisser Hinsicht von selbst, wenn die Justiz in einer bestimmten Sachmaterie regelmäßig mit Streitfällen konfrontiert wird und sich so das nötige Fachwissen aneignet. Die Problematik dieses Wissensaufbaus liegt aber darin, dass sich die Fallzahlen aus unterschiedlichen Sachbereichen kaum steuern lassen und die Fachkompetenz des Gerichts daher weitgehend das Ergebnis von Zufälligkeiten ist.²⁸² Überzeugender erscheint der Versuch, nicht-juristisches Fachwissen über besondere Fachrichter transparent in die Rechtsmittelbehörde selber einzubinden, wie dies in Großbritannien mit den *tribunals* und in der Schweiz mit den spezialisierten Rekurskommissionen geschieht. In beiden Ländern verfügen die Institutionen meist über umfassende Prüfungskompetenzen und auch den nötigen Sachverstand, um ihre Kompetenz auszuüben. *Tribunals* wie Rekurskommissionen sind aber nicht dazu berufen, Entscheidungen unabhängiger Regulierungsbehörden zu prüfen.²⁸³ Vielmehr sollen sie Rechtsschutzbedürfnisse in typischen Bereichen der Massenverwaltung wie Sozialversicherung, Einwanderung und Bau- oder Steuerwesen bewältigen und dadurch die „reguläre“ Justiz entlasten.²⁸⁴

VI. Vergleichende Schlussfolgerungen

- 53 Das Dreiecksverhältnis zwischen Regierung, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit ist komplex und von ganz unterschiedlichen Abhängigkeiten, distanzschaffenden Entkoppelungen und gegenseitigen Wechselwirkungen geprägt. Diese Komplexität potenziert sich, wenn der Versuch eines europaweit rechtsvergleichenden Zugriffs gewagt werden soll. Ein klassischer Rechtsvergleich, der juristisch-dogmatische Kategorien ins Zentrum stellt, würde nicht nur den Rahmen dieses Beitrags sprengen, sondern auch dem historischen und rechtskulturellen Umfeld zu wenig gerecht. Es wurde daher versucht, mithilfe einer an prototypischen Metaphern orientierten Typologie ein Orientierungsraster zu entwickeln, der den Zugang zur Thematik erleichtern soll.²⁸⁵ Die dabei verwendeten Modelle oder Typen (legalistisches, gouvernementales, technokratisches Modell und Selbstverwaltungsmodell) sind bewusst überspitzt dargestellt und in „Reinform“ kaum je verwirklicht. Die Modelle sind in den meisten europäischen Staaten zudem

282 Vgl. David Galligan, *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, 1990, S. 250 („It is perhaps a law of evolution that institutions develop and adjust, and acquire distinctive characteristics, not so much as a matter of deliberate planning, but in response to the tasks set for them.“); Schindler (Fn. 9), Rn. 473.

283 Bis zur Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts war dies in der Schweiz teilweise der Fall. Die Rekurskommissionen des Bundes wurden dann aber in das Bundesverwaltungsgericht integriert, das im Gegensatz zu den früheren Rekurskommissionen keine spezialisierten Fachrichter mehr kennt.

284 Zu den britischen *Tribunals* Thomas, *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland*, IPE VIII, § 139 Rn. 95 ff., 133 ff. und 178 ff.; zu den Rekurskommissionen in der Schweiz Schindler, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, IPE VIII, § 136 Rn. 14 ff., 19 f., 35, 42 f., 51, 65 und 73.

285 Zur Typenbildung im europäischen Rechtsraum Schmidt-Aßmann (Fn. 276), Rn. 42.

nebeneinander anzutreffen und die Grenzen sind fließend. So vermengen sich in den meisten Rechtsordnungen das legalistische und gouvernementale Modell. Gerade hier erlaubt die Typisierung aber, Feinschattierungen in den europäischen Verwaltungstraditionen und -kulturen besser zu erkennen. Während etwa in Schweden die Verwaltung stark legalistisch geprägt ist, vermengt sich in Deutschland das legalistische mit dem gouvernementalen Modell und in Frankreich sind gouvernementale Elemente stärker ausgeprägt als in Deutschland. Dies erklärt auch die unterschiedliche Rolle der Verwaltungsgerichte in Schweden (Vermengung von administrativer und richterlicher Funktion), Deutschland (hohe Kontrolldichte am Maßstab des materiellen Rechts) und Frankreich (weniger hohe Kontrolldichte). Eine typologische Betrachtungsweise schärft das Sensorium und das Verständnis für die Andersartigkeit verschiedener Rechtskulturen. Gerade in einem rechtlich und ökonomisch eng verflochtenen Europa mit historisch unterschiedlich gewachsenen Verwaltungstraditionen ist diese interkulturelle Rechtskompetenz notwendig, um Missverständnisse zu vermeiden und auch die Schwierigkeiten von „*legal transplants*“ frühzeitig zu erkennen.²⁸⁶

Trotz aller historisch und rechtskulturell bedingter Eigenheiten und Unterschiede sind in Europa eindeutige Konvergenzen zu erkennen. So zeigt sich ein „Megatrend“²⁸⁷ hin zu technokratischen Verwaltungsbehörden, die über ein gewisses Maß an Unabhängigkeit verfügen und gestaltend tätig werden. Dieses „europäische Modell der Gestaltungsverwaltung“²⁸⁸ kann zu Spannungen mit stark gouvernemental oder legalistisch geprägten Verwaltungskulturen führen und als „Fremdkörper“²⁸⁹ wahrgenommen werden. Auch die Verwaltungsgerichte müssen neue Strategien entwickeln, wie sie weiterhin einen wirksamen Rechtsschutz gewährleisten können, wenn die eingeübte inhaltliche Nachkontrolle am Maßstab des materiellen Rechts weitgehend ins Leere läuft. Wo das materielle Recht keine greifbare Orientierung zu vermitteln vermag, müssen organisatorische und verfahrensrechtliche Standards eine „Richtigkeitsgewähr“ übernehmen. Dies führt zu einer Angleichung an die richterlichen Kontrollmaßstäbe des *common law* und muss in vielen kontinentalen Rechtsordnungen zu einem Umdenken führen. Das Organisations- und Verfahrensrecht kann nicht mehr auf eine rein „dienende Funktion“ reduziert werden.²⁹⁰

Das stetige Zusammenwachsen Europas zu einer Rechtsgemeinschaft führt nach einem weit verbreiteten unitarischen Vorverständnis früher oder später zu einem immer einheitlicheren Rechtsraum.²⁹¹ Die zunehmenden Wechselwirkungen unter den europäischen Staaten und zur europäischen Ebene (insbesondere EU,

286 Vgl. Michael Vorbeck, *Reflections about Administrative Culture in Europe*, in: Thedieck (Hg.), *Foundations of Administrative Culture in Europe*, 2007, S. 15, 18 f.

287 Ruffert (Fn. 260), S. 431 ff.

288 Kahl, *Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland*, IPE V, § 74 Rn. 160 ff.

289 Aus deutscher Perspektive Huber, *Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese*, IPE V, § 73 Rn. 64.

290 Schmidt-Aßmann (Fn. 276), Rn. 89.

291 Kritisch Schindler (Fn. 215), S. 168 ff.

EFTA und Europarat) führen zweifelsohne zu Konvergenzen. Gleichzeitig führt die Angleichung aber auch dazu, dass Regulierungsarrangements in den einzelnen Staaten mit ihren organisations- und verfahrensrechtlichen Aspekten vielfältiger werden. Traditionelle Verwaltungsmodelle mit ihren dahinterliegenden Vorstellungen demokratischer oder rechtsstaatlicher Legitimation erhalten gleichsam Konkurrenz. In Staaten, in denen ein bestimmtes Modell der Verwaltungslegitimation bislang dominierte – etwa Frankreich und Deutschland mit einer stark legalistisch-gouvernementalen und bürokratisch geprägten Verwaltungstradition –, führt dies zu Irritationen und möglichen Abstoßungsreaktionen. Überwinden lassen sich diese nur, wenn die Bereitschaft besteht, alternativen Formen von Legitimation mit der nötigen Offenheit zu begegnen und das pluralistische Nebeneinander verschiedener Modelle nicht nur als Bedrohung, sondern auch als Bereicherung in einem geeinten und zugleich vielfältigen Europa zu begreifen.

Bibliographie

- Michael Adler (Hg.), *Administrative Justice in Context*, 2010.
- Jean-Bernard Auby/Jacqueline Dutheil de la Rochère (Hg.), *Traité de droit administratif européen*, ²2014.
- Armin von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung. Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, 2000.
- Paul Craig/Adam Tomkins (Hg.), *The Executive Power and Public Law. Power and Accountability in Comparative Perspective*, 2006.
- Michael Fehling, *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe*, 2000.
- Michel Fromont, *Droit administratif des États européens*, 2006.
- Carol Harlow, *Accountability as a Value in Global Governance and for Global Administrative Law*, in: Anthony/Auby/Morison/Zwart (Hg.), *Values in Global Administrative Law*, 2011, S. 173.
- Geneviève Helleringer/Kai Purnhagen (Hg.), *Towards a European Legal Culture*, 2014.
- Marc Hertogh/Simon Halliday (Hg.), *Judicial Review and Bureaucratic Impact. International and Interdisciplinary Perspectives*, 2004.
- Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, ³1921.
- Wolfgang Kahl, *Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. III, ²2013, § 47.
- Klaus König/Sabine Kropp/Sabine Kuhlmann/Christoph Reichard/Karl-Peter Sommermann/Jan Ziekow (Hg.), *Grundmuster der Verwaltungskultur. Interdisziplinäre Diskurse über kulturelle Grundformen der öffentlichen Verwaltung*, 2014.
- Malte Kröger/Arne Pilniok (Hg.), *Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union*, 2016.
- Oliver Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law. Amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal*, 1997.
- Vincent Martenet, *Architecture des pouvoirs. Enjeux et perspectives pour un État, une union d'États et les Nations Unies*, 2016.

- Johannes Masing/Gérard Marcou (Hg.), *Unabhängige Regulierungsbehörden. Organisationsrechtliche Herausforderungen in Frankreich und Deutschland*, 2010.
- Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I und II, ³1924.
- Christoph Möllers, *Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, 2005.
- Johannes Reich, „Herrschaft kraft Wissen“. *Grundlagen unabhängiger Regulierungsbehörden in rechtsvergleichender Perspektive*, 2021 i.E.
- Matthias Ruffert, *Verselbstständigte Verwaltungseinheiten: Ein europäischer Megatrend im Vergleich*, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, S. 431.
- Thomas Züll, *Regulierung im politischen Gemeinwesen. Zur demokratischen Legitimation von Wirtschaftsregulierung nach dem Grundgesetz und dem Europäischen Primärrecht*, 2014.