

KLAUS FERDINAND GÄRDITZ

Hochschulorganisation
und verwaltungsrechtliche
Systembildung

Jus Publicum

182

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 182



Klaus Ferdinand Gärditz

Hochschulorganisation
und verwaltungsrechtliche
Systembildung

Mohr Siebeck

Klaus Ferdinand Gärditz, geboren 1975; Wintersemester 1994/95 Studium der Pharmazie an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald; 1995–1998 Studium der Rechtswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; 1999–2001 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Strafrechtlichen Institut der Universität Bonn (Lehrstuhl Prof. Dr. Hans-Ullrich Paeffgen); 1999–2001 Rechtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk Koblenz; 2001 Promotion; 2002–2004 Verwaltungsrichter in Rheinland-Pfalz und Rechtsanwalt in Bonn; 2004 bis 2009 Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Öffentliches Recht und Europarecht der Universität Bayreuth (Lehrstuhl Prof. Dr. Wolfgang Kahl, M. A.); Wintersemester 2008/09 Habilitation für die Fächer Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth; Annahme eines Rufes an die Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn (Lehrstuhl für Öffentliches Recht) zum Sommersemester 2009.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-151263-6

ISBN 978-3-16-149958-6

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

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

© 2009 Mohr Siebeck Tübingen.

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

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

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2008/2009 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Habilitationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum wurden bis zum Abschluss des Manuskripts im Dezember 2008 berücksichtigt.

An erster Stelle gilt großer Dank meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Kahl. Er hat die Entstehung dieser Arbeit nicht nur ermutigt, mit lebenswürdiger Fürsorge betreut und durch unermüdliche Diskussionsbereitschaft bereichert. Er hat mir als Quereinsteiger an seinem Bayreuther Lehrstuhl durch zahlreiche gemeinsame Projekte und gewachsene persönliche Verbundenheit vor allem auch eine geistige Heimat gegeben, ohne deren fortwährende inspirierende Impulse ein wissenschaftliches Werk nicht hätte gedeihen können.

Die weiteren Mitglieder des von der Fakultät eingesetzten Fachmentorats, Prof. Dr. Oliver Lepsius und Prof. Dr. Jörg Gundel, haben gemeinsam mit dem Betreuer das Habilitationsverfahren begleitet und abschließend wissenschaftlich bewertet. Prof. Lepsius hat hierbei das fakultätsinterne Zweitgutachten übernommen. Prof. Dr. Matthias Ruffert (Jena) und Prof. Dr. Friedhelm Hufen (Mainz) haben die nach Bayerischem Hochschulgesetz obligatorischen zwei externen Gutachten erstattet. Ihnen allen gebührt für ihre engagierte Mitwirkung mein aufrichtiger Dank.

Meine geschätzten Kollegen Dr. Claas Friedrich Germelmann, Dr. Andreas Glaser und Dr. Jan Henrik Klement, Frau Richterin Susanne Reichel, Herr cand. iur. Christian Weißenberger sowie in ganz besonderem Maße Herr RiOVG Dr. Klaus Frey haben sich durch die Lektüre wichtiger Ausschnitte dieser Arbeit, durch anregende Diskussion und/oder durch freundschaftliche Hinweise während der Abschlussphase dieser Habilitationsschrift verdient gemacht. Mein Vater Hans-Peter Gärditz hat sich der großen Mühe einer Korrekturlektüre des Manuskripts unterzogen.

Vor allem aber gilt sehr herzlicher Dank meiner lieben Frau, Kyoung-Hee Lee-Gärditz. Sie hat meine Entscheidung, im Herbst 2004 den nicht risikolosen Weg aus der Rechtspraxis zurück in die Wissenschaft zu gehen, mitgetragen, in vielfältiger Weise geduldig unterstützt und hierdurch die Entstehung dieses Buches erst ermöglicht. Gewidmet sei dieses Buch unserem kleinen Sohn Felix.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII
---------------------------------	------

§ 1
Einführung
1

I.	Die Hochschulorganisation in der verwaltungsrechtlichen Systembildung	1
	1. Hochschulorganisation und allgemeines Verwaltungsorganisationsrecht.	7
	2. Hochschulorganisation und Konstitutionalisierung der Verwaltungsorganisation.	8
	3. Hochschulorganisation und föderale Pluralisierung	9
II.	Das Hochschulorganisationsrecht im Spiegel der Hochschulreform	10
	1. Hochschulorganisationsrecht und Verwaltungsreform bis zum HRG	11
	a) Die Nachkriegsentwicklung	12
	b) Die Hochschulorganisation im Spannungsfeld von Revolte und Reform.	14
	c) Das Urteil zum Niedersächsischen Vorschaltgesetz als Zäsur	19
	d) Hochschulgesetzgebung in Zeiten bildungspolitischer Expansion	21
	2. Das Hochschulrahmengesetz	22
	3. Hochschulorganisationsreform im Zeichen von Pluralisierung, Ökonomisierung und Entstaatlichung	23
	a) Das Vierte HRG-Änderungsgesetz: Erste Schritte zur föderalen Pluralisierung im Hochschulorganisationsrecht . . .	23
	b) Die »entfesselte« Hochschule als Leitbild der Hochschulorganisationsreform	24
	c) Hochschulorganisationsrecht und Ökonomisierung	28
	d) Die Hochschulorganisation zwischen Hierarchisierung, Externalisierung und Entstaatlichung.	33

e) Die Föderalismusreform 2006 und die Reföderalisierung des Hochschulorganisationsrechts	37
III. Gang der Untersuchung	40
§ 2	
<i>Verwaltungsorganisationsrecht als Rechtsgebiet</i>	
44	
I. Die historisch begründete Sonderstellung des Organisationsrechts	44
II. Verwaltungsorganisationsrecht und Verwaltungsmodernisierung . .	50
III. Der Gegenstand des Verwaltungsorganisationsrechts	55
1. Organisationsbegriffe	56
2. Organisation als Gegenstand des Verwaltungsrechts	58
3. Verwaltungsorganisationsrecht als bloß instrumentelles Recht? . .	60
4. Das Organ als organisationsrechtlicher Grundbaustein	62
IV. Pluralität und Zurechnung in der Verwaltungsorganisation.	64
1. Die Pluralität der Verwaltungsorganisation	64
2. Rechtsfähigkeit als relationaler Begriff	68
3. Die funktionale Differenzierung von Innen- und Außenrecht. . .	71
4. Verwaltungsorganisationsrecht und Rechtsverhältnisbegriff . . .	76
5. Verwaltungsorganisation und Verantwortung.	78
V. Funktionen des Verwaltungsorganisationsrechts	80
1. Transformations- bzw. Willensbildungsfunktion	81
2. Erkenntnisfunktion.	83
3. Formalisierungsfunktion.	85
4. Kompensationsfunktion	85
5. Interdependenz- und Distanzierungsfunktion	86
6. Legitimationsfunktion	87
7. Grundrechtsschutzfunktion.	88
8. Interessenausgleichsfunktion	89
9. Innovations- und Wissensgenerierungsfunktion	90

§3

*Herausforderungen an eine zeitgemäße Systembildung
im Verwaltungsorganisationsrecht*

95

I.	Organisationsrecht und Leitbilder wissenschaftlicher Verwaltungsrechtsreform	95
	1. Die Autonomie des Rechts als Ausgangspunkt verwaltungsrechtlicher Systembildung	100
	2. Normative Offenheit im Verwaltungsrecht	105
	a) Die kognitive Offenheit im Recht	108
	aa) Die Wirksamkeit von Recht als Rechtsproblem	110
	bb) Kognitive Offenheit im positiven Öffentlichen Recht	111
	cc) Rechtsschutzperspektive und Zeitoffenheit des Rechts	116
	b) Die Brückenfunktion rechtlicher Rezeptionsbegriffe	116
	c) Analytische Funktionen außerrechtlicher Erkenntnisse.	119
	d) Komplexitätsprobleme als Delegationsfragen.	124
	aa) Maßstabergänzung als Instrument gestufter Komplexitätsreduktion und Dynamisierung	126
	bb) Maßstabergänzung als Legitimations- und Kompetenzfrage.	133
	cc) Maßstabergänzung und Kontrolle.	136
	dd) Delegation und Normativierung außerrechtlicher Begriffsgebäude	137
	3. Folgerungen für eine Fortentwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts	141
	a) Die Gesetzgebung als primärer Reformmotor des Verwaltungsrechts.	143
	b) Die Leistungsfähigkeit dogmatischen Verwaltungsrechts.	147
	c) Die begrenzte Verwertbarkeit sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse	155
	d) Die analytische Reservefunktion exogener Begriffsbildung.	158
	e) Sprachliche Inspiration als sanfte Rezeption	161
II.	Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource?	163
	1. Der Steuerungs-begriff und seine Bezugspunkte.	163
	2. Funktionen des Steuerungs-begriffs im Verwaltungsrecht	166
	a) Die negative Dimension: Steuerung als Verlustbegriff.	166
	b) Die positive Dimension: Steuerung und Wirksamkeitsaussagen	169
	c) Das kritische Potential: Steuerung und mittelbare Freiheitsgefährdungen.	173
	3. Inkompatibilität des Steuerungs-begriffs mit Struktur-entscheidungen des positiven Rechts?.	175

4. Die normative Integration des Steuerbegriffs als Zurechnungs- und Rechtsfolgenzusammenhang	179
5. Leistungsgrenzen und Gefährdungspotentiale des Steuerbegriffs	182
III. Adäquanz, Rationalität und Effektivität der Verwaltungsorganisation.	185
1. Ausprägungen des Rationalitätsprinzips im Öffentlichen Recht	188
2. Der Aufgaben- und Funktionsbezug weicher Leitbegriffe	191
3. Prozedurale Rationalität und Gesetzgebung.	192
4. Materielle Rationalitätsanforderungen an die Organisationsgesetzgebung	196
5. Das Effektivitätsprinzip in der Verwaltungsorganisation	200
IV. Governance und Netzwerke als Organisationsäquivalent?	202
1. Governance-Begriff.	203
2. Netzwerkbezug	206
3. Organisationsrechtliche Bewertung	209
a) Herrschaftsdefizit	209
b) Formalitätsdefizit	211
c) Individualisierungsdefizit.	214
d) Zurechnungsdefizit	216
e) Resümee	217
V. Die Ökonomisierung des Verwaltungsorganisationsrechts	218
1. Ökonomik als Referenzwissenschaft für das Verwaltungsorganisationsrecht?	221
a) Die normative Determination der Ökonomisierung.	222
b) Mögliche Erkenntnisinteressen.	223
c) Ökonomische Teleologisierung von Organisationsnormen.	225
f) Personelle Ökonomisierung	226
g) Ökonomik im Verwaltungsorganisationsrecht als Komplexitätsproblem	228
aa) Ökonomische Präferenztypisierung versus rechtliche Differenzierungsgebote	229
bb) Ökonomische Rationalität der Verwaltungsorganisation als politische Aufgabe	231
2. Effizienz als Rationalitätsreserve	233
a) Effizienz als Rechtsbegriff	233
b) Effizienz als formales Rechtsprinzip	236
c) Effizienz als allgemeines Rechtsprinzip?	239
d) Effiziente Verwaltungsorganisation als Rechtsprinzip?	243
3. Ökonomische Rationalität durch Haushaltsrecht	247

4. Wettbewerb als Organisationsprinzip	252
a) Wettbewerb als Verfahren dezentraler Gemeinwohl- konkretisierung	253
b) Unverträglichkeit wettbewerblicher Staatsorganisation mit dem Gemeinwohl?	256
VI. Fazit: Behutsame Fortentwicklung der Dogmenbildung	261
1. Die Kontrollperspektive als Systemmittelpunkt	263
2. Die Notwendigkeit aufgabenbezogener Ergänzungen	265
3. Die systembildenden Leistungen des Besonderen Verwaltungs- rechts	267
4. Renormativierung und Redogmatisierung der Reformdiskussion als Chance	269
5. Konsequenzen für den Fortgang der Untersuchung	271

§ 4

*Wissenschaftsfreiheit und Hochschulselbstverwaltungsgarantien
als verfassungsrechtliche Grundlagen
des Hochschulorganisationsrechts*

I. Die Hochschulorganisation im Spiegel der Verfassungs- rechtsprechung	274
II. Der Vorrang der individual-abwehrrechtlichen Grundrechts- dimension	283
1. Der Selbststand grundrechtlicher Freiheitsverbürgung.	286
2. Selbstzwecksetzung grundrechtlicher Freiheitsverwirklichung . .	288
3. Organisierte Wissenschaftsfreiheit zwischen Staat und Gesellschaft	292
III. Das Individualgrundrecht der Wissenschaftsfreiheit und die Hochschulorganisation	299
1. Der verfassungsrechtliche Wissenschaftsbegriff.	300
a) Wahrheit als wissenschaftliches Erkenntnisziel?	300
b) Die Methodenabhängigkeit von Wissenschaft	304
2. Organisation und Verfahren als Elemente des Abwehrrechts . . .	307
3. Leistungs- und Teilhabeansprüche auf Bereitstellung von Hochschulorganisation.	309
IV. Objektive und institutionelle Gehalte der Wissenschaftsfreiheit als Grundlagen des Hochschulorganisationsrechts.	312

1. Die Rationalität objektiver Wertentscheidungen	313
2. Keine Verselbstständigung objektiver Garantien	320
a) Gewährleistungsstaatliche Grundrechtsdogmatik als Gefährdung individueller Freiheitsentfaltung	323
b) Die Bezugnahme auf soziale Faktizität als Gefährdung der Autonomie des Rechts.	326
3. Die Konsequenz: Der dienende Charakter objektiver Grundrechtsfunktionen	329
4. Hochschulorganisation als Ausgestaltung im Rahmen der Wissenschaftsfreiheit?	334
5. Die Notwendigkeit arrondierenden Freiheitsschutzes	337
a) Staatliches Hochschulmonopol als Grundlage staatlicher Organisationsverantwortung?	338
b) Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren.	340
c) Die Bestimmung adäquater Organisationsformen	347
aa) Institutionelle Garantie tradierter Hochschul- organisation?	349
bb) Rezeption organisationstheoretischer Erkenntnisse über autopoietische Organisationsleistungen der scientific community?	353
cc) Wissenschaftsadäquanz als Stabilisator von Freiheitsbereichen.	358
dd) Entlastung durch Beobachtungs- und Anpassungs- pflichten des Gesetzgebers?	362
ee) Organisationsrechtliche Dimension der Wissenschafts- freiheit als Kompetenzanmaßung der Judikative?	364
6. Grundrechtsfähigkeit der Universität und ihrer organisatorischen Untergliederungen	370
a) Allgemeine Voraussetzungen der Grundrechtsfähigkeit	371
b) Die relative Reichweite universitären Grundrechtsschutzes	375
c) Grundrechtsfähigkeit von Untergliederungen	377
7. Grundrechtliche Selbstverwaltungsgarantie?	380
V. Die institutionelle Gewährleistung akademischer Selbstverwaltung in den Landesverfassungen	384
1. Komplementärcharakter der Selbstverwaltungsgarantien	387
2. Selbstverwaltungsgarantien zwischen vorverfassungsrechtlichem Gesamtbild und Optimierungsgebot	389
3. Die Inhalte der Selbstverwaltungsgarantie.	392
a) Hochschulen als staatsferne Einrichtungen.	393
b) Satzungsgewalt.	393
c) Kooptationsrecht?	396
d) Hochschulfinanzautonomie?.	397

e) Die organisationsrechtliche Bedeutung landesverfassungsrechtlicher Staatlichkeitsklauseln	398
4. Die Bedeutung des Selbstverwaltungsrechts für die Binnenorganisation	400
VI. Akademische Entscheidungslegitimation	402
1. Legitimationsbedürftigkeit	405
2. Das Legitimationsniveau	409
a) Allgemeines	409
b) Organbesetzung und Mehrheiten als Frage des Legitimationsniveaus	411
3. Zurechnungsklarheit	413
4. Partizipationsrechte von Studierenden und Hochschulpersonal . .	416
5. Der organisationsrechtliche Schutz der Hochschule vor einer Übertragung nichtakademischer Aufgaben	421
VII. Einheit von Forschung und Lehre als verfassungsrechtliches Organisationsprinzip	422
VIII. Vorbehalt des Gesetzes und Hochschulorganisation	425
IX. Europäische Wissenschaftsfreiheit als Determinante der Hochschulorganisation?	432
1. Der Schutz der Wissenschaftsfreiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention	432
2. Der Schutz der Wissenschaftsfreiheit im Gemeinschaftsrecht . . .	433

§ 5

Grundbausteine der Hochschulbinnenorganisation

439

I. Allgemeines	439
1. Individuelle Freiheitsentfaltung als Bezugspunkt der Hochschulorganisation	439
2. Kohärenz als Forderung einer wissenschaftsadäquaten Hochschulorganisation	441
3. Adäquanz in der Zeit als Forderung wissenschaftsadäquater Hochschulorganisation	442
II. Hochschulorganisationsprinzipien	444
1. Das personalisierte Amtsprinzip	444
2. Das Repräsentationsprinzip	447
a) Hochschulorganisation als Binnendemokratie?	447

b)	Pluralistische Erkenntnisverfahren	449
c)	Repräsentation als Legitimationsmodell	453
aa)	Repräsentation als formales Prinzip	454
bb)	Repräsentation und Freiheitlichkeit.	454
cc)	Die Offenheit des Repräsentationssubjekts	456
dd)	Repräsentation im Hochschulorganisationsrecht	458
d)	Organisationsrechtliche Differenzierungsgebote	461
e)	Repräsentationsprinzip und konkrete Entscheidungsmehrheiten	464
3.	Das Kollegialprinzip	467
a)	Funktionen des Kollegialprinzips in der Hochschulorganisation	467
aa)	Kollegialprinzip und Repräsentation	467
bb)	Kollegialprinzip und Wissensgenerierung	468
cc)	Kollegialprinzip und Freiheitsschutz durch rationales Verfahren	469
dd)	Kollegialprinzip und Kontrolle	471
ee)	Kollegialprinzip und Delegation von Entscheidungsmacht	473
b)	Die verfassungsrechtliche Fundierung des Kollegialprinzips	474
4.	Das Fachprinzip.	478
a)	Fachlichkeit als Bestandteil des akademischen Legitimationsniveaus	478
b)	Ausprägungen des Fachprinzips in der Hochschulorganisation	483
aa)	Fachlichkeit zwischen Hochschule und Staat	483
bb)	Fachlichkeit innerhalb der Hochschule.	485
cc)	Fakultäten und Fachbereiche als Ausprägung disziplinärer Hochschulorganisation.	488
5.	Das Prinzip der Selbstorganschaft	491
a)	Selbstorganschaft und formaler Grundrechtsschutz.	493
b)	Selbstorganschaft und Legitimation	495
c)	Selbstorganschaft und Wahlprinzip	496
aa)	Begründung und Inhalt des Wahlprinzips	496
bb)	Wahlprinzip als Auswahlprinzip	497
cc)	Besonderheiten der Wahl der Hochschulleitung.	498
6.	Das Kontrollprinzip	500
7.	Ökonomische Rationalität als Prinzip moderner Hochschulorganisation?	504
a)	Ökonomische Rationalität und Wissenschaftsadäquanz	505
aa)	Hochschulökonomisierung als Phänomen der Publizifizierung.	505
bb)	Gesellschaftliche Nützlichkeit und freie Wissenschaft	506
cc)	Ökonomische Präferenzstabilität und freie Wissenschaft	511
b)	Das Wettbewerbsprinzip im Hochschulorganisationsrecht	515

aa)	Die Entfaltung von Wettbewerb im Wissenschaftssystem	516
bb)	Verfassungsrechtliche Grenzen des Wettbewerbs in der Hochschulorganisation.	518
c)	Der Testfall: Evaluierung und Hochschulorganisation	520
III.	Staatliche Ingerenzen in der Hochschulorganisation.	525
IV.	Eine Typologie der Hochschulorgane	527
1.	Die Gliederung der Organisationsstruktur in Zentral- und Fachebene.	528
a)	Zentralebene	528
b)	Fachebene.	530
2.	Die Organisationsstruktur innerhalb von Zentral- und Fachebene	533
a)	Allgemeines (Interorganbeziehungen, Rechtsschutz)	533
b)	Kollegiale Repräsentationsorgane als Basisorgane	535
c)	Leistungs- und Vollzugsorgane	536
aa)	Hochschulleitung als funktional vielschichtige Kategorie .	536
bb)	Hochschulleitung als Selbstverwaltungsaufgabe ohne Grundrechtsschutz	539
cc)	Der Kanzler als Leiter der Verwaltung	540
d)	Konsultativorgane	544
e)	Hochschulräte	545
f)	Lehrstuhl und Professur als Organisationseinheiten	550
g)	Partikuläre Kontrastorganisation	551
V.	Die äußeren Organisationsformen der Hochschule	553
1.	Freiheit und Bindung organisationsrechtlicher Formenwahl.	554
2.	Die Körperschaft als Grundmodell	555
3.	Die Integration anstaltlicher Elemente	557
4.	Die Stiftungshochschule	561
a)	Allgemeine Charakteristika öffentlich-rechtlicher Stiftungen .	562
b)	Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Stiftungsorganisation	565
c)	Bewertung des Stiftungsmodells als Typus der Hochschulorganisation	571
5.	Privatrechtliche Organisationsformen staatlicher Hochschulen . .	572
6.	Ausgliederung von Teileinheiten und institutionalisierte Kooperation	578
VI.	Haushalts- und Dienstrecht in der Hochschulorganisation	581
1.	Das Haushaltsrecht	581
2.	Das Dienstrecht	585

§ 6

Sonderfragen des Hochschulbinnenorganisationsrechts

587

I.	Das Organisationsrecht der Hochschulklinika	587
	1. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Besonderheiten der Hochschulorganisation.	588
	2. Organisationsrechtliche Grundstrukturen der Hochschulmedizin	590
	3. Das hochschulmedizinrechtliche Kooperationsprinzip.	593
II.	Das Organisationsrecht theologischer Fakultäten	595
	1. Theologische Fakultäten als wissenschaftliche Einrichtungen im säkularen Staat.	596
	2. Theologische Fakultäten als organisationsrechtliche Gliederungen staatlicher Hochschulen	600
	3. Kirchliche Ingerenzen als organisationsrechtliches Problem.	601
	4. Die Mitwirkung einer Religionsgemeinschaft an der Konstituierung theologischer Fakultäten.	608
	5. Islamische Theologie an staatlichen Hochschulen?	609
III.	Das Organisationsrecht der Fachhochschulen	612
IV.	Das Organisationsrecht der Kunsthochschulen.	615

§ 7

Schlussbetrachtung: Hochschulorganisationsrecht als Referenzgebiet verwaltungsrechtlicher Systembildung?

619

I.	Allgemeines und Besonderes im Hochschulorganisationsrecht.	619
II.	Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts und Hochschulorganisation.	623
	1. Die Verklammerung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht in der Hochschulorganisation	623
	2. Das Hochschulorganisationsrecht am Scheideweg zwischen rechts- und gewährleistungsstaatlicher Grundrechtsdogmatik	626
	Literatur	631
	Sachregister	719

Abkürzungsverzeichnis

AbfallR	Abfallrecht
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
ABIEU	Amtsblatt der Europäischen Union
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AfkKR	Archiv für katholisches Kirchenrecht
AfP	Archiv für Presserecht
AktG	Aktiengesetz
AMG	Arzneimittelgesetz
AnnDR	Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte (Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament)
ArbNErfG	Arbeitnehmererfindungsgesetz
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AS	Amtliche Sammlung des OVG Rheinland-Pfalz
AtG	Atomgesetz
AVR	Archiv des Völkerrechts
BAK	Bundesassistentenkonferenz
BaWüGemO	Gemeindeordnung Baden-Württemberg
BaWüHSchG	Hochschulgesetz Baden-Württemberg
BaWüStGH	Staatsgerichtshof Baden-Württemberg
BaWüUKG	Universitätsklinikgesetz Baden-Württemberg
BaWüVGH	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
BayGDVG	Bayerisches Gesundheitsdienst- und Verbraucherschutzgesetz
BayGemO	Bayerische Gemeindeordnung
BayGlG	Bayerisches Gleichstellungsgesetz
BayHLeistBV	Bayerische Hochschulleistungsbezügeverordnung
BayHSchG	Bayerisches Hochschulgesetz
BayHSchPG	Bayerisches Hochschulpersonalgesetz
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayUniKlinG	Bayerisches Universitätsklinikgesetz
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGHE	Amtliche Sammlung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebs-Berater
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz
BBodSchG	Bundesbodenschutzgesetz

BerlVerfGH	Berliner Verfassungsgerichtshof
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGleiG	Bundesgleichstellungsgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BJagdG	Bundesjagdgesetz
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BNetzAG	Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
BPfIV	Bundespflegesatzverordnung
BremHSchG	Bremisches Hochschulgesetz
BT-Drs.	Bundestags-Drucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfG-K	Bundesverfassungsgericht (Kammerentscheidung)
BVerfG und GG I/II	<i>Starck, Christian</i> (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band I/II, Tübingen 1976.
ChE	Verfassungsentwurf des Herrenchiemseer Konvents
ChemG	Chemikaliengesetz
ChiuZ	Chemie in unserer Zeit
ChVN	Charta der Vereinten Nationen
CMLRev	Common Market Law Review
DJT	Deutscher Juristentag
DNH	Die Neue Hochschule
DÖD	Der Öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richter-Zeitung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
DuR	Demokratie und Recht
DUZ	Deutsche-Universitätszeitung
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ElektroG	Elektro- und Elektronikgerätegesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EnEG	Energieeinsparungsgesetz
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz

Epistemologia	Epistemologia: rivista italiana di filosofia della scienza
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FGO	Finanzgerichtsordnung
Festg.	Festgabe
Festschr.	Festschrift
FuL	Forschung und Lehre
Gedächtnisschr.	Gedächtnisschrift
GenG	Genossenschaftsgesetz
GenTG	Gentechnikgesetz
GewA	Gewerbearchiv
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GPSG	Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Rechtsprechungsreport
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts, hrsg. von <i>Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle</i>
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HessGVBl.	Hessisches Gesetz- und Verordnungsblatt
HessStGH	Hessische Staatsgerichtshof
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HFG NRW	Hochschulfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen
HGB	Handesgesetzbuch
HGR	Handbuch der Grundrechte, hrsg. von <i>Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier</i>
HGrG	Haushaltsgrundsätze-gesetz
HmbHSchG	Hamburgisches Hochschulgesetz
Hrsg.	Herausgeber
HStR	Handbuch des Staatsrechts, hrsg. von <i>Josef Isensee/Paul Kirchhof</i>
HSW	Hochschulwesen
HWissR I/II	<i>Flämig, Christian/Kimminich, Otto/Krüger, Hartmut/Meusel, Ernst-Joachim/Rupp, Hans Heinrich/Scheven, Dieter/Schuster, Hermann Josef/Graf Stenbock-Fermor, Friedrich</i> (Hrsg.): Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl. Berlin u. a. 1996, Band 1/ Band 2

XX

Abkürzungsverzeichnis

IFG	Informationsfreiheitsgesetz des Bundes
IPE	Handbuch Ius Publicum Europaeum, herausgegeben von <i>Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber</i>
IR	Infrastrukturrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbStVwW	Jahrbuch der Staats- und Verwaltungswissenschaften
JbUG	Jahrbuch für Universitätsgeschichte
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JKulturP	Jahrbuch für Kulturpolitik
JR	Juristische Rundschau
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JuSchG	Jugendschutzgesetz
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
KMK-HSchR	Veröffentlichungen der Kultusministerkonferenz – Informationen zum Hochschulrecht
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KStZ	Kommunale Steuerzeitschrift
KUR	Kunst und Recht
Kyklos	Kyklos – Internationale Zeitschrift für Sozialwissenschaften
K & R	Kommunikation und Recht
LKRZ	Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen Rheinland-Pfalz Saarland
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LSAHMG	Hochschulmedizingesetz des Landes Sachsen-Anhalt
LSAHSchG	Hochschulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt
MedR	Medizinrecht
MittHV	Mitteilungen des Hochschulverbandes
Mitt.	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MThZ	Münchener theologische Zeitschrift – Vierteljahresschrift für das Gesamtgebiet der katholischen Theologie
MVHSchG	Hochschulgesetz Mecklenburg-Vorpommern
m. (zahlr.) w. Nachw.	mit (zahlreichen) weiteren Nachweisen
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NordÖR	Norddeutsches Öffentliches Recht
NRWGemO	Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen

NRWKunstHG	Gesetz über die Kunsthochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (2008)
NRWHSchG	Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen
NRWStBAG	Studienbeitrags- und Hochschulabgabengesetz Nordrhein-Westfalen
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport
NWVBl.	Nordrhein-westfälische Verwaltungsblätter
NWVerfGH	Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
N&R	Netzwirtschaften und Recht
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
östBVG	Österreichisches Bundesverfassungsgesetz
östStGG	österreichisches Staatsgrundgesetz (Staatsgrundgesetz v. 21.12.1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder)
ÖStVfGH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Amtliche Entscheidungssammlung der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg
OVG RhPf	Oberverwaltungsgericht des Landes Rheinland-Pfalz
PersV	Die Personalvertretung
PostG	Postgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RdJB	Recht der Jugend und der Bildung
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RhPfHSchG	Hochschulgesetz Rheinland-Pfalz
RhPfVerfGH	Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJ	Rechtshistorisches Journal
RuF	Rundfunk und Fernsehen
RuP	Recht und Politik
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
SchlHHSchG	Hochschulgesetz Schleswig-Holstein
SächsHSchG	Sächsisches Hochschulgesetz
StGH BaWü	Staatsgerichtshof Baden-Württemberg
StrSchV	Strahlenschutzverordnung
StuW	Steuern und Wirtschaft
StrVG	Strahlenschutzvorsorgegesetz
StWStP	Staatswissenschaften und Staatspraxis

ThQ	Theologische Quartalschrift
ThürHSchG	Thüringer Hochschulgesetz
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter
TKG	Telekommunikationsgesetz
UGB Ref-E 2008	Umweltgesetzbuch Referentenentwurf 2008
UTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
UVPG	Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz
VBIBW	Baden-Württembergische Verwaltungsblätter
VR	Verwaltungsrundschau
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVE	Vertrag über eine Verfassung für Europa
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WissR	Wissenschaftsrecht
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WuV	Wirtschaft und Verwaltung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb (Entscheidungssammlung)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZgStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht – Austrian Journal for Public and International Law
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZphF	Zeitschrift für philosophische Forschung
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPol	Zeitschrift für Politikwissenschaft
ZRG Kan. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRPh	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZRVgl	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZSt	Zeitschrift für das Stiftungswesen
ZThK	Zeitschrift für Theologie und Kirche

ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

§ 1 Einführung

I. Die Hochschulorganisation in der verwaltungsrechtlichen Systembildung

Hochschul- und Hochschulorganisationsrecht befinden sich in einer Phase tiefgreifenden Umbruchs. Reformprozesse im Hochschulwesen sind gleichermaßen allgegenwärtig wie facettenreich und gewinnen, befördert durch die föderale Pluralisierung und rechtliche Flexibilisierung, an Dynamik. Bei der angestoßenen Neuformierung der Organisationsstrukturen in der deutschen Hochschullandschaft handelt es sich nicht um nur ephemere Erscheinungen, sondern um strukturelle Verschiebungen in der Gesamttektonik. Prozesse einer fortschreitenden Ökonomisierung der Hochschulen und ein schleichender Rückzug des Staates in unterschiedlichen Formen aus der Hochschulorganisation haben einen Grad der Verstetigung erreicht, der zur Einschätzung veranlasste, die deutsche Hochschule stehe vor einem historischen Paradigmenwechsel, der sich als Abkehr vom traditionsreichen idealistischen Bildungskonzept der Universität erweisen könne¹. Ein grundlegender »Funktionswandel der Selbstverwaltung« gleichermaßen zum Nachteil individueller Wissenschaftsfreiheitsentfaltung wie tradierter kollegialer Hochschulstrukturen wird beklagt². Die oftmals einem wechselnden Zeitgeist verhaftet bleibenden³, bisweilen von hektischem Aktionismus getrieben scheinenden Reformwellen, die über das Hochschulsystem hereinbrechen, lassen vielfach die unverzichtbare innere Kohärenz und systematische Konsequenz vermissen. Das Hochschulorganisationsrecht droht in ein diffuses Agglomerat bereichsspezifischer Sonderentwicklungen abzudriften und damit zugleich den Anschluss an die verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskurszusammenhänge zu verlieren bzw. unkritisch steuerungstheoretische oder ökonomische Modelle zu übernehmen, ohne zuvor deren Verträglichkeit mit den Anforderungen grundrechtlich geschützter Freiheitsentfaltung des Einzelnen in Forschung und Lehre zu hinterfragen. Vonnöten sind daher heute mehr denn je eine dogmatische Strukturierung des Hochschulorganisationsrechts und seine Integration in die allgemeine verwaltungsrechtliche Systembildung.

¹ W. Kahl, Hochschule und Staat, S. 114f.; in eine ähnliche Richtung kritisch ferner C. D. Classen, in: Festschr. f. Thomas Oppermann, S. 857 (869f.); W. Hoffacker, WissR 36 (2003), 92 (103).

² P. M. Huber, Staat und Wissenschaft, S. 14 ff.

³ Vgl. W. Kahl, Hochschule und Staat, S. 116.

Das juristische System bezeichnet dabei »den inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer Einheit verknüpft«⁴. Hier soll keiner idealisierenden Vorstellung von einer »Einheit und Ordnung« des rechtlichen Systems⁵ das Wort geredet werden. Der dogmatisch arbeitende Jurist sieht sich fortwährend mit Systemlücken und -brüchen des positiven Rechts konfrontiert⁶. Angesichts der Fragmentierung, Flüchtigkeit und überstaatlichen Überformung des geltenden Rechts sowie der häufigen (letztlich oft unvermeidlichen) Reflexionsabstinenz punktueller Maßnahmegesetzgebung lässt sich gerade das Verwaltungsrecht nur begrenzt in materialisierte Einheitsbilder zwingen⁷. Nicht zuletzt die übergreifende Kodifikationsdiskussion hat gerade dies noch einmal verdeutlicht⁸. Ungeachtet dessen bildet die innere Systematisierung aber weiterhin das Rückgrat dogmatischer Verwaltungsrechtswissenschaft⁹. Ein »System der einzelnen Rechtsinstitute«¹⁰ ist zum wesentlichen Teil originäre Eigenleistung der Wissenschaft. Verwaltungsrechtswissenschaftliche Systematik ist kein statisches Gebäude, das seine Rechtfertigung aus sich selbst oder einer imperativen Geltungsanordnung bezieht. Systematik ist in diesem Sinne weniger vorgegeben denn aufgegeben¹¹: Die Rechtswissenschaft hat ihr System durch Konstruktion¹² erst herzustellen und ist daher ein Vorgang »fortgesetzter Reflexion«, fortwährender Selbstvergewisserung und inhaltlicher Reproduktion¹³. Auftrag der Verwaltungsrechtswissenschaft ist keine bloße System*beschreibung*, sondern eine fortgesetzte, stets unvollendete und zur Selbstkorrektur fähige System*bildung*. System ist mit anderen Worten nicht ein zu erkennender Gegenstand, der dem vorgefundenen positiven Recht bereits innewohnt, sondern das methodisch erst Herzustellende. Verwaltungsrechtliche Systemidee und verwaltungsrechtswissenschaftlicher Forschungsauftrag sind hierdurch untrennbar miteinander verbunden.

⁴ F. K. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts I, S. 214.

⁵ O. Bachof, VVDStRL 30 (1972), 193 (224).

⁶ Vgl. nur C.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff, 2. Aufl., S. 111.

⁷ Frühzeitig kritisch E. Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 52. Vgl. jüngst prononciert auch M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., S. 82 f.

⁸ Siehe nur W. Kahl, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 67 (98 ff.).

⁹ Vgl. T. von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, S. 25, 27 ff.; F. Schoch, in: H. Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre als Wissenschaft, S. 177 (191 f.); G. Winkler, in: F. Ermarcora/ders./F. Koja/H. P. Rill/B.-C. Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 3 (14). Bereits der Begriff des Verwaltungsrechts (stellvertretend D. Ehlers, in: H.-U. Erichsen/ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., § 3, Rn. 1 ff.; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., S. 13 ff.) ist Produkt einer wissenschaftlichen Systematisierungsleistung.

¹⁰ O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., S. 21.

¹¹ Vgl. C.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff, 2. Aufl., S. 106.

¹² Historisch gesehen wurden die konstruktiven Eigenleistungen der Wissenschaft bei der Systembildung noch stärker betont. Vgl. K. Quensel/H. Treiber, Rechtstheorie 33 (2002), 91 (116 f.); T. Vesting, Rechtstheorie, Rn. 86, 90.

¹³ E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl., S. 2.

Auf diese wissenschaftlichen Eigenleistungen ist die Rechtsdogmatik auch dann angewiesen, wenn man die institutionelle, organisatorische und prozedurale Zersplitterung einer in ihrem hierarchischen Stufenbau vielschichtigen Rechtsordnung vor Augen hat¹⁴. Inhaltliche Diversifikation, Akteursvielfalt, materiale Systemabstizienz moderner Gesetzgebung und komplexe Verzahnung der Regelungsebenen zwingen nachgerade dazu, das Dickicht des differenzierten positiven Rechts wissenschaftlich zu systematisieren, um vorgefundene Komplexität handhabbar zu machen sowie das mit der Pluralität der Akteure im Öffentlichen Recht verbundene Zufallselement in der Rechtsanwendung zu reduzieren. Hauptanwendungsfelder rechtlicher Systembildung liegen dabei nicht in erster Linie in der Durchdringung großer Kodifikationen, die ihrerseits in der Regel bereits das politische Produkt vorausgegangener Systematisierungsleistungen und daher in tendenziell geringerem Maße auf zusätzliche wissenschaftliche Systematisierungsleistungen angewiesen sind, sondern in der Bewältigung von Rechtszersplitterung, Punktualität von Rechtserzeugung und -betrachtung sowie sektoraler Konturenarmut durch wissenschaftliche Herausbildung übergreifender Ordnungsmuster. Zentrale Bedeutung hat hierbei die hierarchische Systemprägung durch höherrangiges Recht (Art. 20 Abs. 3 GG)¹⁵, vorrangig durch die Verfassung, aber auch das europäische und internationale Recht. Auch wenn sich Rechtsinhalte in einer institutionell differenzierten und gestuften Rechtsordnung innerhalb der rechtsimmanenten Grenzen (Bindung an das höherrangige Recht) kontingent bestimmen lassen, werden sie sich zudem schon aus praktischen Gründen, die aus den zu lösenden Sachproblemen und ihrer spezifischen Wahrnehmung in der Zeit herrühren, im Regelfall nicht beliebig auseinanderentwickeln, sondern von zahlreichen Gemeinsamkeiten geprägt sein, die eine systematische Rechtswissenschaft aufzeigen kann und muss. Gesetzgeber mögen auf parallele Problemlagen politisch unterschiedlich reagieren. Dann lassen sich aber unterschiedliche Regelungskonzepte zueinander in Relation setzen, mit anderen Worten systematisieren, ohne das hieraus entstehende System im Sinne auch materialer Einheit zu hypostasieren.

Systembildung im Verwaltungsrecht erfüllt vor diesem Hintergrund unterschiedliche Funktionen¹⁶: Sie dient der Entlastung der *Rechtspraxis*, indem sie fortwährend ähnliche Rechtsfragen von ihrem Fallbezug löst, auf eine abstraktere Ebene hebt und dadurch allgemeine rechtsstaatliche Konturen erzeugt¹⁷, die der administrativen Fallanwendung zur Verfügung stehen und die Durchdringung

¹⁴ So der prinzipielle Einwand gegen Systembildung als Ziel rechtswissenschaftlicher Arbeit bei O. Lepsius, in: M. Jestaedt/ders., *Rechtswissenschaftstheorie*, S. 1 (36 ff.).

¹⁵ Vgl. auch C. Bumke, *Relative Rechtswidrigkeit*, S. 250.

¹⁶ Grundlegend E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo*, 2. Aufl., S. 4 ff. Siehe ferner F. Ossenbühl, *Die Verwaltung* 32 (1999), 97; F. Schoch, in: J. Isensee/P. Kirchhof, *HStR III*, § 37, Rn. 121; ders., in: H. Schulze-Fielitz, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, S. 177 (191 f.); R. Stober, in: *Festschr. f. Bartlspenger*, S. 599 (602 f.); in diesem Sinne ferner J. H. Klement, *Verantwortung*, S. 38 f.

¹⁷ Siehe explizit für allgemeine Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts F. Ossenbühl, in: *Festg. 50 Jahre BVerwG*, S. 289 (291 ff.).

des Rechtsstoffs sowie das Entscheiden erleichtern. Systembildung dient durch Bereitstellung allgemeiner Institute und Theorieangebote¹⁸ ferner der *Rechtsdogmatik*, die das bestehende System des Verwaltungsrechts zur Gewinnung abgeleiteter Lehrsätze nutzt, aber auch im Wechselspiel zwischen Behörden, Gerichten und Wissenschaft mitbestimmt sowie kontinuierlich über den Einzelfall hinaus generalisierend fortbildet. Der Systemgedanke nutzt kurzum »die Speicher- und Entlastungswirkung für die praktische Entscheidungsfindung und für die theoretische Stoffvermittlung«¹⁹. Der Systemgedanke, wenn auch nicht die strikt auf das positive Recht bezogene Rechtsdogmatik²⁰, gibt schließlich auch der Rechtspolitik »Konsistenzmaßstäbe«²¹, Halt und Orientierung bei der systematischen Fortentwicklung des geltenden Rechts²², indem politischen Entscheidungen ein allgemeines Ordnungssystem als Projektionsfläche für Neuerungen zur Verfügung gestellt wird, aber auch die Rechtswissenschaft über die Interpretation des geltenden Rechts hinaus auf Systembrüche oder Fehlentwicklungen im normativen Bezugssystem hinweist. Rechtswissenschaft betreibt dann Rechtspolitik mit wissenschaftlichem Anspruch²³.

Der Systemgedanke im Verwaltungsrecht ist Ausdruck übergreifender Einheitsbildung. Er zielt daher unausweichlich auf Abstraktion, Generalisierung und damit das verbindende Allgemeine, das sich vom Detailreichtum besonderer Fachrechtsdogmatik abhebt. Dennoch ist das Besondere Verwaltungsrecht²⁴ mehr als ein bloßer Rezipient allgemeiner Institute, Dogmen und Deutungsversuche. Es ist auch Quelle der *Referenzgebiete*, die ihre prägenden Abdrücke im verwaltungsrechtlichen System hinterlassen. Referenzgebiete sind solche Bereiche des Besonderen Verwaltungsrechts, die modellbildend das Material und die Beispiele für systembildende Aussagen des Allgemeinen Verwaltungsrechts bereitstellen²⁵. Identifikation, Analyse und Integration geeigneter Referenzgebiete in das dogmatische System des Verwaltungsrechts sind entscheidende Aufgaben moderner Ver-

¹⁸ Vgl. auch W. Brohm, VVDStRL 30 (1972), 245 (246).

¹⁹ E. Schmidt-Aßmann, VBlBW 1988, 381 (382).

²⁰ W. Brohm, VVDStRL 30 (1972), 245 (251 f.); M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., S. 81 ff.; M. Pöcker, Rechtslehre 37 (2006), 151 (155 f., mit einem Gegenmodell 166 ff.); B. Schlink, JZ 2007, 157 (162); H. Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 524 f.

²¹ H. Schulze-Fielitz, in: ders., Staatsrechtslehre als Wissenschaft, S. 11 (20).

²² C.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff, 2. Aufl., S. 97 f.; E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., S. 5. Siehe bereits F. K. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts I, S. 214. Zum (praktisch nicht seltenen) Fall einer Nachführung der Gesetzgebung gegenüber systematischer richterlicher Dogmenbildung siehe F. Ossenhühl, in: Festg. 50 Jahre BVerwG, S. 289 (296).

²³ Vgl. M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., S. 87; C. Möllers, in: M. Jestaedt/O. Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie, S. 151 (163).

²⁴ Zum Begriff D. Ehlers, in: H.-U. Erichsen/ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., § 3, Rn. 9, der hierunter »das Recht der einzelnen Tätigkeitsbereiche der Verwaltung« fasst.

²⁵ Grundlegend E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., S. 8.

waltungsrechtswissenschaft²⁶. Auch bereichsspezifische Sonderentwicklungen lassen sich hierdurch transparent und leichter erklärbar machen²⁷, können aber gerade auch durch Kontrastierung zur Vergewisserung über allgemeine Dogmen beitragen. Referenzgebiete erbringen für eine systematische Verwaltungsrechtswissenschaft unverzichtbare Leistungen, allgemeine verwaltungsrechtliche Dogmen anhand konkreter Verwaltungszwecke zu erproben und mit der Verwaltungspraxis zu konfrontieren²⁸.

Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht stehen daher in einer ständigen osmotischen Austauschbeziehung²⁹, die den Blick zwischen abstrakter Systementscheidung und konkreten Verwaltungsaufgaben³⁰, wissenschaftlicher Dogmenbildung und Fallpraxis, Generalisierung und Spezifizierung³¹ hin und her wandern lässt. Auch soweit das Besondere Verwaltungsrecht bereichsspezifische Dogmatiken ausgeformt hat, müssen sich diese einerseits gegenüber »der Idee des Allgemeinen rechtfertigen«³², schon um angesichts des zentrifugal wirkenden Bemühens, flüchtige »Regelungsgegenstände problemadäquat und sachnah zu erfassen«, auch den »Risiken übermäßiger Heterogenität« entgegenzuwirken³³. Wenn allgemeine Lehren der »Disziplinierung von Sonderinteressen« dienen³⁴, so ist es andererseits das besondere Fachrecht, das die allgemeine Dogmenbildung vor einer hypertrophen Abstraktion und Übertheoretisierung bewahren sowie einer schleichenden Ablösung verwaltungsrechtswissenschaftlicher Diskurse vom positiven Recht entgegensteuern muss. Die Formung abstrakter verwaltungsrechtlicher Aussagen zu einem operablen dogmatischen System ist ein Prozess fortwährender Konkretisierung unter dem Einfluss fallbezogen verfügbar werdender Konflikte und wechselseitiger Anstöße durch Rechtswissenschaft und Rechtspraxis³⁵. Fallbezogene dogmatische Konkretisierung findet aber vornehmlich im jeweiligen Fachrecht mit seinen problemspezifisch aggregierten Interessenkonflikten und korrespondierenden Lösungsangeboten statt³⁶. Die allgemeinen Begriffe und Institute sind daher einer fortwährenden Überprüfung zu unterziehen und gebebe-

²⁶ E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl., S. 9. Siehe im Anschluss ferner W. Hoffmann-Riem, in: ders./E. Schmidt-Aßmann, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, S. 9 (16); C. Möllers, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, GVwR I, § 3, Rn. 53; M. Schmidt-Preuß, in: Festschr. f. Hartmut Maurer, S. 777 (779); H. Schulze-Fielitz, Die Verwaltung 26 (1994), 277 (278).

²⁷ H. Schulze-Fielitz, Die Verwaltung 26 (1994), 277.

²⁸ E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl., S. 8 f.

²⁹ Vgl. auch M. Schmidt-Preuß, in: Festschr. f. Hartmut Maurer, S. 777 (780 f.).

³⁰ Vgl. R. Wahl, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 177 (180 ff.).

³¹ Vgl. auch C.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff, 2. Aufl., S. 90: »dialektischer Prozeß wechselseitiger Sinnerhellung«.

³² W. Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 225; E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl., S. 10.

³³ M. Schmidt-Preuß, in: Festschr. f. Hartmut Maurer, S. 777.

³⁴ E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl., S. 7.

³⁵ In diesem Sinne R. Breuer, in: Festg. 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, S. 223 (227).

³⁶ Dies betont auch T. Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, S. 103.