

KATHARINA REILING

Der Hybride

*Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht*

25

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 25



Katharina Reiling

Der Hybride

Administrative Wissensorganisation
im privaten Bereich

Mohr Siebeck

Katharina Reiling, geboren 1984; 2009 Erste Juristische Staatsprüfung; dann wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung der Universität Konstanz; 2015 Zweite Juristische Staatsprüfung und Promotion; seit 2015 Habilitandin an der Universität Konstanz.

e-ISBN PDF 978-3-16-154626-6

ISBN 978-3-16-154145-2

ISSN 1867-8912 (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

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

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz hat diese Arbeit im Sommersemester 2014 als Dissertation angenommen.

Mein Doktorvater Prof. Dr. Hans Christian Röhl hat mich, ausgehend von Beobachtungen im Finanzmarktrecht, auf dieses Thema aufmerksam gemacht; er hat mich durch wichtige Denkanstöße und oftmals weiterführende Anmerkungen bei meinem Unterfangen unterstützt, aus einem eigenartigen Phänomen die Rechtsfigur des Hybriden zu entwickeln. Dafür bin ich ihm dankbar. Herrn Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute danke ich nicht nur für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens; seinen Arbeiten zu den Kategorien Wissen und Verwaltungsorganisation konnte ich auch wertvolle Anregungen für meine Dissertation entnehmen. Dank gebührt schließlich meiner Familie, meinen Freunden und Kollegen; sie verstehen, wofür.

Konstanz, im September 2015

Katharina Reiling

Inhaltsverzeichnis

<i>Einleitung</i>	1
<i>A. Erkenntnisinteresse und Gang der Arbeit</i>	1
<i>B. Wissen als Forschungsperspektive</i>	4
<i>C. Zur Methodik juristischer Wissensforschung</i>	8
I. Ausgangspunkt: Pluralität der Methoden	9
1. Wissenschaftstheoretische Betrachtung	9
2. Juristische Methodik	10
II. Methodische Elemente im Einzelnen	11
1. Interdisziplinarität	11
a) Ebenen interdisziplinärer Wissensforschung:	
Wissen und Institutionen	11
b) Rezeptionstheorie	13
2. Rechtsvergleichung im weiteren Sinne	14
3. Aufwertung der Verwaltungspraxis	15
 <i>Teil I: Grundlagen</i>	 17
<i>A. Der Hybride – Phänomen und Begriff</i>	17
I. Hybride in a nutshell	17
II. Hybridität als Chiffre für Grenzverwischungen	20
III. Zwischenergebnis: Hybride als neuartiger Entgrenzungstatbestand	24
 <i>B. Organisations- und Kommunikationsstrukturen der Wissensgenerierung</i>	 25
I. Hergebrachte Ordnungsmuster	26
1. Gesetzlicher Befund: Dualismus von privater und öffentlicher Sphäre	26
a) Verwaltung als Teil organisierter Staatlichkeit	26
b) Kommunikative Abschottung von Verwaltung und Bürger	27

2. Ausgangspunkt: Das Modell entscheidungsbezogener Wissensgenerierung	28
a) Exemplarisch: Das Gefahrenabwehrrecht	28
b) Grundannahme: Das gemeinsame Wissen	30
3. Erweiterungen des Paradigmas	31
a) Gefahrenverdacht und Gefahrerforschungseingriff als Grenzerscheinungen	32
b) Die klassische Wirtschaftsaufsicht und das Informationsproblem	34
4. Zwischenergebnis: Privatorganisation als Black Box	35
II. Transzendenz im Risikorecht	36
1. Risikoverwaltung: Mischform staatlich-gesellschaftlicher Verwaltung	36
2. Wissensgenerierung als neuartige Verwaltungsaufgabe	37
3. Risikovororge als Leitbegriff für den Paradigmenwechsel	41
a) Bestandsaufnahme	42
b) Kritik: Zur Emanzipation der Risikovororge von der Gefahrenabwehr	43
III. Organisationstheoretische Erkenntnisse und verfassungsrechtliche Vorgaben	45
<i>C. Die Wissensdefizite der Risikoverwaltung unter der Lupe</i>	<i>47</i>
I. Ausgangsbefund: Risiko als Verlust gemeinsamen Wissens	48
1. Nationale Diskussion	48
2. Risikobegriff im Europarecht	50
3. Abgrenzung: Innovations- und Personenrisiken	51
II. Grundproblematik: Die Wissenshoheit des Risikoakteurs (Organisationswissen)	53
1. Organisation als Wissenssystem: Diskussion in den Organisationswissenschaften	56
2. Antonym: Umweltwissen	58
a) Umweltwissen als organisationsübergreifendes Wissen	58
b) Beispiele	58
3. Verhältnis von Organisations- und Umweltwissen: Keine verräumlichende Abgrenzung	60
III. Die Invisibilität von Organisationswissen	61
1. Wissensbarrieren	62
a) Wissensproduktion	63
b) Wissenszugang	64
c) Verwaltung als Outsider	65
2. Keine Lösung durch Anreizregulierung	65
IV. Organisationswissen und das Lernpotential von Organisationen	68

V. Zwischenergebnis: Risikoverwaltung zwischen Anspruch und Überforderung	69
<i>D. Resümee: Keine Übernahme überkommener Kategorien</i>	70
<i>Teil 2: Die Einzelphänomene</i>	74
<i>A. Rechtssystematische Betrachtung: Zu den Referenzgebieten</i>	74
I. Umwelt- und Gesundheitsrecht als klassische Materien des Risikorechts	74
II. Das Beispiel des Finanzmarktrechts: Dienstleistungen als Risiko	76
<i>B. Der kerntechnische Sicherheitsbeauftragte</i>	78
I. Kerntechnologie als bleibende Herausforderung	79
II. Atomphysikalischer Hintergrund: Grundprinzip der Kernspaltung	80
III. Nukleare Risikoregulierung: Die verschiedenen Risikobereiche	82
1. Nutzungs- und Missbrauchsrisiken: Das Wissensthema als ein Segment des Nuklearrisikos	82
2. Risikostufungen: Kernreaktor im Zentrum des nuklearen Brennstoffkreislaufs	83
3. Umwelt- und Anlagenüberwachung: Umwelt- und Organisationswissen	84
IV. Wissensgenerierung als Aufgabe der Atomaufsicht	87
1. Anlagengenehmigung als unzulängliche Perspektive	88
a) Das Konzept der gestaffelten Sicherheitsebenen	88
b) Gefahrenabwehrrechtliche Prämissen	90
c) Kernkraftwerk als sicherheitskritisches System: Problem der Prävention in ultrasicheren Organisationen	91
d) Grenzen probabilistischer Sicherheitsanalysen	92
e) Zwischenergebnis: Lernen aus Betriebserfahrungen	93
2. Das System des Erfahrungsrückflusses	93
a) Erfahrungsrückfluss: Ein reziproker Prozess	94
b) Methodik zur Gewinnung von Betriebserfahrungen: Die sog. Ereignisanalyse	95
c) Zwischenergebnis: Atomaufsicht als öffentlich-private Mischverwaltung	96
V. Aufgaben des kerntechnischen Sicherheitsbeauftragten	97
<i>C. Der Stufenplanbeauftragte resp. die Qualified Person for Pharmacovigilance (QPPV)</i>	98
I. Bestandsaufnahme zur pharmabezogenen Risikoversorge	99

1. Sicherheit als zentrale Determinante	99
2. Rubrum für Unsicherheit: Der Begriff der „Unbedenklichkeit“	100
3. Die Überwachungsbereiche	101
II. Das Risikosubstrat Arzneimittel	102
1. Ausgangspunkt: Die Ambivalenz von Pharmaka	102
a) Optimierungsgebot: Schutzzweck zwischen Abwägung und absoluter Sicherheit	103
b) Pharmakologischer Hintergrund	104
2. Erweiterung des Portfolios: Produkt- und Anwendungsrisiken	105
III. Pharmakovigilanz als staatlich-gesellschaftliches Verbundsystem: Rechtlicher Rahmen und Faktizität	107
1. Zum Komplementärverhältnis von Vor- und Nachmarktkontrolle	110
2. Dreh- und Angelpunkt: Die arzneimittelrechtliche Risiko- entscheidung	111
3. Methodische Aspekte: Erkenntnisquellen im Nachmarkt	112
4. Pharmakovigilanz durch die Unternehmen	117
a) Pharmaunternehmen als Wissensakteure	117
b) Die Wissensinfrastruktur: Pharmavertriebssystem als Cognitive Linkage zur Ärzteschaft	118
c) Die neuralgische Stelle: Risikowissen	121
(i) Das Bias in der Pharmaforschung	123
(ii) Paradigmatisch: Die sog. Anwendungsbeobachtung	124
d) Zwischenergebnis: Rechtsdurchsetzungsebene als Achillesferse der Pharmakovigilanz	126
5. Öffentliche Pharmakovigilanz als Lösung des Durchsetzungs- problems?	127
6. Zwischenergebnis: Zur Notwendigkeit einer staatlich-öffentlichen Pharmakovigilanz	131
IV. Aufgaben des Stufenplanbeauftragten resp. der QPPV	132
1. Betreuung des internen Pharmakovigilanz-Systems	133
2. Verbindungsperson der Arzneimittelverwaltung	135
3. Compliance bei Sicherheitsstudien nach der Zulassung	136
V. Fazit zum Stufenplanbeauftragten	136
<i>D. Der Abschlussprüfer von Banken (Bankenprüfer)</i>	137
I. Bankenaufsichtsrecht als Risikorecht	138
1. Aufsichtsziele	138
2. Ausgangspunkt: Intermediationsfunktion von Banken (ökonomische Analyse)	139
3. Regulierungsbereiche: Krisenvorsorge und Krisenbewältigung – prudentielle und protektive Maßnahmen	141
4. Makro- und mikroprudentielle Bankenaufsicht: Umwelt- und Organisationswissen	143

II.	Paradigmenwechsel: Die sog. qualitative Aufsicht als Topos für ein gemischtes Aufsichtsmodell	145
	1. Wandel der tatsächlichen Rahmenbedingungen: Das „Weltrisiko“ Finanzmarkt	147
	2. Die neue Wissensordnung nach Basel II	149
	a) Grundlagen: Übergang zur Regulierung bankinternen Wissens	149
	(i) Zur Wissensproblematik im Bankenaufsichtsrecht	149
	(ii) Basel II: Wissensgenerierung im Aufsichtsverfahren	150
	b) Bankenaufsicht als Risikodialog zwischen privater und öffentlicher Organisation	153
	(i) Prozeduralisierung des Unternehmens: Das Risikomanagement von Banken	155
	(ii) Korrektiv: Der Supervisory Review and Evaluation Process (SREP)	157
	3. Zwischenergebnis: Bankenaufsicht als organisatorische Herausforderung	159
III.	Abschlussprüfer als kognitives Medium der qualitativen Aufsicht	162
	1. Grundgedanke der Abschlussprüfung	162
	2. Aufgaben des Bankenprüfers	163
	a) Rechtshistorische Betrachtung: Von der Nutzung von Fachwissen zur Wissensmittlung	164
	(i) Analyse der Kommunikationsbeziehung zwischen Abschlussprüfer und Bankenaufsicht im Zeitverlauf	164
	(ii) Resümee	165
	b) Zusammenarbeit mit dem Institut	166
	3. Zwischenergebnis: Doppelfunktion des Bankenprüfers	167
	<i>E. Resümee: Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Wissensmittlung</i>	<i>168</i>
	 <i>Teil 3: Der Hybride in konzentrierter Form:</i>	
	<i>Wesensgehalt, Erscheinungsformen, Instrumente</i>	<i>171</i>
	<i>A. Charakteristika</i>	<i>171</i>
	I. Funktionen	171
	1. Interne Funktion: Mehrung von Organisationswissen	172
	a) Wissenssynthese	172
	b) Interne Wissensteilung	173
	c) Fazit: Wissensproduktion als zyklischer Prozess	174
	2. Externe Funktion: Außenkommunikation	175
	a) Phänotypen: Information und Wissen	175
	b) Sonderfall: Hybride zur Publikumskommunikation	177

II.	Strukturelemente	178
	1. Bestellzwang	178
	2. Permanenz	179
	3. Insiderstellung	180
	4. Eingliedrige Struktur	182
	5. Außenbezug	183
	a) Quasikondominiale Bestellung	183
	b) Unabhängigkeit	185
	c) Hybride als Außenorgan	186
	d) Zur Verdeutlichung: Systemkonforme öffentlich-rechtliche Organisationsnormen	187
III.	Verhältnis zur Figur des sog. Betriebsbeauftragten	189
	1. Der Betriebsbeauftragte	189
	2. Unterschiede und Gemeinsamkeiten	191
 <i>B. Das Equipment des Hybriden</i>		193
I.	Instrumente zur Außenkommunikation	193
	1. Kommunikationsregeln	193
	2. Interhybride Kommunikation (epistemische Gemeinschaften)	196
II.	Das Organisationskonzept	197
 <i>C. Das Wesen der Bestellung</i>		198
I.	Die Doppelwirkung der Bestellung	199
II.	Rechtsnatur des Bestellungsaktes	199
	1. Bestandsaufnahme: Trennungsmodele	200
	2. Kritik: Bestellung als hybrider Akt	203
 <i>D. Resümee: Definition und Typen des Hybriden</i>		203
 <i>Teil 4: Die Wirkungsbedingungen des Hybriden</i>		205
 <i>A. Wirkdefizite</i>		206
I.	Gefährdungstatbestände in der Detailanalyse	207
	1. Finanzielle Anreize	208
	2. Problem der Corporate Identity	210
	3. Organisatorische Handlungsunfähigkeit	213
	4. Vorbefassung	213
	5. Betriebsblindheit	215
II.	Übergreifende Perspektive: Die Ambivalenz von Innen-Außen- Verschränkungen	216
III.	Zwischenergebnis: Zur Modellierbarkeit der Organisationsrolle	219

<i>B. Arrangement der Wirkungsabsicherung</i>	220
I. Die Grundausrüstung des Hybriden	222
1. Unterstützungspflicht des Risikoakteurs	222
2. Durchsetzungsfrage	223
II. Profilierung der Außenperspektive des Hybriden	223
1. Inkompatibilitätsregelungen	223
2. Kündigungsschutz	224
3. Professionalisierung	227
a) Interne oder externe Gruppe?	228
b) Verhaltenssteuerung durch die Profession: Instrumente und ihre Grenzen	229
c) Organisationsstruktur: Staatliche Aufsicht, Kammersystem und Alternativen	232
4. Honorarregulierung	233
5. Änderung der Bestellungs-kompetenz?	235
6. Belohnungssystem als Option für den Hybriden?	236
III. Pflichtrotation des Hybriden	237
IV. Zwischenergebnis: Verhältnis der Wirkungsmechanismen zueinander	240
 <i>C. Wirkungsabsicherung als verfassungsrechtliches Gebot</i>	 241
I. Überwirkende Legitimationsverantwortung	241
II. Rechtsstaatliches Rationalitätsgebot	244
III. Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG	245
IV. Bundesstaatliches Ingerenzgebot	247
V. Gebot der Folgerichtigkeit	248
VI. Untermaßverbot	250
VII. Geeignetheit (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)	252
VIII. Zwischenergebnis: Zur Direktionskraft des Grundgesetzes für hybride Arrangements	252
 <i>D. Abschließende Betrachtung: Staatliche Gewährleistungsaufsicht als unzulängliches Konzept</i>	 253
 <i>Teil 5: Konfliktmanagement als Korrektiv gegen den Hybriden</i>	 255
 <i>A. Problemstellung</i>	 255
I. Ausgangspunkt: Das Konfliktpotential des Hybriden und die Grundrechte der Privatorganisation	255
II. Manko der Indienstnahme-Dogmatik bei öffentlich-privaten Gemengelagen	256
III. Funktionsschutz an Stelle von Trennungsgelboten	259

IV. Zur Vorgehensweise	260
<i>B. Konfliktpunkte</i>	<i>261</i>
I. Schutzgegenstand Unternehmensorganisation	261
1. Ausgangspunkt: Organisation als Führungsinstrument	262
2. Implikationen für die Organisationsgestaltung: Hierarchie, ökonomische Effizienz und Effektivität als Leitprinzipien	263
3. Status des Organisationswissens: Ausschließbarkeitsprinzip der Wissensnutzung	264
II. Ingerenzen durch die staatliche Überdeterminierung	265
1. Hybridenimmanente Belastungen	266
a) Externe Funktion: Selbstdarstellungsfähigkeit	266
b) Interne Funktion: Selbstorganisationsfähigkeit	267
c) Rückwirkung der externen Funktion auf die Selbstorganisationsfähigkeit	269
2. Exzesse des Wissensmittlers: Hybride als Risikofaktor	269
3. Hybride im Kontext des Stab-Linie-Konflikts	271
4. Konnex zwischen hybrider Wirkungsabsicherung und Schutzbedürfnis der Privatorganisation	272
III. Zwischenergebnis	272
<i>C. Das Schutzkonzept</i>	<i>273</i>
I. Determinanten der Außenkommunikation	273
1. Ausgangspunkt: Das öffentliche Interesse als Filter	273
2. Prozedurale Absicherung der Publikumsinformation	275
II. Innerorganisatorische Konflikteinhegung	276
1. Kompetenzabgrenzung	276
2. Gebot der Zurückhaltung	276
3. Konfliktlösungsmechanismen	278
III. Missbrauchskontrolle	279
1. Professionalisierung	279
2. Zivil- und strafrechtlicher Geheimnisschutz	279
IV. Zwischenergebnis: Recht als Konfliktinitiator und Konfliktmanager	281
<i>D. Grundrechtsschutz bei der staatlichen Überdeterminierung der Privatorganisation</i>	<i>281</i>
I. Vorab: Schutzbereichsfragen	282
II. Ausgangspunkt: Zurechnungsfrage bei hybriden Beeinträchtigungen	286
III. Grenzen der überkommenen Eingriffsabwehrdogmatik	287
1. Hybride als Eingriff?	287
2. Verhältnismäßigkeitsprinzip als Argument?	291
3. Betrachtung des Schutzanliegens	293

4. Zwischenergebnis	295
IV. Objektive Dimension der Grundrechte	295
1. Grundrechtliche Schutzpflichten	297
2. Grundrechtsschutz durch und in Organisationen	297
3. Zwischenergebnis: Eigenständige Kategorie	299
V. Fazit: Hybride im Kontext gewährleistungsstaatlicher Grundrechtsdogmatik	300
 E. Resümee	 301
 Teil 6: Übergreifende Perspektive	 303
 A. Theorie administrativer Wissensorganisation	 304
I. Regelungstechnik: Hybridisierung durch Prozeduralisierung der Privatorganisation	 304
II. Governance als rechtstheoretisches Konzept der Hybridisierung	306
1. Von Organisationssteuerung zu Governance	306
a) Governance = Verlust einer zentralen Instanz	307
b) Governance = Regelungsstrukturen	308
2. Governance als normatives Konzept?	309
3. Resümee: Komplementierungsbedarf	311
 B. Elemente	 312
I. Peer Review	312
1. Peer Review als dezentrale Kontrollform	313
2. Analyse der Risiken von Peer Review	314
3. Möglichkeiten der Absicherung des Verfahrens	315
a) Meta-Kontrolle durch den Berufsstand	316
b) Externe Systemkontrolle	318
(i) Wissenschaftliche Maßgaben	318
(ii) Das Beispiel des Abschlussprüfers	319
c) Anreizsetzung	320
d) Schulung	321
e) Regulierung der Prüferrekrutierung	321
II. Organisationskonzepte	322
1. Selbstprogrammierung durch Konzepte: Begriff und Abgrenzung	323
2. Merkmale des Organisationskonzepts: Flexibler Vollzug und tripolares Verfahren der Konzeptbildung	 325
III. Standardisierung	327
1. Normtheoretische Betrachtung: Standards als Koordinierungs- normen	 327
2. Anforderungen an das Standardsetting	329

IV. Epistemische Gemeinschaften	330
1. Wissensgemeinschaft und Netzwerk: Zur Unterscheidung von zwei dezentralen Kategorien des Organisationsrechts	330
2. Gegenstand: Allgemeine Wissensbestände	332
<i>C. Grundrechtsschutz durch Rechtsprinzipien</i>	<i>333</i>
I. Rechtstheoretische Grundlagen	334
II. Prinzipien als Ordnungsmuster für Regelungsstrukturen: Typische Anwendungsfelder	335
III. Aussagegehalte im Einzelnen	337
Schlussbemerkung	339
Dokumente und Materialien	343
Literaturverzeichnis	349
Stichwortregister	409

Einleitung

A. Erkenntnisinteresse und Gang der Arbeit

Zu den das Verwaltungsrecht bis heute prägenden Dichotomien gehört die rechtssystematische Unterscheidung von Innen und Außen. Ein auffälliges Beispiel ist die Legaldefinition in § 35 VwVfG, die für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes eine unmittelbare Rechtswirkung „nach außen“ verlangt (Satz 1). Ganz allgemein ist das System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nach der VwGO auf eine Außenrechtswidrigkeit gemünzt, weswegen für Organstreitigkeiten auf Analogien zum Verfahrensrecht zurückgegriffen werden muss¹. Dem Verwaltungsorganisationsrecht wird nach wie vor eine rechtsdogmatische Ausnahmeposition zugebilligt: Ungeachtet der Überwindung der in der spätkonstitutionellen Zeit entwickelten These der Impermeabilität der Staatsperson² ist es als „Innenrecht“ der Verwaltung vom „Außenrecht“ im Staat-Bürger-Verhältnis abgesetzt³. Auch wenn betont wird, dass die Kategorien Innen- und Außenrecht keine zwei qualitativ unterschiedlichen Rechtsmassen sind, sondern es sich im Kern allein um zwei zu unterscheidende Rechtsrelationen handelt⁴, bleibt das Verwaltungsrecht der Trennung von öffentlicher Organisation und privater Organisation verhaftet⁵.

¹ Siehe zur Problematik von Organstreitigkeiten, die v. a. aus dem Kommunalverfassungsrecht bekannt sind, *Erichsen*, in: FS Menger, S. 211, insbesondere 214 ff.; monographisch *Diemert*, Der Innenrechtsstreit im öffentlichen Recht und Zivilrecht.

² Hauptvertreter waren *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches II, S. 181 ff.; *G. Jelinek*, Gesetz und Verordnung, S. 240 ff.; *Anschtz*, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, S. 28 f., 72 ff. Der Rechtscharakter von Organisationsregeln ist heute anerkannt, *Schnapp*, AöR 105 (1980), S. 243, 262 ff. m. w. N.

³ Siehe *Böckenförde*, in: FS Wolff, S. 269, 303; *Krebs*, in: HStR V, § 108 Rn. 32 ff. Das zeigt sich etwa daran, dass Formen des Innenrechts (Verwaltungsvorschriften, Weisungen) üblicherweise mit geringeren rechtsstaatlichen Standards verbunden sind. Daher erscheint Innenrecht flexibler als Außenrecht, *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Kap. 5 Rn. 4.

⁴ *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, S. 34: Das verräumlichende Denken von Innen und Außen passe nicht zur juristischen Person, da diese sich über ihre Rechtsfähigkeit definiere. Rechtsfähigkeit beschreibe gerade keine apriorische Fähigkeit realer Organisationen, sondern Rechtsrelationen. Die Folge dieser Sichtweise ist, dass man Innen und Außen auch im Verhältnis von juristischen Personen des öffentlichen Rechts unterscheiden kann, etwa zwischen Bund und Ländern, dazu *Jestaedt*, in: GVwR I, § 14 Rn. 14 f.

⁵ Siehe nur das Lehrbuch zum allgemeinen Verwaltungsrecht von *Maurer*, § 3 Rn. 5 f.

Seine Grundlage hat der Dualismus in der staatstheoretischen Unterscheidung von Staat und Gesellschaft⁶. Die polare Struktur des öffentlichen Rechts schließt Drittes, was mehr sein soll als eine Mischung von beidem, und gleitende Übergänge aus⁷.

Vor diesem Hintergrund widmet sich die Arbeit einem recht eigentümlichen Phänomen⁸: Ausgangspunkt der Untersuchung bildet die Beobachtung, dass die im hergebrachten Verwaltungsrecht als fest gedachte Grenze zwischen öffentlicher und privater Organisation verschwimmt und sich in übergreifende Organisations- und Kommunikationszusammenhänge auflöst. Die Grenzverwischung zeigt sich daran, dass der Gesetzgeber risikoezeugenden Unternehmen (in der Arbeit die „Risikoakteure“ genannt)⁹ Organisationseinheiten vorschreibt, die deren kognitives Potential optimieren und das so gewonnene Organisationswissen der Risikoverwaltung zugänglich machen sollen. Als einführendes Beispiel aus dem Gesundheitsrecht sei der sog. Stufenplanbeauftragte genannt. Den normativen Ausgangspunkt bildet § 63a I 1 AMG. Danach haben Pharmaunternehmen eine „qualifizierte Person mit der erforderlichen Sachkenntnis und der zur Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlichen Zuverlässigkeit zu beauftragen, ein Pharmakovigilanzsystem einzurichten, zu führen und bekannt gewordene Meldungen über Arzneimittelrisiken zu sammeln, zu bewerten und die notwendigen Maßnahmen zu koordinieren“; diese Person „ist für die Erfüllung von Anzeigepflichten verantwortlich, soweit sie Arzneimittelrisiken betreffen“. Der Stufenplanbeauftragte stellt demnach sicher, dass das pharmazeutische Unternehmen Erkenntnisse über Neben- und Wechselwirkungen seiner Medikamente tatsächlich erfasst und den Arzneimittelbehörden in der EU zur Verfügung stellt¹⁰. Ein solcher Einblick in das Wirkungsspektrum des Arzneimittels ist eine wesentliche Voraussetzung für die behördliche Entscheidung, ob das Produkt weiter im Verkehr bleiben darf. Diese – nicht nur im Arzneimittelrecht gemachte¹¹ – Beobachtung soll in der Arbeit näher entfaltet und darauf aufbauend die Figur des Hybriden als Form der administrativen Wissensorganisation im privaten Bereich entwickelt werden.

⁶ Zur das öffentliche Recht prägenden Unterscheidung von Staat und Gesellschaft *Rupp*, in: HStR II, § 31. Eine strikte Trennung beider Sphären wird heute allerdings nicht mehr postuliert. Der Staat kann nicht ohne die Menschen gedacht werden, die seine Träger sind. Es handelt sich bei Staat und Gesellschaft vielmehr um verschiedene „Wirkbereiche“, *Böckenförde*, in: ders., Staat und Gesellschaft, S. 395, 405 ff.

⁷ *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), S. 220, 235 ff., 262.

⁸ Das aus diesem Grunde aber auch fasziniert, zur Anziehungskraft von Zwischenwesen unter Bezugnahme auf die antike Mythologie mit ihren Chimären, Faunen etc. *Engel*, DV 34 (2001), S. 1. Das Verwaltungsorganisationsrecht ist also nicht unbedingt eine „trockene“ Rechtsmaterie, zum Klischee *Schmidt-De Caluwe*, JA 1993, S. 77 ff., 115 ff., 143 ff.

⁹ Zur Unterscheidung Risikoobjekte und -akteure *Schwabenbauer*, in: Risiko im Recht, S. 157, 159.

¹⁰ Ausführlich unten Teil 2 C.

¹¹ Siehe dazu unten Teil 2.

Die Idee vom Hybriden als Wissensmittler wird im Grundlagenteil vorgestellt. Das erste Kapitel veranschaulicht, dass die staatliche Überdeterminierung der Privatorganisation eine Reaktion auf die Aufgabenstellung der Risikoverwaltung darstellt: die Wissensgenese¹². Die Verwaltung benötigt die kognitiven Ressourcen von Unternehmen für ihre Risikoentscheidungen. Ungewissheit ist in diesem Sinne nicht nur ein epistemisches Problem¹³. Das Wissensproblem transzendiert vielmehr hergebrachte Ordnungsmuster¹⁴.

Im zweiten Kapitel wird die Idee des Hybriden anhand von drei Einzelercheinungen im Atom-, Arzneimittel- und Bankenaufsichtsrecht entfaltet. Die Analyse der Referenzgebiete liefert das praktische Anschauungsmaterial zur verwaltungsrechtlichen Systembildung¹⁵. Im Anschluss daran können auf einer übergreifenden Ebene die Wissensaktivitäten des Hybriden und seine Elemente strukturiert werden. Die in Teil drei behandelten Charakteristika der Figur, ihre Instrumente und Phänotypen sollen den Bezugsrahmen für den weiteren Forschungsprozess bilden.

Entgrenzungen stellen die traditionelle Strategie des Rechts in Frage, Grenzziehungen vorzunehmen und dadurch eindeutige Zuordnungen zu ermöglichen¹⁶. Vor diesem Hintergrund bliebe die Figur des Hybriden unvollständig, ließe man die mit der Transzendierung verbundenen Folgeprobleme außen vor. Diesen widmen sich die Teile vier und fünf. So viel sei hier vorweggenommen: Im Kern geht es um die klassischen verwaltungsrechtlichen Themen Gemeinwohlbindung der Verwaltung und Rechtsschutz des Bürgers. Die für den Hybriden typische Ansiedlung zwischen öffentlicher und privater Organisation impliziert aber eine Reformulierung überrkommener Konzeptionen¹⁷.

Das gilt zum einen für die Aufsicht. Dieses Modell ist für das Mischwesen des Hybriden inadäquat, da es nicht um seine Einbindung in die staatliche Sphäre geht, sondern die Gemeinwohlkompatibilität der arbeitsteiligen Regelungsstruktur der springende Punkt ist¹⁸. Im Vordergrund des vierten Kapitels steht daher, ein Arrangement der Wirkungsabsicherung für das Grenzphänomen zu entwerfen.

¹² Siehe unten Teil 1 B. II.; zur Bedeutung von Organisationsrecht für die Wissensverwaltung, speziell für den Wissenstransfer *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, S. 98 ff.; der umgekehrten Perspektive, nämlich der auf Geheimhaltung bezogenen Verwaltung widmen sich die Beiträge von *Ladeur*, S. 103 ff., und *Seibel*, S. 131 ff., im Sammelband Twellmann, Nichtwissen als Ressource.

¹³ Zur epistemologischen Dimension der Ungewissheitsproblematik *I. Augsberg*, in: ders., Ungewissheit als Chance, S. 1, 6 f.

¹⁴ Siehe dazu insbesondere die Arbeiten von *Karl-Heinz Ladeur*, in: Winter, Grenzwerte, S. 263 ff.; *ders.*, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft; *ders.*, Der Staat gegen die Gesellschaft.

¹⁵ Zur Bedeutung der Referenzgebiete *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Kap. 1 Rn. 12.

¹⁶ *Hoffmann-Riem*, in: Schuppert, Governance-Forschung, S. 195, 202.

¹⁷ Zum Erfordernis eines institutionellen Rahmens für das Miteinander von Staat und Gesellschaft *Ladeur*, Der Staat gegen die Gesellschaft; *Starck*, Freiheit und Institutionen.

¹⁸ Skeptisch gegenüber der Aufsichtsperspektive für die Verantwortungsteilung von Staat und Gesellschaft *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 615 ff.

Die Inanspruchnahme der Privatorganisation für Verwaltungsaufgaben wirft zudem die Frage nach deren Schutz vor dem Hybriden auf¹⁹. Das Verwaltungsrecht sieht prinzipiell nur Rechtsschutz des Bürgers gegenüber Außenakten vor, nicht vor sich selbst. Wird die Verwaltung in die gesellschaftliche Sphäre verlagert, passt dieses binäre Schema nicht mehr. Im fünften Kapitel wird daher über ein funktionales Äquivalent für den gerichtlichen Rechtsschutz gegen externe Maßnahmen nachgedacht. Dieses wird in einem Konfliktmanagement gesehen, welches die Funktionsfähigkeit der Privatorganisation gegen das Konfliktpotential des Wissensmittlers konsolidiert.

Die Instrumente der Wirkungsabsicherung und des Konfliktmanagements verlangen dann auch nach einer verfassungsrechtlichen Verankerung²⁰. Die Dissertation widerspricht damit Stimmen, die bei Grenzphänomenen mehr oder weniger resignativ feststellen, die Verfassung sei auf ein „Mixtum von Staat und Gesellschaft nicht eingerichtet“²¹. Diese stereotype Annahme wird in den Kapiteln vier und fünf hinterfragt.

In einem letzten Kapitel wird die Mikroperspektive auf den Wissensmittler verlassen. Auf einer übergreifenden Ebene sollen die an der Figur gemachten Beobachtungen und Überlegungen zu einer Theorie administrativer Wissensorganisation fortentwickelt werden. Ziel des sechsten Teils ist es, die Entgrenzung der Verwaltungsorganisation rechtlich zu konzeptualisieren und Kategorien zu entwickeln, die die bereits angedeutete verfassungsrechtliche Problematik von hybriden Organisationsstrukturen adäquat verarbeiten und auffangen.

B. Wissen als Forschungsperspektive

Mit dem Hybriden wird das Unternehmen für die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben instrumentalisiert. Die staatliche Überformung der Privatorganisation ist kein völlig neuer Gegenstand im Verwaltungsrecht²². Den Bedeutungszuwachs von Funktionsträgern zur Eigenüberwachung behandeln manche unter dem Topos Betriebs- bzw. Unternehmensbeauftragte²³. Die Arbeit knüpft – was die Bezeichnung als Wissensmittler impliziert – demgegenüber an den Themenkomplex des Wissens an. Sie beleuchtet die Auswirkungen veränderter Wissensbestände auf die Verwaltungsorganisation, die sie als eine Hybridisierung derselben beschreibt. Das macht

¹⁹ Kritisch zur Grundrechtsgefährdung durch Formen regulierter Selbstregulierung *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), S. 235, 252 ff., 258 ff.

²⁰ In diesem Sinne allgemein für die staatliche Instrumentalisierung gesellschaftlichen Potentials *Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht.

²¹ *Grimm*, in: Berg u. a., Regulierte Selbstregulierung, S. 9, 19; auch *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266, 291 ff.

²² Siehe dazu unten Teil 1 A. I.

²³ Grundlegend *Rehbinder/Burgbacher/Knieper*, Ein Betriebsbeauftragter für den Umweltschutz?, *Rehbinder*, ZGR 18 (1989), S. 305 ff.; zur Abgrenzung siehe unten Teil 3 A. III.

ein näheres Eingehen auf die verwaltungsrechtswissenschaftliche Wissensforschung erforderlich, zu der die Dissertation einen Beitrag leisten will:

Wissen zählt zwar nicht zu den traditionellen Leitbegriffen der Verwaltungsrechtsdogmatik²⁴. Inzwischen hat sich das Bild aber gewandelt und der Umgang der Verwaltung mit Wissen, Informationen und Daten ist unter verschiedenen Gesichtspunkten – exemplarisch seien der Datenschutz²⁵, Fragen rund um die Informationsfreiheit²⁶ und der Umgang mit Ungewissheit²⁷ genannt – von rechtlicher Relevanz geworden. Der rechtswissenschaftliche Diskurs²⁸ zeichnet sich durch seine *Zweidimensionalität* aus. Es werden zwei, miteinander zusammenhängende Aspekte erörtert, der Bedeutungsgehalt von Wissen sowie sein Beitrag zur verwaltungsrechtlichen Systembildung:

- *Wissen als Begriff*: Eine einheitliche Begriffsbildung gibt es nicht. Diese Arbeit geht von einer systematischen Eigenständigkeit der Wissensthematik aus und unterscheidet Wissen von Informationen und Daten²⁹. Danach sind Informationen als Sinnelemente zu verstehen, die in einem bestimmten sozialen Kontext aus Beobachtungen, Mitteilungen oder Daten erzeugt und dann genutzt werden³⁰. Deswegen muss man sie von Daten abgrenzen. Daten sind nichts Anderes als Zeichen, die auf einem Datenträger festgehalten sind; als Speicherform von Aus-

²⁴ *Albers*, in: *Spiecker gen. Döhmman/Collin*, Generierung und Transfer staatlichen Wissens, S. 50, 51.

²⁵ Zu der in den 1970er und 1980er Jahren angestoßenen Datenschutzdebatte z. B. *Scholz/Pit-schas*, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, insbesondere S. 118 ff.; *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 107 ff.

²⁶ *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht; *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung; *Wegener*, Der geheime Staat.

²⁷ Etwa *Scherzberg*, in: *VVDStRL 63 (2004)*, S. 214, insbesondere 245 ff.

²⁸ *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht. Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen; *Collin*, Das Wissen des Staates; siehe ferner die Beiträge zum „Verwaltungsrecht als Informations- und Kommunikationsordnung“ in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts II; *Pflug*, Pandemievorsorge – informationelle und kognitive Regelungsstrukturen; speziell zur Generierung von Wissen im Verwaltungsverfahren die gleichnamige Arbeit von *B. Wollenschläger* sowie der Sammelband *Spiecker gen. Döhmman/Collin*, Generierung und Transfer staatlichen Wissens; ferner rechtsvergleichend *Junk*, Die Rolle des Verwaltungsverfahrens in Deutschland und England; zur Wissensorganisation *Broemel*, *RW 2013*, S. 62 ff.; zur Wissenszurechnung siehe *Reinhardt*, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht; zum verwaltungsrechtswissenschaftlichen Umgang mit dem Thema Wissen die Beiträge in *H. C. Röhl*, Wissen. Zur kognitiven Dimension des Rechts, und in den Sammelbänden von *I. Augsberg*, Ungewissheit als Chance; *ders.*, Extrajuridisches Wissen.

²⁹ Wie hier *Vesting*, in: *GVwR II*, § 20 Rn. 11–27; für eine Differenzierung bereits *Willke*, Wissensmanagement, S. 7 ff. Für eine Gleichsetzung hingegen etwa *Spiecker gen. Döhmman*, in: *Oebbecke*, Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, S. 253, 254. Teilweise wird die Unterscheidbarkeit verneint, etwa *Stehr*, Wissenspolitik, S. 42 f. Nicht überzeugend *Frank*, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Öffentlichen Recht, S. 32, der Information als Übertragungsvorgang und Wissen als übermittelter Inhalt versteht. Den Übertragungsvorgang fokussiert der Begriff der Kommunikation, *Vesting*, in: *GVwR II*, § 20 Rn. 28 ff. m. w. N.

³⁰ *Trute*, in: *Roßnagel*, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 2.5 Rn. 18.

sagegehalten können sie als Informationsgrundlagen fungieren³¹. Gegenüber Informationen zeichnet sich Wissen durch seinen höheren Komplexitätsgrad aus³². Es besteht aus vielschichtig aufgebauten kognitiven Erwartungen, die gegenüber einzelnen Ereignissen relativ zeitbeständig sind, sich allerdings zugleich durch prinzipielle Lernfähigkeit und -bereitschaft auszeichnen³³. Wissen erschöpft sich also nicht in der Systematisierung von Informationen³⁴. Entscheidend ist vielmehr die – durch Interpretation hergestellte – systematische Verknüpfung mehrerer Informationen zu einer Struktur³⁵.

- *Wissen als Forschungsperspektive*: In Hinblick auf das Verhältnis von Recht und Wissen kann man zwei Entwicklungslinien unterscheiden³⁶. Zum einen geht es um die Vorstellung eines querschnittartigen Rechtsgebiets mit öffentlich-, privat- und strafrechtlichen Gehalten. Diese Vision mündet im Vorschlag der Kodifikation eines umfassenden Informationsgesetzbuchs³⁷. Progressive Konzeptionen möchten über den Wissensbegriff die kognitive Dimension des Rechts als Thema wissenschaftlicher Fragestellung entwickeln³⁸. Diese Forschungsrichtung legt dabei den oben beschriebenen komplexen Wissensbegriff zugrunde.

Diese Arbeit benützt Wissen im zuletzt genannten Sinne mit dem Ziel, die eigentümliche Verbindung privater und öffentlicher Organisation im Risikorecht juristisch zu konzeptualisieren. Aus diesem Grund widmet sie der Analyse der Wissenslage der Risikoverwaltung besondere Aufmerksamkeit³⁹. Die kognitive Unterlegen-

³¹ Bei ihnen steht also die Vergegenständlichung im Vordergrund *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), S. 158, 167. Kritisch zum Datenbegriff *Trute*, in: H. C. Röhl, Wissen, S. 11, 16, da mit der Möglichkeit der Speicherung der Anschein der Verdinglichung erzeugt werde; eigentumsanaloge Vorstellungen seien für den Umgang mit Wissen und Information inadäquat.

³² Ähnlich Abschlussbericht der Enquete-Kommission „Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten“, BT-Drs. 14/9200, S. 259, wonach Wissen als „Veredlung von Information“ gedeutet werden kann, ebenda.

³³ *Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, S. 122 ff., insbesondere 137 ff.; vgl. außerdem *Willke*, Wissensmanagement, S. 11; einen anderen Schwerpunkt setzt *Vesting*, in: GVwR II, § 20, Rn. 26 f., wonach sich Wissen und Information vornehmlich nach ihrem Überraschungswert, der bei Wissen fehle, unterscheiden.

³⁴ So aber *Stohrer*, Informationspflichten Privater, S. 43; *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung, S. 30. Diese Sichtweise unterscheidet aber nicht hinreichend zwischen Wissen und seinen Speicherformen (Akten, Archive etc.).

³⁵ *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Abmann, Informationsgesellschaft, S. 9, 12; auch *H. C. Röhl*, in: ders., Wissen, S. 65, 66: „Wissen ist gelernte Information“.

³⁶ Zum Ganzen *Albers*, in: Spiecker gen. Döhmann/Collin, Generierung und Transfer staatlichen Wissens, S. 50, 52 ff.; *Trute*, in: H. C. Röhl, Wissen, S. 11, 12 f.

³⁷ Das wurde vom Deutschen Juristentag 1998 mehrheitlich unterstützt, zur Idee *Kloepfer*, Moderne Technologien, D 85; auch *Stohrer*, Informationspflichten Privater, S. 44 ff., 383 f.

³⁸ Mit unterschiedlich weitreichenden Perspektiven insbesondere *Schmidt-Abmann*, Ordnungsidee, Kap. 6 Rn. 2 ff.; *Pitschas*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schuppert, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 219, 232 f.; ferner die Beiträge in *H. C. Röhl*, Wissen.

³⁹ Dazu unten Teil I C.

heit der Risikoverwaltung kann mit dem Begriff der „Informationsasymmetrie“⁴⁰ nicht angemessen beschrieben werden. Es geht bei der Risikoregulierung nicht nur um identifizierbare Informationsdefizite⁴¹, sondern v. a. um die Schwierigkeit, überhaupt kausale Erklärungssätze für Entscheidungseffekte zu finden⁴². Das lässt sich mit einfachen Informationsasymmetrien nicht beschreiben⁴³. Die Dissertation sieht ein maßgebliches Erschwernis für den grenzüberschreitenden Wissensfluss in der Struktur des relevanten Wissens begründet: der Invisibilität des Organisationswissens für Nichtmitglieder. Damit ist gemeint, dass für die Verwaltung als Outsider das Wissen der Privatorganisation nicht direkt beobachtbar ist, weswegen sie auf den Hybriden als Insider zurückgreift. Die Problematik soll die Kontrastierung von Organisationswissen und Umweltwissen anzeigen⁴⁴.

Wissen als juristische Perspektive zu nutzen, bedeutet dann auch, dass überkommene Dogmatiken überdacht werden müssen⁴⁵. Denn der Blick auf die kognitiven Voraussetzungen des Rechts kann zeigen, dass bisherige Konstruktionen im Verfassungs- und Verwaltungsrecht anders zu bestimmen sind⁴⁶. Im Anschluss an die Analysen in den ersten Teilen der Arbeit werden die juristischen Konsequenzen für die administrative Wissensorganisation gezogen und im letzten Kapitel zusammengeführt. Grundgedanke ist, dass die verfassungsrechtlichen Kernanforderungen rationaler, gemeinwohlkompatibler und grundrechtsschonender Verwaltungstätigkeit in öffentlich-privaten Organisationsstrukturen nur über eine heterarchische Ordnung gewahrt werden können, da sich Entgrenzungstatbestände einseitigen Steuerungsvorstellungen entziehen.

⁴⁰ Etwa *Beutin*, Rationalität der Risikoentscheidung, S. 216 ff.; *Keck*, in: *Simonis*, Präventive Umweltpolitik, S. 105, 110; *Spiecker gen. Döhmman*, Staatliche Entscheidungen, S. 48 f.

⁴¹ Der Begriff der sog. asymmetrischen Information entstammt wirtschaftswissenschaftlichen Zusammenhängen und beschreibt v. a. den ungleichen Informationsstand zwischen Vertragspartnern, siehe auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. In diesem konzeptionellen Rahmen reduziert sich die Wissensproblematik auf die Frage der Informationsbeschaffung, zu den Unterschieden des ökonomischen und des juristischen Wissensproblems *Engel*, in: *ders./Halbmann/Schulte*, Wissen – Nichtwissen – unsicheres Wissen, S. 305, 309; auch *Eichenberger*, ebenda, S. 75, 79.

⁴² *Collin/Spiecker gen. Döhmman*, in: *diess.*, Generierung und Transfer staatlichen Wissens, S. 3, 6.

⁴³ In diesem Sinne *Trute*, in: *H. C. Röhl*, Wissen, S. 12, 27, der betont, dass Informationsasymmetrien das Wissen der Verwaltung unthematisiert lassen.

⁴⁴ Dazu unten Teil I C. II.

⁴⁵ *Albers*, in: *Spiecker gen. Döhmman/Collin*, Generierung und Transfer staatlichen Wissens, S. 50, 53 f.; ähnlich *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Kap. 6 Rn. 11: Umgestaltung überkommener Systemteile, vorsichtiger ebenda, Rn. 6: Dogmen vorgelagert.

⁴⁶ *Vesting*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffman-Riem*, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 253, 282 ff.

C. Zur Methodik juristischer Wissensforschung

Die verwaltungsrechtswissenschaftliche Wissensforschung weist – gemessen am überkommenen Methodenkanon – einige methodische Besonderheiten auf⁴⁷. Der Entwicklung der Figur des Hybriden geht daher eine Grundlegung zur Arbeitsweise voraus:

Die Wissensperspektive untersucht, wie das Recht auf jene Transformationsprozesse der modernen Gesellschaft reagiert, die sich schlagwortartig als Verlust stabilen Wissens beschreiben lassen⁴⁸. Die Abkehr von einem idealen Beobachterstandpunkt spiegelt sich in der Methodik wider. Es kann nicht in deduktiver Weise bei allgemeinen Postulaten angesetzt werden. Fundament wissenschaftlichen Arbeitens ist eine dezidierte Zuwendung zu den kognitiven Problemen der Verwaltung und ihre Analyse in der Absicht, den epistemischen Sinn- und Funktionszusammenhang als Grundlage der rechtlichen Problembehandlung zu erfassen. Auf dieser Grundlage kann die Lösung rechtlicher Fragen und Fortentwicklung juristischer Denkmuster erfolgen. „Die Generalisierbarkeit von Aussagen muss fortlaufend an den Problemen der jeweiligen Sachbereiche überprüft werden und kann erst von hier aus in eine lose konnexionistische Architektur zusammengefügt werden“⁴⁹.

Wegen dieses Erkenntnisinteresses ist für die juristische Arbeit mit der Wissensperspektive der konkrete Bezug zu den Sachproblemen der Verwaltung das methodische Leitprinzip. Das verlangt vom Juristen in besonderem Maße Lernfähigkeit. Hilfsmittel sind die Interdisziplinarität als Lernen aus fachfremden Erkenntnissen (II. 1.), die Rechtsvergleichung als Lernen aus der Rechtsordnung (II. 2.) und die Analyse der Verwaltungspraxis als Lernen aus praktischem Anschauungsmaterial (II. 3.).

Bevor die Elemente im Einzelnen betrachtet werden, ist die Zulässigkeit bereichsspezifischer juristischer Methodologie zu klären (I.). Dass plurale Rechtsdiskurse mit einer Pluralisierung von Methoden einhergehen, klingt zunächst nicht überraschend⁵⁰. Die Rechtswissenschaft prägt in Methodenfragen gleichwohl eine vereinheitlichende und integrierende Sichtweise⁵¹. In der neueren Wissenschaftstheorie werden plurale Methoden allerdings nicht als etwas zu Vermeidendes, sondern sogar als *Conditio sine qua non* von Forschung betrachtet (I. 1.). Auch eine Analyse des klassischen juristischen Methodensettings illustriert, dass dieses ent-

⁴⁷ Zu den methodischen Herausforderungen, die Wissen an die Rechtswissenschaft stellt, *Hoffmann-Riem*, in: I. Augsberg, Ungewissheit als Chance, S. 17, 32 ff.

⁴⁸ I. Augsberg, in: ders., Ungewissheit als Chance, S. 1, 3 f.

⁴⁹ *Vesting*, in: Rossen-Stadtfeld/Wieland, Steuerung medienvermittelter Kommunikation, S. 83, 112.

⁵⁰ Grundlegend *Ladeur*, ARSP 69 (1983), S. 463 ff.; zur Problematik *Jestaedt*, in: Engel/Schön, *Proprium*, S. 241, 247 ff.; *Jahn*, in: *Jestaedt/Lepsius*, Rechtswissenschaftstheorie, S. 175 ff.; auch *Funke*, in: ders./Lüdemann, *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, S. 1, 12.

⁵¹ Zu den historischen Wurzeln in der rechtswissenschaftlichen Hermeneutik *Ladeur*, *RabelsZ* 64 (2000), S. 60 ff.

gegen der Rede von der – zusatzfrei so bezeichneten – Juristischen Methode tatsächlich auf einen Teilbereich juristischer Fragestellungen zugeschnitten ist (I. 2.).

I. Ausgangspunkt: Pluralität der Methoden

1. Wissenschaftstheoretische Betrachtung

Semantisch gesehen, ist Methode das Nachgehen, der Weg zu etwas hin⁵². Der wissenschaftstheoretische Methodenbegriff knüpft an den allgemeinen Sprachgebrauch an, es geht um die Hilfsmittel des Erkenntnisgewinns⁵³, ist aber vielschichtiger. Er wird in drei Bedeutungszusammenhängen gebraucht⁵⁴:

Zunächst wird Methode im Sinn von *allgemeinen Verfahrensweisen* verwendet. Die zentralen wissenschaftlichen Denkmethode wie etwa Logik, induktive und deduktive Methode sind in allen oder jedenfalls großen Klassen der Wissenschaften von Bedeutung⁵⁵. Des Weiteren bezieht sich Methode auf die Verfahrensprinzipien und Grundlagen, die einen ganzen Wissenschaftszweig charakterisieren (*allgemeine Wissenschaftsmethode*), sowie auf einen spezifischen Beobachtungs- bzw. Forschungsansatz (*spezielle Forschungsmethode*)⁵⁶.

Die zuletzt genannten Methodenbegriffe stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander. Allgemeine Wissenschaftsmethoden – für die Rechtswissenschaft wird herkömmlicherweise von der juristisch-dogmatischen gesprochen⁵⁷ – sind naturgemäß einseitig und starr⁵⁸. Für den Bereich der Forschung ist das problematisch. Die Auseinandersetzung verschiedener Standpunkte ist für den Prozess der Wissenschaft zentral. Die Vorstellung, wissenschaftliche Erkenntnis an Meta-Regeln zu binden, ist gerade in der neueren Wissenschaftstheorie auf Kritik gestoßen, da sie den wissenschaftlichen Erkenntnisprozess nicht evolutiv versteht, sondern als Revolution beschreibt⁵⁹. Die Annahme eines hierarchischen Verhältnisses von allgemeiner Wissenschaftsmethode und speziellen Forschungsmethoden⁶⁰ leistet somit Doktrinarismus Vorschub⁶¹.

Vor diesem Hintergrund scheint Methodenbeliebigkeit bzw. Methodenanarchismus die Lösung, wie sie bekanntlich der Wissenschaftstheoretiker *Paul Feyerabend* mit seinem methodischen Prinzip des *Anything Goes* befürwortete⁶². Dabei ist aber

⁵² Duden.

⁵³ *Braun/Radermacher*, Wissenschaftstheoretisches Lexikon, Sp. 377.

⁵⁴ *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 40 ff.; *Bochenski*, Die zeitgenössischen Denkmethode, S. 16 ff.; *Mittelstraß*, Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, S. 379 f.

⁵⁵ *Menne*, Einführung in die Methodologie, S. 8.

⁵⁶ *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 45 ff.

⁵⁷ Siehe nur *Kahl*, Staatsaufsicht, S. 18.

⁵⁸ *Sachsse*, in: Rombach, Wissenschaftstheorie 2, S. 29, 34.

⁵⁹ Insbesondere *Kuhn*, Struktur wissenschaftlicher Revolution, S. 123 ff.

⁶⁰ Nachdrücklich *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 49.

⁶¹ So *Chalmers/Bergemann/Alstötter-Gleich*, Wege der Wissenschaft, S. 131 ff.

⁶² Wider den Methodenzwang.

zu bedenken, dass Methodik auch die wichtige Aufgabe der Selbstbeobachtung und Programmierung einer Disziplin zukommt⁶³. Das legt ein pragmatisches Vorgehen nahe⁶⁴, das für Neuerungskonzepte offen ist, auf eine Reflexion und Strukturierung der Methodenfrage aber nicht verzichtet⁶⁵. Das ist Gegenstand des zweiten Abschnitts des Methodenteils.

2. Juristische Methodik

Die in den üblichen juristischen Methodenlehren entwickelten Verständnis- und Reflexionshilfen⁶⁶ sind in erster Linie auf eine Auslegung von Rechtsnormen und ihre Anwendung auf Fälle bezogen – im Zentrum steht insofern der Methodenkanon – sowie, Zeugnis der nachpositivistischen Methodenlehre, die Rechtsfortbildung. Daran wird deutlich, dass das klassische Methodensetting für an Entscheidungsergebnissen interessierte Juristen konzipiert ist und damit zuvörderst eine Methodik der Rechtsanwendung darstellt⁶⁷.

Auch als entscheidungsbezogene Methodik ist sie ausbaubedürftig⁶⁸. Das betrifft gerade Bedingungen höherer Komplexität⁶⁹, wie man sie im öffentlichen Recht typischerweise vorfindet⁷⁰. Beispielsweise kann im öffentlichen Recht die Formel von der Einheit der Rechtsordnung, auf der die systematische Auslegungsmethode aufbaut, nur bedingt fruchtbar gemacht werden, da Rechtsbeziehungen hier oft mehrere, weniger hierarchisch als vielmehr arbeitsteilig verbundene Kompetenzträger umfassen⁷¹. Für die Wissensforschung genügt eine Erweiterung der juristischen Methodik allerdings nicht. Das liegt daran, dass sie sich weniger für die Rechtsanwendung interessiert⁷² als vielmehr die kognitiven Bedingungen des Verwaltungshandelns als solche reflektiert. Sie wendet sich zwar nicht von der Entscheidungsperspektive ab, ihr kommt es aber nicht auf das Entscheidungsergebnis, sondern den

⁶³ Zur Kontrollfunktion *Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, S. 413 ff.

⁶⁴ *C. Möllers*, in: GVwR I, § 3 Rn. 19.

⁶⁵ *Sachsse*, in: Rombach, Wissenschaftstheorie 2, S. 29, 34 f.

⁶⁶ Statt vieler *Zippelius*, Juristische Methodenlehre.

⁶⁷ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, insbesondere Rn. 675; zur Unterscheidung *C. Möllers*, in: GVwR I, § 3 Rn. 23 ff.

⁶⁸ *Rüthers/Fischer/Birk*, ebenda, Rn. 674; zur Leistungsfähigkeit *Krebs*, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem, Methoden der Rechtswissenschaft, S. 209, 217.

⁶⁹ *Ladeur/I. Augsburg*, Rechtstheorie 36 (2005), S. 143, 176.

⁷⁰ Siehe aber auch die Rezeptionstheorie von *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, die die Methoden empirischer Forschung am Beispiel des Gesellschaftsrechts reflektiert.

⁷¹ Siehe *Lepsius*, in: Jestaedt/ders., Rechtswissenschaftstheorie, S. 1, 10 ff., 29 ff.

⁷² Zur kognitivistischen Überformung der Methoden der Rechtsanwendung siehe aber *Ladeur/I. Augsburg*, die für eine Mobilisierung des gemeinsamen Wissens durch experimentelle Interpretation plädieren, Rechtstheorie 36 (2005), S. 143, 175 ff.; ebenfalls rechtsanwendungsbezogen die Methodik des Umgangs mit Ungewissheit bei *Appel*, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 327 ff.

rechtlichen Umgang mit den Entscheidungs- und Organisationsschwierigkeiten der öffentlichen Verwaltung an⁷³.

Reflexionen der Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft sind noch rar⁷⁴. Die zentralen methodischen Elemente der sog. Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft folgen einer „rechtssetzungsorientierte(n) Betrachtung des Verwaltungsrechts“⁷⁵. Das macht die Herausbildung eines spezifisch wissensbezogenen Methodenkonzepts erforderlich: Das für die Wissensforschung entscheidende Verständnis der Sachprobleme verlangt einen stärkeren Wirklichkeitsbezug, was in einer interdisziplinär ausgerichteten Arbeitsweise mündet. Auch der Umgang mit Normativität ist ein anderer: Rechtsnormen werden für den Juristen in ihrer Erklärungs- und Deutungsfunktion (Erfahrungsspeicher) interessant, weswegen im Mittelpunkt nicht Text- (Methodenkanon), sondern Strukturverständnis (Rechtsvergleichung) stehen muss. Zudem passt die Fokussierung auf die gerichtliche Interpretationspraxis nicht. Da es nicht um die Richtigkeit administrativer Entscheidungen geht, sondern ihre Herstellungsvoraussetzungen, findet eine Akzentverschiebung von der Analyse der gerichtlichen Rechtspraxis zur Verwaltungspraxis statt. Die hier skizzierten Elemente werden im Folgenden erläutert:

II. Methodische Elemente im Einzelnen

1. Interdisziplinarität

a) Ebenen interdisziplinärer Wissensforschung: Wissen und Institutionen

Interdisziplinarität ist im Unterschied zu Multidisziplinarität nicht nur eine Kommunikation verschiedener Disziplinen, sondern bedeutet weitergehend den Austausch oder Transfer kognitiver Erklärungsansätze oder methodischer bzw. technischer Hilfsmittel⁷⁶. In diesem Sinne geht es darum, fachfremde Wissensbestände für die Aufgabe juristischer Wirklichkeitskonstruktion fruchtbar zu machen⁷⁷. Auf eine solche Verflechtung der Perspektiven ist die rechtswissenschaftliche Wissensforschung angelegt, da sie sich gerade den nicht-rechtlichen Bestimmungsfaktoren der Verwaltung zuwendet⁷⁸. Hier ist zunächst das Phänomen Wissen als solches zu nennen⁷⁹. Weil der Wissensbegriff zugleich auf Strukturen der Wissensgenerierung

⁷³ *Vesting*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, S. 253, 285.

⁷⁴ Siehe etwa C. Möllers, in: *GVwR I*, Rn. 21 ff.; zu den Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft der gleichnamige Sammelband von Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem.

⁷⁵ *Vofßkuhle*, in: *GVwR I*, Rn. 15, 16.

⁷⁶ *Czada*, in: Bizer/Führ/Hüttig, *Responsive Regulierung*, S. 23, 24 ff.

⁷⁷ *Trute*, in: Schulze-Fielitz, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, S. 115, 125, dort auch zu den verschiedenen Verständnissen von Interdisziplinarität.

⁷⁸ Zur Bedeutung für das Wissensthema *Engel*, *Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit*, S. 47.

⁷⁹ *Pilniok*, *Governance*, S. 9.

und -teilung verweist⁸⁰, werden zudem schwierige Verfahrens- und Organisationsfragen aufgeworfen.

Relevant werden nachbarwissenschaftliche Erkenntnisse auf zwei Ebenen, bei der analytischen Durchdringung administrativer Wissensprobleme sowie bei der Institutionenentwicklung⁸¹:

- *Wissen über Wissen*: Nachbarwissenschaftliche Erkenntnisse dienen zum einen dazu, die staatliche Wissenssituation zu analysieren und zu strukturieren. Andere Disziplinen – oder präziser: die ihnen eigentümlichen Herangehensweisen und Perspektiven – treten somit auf den Plan, wenn es darum geht, „Wissensordnungen“ zu erfassen⁸². Zwar verfügt die Verwaltungsrechtswissenschaft durchaus über spezifisches Erfahrungswissen⁸³. Alltagstheorien sind aber aus wissenschaftstheoretischer Perspektive sozialwissenschaftlichen Theorien systematisch unterlegen⁸⁴. Wissen hat sich in den Sozialwissenschaften, insbesondere der Soziologie, weniger den Wirtschaftswissenschaften⁸⁵, zu einer vorherrschenden wissenschaftlichen Denkweise entwickelt⁸⁶, die mit ihren Beschreibungsangeboten die Erfassung der kognitiven Grundlagen der Verwaltung unterstützen kann.
- *Instrumentenwissen*: Der Blick auf die wissensverarbeitende Verwaltung wird vielfach zeigen, dass überkommene Ordnungsmuster nicht passen. Die Wissensperspektive fordert vom Rechtswissenschaftler dann, neue Institutionen für die Wissensverwaltung zu entwickeln⁸⁷. Dazu muss die Funktionstauglichkeit bestimmter Regelungsstrukturen erfasst und beurteilt werden. Für eingehende Funktionsanalysen fehlt es dem Juristen regelmäßig an einem hinreichend verfestigten Bestand an Alltagswissen, auf den zurückgegriffen werden kann. Ange-

⁸⁰ Siehe oben B.

⁸¹ Zur Unterscheidung verschiedener Ebenen interdisziplinärer Arbeit *Czada*, in: Bizer/Führ/Hüttig, *Responsive Regulierung*, S. 23, 25 f.; für das Verhältnis zu den Sozialwissenschaften *Engel*, *Rechtswissenschaft*, S. 2.

⁸² Wissensordnung ist ein „umfassender institutioneller Rahmen für die Definition und Bewertung von Wissen“, solche Ordnungen „(...) zielen auf die Leitlinien, Prinzipien und normativen Regelungen von Wissensaktivitäten, Informationsbeständen und Kommunikationsvorgängen“, *Trute*, in: H. C. Röhl, *Wissen*, S. 11, 21; zur Wissensordnung als dritte Grundordnung neben Rechts- und Wirtschaftsordnung *Spinner*, *Wissensordnung*; anders der Begriff der Informationsordnung bei *Kloepfer*, *Moderne Technologien*, D 85, der für ein Informationsrecht im Sinne eines Rechtsgebietes und damit für die expliziten informationsbezogene Regeln steht. Insofern besteht kein Bedarf nach außerrechtlichem Wissen.

⁸³ Zu deren Rolle *Eijfert*, *VVDStRL* 67 (2008), S. 286, 312.

⁸⁴ M. w. N. *Lüdemann*, in: Funke/ders., *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, S. 119, 125.

⁸⁵ Die Ökonomie interessiert sich v. a. für Information *Engel*, *Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit*, S. 47.

⁸⁶ Siehe allgemein zur Wissensforschung APuZ 18-20 (2013); auch *Vesting*, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, S. 253, 284: „neue Metatheorie“.

⁸⁷ Zur Suche nach funktionalen Äquivalenten für den Umgang mit Wissen I. *Augsberg*, in: ders., *Ungewissheit als Chance*, S. 1, 5.

sprochen sind damit die Prognose- und Beurteilungsschwierigkeiten bei der sog. Kontext- bzw. Struktursteuerung⁸⁸. Sie lässt sich im Unterschied zu inhaltsbezogener Steuerung weder linear-kausal in subsumtionsfähige Einzelschritte aufgliedern noch erlaubt sie, exakte Aussagen über das Ob und Wie ihrer Wirkungen zu treffen. Zwar können auch die Nachbarwissenschaften kein Sicherheitsnetz eindeutiger Verifizierungen und Falsifizierungen zur Verfügung stellen. Sie bieten aber empirische Aussagen sowie allgemeinere Theorien (etwa Organisations-theorien) an, die dem Rechtswissenschaftler ermöglichen, zu reflektierten Plausibilitätsannahmen zu gelangen.

Im ersten Fall (Wissen über Wissen) optimiert Interdisziplinarität die Überzeugungskraft rechtswissenschaftlicher Problembeschreibungen, während sie im zweiten Fall (Instrumentenwissen) Grundlage für juristische Plausibilitätsurteile ist.

b) Rezeptionstheorie

Interdisziplinarität ist von vielfältigem Nutzen für die Rechtswissenschaft⁸⁹, sie birgt aber auch die Gefahr von Rationalitätsverlusten⁹⁰, wenn „außerrechtliche Bruchstücke uninformiert und unreflektiert“ rezipiert werden⁹¹. Eine Rezeptionstheorie der Rechtswissenschaft⁹², die den Zugriff auf außerjuristisches Wissen anleitet, gibt es bislang allerdings noch nicht; wegen der unterschiedlichen Erkenntnisinteressen, und damit zusammenhängend unterschiedlichen Gefahrenlagen, ist auch zweifelhaft, ob sich allgemeine „Verkehrsregeln“ herausbilden lassen, die den Wissenstransfer zwischen der Verwaltungsrechtswissenschaft und den Nachbarwissenschaften strukturieren⁹³. Deswegen dürfte eine Rezeptionstheorie eher bereichsspezifisch zu entwickeln sein.

Für die Wissensperspektive ist nach den eben beschriebenen zwei Ebenen interdisziplinärer Arbeit zu differenzieren:

Die Risiken bei der Übernahme von Wissen über Wissen sind eher gering zu bewerten. Das liegt daran, dass Wissen wie dargetan zu einem Paradigma geworden

⁸⁸ Schmidt-Abmann, in: HGR II, § 45 Rn. 34; Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 234.

⁸⁹ Allgemein Hilgendorf, JZ 2010, S. 913, 920.

⁹⁰ Skeptisch insbesondere Lepsius, JZ 2005, S. 1, 12; ders., Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, S. 398 ff.; ders., Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, insbesondere S. 7 f.; Schulte, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Informationsgesellschaft, S. 333, 343 ff.; Krebs, in: Schmidt-Abmann, Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, S. 127, 128; zum Ganzen auch Spiecker gen. Döhmman, DVBl. 2007, S. 1074 ff.

⁹¹ Zu den Gefahren Voßkuhle, in: Bauer/Czybulka/Kahl/ders., Umwelt, Wirtschaft und Recht, S. 172, 181–186; allgemein Ewrigmann, in: Bizer/Führ/Hüttig, Responsive Regulierung, S. 215 ff.

⁹² Die Strukturierung des Wissenstransfers ist keine interdisziplinäre, sondern eine juristische Frage etwa Jestaedt, in: ders./Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie, S. 185, 204.

⁹³ Ansätze dazu bei Vesting, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 253, 275 ff., 280; Voßkuhle, in: Bauer/Czybulka/Kahl/ders., Umwelt, Wirtschaft und Recht, S. 172, 181 ff.; Lüdemann, in: Engel/Englerth/ders./Spiecker gen. Döhmman, Recht und Verhalten, S. 7, 49 ff.