



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Systemdenken in Verwaltungsrecht und
Verwaltungsrechtswissenschaft“**

Dissertation vorgelegt von Patrick Hilbert

Erstgutachter: Prof. Dr. Wolfgang Kahl

Zweitgutachter: Prof. Dr. Martin Borowski

Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht

Abstract

Die Dissertation wird 2015 unter dem Titel „Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft“ im Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, in der Reihe „Grundlagen der Rechtswissenschaft (GRW)“ erscheinen.

Die Arbeit beschäftigt sich im Schwerpunkt mit der Frage, wie ‚juristisches Systemdenken‘ unter der gebotenen Trennung von Recht und Rechtswissenschaft möglich ist und verstanden werden sollte, wobei als Referenzgebiet vor allem das Allgemeine Verwaltungsrecht herangezogen wird. Auf Grundlage eines allgemeinen Systembegriffs werden zur Strukturierung der Systemdiskussion drei Unterscheidungen eingeführt und ausgearbeitet: die Unterscheidung zwischen äußeren und inneren Systemen, die zwischen formalen und materialen Systemverständnissen sowie die zwischen dem Rechtssystem und wissenschaftlichen Systemen. Auf ihrer Grundlage wird ein differenzierendes Systemdenken entwickelt, das den Systemgedanken auf das Recht und auf die hiervon zu trennende Rechtswissenschaft in unterschiedlicher Weise anwendet.

Die folgende Kurzzusammenfassung folgt der Gliederung des Buches.

§ 1 Einleitung

Die Einleitung skizziert die Fragestellung der Untersuchung.

§ 2 Systembegriff

In § 2 wird ein allgemeiner Systembegriff entwickelt, der der Untersuchung als Blaupause dient. Der allgemeine Systembegriff wird zurückgeführt auf ein inkludierendes Moment, das eine Mehrheit von Teilen zusammenfasst, und ein strukturierendes Moment, das diese Zusammenfassung strukturiert, indem es regelmäßige Beziehungsgefüge zwischen den Systemelementen konstituiert. In Anlehnung an die von *Claus-Wilhelm Canaris* vorgeschlagenen Begrifflichkeiten, aber mit ihnen inhaltlich *nicht* deckungsgleich, wird das inkludierende Moment als „Einheit“ und das strukturierende Moment als „Ordnung“ bezeichnet. Ein System ist damit jede geordnete Einheit. Dieser allgemeine Systembegriff kann durch die Wahl unterschiedlicher Einheits- und Ordnungskriterien zu beliebig vielen unterschiedlichen konkreten Systembegriffen konkretisiert werden (vgl. auch § 5 II).

§ 3 Systemelemente

In § 3 werden die von der Untersuchung in den Blick genommenen potentiellen Systemelemente näher vorgestellt. Systeme können grundsätzlich aus allen Entitäten gebildet werden. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht kommen vor allem geistige Konstrukte (Normen, Prinzipien etc.) sowie menschliches Verhalten als mögliche Systemelemente in Betracht. Ohne ihre Untrennbarkeit zu verkennen, richtet die Untersuchung ihren Blick im Schwerpunkt auf Sätze (§ 3 I.). Der Kreis potentieller Systemelemente wird hierbei auf Rechtssätze und auf wissenschaftliche Sätze beschränkt. Beide Kategorien werden sodann näher vorgestellt. Bei den Rechtssätzen geht dies mit einer Skizzierung des der Untersuchung zugrunde liegenden positivistischen Rechtsverständnisses einher (§ 3 II.); bei den wissenschaftlichen Sätzen mit einer Skizzierung der Struktur juristischer Begründungen (§ 3 III.). Rechtssätze und wissenschaftliche Sätze können sich zwar sehr ähnlich sehen – so sind etwa eine Rechtsnorm und eine ihre korrespondierende wissenschaftliche Geltungsbehauptung von ihrer Gestalt oft ähnlich. Beide Satzarten müssen aber kategorial unterschieden werden, denn nur Rechtssätze sind verbindlich (und deshalb bei juristischen Entscheidungen zu beachten); wissenschaftliche Sätze können höchstens brauchbar sein.

§ 4 Äußere und innere Systeme

§ 4 widmet sich der geläufigen Unterscheidung von äußeren und inneren Systemen. Äußere Systeme sind klassifikatorische Einteilungen, die vor allem Darstellungszwecken dienen. Innere Systeme sind hingegen alle Systeme, die über klassifizierende Darstellungen hinaus gehen. Die Unterscheidung dient der Untersuchung vor allem zu Zwecken der Abschichtung: Die interessanten Probleme bestehen nur in Hinblick auf die sog. inneren Systeme. Mit ihnen beschäftigt sich die Untersuchung im Weiteren.

§ 5 Materiales und formales Systemverständnis

In § 5 wird eine zweite Unterscheidung eingeführt: die von formalen und materialen Systemverständnissen. Der Begriff Systemverständnis meint dabei das „systemische Vorverständnis“, aus dem heraus der allgemeine Systembegriff konkretisiert wird, indem die Merkmale der Einheit und der Ordnung aus dem Systemverständnis heraus auf eine bestimmte Weise aufgefüllt werden (näher zu den Konkretisierungsmöglichkeiten § 5 II.). *Materiale Systemverständnisse* rücken die inhaltliche Abgestimmtheit der Systemelemente in den Vordergrund. Durch die Ausgestaltung des Einheitskriteriums wird eine möglichst weitgehende Wertungswiderspruchsfreiheit zwischen den Systemelementen angestrebt – ein Umstand, der keines-

wegs selbstverständlich ist, denn es wird auch gezeigt, dass der Gedanke der Widerspruchsfreiheit nicht zwingend mit dem Systemgedanken verbunden ist, sondern der Konnex von System und Wertungswiderspruchsfreiheit erst durch die konkrete Ausgestaltung des Einheitskriteriums erreicht wird (§ 5 III.). *Formale Systemverständnisse* legen ihr Augenmerk auf die Strukturen des Systems; ihr Schwerpunkt liegt in der Ausgestaltung des Ordnungskriteriums. Die beiden Grundtypen juristischer Systemverständnisse werden anhand von Beispielen illustriert, die gleichzeitig die These, dass es eben diese beiden Grundtypen gibt, plausibilisieren. Die Unterscheidung der beiden Systemverständnisse ist nicht als kategorische Gegenübersetzung zu verstehen. Formale Ansätze kommen ohne Inhaltsbetrachtungen genau so wenig aus wie inhaltsorientierte Ansätze ohne formale Strukturen. Die Unterscheidung ist dennoch sehr hilfreich, weil sich alle verwendeten konkreten Systembegriffe dem einen oder anderen Typus zuordnen lassen. Hierdurch lassen sich die unterschiedlichen Verwendungsweisen und Zielrichtungen der Systemterminologie besser erfassen. Die Unterscheidung von formalen und materialen Systemverständnissen ist damit besonders geeignet, die juristische Systemdiskussion zu strukturieren und insbesondere anderen Beschreibungsangeboten, die sich typischerweise in Aufzählungen verschiedener besonderer Systemtypen (z.B. axiomatische Systeme, axiologische Systeme, teleologische Systeme etc.) erschöpfen, überlegen (§ 5 IV. 5.).

§ 6 Systemkritik

Der in letzter Zeit zunehmenden Systemkritik ist § 6 gewidmet. In ihm werden keine Abwehrschlachten geführt, sondern es wird konstruktiv gefragt, welche Einsichten aus der Kritik des Systemdenkens gezogen werden können. Die zentralsten Einwände gegen juristisches Systemdenken führen an, dass das Recht aufgrund seiner Erzeugungsbedingungen notwendig nicht inhaltlich wertungswiderspruchsfrei sein kann und dass juristische Systemargumentationen einer Selbstermächtigung dienen können, indem die Stringenz einer Systemvorstellung sich über das unsystematische Recht lege. Hieran ist richtig, dass das Recht nicht inhaltlich wertungswiderpruchsfrei sein kann, mithin kein materiales System ist, und dass wissenschaftliche Systembildungen immer Eigenleistungen enthalten, die keine Stütze im Recht finden. Beides wird bei der Ausgestaltung des eigenen Systemverständnisses zu berücksichtigen sein.

§ 7 Rechtssystem und wissenschaftliche Systeme

Die dritte Unterscheidung wird in § 7 eingeführt. Anknüpfend an die kategoriale Differenzierung von Rechtssätzen und wissenschaftlichen Sätzen (§ 3), ist zwischen dem Rechtssystem (im Singular) und wissenschaftlichen Systemen (im Plural) zu unterscheiden. Das Rechtssystem ist nur aus Rechtssätzen gebildet. Wissenschaftliche Systeme sind nur aus wissenschaftlichen Sätzen gebildet. Die Unterscheidung ist kategorial; ein dritter Systemtypus, gebildet aus Rechtssätzen und wissenschaftlichen Sätzen ist abzulehnen, denn die strikte Trennung von Rechts und Wissenschaft ist nötig, um der Selbstermächtigungsproblematik (§ 6 III.) entgegen zu wirken (§ 7 I. 3.). Dass die Trennung von Recht und Wissenschaft zwar terminologisch verbreitet ist, in der Sache aber selten durchgehalten wird, wird am Beispiel der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht dargestellt, in der oft das Allgemeine Verwaltungsrecht und allgemeine verwaltungsrechtswissenschaftliche Lehren durchmisch werden (Schizophrenie des Allgemeinen Verwaltungsrechts, § 7 II.). Hierbei werden auch Probleme des Verhältnisses von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis deutlich (§ 7 II. 2.), denn eine Rechtswissenschaft, die nur auf die Praxis bzw. die Übernahme der wissenschaftlichen Ergebnisse durch diese fixiert ist, gibt ihren Selbststand preis. Stattdessen sollte sich die Rechtswissenschaft auf ihr Proprium besinnen, das ist, dass sie befreit von den Zwängen der Praxis (Zeit, Kompromisszwang etc.) agieren kann.

Damit ist nicht gesagt, dass Rechtssystem und wissenschaftliche Systeme, Praxis und Wissenschaft unverbunden nebeneinander stünden. Vielmehr sind mannigfache Verbindungspunkte denkbar und wahrscheinlich. Klarzustellen ist insbesondere, dass die strikte Trennung von Rechtssystem und wissenschaftlichen Systemen nicht bedeutet, dass wissenschaftliche Systeme keine Inhalte des Rechts aufnehmen könnten. Soweit sie dies aber tun, geben sie diese Inhalte nur wieder, sind also deskriptive Aussagen über Recht und nicht normative Rechtssätze. Die Verbindungen von Rechtssystem und wissenschaftlichen Systemen führen allerdings – und das ist der Punkt – nicht zu einem großen Ganzen, sondern es ist von einer vielschichtigen Rechtswissenschaft auszugehen, denn nur eine solche kann Recht und Praxis gleichzeitig stützend kommentieren *und* kritisieren (oder sich in bestimmten Ausprägungen auch nur marginal für beide interessieren). Die Vermutung, dass das Rechtssystem und wissenschaftliche Systeme sich gegenseitig ergänzen können ohne es zu müssen und dabei ihre jeweilige Identität und Eigenrationalität bewahren können, wird Ergänzungshypothese genannt (§ 7 III., siehe auch § 7 II. 3.). Der Austarierung eines entsprechenden Verständnisses von Rechtssystem und wissenschaftlichen Systemen wendet sich die Untersuchung in den nächsten beiden Paragraphen zu.

§ 8 Formales Rechtssystem

In § 8 wird der allgemeine Systembegriff auf einen Rechtssystembegriff hin konkretisiert, wobei dies aus einem formalen Systemverständnis heraus geschieht. Das Rechtssystem ist hiernach ein Strukturzusammenhang von Rechtssätzen, der seine eigene Erzeugung regelt, wobei die Stufenbaulehre von *Adolf Julius Merkl* und *Hans Kelsen* zugrunde gelegt wird. Wertungswiderspruchsfreiheit zwischen den Rechtssätzen – d.h. ein materiales System – wird hingegen nicht gefordert. Dies müsste nur anders sein, wenn das positive Recht seine eigene Wertungswiderspruchsfreiheit verbindlich forderte. In Auseinandersetzung mit der Kohärenzdebatte aus dem Unionsrecht und der Systemgerechtigkeitsdebatte aus dem deutschen Verfassungsrecht kann allerdings festgehalten werden, dass die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland nur in ganz geringen Maße ihre inhaltliche Widerspruchsfreiheit verbindlich vorschreibt (§ 8 IV. 2.), der formale Ansatz also auch mit dem positivrechtlichen Befund vereinbar ist.

Neben einer Beschreibung der Akteure und der Grenzen der Rechtssystembildung (§ 8 II.) können außerdem die Funktionen des formalen Verständnisses des Rechtssystems herausgestellt werden (§ 8 III.): Es hilft, überhaupt zu erkennen, was Recht ist. Es ermöglicht aber auch, die Grenzen des Rechts zu erkennen und damit die Freiräume zu identifizieren, die das positive Recht für seine Konkretisierung auf nachfolgenden Stufen lässt. Schließlich können durch den formalen Ansatz die Akteursrollen, d.h. wer berechtigt ist, die Freiräume verbindlich aufzufüllen, und wer hierfür nur Vorschläge unterbreiten kann, klar zugeordnet werden.

§ 9 Materiale wissenschaftliche Systeme

Wissenschaftliche Systeme werden in § 9 hingegen als materiale Systeme verstanden, die auf inhaltliche Widerspruchsfreiheit zielen, wenngleich für eine beschränkte inhaltliche Reichweite der jeweiligen Systementwürfe plädiert wird (§ 9 I.). Sie können anders verstanden werden als das Rechtssystem, weil wissenschaftliche Systeme eigene Konstruktionsleistungen der Wissenschaft sind, die das Rechtssystem gerade nicht nur abbilden (§ 9 II. 1.). Deshalb ist ein materiales System ‚im‘ Recht gerade keine Voraussetzung für ihre Bildung. Dem liegt ein Verständnis von Rechtswissenschaft zugrunde, das sie nicht auf bloße Deskription beschränkt und in diesem Zuge der Rechtswissenschaft auch eine rechtspolitische Dimension zuspricht, wobei Rechtspolitik nicht nur als Vorschlag für die Gestaltung von Gesetzen, sondern für die Gestaltung allen Rechts verstanden wird und damit beispielsweise auch das Optieren für einen bestimmten Auslegungsvorschlag erfasst (§ 9 II. 2.).

Wissenschaftliche Systembildung lässt sich – wie jede rechtswissenschaftliche Arbeit – idealtypisch dergestalt beschreiben, dass sie auf *drei verschiedenen Ebenen* stattfindet, die sich in ihrer Abstraktionshöhe und ihrem Anwendungsbezug sowie ihren Funktionen unterscheiden (§ 9 III.): Auf der *obersten* Ebene, die sehr abstrakt ist und kaum Anwendungsbezug hat, werden wissenschaftliche Systeme gebildet, die herkömmlicherweise den „Grundlagenfächern“ zugeordnet werden. Sie treten mit dem Rechtssystem nicht wirklich in ein Ergänzungsverhältnis. Auf der *unteren* Ebene werden wissenschaftliche Systeme mit starkem Bezug zur Anwendung des geltenden Rechts gebildet. Dort findet das statt, was typischerweise „Dogmatik“ genannt wird. Und auf der *dazwischen* liegenden *mittleren* Ebene werden wissenschaftliche Systeme gebildet, die zwar noch Bezug zum geltenden Recht haben, aber denen es weniger um konkrete Einzelfragen geht, sondern die vielmehr die größeren Linien betrachten. Auf unterer und mittlerer Ebene haben wissenschaftliche Systemen eine *Angebotsfunktion*. Die Angebote richten sich an verschiedene Adressaten. Wissenschaftliche Systeme auf der *unteren* Ebene richten sich vor allem an die tägliche Entscheidungspraxis der Verwaltung und der Gerichte. Die Wissenschaft entwickelt Vorschläge zur Auslegung sowie Lückenfällung mit Blick auf die Praxis. Sie dockt damit genau an die Freiräume an, die bei der formalen Betrachtung des Rechtssystems offenbar werden und unterbreitet den Kompetenzträgern *Vorschläge* zu ihrer Auffüllung. Diese Vorschläge können stabilisierend wirken. Sie können aber auch die gängige Praxis kritisieren und damit alternative Wege aufzeigen. Die wissenschaftlichen Systeme auf der *mittleren* Ebene adressieren hingegen vor allem die Gesetzgeber, die in ihrer Arbeit ebenfalls bestätigt oder kritisiert werden. Insbesondere können vor dem Hintergrund der Systeme auf der mittleren Ebene Sonderentwicklungen aufgespürt und Änderungsvorschläge de lege ferenda entwickelt werden. Auch insoweit treten die unverbindlichen wissenschaftlichen Systeme in ein Ergänzungsverhältnis mit dem Rechtssystem, indem sie Angebote unterbreiten, wie es aussehen könnte. Ob es so kommt, liegt aber nicht mehr in ihrer Hand. Die wissenschaftlichen Systeme auf der mittleren Ebene können darüber hinaus auch wissenschaftliche Systeme auf der unteren Ebene analysieren und Angebote für *ihre* Gestaltung unterbreiten. Das zeigt, dass sich die Funktion wissenschaftlicher Systeme *nicht* in einer Ergänzungsrolle zum Rechtssystem erschöpft.

Hieran wird deutlich, dass es eine unüberblickbare Vielzahl wissenschaftlicher Systeme auf unterschiedlichen Ebenen und mit unterschiedlichen Zielrichtungen und Funktionen gibt. Die Folge ist inhaltliche Pluralität. Und einige dieser wissenschaftliche Systeme können zum Rechtssystem in ein partielles Ergänzungsverhältnis treten (Ergänzungsthese, § 9 V.). Hierbei nehmen sie keine rechtliche Autorität in Anspruch, wodurch die Selbstermächtigungsproble-

matik vermieden wird und die stabilisierenden sowie kritisierenden Funktionen wissenschaftlicher Systeme legitim zur Geltung kommen können. Ihre Funktionen erschöpfen sich aber nicht in diesem Ergänzungsverhältnis.

Vor diesem Hintergrund können die Art und Weise der Systembildung und vor allem ihre Grenzen beleuchtet werden (§ 9 VI.). Sofern sich wissenschaftliche Systeme der unteren und mittleren Ebene auf das geltende Recht beziehen, kann dieses ihnen Grenzen setzen (§ 9 VI. 3. b)).

Abschließend lassen sich die Ergebnisse an der Diskussion über die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht spiegeln. Zum einen kann angeknüpft werden an die Diskussion über Dogmatik (§ 9 VII. 1.). Dogmatiken sind wissenschaftliche Systembildungen auf der unteren Ebene – und der Begriff sollte für sie reserviert bleiben und nicht auf die Tätigkeit auf der mittleren Ebene ausgedehnt werden (§ 9 VII. 1. c) dd)). Die obige Analyse kann dabei eine doppelte Fehlvorstellung von Dogmatik aufdecken, nämlich dass diese nur ein System sei, das sich zudem als „Gemeinschaftsleistung“ von Wissenschaft und Praxis darstelle. Es wurde gezeigt, dass wenn dogmatische Systeme die Praxis stabilisieren und kritisieren wollen, es mehrere Systeme geben muss und es tatsächlich eine Vielzahl gibt. Es gibt deshalb nicht nur eine Dogmatik, sondern viele, die in einem institutionellen Rahmen Pluralität erzeugen. Und aus der Trennung von Rechtssystem und wissenschaftlichen Systemen folgt zudem, dass wissenschaftliche Systeme nur von Wissenschaftlern gebildet werden können (§ 9 VI. 1.). Dogmatik wird nur von Wissenschaftlern betrieben, die allerdings mit der Praxis in einer Kommunikationsbeziehung stehen, da sich wissenschaftliche Dogmatik und Praxis gegenseitig Material für ihre jeweiligen Tätigkeiten liefern (§ 9 VII. 1. c) bb)).

Zum anderen wird an den steuerungswissenschaftlichen Ansatz in der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskussion angeknüpft (§ 9 VII. 2.). Der bei diesem Ansatz häufig betonten Gefahr der Selbstermächtigung kann – wie gezeigt – durch eine klar durchgehaltene Trennung von Rechtssystem und wissenschaftlichen Systemen begegnet werden, die derzeit noch zu schwach ausgeprägt ist. Darüber hinaus würde es die berechtigten Anliegen des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes stärken, wenn bei ihm stärker zwischen den drei Ebenen rechtswissenschaftlichen Arbeitens differenziert würde, insbesondere wenn die Unterschiede zwischen der unteren und der mittleren Ebene stärker berücksichtigt würden. Dadurch könnte auch die Diskussion um das Verhältnis von „klassischer Dogmatik“ und „steuerungswissenschaftlichem Ansatz“ etwas entzerrt werden, weil Dogmatik nur auf der unteren Ebene stattfindet und somit auch nur dort Kollisionen drohen.

§ 10 Schlussbetrachtung

Die Schlussbetrachtung fasst die wesentlichen Gedanken der Arbeit zusammen und benennt Anschlussfragen für die zukünftige Forschung. Ungeklärt ist beispielsweise die Frage, wie weit die inhaltliche Reichweite materialer wissenschaftlicher Systeme in den unterschiedlichen Konstellationen gesteckt werden sollte und was die Parameter für die Antwort(en) sind. Vor allem aber verdient die formale Seite des Systemdenkens eine stärkere Profilierung, aber auch Kritik, an der sie sich, etwa gegenüber Netzwerkkonzeptionen, bewähren müsste.