

Erstes Kapitel Verwaltungsrechtsvergleichung und der amerikanischen „Administrative State“

Erster Abschnitt Amerikanisch-deutsche Verwaltungsrechtsvergleichung

Interesse an fremden Rechtsordnungen und rechtsvergleichendes Arbeiten haben im Verwaltungsrecht eine lange Geschichte. Zwischen den europäischen Rechtsordnungen sind sie heute schon zu einer Selbstverständlichkeit geworden.¹ Auch zwischen dem amerikanischen und dem deutschen Verwaltungsrecht hat es immer wieder wissenschaftliche Austauschbeziehungen gegeben. Wenn diese Interessen in jüngerer Zeit durch die Fülle der innereuropäischen Rechtsvergleichung etwas in den Hintergrund gedrängt sein sollten, so gilt es, sie wieder zu aktivieren und zu intensivieren.² „Das amerikanische Verwaltungsrecht stellt den markantesten Gegenentwurf zum Verwaltungsrecht französisch-deutscher Tradition dar.“³ Die USA haben es auf der Grundlage ihrer Verfassung von 1787 von Anfang an unternommen, ein *demokratisches* Verwaltungsrecht zu schaffen, und das zu einer Zeit, als europäische Staaten sich mühsam anschickten, ihre monarchischen Verwaltungen nach und nach rechtlich zu disziplinieren.⁴ Trotz dieser Tradition begegnen Verwaltung und Verwaltungsrecht aber gerade

1 Repräsentativ das von *v. Bogdandy/Cassese/Huber* herausgegebene Gemeinschaftswerk „Ius Publicum Europaeum“ – IPE –, von dessen bisher erschienenen sechs Bänden vier dem Verwaltungsrecht gewidmet sind, und zwar Bd. 3: Grundlagen (2010), Bd. 4: Wissenschaft (2011), Bd. 5: Grundzüge (2014), Bd. 8: Verwaltungsgerichtsbarkeit (2019) sowie in englischer Sprache als *The Max Planck Handbooks in European Public Law – MPHEPL* –, Vol. 1: *The Administrative State* (2017).

2 Zur Einführung *Parker*, *Das Öffentliche Recht, Verfassungsrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*, bes. 85 ff.; *Riegert*, *Das amerikanische Administrative Law*; *Linneweber*, *Einführung in das US-amerikanische Verwaltungsrecht*; *Brugger*, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, 203 ff.; *M. Schladebach/S. Schönrock*, *Grundstrukturen des Verwaltungsrechts in den USA*, *VerwArch* Bd. 93, 2002, 100 ff.; *W. Heun*, *Geschichte des Verwaltungsschutztes in den USA*, in: *Sommermann/Schaffarzik*, *Handbuch II*, 1657 ff.; (knapp auch) *Hay*, *US-amerikanisches Recht*, Rn. 80 ff.

3 So *Oliver Lepsius*, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, 1.

4 Am Beispiel des öffentlichen Dienstrechts jüngst herausgearbeitet von *Roßbach*, *Das Personal der Republik*, Diss. Berlin 2018 (i.E.). Ich danke dem Verfasser dafür,

in den Vereinigten Staaten bis heute auch immer wieder grundsätzlichen Zweifeln.⁵

A. Ähnlichkeiten und Kontraste

- 2 Interessen an fremden Rechtsordnungen und Rechtsvergleichung gedeihen in einem Wechselspiel von Nähe und Ferne, von Ähnlichkeit und Kontrast.⁶

I. Drei Eckpunkte

- 3 Ähnlichkeit signalisieren die für beide Rechtsordnungen wichtige Verankerung in einer normativen Verfassung, ihre Eingliederung in ein föderales System und eine ausgeprägte Gerichtszentriertheit ihres Denkens. Ein zweiter Blick lässt aber auch deutliche Unterschiede hervortreten:⁷
 - Die *Verfassungen* entstammen ganz unterschiedlichen Perioden und haben ganz unterschiedliche Strukturen:⁸ Das Grundgesetz ist eine bewusst breit ausgreifende Verfassung, die relativ einfach zu ändern ist und im Laufe ihrer 71-jährigen Geschichte bereits über 60 Änderungen

dass er mir die Schrift schon in der Fassung des Manuskripts zugänglich gemacht hat.

- 5 Prominent die Kritik von Chief Justice Roberts in seinem dissentierenden Votum 569 U.S. 290, 315 (2013) *City of Arlington v. Federal Communications Commission*: „It would be a bit much to describe the result as ‘the very definition of tyranny,’ but the danger posed by the growing power of the administrative state cannot be dismissed.“ Dieses Diktum wiederum zum Bezugspunkt einer Gegenposition nehmend *Jeremy Mashaw*, Reasoned Administration and Democratic Legitimacy, 2018, S. VII f. und pass. Weiter → 1/25-56 und → 6/4–40.
- 6 *Cane*, Controlling Administrative Power, 13: „Comparative study of government, constitutions, law and legal institutions of the explanatory sort undertaken here is most fruitful when the systems being compared are at one and the same time sufficiently similar to make comparison meaningful and possible, and sufficiently different to make it illuminating.“
- 7 Knappe, treffende Bemerkungen dazu bei *D. Halberstam*, The Promise of Comparative Administrative Law: A Constitutional Perspective on Independent Agencies, in: Rose-Ackerman/Lindseth/Emerson, Comparative Administrative Law, 139 ff.
- 8 *W. Brugger*, Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des Grundgesetzes, in: AöR 126, 2001, 337 ff., abgedr. auch in: *ders.*, Demokratie, Freiheit, Gleichheit, § 1.

erfahren hat. Die Verfassung der USA ist demgegenüber eine statische Verfassung. Zunächst beschränkte sie sich überhaupt nur auf Fragen der bundesstaatlichen Organisation. Sie wurde dann zwar schnell um die ersten zehn Zusatzartikel, die Bill of Rights (1791), erweitert. Insgesamt aber ist sie in ihrem mehr als 230-jährigen Leben nur siebenundzwanzigmal ergänzt worden. Sie ist folglich auf ganz andere Art als das Grundgesetz gewohnt, den Wandel der gesellschaftlichen und politischen Verhältnisse ohne Textänderungen zu bewältigen.⁹

- Die *föderalen Systeme* beider Länder unterscheiden sich erheblich:¹⁰ Während in Deutschland die Länder über ihre Regierungen im Bundesrat an der Bundesgesetzgebung mitwirken und ihnen grundsätzlich auch der Vollzug der Bundesgesetze obliegt, ist den USA ein solcher „Exekutivföderalismus“ fremd. Nach dem Konzept des „dual federalism“ sind der Bund und Gliedstaaten klar voneinander getrennt und unabhängig. Im Senat sind nicht die Regierungen der Bundesstaaten vertreten, sondern es sitzen dort Senatoren, die in den Staaten direkt vom Volk gewählt worden sind. Der Bund vollzieht seine Gesetze grundsätzlich durch eigene Behörden und kann die Staaten in den Vollzug nur auf freiwilliger Grundlage einbinden.
- Die *Gerichtsbarkeiten* beider Länder sind unterschiedlich organisiert. Die USA folgen einem monistischen Konzept, während Deutschland zwischen ordentlichen Gerichten und Verwaltungsgerichten trennt, diese allerdings beide (anders als etwa in Frankreich) ohne Unterschiede der Dritten Gewalt zurechnet. Vor allem aber ist es der Rechtsschutzauftrag, der neben Gemeinsamkeiten auch erhebliche Unterschiede aufweist: Die deutschen Gerichte wollen einen im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG extensiv interpretierten effektiven Schutz individueller Rechte leisten, indem sie Verwaltungsentscheidungen grundsätzlich vollumfänglich überprüfen. Auch die amerikanischen Gerichte sind sich ihrer Verantwortung für die Sicherung bürgerlicher Freiheiten durchaus bewusst. Dafür steht schon die Garantie des „due process“. Aber die Gerichte sehen auch, dass sie mit ihren Entscheidungen in den Zuständigkeitsbereich demokratisch gewählter Amtsträger intervenieren. Dieses „counter-majoritarian“ Dilemma der Justiz, das in den

9 Dazu mit weit. Nachw. G. N. Magliocca, Constitutional Change, in: Tushnet/Graber/Levinson, U.S. Constitution, 909 ff.

10 Vgl. Hanschel, Konfliktlösung im Bundesstaat, 82 ff. und 329 ff.; Hestermeyer, Eigenständigkeit und Homogenität in föderalen Systemen, 93 ff.; → 2/69-91.

USA stärker betont wird als in Deutschland, kann eine in der Sache zurückhaltende gerichtliche Kontrolle nahelegen.¹¹

II. Weitere Rahmenbedingungen

- 4 Zu den wichtigen Punkten, die bei allen vergleichenden Betrachtungen im Auge behalten werden müssen, zählen weiterhin die unterschiedlichen Regierungssysteme und Rechtstraditionen, in die das Verwaltungsrecht eingebunden ist.

1. Präsidiales versus parlamentarisches Regierungssystem

- 5 Das amerikanische Präsidialsystem kennt zwei gleichermaßen unmittelbar demokratisch legitimierte Machtzentren: den Kongress *und* den Präsidenten.¹² Beide sind von der Verfassung unmittelbar mit eigenen Kompetenzen ausgestattet.¹³ Dieser Umstand verändert die Rolle des Gesetzes gegenüber dem, was in einem parlamentarischen System über Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes zu sagen ist, erheblich. Spricht ihre eigenständige demokratische Legitimation für eine stärkere Stellung der Exekutive, so ist andererseits in Rechnung zu stellen, dass innerhalb des Exekutivbereichs zwischen dem Präsidenten und dem Verwaltungsapparat getrennt werden muss (→ 2/10–14). Faktisch ergibt sich ein *dreipoliges Beziehungsgeflecht*, in dem neben dem Kongress und dem Präsident bestimmte Teile der Verwaltung als eigenständige Akteure auftreten und im Ergebnis größere Hand-

11 Vgl. *Massey*, American Constitutional Law, 37 ff. und 70 ff.; *M. Brandon*, Constitutionalism, in: Tushnet/Graber/Levinson, U.S. Constitution, 763, 768 ff.; (die Kritik relativierend) *Tribe*, American Constitutional Law, § 3–6. Zur Reduktion der gerichtlichen Kontrolldichte → 4/111–113 und 124–135 sowie → 6/34–40 und 67–70.

12 Vgl. *St. Griffin*, The Executive Power, in: Tushnet/Graber/Levinson, U.S. Constitution, 343 ff.; *A. W. Bradley/C. Pinelli*, Parliamentarism, in: Rosenfeld/Sajó, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 650, 657; *Calabresi/Silverman/Braver*, The U.S. Constitution and Comparative Constitutional Law, 441 ff.; *P. Strauss*, Politics and agencies in the administrative state: the U.S. case, in: Rose-Ackerman/Lindseth/Emerson, Comparative Administrative Law, 44 ff.

13 Dazu 343 U.S. 579 (1952) *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*; auch → 2/9–30.

lungsspielräume genießen als Verwaltungen in parlamentarischen Regierungssystemen.¹⁴

Das hat wiederum Konsequenzen für die Instrumente, mit denen der Kongress seinen Einfluss durchzusetzen bestrebt sein muss.¹⁵ In Zeiten eines „divided government“ ist das evident. Es gilt aber auch dann, wenn Präsident und Kongressmehrheit derselben Partei angehören. „Legislative leaders have their own weapons for pursuing the bureaucracy in their direction – most importantly, they can threaten the agency with reduced funds if it does not follow their priorities“.¹⁶ Besonders dort, wo die Gesetzgebung zu weitgefassten Rechtsetzungsermächtigungen an die Exekutive greift, muss es ihr natürliches Interesse sein, die Ausübung delegierter Kompetenzen an strikte Verfahrensregeln, Kontrollen und Rückholoptionen zu binden. In parlamentarischen Systemen besteht dieser Druck nicht in demselben Maße, denn hier hat die die Regierung tragende Parlamentsmehrheit über diese an den ministeriellen Steuerungs- und Kontrollmechanismen teil.

Fragen dieser Art sind zwar primär ein Gegenstand des Verfassungsrechts und der Verfassungspolitik.¹⁷ Sie können aber auf das Verständnis verwaltungsrechtlicher Institute ausstrahlen: Die besonders aufwändigen Verfahren der administrativen Normsetzung, des „rulemaking“, oder die Vorliebe des Kongresses für neue Verwaltungseinheiten, die gegenüber der präsidentialen Exekutive einen gewissen Unabhängigkeitsstatus genießen, die „independent agencies“ unterschiedlichen Typs, lassen sich mit solchen System-eigenheiten erklären und müssen, wenn es um die Frage ihrer Übertragbarkeit in andere Rechtsordnungen geht, mit großer Vorsicht behandelt werden. 6

14 Treffend *Cane*, Controlling, 311: „Because of the Constitutional division, between Congress and the President, of power in relation to and over the bureaucracy, the bureaucracy effectively has two masters and, as a result, enjoys a degree of autonomy from both much greater than the bureaucracy in England or Australia“.

15 Zum Folgenden *Strauss*, Justice, 5 ff.; *Rose-Ackerman*, Umweltrecht und -politik, 19 ff.; *dies./Egidy/Fowkes*, Due Process of Lawmaking, 9 ff.; *B. Ackerman*, Good-bye, Montesquieu, in: *Rose-Ackerman/Lindseth/Emerson*, Comparative Administrative Law, 38, 41–43.

16 *B. Ackerman*, ebd., 41.

17 Vgl. *Ph. Dann*, The Gubernative in Presidential and Parliamentary Systems, ZaöRV 66, 2006, 1 ff.

2. Common law versus civil law Traditionen

- 7 Das Verwaltungsrecht der USA steht in der Tradition des common law. Aus dieser heraus ist es entwickelt worden.¹⁸ Das common law bot mit seinen Klagearten die ersten Ansätze, sich gegen die administrativen Zugriffe zur Wehr zu setzen. Sein Schadensersatzrecht eröffnete die Möglichkeit, Fehlverhalten von Amtsträgern zu sanktionieren.¹⁹ Seine richterzentrierte Sicht schuf Distanz gegenüber staatlichen Regulierungswünschen, während seine Ausrichtung an Präjudizien („precedents“) und sein fallbezogen-konkreter Problemzugriff über genügend Flexibilität verfügten, um auf die Herausforderungen des Verwaltungsalltags angemessen zu reagieren.²⁰ Das sind Charakteristika, die auch heute für manchen den Kern eines seiner common law Traditionen bewussten Verwaltungsrechts ausmachen, die es zu bewahren und gegebenenfalls wiederherzustellen gelte.²¹
- 8 Die Traditionen dürfen jedoch nicht den Blick auf das Verwaltungsrecht der Gegenwart verstellen. Das amerikanische Verwaltungsrecht ist heute ebenso wie die kontinentalen Verwaltungsrechtsordnungen primär durch das *Gesetzesrecht* bestimmt.²² Dafür steht der Administrative Procedure Act als ein auch das allgemeine Verwaltungsverfahrens-, das Verwaltungsinformations- und das Verwaltungsprozessrecht umfassendes Gesetz. Dafür steht mehr noch die Fülle der Fachgesetze. Die komplexen Aufgaben der Wirtschaftsregulierung und der sozialrechtlichen Massenverwaltung waren mit einem gerichtszentrierten Verwaltungsrecht nicht zu bewältigen. Sie

18 Vgl. nur *Lepsius*, Verwaltungsrecht, bes. 37 ff.; Besprechungsaufsatz dazu von *Th. Henne*, Die kontinentaleuropäischen Wurzeln des amerikanischen Verwaltungsrechts, in: *Ius Commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte* 25, 1998, 367 ff.

19 Dazu nur *Freund*, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, 95 ff.; *Bressman/Rubin/Stack*, The Regulatory State, 45 ff.; *W. Heun* (Fn. 2), in: *Sommermann/Schaffarik*, Handbuch II, 1658 f., aber auch 1663; ferner → 4/139 ff.

20 Zu diesen Eigenschaften des common law *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 5 Rn. 1 ff.; *Hay*, US-Amerikanisches Recht, Rn. 19 ff.; ferner die Gegenüberstellung bei *Calabresi/Silverman/Braver*, The U.S. Constitution and Comparative Constitutional Law, 84 ff.

21 Zum „libertarian administrative law“ → unten 1/45–47.

22 *Gellborn*, 651: „At every level of government, the common law has been displaced as the dominant system of social regulation“. *O. Lepsius*, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: *Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, in: *DV Beiheft* 7 (2007), 319, 341 f. Weiter → 2/50–53.

bedurften vielmehr der Strukturierung durch den Gesetzgeber und der weiteren Ausformung durch verwaltungseigene Rechtssätze. Das zeigte sich schon gegen Ende des 19. Jahrhunderts.²³ In den letzten Jahrzehnten hat die Regelungsdichte der gesetzlichen Programme nicht nur in verfahrensrechtlicher, sondern auch in materiell-rechtlicher Hinsicht erheblich zugenommen.²⁴ Die prägende Bedeutung des Fachrechts für das Verwaltungsrecht insgesamt träte noch deutlicher hervor, wenn man sich in den USA nicht darauf beschränkte, unter „Administrative Law“ nur die allgemeinen Lehren zu verstehen (→ 1/10–11).

Mit diesen Vorgaben der Gesetze muss sich die Verwaltung und müssen 9 sich im Streitfall die Gerichte zunächst einmal auseinandersetzen (→ 2/61–68). Wie das im Einzelnen geschieht, wird im deutschen und im amerikanischen Recht unterschiedlich beantwortet. Hier bringen sich die Denkgewohnheiten des common law, vor allem die starke Faktenorientierung des Normverständnisses, weiter zur Geltung.²⁵ Ein so zentrales Anliegen wie die „Gesetzmäßigkeit der Exekutive“ stellt sich folglich diesseits und jenseits des Atlantiks in seinen einzelnen Umsetzungserscheinungen durchaus unterschiedlich dar. Das ist allerdings auch innerhalb der kontinentalen Verwaltungsrechtsordnungen nicht anders. Die tradierten „Rechtsfamilien“ haben jedenfalls im Verwaltungsrecht nur die Funktion einer ersten Orientierung.²⁶ Sie sensibilisieren für Unterschiede und warnen vor übereilten Konvergenzannahmen. In diesem Sinne sind die common law Traditionen des amerikanischen Verwaltungsrechts für den Vergleich nach wie vor wichtig. Sie manifestieren sich weniger in bestimmten Rechtsinstitu-

23 W. J. Novak, *The Administrative State in America*, in: MPHEPL I, 98. 110: „By 1932, the common law tradition, that had shaped and ruled so much of public and private life through the early nineteenth century, had been displaced as a principle tool of American governance. And a regime of constitutional law, positive legislation, and administrative regulation assumed prominence“. Im Ergebnis ähnlich *Cane, Controlling*, 519: „Judge-made law came to be understood as a category of rules supplementary to legislation rather than a qualitatively different mode of law-making“.

24 Zu Unterschieden in der Regelungsdichte der Gesetze der 1960er und 70er Jahre gegenüber dem New Deal *Sunstein, After the Rights Revolution*, 29 f.

25 Dazu *Kischel, Rechtsvergleichung*, § 5 Rn. 35: „Denn der durch Auslegung zu ermittelnde Inhalt der Gesetze wird von Fall zu Fall entwickelt und die dabei über diesen Inhalt aufgestellten Rechtssätze unterliegen ihrerseits wieder vollumfänglich den Regeln über Präjudizien“.

26 Dazu mit Nachw. *E. Schmidt-Aßmann, Zum Standort der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht*, in: *ZaöRV* 78, 2018, 807, 834 f.

ten als in einer vom Fall ausgehenden prozessorientierten Denkhaltung.²⁷ Ihre Ausrichtung auf den einzelnen Fall und die für ihn konstitutiven Fakten sind auch der Grund für eine im Vergleich zu Deutschland ungewöhnlich intensive *empirische Abstützung* verwaltungsrechtlicher Lehrmeinungen. Genaue statistische Auswertungen administrativer oder richterlicher Entscheidungspraxen etwa oder Ergebnisse der Implementations- und Wirkungsforschung gehören zum üblichen Arsenal juristischen Argumentierens.²⁸

III. „Administrative Law“ und „Verwaltungsrecht“ – „Spektralverschiebung“ der Schlüsselbegriffe

- 10 Vor allem aber ist es der unterschiedliche Zuschnitt dessen, was als „Verwaltungsrecht“ bzw. „Administrative Law“ verstanden wird, der bei allen Vergleichen im Auge behalten werden muss. Beide Begriffe sind nur auf einer gewissen Bandbreite deckungsgleich, haben aber sonst einen unterschiedlichen Fokus:

Das *deutsche Verwaltungsrecht* ist in einem dreifachen Sinne ein umgreifendes „Recht der Verwaltung“: Es umfasst erstens alle Verwaltungsebenen (Bund, Länder und Gemeinden); es umfasst zweitens die allgemeinen Lehren ebenso wie die besonderen Regelungen des Fachrechts; und es umfasst drittens prozedurales und materielles Recht. In der akademischen Behandlung liegt der Schwerpunkt allerdings bei Vorgängen der Landes- und Kommunalverwaltungen, während die Tätigkeiten der Bundesbehörden, etwa die politisch interessanten Tätigkeiten der Bundesnetzagentur oder des Bundeskartellamtes nur selten das Anschauungsmaterial bilden. „Verwaltungsrecht“ erscheint so vorrangig als das Recht der Verwaltung vor Ort und im alltäglichen Kontakt mit dem Einzelnen: Bau- und Gewerbe genehmigungen, Polizei, Straßen, gemeindliche Einrichtungen, Schulwesen, Bauleitplanung.

Gegenstand des *amerikanischen Administrative Law* sind dagegen nur die allgemeinen Lehren, vor allem das Verwaltungsverfahrenrecht und der

27 Kischel, Rechtsvergleichung, § 5 Rn. 40 ff.; Lepsius (Fn. 22), in: DV Beiheft 7 (2007), 319, 320 ff.; Somek, Zwei Welten der Rechtslehre und die Philosophie des Rechts, JZ 2016, 481 ff.

28 Lepsius, ebd., 335 f. Zu Schwächen der deutschen Lehre A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: GVWR I, § 1 Rn. 29 ff.

Rechtsschutz in Verwaltungssachen.²⁹ Die meisten Lehrbücher behandeln davon überhaupt nur das Recht der Bundesverwaltung und setzen hier den Schwerpunkt bei der politisch ambitionierten Regulierung von Wirtschaft und Umwelt.³⁰ Ein für das deutsche Verständnis von Verwaltungsrecht so wichtiges Gebiet wie das Polizeirecht fehlt in den Darstellungen nahezu vollständig.³¹ Nicht, dass es in den USA verwaltungsrechtliche Vorschriften und Gerichtsentscheidungen nicht auch auf der Ebene der Bundesstaaten und der lokalen Verwaltungsträger gäbe, die sich mit ortsnahen Planungen, Vollzugsvorgängen und Dienstleistungen beschäftigten! Es gibt sie in großer Fülle.³² Aber dieses Anschauungsmaterial wird selten genutzt.³³ In den Lehrbüchern, in den Zeitschriften und im Curriculum der führenden

-
- 29 *Aman/Mayton*, Administrative Law, 3: „... in the United States, administrative law is not about the substance of what agencies do. Instead, it is about the structures and processes by which they do what they do“. Ähnlich *Koch/Murphy*, Administrative Law and Practice, § 1.10, unter Bezugnahme auf *Landis*, The Administrative Process, 2; ferner *Hickman/Pierce*, 3; *Riegert*, Administrative Law, 19 ff.; *Lepsius*, Verwaltungsrecht, 290 ff.; *H. D. Jarass*, Besonderheiten des amerikanischen Verwaltungsrechts im Vergleich, DÖV 1985, 377, 379.
- 30 So *Bignami/Zaring*, Comparative Law and Regulation, Introduction 1 (6): „In the case of the United States, administration is largely synonymous with regulation“. Ähnlich *O. Lepsius*, Regulierungsrecht in den USA: Vorläufer und Modell, in: *Fehling/Ruffert*, Regulierungsrecht, § 1 Rn. 84: Regulierungsrecht in den USA als „systembildender“ Normalfall“; darstellend auch *D. H. Rosenbloom*, Administrative Law and Regulation, in: *Rabin/Hildreth/Miller*, Handbook of Public Administration, 635, 651 ff.
- 31 Ebenso *W. Heun* (Fn. 2), in: *Sommermann/Schaffarzik*, Handbuch II, 1678 f. Im Zentrum des Polizeirechts stehen in den USA die Verbrechensbekämpfung und entsprechende Ermittlungstätigkeiten, die dem „criminal procedure law“ zugeordnet werden; vgl. *Walker/Hemmens*, Legal Guide for Police. Der Begriff der „police power“ ist dagegen wesentlich breiter; er umfasst ganz allgemein die Ordnungsmacht des Staates zur Definition und Durchsetzung von Gemeinwohlzielen, gegebenenfalls mit Zwangsmitteln; grundlegend *Freund*, The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights § 3: „it aims directly to secure and promote the public welfare, and it does so by restraint and compulsion“. Zur Entwicklungsoffenheit des Begriffs heißt es dort weiter: „It will reveal the police power not as a fixed quantity, but the expression of social, economic and political conditions. As long as these conditions vary, the police power must continue to be elastic, i. e. capable of development“. Zur Abgrenzung von anderen rechtseinschränkenden staatlichen Aktivitäten vgl. dort §§ 25 ff.
- 32 Anschaulich *N. M. Davidson*, Localist Administrative Law, 126 Yale L. J. 564 (2016).
- 33 Darstellungen finden sich bei *Asimow/Levin*, State and Federal Administrative Law; *Briffault/Reynolds*, State and Local Government Law; *Mandelker/Wegner/Griffith/Bond/Tyson*, State and Local Government in a Federal System. Das breit ange-

Law Schools, – kurz: auf dem *Forum*, das die Problemwahrnehmung und die wissenschaftlichen Diskussionen prägt, sind die unteren Verwaltungsebenen des föderalen Systems und der lokale Verwaltungsalltag kaum präsent.³⁴ Darstellungen dieser Verwaltungssphäre findet man schon eher in der verwaltungswissenschaftlichen Literatur.³⁵

- 11 Jedenfalls besteht zwischen dem positiven Recht der Verwaltung auf der einen Seite und dem, was die Vorstellungswelt der akademischen Diskussionen bestimmt, auf der anderen Seite in beiden Ländern eine Diskrepanz. Die Ausrichtung an einem unterschiedlichen Bestand an Referenzgebieten führt zu einer „Spektralverschiebung“, die für die Rechtsvergleichung von zentraler Bedeutung ist. Entsprechend unterschiedlich werden die charakteristischen Aufgaben und die Strukturen des Verwaltungsrechts bestimmt:³⁶ Das amerikanische Recht, ausgerichtet an der *gestaltenden Verwaltung*, legt besonderen Wert darauf, dass die Amtsträger an die Vorstellungen der demokratischen Öffentlichkeit rückgebunden sind („accountability“), während das deutsche Recht, eher kleinräumig an überschaubaren Einzelvorgängen der *gesetzesvollziehenden Verwaltung* orientiert, den Individualrechtsschutz besonders herausstellt („Rechtsschutzeffektivität“).³⁷ Die unterschiedliche Auswahl der Referenzgebiete beeinflusst die Vorstellungen über das Verhältnis des Verwaltungsrechts zur Politik (→ 6/56–57).

legte Lehrbuch von *Cooper*, State Administrative Law II, 1965, hat keine Neuauflage erfahren.

- 34 Treffend *Davidson* (Fn. 32), 126 Yale L. J. 564, 569 (2016): „The myopic federal focus obscures a massive, submerged and surprisingly vibrant domain of administration that exists at the local-government level“. Dass in der Konzentration der akademischen Ausbildung auf die Bundesverwaltung eine Schwäche liegt, weil die meisten Studenten in ihrem späteren Beruf weit häufiger mit alltäglichen Vorgängen unterer Verwaltungsstellen als mit Rechtsetzungsaktivitäten der großen Bundesbehörden konfrontiert sind, wird durchaus eingeräumt; so etwa *Schwartz*, § 1.15.
- 35 *Rosenbloom/O’Leary/Chanin*, Public Administration and Law, 115 ff.: Herausarbeitung von unterschiedlichen Typen von Verhältnissen, in denen der Einzelne zur Verwaltung steht („client and customer“, „government employee or contractor“, „inmate of institution“) und daran orientierte Behandlung typenspezifischer Rechtsfragen; anschaulich z.B. zur Bedeutung von „street level encounters“ für die Garantien des IV. Amendment dort 155 ff.
- 36 Zu den beiden unterschiedlichen „Idealen“ von Verwaltung *Ch. Möllers*, Verwaltungsrecht und Politik, in: IPE V, § 93 Rn. 9 f.
- 37 Ähnlich *T. Ginsburg*, Written Constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law, in: Rose-Ackerman/Lindseth/Emerson, Comparative Administrative Law, 60, 63.

B. Zur Entwicklung der amerikanisch-deutschen Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht

Verwaltungsrecht war und ist auf Rechtsvergleichung angewiesen. Die „belle époque“ der europäischen Verwaltungsrechtswissenschaft war eine Zeit intensiver rechtsvergleichender Forschung.³⁸ Ähnlich heißt es in der amerikanischen Literatur:³⁹ „Those attempting to understand or change American administrative law have always looked to the administrative systems of other nations for guiding“.

Auch die deutsch-amerikanische Verwaltungsrechtsvergleichung hat eine beachtlich lange Tradition.⁴⁰ Die junge Verfassung der USA war für das liberale Rechtsdenken im deutschen „Vormärz“ ein wichtiger Bezugspunkt.⁴¹ Robert von Mohl als einer der Begründer eines rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts hatte bereits 1824 eine Monographie über das amerikanische Bundesstaatsrecht verfasst, in der er systematisch zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht trennte.⁴² „Niemand wird in Abrede stellen wollen, daß ein ernstes und genaues Studium des öffentlichen Rechtes der Vereinigten Staaten von Nordamerika nicht nur für den Publicisten von Fach, sondern überhaupt für Jeden, welcher über die großen politischen Fragen unserer Zeit ein eigenes Urtheil abgeben will, unumgänglich

38 So O. Jouanjan, Die Belle Époque des Verwaltungsrechts, in: IPE IV, § 69.

39 Koch/Murphy, Administrative Law and Practice, § 1.14. Es folgen Verweise auf das englische und französische, aber auch auf das deutsche Verwaltungsrecht, von dem es heißt: „German law is growing in global importance for many reasons.“

40 Zum Folgenden vgl. O. Lepsius, Der Einfluss deutscher Rechtsideen in den USA, in: Raab/Wirrer (Hrsg.), Die deutsche Präsenz in den USA, 581, 586 ff.; aus der älteren Literatur Ch. von Unruh, Nordamerikanische Einflüsse auf die deutsche Verfassungsentwicklung, DVBl 1976, 455 ff.; B. Pieroth, Amerikanischer Verfassungsexport nach Deutschland, NJW 1989, S. 1333 ff.; H. Steinberger, Historic Influences of American Constitutionalism upon German Constitutional Development: Federalism and Judicial Review, Columbia Journal of Transnational Law, Bd. 36 (1997), 189 ff.

41 Dazu P. Quint, Der Einfluss des Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika auf die Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa, in: IPE VI, § 109 Rn. 21 f.; differenzierend Lerg, Amerika als Argument. Die deutsche Amerika-Forschung im Vormärz und ihre politische Deutung in der Revolution von 1848/49.

42 Mohl, Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika: Verfassungsrecht. Der für das Verwaltungsrecht vorgesehene Teil ist zwar nur in einer Gliederung vorhanden, die jedoch zeigt, was Mohl als Kernmaterien des Rechtsgebiets ansah und wie er sie anordnen wollte: Die Organisation der Bundesbehörden, das Gerichtswesen („Verwaltung der Gerechtigkeit“) und die Verwaltung der Polizei (unter Einschluss des Medizin-, Militär-, Post- und Münzwesens).

nothwendig sey“.⁴³ Umgekehrt soll *Mohl* der Erste gewesen sein, der den Begriff eines „administrative law“ zur Bezeichnung eines eigenen Rechtsgebietes neben dem Verfassungsrecht in den amerikanischen Rechtsdiskurs einbrachte.⁴⁴

- 14 Für das amerikanische Interesse am deutschen öffentlichen Recht, speziell am Verwaltungsrecht, stehen später *Frank Goodnow* und *Ernst Freund*. Die Bedeutung dieser beiden mit dem deutschen Verwaltungsrecht vertrauten amerikanischen Wissenschaftler für die Entwicklung des Verwaltungsrechts der USA ist anerkannt.⁴⁵ *Frank Goodnow*, der Verfasser des ersten groß angelegten amerikanischen Werkes zur Verwaltungsrechtsverglei-

43 *Mohl*, Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, Bd. 7, 1835, 1. Klar allerdings die Sklaverei verurteilend schon *Mohl*, Bundes-Staatsrecht S. IX: „...den Schandflecken der Sklaverei abgerechnet...“.

44 *Mashaw*, Creating the Administrative Constitution, 413 Fn. 67: In seiner Rezension von Justice Story's Commentaries on the Constitution, die 1835 in der Kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes Bd. 7 S. 1 ff. erschienen war, beanstandete *Mohl*, dass Story nicht auch das Verwaltungsrecht einbezogen habe; als Themen dieses Rechts nannte er (S. 7): „diejenigen gesetzlichen und materiellen Einrichtungen“, die der „Ausführung und Handhabung eines von der Verfassung festgestellten Principis dienen und welche zum Theile sogar von dem Grundgesetze selbst präceptiv verlangt werden“; die Trennung zwischen „Verfassungs- und Verwaltungsrecht“ sei zwar schwer, aber eine Darstellung, die sich auf das Verfassungsrecht beschränke, bleibe notwendig lückenhaft; kennenswert seien ebenso „die in den Beschlüssen des Congresses und in den Anordnungen der ausübenden Gewalt enthaltenen Versuche zur Auslegung und Anwendung der Constitution“.

Die Herausgeber des American Jurist and Law Magazine, beeindruckt durch Mohls subtile Kenntnis des amerikanischen Rechts, veröffentlichten diese Rezension in englischer Sprache in 14 Am. Jurist & Law Magazine 330 ff. (1835). Hier fiel das Wort „administrative law“ erkennbar das erste Mal. Zugleich sahen sich die Herausgeber veranlasst, Story in Schutz zu nehmen, und fügten in einer kommentierenden Fußnote an (S. 338): „In our country the phrase ‚administrative law‘ is unknown, provided the subject itself exists“. Daran schließen sie an: „If we should express the impression which we have formed, we should call it that part of the law, by which the established principles of the government are put into action and applied to the business of life“.

45 *Freedman*, Crisis and legitimacy, 259; *Ernst*, Tocqueville's Nightmare, 9 ff.; *F. Big-nami*, From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law, in: 59 Am. J. of Comp. L. 859, 866 (2011); *W. J. Novak* (Fn. 23), in: MPHEPL I, 98, 120 ff.; *Lepsius*, Verwaltungsrecht, bes. 259 ff.; *T. Henne* (Fn. 18), Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte 25, 1998, 367, bes. 374 ff. und 388 ff.

chung, hatte bei *Rudolf von Gneist* in Berlin Vorlesungen gehört.⁴⁶ Der Gedanke der Rechtsvergleichung als Vorgang gegenseitigen Lernens findet sich bei ihm treffend formuliert:⁴⁷ „Our modern complex social conditions are making enormous demands of the administrative side of the government, demands which will not be satisfied at all or which will be inadequately met, unless a greater knowledge of administrative law and science is possessed by our legislators and moulders of opinion. This knowledge can be obtained only by study, and by comparison of our own with foreign administrative methods“.⁴⁸ *Goodnows* von europäischen, insbesondere englischen und preußischen Rechtsvorstellungen beeinflusste Ideen einer von der Politik abgesetzten, durch Sachverstand ausgezeichneten Verwaltung spielten in den Diskussionen um den öffentlichen Dienst in den USA eine wichtige Rolle.⁴⁹

Ernst Freund hatte in den 1880er Jahren in Berlin und Heidelberg studiert.⁵⁰ Später setzte er seine Studien an der Columbia University u.a. bei *Goodnow* fort. *Freund* sah in der Idee des Rechtsstaates, wie sie ihm bei *Gneist* entgegengetreten war, den entscheidenden Ansatz, um die Bedürfnisse einer notwendig sozialgestaltenden Verwaltung mit dem Schutz individueller Freiheiten zum Ausgleich zu bringen. Eine wichtige Vermittlungsfunktion sollte den Gesetzen zufallen, die die Verwaltung steuern sollen.⁵¹ Die Bedeutung rechtsvergleichenden Arbeitens für die Entwicklung

46 Zu F. J. Goodnow (1859–1939) vgl. die biographischen Angaben bei *Lepsius*, Verwaltungsrecht, 265 f.; *C. Rosser*, Examining Frank J. Goodnow’s Hegelian Heritage, 45 Administration & Society 1063 ff. (2012).

47 *Goodnow*, Comparative Administrative Law. An Analysis of the Administrative Systems National and Local, of the United States, England, France and Germany, 2 Bände (in einem Band), S. IV. Ein Dank an *Gneist* findet sich dort auf S. VI: „The author deems it necessary to acknowledge how much he is indebted to the published works and personal influence felt in lectures he has heard, of Professor Rudolph von Gneist, of the University of Berlin, Germany“.

48 Auf *Goodnows* Fragestellungen Bezug nehmend *J. Mashaw*, Explaining administrative law: reflections on federal administrative law in nineteenth century America, in: *Rose-Ackerman/Lindseth*, Comparative Administrative Law, 1. Aufl. 2010, 37, 44.

49 *Rofsbach*, Personalverfassungsrecht, 560 ff.

50 Zu E. Freund (1864–1932) vgl. die biographischen Angaben bei *Lepsius*, Verwaltungsrecht, 10 ff.

51 *Freund*, Police Power, §§ 17 ff., §§ 64 ff.; *ders.*, Standards of American Legislation; dazu *Lepsius*, Verwaltungsrecht, 61 ff. und 259 ff.

des Verwaltungsrechts steht für *Freund* außer Zweifel.⁵² Immer wieder greift er auf englische, deutsche und französische Beispiele zurück. Der unmittelbare Einfluss seines Studiums in Deutschland auf seine späteren Untersuchungen darf sicher nicht überschätzt werden. „Doch lassen *Freunds* Bestreben nach Systematik, klaren Begrifflichkeiten und abstrakten Kategorien sowie seine Gesetzeszentriertheit den Einfluss der deutschen Ausbildung deutlich werden.“⁵³ Sein großes Werk, das die „Police Power“ aus dem Verfassungsrecht und den Einzelgebieten des besonderen Verwaltungsrechts systematisch entfaltet und als Zentralbereich des amerikanischen Verwaltungsrechts ausweist, beeindruckt noch heute.

- 16 Nicht aufgegriffen wurden allerdings die methodischen Schärfungen und Verengungen, die in Deutschland mit dem Siegeszug der sog. Juristischen Methode die Behandlung des Verwaltungsrechts bestimmten.⁵⁴ Verwaltungsaufgaben, Bürokratie, Demokratie und Verwaltungseffizienz wurden – gerade umgekehrt – in den USA zu Kernelementen einer verwaltungsrechtlichen Theoriebildung,⁵⁵ die zwischen verfassungsrechtlichen und politikwissenschaftlichen Argumenten keine strikte Grenze zog. *Woodrow Wilson*, ebenfalls gut mit dem deutschen, insbesondere preußischen Verwaltungsrecht vertraut, wies der amerikanischen Verwaltungsforschung lange vor dem New Deal den Weg.⁵⁶ *Goodnow* wurde der erste Präsident der 1903 gegründeten American Political Science Association. Bei aller Offenheit gegenüber ausländischen Rechtsordnungen betonten beide aber immer wieder die besondere demokratische Fundierung des amerikanischen Rechtsverständnisses.⁵⁷ Letztlich waren es nicht die Rechtsformen und Rechtsinstitute, mit denen das deutsche Verwaltungsrechtsdenken in

52 *E. Freund*, *The Law of the Administration in America*, 9 Pol. Sci. Q. 403, 405 (1894): „As the science of administrative law is new and has been chiefly developed in France and Germany, it is natural that the attention of the American students should be turned to foreign law“. Es folgt ein Hinweis darauf, wie sehr das preußische Verwaltungsrecht seinerseits wiederum von den Studien *Gneists* zum englischen Verwaltungsrecht profitiert habe.

53 *Lepsius*, *Verwaltungsrecht*, 11 f.

54 Dazu *Stollets*, *Geschichte des öffentlichen Rechts* II, 403 ff.

55 *W. J. Novak* (Fn. 23), in: MPHEPL I, 98, 121: „Goodnow endorsed instead a new positive, progressive, and dynamic approach to the constitution that would keep public law flexible, responsive to public opinion, and adaptable to the changing needs of modern life“. Zu Unterschieden zwischen *Goodnow* und *Freund* vgl. *Lepsius*, *Verwaltungsrecht*, 274 ff.

56 *W. Wilson*, *The Study of Administration*, 2 Pol. Sci. Q. 197 ff. (1887).

57 *Rofsbach*, *Personalverfassungsrecht*, 562: „So sehr Preußen im Hinblick auf die Effizienz als Vorbild diente und so sehr *Goodnow* von deutschem Gedankengut ge-

der amerikanischen Diskussion Beachtung fand. Es waren vielmehr die staatswissenschaftlichen Einsichten in die Notwendigkeit einer wirksamen staatlichen Aufgabenerfüllung, die für das sich ausbildende Konzept eines modernen Verwaltungsrechts in den USA interessant waren.⁵⁸ Mit dem 1. Weltkrieg brach der Austausch für mehrere Jahrzehnte ab.

Neue Vermittlungsfunktionen entfaltete später der besondere komparatistische Zugriff deutscher Emigranten.⁵⁹ Klassiker wurden *Karl Loewensteins* „Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten“ und seine „Verfassungslehre“.⁶⁰ *Fritz Morstein Marx* lenkte den Blick auf die Eigenheiten der Verwaltung in den USA, in der er selbst eine Reihe von Jahren tätig gewesen war.⁶¹ Meistens standen zunächst das Verfassungsrecht, die Rechtsprechungstätigkeit des Supreme Court und überhaupt der Gedanke der

prägt ist, so deutlich macht er – wie Wilson – die demokratisch bedingten Grenzen der Übernahme deutscher Konzepte“.

58 Dazu *B. Emerson*, *The Democratic Reconstruction of the Hegelian State in the American Progressive Political Thought*, 77 *Review of Politics*. University of Notre Dame 545 ff. (2015); *ders.*, *The Public's Law. Origins and Architecture of Progressive Democracy*, 2019, 61 ff.

59 Zu ihnen *Lutter/Stiefel/Hoeflich*, *Der Einfluss deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*; *O. Lepsius* (Fn. 40), in: *Raab/Wirrer* (Hrsg.), *Die deutsche Präsenz in den USA*, 581, 601 (die Bedeutung der Emigranten könne „nicht hoch genug veranschlagt werden“); *Seckelmann/Platz*, *Remigration und Demokratie in der Bundesrepublik nach 1945: Ordnungsvorstellungen zu Staat und Verwaltung im transatlantischen Transfer*, 2017.

60 *Loewenstein*, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*, 1959; *ders.*, *Verfassungslehre*, 1959, Titel der amerikanischen Originalausgabe „*Political Power and Governmental Process*“, 1957; auch schon *ders.*, *Staatspolitik und Verfassungsrecht in den Vereinigten Staaten von 1933–1954*, in: *JöR n.F.* Bd. 4, 1955, 1 ff.

61 *Morstein Marx*, *Einführung in die Bürokratie*, 1959, Titel der amerikanischen Originalausgabe „*Administrative State. An Introduction to Bureaucracy*“, 1957, sowie *ders.*, *Amerikanische Verwaltung*, 1963. Der Autor war einige Jahre Mitarbeiter im Office of Budget des amerikanischen Präsidenten, später Professor für Political Science und Dean of Administration am Hunter College in New York. Vgl. *M. Seckelmann*, „Mit Feuereifer für die öffentliche Verwaltung“: *Fritz Morstein Marx*, *DÖV* 2013, 401 ff.; *dies.*, *Postheroische Verwaltung*; *Fritz Morstein Marx*, in: *Seckelmann/Platz*, *Remigration und Demokratie*, 130 ff. Dort auch die Beiträge von *A. Söllner*, *Ernst Fraenkel und die Verwestlichung der politischen Kultur in der Bundesrepublik Deutschland*, 99 ff. und *C. Unger*, *Arnold Brechts Vorschläge zur westdeutschen Verwaltung und Verfassung im Spannungsfeld von Expertise und Erfahrung*, 155 ff.

Verfassungsstaatlichkeit im Vordergrund.⁶² Die Fruchtbarkeit eines das Verfassungs- mit dem Verwaltungsrecht verbindenden komparatistischen Ansatzes zeigte Anfang der 60er Jahre *Horst Ehmke* mit seiner groß angelegten Schrift zum amerikanischen Wirtschaftsverwaltungsrecht.⁶³ Zu Beginn der 70er Jahre machte *Fritz Scharpf* in seiner Studie „Die politischen Kosten des Rechtsstaats“ auf grundlegende Unterschiede zwischen der Verwaltungssteuerung in den USA und Deutschland aufmerksam und zeigte Vorzüge des amerikanischen Modells auf.⁶⁴

- 18 Gleichzeitig begann man, aktuelle Probleme zu untersuchen, zu denen das amerikanische Recht innovative Lösungen bereit hielt.⁶⁵ Dazu boten sich Gebiete an, die im Gefolge von Präsident Johnsons „Great Society“ in Gesetzgebung und Rechtsprechung einen beachtlichen Aufschwung genommen hatten.⁶⁶ Vor allem das Umweltrecht mit seinen „citizen suits“⁶⁷ und seiner Umweltverträglichkeitsprüfung,⁶⁸ ferner das Recht auf freien Aktenzugang („freedom of information“),⁶⁹ die administrative Rechtsetzung

62 *Steinberger*, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, 1974; *Brugger*, Demokratie, Freiheit, Gleichheit, 2002; *Möllers*, Gewaltengliederung, bes. 94 ff., 135 ff., 331 ff. und 425 ff.; *Kau*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht; (vor allem historisch) *Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich; *P. Quint* (Fn. 41), in: IPE VI, § 109; *M. Spielmann/E. Röper*, Von Holmes zu Brown v. Board of Education: Die Konturen des Judicial Self-Restraint, DÖV 2018, 928 ff. Zum Gedanken der Verfassungsstaatlichkeit, seiner Entwicklung in den USA und seiner Bedeutung für den transatlantischen Rechtsvergleich *Stern*, Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit; *R. Grote*, Rechtskreise im öffentlichen Recht, in: AöR 126, 2001, 10, 39 ff.

63 *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, 1961.

64 *Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaats. Eine vergleichende Studie der deutschen und amerikanischen Verwaltungskontrollen, 1970. Dazu auch → 6/53–54.

65 Zum Folgenden auch die Angaben bei *Schladebach/Schönrock* (Fn. 2), VerwArch 93, 2002, 100, 102 ff.

66 Zum Programm der „Great Society“ vgl. *Heideking/Mauch*, Geschichte der USA, 6. Aufl. 2008, 327 ff. Auflistung der wichtigsten Gesetze bei *Sunstein*, Rights Revolution, 24f.: Energie-, Berg-, Gesundheits-, Verbraucherschutz- und Umweltrecht.

67 Prominent *Rehbinder/Burgbacher/Knieper*, Bürgerklage im Umweltschutz, 1972.

68 *Mezger*, Umweltverträglichkeitsprüfung, Umweltschutz und räumliche Planung, 1989.

69 *Scherer*, Verwaltung und Öffentlichkeit, 1978; *Gurlit*, Verwaltungsöffentlichkeit im Umweltrecht: ein Rechtsvergleich Bundesrepublik Deutschland – USA, 1989.

(„rulemaking“)⁷⁰ und die „Konfliktbewältigung durch Verhandlungen“ erwiesen sich als attraktiv,⁷¹ um aus vergleichenden Untersuchungen Anregungen für die Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts zu gewinnen. Aber auch klassische Themen wie das Verwaltungsorganisationsrecht⁷² und das Verwaltungsverfahrenrecht der USA wurden behandelt.⁷³

Seit den 1990er Jahren trat das Thema „Regulation“ auf den Plan. Seine rechtsvergleichende Behandlung war schon deshalb angesagt, weil die Europäische Union zu der von ihr angestrebten Deregulierung der Netzwirtschaften auf Elemente des amerikanischen Regulierungsrechts wie „independent agencies“ zurückgriff und die Mitgliedstaaten verpflichtete, eben diese Elemente in ihre Rechtsordnungen aufzunehmen. Grundlagenarbeit zum Verständnis des amerikanischen Verwaltungsrechts leistete *Oliver Lepsius* mit seiner 1997 erschienenen Studie „Verwaltungsrecht unter dem Common Law“. Es zeigte sich schnell, dass schon die Begriffe „Regulation“ und „Regulierung“ unterschiedlich weit sind und der Wirtschaftsregulierung in den USA eine andere Aufgabe zufällt als in der EU,⁷⁴ so dass vor einer „blanketthaften Übertragung“ zutreffend gewarnt wird.⁷⁵

70 *Pünder*, Exekutive Normsetzung, 1995; *Schnöckel*, „Negotiated Rulemaking“ in den USA und normvertretende Absprachen in Deutschland, 2005.

71 *Holzengel*, Konfliktlösung durch Verhandlungen. Aushandlungsprozesse als Mittel der Konfliktverarbeitung bei der Ansiedlung von Entsorgungsanlagen für besonders überwachungsbedürftige Abfälle in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, 1990; *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, 1990.

72 *Steinberg*, Politik und Verwaltungsorganisation. Zur Reform der Regierungs- und Verwaltungsorganisation unter besonderer Berücksichtigung der Obersten Bundesbehörden in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1979, bes. 189 ff. und 317 ff.; ferner *Albert*, Stellung, Funktion und verfassungsrechtliche Problematik der Independent Regulatory Commissions, 1971.

73 *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001; *Erath*, Verwaltungsverfahren; *Wolfram*, Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts, 2005; *H. Pünder*, Verwaltungsverfahren, in: Ehlers/Pünder, Verwaltungsrecht, § 13 Rn. 31 f.

74 *O. Lepsius* (Fn. 30), in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 1 pass., zusammenfassend Rn. 118 ff.; *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation. Eine vergleichende Untersuchung zur Reform des britischen, US-amerikanischen, europäischen und deutschen Energierechts; *Oster*, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, mit weit. Nachw.; *Wellerdt*, Organisation der Regulierungsverwaltung, 2019, 9 ff.; *M. Wendel*, Verwaltungsermessens als Mehrebenenproblem, 2019, 148 ff.

75 *Lepsius*, Regulierungsrecht, Rn. 118.

- 20 Insgesamt haben die Impulse des amerikanischen Verwaltungsrechts in Deutschland eine unterschiedliche Resonanz gefunden: Erfreute sich „freedom of information“ alsbald breiter Zustimmung und konnten die Verfahrensregelungen des „rulemaking“ immerhin mit einem wohlwollenden Interesse rechnen, so werden gegenüber „independent agencies“ immer wieder deutliche Vorbehalte geäußert; auf Kritik und Ablehnung stößt das Datenschutzrecht der USA. Von einer überbordenden Einflussnahme Amerikas kann jedenfalls nicht die Rede sein.
- 21 Das vergleichende Interesse der *amerikanischen* Rechtswissenschaft, das sich nach dem 2. Weltkrieg nur langsam wieder entwickelte, galt ebenfalls vorrangig dem Verfassungsrecht und der Verfassungsgerichtsbarkeit.⁷⁶ Zum Verwaltungsrecht finden sich bilaterale Vergleichsstudien bisher selten, am ehesten noch zum Umweltrecht.⁷⁷ Mehr als der Vergleich einzelner Rechtsinstitute interessieren historische und theoretische Fragen des Bürokratieverständnisses und der Staatsaufgabenlehre und beider Einfluss auf die Ausbildung des „Administrative State“ in den USA.⁷⁸ In jüngerer Zeit deutet sich ein Interesse an den Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes an.⁷⁹
- 22 Häufiger finden sich Untersuchungen, die das deutsche Verwaltungsrecht als eine von mehreren Referenzrechtsordnungen vergleichend heranziehen.⁸⁰ Im Zuge der Europäisierung des Verwaltungsrechts hat sich zudem das *Eigenverwaltungsrecht der Europäischen Union* zwischen den Vergleich nationaler Rechtsordnungen geschoben. Mit seiner Ausrichtung auf die

76 *Kommers*, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1989; *Currie*, The Constitution of the Federal Republic of Germany, 1994; *Collings*, Democracy's Guardians. A history of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001, 2015; *M. Hailbronner*, Traditions and Transformations. The rise of German Constitutionalism, 2015.

77 *Rose-Ackerman*, Umweltrecht und -politik, 1995; *dies.*, Controlling Environmental Policy, 1995.

78 Dazu *Emerson*, The Public's Law (Fn. 58), pass.; auch *W. J. Novak* (Fn. 23), in: MPHEPL I, 98, 99 ff.

79 Vgl. *J. Mathews*, Proportionality Review in Administrative Law, in: Rose-Ackerman/Lindseth/Emerson, Comparative Administrative Law, 405 ff.

80 Zum Verwaltungsrechtsschutz etwa *Garoupa/Mathews*, Strategic Delegation, Discretion, and Deference. Explaining the Comparative Law of Administrative Review, 62 Am. J. Comp. L. 101, 117 ff. (2014). *F. Bignami*, Regulation and the Courts: Judicial Review in Comparative Perspective, in: Bignami/Zaring, Regulation, 275 ff.

Regulierung von Wirtschaftsvorgängen stößt es in der amerikanischen Literatur auf besonderes Interesse.⁸¹

Die Begegnungen von Verwaltungsrechtsordnungen haben sich vervielfacht und die Vergleichsrelationen ebenfalls. Trotz aller Ausdifferenzierungen bleibt der klassische bi-laterale Rechtsvergleich im Verwaltungsrecht die komparatistische *Grundkonstellation*. An ihm lassen sich auch die Besonderheiten der Verwaltungsrechtsvergleichung und ihrer Methode am besten verdeutlichen. Das ist an anderer Stelle dargelegt worden.⁸² Rechtsvergleichende Untersuchungen können allerdings sehr unterschiedliche *Intensitätsgrade* des vergleichenden Arbeitens aufweisen.⁸³ An *einem* Ende des Spektrums steht die Darstellung einer Rechtsordnung aus der Feder eines in einer anderen Rechtsordnung beheimateten Wissenschaftlers; ihre vergleichenden Aspekte kommen eher immanent etwa in der Auswahl und Anordnung des Stoffes und in der Art der Problembeschreibung zum Ausdruck. Das *andere* Ende des Spektrums bildet das komplexe, empirische und statistische Material einbeziehende Großprojekt, das die Vergleichsrechtsordnungen Punkt für Punkt parallel und systematisch darstellt und bewertet.

Das hier vorgelegte Buch folgt dem ersteren Modell. Es geht ihm um eine Darstellung des amerikanischen Verwaltungsrechts in seinen Grundzügen, die das wissenschaftliche Interesse deutscher Leser ansprechen soll. Im Rahmen einer solchen vermittelnden Darstellung wird das deutsche Recht nur dort herangezogen, wo es den Zugang zum amerikanischen Recht erleichtert, die Probleme ähnlich erscheinen oder die gewählten Lösungsansätze zu einem Vergleich einladen. Ein systematischer Vergleich der einzelnen Rechtsinstitute und Verfahrensordnungen ist nicht angestrebt. In der

81 Dazu kurze Angaben bei *Gellhorn*, 428 ff. Besonders interessant aus amerikanischer Sicht: die EU-Rechtssetzung und die Formen einer Verbundverwaltung („shared administration“); dazu auch *R. Schütze*, From Rome to Lisbon: „Executive Federalism“ in the (New) European Union, 47 CMLR 1385 (2010). *J. Mashaw*, Reasoned Administration: The European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance, in: 76 Geo. Wash. L. Rev. 99 ff. (2007) (zahlreiche Ähnlichkeiten betonend); ferner die Beiträge in: *Hofmann/Weaver*, Transatlantic Perspectives on Administrative Law, 2011; jüngst *M. Ruffert*, Law of Administrative Organization of the EU. A Comparative Approach, 2020.

82 Zum Folgenden *Schmidt-Aßmann* (Fn. 26), ZaöRV 78, 2018, 807, 816–833.

83 Zu den unterschiedlichen Erscheinungsformen, Zielen und Intensitätsgraden rechtsvergleichenden Arbeitens *Hirschl*, Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law, 192 ff.

Art eines Mosaiks soll aber etwas von den Unterschieden und den Gemeinsamkeiten des *verwaltungsrechtlichen Denkens* deutlich werden.

Zweiter Abschnitt Das Verwaltungsrecht der USA im Spiegel der amerikanischen Verwaltungsrechtswissenschaft und die Frage nach der Legitimität des „Administrative State“

- 25 Entwicklungsstand und Herausforderungen des amerikanischen Verwaltungsrechts lassen sich an den folgenden Beiträgen prominenter Vertreter der Verwaltungsrechtswissenschaft anschaulich machen. Sie zeigen – konzentriert auf *Bundesverwaltung* als den Repräsentanten des „*administrative state*“ – die großen Spannungen zwischen Ausbau, Rückbau oder Reform, mit denen das Verwaltungsrecht in den USA gegenwärtig konfrontiert ist: *Jeremy Mashaws* historische Analyse wendet sich gegen das Narrativ, die Verwaltung verfüge in den USA über geringe Traditionen und habe sich überhaupt erst mit dem New Deal massiv entwickelt (A). *Richard Stewarts* Unterscheidung von fünf Modellen der Verwaltungsrechtsentwicklung gilt als die klassische Zustandsbeschreibung (B). Neben ihr verdient aber auch das auf die Binnenrationalität der Exekutive abhebende Modell von *Sidney Shapiro*, *Elizabeth Fisher* und *Wendy Wagner* Beachtung (C). Im Anschluss daran werden zwei Auffassungen referiert, die einander diametral entgegengesetzt sind: einerseits der Ruf nach einem „libertarian administrative law“, das unter Rückgriff auf eine angeblich gemeinsame anglo-amerikanische Verfassungstradition die derzeitige Verwaltung möglichst zurückdrängen soll, und andererseits ein Plädoyer für eine schlagkräftige Exekutive, die durch andere als die überkommenen verwaltungsrechtlichen Mechanismen kontrolliert wird (D). Den Abschluss dieses Abschnitts bildet das Konzept eines demokratischen „administrative state“ und seines Rechts, wie es jüngst *Blake Emerson* vorgelegt hat (E).
- 26 Verwaltung und Verwaltungsrecht sind in den USA nach wie vor mit Einwänden konfrontiert, die über die Kritik an Einzelerscheinungen deutlich hinausgehen und die Legitimität administrativen Handelns vor allem *des Bundes* und seiner einflussreichen „*agencies*“ als solche treffen. „The strugg-

le for administrative legitimacy“ ist in den USA ein Dauerthema.⁸⁴ Der „Administrative State“ ist zwar eine Realität, aber er ist nach wie vor grundlegenden Zweifeln ausgesetzt.⁸⁵ Das gilt für den akademischen Diskurs und – wie sich gerade gegenwärtig zeigt – auch für die Gerichte unter Einschluss des Supreme Court (→ 6/4–40). Die Intensität dieser Grundsatzdiskussion hat in Deutschland keine Parallele (→ 6/41–50).

A. Die Verabschiedung eines überkommenen Narrativs (Jeremy Mashaw)

Nach einer oft anzutreffenden Auffassung waren Verwaltung und Verwaltungsrecht in den USA lange Zeit kaum präsent. Die notwendigsten Regulierungsaufgaben hätten – so wird dann weiter erzählt – die Gerichte mit den Mitteln des common law wahrgenommen; erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts sei es zur Errichtung von Behörden gekommen, und so richtig habe überhaupt erst der New Deal die USA zu einem „administrative state“ gemacht. Die so geschilderte Entwicklung lässt sich je nach dem eigenen politischen Standort entweder als Erfolgsgeschichte sozialen Fortschritts oder aber als Verfallsgeschichte einer ursprünglich freiheitlichen Verfassung erzählen. In ihrer zweiten Variante dient die Erzählung dazu, ganz grundsätzlich Zweifel an der Legitimität der Verwaltung zu begründen. 27

I. „Creating the Administrative Constitution“

Diesem Narrativ ist *Jeremy Mashaw* entschieden entgegengetreten.⁸⁶ In seinem Buch „Creating the Administrative Constitution“ zeigt er, dass der Kongress von der Gründung der Vereinigten Staaten an besondere Beamte sehr wohl mit Verwaltungsaufgaben betraute, diese Vorgänge aber – wie der Untertitel „The lost one hundred years of American Administrative Law“ andeutet – im kollektiven Gedächtnis verloren gegangen sind. Administratives Handeln war von Beginn an in der demokratischen Verfassung 28

84 Dazu die Angaben in der Rezensionsabhandlung von *J. Kessler*, *The Struggle for Administrative Legitimacy*, in: 129 *Harv. L. Rev.* 718 (2015).

85 Zum Topos „administrative state“ als Schlüsselbegriff der aktuellen verfassungsrechtlichen und verfassungstheoretischen Diskussionen vgl. den Überblick bei *A. Vermeule*, *The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge*, in: *Tushnet/Graber/Levinson*, *U.S. Constitution*, 259 ff.

86 *Mashaw*, *Creating the Administrative Constitution*, 2012.

sung der USA mit angelegt und ist nicht erst später wie ein Fremdkörper in sie hineingetragen worden. *Mashaws* Studie steht damit in einer Reihe jüngerer Arbeiten, die die Erzählung vom plötzlichen Einbruch des Verwaltungsstaates in die amerikanische Rechtsordnung durch eine Darstellung ersetzen wollen, die von gleitenden Übergängen ausgeht.⁸⁷ „The place of administration in our constitutional arrangements is part of our ever-growing, unwritten constitution – the body of statutes, practices, and precedents that supplement the Constitution’s text“⁸⁸

Mashaw beschreibt anschaulich, wie die Grundstrukturen des Verwaltungssystems bereits durch den Ersten Kongress geschaffen wurden.⁸⁹ Die junge Republik bedurfte dringend einer effektiven Exekutive, um die Vielzahl der anstehenden Aufgaben zu bewältigen: Bau und Unterhaltung von Verkehrswegen, Postverbindungen, Gewerbeerlaubnisse, Produktgenehmigungen und Maßnahmen zum Schutz geistigen Eigentums waren notwendig, um einen einheitlichen Markt für den Güteraustausch zu schaffen. Bald kamen große Aufgaben der Ordnung der transkontinentalen Siedlungsbewegungen und Landnahme hinzu.⁹⁰ Verlangt waren komplexe administrative Strukturen zur Vorhaltung, Verteilung und Kontrolle, die nicht nach dem common law Modell durch Richter ausgefüllt werden konnten. Ähnliches galt für die Bewältigung der Folgen des Bürgerkrieges nach der Jahrhundertmitte.⁹¹ Hier wurden bei der Versorgung der Veteranen frühe Formen einer Massenverwaltung ausgebildet, die auch die besondere Bedeutung behördeneigener Rechtsregeln („internal law“) und verwaltungsinterner Kontrollen deutlich machten.⁹²

87 Von einem „gradualist narrative“ spricht *J. Kessler* (Fn. 84), 129 *Harv. L. Rev.* 718, 719 (2015), mit Nachw. dort in Fn. 45–49.

88 *Mashaw*, *Creating the Administrative Constitution*, 12.

89 *Ebd.*, 29–52 (34).

90 *Ebd.*, 119 (124): „Disposing of the public domain was a superficially straightforward administrative task“.

91 *Ebd.*, 250 (256 ff.). Den Bürgerkrieg als entscheidende Zäsur in der Entwicklung zum Verwaltungsstaat betont *Novak* (Fn. 23), in: *MPHEPL I*, 98, 100 ff.

92 *Mashaw*, *Creating the Administrative Constitution*, 277–282: „Yet it is not difficult to see a series of quite familiar ‚rule of law‘ principles emerging from administrative practices common to many agencies“ (282).

II. Konsequenzen in der Gegenwart

Einzelheiten sind hier nicht wichtig. *Mashaw* will keine Verwaltungsgeschichte schreiben, sondern er will die gegenwärtigen Diskussionen vor Annahmen bewahren, die auf einer Missinterpretation historischer Fakten im Sinne einer Verfallsgeschichte („fall-from-grace story“) beruhen:⁹³ „We tell ourselves stories about the modern administrative state that unduly delegitimize its constitutional status and mislead us to some degree about the sources of administrative law that might provide the building blocks for effective reform“. In diesem Lichte sind auch die immer wieder geäußerten Klagen über einen Rückgang parlamentarischer Steuerung und präsidentieller Aufsicht über die Behörden zu relativieren. Beide Formen politischer Kontrolle gewährleisteten auch schon während des 19. Jahrhunderts keine vollständige Steuerung.⁹⁴

Folglich sind auch alle Versuche, die (vermeintlich) eingetretenen Defizite durch eine stärkere Prozeduralisierung und durch eine Intensivierung des gerichtlichen Rechtsschutzes auszugleichen, für *Mashaw* letztlich nicht zielführend. Er kritisiert in diesem Zusammenhang die Tendenz, die Gebiete des besonderen Verwaltungsrechts und die traditionelle Praxis behördeneigener (prozeduraler und substantieller) Rechtsvorschriften aus dem Verwaltungsrecht auszublenden, ja sie nicht einmal begrifflich diesem zuzurechnen.⁹⁵ Die einseitige Ausrichtung auf ein externes und vom Fachverwaltungsrecht abgelöstes („transsubstantial“) Verständnis von Verwaltungsrecht verschüttet seiner Ansicht nach den Reichtum an institutionellen Arrangements, mit denen das 19. Jahrhundert die Einbindungen der Verwaltung in das politische System sicherte. Erinnerung wird dabei auch an die schon früh praktizierte Einbindung der einzelstaatlichen und der lokalen Verwaltungen in den Vollzug föderaler Programme und die dadurch erschlossenen Möglichkeiten einer breiteren Partizipation. „It seems fair to conclude that popular control of bureaucratic elites has a number of meanings and may be pursued through multiple techniques“.⁹⁶

93 Ebd., 286.

94 Ebd., 290–301: „The notion that early statutes delegated little discretionary authority is simply a myth“ (290). Vgl. aber → unten 6/21.

95 Ebd., 290 und 309–312 mit dem Hinweis, dass die internen Praktiken und Regeln die Grundlagen für das heutige Verwaltungsrecht bilden. „Our contemporary transsubstantive administrative law is built on the foundations of administrative practices that long antedate the APA’s codification“ (310).

96 Ebd., 299.

30 Was folgt daraus für die verwaltungsrechtlichen Grundlegendiskussionen in den USA?

- Wichtig ist zunächst einmal der Rat, sich nicht von unhistorischen Idealbildern einfangen zu lassen. „A look at the nineteenth-century practice provides an interesting perspective on our contemporary understanding of administrative law. First, it suggests that we should rid ourselves of the nostalgic idea that the emergence of administrative governance in the twentieth century upset the grand design of a non-administrative state“. Ein solcher Staat entsprach zu keiner Zeit der Realität. Die Forderung, zu ihm zurückzukehren, wie sie heute in Gestalt eines „libertarian administrative law“ erhoben wird, kann sich danach nicht auf die Verfassung berufen.
- Den vielen Defizitanalysen, die die Diskussion beherrschen, rät *Mashaw* zu Nüchternheit. Spannungen zwischen den zentralen normativen Vorgaben der Verfassung hat es immer gegeben. Das gilt für das Verhältnis der Demokratie zum Ziel effektiver Verwaltung („popular will and competent government“) ebenso wie für das Verhältnis von Mehrheitsentscheidungen zu Individualrechten. Die richtige Bestimmung der verfassungsrechtlichen Strukturen des Verwaltungsrechts ist immer ein „work in progress“.⁹⁷ Die Richtpunkte, die hinter allen historischen Entwicklungen sichtbar geworden sind und insofern bleibende Orientierungskraft besitzen, sind „the competing goals of effective, responsive, and lawful governance“.⁹⁸ Sie müssen unter Einsatz *aller* Instrumente und Vorkehrungen, die im Erfahrungsschatz der Geschichte verfügbar sind, immer wieder zum Ausgleich gebracht werden. Dazu ist über einige wichtige Punkte des Verwaltungskonzepts schon früh eine Verständigung erzielt worden, ohne dass diese Verständigung weitere Diskussionen ausschliesse. *Mashaw* benutzt in diesem Zusammenhang den Begriff *settlement*, und er fügt an: „if by ‚settlement‘ we mean an agreement to continue to argue within prescribed boundaries about how the hole in the text of our Constitution should be filled“.⁹⁹

Was *Mashaw* als „administrative constitution“ ausweist, ist ein offenes, breit angelegtes Gefüge aus gesetzlichen Vorgaben, administrativer Praxis und richterlichen Erkenntnissen, das auf drei Grundfragen Antwort gegeben soll: Wie stellt sich das Verhältnis der Verwaltung zu den gewählten Amts-

97 Ebd., 314.

98 Ebd., 313.

99 Ebd., 316.

trägern dar? Über welche Strukturen und Verfahren muss die Verwaltung verfügen, um effektiv und legitimiert ihre Aufgaben zu erfüllen? Welche externen Kontrollen sind notwendig, um individuelle Rechte zu schützen?

*B. Eine klassische Selbstbeschreibung des amerikanischen Verwaltungsrechts
(Richard Stewart)*

In seinem Essay „Administrative Law in the twenty-first Century“ arbeitet *Richard Stewart* fünf Modelle heraus, deren Abfolge die Entwicklung des amerikanischen Verwaltungsrechts in den zurückliegenden zweihundert Jahren kennzeichnet.¹⁰⁰ Die Modelle geben nicht nur eine historische Orientierung. Sie sind vielmehr zugleich der Rahmen, um den gegenwärtigen Stand des Verwaltungsrechts kritisch zu reflektieren und Reformen zu diskutieren.¹⁰¹ 31

I. Die Abfolge von fünf Verwaltungsmodellen

Die Modelle stellen jeweils auf die prägende Regulierungsstrategie ab. 32

- (1) Das „*common law model*“ prägte die erste Phase: In ihm beschränkten sich die Beziehungen des Individuums zur Verwaltung auf gelegentliche Auseinandersetzungen, die im Wesentlichen in Schadensersatzprozessen ausgetragen und von den Gerichten nach Maßgabe des für alle geltenden Rechts entschieden wurden.
- (2) Das „*traditional model*“ bildete sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts aus, als die Aktivitäten der Verwaltung so zugenommen hatten, dass ihre demokratische Rückbindung prekär wurde. Das nötigte zu Reaktionen des Gesetzgebers und der Gerichte: Die Behörden wurden dazu verpflichtet, strenge Verfahrensregeln („*trial-type adjudicatory hearings*“) anzuwenden; außerdem kam es zu einer Intensivierung der gerichtlichen Kontrolle, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben sicherstellen sollte. Verwaltung und Verwaltungsrecht fungierten in die-

100 *R. Stewart*, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, in: 78 *N. Y. U. L. Rev.* 437, 439–343 (2003).

101 Die fünf ersten Modelle und die Reformorientierung sind angelegt bereits bei *R. Stewart*, *The Reformation of American Administrative Law*, in: 88 *Harv. L. Rev.* 1669 (1975).

sem Modell als „*transmission belt*“.¹⁰² Diese Formulierung *Stewarts* ist seither ein viel benutzter Topos, der die förmlichen Elemente der Gesetzesbindung der Verwaltung umreißt.

- (3) Das „*model of regulatory management*“ setzte sich mit dem New Deal durch. Einflussreich waren die Vorstellungen von *James Landis*.¹⁰³ Verwaltung wurde jetzt als Sache von Experten angesehen, die sich kompetent und diszipliniert für das öffentliche Wohl engagierten. Rechtsförmliche Sicherungen erschienen weniger wichtig. Um die gleichwohl auftretenden Spannungen zum traditionellen Konzept abzubauen, wurde 1946 der Administrative Procedure Act (APA) erlassen.
- (4) Das „*interest representation model*“ bildete die Antwort auf die „*captured agency*“-Kritik und auf die Forderungen nach mehr Umwelt-, Verbraucher-, Gesundheits- und Arbeitsschutz, die Ende der 60er Jahre aufgenommen waren. Weitreichende gesetzliche Programme, entwickelt im Rahmen von Präsident Johnsons „*Great Society*“, waren zu konkretisieren.¹⁰⁴ In den Vordergrund administrativen Handelns trat die rechtsetzende Tätigkeit der Behörden, das „*rulemaking*“. Die Gerichte sahen darauf, dass sich daran alle denkbaren Interessengruppen beteiligen konnten. Sie unterwarfen die Ergebnisse einer genauen Kontrolle („*hard look*“), um sicherzustellen, dass die Behörden ihre Gestaltungsmöglichkeiten auf Grund genauer Analysen der Faktenlage sorgfältig abwägend ausübten.
- (5) Das „*analytic management model*“ geht auf die 1981 von Präsident Reagan erlassene Executive Order No. 12.291 zurück. Es bildet das Gegenmodell zum „*interest representation model*“, an dem es ein Übermaß an Regulierungsaufwand und damit eine Gefahr für die Wettbewerbsfähigkeit der amerikanischen Wirtschaft kritisiert. Um die Behörden zu kontrollieren, erscheinen vor allem Kosten-Nutzen-Analysen ihrer Rechtsetzungsprojekte wichtig, die dem zentralen Office of Management and Budget (OMB) vorgelegt werden müssen (→ 2/22–24).

102 Zu diesem Topos bereits *R. Stewart* (Fn. 101), in: 88 Harv. L. Rev. 1669, 1671–1676: „The traditional model of administrative law thus conceives of the agency as a mere transmission belt for implementing legislative directives in particular cases“.

103 *Landis*, *The Administrative Process*, 1938; vgl. auch *D. Ritchie*, *James M. Landis. Dean of the Regulators*, 1980.

104 Dazu auch *Sunstein*, *Rights Revolution*, 24 ff.

II. Die Gleichzeitigkeit der Modelle und die Suche nach neuen Regulierungsmethoden

In der Verwaltungspraxis haben die jüngeren Modelle die älteren nicht vollständig verdrängt.¹⁰⁵ Sie sind im Instrumentenarsenal des Verwaltungsrechts nach wie vor präsent; aber ihre Funktion hat sich verändert.¹⁰⁶ Bis zu einem gewissen Grade könnten sie komplementär eingesetzt werden. Das gilt vor allem für das „*interest representation model*“ und das „*analytic management model*“. Freilich sind auch Spannungen zwischen beiden nicht zu übersehen. Beide sind nur bedingt geeignet, das diagnostizierte Demokratiedefizit zu verringern.¹⁰⁷ 33

Die gegenwärtigen Steuerungsprobleme führt *Stewart* darauf zurück, dass die Verwaltungen nach wie vor der „command-and-control“ Methode verhaftet sind, die in einer Zeit schnellen Wandels unangemessen sei, weil sie zu Inflexibilität und Ineffizienz führe („ossification“, „paralysis by analysis“). Er diskutiert folglich neue Regulierungsstrategien:

- – *Netzwerke* zwischen Verwaltung und wichtigen Akteuren, in denen die erforderlichen Regelungen kooperativ getroffen und umgesetzt werden. Die Behörde kann dabei eine aktive Rolle übernehmen. Sie kann sich aber auch darauf beschränken, einen Rahmen festzulegen, und es anderen Beteiligten überlassen, diesen selbstregulativ auszufüllen („governing at a distance“, „reflexive law“).¹⁰⁸
- *Ökonomische Anreize*, z.B. Zertifikathandel und Abgaben im Umweltrecht: Sie setzen den Grundgedanken des OMB-Verfahrens fort, lassen aber den Betroffenen mehr Handlungsfreiheit.

Auch diese Methoden haben freilich ihre Probleme:¹⁰⁹ „As important decisions are shifted to informal processes involving nongovernmental actors, how is the law to prevent factional abuse of power, curb the tyranny of ex- 34

105 *R. Stewart* (Fn. 100), 78 N.Y.U.L. Rev. 437, 443 f. (2003): „The earlier approaches have not disappeared“.

106 *Ebd.*, 444: „Through a process of evolutionary adaption to changing societal circumstances, the older forms continue, but their function has been changed in the process“.

107 *Ebd.*, 446.

108 *R. Stewart*, *Madison’s Nightmare*, in: 57 U. Chi. L. Rev. 335, 348–356 (1990), mit dem Vorschlag eines „reconstitutive law“, das auf indirekte Verhaltenssteuerung und eine Zurücknahme der Bundesverwaltung zugunsten der Gliedstaaten und der Kommunen setzt.

109 *R. Stewart* (Fn. 100), 78 N. Y. U. L. Rev. 437, 451 ff. (2003).

pertise, and ensure public-regarding outcomes, including distributional equity?” In Netzwerken sind Verantwortlichkeiten oft nicht klar zu erfassen. Ökonomische Lösungen drängen den Einflussbereich des Verwaltungsrechts zurück.

III. Stewarts Überlegungen zur Reform des Verwaltungsrechts

- 35 „Administrative law will continue to be evolutionary and strongly conserving in character.”¹¹⁰ Mit diesen Worten umreißt *Stewart* das, was nach deutscher Vorstellung eine *reformorientierte Dogmatik* ist.¹¹¹ Es geht nicht darum, die Brücken zu den überkommenen Modellen abzurechnen. Aber es kann auch nicht darum gehen, so weiter zu machen wie bisher. Statik und Dynamik sind zu einem Ausgleich zu bringen.

Die weitere Entwicklung wird nach *Stewart* bestimmt sein von einer Stärkung des OMB-Verfahrens und seiner Erweiterung über eine eng verstandene Kosten-Nutzen-Rechnung hinaus. Die Ökonomisierung und die Bedeutung der neuen Methoden und Instrumente werden zunehmen. Trotzdem wird die mit Geboten und Verboten arbeitende Regulierungstechnik auch künftig die Hauptrolle spielen. Das überkommene Verwaltungsrecht muss in seinen Strukturen erweitert werden. Die Gestaltungsbefugnisse der Exekutive können nicht allein mit einem gerichtszentrierten Ansatz („not centered on courts“) eingefangen werden.¹¹² Vielmehr muss es darum gehen, politische Verantwortlichkeiten zu erhalten und zu stärken.

C. Das deliberative Paradigma (*Shapiro/Fisher/Wagner*)

- 36 *Stewarts* Interpretation der historischen Entwicklung und der gegenwärtigen Aufgaben des amerikanischen Verwaltungsrechts hat viel Anerkennung gefunden. Sie ist allerdings nicht unangefochten. Man kann ihr entgegenhalten, sie setze zu stark auf die von außen auf die Verwaltung einwirkenden Faktoren (Interessengruppen, Einflüsse des Office of Manage-

110 Zum Folgenden ebd., 453 f.

111 Dazu vgl. nur *A. Voßkuhle/Th. Wischmeyer*, The „Neue Verwaltungswissenschaft“ against the backdrop of traditional administrative law scholarship in Germany, in: *Rose-Ackerman/Lindseth/Emerson*, *Comparative Administrative Law*, 85 ff.

112 Ähnlich *Strauss*, *Justice*, 10.

ment and Budget). Genau diesen Einwand erheben *Sidney Shapiro*, *Elizabeth Fisher* und *Wendy Wagner* in ihrem programmatischen Beitrag „The Enlightenment of Administrative Law“.¹¹³ Auch ihnen geht es um die Frage, wie die Legitimität der Verwaltung angesichts ihrer weiten Ermessensspielräume sicher gestellt werden kann.

Als theoretischer Rahmen dienen ihnen dazu zwei Paradigmen:

37

- „The *rational-instrumental paradigm* envisions a Weberian bureaucracy, which is expected to implement, but not to develop, government policy and values.“ Die wichtigsten Elemente dieses Konzepts sind rechtliche Vorgaben sowie politische und gerichtliche Kontrollen. Auch die stärkere partizipatorische Ausrichtung, wie sie zwischen 1965 und 1975 von der „public interest“-Bewegung verlangt und als erfolgversprechender Weg einer Reform beschrritten wurde, soll an diesem Grundkonzept einer *von außen* ansetzenden Rationalisierung administrativer Entscheidungsprozesse nichts geändert haben.¹¹⁴ Das Gleiche soll für die Einführung von Kosten-Nutzen-Analysen seit den 1980er Jahren gelten. Das Konzept aber habe – so wird weiter dargelegt – unverkennbare Schwächen: Der Einfluss der Wirtschaft auf die Verwaltung sei nicht zurückgedrängt worden, sondern unvermindert effektiv; die angewandten ökonomischen Methoden vermittelten nur eine Scheinrationalität.¹¹⁵
- Dem stellen *Shapiro/Fisher/Wagner* ein *deliberative-constitutive paradigm* gegenüber, das *von innen*, vom Innenbereich der Verwaltung, her konzipiert ist. „To put the matter a different way, we need to look inside the agency for administrative legitimacy“.¹¹⁶ Dass die Verwaltung über weite Ermessensspielräume verfügt, wird als unvermeidbar und notwendig angesehen. Angesichts dieses Befundes muss es darum gehen, die Ausübung dieser Gestaltungsmacht durch verwaltungsinterne Mechanismen zu strukturieren: „substantive expertise, deliberation, and reason giving“. Besonderer Wert wird dabei auf Professionalität gelegt. Die Verwaltung selbst und ihre Bediensteten sollen nicht für bloße Agenten fremden Willens gehalten, sondern auf Grund ihrer Professionalität als legitime Sachwalter angesehen werden. Ihr Wissen ermöglicht es ihnen,

113 In: 47 Wake Forest L. Rev. 463–502 (2012).

114 Ebd., 467 f. und 471–476.

115 Ebd., 469: „Economics and other social sciences at best are a mixture of empirical data and social construction“.

116 Ebd., 465, 469–471 und 486–491.

den Einflussnahmen der Interessenverbände etwas entgegenzusetzen und in den Prozessen der Deliberation eine aktive Rolle zu spielen, statt fremde Wünsche nur entgegenzunehmen. „Finally, public administration is responsible for informing and directing deliberations as well as for making the final decision.“¹¹⁷ Im Ergebnis soll das deliberative Paradigma das rational-instrumentelle Paradigma nicht verdrängen, sondern beide sollen gleichzeitig genutzt werden, um Verantwortlichkeit und Legitimität der Verwaltung besser zu gewährleisten.

- 38 Mit ihrer positiven Sicht auf die Leistungsfähigkeit einer sachverständigen Verwaltung können *Shapiro/Fisher/Wagner* an Vorstellungen anknüpfen, die sich in der amerikanischen Verwaltungsentwicklung immer wieder als einflussreich erwiesen haben. Sie verweisen auf *Woodrow Wilsons* Bemühungen um eine neutrale Verwaltung, auf die Rolle expertokratischer Argumente im Rahmen des New Deal und auf den Administrative Procedure Act von 1946, der als Kompromiss neben rechtlichen Grenzziehungen auch die Effektivität der Verwaltung im Blick behält.¹¹⁸ Verwiesen werden kann außerdem etwa auf *Jeremy Mashaw*, der für Massenvorgänge der Sozialverwaltung die legitimierende Rolle einer kompetent und rational handelnden Bürokratie herausgearbeitet hat.¹¹⁹ Für die vorliegende Untersuchung sind diese Stellungnahmen auch deshalb wichtig, weil sie einem zu einseitigen Verständnis des amerikanischen Verwaltungsrechts als eines auf „interest groups“ und „participation“ ausgerichteten Rechts ein Stück weit entgegenwirken. Die Selbstbeschreibungen sind vielfältiger. Es gibt auch ein „neo-Weberian endorsement of bureaucracy“.¹²⁰

D. Radikale Infragestellungen des gegenwärtigen Verwaltungsrechts

- 39 Nicht Verbesserung und Reform, sondern grundsätzliche Zweifel am Zuschnitt des gegenwärtigen Verwaltungsrechts indizieren zwei plakative Begriffe, bei denen genau auf den Verwendungskontext geachtet werden muss: „*Libertarian Administrative Law*“ soll Entwicklungen auf den Begriff bringen, die die Begriffsschöpfer in der Judikatur beobachtet haben wollen, die sie selbst für verfehlt halten und die sie umzukehren wünschen (I).

117 Ebd., 470.

118 Ebd., 472–474.

119 *Mashaw*, *Bureaucratic Justice*, 1983.

120 So die Charakterisierung des Werkes von Mashaw in der Rezension von *L. Liebman* und *R. Stewart*, 96 Harv. L. Rev. 1952, 1954 (1983).

„*The Executive Unbound*“ soll einen Zustand wiedergeben, in dem die herkömmlichen Schutzmechanismen die Exekutive nicht mehr in Schach halten, sich aber neue Instrumente abzeichnen, die dem neuen Gravitationszentrum politischer Macht adäquater erscheinen (II). Der erste Begriff bezieht sich auf funktionelle Aspekte, der zweite auf die institutionelle Seite der Verwaltung und des Verwaltungsrechts. Beide veranschaulichen die Spannbreite gegenwärtiger Auseinandersetzungen um die Legitimität und die Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts, die über Diskussionen aktueller dogmatischer Fragen weit hinausgehen.

I. „Libertarian Administrative Law“

Unter dieser Flagge analysieren *Cass Sunstein* und *Adrian Vermeule* jüngere 40 Tendenzen, die zentrale Dogmen des bisherigen Verwaltungsrechts zugunsten von „property rights and economic rights“ abwandeln wollen.¹²¹ Beide Autoren tun das in kritischer Absicht. Der Begriff „libertarian administrative law“, den sie dazu benutzen, ist also ein negativer Kampfbegriff, der die Augen für die Konsequenzen öffnen soll, die eintreten, wenn sich die beobachteten Entwicklungen verfestigen sollten.

1. Tendenzen in der Judikatur

Tendenzen bedenklicher Art sehen *Sunstein* und *Vermeule* vor allem in der 41 Judikatur des U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, der für die Entwicklung des Verwaltungsrechts auch sonst eine besonders wichtige Position inne hat. In den 70er Jahren war er progressiv gestimmt und konfrontierte die Behörden mit immer wieder neuen Verfahrensorderungen zum Schutz von Umweltinteressen. Seit den 90er Jahren nun habe sich der D.C. Circuit – so meinen *Sunstein* und *Vermeule* – dann aber dem Schutz eigentumsrechtlich verfestigter Individualinteressen in einer Art und Weise verschrieben, die in den Rechtsgrundlagen nicht hinreichend abgesichert, sondern politisch motiviert sei und der der Supreme Court mit einem Machtwort entgegenzutreten sollte.

121 C. R. *Sunstein/A. Vermeule*, *Libertarian Administrative Law*, 82 U. Chi. L. Rev. 393–473 (2015).

- 42 Um ihre Thesen zu belegen, nehmen sich *Sunstein* und *Vermeule* einige der wichtigsten Doktrinen des amerikanischen Verwaltungsrechts vor und untersuchen, inwieweit jüngere Urteile des D.C. Circuit diese im Sinne der von ihnen beargwöhnten Tendenz verändert haben. Analysiert werden u. a. die „nondelegation doctrine“ sowie Fragen der Klagebefugnis und der gerichtlichen Kontrolldichte.¹²² Nicht alle untersuchten Judikate weisen allerdings in dieselbe Richtung. Nicht alle bringen Veränderungen, die sich nicht auch im Rahmen der bisherigen Koordinaten rechtfertigen ließen. Aber insgesamt soll doch deutlich werden, dass überkommene Regelungen zugunsten von Eigentums- und Marktinteressen verändert und die Regulierungsaufgaben der Verwaltung eingeschränkt werden: Gesetzliche Delegationen müssen genaueren Bestimmtheitskriterien genügen, als sie der herkömmliche „intelligible principle“-Test verlangt.¹²³ Verfahrensforderungen an die regulierende Verwaltung werden verschärft und die gerichtliche Kontrolle wird intensiviert.

2. Positionsbestimmung, Kritik und Gegenkritik

- 43 Die beobachteten Tendenzen zu einem „libertarian administrative law“ stellen *Sunstein* und *Vermeule* in den Kontext des schon lange währenden Streits um die Verfassungsmäßigkeit des amerikanischen „administrative state“:¹²⁴ Vertreter einer auf den ursprünglichen Sinn des Verfassungstextes abhebenden Bedeutung („originalists“) betrachten den spätestens mit dem „New Deal“ vollzogenen Ausbau der Verwaltung als einen Bruch der von den Gründern vorgesehenen Verfassung. Von „lost constitution“ oder „constitution in exile“ ist die Rede. „Libertarian administrative law“ ist danach der Versuch, den Verwaltungsstaat zurückzuschneiden, um dem (vorgestellten) früheren Verfassungszustand wieder näher zu kommen.

In diesem Versuch sehen *Sunstein* und *Vermeule* einen Frontalangriff auf die Grundstruktur des amerikanischen Verwaltungsrechts.¹²⁵ Dieses Recht sei nämlich das Ergebnis eines grundlegenden Kompromisses, der sich im Administrative Procedure Act von 1946 niedergeschlagen und verfestigt

122 Ebd., 405–463.

123 So 721 F3d 666, 670 ff. (D.C. Circ. 2013) *American Association of Railroads v. United States Department of Transportation*.

124 *Sunstein/Vermeule* (Fn. 121), 82 U. Chi. L. Rev. 393, 402 ff.; *J. Kessler* (Fn. 84), 129 Harv. L. Rev. 720 ff. (2015).

125 Ebd., 463.

haben. In diesen Kompromiss seien seinerzeit alle politischen Kräfte eingebunden gewesen. Der APA habe auf diese Weise die Position eines „super-statute“ gewonnen, die nicht aus Rücksichten auf eine bestimmte politische Theorie („libertarian or nonlibertarian“) aufgekündigt werden könne. Vor diesem Hintergrund wünschen sich *Sunstein* und *Vermeule* ein „Vermont Yankee II“, in dem der Supreme Court den Tendenzen des „libertarian administrative law“ entgegengetreten und das Grundprinzip festschreiben soll, „that no abstract political theory, whatever its valence, may be elevated to a master principle of administrative law“.¹²⁶

Inwieweit die von *Sunstein* und *Vermeule* vertretene Immunität des 44
Verwaltungsrechts („autonomous body of rules, standards, and principles“) ihrerseits ideologiekritisch zu hinterfragen wäre, mag hier zunächst offen bleiben. Selbst wenn man dem APA den von ihnen angenommenen herausragenden Rang zumessen wollte, könnte man nicht jeden Einfluss theoretischer Überlegungen, die im Zusammenhang mit neuen Herausforderungen entwickelt werden, einfach kappen. Hinzu kommt, dass nicht alle Doktrinen, die *Sunstein* und *Vermeule* dem vom APA repräsentierten Verwaltungsrecht zurechnen wollen, vom APA-Kompromiss des Jahres 1946 umfasst sein können, weil sie erst in den Jahrzehnten danach entwickelt worden sind. Jedenfalls ist der Supreme Court der Empfehlung der Autoren, ein Machtwort gegen die von ihnen beobachteten Tendenzen im Court of Appeals D.C. Circuit zu sprechen, nicht gefolgt. Vielmehr hat sich umgekehrt im Supreme Court erheblicher Widerstand gegen den „administrative state“ aufgebaut.¹²⁷

3. „Is Administrative Law Unlawful?“ (Hamburger)

So nimmt Justice *Thomas* mehrfach auf ein Buch Bezug, das die Ziele des 45
„libertarian administrative law“ in besonders radikaler Weise vertritt:¹²⁸
Philip Hamburger „Is Administrative Law Unlawful?“¹²⁹ Der Autor setzt historisierend an und malt das Bild einer anglo-amerikanischen Rechtstradition, in der common law Richter die Freiheit der Bürger gegen hoheitli-

126 Ebd., 471.

127 Dazu → 2/33–37, → 4/128–135 und → 6/16–40.

128 575 U.S. ___ (2015) Thomas, J. diss. (slip op. at 6–8) *Department of Transportation v. American Association of Railroads*.

129 *Hamburger*, *Is Administrative Law Unlawful?*, 2014.

che Zugriffe absolutistischer Gewalten wirksam verteidigt haben.¹³⁰ Vor diesem Hintergrund entwirft er dann ein düsteres Bild der Gegenwart, in der eine übergriffige Verwaltung die Freiheit der Amerikaner bedroht: Obwohl eigentlich nur der Kongress und die Gerichte dem Einzelnen bindende Rechtsvorgaben machen dürften, habe sich eine Verwaltung entwickelt, die durch Normsetzung („rulemaking“) und durch Erlass bindender Einzelentscheidungen („adjudication“) genau das tue, was den anderen Gewalten vorbehalten sei. Ein Verwaltungsrecht, das für solche Aktivitäten den Rahmen bietet, erscheint *Hamburger* als ein klarer Verstoß gegen die von ihm konstruierten anglo-amerikanischen Verfassungstraditionen. Die Hoheitsgewalt der heutigen Verwaltung setzt die alte absolutistische Herrschaftsanmaßung fort.¹³¹

Dass diese Ansicht nicht der seit jeher bestehenden Staatspraxis in den USA entspricht, kümmert den Autor wenig. Auch dass die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen die Verwaltung heute agiert, anders aussehen, als er sie darstellt, interessiert ihn kaum.¹³² Er will mehr bieten als Dogmatik; er will aufrütteln. „Whereas most legal arguments rest on doctrine, the argument here, although partly doctrinal, is more substantively from the underlying danger“¹³³ Mit seiner Fundamentalopposition gegen den „administrative state“ steht der Autor nicht allein.¹³⁴

- 46 Für die von ihm diagnostizierten Fehlentwicklungen des amerikanischen Rechts hat *Hamburger* eine Quelle ausgemacht:¹³⁵ die *deutsche verwaltungsrechtliche Theorie* an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert. Diese Theorie habe nämlich ganz in der Tradition des preußischen Absolutismus und der Staatszentriertheit gestanden, die durch *Hegel* philosophisch überhöht worden sei. Führende Verwaltungsrechtler der Zeit wie *Lorenz von Stein*

130 Ebd., 5: „In particular, it is necessary to dig into the past“.

131 Ebd., 13: The book „shows, that administrative power was not merely a natural recurrence to absolutist ideas, but actually was a historical continuation of them“: Gerügt werden vor allem Verstöße gegen die Gewaltenteilung, die Unabhängigkeit des Richters und den Due Process.

132 Ohne genaue Kenntnis, wie das Verwaltungsrecht der Gegenwart funktioniert, ist jedoch nicht weiter zu kommen. Dass es daran mangelt, zeigt die kritische Rezension von A. *Vermeule*, *Is Administrative Law „Unlawful“*, 93 *Tex. L. Rev.* 1547 (2014).

133 *Hamburger*, *Is Administrative Law Unlawful?*, 9.

134 Vgl. nur aus jüngster Zeit *Postell*, *Bureaucracy in America*, 3 ff. und 315 ff.; weitere Nachw. bei *Emerson* (Fn. 58), in: 77 *Review of Politics*. University of Notre Dame, 545 Fn. 3. (2015).

135 *Hamburger*, *Is Administrative Law Unlawful?*, 441 ff.

und *Rudolf von Gneist* seien Hegelianer gewesen, zwar liberal gesonnen, aber für alle ihre Lehren sei eben doch der Staat der entscheidende Bezugspunkt gewesen.¹³⁶

Nun will *Hamburger* die von ihm düster beschriebene amerikanische Verwaltungsstaatlichkeit nicht direkt dem deutschen staatsrechtlichen Denken anlasten. Es waren – wie er es darstellt – amerikanische Juristen, die die beklagten Fehlentwicklungen verursachten.¹³⁷ Aber sie hatten es sich angewöhnt, die Dinge durch die deutsche Brille zu betrachten, denn sie hatten deutsche Universitäten besucht. „The scientific model of academic inquiry developed in Germany was widely admired in the United States.“ „Thousands of late nineteenth-century American scholars, eager to overcome their parochialism, flocked to Germany and returned with ideas about scientific study which they then introduced to American academic life.“¹³⁸ Ja, schlimmer noch: die Amerikaner übernahmen nach *Hamburger* nicht einmal die Begrenzungen, die ihre deutschen Lehrer mit dem Rechtsstaat verbanden, sondern stärkten die Stellung der Verwaltung noch:¹³⁹ „Put in terms of theory, although the Germans included liberals such as Otto Mayer, Americans sometimes went more in the direction of Carl Schmitt“.

Ob die dem deutschen staatsrechtlichen Denken verbundenen amerikanischen Wissenschaftler gerade in Methodenfragen wirklich einen so nachhaltigen Einfluss auf die Verwaltungsrechtentwicklung in den USA hatten, wie *Hamburger* es schildert, ist zu bezweifeln.¹⁴⁰ Ganz sicher leidet das Buch aber unter seinen stark überzeichnenden und verzerrenden Formulierungen.¹⁴¹ Die Sache stellt sich anders dar, wenn man die weit in das 19. Jahrhundert zurückreichenden ganz eigenständigen Verwaltungstraditionen einbezieht, auf die die oben referierte Schrift von *Mashaw* aufmerksam

136 *Hamburger*, *Is Administrative Law Unlawful?*, 471 ff.

137 Genannt werden vor allem Woodrow Wilson, Frank Goodnow und Ernst Freund.

138 Ebd., 472.

139 Ebd., 473.

140 Dagegen *Lepsius*, *Verwaltungsrecht*, 277 ff. (Verweis auf die dominierende durch Felix Frankfurter begründete Lehrtradition) und 197 (Verweis auf James Landis). Anders auch *Emerson* (Fn. 58), in: 77 *Review of Politics*. University of Notre Dame, 545, 559 ff. (eigenständige Entfaltung demokratischer Werte durch die „American Progressives“).

141 So, wenn *Hamburger*, *Is Administrative Law Unlawful?*, 505 ff., von „Prussification of the American society by administrative law“ spricht.

gemacht hat und die in den realen Aufgaben der Verwaltung und nicht in Theorien ihre Ursache haben.¹⁴²

Hamburgers Schrift unterstreicht aber immerhin den auch von anderen geteilten Befund, dass sich das amerikanische Verwaltungsrecht in einer bestimmten Periode seiner Entwicklung als aufgeschlossen gegenüber dem deutschen verwaltungsrechtlichen Denken erwiesen hat. Es waren jedoch nicht die Behörden oder die Gerichte beider Länder, die füreinander Interesse fanden, sondern Theoriekonzepte. Ob diese immer richtig rezipiert worden sind, und was bei einer solchen Rezeption überhaupt „richtig“ heißt, steht dann nochmals auf einem anderen Blatt.

II. „The Executive Unbound“ (*Posner/Vermeule*)

- 48 Auf andere Weise gilt diese Feststellung auch für eine zweite aktuelle Schrift: „The Executive Unbound“. In ihr wollen *Eric A. Posner* und *Adrian Vermeule* die traditionellen Grundannahmen des amerikanischen politischen Systems einer grundlegenden Kritik unterziehen.¹⁴³ Sie bezweifeln vor allem die Fähigkeit des Gewaltenteilungsgrundsatzes, eine wirksame Steuerung und Kontrolle der Exekutive sicherzustellen: „This theory has collapsed. It’s fit with reality is no longer merely imperfect, in the way all regulative ideals are imperfect; rather it does not even approximate the political terrain it purports to cover“.¹⁴⁴ Beide Garanten, der Kongress und die Gerichte, hätten mit Informations-Asymmetrien gegenüber der Exekutive zu kämpfen. Im Kongress sei zudem eine „separation of parties“ an Stelle der Gewaltenteilung getreten. Bei der Judikative müsse ihr Legitimitätsdefizit berücksichtigt werden. Die Exekutive, d.h., der Präsident und das Geflecht der Behörden und Einrichtungen, hätte heute einen Umfang und eine Komplexität erlangt, die nachhaltige Einwirkungen von Seiten der beiden anderen Gewalten unmöglich machten. Das habe sich gerade in den beiden jüngeren Krisen, der terroristischen Gefährdung und der Finanzkrise, gezeigt. Gerade hier habe sich der Kongress zu vorbeugender Krisenbewältigung nicht fähig oder nicht willens erwiesen; es sei vielmehr

142 Vgl → 1/27–30 und → 6/10–15.

143 *Posner/Vermeule*, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Eine deutsche Übersetzung von K. H. Siber erschien 2014 unter dem Titel „Die entfesselte Exekutive. Die Krise des liberalen Legalismus“.

144 *Posner/Vermeule*, *The Executive Unbound*, 18 ff.; etwas vorsichtiger allerdings die Schlussbemerkungen 206 ff.

zu weiteren Machtabtretungen an die Exekutive gekommen.¹⁴⁵ Zur methodischen Abstützung ihrer Untersuchung beziehen sich *Posner* und *Vermeule* – unbeschadet einiger Vorbehalte – auf Lehren Carl Schmitts, insbesondere dessen Parlamentarismuskritik.¹⁴⁶

Die diagnostizierten Defizite durch eine Verbesserung der bisherigen Steuerungsansätze, vor allem der Gesetze, auszugleichen, erscheint den Autoren unmöglich. Entsprechende Versuche, wie sie von den Verteidigern des überkommenen *liberalen Legalismus* unternommen werden, sind ihrer Ansicht nach zum Scheitern verurteilt. In diesem Zusammenhang beschäftigen sie sich auch mit der Rolle des Administrative Procedure Act (APA).¹⁴⁷ Sie bescheinigen diesem Gesetzgebungsakt, der 1946 den Verwaltungsstaat mit dem liberalen Legalismus versöhnen sollte, dass er in normalen Zeiten die Behörden ein Stück weit einschränke. Doch seien der Präsident und wichtige Bereiche wie der militärische und der außenpolitische Sektor vom Geltungsbereich des APA gar nicht erfasst („black holes“). Außerdem hätten die Gerichte gerade in Krisenzeiten der Exekutive erhebliche Freiräume („grey holes“) konzedierte. „They are integral to the administrative state“.¹⁴⁸

Posner und *Vermeule* plädieren nicht für eine ungebundene Exekutive. Sie wenden sich nur gegen die Wirksamkeit der traditionellen rechtlichen Steuerungs- und Kontrollmechanismen und verweisen stattdessen auf eine Reihe politischer Bindungen, die der Exekutive, allen voran dem Präsidenten, dadurch erwachsen, dass sie auf Popularität und Glaubwürdigkeit angewiesen sind.¹⁴⁹ Zu solchen Mechanismen, die für die Kommunikation des Präsidenten mit der Öffentlichkeit wichtig sind, sollen etwa unabhängige Kommissionen, überparteiliche Berufungen und das Streben nach Transparenz gehören. In einer solchen kommunikativen Perspektive bildet dann das Zusammenspiel von Wahlen, Parteien, Staatsapparat und Medien die neue politische Ordnung, in der die Exekutive in das Gravitationszentrum getreten ist und demokratisch kontrolliert wird. Nicht als Verfallsszenario, sondern als eine nüchterne, moderne Alternative zum überkomme-

145 Ebd., 42 ff.

146 Ebd., 34: „Our main claim will be that the Schmittian view supplies a better account of institutional capacities and behaviour in these crisis episodes than does the liberal legalist view stemming from Madison“.

147 Ebd., 84 f. und 89 ff.

148 Ebd., 112, und 90: „In this sense, American administrative law *is* [kursiv im Original] Schmittian“.

149 Ebd., 113 ff., 137 ff. („theory of credibility“), („credibility is power“).

nen liberalen Legalismus wollen die Autoren verstanden sein, wenn sie mit der Feststellung schließen:¹⁵⁰ „Separation of powers may be suffering through an enfeebled old age, but electoral democracy is alive and well“.

- 50 Das Buch ist in den USA breit diskutiert und erheblich kritisiert worden.¹⁵¹ Dabei muss zwischen den analytischen und den normativen Aussagen unterschieden werden. Was erstere betrifft, so nehmen die Autoren keine Außenseiterrolle ein, sondern befinden sich durchaus in Übereinstimmung mit der breit geteilten Beobachtung einer „imperial presidency“.¹⁵² Auch so wichtige Repräsentanten eines liberalen Staatsverständnisses wie *Bruce Ackerman* sehen im Gewaltenteilungsprinzip keinen wirksamen Steuerungs- und Kontrollmechanismus mehr und wollen auf neue innovative Instrumente setzen, die sich jedenfalls zu Teilen auch bei *Posner* und *Vermeule* finden.¹⁵³ In manchem ähneln die Beobachtungen den „Entparlamentarisierungs“-Diskussionen, die in Deutschland (allerdings deutlich verhaltener) geführt werden.¹⁵⁴ In diesem Kontext einen ganz entscheidenden Akzent auf die kommunikative Komponente modernen Staatshandelns zu legen, wie es *Posner* und *Vermeule* tun, erscheint plausibel.
- 51 Deutliche Vorbehalte löst dagegen vor allem die positive Bewertung aus, die die Autoren den Vorstellungen einer starken Exekutive entgegenbringen. Hier steht das Buch zu sehr im Banne der beschriebenen Krisen, wie es überhaupt solche besonderen Situationen mit der Normalität des Verwaltungsgeschehens vermischt. Das zeigt sich auch an der Behandlung des APA, der ja kein Rahmen für die administrative und judikative Bewältigung von Krisen und hochpolitischen Entscheidungen sein will, sondern die Behörden und die Gerichte bei der Erfüllung ihrer Standardaufgaben anleiten soll. Mit den Krisenbeschreibungen tritt natürlich auch die Rolle

150 Ebd., 208.

151 Dazu *E. Kennedy* in ihrer Einführung zur deutschen Ausgabe, 1 ff.

152 *Cb. Lammert* im Geleitwort zur deutschen Ausgabe, S. II unter Bezug auf *A. M. Schlesinger*, *The Imperial Presidency*, 1973. Aktuelle Analysen bei *B. Ackerman*, *The Decline and Fall of the American Republic*, 16 ff.: „But over the course of two centuries, the most dangerous branch has turned out to be the presidency“.

153 *Ackerman*, ebd., 119 ff.

154 Dazu Hinweise bei *Cb. Lammert*, Geleitwort, S. IV f.; im Einzelnen vgl. *M. Herdegen/M. Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, in: *VVDStRL* 62, 2003, 7 ff. und 37 ff.

des Präsidenten noch stärker in den Vordergrund des Verwaltungsgeschehens, als das für das amerikanische Recht ohnehin gilt.

Solchen Szenarien gegenüber darf die *Normalität des Verwaltungsalltags* 52 nicht aus den Augen verloren werden. Sie ist es, um die es dem Verwaltungsrecht vor allen Dingen gehen muss. An diese Einsicht ist angesichts der starken Konzentration des amerikanischen Diskurses auf die Bundesverwaltung immer wieder zu erinnern. Zur Normalität des Verwaltungsalltags gehört auch das regelmäßig übersehene Verwaltungsgeschehen auf der einzelstaatlichen und der kommunalen Ebene (vgl. → 1/10 und 2/69–103).

E. Die positive Wende: „The Public’s Law“ (Blake Emerson)

Eine positive Sicht auf das Recht des amerikanischen „administrative state“ vermittelt die jüngst von *Blake Emerson* vorgelegte Studie „The Public’s Law“. Schon der Titel indiziert das Programm: Es geht darum, das Verwaltungsrecht und die administrative Entscheidungsprozesse so zu strukturieren, dass sich die Öffentlichkeit in der ganzen Breite ihrer gesellschaftlichen Faltungen und Gruppierungen wiederfindet.¹⁵⁵ Nicht die Pathologien der Administration, sondern ein gehaltvolles Konzept von dem, was Verwaltung und Verwaltungsrecht leisten muss, stehen im Vordergrund. Nüchtern ist anzuerkennen:¹⁵⁶ „The modern democratic state is an administrative state. Democracy requires administration to address the social problems the peoples identify.“

Um das zu entwickeln, greift *Emerson* weit in die vergleichende politische Ideengeschichte aus, indem er die Einflüsse *Hegels* auf die Gründergeneration des amerikanischen Verwaltungsrechts nachzeichnet. Sein Ausgangspunkt sind Hegels Begriffe von Freiheit und Recht, die in ihrer notwendigen Wechselbezüglichkeit verstanden werden und eine positive Sicht auf die Rechtsordnung und ihre Regulierungsaufgabe freilegen: „because the modern legal order provides a social context in which freedom is not merely a mental hope or an individual striving but a way of life that is secured by stable rules and practices“.¹⁵⁷ 54

155 *Emerson*, *The Public’s Law*, 2019, 167: „The possessive form expresses both an originating and a constitutive relationship between public discourse and legal norms“.

156 Ebd. 1.

157 Ebd. 25.

Es war dieses Verständnis von Freiheit, auf das die amerikanischen Protagonisten eines „administrative state“ zurückgreifen konnten. „For Hegel, the administrative state had an emancipatory function in relation to the society it regulated“.¹⁵⁸ Als solche „Progressives“ behandelt *Emerson* nicht nur Wilson, Goodnow, Dewey, und Folletts, sondern auch W. E. B. Du Bois, der, an Hegels Konzept von Freiheit als gegenseitiger Anerkennung gleicher Individuen orientiert, administrative Interventionen gerade deshalb befürwortete, weil sie ihm notwendig erschienen, um eine die Benachteiligung der Afro-Amerikaner überwindende „inklusive“ demokratische Gesellschaft zu schaffen.¹⁵⁹

55 Mit der Betonung des Freiheitsverständnisses entlastet *Emerson* Hegel ein erhebliches Stück vom Vorwurf der Staatszentriertheit, der diesem im amerikanischen Schrifttum gern gemacht wird. Ebenso zeigt er aber auch, dass die „Progressives“ klar über Hegel hinausgingen und ihr Konzept eines Verwaltungsstaates auf eine demokratische Verfassungsordnung gründeten.¹⁶⁰ Damit ist zugleich die Eigenständigkeit der Verwaltungsentwicklung der USA dargetan. *Emerson* entwickelt sie als „institutional architecture of progressive democracy“ vom New Deal bis zur Civil Rights Ära. Immer wieder werden dabei der freiheitsermöglichende Charakter staatlicher Interventionen und der Zusammenhang von Freiheit und Partizipation betont. „A full renewal of the Progressive state would require deepening governmental intervention in society, coupled with participatory procedures calculated to redress the structurell injustices the often characterize social and private life“.¹⁶¹

56 So wichtig eine effiziente Administration danach ist; auf ein bürokratisches Expertentum allein lässt sie sich nicht gründen. Max Webers in den USA einflussreichen Vorstellungen von legitimer Herrschaft kann *Emerson* wenig abgewinnen.¹⁶² In diesem Rahmen kritisiert er auch die heute vorherrschenden deutschen Vorstellungen von Verwaltungslegitimation, weil sie zu sehr in der Tradition Webers ständen und für Partizipation zu wenig

158 Ebd. 24.

159 Ebd. 66; dort auch zu dem in diesem Punkte fundamentalen Unterschied zwischen Du Bois und Wilson; vgl aber auch 111.

160 Ebd. 113: „The Hegelian Progressives crafted a democratic conception of the state“.

161 Ebd. 184 und ähnlich 198.

162 Ebd. 44 ff. Den Unterschied zu Hegels gehaltvollem Verständnis von Administration herausarbeitend dort 46: „For Weber, by contrast, administration had become a purely instrumental form of rule“.

offen seien.¹⁶³ Der Administrative Procedure Act von 1946 und das dort geregelte „informal rulemaking“ bieten seiner Ansicht nach dagegen geeignete Verfahren, diese Formen zu fördern, selbst wenn sie in ihrem derzeitigen Zuschnitt verbesserungsbedürftig sind, um auch benachteiligten Schichten Einflussmöglichkeiten zu eröffnen. Die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung sieht *Emerson* dagegen insofern kritisch, als sie die Verwaltung dazu anhalte, technisch-instrumentell statt deliberativ zu argumentieren.¹⁶⁴ Im selben Duktus eines stärker wertorientierten Öffentlichkeitsdiskurses sollen sich „agencies“, denen eine zentrale Rolle bei der eigenständigen Konkretisierung gesetzlicher Zielvorstellungen zugeschrieben wird, nicht als Instrumente in der Hand des Präsidenten oder des Kongresses, sondern direkt „as agents of the people“ verstehen.¹⁶⁵ Mit diesen Akzentsetzungen zielt *Emersons* entwicklungsgeschichtlich ausgerichtete, rechtspolitisch engagierte Studie direkten auf die Themen, die heute die juristischen Auseinandersetzungen um den „administrative state“ in den USA beschäftigen (→ 6/16–40).

F. Bedeutung für die Rechtsvergleichung

In ihrer ideengeschichtlich- theoretischen Ausrichtung erschließen die referierten Positionsbestimmungen der Rechtsvergleichung wichtige Zugänge. Das (Bundes-)Verwaltungsrecht der USA tritt dem Betrachter in ihrem Lichte nicht als ein geschlossener Block gegenüber, sondern wird in seinen historischen Bedingtheiten und mit seinen Spannungen und Friktionen erfassbar. Die Funktionen der Rechtsinstitute treten deutlicher hervor und Doktrinen werden durchsichtig. Davon kann auch eine Studie profitieren, die wie die vorliegende keinen systematischen Rechtsvergleich anstrebt, sondern zuallererst der vermittelnden Darstellung des amerikanischen Verwaltungsrechts gewidmet ist. 57

Diesen positiven Effekt haben trotz aller Überzeichnungen auch die radikal kritischen Beiträge. Sie sind gerade in einem Augenblick wichtig, in dem die Auseinandersetzungen um das amerikanische Verwaltungsrecht weit in die juristische Praxis vorgedrungen sind und der Supreme Court 58

163 Ebd. 54 ff.

164 176 ff., 186: „The focus on instrumental rationality in the federal courts, and the suppression of value-based argument from administrative discourse, prevents the state from functioning as the deliberative democratic site it might be“.

165 Ebd. 168 ff., 184.

sich anschickt, zentrale Annahmen des „administrative state“ überkommener Prägung zu überdenken.¹⁶⁶ Gerade in einer solchen Situation kann die Verwaltungsrechtsvergleichung auf ähnliche oder abweichende Erfahrungen und Entwicklungen aufmerksam machen und auf funktional äquivalente Lösungsmuster hinweisen. Dabei geht es nicht um Belehrung, sondern um Vorgänge gegenseitigen Verstehens und gemeinsamen Lernens, die zwischen den beteiligten Verwaltungsrechtsordnungen in *beiden* Richtungen verlaufen. „This observation suggests lessons for both the European and the US side“.¹⁶⁷

-
- 166 Vgl. zum Diskussionsstand mit unterschiedlicher Akzentsetzung G. E. Metzger, 1930s Redux: The Administrative State under Siege, in: 131 Harv. L. Rev. 1 ff. (2018); Sorge um die Funktionsfähigkeit des administrative state; J. A. Pojanowski, Neoclassical Administrative Law, in: 133 Harv. L. Rev. 852 ff. (2020); Bemühungen um einen Mittelweg zwischen schärferer Rechtsbindung und politischen Gestaltungsmöglichkeiten der Verwaltung.
- 167 So für das Rechtsdenken allgemein in der Zusammenfassung seiner beiden großen vergleichenden Studien *Matthias Reimann*, *The American Advantage in Global Lawyering*, *RabelsZ* 78 (2014), 1 ff. und *The European Advantages in Global Lawyering*, *RabelsZ* 82 (2018), 885 (920). Speziell zur Verwaltungsrechtsvergleichung als Forum gemeinsamen Lernens vgl. meine Überlegungen (Fn. 26), in: *ZaöRV* 78, 2018, 807, 861 f. und → 6/51–71.