

Sechstes Kapitel Der amerikanische „Administrative State“: Eine vergleichende Betrachtung seiner aktuellen Herausforderungen

Erster Abschnitt Das Konzept des „Administrative State“ und seine Kritik in der Binnenperspektive des amerikanischen Rechts

A. Die Vorstellung bewusster Gestaltung und steter Gestaltbarkeit

Verwaltung und Verwaltungsrecht sind in den USA Gegenstände bewusster *Gestaltung* und steter *Gestaltbarkeit*. Hier wird etwas von dem aufklärerischen Optimismus sichtbar, der die amerikanische Verfassungsbewegung von Anfang an prägte:¹ die Vorstellung, eine politische Ordnung – wie die *Federalist Papers* sagen – „auf der Grundlage vernünftiger Überlegungen und freier Entscheidung („from reflection and choice“)² schaffen zu können.² Darin zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zu der Situation der meisten europäischen Staaten, für die die Verwaltung ein historisch vorgegebenes Faktum war und ist.

Die Vorstellung von der Gestaltbarkeit ist für das Konzept des Verwaltungsrechts folgenreich: Sie fördert wache Beobachtung, kritische Begleitung und fortgesetzte Suche nach besseren Lösungen. Sie ist reflexiv und aktiv. Das schnelle Aufgreifen neuer gesellschaftlicher Forderungen in der politischen Praxis der USA belegt das ebenso wie die Themenwahl der einschlägigen Fachzeitschriften. Auf Gestaltbarkeit zu setzen hat unbestreitbare Vorteile – zumal in einer Zeit, die im Gefolge der Digitalisierung mit einem radikalen Wandel der Kommunikationsformen konfrontiert ist. Dynamik und Flexibilität sind in diesem Kontext positive Werte.

1 Zum Gestaltungsanspruch der Verfassung von 1787 treffend *H. Dreier*, „We the People“ Verfassungsgebung als Gestaltungsprogramm, in: K. Bayertz/M. Hoesch (Hrsg.), *Die Gestaltbarkeit der Geschichte*, 2019, 203 ff.; dort 205 auch das Zitat aus den *Federalist Papers*.

2 *Hamilton/Madison/Jay*, *Federalist Papers*, No 1 (Hamilton); Übersetzung von B. Zehnpfennig.

- 3 Freilich sind auch gewisse Nachteile nicht zu übersehen: Das beginnt bei der Organisation der amerikanischen Verwaltung, die das Produkt immer wieder neu ansetzender, oft eher zufällig wirkender Aus- und Umbaue Bemühungen des Kongresses ist. Wenn die USA im Rechtsvergleich als ein Land mit einer stark diffundierten Verwaltungsstruktur wahrgenommen werden,³ dann ist das auch der Vorstellung von freier Gestaltbarkeit zuzuschreiben, die auf Kosten von Klarheit und Überschaubarkeit gegangen ist.

Eine zweite Schwäche kommt hinzu: Wenn alles gestaltbar ist, ist nichts selbstverständlich.⁴ Die entlastende Wirkung dessen, was sich als Normalität herausgebildet hat, bleibt ungenutzt. Kritische Reflexion droht in fortgesetzte Selbstzweifel umzuschlagen, die ein Klima der Unsicherheit schaffen und das berechtigte Verlangen der Verwaltungspraxis nach Stabilität aus den Augen verlieren.

B. Der „Administrative State“: Konzept und Kritik

- 4 Vorzüge und Nachteile des Gestaltbarkeitsglaubens lassen sich am Begriff des „administrative state“ zeigen, unter dem heute ganz grundsätzlich die Legitimität der Verwaltung – genauer: vor allem der *Bundesverwaltung* – und ihrer Handlungsweisen erörtert wird. „The administrative state is the central and unavoidable topic of modern constitutional theorizing.“⁵

I. Unterschiedliche Begriffe und Fragestellungen

- 5 Freilich zeigt sich schnell, dass der Begriff in unterschiedlichen Zusammenhängen und zu unterschiedlichen Zwecken verwendet wird und alles andere als eindeutig ist. Bald dient er der Darstellung historischer Entwicklungen und der sie tragenden philosophisch-theoretischen Ideen. Bald soll er den Bestand staatlicher Aufgaben und die vielen Formen ihrer administrativen Erfüllung wiedergeben. Bald geht es darum, Kernelemente eines

3 *Loewenstein*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 358 ff.; *Cane*, Controlling, 76 ff.

4 Ähnlich *Strauss*, Justice, 17 f.

5 *A. Vermeule*, The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge, in: Tushnet/Graber/Levinson, U.S. Constitution, 259; im Ergebnis ähnlich *Mashaw*, Reasoned Administration and Democratic Legitimacy, pass.; *Emerson*, The Public's Law, pass. → 1/53-56.

spezifischen rechtlichen Settings auf den Begriff zu bringen. Für die verwaltungswissenschaftliche Forschung ist er seit Langem ein Schlüsselbegriff.⁶ Aber auch in der verwaltungsrechtlichen Diskussion spielt der „administrative state“ heute eine große Rolle.

1. Akademische Diskurse

Mit *Adrian Vermeule* lassen sich drei akademische Diskurse unterscheiden:⁷ 6 ein vor allem von Juristen geführter Diskurs, in dem es um die Verfassungsmäßigkeit des „administrative state“ geht, ein politikwissenschaftlicher und staatsrechtlicher Diskurs, der sich mit dem Verhältnis der Politik zur Bürokratie und mit der Wahrung demokratischer Verantwortlichkeiten beschäftigt, und ein an den Informationsflüssen und den Wissensproblemen bürokratischer Organisationen interessierter Diskurs, an dem sich neben Juristen vor allem Ökonomen beteiligen. Jeder dieser drei Diskurse hat seinen eigenen Fokus: Rechtmäßigkeit, Demokratie, Expertise. Dabei ist es wichtig zu sehen, dass die Optimierung *einer* Position zu Abstrichen bei den *anderen* führen. „Given scarcity of time and other resources, it seems unlikely in the extreme that the administrative state could be simultaneous perfectly democratic, perfectly informed, and perfectly lawful.“⁸

Die verwaltungsrechtliche Behandlung des „administrative state“ hat ihr eigenes Profil. Sie nimmt Erkenntnisse aus den drei genannten Diskursen auf, schneidet diese aber auf spezifische Themen der administrativen Aufgabenerfüllung zu:⁹ Es geht vor allem um Probleme der Gewaltenteilung, d.h. um die Stellung der „agencies“ als den zentralen Akteuren und ihre Handlungsformen sowie um die Art ihrer gesetzlichen Steuerung („*broad delegations*“) und die Intensität ihrer gerichtlichen Kontrolle („*deference*“). Diese Begriffe umreißen das juristische Grundgefüge des „administrative state“; aber sie sind keine ein für alle Mal festliegenden Doktrinen. Ihr konkreter Zuschnitt hat in der historischen Entwicklung immer wieder geschwankt. 7

6 Vgl. nur die klassischen Darstellungen von *Dwight Waldo*, *The Administrative State*, 1948 und *Fritz Morstein Marx*, *The Administrative State. An Introduction to Bureaucracy*, 1957. Zu ihnen jüngst mit weit. Lit. *W. Seibel*, *The Administrative State*; in: G. F. Schuppert (Hrsg.), *Von Staat zu Staatlichkeit*, 2019, 233 ff.

7 *Vermeule* (Fn. 5), in: Tushnet/Graber/Levinson, *U.S. Constitution*, 260 ff.

8 *Vermeule* ebd., 278.

9 Vgl. *Vermeule*, ebd., 261 f.

2. Der „Administrative State“ als politischer Kampfbegriff

- 8 In politischen Diskussionen fungiert der „administrative state“ häufig als Kampfbegriff. Die Frontlinien lassen sich im Großen und Ganzen entsprechend der üblichen Einteilung in „Progressives“ (im amerikanischen Sprachgebrauch oft „Liberals“) und „Libertarians“ bestimmen. Bei den Stellungnahmen zu Einzelpunkten können die Linien allerdings auch durcheinander laufen.
- Für die Befürworter und Verteidiger ist der „administrative state“ ein Garant, um öffentliche Güter zu schützen und den nach wie vor großen sozialen Ungleichheiten in der amerikanischen Gesellschaft durch aktive Gestaltung entgegenzuwirken. Eine weit ausgreifende Verwaltung erscheint hier als ein notwendiges Mittel, um elementare Voraussetzungen einer demokratischen Gesellschaftsordnung zu sichern, wie sie die amerikanische Verfassung begründet hat.¹⁰
 - Die Gegner sehen im „administrative state“ eine übergreifende Veranstaltung des „federal government“, die die Strukturen der amerikanischen Verfassung sprengt und die Freiheit der Bürger unzulässig einschränkt. Bei den schärfsten seiner Kritiker steigern sich die Einwände zu einem Frontalangriff auch auf das Bundes-Verwaltungsrecht als solches: „Is Administrative Law Unlawful?“ markiert keine gänzlich isolierte Außen-seiterposition.¹¹ Auch andere Autoren bezweifeln die Legitimität des „administrative state“.¹²
- 9 Auseinandersetzungen gibt es zwar seit Langem.¹³ In jüngerer Zeit aber scheint der Streit ein neues Stadium zu erreichen:¹⁴ In der Gesetzgebung der letzten Jahre finden sich Versuche, wichtige bisherige Funktionsbedin-

10 G. E. Metzger, 1930s Redux: The Administrative State under Siege, in: 131 Harv. L. Rev. 1 (2017); S. Rahman, Bookreview: Reconstructing the Administrative State in an Era of Economic and Democratic Crisis, in: 131 Harv. L. Rev. 1671, 1676 (2018): „through the administrative state, we make possible the realization of substantive democratic values of equality and inclusion“. Ähnlich Emerson, The Public's Law, 2019, 149 ff et pass. (vgl. →1/53 ff.).

11 Zu der so betitelten Schrift von Ph. Hamburger → 1/45–47.

12 Postell, Bureaucracy in America, 315 ff.: „The Ongoing Crisis of Legitimacy“, mit einem Dank an Ph. Hamburger S. XI.

13 Schon klassisch etwa Freedman, Crisis and legitimacy, 1978.

14 Dazu nur G. E. Metzger (Fn. 10), 131 Harv. L. Rev. 1 ff. (2017).

gungen des „administrative state“ einzuschränken.¹⁵ Auch im Supreme Court sind Tendenzen erkennbar, zentrale Elemente des Konzepts kritisch zu überprüfen und u. U. die Koordinaten des bisherigen Verwaltungsrechts zu verändern. Die Entscheidungen *Gundy v. United States*: „broad delegations“ (→ 6/ 20–21) und *Kisor v. Wilkie*: „Auer deference“ (→ 6/35–36) vom Juni 2019 sind dafür Signale.¹⁶ In beiden Entscheidungen wurde die überkommene, dem „administrative state“ günstige Rechtsprechung nur knapp (5:4) und auch nur unter Einschränkungen aufrechterhalten. Die Gegenposition hat vor allem Justice Gorsuch in zwei Sondervoten deutlich formuliert. Steht der amerikanische „administrative state“ – selbst ein Kind des Gestaltbarkeitsglaubens – in Gefahr, zurückgeschnitten und nachhaltig umgestaltet zu werden? Im Folgenden sollen verfassungshistorische (II) und verfassungsstrukturelle (III) Punkte der Kritik und Gegenkritik erörtert werden.

II. Verfassungshistorische Kritik: „Constitution in Exile“

Historisch gründet die Gegnerschaft gegen den „administrative state“ auf der Annahme, der Verfassung von 1787 liege eine minimalistische Vorstellung von der Exekutivgewalt des Bundes zugrunde:¹⁷ Die wenigen administrativen Aufgaben – so die Vertreter eines „libertarian administrative law“ – hätten im Wesentlichen von Richtern mit den Mitteln des common law erfüllt werden können; ein umfangreicher Ausbau einer Bundesverwaltung sei nach den Vorstellungen der Gründergeneration nicht vorgesehen gewesen; der ursprüngliche Sinn der Verfassung sei später missdeutet worden.¹⁸

15 Vgl. die 2017 in den Kongress eingebrachten Entwürfe eines Regulatory Accountability Act (RAA), H.R. 5, 115th Cong. (2017), eines Regulations from the Executive in Need of Scrutiny Act (REINS), H.R. 26, 115th Cong. (2017) und eines Separation of Powers Restoration Act, H.R. 76, 115th Cong. (2017) sowie den Entwurf eines Separation of Powers Restoration Act 2019 H.R. 1927, 116th Cong. (2019).

16 Dazu schon → 2/31–37 und 4/112; J. A. Pojanowski, *Neoclassical Administrative Law*, 133 Harv. L. Rev. 852 ff. (2020).

17 Dazu etwa *Hamburger*, *Is Administrative Law Unlawful?*, 143 ff.; *Postell*, *Bureaucracy in America*, 59 ff.

18 Nachw. zu Herkunft und Gebrauch der „Constitution in Exile“ Floskel bei J. K. Kessler, *Book Review: The Struggle for Administrative Legitimacy*, 129 Harv. L. Rev. 718, 721 (2016).

- 11 Überzeugend wirken diese Einwände nicht. Gerade bei ihrer Gründung standen die USA vor großen innen- und außenpolitischen Herausforderungen, auf die das neue Staatswesen Antworten finden musste. „The Framers deemed an energetic executive essential to ,the protection of the community against foreign attacks‘, ,to steady administration of the laws‘, ,the protection of property‘ and ,the security of liberty“:¹⁹Die Verfassung kann daher von Anfang an kaum das Ziel verfolgt haben, dem „federal government“ nur einen Minimalbestand an Verwaltungskompetenzen zuzugestehen. Studien zur historischen Entwicklung zeigen denn auch, dass die USA ihre Verwaltungsorganisation seit der ersten Hälfte des 19. Jahrhundert kontinuierlich ausgebaut haben.²⁰ Dass sich die Entwicklung in der verwaltungsrechtlichen Theoriebildung zunächst nicht niederschlug, bedeutet nicht, dass sie in der verwaltungsrechtlichen Praxis nicht längst existierte.²¹ In der Folgezeit haben sich Perioden der Expansion und der Stagnation abgewechselt.²² Aber die Grundlinie eines Ausbaus nach Maßgabe der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Anforderungen der Zeit ist erhalten geblieben.²³

19 So unter Bezugnahme auf die Federalist Papers gerade die konservative Richtermehrheit in 591 U.S. __ (2020) (slip op. at. 22) *Seila Law LLC v. CFPB*.

20 *Rohr*, To Run a Constitution, 14 ff.; *Mashaw*, Creating the Administrative Constitution, 29 ff. und 312: „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“. *Emerson*, The Democratic Reconstruction of the Hegelian State in the American Progressive Political Thought, in: 77 *Review of Politics*, University of Notre Dame, 545, 573 (2015). Im Ergebnis ähnlich *Morstein Marx*, Amerikanische Verwaltung, 32: „Amerika war also nicht von Anfang an das Land des laissez faire“. Zum Stand der Verwaltungsaufgaben und ihrer Verteilung zwischen dem Bund und den Einzelstaaten unmittelbar vor dem 1. Weltkrieg *Freund*, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, Kap. 34 – 41.

21 *Freedman*, Crisis and Legitimacy, 259: „Although the roots of the American administrative process reach back to the First Congress of the United States, recognition of the profound implications that the growth of the administrative process has had for the nation’s legal and political institutions came remarkably late“. Ähnlich *Hickman/Pierce*, 15 f.

22 Vgl. dazu nur *Breyer/Stewart*, 29 ff.; *D. H. Rosenbloom*, Administrative Law and Regulation, in: Rabin/Hildreth/Miller, Handbook of Public Administration, 635, 654 ff.

23 Zu diesem „gradualist narrative“ und seiner Absicherung in der jüngeren verwaltungsgeschichtlichen Forschung der USA *J. K. Kessler* (Fn. 18), 129 *Harv. L. Rev.* 718, 726–731 (2016).

In diesem Modell eines graduellen Aufbaus hat auch der *New Deal* seinen Platz. Dass er zu einer massiven Ausdehnung und Verfestigung der amerikanischen Bundesverwaltung geführt hat, steht außer Streit. Aber er ist – im Guten wie im Schlechten – nicht „der“ Repräsentant des „administrative state“, sondern ist eingebettet in vorausgehende und nachfolgende Ausbauphasen.²⁴ Vorauf gingen die Jahrzehnte um die Wende von 19. zum 20. Jahrhundert, in denen auf die Industrialisierung und die Technisierung der Arbeitswelt reagiert werden musste. Mit der Schaffung neuer Verwaltungsaufgaben und neuer Bundesbehörden standen die USA nicht allein, wie ein Blick auf den zeitgleich vollzogenen Aufbau der Reichsverwaltung in Deutschland zeigt.²⁵ Die Entwicklungen unterschieden sich in der Art der eingesetzten Regulierungsstrategien.²⁶ Aber die Tatsache einer kräftigen Erweiterung administrativer Kompetenzen ist auf beiden Seiten des Atlantiks in gleicher Weise zu beobachten.

Um die Kontinuitäten und die Brüche der Verwaltungsentwicklung zu verstehen, muss nicht nur die Zeit *vor*, sondern auch die Zeit *nach* dem *New Deal* eigenständig gewürdigt werden. Auch diese Betrachtung zeigt, dass der „administrative state“ nicht aus einem einmaligen Ereignis hervorgegangen ist und auch nicht als ein ein für alle Mal fixiertes Konzept missverstanden werden darf. Der *New Deal* hatte zwar, was seine rechtliche Seite betraf, ein klares Profil, das auf Sachverstand und Unabhängigkeit der Behörden und auf weit zurückgenommene Anforderungen an gesetzliche Ermächtigungen baute.²⁷ Diese Merkmale sind aber nicht in Erz gegossen.

Für den heutigen „administrative state“ nicht weniger prägend sind die 1960- und 1970iger Jahre – die Zeit der „Rights Revolution“ – mit ihrem breiten Ausbau des Umwelt- und des Verbraucherschutzes, mit ihrer Sorge für benachteiligte Gruppen und ihren Aktivitäten gegen Diskriminierungen. Die Ambivalenz dieser Entwicklung im Verhältnis zum *New Deal* hat *Cass Sunstein* treffend auf den Punkt gebracht:²⁸ Die Gesetze dieser Zeit beließen es nicht mehr bei weit gefassten Aufgabenzuweisungen, sondern formulierten durchaus genaue substantielle Vorgaben. Breite Klagemög-

24 Darstellend, aber kritisch *Postell*, *Bureaucracy in America*, bes. 167 ff. und 247 ff.

25 Vgl. *R. Morsey*, in: K. Jeserich/H. Pohl/Ch. v. Unruh (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 3, 1984, 138 ff.

26 Dazu *Lepsius*, *Regulierungsrecht in den USA: Vorläufer und Modell*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, § 1 Rn. 1 ff.

27 Für die Idee neutraler sachverständiger Amtswalterschaft repräsentativ die Schrift von *Landis*, *The Administrative Process*, 1938.

28 *Sunstein*, *Rights Revolution*, 30; *Postell*, *Bureaucracy in America*, 247 ff.

lichkeiten wurden eingeführt. Es wurde versucht, die Verwaltung exakter zu steuern und zu kontrollieren, denn das Vertrauen in eine autonome behördliche Sachwalterschaft war durch die Beobachtungen von „agency capture“ geschädigt worden. Aber die Vorstellung, dass eine aktiv gestaltende Verwaltung unbedingt notwendig sei, blieb erhalten.

- 15 Insgesamt erscheint die Historie zu vielschichtig und in ihren Erscheinungen zu vielgestaltig, um sich von einem Narrativ einfangen zu lassen, das eine minimalistische Bundesverwaltung als ursprünglich und dauerhaft verfassungsgeboden ausweisen will.

III. Verfassungsstrukturelle Kritik: „Headless fourth branch“

- 16 Eine zweite Gruppe von kritischen Einwänden richtet sich gegen die im „administrative state“ üblichen Formen der *Aufgabenerfüllung* und die dazu eingesetzten Institutionen und Instrumente. Ihr zentraler Ansatzpunkt ist der Grundsatz der Gewaltenteilung. „There is no doubt that the development of the administrative agency in response to modern legislative and administrative need has placed severe strain on the separation of powers principle in its pristine formulation“.²⁹
- 17 Im Fokus stehen die Hauptrepräsentanten des „administrative state“: die „agencies“.³⁰ „Agencies“ hätten – so die gegen Behörden, insbesondere Regulierungsbehörden allgemein gerichtete Argumentation – eine die Gewaltenteilung überspielende Position erlangt; ihre Rechtsetzung sei *legislative* Tätigkeit, die nach Art. I sect. 1 der U.S.-Verf. dem Kongress zustehe, während ihre verbindlichen Entscheidungen von Einzelfällen *richterliche* Tätigkeit darstelle, die nach Art. III sect. 1 U.S.-Verf. den Gerichten anvertraut sei; die Zusammenführung beider Funktionen in den Händen der „agencies“ entwickle ein die Verfassungsstrukturen sprengendes Gefährdungspotential.³¹

29 So 424 U.S. 1, White, J. (part. conc. in judgement, part. diss.) 281 (1976) *Buckley v. Valeo*.

30 Zum Folgenden die die Grundlinien der Kritik vorzeichnenden Ausführungen von G. Lawson, *The Rise and Rise of the Administrative State*, 107 Harv. L. Rev. 1231 (1994) und die Aufnahme seiner Kritik in der neueren Judikatur und Literatur, dazu die Nachw. *Sunstein/Vermeule* → 1/40–44 und bei *Metzger* (Fn. 10), 131 Harv. L. Rev. 1, 17 ff. und 31 ff. (2017).

31 *Lawson*, Fed. Admin. Law, 290: „Modern administrative agencies are Madison’s worst nightmare come true“.

Allerdings wirkt die Bezugnahme auf „legislative“ und „judicial functions“ 18 der Behörden formalistisch und kann als solche nicht überzeugen. Sie will jeweils aus einem einzigen Merkmal der beiden administrativen Handlungsformen – bei den „rules“ aus der Allgemeinheit der Regelung und bei den „adjudications“ aus der beanspruchten Regelungsgewalt – auf ihre Zuordnung zur Gesetzgebung bzw. zur Gerichtsbarkeit schließen. Doch stehen weder die behördlichen „rules“ den parlamentarischen „statutes“ gleich, noch lassen sich Einzelentscheidungen einer Behörde als Ausdruck richterlicher Gewalt verstehen.³² Es ist gerade das Charakteristikum der Exekutive, dass sie aus den Formelementen der beiden anderen Gewalten schöpft und daraus Ergebnisse formt, die als „Vermittlung durch stufenweise Konkretisierung“ angesehen werden können.³³ Das „Vermitteln“ ist eine eigene, in einer gewaltenteilenden Verfassungsordnung anerkannte Leistung und kein pathologischer Zustand.³⁴

Verfassungsstrukturelle Einwände gegen den „administrative state“ lassen sich daher nicht aus abstrakten Funktionszuschreibungen, sondern eher aus seinen konkreten Handlungsbedingungen herleiten: „broad delegations“ (1), „independent agencies“ (2), „deference“ (3).

1. „Broad delegations“ und „nondelegation“ Doktrin

Die Zulässigkeit von Delegationen wird zwar nicht als solche in Zweifel 19 gezogen. Wohl aber ist umstritten, in welchem Umfang die Gesetze der Exekutive den Erlass allgemeiner Vorschriften überantworten dürfen. Die (bisher) herrschende Ansicht verfährt bekanntermaßen großzügig (→ 2/33–37). Verlangt wird zwar, dass das Gesetz das Regelungsziel erkennen lässt. Die Anforderungen des „*intelligible principle*“ Tests sind aber nicht besonders streng. Eine Reihe komplementärer Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten soll die Steuerungsschwächen ausgleichen.³⁵ Trotzdem sind Legitimitätslücken spürbar. Auch innerhalb des Supreme Court gab es schon

32 Vgl. 569 U.S. 290, 305 Fn. 4 (2013) *City of Arlington v. FCC*: „These activities take ‘legislative’ and ‘judicial’ forms, but they are exercises of ... ‘executive power’“.

33 So grundlegend Möllers, Gewaltengliederung, 94 ff.: „Judikative: individualisierend, retrospektiv, rechtlich determiniert“; „Legislative: verallgemeinernd, zukunftsbezogen, offen“; „Exekutive: Vermittlung durch stufenweise Konkretisierung“.

34 Ähnlich Freedman, Crisis and Legitimacy, 15 ff. und 260 f.

35 Breyer/Stewart, 87 ff.; Hickman/Pierce, 121 ff.

bisher kritische Stimmen, die eine präzisere Fassung der „nondelegation“ Doktrin immer wieder einmal anmahnten³⁶.

a) Jüngste Tendenzen: *Gundy v. United States*

- 20 Mit dem Urteil vom 20. Juni 2019 *Gundy v. United States* sind diese Auseinandersetzungen in eine neue Phase getreten.³⁷ Nur die vier der „liberalen“ Richtung zuzurechnenden Mitglieder des Gerichts wollten an der bisherigen Linie aus Überzeugung und aus Gründen der Rechtskontinuität festhalten.³⁸ Ihr Votum lässt sich zwar mit der Auslegung und Anwendung der einschlägigen einfachrechtlichen Vorschriften immerhin vertretbar begründen, bleibt aber in der verfassungsrechtlichen Argumentation blass:³⁹ die Verfassung versage dem Kongress nicht die erforderliche „flexibility and practicality“; um seine Funktionen erfüllen zu können; es sei nicht Aufgabe der Gerichte, die damit verbundenen Entscheidungen des Kongresses im Nachhinein kritisch zu hinterfragen.
- 21 Das dissentierende Votum von Richter Gorsuch hebt zunächst die Bedeutung hervor, die die Verfassungsgeber ihrer Entscheidung beimaßen, die legislative Gewalt dem Kongress anzuvertrauen: es ging ihnen um Freiheitschutz und um die Gewährleistung eines deliberativen Verfahrens, in dem Repräsentantenhaus und Senat zusammenwirken müssen.⁴⁰ Vor diesem Hintergrund war die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen zwar nicht schlechthin ausgeschlossen, aber auf die Regelung von Einzelheiten („to fill up the details“) und auf Fälle begrenzt, in denen die Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift darauf angewiesen ist, dass noch bestimmte Tatsachen von den Behörden festgestellt werden.⁴¹

Sodann setzt sich Richter Gorsuch mit der Entwicklung der Judikatur auseinander und schildert, wie der „intelligible principle“ Test nach und nach zu einer Formel mutierte, die dem weichen Umgang mit Delegationsvor-

36 Dazu die Nachweise bei *Pierce, Process*, § 3.4.4.

37 588 U.S. __ (2019).

38 Die Richterinnen Kagan, Ginsburg und Sotomayor sowie Richter Breyer.

39 So Kagan, J. 588 U.S. __ (2019) (slip op. at 5 und 18): „we have almost never felt qualified to second-guess Congress regarding the permissible degree of policy judgment that can be left to those executing or applying the law“ (Scalia, J. zitierend).

40 588 U.S. __ (2019)(slip op. at 7): „bulwark of liberty“; „promote deliberation“.

41 Ebd. slip op. at 10–12.

schriften den Weg ebnete. Er erinnert daran, dass der Supreme Court in anderen Zusammenhängen und unter anderen Bezeichnungen durchaus Bestimmtheitsanforderungen an den Gesetzgeber stellt.⁴² Auf eine solche Linie möchte er die Rechtsprechung auch in Fragen der „nondelegation doctrine“ zurückgeführt wissen. Chief Justice Roberts und Richter Thomas haben sich diesem Votum angeschlossen. Richter Kavanaugh nahm an der Urteilsfindung nicht teil. Richter Alito trug im vorliegenden Fall zwar das Votum der vier liberalen Richter mit, machte aber für künftige Fälle einen deutlichen Vorbehalt.⁴³ Eine Revision der bisherigen Praxis könnte damit in greifbare Nähe gerückt sein.

b) Befürchtungen und Hoffnungen

Bei den Verteidigern des „administrative state“ stößt eine solche Entwicklung verständlicherweise auf große Vorbehalte. Gerade „broad delegations“ gelten als eines der wichtigsten Merkmale des „administrative state“: „In the end, however, the most important point is that the phenomenon of delegation represents such a fundamental and necessary feature of contemporary government that it is mandatory in practice“.⁴⁴ Ein Kurswechsel könnte mit zwei Gefahren verbunden sein: einer Überforderung parlamentarischer Regelungsmöglichkeiten und einer Überforderung des politischen Systems in seinem derzeitigen Zustand.

Die These, der Kongress sei, um einen Sachbereich funktional sinnvoll regeln zu können, darauf angewiesen, sich auf weit gefasste Tatbestände zurückzuziehen, erscheint angesichts komplexer ökonomischer, ökologischer oder sozialer Regulierungsaufgaben zwar nicht von der Hand zu weisen. Sie wird aber von der Praxis der amerikanischen Verwaltungsgesetzgebung so nicht bestätigt.⁴⁵ Es wird keineswegs immer nur mit breiten Pinselstrichen gemalt. Viele Gesetze sind außerordentlich detailliert. Der Regelungs-

42 Ebd. slip op. at 20–22: so die „vagueness“ Judikatur und die „major question“ Doktrin, eine Art Wesentlichkeitslehre, derzufolge der Exekutive keine Fragen „of deep economic or political significance, that is central to the statutory scheme“ zu überlassen sind; unter Bezugnahme auf 576 U.S. __ (2015)(slip op. at 8) *King v. Burwell*.

43 588 U.S. __ (2019)(slip op. at 1): „If a majority of this Court were willing to reconsider the approach we have taken for 84 years, I would support that effort“.

44 So Metzger (Fn. 10), 131 Harv. L. Rev. 1, 87 ff., 91 (2017).

45 Dazu → 2/54–60 (zu Tatbeständen des CAA und des INA); auch Möllers, Gewaltenteilung, 169 Fn. 157.

gegenstand wird nicht nur umrisshaft erfasst und dann an die Exekutive weiterverwiesen, sondern genau durchgearbeitet. Das zeigt sich u.a. an den vielen Definitionen, auf die besonderer Wert gelegt wird. Im Übrigen haben die Standards der Praxis in der Entwicklungsgeschichte geschwankt: Weite Ermächtigungen waren ein Kennzeichen des New Deal. Die Rights Revolution hat diese Linie nicht fortgesetzt. An *regelungstechnischen* Schwierigkeiten müsste eine Verschärfung der nondelegation Maßstäbe daher nicht scheitern.

- 24 Gravierender ist die Sorge, unter den derzeitigen Umständen, in denen sich die Häuser des Kongresses und die Parteien seit Jahren immer wieder gegenseitig blockieren, komme es zu einem Stillstand notwendiger Regulierungsaufgaben. Geargwöhnt wird, dass dieses überhaupt das eigentliche Ziel mancher Befürworter einer schärferen Linie sei. Sind nicht „broad delegations“ (auch als „Formelkompromisse“) einer solchen Lähmung vorzuziehen, weil sie es der Exekutive ermöglichen, wenigstens einen Teil der Entscheidungen zu treffen, die auf der Ebene der Gesetzgebung aus politischem Unvermögen nicht getroffen werden können? Zweifelhaft ist jedoch, ob der Exekutive damit nicht eine Verantwortungslast zugewiesen wird, die sie unbeschadet ihrer eigenständigen Legitimation dauerhaft nicht tragen kann. Eine Reihe dysfunktionaler Konsequenzen der bisherigen Judikatur ist nicht zu übersehen: sie ermöglichte den Mitgliedern des Kongresses die Flucht aus der Verantwortung,⁴⁶ und sie begünstigte Versuche einzelner Kongressabgeordneter, ihre Interessen lieber im direkten Kontakt mit einer „agency“ durchzusetzen, als sich den sehr viel komplizierteren Bedingungen kollektiver Willensbildung im Kongress zu unterziehen.⁴⁷ Inwieweit eine Verschärfung der Delegationsjudikatur solchen Fehlentwicklungen wirklich entgegenwirken würde oder aber in der gegenwärtigen Situation die Delegitimierung staatlichen Entscheidens noch weiter vorantreiben würde, bleibt eine offene Frage.

46 Vgl. *Massey*, Constitutional Law, 440: „They can claim the benefits of legislation (e.g. clean air) while foisting onto bureaucrats the responsibility of the burdens“.

47 *N. Rao*, Administrative Collusion: How Delegation diminishes the Collective Congress, 90 N. U. Y. L. Rev. 1463, 1477, 1505 f. (2015): „Delegations thus erode one of the primary mechanisms for controlling the government by undermining the structural rivalry between members of Congress and the executive“.

2. „Independent agencies“ und „unitary executive“

Als eine typische Bauform des „administrative state“ gelten unabhängige 25
Behörden, insbesondere die kollegial geführten „independent regulatory
commissions“ (2/11 ff.).⁴⁸ Für den Kongress kann es attraktiv sein, be-
stimmte Verwaltungsaufgaben nicht den „departments“, sondern besonde-
ren Einheiten zuzuweisen, die durch ihre kollegiale Leitung einen partei-
übergreifenden politischen Kurs gewährleisten können. Die Abkoppelung
entzieht diese Behörden und das von ihnen betreute Sachgebiet bis zu
einem gewissen Grade dem Einfluss des Präsidenten und damit auch man-
chen Schwankungen der Politik. Die oft mit Sorge beobachtete Machtkon-
zentration, die amerikanische Präsidenten in den letzten Jahrzehnten er-
reicht haben, kann in der Institution unabhängiger Behörden immerhin
ein gewisses Gegengewicht finden.⁴⁹

Auf der anderen Seite sind Probleme dieser Einrichtung nicht zu überse- 26
hen. Verfassungsrechtlich stehen unabhängige Behörden nicht außerhalb
der Gewaltengliederung.⁵⁰ Auch auf sie bezieht sich die Verantwortung des
Präsidenten, dafür Sorge zu tragen, dass die Gesetze ordnungsgemäß aus-
geführt werden. Zwischen einem *Untermaß* an Kontrolle, das die „Vesting“
Klausel und die „Take Care“ Klausel (Art. II sect. 1 und 3 U.S.-Verf.) beeinträchtigt, und einem *Übermaß* an Steuerung, das der Idee einer gewalten-
teilenden Balancierung zuwiderläuft, liegt nur ein schmaler Grat.

Folglich gibt es über das Ausmaß der Auskoppelung („insulation“) immer 27
wieder Auseinandersetzungen. Die politischen Präferenzen in der Literatur
sind nicht ganz eindeutig verteilt. In der Grundlinie neigen Verteidiger des
„administrative state“ dazu, der behördlichen Unabhängigkeit besondere
Bedeutung beizumessen, während eher konservativ eingestellte Autoren
eine starke Stellung des Präsidenten und die Einheit der Verwaltung
(„unitary executive“) für geboten halten (→ 2/25–26). Es finden sich je-
doch auch unter den Verteidigern des „administrative state“ Stimmen, die
in diesem Punkte die Kontrollmöglichkeiten des Präsidenten gestärkt wis-

48 Zu den unterschiedlichen Formen von Distanz, unter denen die „independent regulatory commissions“ nur *eine* Form sind, systematisch *Strauss*, Justice, 171 ff.; *Ruffert*, Law of Administrative Organization of the EU, 120 ff.

49 Schilderungen dieser Konzentration u.a. bei *B. Ackerman*, The Decline and Fall of the American Republic, 2010, → vgl. 1/48; mit anderer Akzentsetzung auch *Emerson*, The Public's Law, 184: agencies weder als Instrumente des Präsidenten noch des Kongresses, sondern „as agents of the people“, → 1/56.

50 *Strauss*, Justice, 35 und 178 ff.

sen wollen.⁵¹ Die Rechtsprechung des Supreme Court hat in der Vergangenheit geschwankt. In jüngerer Zeit hat das Bemühen, die Gesamtverantwortung des Präsidenten zu betonen, (erneut) an Boden gewonnen.

a) Das Urteil *Free Enterprise Fund*

- 28 Ausdruck dieser Entwicklung ist die Entscheidung *Free Enterprise Fund v. Public Company Accountability Oversight Board*.⁵² Der Fall betraf ein 2002 gesetzlich geschaffenes Gremium, das bei der SEC angesiedelt ist und weitreichende Kompetenzen bei der Aufsicht über Wirtschaftsprüfungsunternehmen hat.⁵³ Die fünf Mitglieder des PCAOB werden auf fünf Jahre bestellt und können von der SEC nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes entlassen werden. Die Mehrheit des Supreme Court ging davon aus, dass schon die Kommissionsmitglieder der kollegial geleiteten SEC nur aus wichtigem Grunde entlassen werden könnten, und sah in der doppelten Abschottung der PCAOB-Mitglieder gegenüber Entlassungen durch den Präsidenten („dual for-cause limitation“) eine Verletzung der dem Präsidenten verfassungsrechtlich zugewiesenen Zuständigkeiten.⁵⁴
- 29 Der differenzierenden Argumentation des von Justice Breyer formulierten Minderheitsvotums konnte die Mehrheit nichts abgewinnen. Dieses Votum wollte nicht allein auf die verfassungsrechtlichen Kompetenzen des Präsidenten abstellen, sondern sah die Problematik im Schnittpunkt zweier Prinzipien:⁵⁵ der „Necessary and Proper“ Klausel (Art. I sect. 8 cl. 18 U.S.-Verf.), die dem Kongress Befugnisse zur Gestaltung des Gesetzesvollzuges einräumt, und der „Vesting“ Klausel (Art. II sect. 1 U.S.-Verf.); keine dieser beiden Bestimmungen determiniere die Fragen der Entlassung absolut; vielmehr seien auch die Komplexität der heutigen Verwaltungsaufgaben

51 Vgl. *L. Lessing/C. Sunstein*, *The President and the Administration*, 94 Colum. L. Rev. 1 (1994); *E. Kagan*, *Presidential Administration*, 114 Harv. L. Rev. 2246, 2327 ff. (2001).

52 561 U.S. 477 (2010) *Free Enterprise Fund v. PCAOB*; dazu *Breyer/Stewart*, 145: „The big idea underlying the majority opinion in PCAOB is accountability“; *Strauss*, Justice, 38 ff. und 140.

53 Grundlage ist der Sarbanes Oxley Act von 2002 (Pub. L. No. 107–204) §§ 101–109.

54 561 U.S. 477, 492 (2010): „The result is a Board that is not accountable to the President, and a President who is not responsible for the Board“.

55 561 U.S. 477, 514–532 (2010) Breyer, J. diss., dem Richter Stevens und die Richterinnen Ginsburg und Sotomayor folgten.

und die Vielfalt der Organisationsformen in Rechnung zu stellen („functional approach“).

Die Mehrheit sah in diesem Zugang „[a] paeen to the administrative state“ 30 und beharrte auf dem Text des Art. II sect. 1 U.S.-Verf. und den Beratungen, die dazu im First Congress stattgefunden hatten:⁵⁶ Im Lichte der „Decision of 1789“ erscheint die Entlassungsbefugnis des Präsidenten der Grundtatbestand, den der Kongress nur ausnahmsweise und ohne sie substantiell zu verkürzen einschränken darf.⁵⁷ Damit stellt *Free Enterprise Fund* zwar nicht das Institut unabhängiger Behörden als solches in Frage. Aber die Gestalt und das Ausmaß von Unabhängigkeit müssen künftig u. U. mit schärferer gerichtlicher Kontrolle rechnen.⁵⁸

b) Der Streit um das „Consumer Financial Protection Bureau“

Die veränderte Gewichtsverteilung innerhalb des Supreme Court könnte 31 dieser Tendenz weiteren Vorschub leisten. Anlass dazu bieten die derzeitigen Auseinandersetzungen um das unter Präsident Obama geschaffene *Consumer Financial Protection Bureau*.⁵⁹ Das CFPB ist eine unabhängige Einrichtung innerhalb des Federal Reserve System mit weitreichenden investigativen, sanktionierenden und rechtsetzenden Befugnissen. Es erhält seine Haushaltsmittel aus dem FRS, und es wird anders als „independent regulatory commissions“ nicht kollegial, sondern monokratisch geleitet. Umstritten ist, ob der Kongress das CFPB mit diesen Regelungen zu stark verselbständigt hat, insbesondere, ob er das Entlassungsrecht des Präsidenten auch bei einer monokratischen Spitze auf „for cause“ Fälle hat beschränken dürfen.

56 So Chief Justice Roberts ebd., 483–484, 492–499 für die Mehrheit (Scalia, Kennedy, Thomas und Alito).

57 Zu dieser „Decision“ ausf. *Rofßbach*, Personalverfassungsrecht, Teil 5 unter A (S. 405 ff.).

58 561 U.S. 477, 498 (2010): „No one doubts Congress’s power to create a vast and varied federal bureaucracy. But where, in all this, is the role for oversight by an elected President?“

59 Grundlage ist der Dodd-Frank Wallstreet Reform Act von 2010 (Publ. L. No 111–203) Title X §§ 1011 ff. Der Idee, eine unabhängige Einrichtung zu schaffen, ging auf einen Vorschlag von Elizabeth Warren aus dem Jahr 2007 zurück.

- 32 Der Court of Appeals (D.C. Circuit) hat die Verfassungsmäßigkeit der Regelung 2018 in der Entscheidung *PHH v. CFPB* mehrheitlich bejaht:⁶⁰ Die Richter sahen in der Abfolge der Präzedenzfälle von *Myers* bis *Free Enterprise Fund* eine im Wesentlichen einheitliche Linie, die es dem Kongress gestatte, unterschiedliche Arten behördlicher Unabhängigkeit zu schaffen; weder die haushaltsrechtliche Stellung noch der Entlassungsschutz des Leiters machten es dem Präsidenten unmöglich, seine Aufsichtsbefugnisse über „core executive functions“ auszuüben.

Es gab jedoch dissentierende Voten, u.a. von Richter Kavanaugh, der den freiheitssichernden Zweck klar getrennter Gewalten und die Verantwortung des Präsidenten für die Exekutive betont. Unabhängige Behörden erscheinen ihm als „headless fourth branch“, die der Freiheit gefährlich werden können; um dieser Gefahr entgegenzuwirken, sei für sie bisher stets eine kollegiale Führung vorgesehen worden. Vor diesem Hintergrund hält er die Leitungsstruktur des CFPB für verfassungswidrig, weil sie einen präzedenzlosen Eingriff in die Kompetenzen des Präsidenten und eine Gefährdung der Freiheit darstelle.⁶¹

- 33 Zwar ist das Urteil *PHH v. CFPB* rechtskräftig geworden. Aber im Parallelfall *Seila Law LLC v. CFPB* wurde gegen ein dem D.C. Circuit folgendes Urteil des Court of Appeals (9th Circuit) „petition for certiorari“ gestellt, der im Oktober 2019 entsprochen wurde. Das Urteil des Supreme Court vom 29. Juni 2020 zeigt die Frontlinien innerhalb des Gerichts zwar in verstränkter Weise, insgesamt aber deutlich:⁶² Chief Justice Roberts verfolgt mit seinem Mehrheitsvotum eine restriktive, aber letztlich doch vermittelnde Linie: Dem Bemühen der liberalen Richter, dem Kongress bei Organisationsentscheidungen unter Rückgriff auf die „Necessary and Proper“ Klausel eine größere Gestaltungsfreiheit zuzuerkennen, wird zwar (wie schon in *Free Enterprise Fund*) eine Absage erteilt. Ebenso wird aber auch die große Abrechnung mit dem Institut der unabhängigen Behörden vermieden.⁶³ Es bleibt bei dem in *Humphrey's Executor* vorgezeichneten Modell, demzufolge Eingriffe in die Kompetenz des Präsidenten, die leitenden

60 881 F.3d 75 (2018) 5–68.

61 Ebd. 241 (68). Vom Mehrheitsvotum abweichend, sieht Kavanaugh auch Unterschiede zwischen den Urteilen *Humphrey's Executor* und *Free Enterprise Fund v. PCAOB* ebd., 61 Fn 18; die richtungsweisenden Aussagen enthält für ihn das letztere.

62 591 U.S.__(2020) *Seila Law LLC v. CFPB*.

63 Im Sinne einer solchen Abrechnung 591 U.S.__(2020), Thomas, J. conc. *Seila Law LLC v. CFPB* (slip op. at 2–10: „Free-floating agencies simply do not comport

Beamten nach politischen Präferenzen zu entlassen, als Ausnahmen zu verstehen sind. Die monokratische Führung des CFPB wird als verfassungswidrig angesehen, weil sie sich nicht unter die bisherigen Ausnahmen fassen lasse, sondern ohne Vorbild sei und zudem dem Anliegen der Verfassung widerspreche, Machtbefugnisse möglichst zu verteilen. Gegen die sonstige Aufgaben- und Entscheidungsstruktur des CFPB hat der Supreme Court aber erkennbar keine Bedenken. Ausdrücklich hervorgehoben wird, dass der Kongress das Bureau mit einer kollegialen Führung ausstatten könnte.⁶⁴ Praktisch ist damit angedeutet, dass die in *Humphrey's Executor* umrissene Ausnahme doch nicht so eng auszulegen ist; denn das CFPB hat unbestreitbar Exekutivfunktionen, die im ursprünglichen Sinne nicht von der Ausnahme erfasst sein sollten (→ 2/19). Als eine Bedrohung für das Konzept einer vielgestaltigen Organisation der Bundesverwaltung, wie es zum „administrative state“ gehört, kann *Seila Law LLC v. CFPB* nach alledem nicht gelesen werden. Ob sich die vermittelnde Position von Chief Justice Roberts allerdings dauerhaft halten wird, ist nicht abzusehen.

3. Behördliche Praxis und richterliche Zurückhaltung („deference“)

Das dritte Feld, auf dem das überkommene Konzept des „administrative state“ sich Anzweifelungen und Veränderungen gegenüberstellt, ist die Frage der gerichtlichen Kontrolldichte. Richterliche Zurückhaltung gegenüber der administrativen Auslegung und Anwendung des einschlägigen Rechts gilt als eine notwendige Voraussetzung dafür, dass Behörden ihre weitgesteckten Regulierungsaufgaben wirksam erfüllen können.⁶⁵ Zwei Doktrinen vor allem sollen das absichern: „Auer“ (a) und „Chevron“ (b). Beide können heute jedoch nicht mehr mit der ihnen früher zuerkannten breiten Akzeptanz rechnen.

with the constitutional structure“), dem sich Richter Gorsuch angeschlossen hat; dessen ungeachtet gehören beide Richter zu der das Urteil tragenden Mehrheit.

64 591 U.S. __ (2020) Roberts, C.J. für die Mehrheit (slip op. at. 36) *Seila Law LLC v. CFPB*.

65 Vgl. Metzger (Fn. 10), 131 Harv. L. Rev. 1, 3–5, 38 ff. (2017).

a) „Auer deference“

- 35 „Auer deference“ betrifft die Frage, inwieweit die Gerichte eine Behörde bei der Auslegung der von ihr erlassenen Rechtsvorschriften kontrollieren dürfen (→ 4/112). Die überkommene Judikatur verfuhr hier sehr zurückhaltend und akzeptierte jede behördliche Interpretation bis an die Grenze krasser Fehlentscheidungen. Die Begründung dafür, jede Behörde müsse am besten wissen, was sie mit ihren Regelungen gemeint habe, stand freilich stets auf schwachen Füßen. Sie verkannte die hohe Bedeutung, die dem „rulemaking“ und den „rules“ im amerikanischen Verwaltungsrecht zukommt. Gerade wenn Behörden ermächtigt und verpflichtet sind, den ihnen zugewiesenen Aufgabenbereich im Rahmen der Gesetze durch eigene Vorschriften weiter zu konkretisieren, kann die Einhaltung der selbstgesetzten Maßstäbe nicht weitgehend kontrollfrei bleiben.
- 36 Diese Schwäche der überkommenen Doktrin hat die (liberale) Richter Mehrheit in *Kisor v. Wilkie* richtig erkannt und die Kontrollmaßstäbe deutlich verschärft.⁶⁶ Auch das untergesetzliche Recht der „regulations“ ist Recht, an dessen Auslegung die Gerichte in wesentlichen Punkten beteiligt sein müssen. Das jetzt vorgesehene Prüfungsrastrer mit seiner Abfolge mehrerer Tests gewährleistet das. Damit dürfte eine Linie gefunden sein, die dem weitergehenden Vorhaben von Justice Gorsuch, *Auer* ganz zu verabschieden, den Wind aus den Segeln nimmt. Sie ist pragmatisch und verliert auch die Interessen der Verwaltung nicht aus dem Blick, wenn diese wirklich durch besonderen Sachverstand legitimiert sind.

b) „Chevron deference“

- 37 Schwieriger einzuordnen sind die Auseinandersetzungen um „Chevron“ (→ 4/124–135). Hier geht es zentral um die Steuerungsleistungen des Gesetzgebers und um den Bewegungsspielraum, den die zuständigen Behörden bei ihrer Interpretation der gesetzlichen Vorgaben haben sollen (→ 2/67–68). Darin eingeschlossen ist auch die Frage der Änderung einer bisherigen Auslegungspraxis. Gerade die Möglichkeit der Interpretationsänderung gilt als ein wichtiges Mittel, um der Verwaltung das schnelle Einstellen auf neue Lagen und damit eine aktive Politik zu ermöglichen. Wie kein anderes Urteil des Supreme Court gilt *Chevron* daher als ein Grund-

66 588 U.S. __ (2019) Kagan, J. für die Mehrheit (slip op at. 11–19).

element im Konzept des „administrative state“. Gerade gegen diese Entscheidung richten sich daher die Angriffe der Gegner.⁶⁷ Sie werden meistens von konservativer Seite geführt. Ganz eindeutig sind die politischen Frontlinien aber nicht.⁶⁸

Die Gegnerschaft, mit der *Chevron* im Supreme Court selbst schon seit einiger Zeit konfrontiert ist, hat in jüngster Zeit zugenommen (→ 4/134–135). Wie es weitergehen wird, ist im Augenblick offen. Als Präzedenzentcheidung genießt *Chevron* nach Maßgabe der „stare decisis“ Doktrin des amerikanischen Prozessrechts einen erheblichen Schutz gegenüber einer Totalverabschiedung („overruling“).⁶⁹ Die Intensität, mit der sich der Supreme Court selbst an diese Regeln hält, bestimmt allerdings nur er. Seine jüngsten Entscheidungen sind nicht eindeutig, wie streng er die Anforderungen handhaben will.⁷⁰ Ein „overruling“ erscheint nicht ausgeschlossen.

Wahrscheinlicher dürfte es aber sein, dass der Supreme Court *Chevron* deference nicht vollständig aufgibt, sondern weiter einschränkt. Diesen Weg ist er in Fragen, die nicht das Prüfungsraster, sondern den Anwendungsbereich von *Chevron* betreffen, in zwei jüngeren Entscheidungen gegangen.⁷¹ Denkbar wäre es, künftig eine Reduktion der gerichtlichen Kontrolldichte

67 Ph. Hamburger, *Chevron* Bias, 84 Geo. Wash. L. Rev. 1187 (2016); weit. Nachw. bei Metzger (Fn. 10), 131 Harv. L. Rev. 1, 32 (2017).

68 Eine schon etwas ältere Statistik zur Anwendungspraxis zeigt, dass liberale Richter *Chevron* vorzugsweise gegenüber Entscheidungen der ihnen politisch nahestehenden Regierungen anwenden, aber auch konservative Richter auf die Doktrin zurückgreifen, um Akte der ihnen nahestehenden Regierungen gegen eine intensive gerichtliche Kontrolle zu immunisieren. Vgl. die Angaben bei C. Sunstein, *Beyond Marbury: The Executive's Power To Say What the Law Is*, 115 Yale L. J. 2580, 2600 f. (2006); ähnlich Metzger (Fn. 10), 131 Harv. L. Rev. 1, 33 f. (2017).

69 Zu dieser Doktrin Kischel, *Rechtsvergleichung*, § 5 Rn. 21 ff.

70 In 587 U.S. __ (2019) (slip op. at 169) *Franchise Tax Board of California v. Hyatt* heißt es, stare decisis sei „not an inexorable command“. In 588 U.S. __ (2019) (slip op at. 26) wird dagegen an die ältere Formulierung erinnert, derzufolge die Bindung an Präzedenzfälle „a foundation stone of the rule of law“ sei. In 590 U.S. __ (2020) *Ramos v. Louisiana* wird erneut mehrfach die „not an inexorable command“ Formel benutzt, und es werden Kriterien für das „overruling“ benannt (vgl. bes. Kavanaugh J. conc slip op. at 7–9). Nach welchen Maßstäben die Kriterien anzuwenden sind, lässt sich der Entscheidung aber wegen der zahlreichen Sondervoten, die nicht der üblichen politischen Trennlinie innerhalb des Gerichts folgen, nicht entnehmen.

71 576 U.S. (2015) (slip op. At 8) *King v. Burwell* (*Chevron* deference greift nicht bei „questions of deep economic and political significance“) und 587 U.S. __ (2019) (slip op. at 14) *Smith v. Berryhill* (nicht bei Rechtsschutzregelungen).

nur noch dort anzuerkennen, wo der Kongress eine Behörde explizit zur Letztentscheidung ermächtigt oder wenigstens Begriffe („reasonable“, „appropriate“, „feasible“) benutzt hat, die die Notwendigkeit einer politisch abwägenden Auslegung auf der Stirn tragen.⁷² Was den zweistufigen Test betrifft, so könnten die Instanzgerichte verpflichtet werden, sich mit dem einschlägigen Gesetzesrecht sehr viel gründlicher selbst auseinanderzusetzen, statt eine Bestimmung vorschnell als „ambiguous“ einzustufen und damit die weitere Konkretisierung der Verwaltung zu überlassen.

- 40 Die praktische Bedeutung einer (möglichen) Korrektur an *Chevron* wird in der Literatur unterschiedlich eingeschätzt.⁷³ Der Verwaltungsrechtsschutz der USA kennt noch andere Formen nur reduzierter gerichtlicher Kontrolle, etwa den „*Skidmore* respect“ (→ 3/63). In den Einzelfolgen wäre eine Kurskorrektur bei *Chevron* daher wahrscheinlich nicht so gravierend, wie man es angesichts der vielen Zitationen der Entscheidung erwarten sollte. Aber für das Konzept des amerikanischen „administrative state“ als solches wären nachhaltige Abstriche mit einem herben Verlust an Ansehen verbunden.⁷⁴

Zweiter Abschnitt Das Konzept des „Administrative State“ und seine Kritik in der Außenperspektive des deutschen Verwaltungsrechts

A. Die Frage nach dem „Verwaltungsstaat“ in Deutschland

- 41 Eine ähnlich intensive und langwährende Diskussion um den „Verwaltungsstaat“ und seine Legitimität gibt es in Deutschland nicht. Schon der Begriff ist wenig gebräuchlich.⁷⁵ Die Auseinandersetzungen um den „Poli-

72 Dazu *B.M. Kavanaugh*, Bookreview: Fixing Statutory Interpretation, in: 129 *Harv. L. Rev.* 2118, 2153 (2016).

73 Vgl. *P. D. Warren*, The Impact of Weakening Chevron Deference on Environmental Deregulation, 118 *Colum. L. Rev.* 62 (2018).

74 *Metzger* (Fn. 10), 131 *Harv. L. Rev.* 1, 49 und 93 (2017): „judicial deference, increasingly the flashpoint for anti-administrativist attacks“.

75 Zum Begriff „Verwaltungsstaat“ vgl. *S. Cassese*, Die Entfaltung des Verwaltungsstaates in Europa, in: *IPE III*, § 41 Rn. 2 mit Fn. 4; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 51 ff. („Verwaltungsstaat – bürokratischer Staat – Beamtenstaat“) unter Bezugnahme auf *BVerfGE* 39, 334 (347); in diesem Sinne auch *Morstein Marx*, Einführung in die Bürokratie pass.

zeistaat“ und seine rechtsstaatliche Metamorphose, in *Otto Mayers* Werk rechtsdogmatisch auf den Punkt gebracht,⁷⁶ liegen lange zurück.⁷⁷ Die liberalen Bestrebungen des 19. Jahrhunderts waren immer nur die *eine* Seite, der eine Verwaltungsrealität gegenüberstand, die sich keineswegs auf Aufgaben allein der Gefahrenabwehr beschränkte. Engräumigkeit und Besiedlungsdichte machten die Notwendigkeit administrativer Aufsicht und Planung unmittelbar einsichtig.⁷⁸

I. Verwaltung – Faktum und Kontinuum

Auch nach 1945 waren der Zuschnitt und die Aufgaben der Verwaltung weitgehend unstrittig. Diskreditiert waren wegen ihrer an den Tag gelegten Gefügigkeit gegenüber den nationalsozialistischen Machthabern große Teile des Verwaltungspersonals, nicht aber die Verwaltung und ihre Legitimität als solche. Der Wiederaufbau vollzog sich zunächst administrativ von den unteren Verwaltungsebenen her. Das Grundgesetz konnte an die traditionelle föderale Verwaltungsstruktur mit ihrem Schwerpunkt auf der Landes- und Kommunalebene anknüpfen. Es traf auf Drängen der Militärgouverneure zusätzliche Vorkehrungen gegen Zentralisierungstendenzen und stärkte die Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt. Mit seiner Option für einen „sozialen Rechtsstaat“ ließ es jedoch keinen Zweifel an einer starken administrativen Komponente des Gemeinwesens. Die über Jahrhunderte entwickelten administrativen Strukturen wurden als vorgegebenes Faktum genommen. 42

Die verwaltungsrechtliche Literatur erkannte das in ihrer ganz überwiegenden Mehrheit als Grundtatbestand an und konzentrierte sich – häufig an die in der Tradition *Otto Mayers* entwickelten Lehren anknüpfend – auf die rechtsstaatliche Ordnung des Verwaltungsgeschehens, vor allem durch die genauere Entfaltung der Rechtsformenlehre, der subjektiven Rechte und des gerichtlichen Verwaltungsrechtsschutzes.⁷⁹ Die Formel „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ richtete das Verwaltungs- 43

76 *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 38 ff. und 54 ff.

77 Vgl. nur *Stolleis*, Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: GVwR I, § 2 Rn. 9 ff.

78 Das lässt sich etwa an der Entwicklung des öffentlichen Baurechts gut belegen; dazu *Schmidt-Aßmann*, Grundfragen des Städtebaurechts, 1972, 16 ff.

79 *Stolleis* (Fn. 77), in: GVwR I, § 2 Rn. 106 ff.

recht an der Verfassung aus, aber sie spielte nicht die Verwaltung gegen die Verfassung aus.

II. Erkenntnisse der Bürokratiekritik

- 44 Das heißt wiederum nicht, dass es nicht auch in Deutschland immer wieder Diskussionen um den richtigen Zuschnitt der Verwaltung, um den Umfang ihrer Aufgaben und um die Instrumente der Aufgabenerfüllung gegeben hätte und gibt: Gebiets- und Funktionalreformen, Verwaltungsvereinfachung, Deregulierungs- und Privatisierungsaktionen, gegen „Normenflut“ und für eine „bürgernahe Verwaltung“. Mit *Pascale Cancik* lassen sich diese unterschiedlichen Erscheinungen und Entwicklungen am ehesten unter dem Begriff der „Bürokratiekritik“ zusammenfassen.⁸⁰

Die in das 19. Jahrhundert zurückreichenden Auseinandersetzungen mit dem Phänomen der Bürokratie zeigen in ihrer Grundlinie „das labile Verhältnis von Analyse, Kritik und Ressentiment“.⁸¹ Neben fundamental-kritischen, oft kulturpessimistisch grundierten Äußerungen, die ein tief sitzendes Unbehagen an einer „verwalteten Welt“ ausdrücken wollen, stehen analytisch-beschreibende Beiträge, die Bürokratie als eine Verbindung bestimmter Verhaltensmuster und Rationalitätskriterien verstehen, ihre Vorzüge und Nachteile abhandeln und gegebenenfalls konkrete Reformvorschläge machen.⁸²

1. „Rechtsstaatlichkeit versus Sozialstaatlichkeit“

- 45 Für eine juristisch gefasste Fundamentalkritik repräsentativ ist der Streit um das Verhältnis des Sozialstaatsprinzips zum Rechtsstaatsprinzip.⁸³ In diesen mit verfassungsrechtlichen und dogmengeschichtlichen Argumenten geführten Auseinandersetzungen, für die *Ernst Forsthoff* und sein Refe-

80 Vgl. nur *Pascal Cancik*, Zuviel Staat? – Die Institutionalisierung der „Bürokratie“-Kritik im 20. Jahrhundert, in: *Der Staat* 56, 2017, 1 ff.

81 *Cancik*, ebd., 6.

82 Nachweise bei *Cancik*, ebd., 8 f. und 30 f.

83 Zum Folgenden *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts IV, 279 ff.; *Meinel*, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft, 355 ff.

rat auf der Bonner Staatsrechtslehrertagung von 1953 stehen,⁸⁴ verbanden sich Zweifel an der Leistungsfähigkeit der überkommenen Rechtsformen staatlichen Handelns mit fundamentalen Einwänden gegen einen überbordenden Aufgabenbestand sozialer Verwaltung.⁸⁵ Aufgabenkritik und Aufgabenerfüllungskritik gehen ineinander über und werden – ganz ähnlich wie bei den Gegnern des „administrative state“ in den USA – mit Verfassungsvorstellungen konfrontiert, die historisch anknüpfen wollen, letztlich aber ahistorische Konstrukte sind.⁸⁶ Zur Verfassung des konstitutionellen Staates heißt es: „In einer solchen Verfassung haben nun Rechte auf positive Leistungen des Staates keinen Platz, sie denaturieren die Verfassung.“⁸⁷

Forsthoff anerkennt zwar, dass Rechtsstaat *und* Sozialstaat im Grundgesetz 46 festgeschrieben sind.⁸⁸ Er hält aber eine Verschmelzung beider für unmöglich, weil der rechtsstaatlichen Verfassung *strukturell* bestimmte Grenzen gesetzt seien. Hier werden diejenigen Elemente genannt, die auch in der amerikanischen Diskussion eine zentrale Rolle spielen: Gewaltenteilung, Gesetzesbegriff, Verfassungs- und Gesetzesvollzug.⁸⁹ Manche der Formulierungen könnten sich sogar ähnlich in Schriften der Vertreter der „Constitution in Exile“ finden: das Staatsideal eines Staates, dessen Verfassung Leistungsrechte verbürge, sei „nicht das eines freiheitlichen, sondern eines sozialistischen Staates“.⁹⁰ Auch der Begriff des „administrative state“ trifft auf einen Verwandten: „Radikale Sozialstaatlichkeit endet zwangsläufig bei einem Verwaltungsstaat, der nicht mehr Rechtsstaat sein kann.“⁹¹

84 *E. Forsthoff*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVDStRL 12, 1954, 8 ff. sowie die Beiträge in: E. Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968.

85 Zu Verbindungen zwischen soziologischer und rechtswissenschaftlicher Sozialstaatskritik (Gehlen, Schelsky, Freyer, Forsthoff) vgl. *Cancik* (Fn. 80), in: Der Staat 56, 2017, 1, 13 mit Verweis auf *U. Volkmann*, Leitbilder des Sozialstaates, in: Boyesen/Kaiser/Meinel (Hrsg.), Verfassung und Verteilung, 2015, 217, 227.

86 *F. Meinel*, Der Jurist in der Industriegesellschaft, 381: „Er [der Begriff der rechtsstaatlichen Verfassung E.S.] ist herausgelöst aus dem legitimierenden Begründungszusammenhang seiner aufklärerischen Genese, begriffslogisch verselbständigt, institutionell formalisiert und gegen jede gegenläufige Begründung abgeschottet“. Zu historisch verzerrten Diskussionen in den USA → 1/45–47; 6/10–15.

87 *Forsthoff*, in: ders., Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 8.

88 *Forsthoff* (Fn. 84), in: VVDStRL 12, 1954, 8 ff.

89 Ebd. 16 und 34 Leitsätze III und IV.

90 *Forsthoff*, in: ders., Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 9.

91 *Forsthoff* (Fn. 84), in: VVDStRL 12, 1954, 8, 33.

- 47 Die in den 1950er Jahren geführten Auseinandersetzungen verloren jedoch schnell an Schärfe. Die soziale Dimension der Verfassung setzte in der juristischen Literatur vielmehr einen Adaptionsprozess in Gang, in dessen Verlauf es bald nicht mehr darum ging, den Bestand an Staatsaufgaben möglichst gering zu halten, sondern die Erfüllung dieser Ausgaben rechtsstaatlich in Form zu bringen.⁹² Zu einer anhaltenden Grundlagenkritik, die die juristische Profession so spaltet, wie es der „administrative state“ in den USA tut, hat sich der Streit um das Verhältnis des Sozialstaates zum Rechtsstaat nicht entwickelt.

2. Juristisch-konkrete Bürokratiekritik

- 48 Trotzdem bleibt die Frage: Hatte allein *Forsthoff* die fundamentalen Verwerfungen, die der Aufgabenwandel des modernen Staates in die Verfassung hineinträgt, richtig erkannt? Das könnte allenfalls dann bejaht werden, wenn man die Verfassung „originalistisch“ interpretierte und (in deutscher Terminologie) den Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts (in einer eigenwilligen Wahrnehmung) zur maßstabsetzenden Norm erhöbe. Eine verantwortbare juristische Auslegungslehre, die die Zeitgebundenheit aller normativen Festlegungen in Rechnung stellt, lässt das jedoch nicht zu. Verfassungen eröffnen zwar vielfältige historische, philosophische und politische Kommunikationsprozesse. Aber in ihren rechtlich verbindlichen Aussagen können sie sich nicht von undeutlichen Rückbindungen, unbestimmten Anzweiflungen oder gefühlten Gefahren abhängig machen.

Interessant ist hier die Einschätzung von *Fritz Morstein Marx*, der als Jurist eigene Erfahrungen in der Bundesverwaltung der USA mit einer transatlantischen Perspektive verbinden konnte (→1/17). In seiner „Einführung in die Bürokratie“ – Titel der amerikanischen Originalausgabe „The Administrative State“ – anerkennt er die Sorge vor einem übermächtigen Staat und mahnt zur Wachsamkeit. Aber er nimmt scharf Stellung gegen eine ressentiment-geladene Bürokratiekritik, die nur dazu dient, den Staat zu delegitimieren.⁹³

92 *H. Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: HStR Bd. 2, § 28 Rn. 109 ff.; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts IV, 287 ff.

93 *F. Morstein Marx*, Einführung in die Bürokratie, 1959, 45 f.: „Daher gibt es Menschen, die das Wort ‚Bürokratie‘ nur aus dem Wörterbuch der Verachtung kennen.“ „Diese Kritik hat wenig mit den strukturellen Merkmalen und den Arbeits-

Der Verlauf der Bürokratiekritik in Deutschland bewegt sich in diesem Rahmen. Die Begriffe „Bürokratie“ und „Bürokratisierung“ werden zwar auch hierzulande gelegentlich als „Kampfbegriffe“ eingesetzt und mit Forderungen nach einer deutlich zurückgenommenen Staatlichkeit verbunden.⁹⁴ Aber die verfassungsrechtliche Ebene erreichen Auseinandersetzungen dieser Art nicht, sondern bleiben auf der politischen Ebene der Parteien und Verbände.⁹⁵ Die juristischen Diskurse setzen konkreter an. Das zeigen Themen wie die „Gesetzesflut“, die „Verfahrensbeschleunigung“ oder das „Privatisierungsfolgenrecht“, an deren Behandlung sich Juristen intensiv beteiligt haben.⁹⁶ Für die damit angesprochenen Probleme haben sich regelmäßig Lösungen finden lassen, teilweise durch Gesetzesänderungen, teilweise durch Änderungen der Dogmatik. Es ging um Nachjustierungen, ohne dass die Strukturentscheidungen des Grundgesetzes nach der einen oder der anderen Seite umgedeutet werden mussten.⁹⁷

Für die USA stellt sich die Situation zum einen deshalb komplizierter dar, weil die Verfassung kein soziales Staatsziel formuliert, Ausweitungen staatlicher Aufgaben folglich eigenständig legitimiert werden müssen.⁹⁸ Zum anderen sind es Sorgen um das Anwachsen der Macht des Präsidenten, die es nahelegen, die Exekutive im Blick auf die Gewaltenteilung unter Beobachtung zu stellen. Die Kritik am „administrative state“ bezieht sich jedoch erstaunlicherweise oft weniger auf die Position des Präsidenten als auf die Rolle der „agencies“ als „headless fourth branch“. Die Betonung der Verwaltungseinheit („unitary executive“), die auf eine Stärkung des Präsidenten hinausläuft, soll gerade ein Gegenmittel gegen die beklagten Dysfunktionen des „administrative state“ sein (→ 2/25). Das wirkt wenig stimmig und gewönne nur dann an Überzeugungskraft, wenn man ganz anders an-

methoden der öffentlichen Verwaltung zu tun. Aber sie hat viel dazu beigetragen, das Ansehen des Staats zu vermindern“.

94 Von einer „semantischen Neuvermessung“ der alten Bundesrepublik seit den 1970er Jahren spricht *Cancik* (Fn. 80), in: *Der Staat* 56, 2017, 1, 35.

95 Dazu *Cancik*, ebd., 15 ff.

96 *Cancik*, ebd., 30 f.

97 Zur Umstellung der rechtlichen Steuerungsansätze, wenn Markt und Managementlehren in das Konzept der administrativen Aufgabenerfüllung integriert werden, vgl. *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, Kap. 1 Rn. 40 ff.

98 Vgl. *W. J. Novak*, *The Administrative State in America*, in: *MPHEPL* I, 98, 116 ff. Inwieweit die Diskussionen um „positive rights“ hier zu einer Verfestigung führen, bleibt abzuwarten; dazu *E. Zackin*, *Positive Rights*, in: *Tushnet/Graber/Levinson*, *Oxford Handbook of the U. S. Constitution*, 717 ff. Knappe Überlegungen, diesen Aspekt zur Legitimierung des „administrative state“ zu nutzen, bei *Metzger* (Fn. 10), 131 *Harv. L. Rev.* 1, 90 (2017).

setzte und – wie *Eric Posner* und *Adrian Vermeule* es tun – eine starke Exekutive als gegebenen Tatbestand nähme, der ohnehin mit den herkömmlichen verfassungsrechtlichen Instrumenten nicht kontrolliert werden könnte und für den daher nach neuen Wegen demokratischer Rückbindung gesucht werden müsste (→ 1/49). Das aber führt über den Regelungsbereich des Verwaltungsrechts, wie er in den USA und in Deutschland gesehen wird, weit hinaus. Man darf sich bei diesen Problemen auch nicht gänzlich vom Blick auf die Bundesebene und die besondere Stellung amerikanischer Präsidenten gefangen nehmen lassen. Die Kritik am „administrative state“ fiel wahrscheinlich weniger radikal aus, würde in die Vorstellungen von Exekutive auch das Verwaltungsgeschehen auf der Staatenebene und auf der kommunalen Ebene von vorneherein mit einbezogen. Es sind diese Ebenen, auf denen die Bürger Verwaltung – positiv wie negativ, freiheitsfördernd wie freiheitsbedrohend – in ihrem Alltag konkret erfahren, auch wohl in „boards“ und anderen Gremien an ihr selbst beteiligt sind. Die Notwendigkeit, einen so zentralen Aufgabenbereich wie das Polizeiwesen durch Einbeziehung in den verwaltungsrechtlichen Lehrkanon auch *rechtlich* sichtbar und im Kontext der anerkannten verfassungsrechtlichen Rückbindungen des „administrative law“ diskutierbar zu machen, ist gerade heute unübersehbar.

B. Die politische Dimension des Verwaltungsrechts – ein Feld rechtsvergleichender Beobachtung und gemeinsamen Lernens

- 51 Lassen sich aus dem Umgang mit den Phänomenen „administrative state“ und „Bürokratie“ im amerikanischen und deutschen Recht Einsichten gewinnen, die in der jeweils anderen Rechtsordnung bei der Bewältigung aktueller Fragen und bei der Ausformung und Fortentwicklung einschlägiger Doktrinen und Dogmen hilfreich sein können? Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden, indem zunächst die politische Dimension des Verwaltungsrechts (I) und danach die Steuerungsgenauigkeit abstrakter Verwaltungsrechtssätze behandelt werden (II).

I. Der Rahmen: Das Gegenseitigkeitsverhältnis von Politik und Recht

- 52 Im Rechtsvergleich betrachtet, erscheinen Deutschland und die USA als Repräsentanten weit auseinander liegender Verwaltungskulturen, die sich gerade in ihrer Einstellung zur Rolle der Politik unterscheiden. Das deut-

sche Verwaltungsrechtsverständnis wird gern als „legalistisch“ charakterisiert.⁹⁹ Es lässt sich skizzenhaft folgendermaßen umreißen: Im Zentrum stehen die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns und der gleichmäßige Gesetzesvollzug, der nach exakten juristischen Methoden als Subsumtionschluss konstruiert wird; bei der Realisierung dieser Ziele spielt die gerichtliche Kontrolle eine herausragende Rolle. Das Modell bürokratischer Herrschaft und das Idealbild des neutralen Amtswalters, der unpolitische Entscheidungen trifft, bilden die Hintergrundvorstellungen.¹⁰⁰ Nun ist zwar immer wieder gezeigt worden, dass auch die deutsche Verwaltung auf vielen Feldern über beachtliche Gestaltungsmöglichkeiten verfügt, die sie nach eigenen Präferenzen ausfüllen kann.¹⁰¹ Trotzdem hat „das Modell hierarchischer Vollzugsverwaltung in Deutschland weiterhin eine erhebliche Prägekraft“.¹⁰²

Das amerikanische Verwaltungsrecht gilt demgegenüber als wesentlich „politischer“:¹⁰³ Es setzt weniger auf Rechtsbindungen, ist offener für nicht-juristische Argumente, stärker angewiesen auf Rückorientierungen an den gewählten Organen; es zeigt sich aufgeschlossener gegenüber gesellschaftlichen Wünschen und kann flexibler auf neue Entwicklungen reagieren; es orientiert sich weniger an Formen als an Verfahren. Seiner langen demokratischen Tradition entsprechend, ist es kommunikativer, partizipativer und offener. Die gerichtliche Kontrolle ist demgegenüber zurückgenommen. Bei der Interpretation unbestimmter Gesetzesbegriffe sollen nicht die Gerichte, sondern die zuständigen Fachbehörden die entscheidende Rolle spielen. „Such policy arguments are more properly addressed to legislators or administrators, not to judges“.¹⁰⁴

99 Zu diesem typisierenden Begriff *König*, in: ders. u.a. (Hrsg.), Grundmuster der Verwaltungskultur, 13 ff. und *Winkler*, dort 81 ff. Zu seiner Ausfüllung *Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 38 ff.

100 Darstellend *A. Voßkuhle*, Personal, in: GVwR III, § 43 Rn. 64 ff.; *W. Kahl*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, in: IPE V, § 74 Rn. 155 ff.

101 Vgl. nur *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 661 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Kap. 4 Rn. 36 ff.; *W. Hoffmann-Riem*, Die Eigenständigkeit der Verwaltung, in: GVwR I, § 10.

102 *W. Kahl* (Fn. 100), in: IPE V, § 74 Rn. 158.

103 *Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 14 ff. und 59 ff.; vgl. auch *Lepsius*, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV Beiheft 7 (2007), 319, bes. 333 ff. und 339 ff. (allerdings stärker auf das Privatrecht und das Verfassungsrecht bezogen).

104 467 U.S. 837, 864 (1984) *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, Inc.*; vgl. → 4/124-127.

- 54 In dieser Gegenüberstellung fungiert die Politik als „Gegenbegriff“ zum Recht.¹⁰⁵ Das Politische ist das, was das Recht freigelassen hat. Je weniger gesetzliche Vorgaben bestehen, desto mehr ist die Verwaltung in der Lage, nach eigenen Präferenzen zu entscheiden, zu gestalten und damit auch politisch verantwortlich zu handeln. „Anders als die deutsche Verwaltung kann sie [die amerikanische Verwaltung erg. E.S.] sich gegenüber politischer Kritik und politischen Forderungen weder auf ihre strikte gesetzliche Gebundenheit noch auf die Fiktion der Ministerverantwortlichkeit berufen.“¹⁰⁶ Das klingt sympathisch offen, gründet sich jedoch bei näherer Betrachtung gerade auf Merkmale des „administrative state“, die in den USA selbst nicht unumstritten sind.
- 55 Systematisch jedenfalls ist das Verständnis der Politik als „Gegenbegriff“ zum Recht nur die *eine* Seite.¹⁰⁷ Die andere Seite bildet die unterstützende Funktion, die das Recht für die Politik hat. Zahlreiche Arrangements und Institute, die die politische Funktion der Verwaltung gerade ausmachen, sind auf eine Strukturierung durch Recht angewiesen. Verfahren müssen rechtlich geordnet werden. Eine besonders offene Informationspolitik der Verwaltung etwa bedarf schon aus Rücksichten auf die Interessen Dritter rechtlicher Regelungen. Die detaillierten und verschränkten Regelungen des amerikanischen Verwaltungsinformationsrechts zeigen das deutlich. „Ohne normative Vorgaben gibt es keine politische Willensbildung. Zwischen Verwaltungsrecht und Politik besteht kein Nullsummenspiel.“¹⁰⁸
- 56 Gerade wenn man die konträren *und* die komplementären Beziehungen zwischen Politik und Recht betrachtet, spricht manches dafür, dass *beide* Verwaltungsrechtsordnungen voneinander lernen können. Freilich mahnen ihre unterschiedlichen Rahmenbedingungen und die unterschiedlichen Vorstellungen von „Verwaltung“, die die Diskurse in den beiden Ländern prägen, zur Vorsicht. Zu den Rahmenbedingungen gehört die Politisierung, die das Recht selbst auch durch die Art und Weise der Richterbestellung in den USA erfahren hat.¹⁰⁹ Bei den Vorstellungen von „Verwaltung“

105 Zum Folgenden *Cb. Möllers*, Verwaltungsrecht und Politik, in: IPE V, § 93 Rn. 5 ff., der insofern von einer „stark voluntaristischen Konzeption“ von Politik spricht.

106 So *Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 62.

107 Vgl. *Möllers* (Fn. 105), in: IPE V, § 93 Rn. 35 ff.

108 *Möllers* (Fn. 105), in: IPE V, § 93 Rn. 6.

109 Zum Bestellungsverfahren und seiner gerade in jüngerer Zeit deutlich politisierten Ausrichtung vgl. *Crowe*, The Constitutional Politics of the Judiciary, in: Tushnet/Graber/Levinson, U.S. Constitution, 197, 204 ff.; vgl. auch → 4/9.

ist zu beachten, dass das amerikanische „administrative law“ die *gestaltende* Verwaltung in den Mittelpunkt stellt, während das deutsche „Verwaltungsrecht“ nach wie vor stark auf die *vollziehende* Verwaltung ausgerichtet ist (→ 1/10–11). Die in ihren Doktrinen und Dogmen gespeicherten Erfahrungen entstammen folglich unterschiedlichen Tätigkeitsfeldern und Fallstrukturen und können daher nur unter Vorbehalt als Empfehlungen für die jeweils andere Rechtsordnung dienen.

Einiges wäre allerdings schon gewonnen, wenn genau an diesem Punkte 57 eine Änderung einträte und beide Länder ihre Aufmerksamkeit gleichermaßen breit sowohl der gestaltenden als auch der vollziehenden Verwaltung zuwendeten. Das ist in Deutschland eines der Ziele der verwaltungsrechtlichen Reformdiskussion.¹¹⁰ Die bisher zu beobachtende „Spektralverschiebung“ der Beobachtungszonen, die vor allem die Lehrbücher beherrscht, hat in beiden Rechtsordnungen zu einer verengten Perspektive geführt.

- Die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft müsste dazu neben der Vollzugsverwaltung auch die komplexen Formen der Wirtschaftsregulierung, der räumlichen Planung und der administrativen Normsetzung als Standardtypen moderner Verwaltung anerkennen und ihre typischen Formen und Handlungsmuster in die allgemeinen Lehren integrieren.¹¹¹ Die Konsequenz wäre u.a. eine wesentlich differenziertere Ermessenslehre, die nicht nur das einfache Rechtsfolgenermessen, sondern auch politische Gestaltungsoptionen zu umfassen hätte.
- Die amerikanische Literatur wiederum müsste sich mehr auch mit der Vollzugsverwaltung und Vorgängen aus der täglichen Lebenswelt der Bürger beschäftigen. Die Präsenz eines klar strukturierten Polizeirechts im Kanon des „administrative law“ würde zwar noch nicht die spezifischen Einwände gegen den „administrative state“ ausräumen. Aber sie könnte einem allgemeinen Unbehagen an einer undurchsichtigen und übergriffigen Verwaltung entgegenwirken, indem sie neben den Verfahrensgarantien des IV. und V. Amendment auch materielle Grundsätze wie z.B. den Vertrauensschutz und die Verhältnismäßigkeit als leitende Maßstäbe des Verwaltungshandelns auswies.

110 Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 6 ff.

111 Dazu C. Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: GVvR I, § 4; W. Hoffmann-Riem, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: GVvR II, § 33.

II. Das zentrale Thema: die Steuerungsgenauigkeit abstrakter Rechtssätze

58 In ihren Vorstellungen über die *Steuerungsgenauigkeit abstrakter Rechtssätze* weichen das amerikanische und das deutsche Verwaltungsrecht erheblich voneinander ab. Vor dem Hintergrund dessen, was oben zum Gegenseitigkeitsverhältnis von Politik und Recht gesagt worden ist, soll im Folgenden gefragt werden, inwieweit sich nicht beide Rechtsordnungen aus der Beobachtung der jeweils anderen zu Veränderungen der eigenen Sicht anregen lassen könnten.

1. Realistisch: Freiräume bei der administrativen Gesetzesanwendung

59 Für das deutsche Verwaltungsrecht und seine dominierende Ausrichtung auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist dieses ein Kernpunkt. Umso erstaunlicher wirkt es, dass sich eine eigenständige Lehre, wie sich die Gesetzesanwendung durch die Verwaltung vollzieht, nicht entwickelt hat, sondern ohne größere Umschweife auf die traditionell am Zivilrecht ausgerichtete Methodenlehre zurückgegriffen wird. Auch für das amerikanische Verwaltungsrecht ist die Ausrichtung auf das Gesetz zwar wichtig. Aber es hat sich doch eine realistische Einstellung zu dem bewahrt, was die Steuerung durch abstrakte Rechtssätze leisten kann.¹¹² In der nüchternen Anerkennung administrativer (und gerichtlicher) Spielräume als *Normalfall* der Gesetzesanwendung kann das amerikanische Verwaltungsrecht der deutschen Lehre durchaus Anregungen vermitteln.

60 Das hat Konsequenzen für die Rolle des *Verwaltungsverfahrensrechts*. Seine in Deutschland traditionell oft unterschätzte Bedeutung zeigt sich an einer Norm wie § 46 VwVfG. Erst in jüngerer Zeit zeichnen sich hier unter dem Druck des EU-Rechts Änderungen ab.¹¹³ Für das amerikanische Recht ist die eigenständige Bedeutung des Verwaltungsverfahrens selbstverständlich. Konsequenterweise werden Verstöße gegen Verfahrensvorschriften in § 706(2) APA neben der Verletzung von Verfassungsrecht und anderem Gesetzesrecht als Gründe genannt, die die gerichtliche Aufhebung der betroffenen Verwaltungsentscheidung nach sich ziehen. Trotz aller Wertschätzung des Verfahrensrechts verfolgen die USA aber eine pragmatische Linie, indem dieselbe

112 *Mashaw*, Reasoned Administration and Democratic Legitimacy, 163 ff.; *Lepsius* (Fn. 103), in: DV Beiheft 7 (2007), 319, 320 ff. und → 1/9 sowie → 2/62.

113 Vgl. § 4 Abs. 1a UmwRG; EuGH C-72/12 ECLI:EU:C:2013:712 Rn. 47 und C-137/14 ECLI:EU:C:2015:683 Rn. 51 ff.

Bestimmung ausdrücklich auf die „harmless error“ Doktrin verweist und damit festlegt, dass nicht *jeder* Verfahrensfehler die Aufhebung rechtfertigt (→ 4/101).

Weitere Anregungen lassen sich aus dem amerikanischen Recht für das Verfahrensrecht der administrativen Rechtsetzung gewinnen. Das ist im Zusammenhang mit dem notice-and-comment Verfahren des § 553 APA erörtert worden (→ 3/90–99). Zwar bietet es sich nicht an, das Verfahren insgesamt zu übernehmen. Wohl aber könnten einzelne Verfahrenselemente wie die öffentliche Bekanntgabe des Entwurfs der geplanten Norm, die Begründung der beschlossenen Norm und die Dokumentation des Normsetzungsprozesses als Mittel genutzt werden, um die Transparenz und die Rationalität der deutschen Verordnungsgebung zu optimieren. Interventionen der Gerichte in laufende Rechtsetzungsverfahren sollten dagegen möglichst vermieden werden.

Ein zweiter Bereich, der durch eine nüchterne Einschätzung der gesetzlichen Verwaltungssteuerung an Bedeutung gewinnt, ist das *Verwaltungsorganisationsrecht*:¹¹⁴ Je geringer die Präzision der materiellen Programmsteuerung veranschlagt wird, desto wichtiger werden die entscheidenden Institutionen, ihre Zuständigkeiten, ihr Aufbau und ihre interne Entscheidungsstruktur.¹¹⁵ In Deutschland ist das Verwaltungsorganisationsrecht an bestimmten Organisationsrechtsformen ausgerichtet, die dem Gesetzgeber zwar nicht verbindlich vorgegeben sind, auf die er aber gern zurückgreift. Das erleichtert die Orientierung und erhöht die Durchsichtigkeit des Verwaltungsgefüges. Gegenüber der amerikanischen Praxis, die Zuständigkeiten und die Binnenorganisation einer Behörde jeweils spezifisch in ihrem „organic statute“ festzulegen, ist das zunächst einmal ein Vorteil (→ 2/12). Kritisch muss jedoch gefragt werden, ob die formenzentrierte deutsche Regelungstechnik die Unterschiede, die allein schon durch ihre unterschiedlichen Aufgaben in eine Organisationseinheit hineingetragen werden, nicht zu sehr verdeckt. Über die Wirksamkeit des ministeriellen Weisungsrechts etwa lassen sich kaum verlässliche Aussagen treffen, ohne sich die spezifische Stellung, die Kompetenzen und Struktur der an einem solchen Aufsichtsverhältnis beteiligten Verwaltungseinheiten näher anzusehen. Dieses ist kein Plädoyer gegen feste Organisationsrechtsformen, wohl aber für eine stärker differenzierende und kontextbezogene Sicht auf das Verwal-

114 Zum Folgenden *Lepsius* (Fn. 103), in: DV Beiheft 7 (2007), 319, 330 ff.

115 Zu den Aufgaben eines steuerungsorientierten Verwaltungsorganisationsrechts *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 137 ff.

tungsorganisationsrecht. Für eine solche Sicht steht das amerikanische Recht.

2. Zweifelhaft: kumulative Effekte der Freiräume

- 62 „In the United States, tolerance for law as a moderately autonomous system is far less than in Europe“.¹¹⁶ Diese Feststellung, getroffen in einer Diskussion um die Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft, warnt davor, in dieser Frage schnell auf Lerneffekte im transatlantischen Rechtsvergleich zu setzen. Dem stehen schon common law Traditionen und legal realism entgegen. Freilich darf die Situation des *Verwaltungsrechts* nicht mit der des Verfassungsrechts oder des Privatrechts gleichgesetzt werden (→ 1/8-9 und 2/53). Die normativen Programme sind hier dichter und im Anspruch schärfer: Für das Verwaltungsrecht ist Recht immer auch Instrument, um der Exekutive Grenzen zu setzen und Freiheit zu sichern. So richtig es ist, die Steuerungseffekte abstrakter Rechtssätze nicht zu überschätzen, so ist es doch zweifelhaft, ob die Bedeutung der Gesetzesbindung der Verwaltung in den USA nicht zu gering veranschlagt wird. Legal realism und der politische Wille, der Verwaltung bei der Sozialgestaltung eine beherrschende Rolle einzuräumen, – Methodenlehre und Politik – sind in großen Teilen der amerikanischen Literatur eine Verbindung eingegangen, die in deutscher Perspektive die Gefahr von Übersteigerungen in sich birgt und so die Legitimität der Verwaltung bedrohen kann.
- 63 Die Rückbindung der Exekutive an das Parlament ist für alle gewaltenteilenden Verfassungsstaaten ein unverzichtbares Element. Das gilt unbeschadet der eigenen Legitimation, die die Exekutive im Präsidialsystem der USA genießt; und es gilt gerade dort, wo Teile dieser Exekutive von der Aufsicht des Präsidenten freigestellt sein sollen. „Broad delegations“, „independent agencies“ und „deference“ mögen jeweils für sich genommen funktional sinnvoll sein, um administrativ ausgreifende Regulierungsaufgaben situationsgerecht und flexibel erfüllen zu können. Doch in ihrer *Kumulation* können sie die Tendenz entwickeln, die gesetzliche Steuerung als

116 So R. Post, Constitutional scholarship in the United States, 7 International Journal of Constitutional Law 416, 423 (2009), in Auseinandersetzung mit der Darstellung der Position der europäischen Verfassungsrechtswissenschaft durch A. v. Bogdandy, The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe, dort 364 ff.

einen wesentlichen Mechanismus der Verwaltungslegitimation zu schwächen. Man muss nicht die Fundamentalopposition zum „administrative state“ teilen, um die Kritik an der zu weit zurückgenommenen Regelungsfunktion des Rechts verständlich zu finden.¹¹⁷

Die Steuerungseffekte des Rechts zu schärfen heißt nicht, das amerikanische Verwaltungsrecht einer „legalistischen“ Sichtweise zu unterwerfen, die ihm eigentlich fremd ist. Dass der Grundtatbestand, die Abkoppelung der Verwaltung vom parlamentarischen System, eine Schwachstelle des „administrative state“ bildet, ist eine Erkenntnis, die in den USA die Diskussionen ohne Rücksicht auf ihre gesellschaftspolitischen Präferenzen durchzieht. Man kann *Richard Stewarts* klassischen Text zu den Entwicklungsphasen und Reformstrategien des amerikanischen Verwaltungsrechts als eine Beschreibung lesen, die das fortgesetzte Ringen um die Legitimität des „administrative state“ schildert (→ 1/31–35). Diesem Ringen verdanken sich wichtige Einsichten in die Wirkungsbedingungen des Verwaltungsrechts. Genannt seien hier nur zwei: das Paradigma offener Kommunikation und Partizipation, das besonders *Stewarts* „interest representation model“ abbildet, und das Paradigma sachverständiger Aufgabenwahrnehmung, dem sein „model of regulatory management“ folgt und das von *Shapiro*, *Fisher* und *Wagner* zu einem allgemeinen auf Professionalität und Binnenrationalität setzenden Modell ausgeformt worden ist.¹¹⁸ 64

Die Abfolge der Reformstrategien zeigt allerdings auch, dass keines der beschriebenen Paradigmen die Legitimität der Verwaltung *allein* sichern kann. Vielmehr kommt es darauf an, sie in ihren sich gegenseitig ergänzenden Funktionen zu erfassen. In diesem Sinne ist auch die Vorstellung von der Verwaltung als „transmission belt“ parlamentarischer Steuerungsvorgaben und von einem Verwaltungsrecht als einem Arsenal von Mitteln, diese 65

117 Der Eigenwert rechtlicher Steuerung („belief in the autonomy and determinacy of legal craft“) ist ein wesentliches Element im Konzept eines „neoclassical administrative law“, wie es *J. A. Pojanowski* (Fn. 16), 133 Harv. L. Rev. 852, bes. 895 ff. und 903 ff. (2020) in jüngerer Zeit entfaltet hat und das sich in den Auseinandersetzungen um den „administrative state“ als Mittelweg versteht. Chevron step 1 soll danach voller gerichtlicher Kontrolle zugänglich sein, während step 2 einer weitreichenden politischen Gestaltungsfreiheit der Verwaltung unterfallen soll. Gegen die Möglichkeit einer scharfen Trennung zwischen Rechtsinterpretation und Politik aber wiederum *Adrian Vermeule*, Neo-?, 133 Harv. L. Rev. 103 ff. (2020).

118 Dazu → 1/36–38: „substantive expertise, deliberation, and reason giving“.

Übertragung rechtlich in Form zu bringen, nicht überholt.¹¹⁹ Es gilt das, was oben (→ 6/52–57) zum Verhältnis von Politik und Recht gesagt worden ist: Auch ein politisches Verwaltungsrecht kann auf das Recht (in seinen unterschiedlichen Erscheinungsformen und Institutionen) nicht verzichten. Die juristischen Kernbestandteile des „administrative state“ normativ exakter zu fassen bedeutet daher bei allen gebotenen Vorbehalten (→ 6/56) nicht mehr, aber auch nicht weniger als in diesem Zusammenspiel von Recht und Politik einige Akzente anders zu setzen, als sie in den bisherigen Doktrinen gesetzt worden sind.

- 66 Das gilt zum Einen im Blick auf die „nondelegation doctrine“.¹²⁰ Die deutschen Erfahrungen mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG weisen keineswegs in die Richtung einer radikalen Vergesetzlichung. Die Formeln des Bundesverfassungsgerichts belassen dem Parlament einen erheblichen Formulierungsspielraum bei der Abfassung von Delegationsnormen (→ 2/37). Aber mindestens die großen Konfliktlinien, die das Regelungsfeld durchziehen, müssen vom Gesetzgeber selbst geordnet werden.¹²¹ Das ist auch die Position des EU-Rechts, wie Art. 290 Abs. 1 AEUV zeigt. Die *wesentlichen* Fragen dürfen nicht allein der Verwaltung zu lösen überlassen werden. Im Übrigen aber wird in allen drei Rechtsordnungen richtig gesehen, dass die Praxis der Gesetzgebung, um die es hier geht, ein Feld ist, das durch Rechtsprechung und Rechtsprechungsänderungen nur begrenzt und allenfalls auf längere Sicht beeinflusst werden kann.
- 67 Ein zweiter Punkt betrifft „*Chevron* deference“ und damit die Gesetzesauslegung.¹²² Die Aufteilung der Interpretationskompetenz zwischen Gerichten und Verwaltung nach einem „two step test“ ist nicht nur im Vergleich zu Deutschland, sondern auch zu common law Staaten wie England und Australien ungewöhnlich. Mag man in Fragen der *Subsumtion* unterschiedliche Auffassungen haben, so besteht doch in der Frage der *Interpretation* unter diesen Rechtsordnungen Einmütigkeit: sie ist „an exclusively judicial function“.¹²³

119 R. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, 78 N.Y. U. L. Rev. 437, 443 f. (2003): „The earlier approaches have not disappeared“.

120 Dazu → 6/19–24; Möllers, *Gewaltengliederung*, 182 ff.

121 Aus jüngster Zeit BVerfGE 150, 1 Rn. 198–205 und 242 f.

122 Dazu → 4/124–135 sowie → 6/37–40; Möllers, *Gewaltengliederung*, 163 ff.

123 So zu den beiden letzteren Ländern *Cane*, *Controlling*, 218: „Under English and Australian law, by contrast, conclusive interpretation of statutes and regulations is an exclusively judicial function“. Ähnlich P. Craig, *Administrative Law in An-*

Sicher lassen sich für *Chevron* einige gute Gründe anführen: die Expertise der zuständigen Fachbehörde, die politische Verantwortung der Exekutive, ihre Möglichkeit, auf neue Lagen durch eine Interpretationsänderung mit einer neuen Politik selbst dann zu reagieren, wenn sich für eine Novellierung der gesetzlichen Grundlagen (vor allem in Zeiten eines „divided government“) keine Mehrheiten finden lassen. Gerade der letzte Punkt betrifft eine Situation, auf die das Verwaltungsrecht eines Präsidialsystems anders als das parlamentarischer Regierungssysteme Rücksicht nehmen muss. Mit einer Empfehlung zu *Chevron*, die ihre Argumente aus dem Rechtsvergleich zieht, wird man daher vorsichtig sein müssen.¹²⁴

Auch unter diesem Vorbehalt spricht Einiges dafür, den politischen Bereich, den *Chevron* der Verwaltung überlässt, enger zu definieren und die Gerichte stärker in die Interpretation unbestimmter Gesetzesbegriffe hineinzunehmen. Das folgt nicht aus der Annahme, Gerichte seien methodisch besser gerüstet, Rechtstexte auszulegen, sondern aus ihrer Stellung als neutrale Entscheider. Die damit einhergehende „Verrechtlichung“ stützt sich also auf ein Kompetenz-, nicht auf ein Methodenargument. 68

Dem kann man entgegenhalten, dass auch Richter politische Vorstellungen haben, von denen sie sich selbst bei gutem Willen in ihren Urteilen nicht vollständig lösen können. Für die amerikanische Justiz ist das schon wegen des politisierten Verfahrens der Richterernennung besonders in Rechnung zu stellen (→ 4/9). Verglichen mit den politischen Ambitionen, die Fachbehörden haben, und mit den Pressionen, denen sie von Seiten fachlich organisierter Interessen ausgesetzt sind, erscheint die Justiz aber immer noch als das Entscheidungsorgan mit der größeren Distanz und dem höheren Maß an Neutralität. Diese Annahme gehört zum verfassungsstaatlichen Gemeingut und sollte nicht leichtin aufgegeben werden.

Der Hinweis auf die besondere politische Verantwortung der Exekutive wiegt die Neutralität der Justiz nicht auf. Gerade die vielfältigen Formen und Grade, in denen „agencies“ in den USA Unabhängigkeit von der Exekutivspitze genießen und im Spannungsfeld zwischen Kongress und Präsidenten eigenständig agieren können, bewirken, dass Verantwortungszusammenhänge oft nur schwer auf die gewählten Repräsentanten zurückzufolgen sind. Das „counter-majoritarian“ Dilemma der Justiz spricht folg- 69

glo-American Tradition, in: The SAGE Handbook of Public Administration, 2nd ed. 2012, 333, 341 ff.

124 Ähnlich die Überlegungen bei *Cane*, Controlling, 235 ff.

lich nicht dagegen, die Kompetenz zu letztverbindlicher Gesetzesinterpretation grundsätzlich den Gerichten zu belassen. Dem Gesetzgeber könnte die Möglichkeit vorbehalten werden, bei der Fassung seiner Gesetzesbegriffe klarzustellen, wenn er diese Zuständigkeit ausnahmsweise der Verwaltung zuweisen will.¹²⁵

- 70 Bei einer solchen Korrektur an *Chevron* ginge es – wie bei den anderen Korrekturen auch – nicht um eine radikale Verabschiedung der überkommenen Handlungsbedingungen des „administrative state“. Mit der vorgeschlagenen Stärkung der gerichtlichen Interpretationskompetenz erhielte dieser aber neue Züge einer stärker *am Recht* arbeitenden Institution. Aus deutscher Perspektive würde ihn das nicht notwendig schwächen, sondern seine Akzeptanz wahrscheinlich sogar erhöhen. Für einseitige Politikziele darf sich das Verwaltungsrecht dabei nicht einspannen lassen: Es ist kein Mittel, um einer allein an Effizienzkriterien ausgerichteten Verwaltung den unkontrollierten Zugriff auf bürgerliche Freiheiten zu ermöglichen. Aber ebensowenig darf es als ein Instrument mißverstanden werden, um der Verwaltung bei der Erfüllung notwendiger sozialer Aufgaben möglichst viele Hindernisse in den Weg zu legen. Für eine Fundamentalopposition, wie sie ein „libertarian administrative law“ anstrebt (→ 1/45-47), ist kein Raum. Ein verfassungstaatliches Verwaltungsrecht hat vielmehr einen *Doppelauftrag* – Freiheitsschutz *und* Aufgabensicherung –, auf den hin seine Prinzipien und Rechtsinstitute immer wieder auszurichten sind.

III. Die Rolle der Verwaltungsrechtswissenschaft

- 71 Die Verwaltungsrechtswissenschaft prägt auf ihre Weise die Erscheinungsform des amerikanischen Verwaltungsrechts mit und hat ihrerseits teil an dessen politischem Charakter. Politische Konstellationen, aus denen heraus eine Doktrin entstanden ist, werden herausgearbeitet; politische Konsequenzen, die ein bestimmtes Lösungsmodell hat, werden aufgezeigt; politische Präferenzen der zuständigen Entscheidungsorgane werden klarer

125 Dass ein Begriff unbestimmt ist (*Chevron* „ambiguity“), sollte dazu jedoch nicht genügen. Vgl. Möllers, Gewaltengliederung, 164 f.: „Vielmehr hat die gesetzlich ausgestaltete Organisations- und Verfahrensstruktur der Exekutive Kriterien zu liefern“. Im Ergebnis dann aber positiv zu *Chevron* dort 172.

benannt, als das in Deutschland üblich ist.¹²⁶ Der offene Diskurs, den die Urteile der Gerichte in den unterschiedlichen Voten der beteiligten Richter bieten, ist für die Wissenschaft eine fortgesetzte Herausforderung, im Nachzeichnen der gerichtlichen Argumentation und bei der Entwicklung der eigenen Lösungen diese Dimensionen in die wissenschaftliche Arbeit einzubeziehen.¹²⁷

Das Ausleuchten des Hintergrundes und die Abschätzung der Folgen führen über das engere normative Programm der einschlägigen Gesetze ein Stück weit hinaus. Der Fokus des amerikanischen Verwaltungsrechts, die gestaltende Verwaltung, veranlasst dazu, Fragen der sinnvollen und effektiven Ausformung der verfügbaren Verfahren und Handlungsinstrumente einzubeziehen. Häufig genutzt werden empirische Untersuchungen, Fallstudien und statistische Erhebungen.¹²⁸ Die Argumente müssen sich aus dem Sachverhalt und der Fallanalyse heraus entwickeln lassen. Aber das Argumentationsspektrum ist breiter – jedenfalls im Vergleich zu dem, was in eine verwaltungsrechtliche Begründung in Deutschland nach „juristischer Methode“ einbezogen werden könnte.¹²⁹ Die Ausrichtung begegnet sich mit dem, was in der deutschen Reformdiskussion als „Bewirkungsdimension“ des Verwaltungsrechts bezeichnet wird.¹³⁰ Die Verwaltungswissenschaft wird als eine „rechtsetzungsorientierte Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“ (Voßkuhle) verstanden.¹³¹

Theoreme der Wirtschafts-, Politik- und Sozialwissenschaften, z.B. „Principal-Agent“ Modelle und „Governance“ Ansätze, spielen eine wichtige Rolle. Ein weiteres Forschungsfeld, das sich damit teilweise überlappt, ist „Regulation“; dieses Gebiet bietet Anlass, auch die internationale und die

126 Zum Folgenden vgl. *Lepsius* (Fn. 103), in: DV Beiheft 7 (2007), 319, 333 ff.; *Möller* (Fn. 105) in: IPE V, § 93 Rn. 71 ff.; *Somek*, Zwei Welten der Rechtslehre und die Philosophie des Rechts, JZ 2016, 481 ff.

127 Vgl. die Beobachtung einer den Dialog zwischen Supreme Court und Gesellschaft vermittelnden Rolle des amerikanischen Verfassungsrechts bei *Post*, 7 International Journal of Constitutional Law, 416 ff. (2009).

128 Zu einzelnen Formen *C. Coglianese*, Empirical Analysis and Administrative Law, in: U. Ill. L. Rev. 1111 ff. (2002).

129 Zum breiteren methodischen Ansatz der Reformdiskussion aber *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 21 ff.

130 Dazu *Hoffmann-Riem* (Fn. 111), in: GVwR II, § 33; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 82 ff.

131 So für die deutsche Diskussion *Voßkuhle*, Neue Verwaltungswissenschaft, in: GVwR I, § 1 Rn. 15 ff.

rechtsvergleichende Perspektive des Verwaltungsrechts zu entfalten.¹³² Besonderes Interesse gilt Kosten-Nutzen-Analysen. Hier veranlasst schon das „Regulatory Planning and Review“ Verfahren, das den Behörden durch Executive Order vorgegeben ist (→ 2/23–24), zu einer intensiven, in die Lehrbuchliteratur hineinreichenden Auseinandersetzung mit der Methode und mit den verwaltungsrechtlichen Funktionen und Dysfunktionen.¹³³ Nicht selten verfügen Vertreter der Verwaltungsrechtswissenschaft über eigene Verwaltungserfahrung, weil sie eine Zeit lang führende Positionen in der Exekutive innehatten. Dem praktischen Zuschnitt, den das Curriculum der amerikanischen Law Schools haben soll, kommt das entgegen.¹³⁴

- 74 Eigene Theorieentwürfe der Verwaltungsrechtswissenschaft sind vor allem am „administrative state“ ausgerichtet. Dieses weit ausgreifende Thema ermöglicht unterschiedliche methodische Zugänge. Als Schlüsselbegriff mehrerer Diskurse kann er zum Austausch mit den Nachbardisziplinen veranlassen (→ 6/6–7). Eine engere Verbindung speziell zur Verwaltungswissenschaft hat sich jedoch erstaunlicherweise nicht entwickelt; das Verhältnis beider zueinander wird eher kritisch beurteilt.¹³⁵

Die historische Entwicklung des „administrative state“ wird dagegen regelmäßig einbezogen. Vergangenheit und Zukunft spielen eine wichtige Rolle. Doch wird darüber die Gegenwart nicht vergessen.¹³⁶ Das ist schon des-

132 Dazu *Bignami/Zaring* (eds.), *Comparative Law and Regulation*, 2018. Damit wiederum zusammenhängend das Thema „Global Administrative Law“; dazu richtungweisend *B. Kingsbury/N. Krisch/R. Stewart/J. Wiener* (eds.), *The Emergence of Global Administrative Law*, in: 68 *Law and Contemporary Problems* No. 3&4 (2005).

133 Vgl. *Breyer/Stewart*, 179 ff.; *Gellhorn*, 234 ff.

134 Vgl. *Post*, *International Journal of Constitutional Law* 7, 416, 422 (2019): „Since the advent of legal realism, American legal scholars have understood the study of law to be the study of the social practice of law“.

135 Ausgesprochen kritisch zu den Beziehungen der beiden Fachrichtungen *D. H. Rosenbloom* (Fn. 22), in: *Rabin/Hildreth/Miller*, *Handbook of Public Administration*, 635, 636: „Consequently, public-administration scholars and practitioners are apt to find conventional administrative law texts, articles, and treatise difficult to follow, as well as formalistic and alien to their concerns and experience. Conversely, public-administration texts tend to be of limited help in understanding administrative law, as they typically devote little attention to it and fail to recognize its central role in regulating administrative practice“.

136 Anders die auf die Rechtswissenschaft allgemein bezogene Feststellung von *Lepsius* (Fn. 103), in: *DV Beiheft* 7 (2007), 319, 340: „Man schreibt also über die Vergangenheit oder die Zukunft, meistens über beides, weniger aber über die Gegenwart“.

halb angezeigt, weil sich der „administrative state“ in konkreten juristischen Doktrinen niedergeschlagen hat, die die gegenwärtige Rechtsanwendung leiten und zu denen aus verwaltungsrechtlicher Sicht konkret etwas gesagt werden muss. Das vermittelt der Verwaltungsrechtswissenschaft und ihren Diskursen ein erhebliches Maß an *Nüchternheit*. Diese Nüchternheit ist weder ein Indiz für eine De-Politisierung des Verwaltungsrechts noch Ausdruck einer Theorieaversion der Verwaltungsrechtswissenschaft. Eher hat sie mit der Bodenhaftung zu tun, die dem gesamten Rechtsgebiet vom Forschungsgegenstand „Verwaltung“ her mit auf den Weg gegeben ist.¹³⁷

Im Übrigen gebieten schon die Größe der scientific community, die unterschiedlichen Karrieremuster ihrer Mitglieder, die sich wandelnden Zeitströmungen und die Vielfalt der beteiligten Literaturgattungen Vorsicht gegenüber Aussagen, die „die“ Verwaltungsrechtswissenschaft der USA allgemein charakterisieren sollen. Auch zwischen den politischen Hauptrichtungen der „Conservatives“ und der „Progressives“ oder „Liberals“ bestehen Übergänge. Jeder Wissenschaftler steht mit seinen Methoden, Interessen und Überzeugungen zunächst einmal für sich selbst. Schon deshalb eignen sich grobe Zuordnungen nicht, einer bestimmten Lehrmeinung von vornherein mit Vorbehalten zu begegnen. Andernfalls droht die richtige Anerkennung des politischen Charakters von Verwaltungsrecht in ein *politisiertes Verwaltungsrecht* umzuschlagen, das von festen (partei)politischen Frontlinien durchzogen ist und in dem ein Beitrag schon deshalb suspekt erscheint, weil der Autor der anderen politischen Richtung zuzurechnen ist. Das kann nicht das Ziel akademischer Diskurse sein. 75

137 Konsequenter engagieren sich als Autoren von Standardlehrbüchern zum Administrative Law auch nicht nur Wissenschaftler, „die nicht an den Top-Ten-Law Schools lehren“ (so Lepsius zu Lehrbüchern allgemein), sondern führende Vertreter ihres Faches; genannt seien nur: Stephen Breyer, Kenneth Culp Davis, Jeremy Mashaw, Gill Metzger, Bernard Schwartz, Richard Stewart, Peter Strauss, Cass Sunstein.

Eine kurze Schlussbetrachtung

Stellt das amerikanische Verwaltungsrecht nach alledem den „markantesten Gegenentwurf zum Verwaltungsrecht französisch-deutscher Tradition dar“?¹³⁸

Dagegen könnten manche Gemeinsamkeiten, Ähnlichkeiten und Annäherungen sprechen, die in den vorausgehenden Kapiteln deutlich geworden sind: Die großen Themen des Verwaltungsrechts – seine verfassungsrechtliche Rückbindung, das Verwaltungsverfahren, die Handlungsformen, Rechtsschutz und Staatshaftung – und die hinter ihnen stehenden Grundfragen nach der Rechtsstellung der Verwaltung und der Rationalisierung ihres Handelns werden in den USA und in Europa ähnlich ausführlich behandelt und bilden Kernpunkte des verwaltungsrechtlichen Lehrprogramms.¹³⁹ Auf zahlreiche Detailfragen werden ähnliche Antworten gegeben, in denen sich Erfahrungen der Verwaltungspraxis oder plausible Alltagsüberlegungen niedergeschlagen haben. Erinnerung sei nur an die etwa gleichzeitige Entwicklung der Lehren zur planerischen Abwägung in den USA und in Deutschland. Nüchternheit und Bodenhaftung ebnen manchen Unterschied im Konzeptionellen ein. In einigen wichtigen Punkten, beispielsweise in Fragen des freien Zugangs zu Verwaltungsinformationen, haben sich die europäischen Rechtsordnungen zudem in jüngerer Zeit von amerikanischen Vorstellungen inspirieren lassen.

Trotzdem lässt sich das amerikanische Verwaltungsrecht als *Gegenentwurf* zum Verwaltungsrecht französisch-deutscher Tradition verstehen. Die Unterschiede der historischen Entstehungssituation sind in Unterschiede der gegenwärtigen Lage transformiert worden. Die Verfassung von 1787 ließ der Entfaltung eines „administrative state“ zwar von Anfang an hinreichend Raum. Aber nach wie vor erscheinen Verwaltung und Verwaltungsrecht in den USA nicht als naturwüchsige Elemente der politischen Ordnung, sondern müssen sich der demokratischen Öffentlichkeit gegenüber immer wieder neu legitimieren. Kommunikation, Partizipation, Politikof-

138 So feststellend *Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1, vgl. aber auch dort 307 f.; allg. auf das unterschiedliche Rechtsdenken bezogen *Somek* (Fn. 126), JZ 2016, 481 ff.

139 Dazu und zur Ergänzungsbedürftigkeit um Governance-Ansätze vgl. *F. Bignami*, From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm of Comparative Administrative Law, in: 59 *Am. Journal of Comp. L.* S. 859, 871 ff. (2011); *E. Schmidt-Aßmann*, Zum Standort der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht, in: *ZaöRV* 78, 2018, 807, 834 f.

fenheit sind Modi dieser Legitimation, die in die Formen administrativen Handelns tief eingeschrieben sind. Hieraus erklärt sich auch das geringere Vertrauen, das in den USA den Steuerungsleistungen des Gesetzmäßigkeitsprinzips entgegengebracht wird. In Gesetze gegossene Politik ist eben immer nur die *eine* Seite, die um Verfahren ergänzt sein muss, in denen die Verwaltung Lösungen situationsbezogen entwickelt und in der Auseinandersetzung mit der Öffentlichkeit einsichtig begründet.¹⁴⁰

Um Akzeptanz immer wieder werben zu müssen, verlangt Offenheit und kann Innovationsbereitschaft und Kreativität fördern. Es kann aber auch als Unsicherheit gedeutet werden und die Verwaltung gerade in Zeiten großer gesellschaftlicher Spannungen in Gefahr bringen, zwischen den dominierenden politischen Kräften, zwischen dem Kongress und dem Präsidenten, entweder zerrieben zu werden oder ein eigenes politisches Spiel zu versuchen. Die Verwaltungsrechtsordnungen der europäisch-kontinentalen Tradition – so sehr sie sich untereinander unterscheiden¹⁴¹ – warten demgegenüber (positiv wie negativ) mit größerer Geschlossenheit und stabileren Strukturen auf.¹⁴² Sie sind weniger auf die Aufgaben ausgreifender politischer Gestaltung konzentriert, sondern widmen auch den einfachen Vorgängen des Gesetzesvollzuges im Verwaltungsalltag vor Ort einen erheblichen Teil ihres Interesses. Die Vollzugsvorstellung verengt den juristischen Argumentationshaushalt, präzisiert und stabilisiert ihn aber auch.

Dessen ungeachtet bleibt das *Recht der zentrale Referenzpunkt* im US-amerikanischen und kontinental-europäischen Verwaltungsrechtsvergleich. „How Administrative Law supports Democratic Government“¹⁴³ Genau darum geht es diesseits und jenseits des Atlantiks. Im Umgang mit dem Recht und in der Wahl der verfügbaren Erscheinungsformen von Recht werden die Akzente zwar unterschiedlich gesetzt. Darin liegt aber auch die Chance, dass „Gegenentwurf“ und „Entwurf“ voneinander lernen. Schnell-

140 *Mashaw*, Reasoned Administration and Democratic Legitimacy, bes. 40 ff. und 163 ff.

141 Vgl. dazu nur *Sabino Cassese*, *Die Entfaltung des Verwaltungsstaates in Europa*, in: *IPE Bd. 3 § 41*; Michael Fromont, *Droit administratif* des États européens, 2006, 13 ff.; *Eberhard Schmidt-Aßmann/Stéphanie Dagron*, Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen, in: *ZaöRV* 67, 2007, 395 ff.; *Olivier Jouanjan*, Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in: *VVDStRL* 77, 2018, 351 ff.

142 Anschaulich *Karl-Peter Sommermann*, Prinzipien des Verwaltungsrechts, in: *IPE Bd. 5 § 86*; (zugleich gegenläufige Tendenzen aufzeigend) auch *Diana Zacharias*, Der Begriff des Verwaltungsrechts in Europa, in: *IPE Bd. 4 § 72*, bes. Rn. 143 ff.

143 So der Untertitel der Schrift von *Jeremy Mashaw*, Reasoned Administration.

le Bereitschaft, einzelne Elemente zu übernehmen, ist dabei so wenig angezeigt wie schnelle Kritik an ungewohnten Lösungen. Die Leistungsfähigkeit einzelner Rechtsinstitute, Verfahren, Doktrinen und Dogmen lässt sich regelmäßig nur aus dem Zusammenhang erschließen, in dem diese in der jeweiligen Rechtsordnung stehen. Bestandsaufnehmende Materialerfassung und wissenschaftliche Beobachtung, die immer auch von der eigenen Rechtsordnung geprägt ist, müssen dazu Hand in Hand gehen. Verwaltungsrechtsvergleichung bewährt sich so als ein Projekt der Wissenschaft, das aber auch für die Verwaltungspraxis in *allen* einbezogenen Rechtsordnungen zur Rechtserkenntnisquelle werden kann.