

Jan Henrik Klement

Leitsätze über:

Zeithorizonte von Verwaltung –
Krisenmanagement, langfristige Planung und Systemkohärenz

I. *Zeithorizonte guter Verwaltung*

(1) Die Zeitbegriffe des Rechts können die Sprachspiele des Alltags überschreiben. Das Recht bezieht die Zeit zudem als Faktor in die Produktion von Recht ein. Zur Zeitgebundenheit des Rechts tritt damit eine Rechtsgebundenheit der Zeit.

(2) Zeitgerechtigkeit ist ein Wesensmerkmal von Gerechtigkeit, als allgemeines Thema aber weithin unerforscht, ja unerkannt.

(3) Der faktische Zeithorizont von Verwaltung ist eine empirische Größe der Fähigkeiten des Erinnerns, Erkennens und Prognostizierens. Er markiert außerdem die Spanne zwischen Beginn und Ende der Wirkung eines Verwaltungshandelns. Der normative Zeithorizont von Verwaltung hingegen ist die Summe der zeitbezogenen rechtlichen Vorgaben formeller wie materieller Art für das Entscheiden und für das Entschiedene.

(4) Gemeinsam mit weiteren Faktoren konstituieren der faktische und der normative Zeithorizont die Bewirkungsmöglichkeiten von Verwaltung (Verwaltungsverantwortung) und bestimmen damit ihre Stellung nach außen gegenüber der Gesellschaft und nach innen gegenüber den anderen Staatsgewalten.

(5) Wenn sich eine im materiellen Sinne gute Verwaltung dadurch auszeichnet, dass sie die von der Gesellschaft erwarteten Leistungen erbringt, also zum einen rechtmäßig und möglichst richtig und zum anderen demokratisch legitimiert und rechtsstaatlich kontrolliert handelt, dann ist eine gute Verwaltung auch davon abhängig, welche Zeithorizonte ihr jeweils gesetzt und geöffnet sind.

II. *Die Verwaltung als Staatsgewalt der Gegenwart*

1. *Die Zeit als Vorbedingung und Konstrukt des Rechts*

(6) Das Recht steht in einem von der objektiven Zeit aufgespannten Möglichkeitsraum, aus dem es nicht heraustreten kann. Die Zeit als normativen Begriff kann das Recht indes nach Belieben filtern und verdrehen.

2. *Zeitliche Dimension der Gewaltengliederung*

(7) Die drei Zeitebenen der Setzung, Anwendung und Wirkung einer Norm sind in mehrstufige Rechtserzeugungsprozesse eingebettet. Auf dem Weg zur nach außen gerichteten Norm wird der Zeithorizont jeder internen Erzeugungsstufe auf den jeweils vorausliegenden Stufen definiert. Mit der Definition von Zeithorizonten wird die Verantwortung zwischen den einzelnen Akteuren verteilt. Dies dient

einer arbeitsteiligen Informationsgenerierung und kann ein Beitrag zu schnellen sowie zentral demokratisch legitimierten hoheitlichen Entscheidungen und zu besseren Ergebnissen sein.

(8) Nach einem geläufigen Zeitschema der Gewaltenteilung ist der Gesetzgebung die Zukunftsgestaltung übertragen, die Verwaltung als die mit der Gegenwart befasste Staatsgewalt ausgeflaggt und der Rechtsprechung die Bewältigung des Vergangenen zugeordnet.

(9) Die Identifikation von Verwaltung mit Gegenwartsbewältigung ist ein Baustein des liberal-rechtsstaatlichen Leitbilds einer vollziehenden Staatsgewalt, deren Blick auf die Zukunft durch die Tatbestände und Rechtsfolgen der allgemeinen Gesetze möglichst weitgehend abgeriegelt wird. Der Gegenentwurf hierzu ist in den Begriffen des Krisenmanagements, der langfristigen Planung und der Systemkohärenz angelegt.

III. Die verzeitlichte Verwaltung

(10) Verwaltung ist verzeitlicht: Alle Verwaltungsentscheidungen dürfen oder müssen sich mehr oder weniger an ihren Wirkungen in einer über die Zeit volatilen Umwelt ausrichten.

1. Das zeitlose Recht des liberalen Rechtsstaats

(11) Die Zeitlosigkeit von Verwaltung im Denken eines *Otto Mayer* war eine Zeitlosigkeit des zu vollziehenden Gesetzes, in der sich wiederum die Zeitlosigkeit der politisch an das Gesetz gestellten Ansprüche spiegelte.

(12) Die Ansprüche und Erwartungen an die Leistungen von Herrschaft, die sich in der liberalen Idee abbilden, entwickelten sich geschichtlich als Antworten auf das jeweils Vorgegangene, ohne dass die Zäsuren dabei jemals scharf und die Korrekturen vollständig waren. Im Polizeistaat entwickelte sich die übertriebene Erwartung, Politik und Recht könnten den Menschen vollkommenes äußeres wie inneres Glück schenken. Im 18. und 19. Jahrhundert blieb der instrumentelle Charakter dieses Denkens zwar erhalten, doch drängten gesellschaftliche Interessen darauf, den Staat möglichst auf die äußere Ordnung und die Gegenwart zu beschränken.

2. Die präventive Wende der Staatstätigkeit

(13) Die mit „echten“ politischen Zwecken verbundenen Gesetze dringen seit langem vor. Auch dort, wo an sich die Konstitution von Ordnung im Vordergrund steht, sind Elemente der Zweckverfolgung nachweisbar. Verwaltungsrecht erschöpft sich indes auch heute nicht in seiner Rolle als Steuerungsinstrument.

(14) Über die im Richterrecht geleistete Verschleifung der öffentlichen Sicherheit mit der objektiven Rechtsordnung und mithin mit allen in diese eingeflossenen politischen Zwecken wurde sogar die Dogmatik des Polizeirechts gleichsam von innen „korrumpiert“, das heißt für Gestaltung in Dienst genommen.

(15) Die Grenze zwischen Konstitution und Zukunftsgestaltung wurde zusätzlich durch den Präventionsgedanken verunklart, der nicht allein die Wahrscheinlich-

keitsmaßstäbe veränderte, sondern auch den Gedanken einer abwägend definierten Ordnung von Chancen und Risiken und eines staatlichen Risikomanagements einbrachte.

(16) Gerade mit dem Höhepunkt des liberalen Ordnungsrechts, der mit dem Kreuzberg-Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts von 1882 erreicht gewesen sein mag, drängten neue Zeitbezüge der staatlichen Tätigkeit ins Licht. Die Gesellschaft entwickelte Sorgen mit Blick auf die Zukunft, von denen sie sich durch das Medium des Staates zu erleichtern suchte. Zukunft wird seitdem nicht mehr allein als Resultat individueller Freiheitsausübung begriffen, sondern auch als kollektiv im Staat verhandelte und im Medium des Rechts durchgesetzte Gestaltungsaufgabe (präventive Wende der Staatstätigkeit).

3. Die Verzeitlichung von Gesetz und Verwaltung

a) Intrinsische Verzeitlichung der Verwaltung

(17) Entgegen einer vom positiven Verfassungsrecht geleiteten Intuition entdeckte nicht der Gesetzgeber das Zukunftsthema und reichte es dann teilweise zur Erledigung an die Verwaltung weiter. Vielmehr stellte umgekehrt die Verwaltung noch vor dem Entstehen von Parlamenten ihren Zeithorizont um, ja sie konstituierte sich in dieser Umstellung überhaupt erst als Verwaltung im modernen Sinne.

(18) Die Verzeitlichung von Verwaltung war zunächst einmal eine Veränderung der wissenschaftlichen Wahrnehmung (des wissenschaftlichen Paradigmas).

b) Gesetzesvermittelte Verzeitlichung der Verwaltung

(19) Die Rechtsentwicklung unter dem Grundgesetz war von den zwei Bemühungen geprägt, einerseits die vorgeblich liberal-rechtsstaatliche Verengung des verwaltungsrechtlichen Blickwinkels zu überwinden und andererseits die gerade erst sichtbar gewordene gestaltende Verwaltung zuerst rechtsstaatlich und dann auch demokratisch einzuhegen. Das politisch immer stärker auf das Recht drückende Problem der Zukunft sollte also zwar nicht vollständig, wohl aber in allen wesentlichen Fragen gesetzesvermittelt gelöst werden.

aa) Theoretische Unmöglichkeit einer zeitlosen vollziehenden Gewalt

(20) Die Zeitlichkeit von Verwaltung kann durch die Gesetze zwar normativ geformt, von der politischen Zeitlichkeit abgesetzt und abgeschwächt, aber nicht aufgehoben werden. Die Verwaltung füllt die ihr belassenen Entscheidungsspielräume mit Hilfe von Projektionen in die Zukunft und unterscheidet sich insoweit strukturell nicht von der Gesetzgebung.

bb) Funktionale Notwendigkeit einer verzeitlichten Verwaltung

(21) Die Verzeitlichung von Verwaltung wurzelt nicht allein in technischen Unfertigkeiten der Gesetzgebung, einer Verantwortungsschwäche des Gesetzgebers oder korrigierbaren Lehrsätzen der Methodenlehre. Sie ist Ausdruck einer zweckbedingten Notwendigkeit: Die an das Recht gestellten Erwartungen lassen sich nicht vollständig mit abstrakt-generellen Gesetzen erfüllen.

(22) Der in den 1960er Jahren aufsteigende Planungsbegriff war aus zwei gegensätzlichen Gründen erfolgreich: Die einen brauchten ihn, um dem stärker und offensichtlicher werdenden Zukunftsbezug der Verwaltung begrifflich eine Heimstatt auf Augenhöhe mit dem Gesetz zu geben. Für die anderen stabilisierte die Herausbildung einer besonderen planungsrechtlichen Dogmatik die Vorstellung, die gestaltende Verwaltung gegenständlich begrenzen zu können.

(23) Mit der Entwicklung der Wesentlichkeitslehre in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurde offensichtlich, dass die Zukunftsverantwortung notwendigerweise zwischen Gesetzgebung und Verwaltung geteilt ist und nur noch über die Details der Zuordnung gestritten werden kann.

IV. Die futurisierte Verwaltung

1. Begriff der Futurisierung

(24) „Futurisierung“ von Verwaltung heißt: Die Zukunftsverantwortung verlagert sich auch außerhalb der angestammten Planungsreservate immer mehr auf die Verwaltung. Die der Verwaltung gesetzten Zwecke werden zahlreicher und konflikträchtiger, sie greifen immer weiter in die Zukunft und sind hochpolitisch. Viele Zwecke sind vage gehalten und erfordern komplexe, materiell nicht steuerbare Abwägungen, immer öfter aber werden die Handlungsziele gerade im Gegenteil auch durch quantitative, numerisch ausgedrückte Vorgaben in Verbindung mit genauen Fristen zumindest vordergründig eindeutig definiert. Gemeint ist also nicht eine bloß zeitliche Erweiterung der behördlichen Vorausschau zum Zweck der Bewahrung eines in der Gegenwart bestehenden Zustands, sondern die systematische Ausrichtung auf kollektiv definierte Zielvorstellungen.

2. Quellen und Modi der Futurisierung

a) Unionsverwaltungsrecht: Planen und Regulieren

(25) Starke Futurisierungsimpulse werden durch das supranationale und internationale Recht vermittelt. Im Unionsverwaltungsrecht haben sich mit dem Planen und dem Regulieren zwei markante Grundmuster einer starken Zukunftsorientierung etabliert.

(26) Im Zuge der Verwirklichung des „Green Deal“ der Europäischen Kommission wird das Konzept der Planung unter anderem für das Klimarecht weiter an Bedeutung gewinnen, und zwar sowohl hinsichtlich der Koordinierung von Maßnahmen zur Klimawandelanpassung als auch hinsichtlich der Minderung der Treibhausgasemissionen.

(27) Das Regelungsmodell der Planung ist kein sektorspezifisches Phänomen mehr.

(28) Der nationale Gesetzgeber ist in der europäischen Maßnahmenplanung oft auf die Bereitstellung inhaltsleerer Formen in der Gestalt von Eingriffsbefugnissen oder Zuständigkeitsregeln beschränkt. Auch in der direkten Begegnung mit dem planbetroffenen Grundrechtsträger wird nur vordergründig das Gesetz vollzogen.

Das Handeln ist vom Plan her gedacht und in einen rechtfertigenden Zusammenhang mit anderen Maßnahmen gestellt.

(29) Aus dem hier eingenommenen Blickwinkel ist das Regulierungsrecht nur eine durch den Bezug auf die Ergebnisse des wirtschaftlichen Prozesses spezialisierte Variante des Planungsrechts. Es steht für ein europäisches Modell von Verwaltung, das wirtschaftliche Prozesse vorausschauend und langfristig durch aufeinander abgestimmte Maßnahmen auf kollektiv gesetzte Vorstellungen von Gemeinwohl auszurichten versucht. Es handelt sich allerdings um ein Planungsrecht ohne Plan im Sinne einer einheitlichen, formalisierten, zeichnerischen oder textlichen Darstellung.

b) Zukunftsorientiertes Verfassungsrecht

(30) Eine starke Rolle bei der Futurisierung spielt auch das Verfassungsrecht. Das Grundgesetz hat nicht nur im Anwendungsbereich des Sozialstaatsprinzips und des Umweltstaatsprinzips den Charakter einer Rahmenordnung verloren und ist so, wie es heute interpretiert wird, auf ganzer Breite von konstruierender, die Zukunft positiv mitschaffender Natur. Die verfassungsrechtlichen „Zukunftspläne“ adressieren auch unmittelbar die Verwaltung.

3. Zur heutigen Rolle der Rechtswissenschaft: Verfallserzählung oder Gestaltungsauftrag?

(31) Die Futurisierung ist trotz einiger nachteiliger Wirkungen primär nicht als Verfallsgeschichte der verwaltungsrechtlichen Dogmatik zu erzählen.

(32) Auf dem Gebiet der Wirtschaft besteht die Futurisierung zu großen Teilen aus der rechtlichen Erfassung von zuvor im Verborgenen liegenden, dezentralen und maßstabslosen behördlichen Politiken der Zweckverfolgung (eigenwirtschaftliche Betätigung und politische Steuerung von Kartellen und Monopolisten). Auf anderen Feldern ist sie Ausdruck eines politischen Willens, kollektive Entscheidungen über die Zukunft zu treffen und zu verwirklichen, die in einem reinen Vollzugsmodell von Verwaltung schlicht nicht hätten abgebildet werden können.

(33) In der Futurisierung von Recht zeigt sich oft auch die materielle Inhomogenität, die unzureichende Durchsetzungskraft der höheren Ebenen im Mehrebenensystem oder gar eine normative Ratlosigkeit der Gesellschaft. Eine Festigung und dogmatische Durchdringung der neuen Schichten des Verwaltungsrechts, die dem Handeln realistischere Zeithorizonte setzt und die Verwaltung dadurch entlastet, wären vielfach wünschenswert.

(34) Die Verwaltungsrechtswissenschaft sollte den Befund wachsender Verwaltungsverantwortung aufnehmen und mitgestalten. Es gilt, Arrangements einer auf die Zukunft gerichteten Verantwortungsteilung zu finden, die den zentralen verfassungsrechtlichen Erwartungen an Verwaltung entsprechen. Außerdem sind adäquate rechtsstaatliche Kontrollinstrumente zu entwickeln, so wie einst im Städtebaurecht mit der Entwicklung der Abwägungsfehlerlehre.

V. *Verengte Horizonte: Bringen die Krisen die Gegenwart zurück?*

(35) Als heuristischer Rechtsbegriff stellt der Begriff der Krise die Frage nach den Möglichkeiten des Rechtssystems, eine plötzliche, womöglich nur kurzfristige negative Veränderung der Wirklichkeit dogmatisch dergestalt zu verarbeiten, dass Entscheidungen auch dann noch nach Maßstäben des Rechts getroffen werden können, wenn die alten Programme nicht mehr passen und eine neue dauerhafte Ordnung noch nicht gefunden ist.

(36) Die Futurisierung von Verwaltung und das verwaltungsrechtliche Krisendenken sind keine Gegenspielerinnen, sondern auf lange Sicht eine Doppelbewegung aus zwei sich wechselseitig bedingenden und verstärkenden Entwicklungen.

1. Ohne Zukunftserwartungen keine Krisen

(37) Eine Krise ist ein von der bisherigen und erwünschten zukünftigen Normalität abweichender, einer Entscheidung bedürftiger Zustand. Dies schließt zwangsläufig eine positive Vorstellung von der Zukunft und den Optimismus der Bewältigbarkeit ein. Dies macht erklärlich, weshalb Gesellschaften überaus kritische Situationen nicht als Krise empfinden müssen. Je stärker hingegen der Glaube an die Gestaltbarkeit von Zukunft ist und je selbstverständlicher danach gehandelt wird, desto größer ist das Risiko eines empirisch messbaren Versagens des Rechts, desto mehr muss die Krise als Normalzustand begriffen werden.

2. Ohne Zukunftsverantwortung kein Krisendenken im Verwaltungsrecht

(38) Der Krisenbegriff ist relativ zur Ebene des Handelns und der Akteure. Aus der Perspektive der Verwaltungsrechtswissenschaft ist eine Krise sinnvollerweise nur ein in der Entscheidungsverantwortung der Verwaltung liegender Zustand, also ein solcher, dessen Bewältigung von der Verwaltung rechtlich oder rechtmäßig politisch erwartet wird, von ihr aber nicht oder nicht vollständig mit einem Handeln im Rahmen der vorausgedachten Programme bewältigt werden kann. Die wissenschaftliche Entdeckung einer zwischen Legislative und Exekutive geteilten Zukunftsverantwortung war mithin eine Bedingung dafür, dass sich der Krisenbegriff nicht nur in den allgemeinen gesellschaftlichen Diskursen, sondern auch im Verwaltungsrecht als ein heuristischer Begriff festsetzen konnte.

3. Zukunftsorientiertes Recht als Folge von Krisen

(39) Langzeitkrisen ist mit bloßem Management nicht beizukommen. Die lange Dauer dieser Krisen ist nicht immer allein den schwierigen Umständen geschuldet, sondern kann auch daran liegen, dass sie aufgrund normativer Wertungen lange dauern *müssen*. So verlangt die Klimakrise ein Maß an Neustrukturierung gesellschaftlicher Programme, das in einer den sozialen Frieden und den Wohlstand nicht inakzeptabel schädigenden Weise nur langfristig und im Modus des Plans zu leisten ist.

(40) Auch Kurzzeitkrisen können den Fokus auf die Zukunft richten, denn in einer vorsichtigen Gesellschaft besteht die Neigung, in jeder Krise ein Muster für die Zukunft zu erkennen, sie mithin zu generalisieren und zum Gegenstand rechtlicher

Regelungen zu machen (Bemühungen zur Krisenvermeidung und legislative „Bevorratung“ von Krisenbewältigungsregeln).

(41) Die Kriterien und Zuständigkeiten für den Wechsel zwischen „Normal“- und „Krisenmodus“ werden teilweise im Verfassungsrecht und teilweise im einfachen Recht festgelegt. Es handelt sich um feine Übersetzungen des Krisenbegriffs in juristische Dogmatik, der mithin als solcher ohne dogmatische Funktion bleiben kann.

(42) Indem der vorsorgende Staat die Gegenwart gegen die Krise absichert oder Strategien zukünftigen Handelns in der Krise entwirft, trifft er zugleich wenigstens implizit Festlegungen zur gewünschten Normalität der Gesellschaft.

(43) Die meisten Krisen tragen zumindest langfristig dazu bei, Aufgabenfelder aus den Modi der gesellschaftlichen Selbstbewegung oder der exekutiven Improvisation in die planende Festlegung zu verlagern. Die Krisendiskurse bringen nicht die Gegenwart in das Verwaltungshandeln zurück, sondern tragen ihm noch mehr Zukunft ein.

VI. Vom Vorbehalt des Gesetzes zum Vorbehalt guter Verwaltung

(44) Angesichts der mit der Futurisierung von Verwaltung einhergehenden Gewichtsverlagerung von der Legislative zur Exekutive besteht Anlass zum Nachdenken, wie die demokratische Legitimation sowie die rechtsstaatliche Berechenbarkeit und Kontrollierbarkeit der hoheitlichen Zukunftsgestaltung verfassungsrechtlich gewährleistet werden können.

1. Abschied vom Vorbehalt des Gesetzes für wesentliche Zukunftsentscheidungen

(45) Der Vorbehalt des Gesetzes für alle „grundrechtswesentlichen“, aber eben nicht in Grundrechte eingreifenden Zukunftsentscheidungen wurde von der Rechtswirklichkeit überholt. Im Umweltrecht wurde schon vor vielen Jahren eine Umkehrung der Wesentlichkeitstheorie festgestellt. Auch in großen Teilen des europäischen Planungsrechts einschließlich des Regulierungsrechts werden die wesentlichen Entscheidungen nicht durch das Gesetz getroffen.

(46) Am Verbot der gesetzlichen Delegation wesentlicher Zukunftsentscheidungen ließe sich nur zu dem Preis festhalten, den Staat in der Tendenz auf eine Verteilung von Handlungsrechten nach vergangenen Verdiensten oder erworbenen Rechten und auf die Gestaltung einer nahen Zukunft zu beschränken. Doch haben sich die gesellschaftlichen materiellen Zukunftserwartungen längst viel zu tief in das Verfassungsrecht eingegraben, als dass diese Position rechtlich noch plausibel wäre. Mit dem Wesentlichkeitsvorbehalt setzt sich das Verfassungsrecht letztlich in einen Widerspruch zu sich selbst.

(47) Die Entscheidung aller „wesentlichen“ Fragen durch Parlamentsgesetz ist weder erforderlich noch ausreichend. Es kommt vielmehr darauf an, dass der Gesetzgeber eine Aufgabe nur dann auf die Verwaltung überträgt, wenn diese nach Maßgabe aller normativen und faktischen Bedingungen zu einer den verfassungsrechtlichen Erwartungen entsprechenden Erledigung in der Lage ist. Der Gesetzgeber muss außerdem das in seiner Macht liegende unternehmen, die Verwaltung

zu befähigen, eine in diesem Sinne „gute“ oder sogar die „bestmögliche“ Verwaltung zu sein.

2. Der Vorbehalt guter Verwaltung

(48) Der nach seiner Herkunft unionsrechtliche Begriff der „guten Verwaltung“ (Art. 41 GRCh) kann verfassungsrechtlich als ein heuristischer Begriff verwendet werden, in dem die aus verfassungsrechtlichen Normen abgeleiteten Anforderungen an Verwaltung (Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, materielle Anforderungen) wie auf einer Kreuzung zusammentreffen. Hier können die Anforderungen an Verwaltung „neu verhandelt“, das heißt konkretisiert und in eine praktische Konkordanz gebracht werden.

(49) Mit dem Ende eines starren Vorbehalts des Gesetzes löst sich die parlamentarische Verantwortlichkeit für die Zukunft nicht auf, zumal das Zugriffsrecht des Gesetzgebers und der Vorrang des Gesetzes sowie die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte für Eingriffe unangetastet bleiben. Doch wird die Verantwortungsteilung zwischen Gesetzgeber und Verwaltung aufgabenspezifisch neu justiert. Der verfassungsrechtliche Fokus liegt auf der Bereitstellungsfunktion des Gesetzes für die Schaffung von Strukturen, in denen gute Entscheidungen getroffen werden können. Daneben gibt es z.B. bei Verteilungsfragen in der Zeit Entscheidungen, die aufgrund der überlegenen diskursiven Leistungen des parlamentarischen Verfahrens und mangels entgegengesetzter Sachgründe vom Gesetzgeber getroffen werden müssen.

(50) Die Formel der „guten Verwaltung“ ist ein Suchbegriff, der es der Staatsrechtslehre ermöglicht, auf die stärkere Zukunftsbezogenheit des Rechts und die sich daraus ergebende neue Rolle der Verwaltung zu reagieren. So lässt sich die normative Kraft der Verfassung für die Gestaltung eines Verwaltungsrechts nutzen, das sich weniger an Interessen und Wünschen der Gegenwart und mehr an Vorstellungen über ein zukünftiges Gemeinwohl ausrichtet und dabei ein rechtsstaatliches und demokratisches Recht bleibt. Ein Reiz des Begriffs der guten Verwaltung liegt dabei auch darin, ein wechselseitiges Lernen von Verfassungsrecht und Unionsrecht zu ermöglichen.