

Die Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt durch Politikbewertung

Die PISA-Studie der OECD als Muster einer neuen völkerrechtlichen Handlungsform

Armin von Bogdandy*/Matthias Goldmann**

I. "Governance by Information" als Forschungsgegenstand	52
A. Agenda	52
B. Situierung der Forschungsagenda in der gegenwärtigen Forschungslandschaft	55
II. Funktion und rechtlicher Rahmen von PISA	59
III. PISA in öffentlich-rechtlicher Perspektive	66
A. Einhegung öffentlicher Gewalt als Aufgabe des öffentlichen Rechts	66
B. Ausübung von öffentlicher Gewalt durch internationale Institutionen	68
C. <i>Governance by Information</i> als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt	71
IV. Die Funktion von Handlungsformen im öffentlichen Recht: Gestern und heute	75
A. Historischer Rückblick: Handlungsformen im deutschen und italienischen Verwaltungsrecht	76
1. Deutschland: Otto Mayer und der Verwaltungsakt	76
2. Italien: V.E. Orlando, M.S. Giannini und der <i>provvedimento amministrativo</i>	80
3. Das Potenzial des dogmatischen Konstruktivismus für <i>Global Governance</i>	83
B. Handlungsformen als Mittel zur rechtlichen Erfassung von <i>Global Governance</i>	85
1. Identifikation rechtlich relevanter Maßnahmen	85
2. Die Speicherfunktion von Handlungsformen	86
V. Die Probe aufs Exempel: Die Bewertung staatlicher Politiken als Handlungsform	88
A. Methode	88
B. Erster Schritt: Definition der Politikbewertung	89
C. Zweiter Schritt: Das Rechtsregime der Politikbewertung	91
1. Definition des Rechtsregimes von Politikbewertung	91

* Prof. Dr. *iur.*, Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Präsident des OECD-Kernenergiegerichts.

** Doktorand an der Universität Heidelberg, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut.

Für wertvolle Anregungen und Kritik danken wir Eyal Benvenisti, Sabino Cassese, Stephan Leibfried, Dirk Hanschel, Christoph Möllers, Christian Tietje und Christian Walter. Ferner gilt unser Dank denjenigen Damen und Herren, die auf nationaler oder internationaler Ebene an PISA mitwirken und uns bereitwillig Auskunft erteilt haben. Die englische Fassung dieses Artikels ist erschienen in 5 *International Organizations Law Review* (2008), Heft 2, 241-298. Für Mitwirkung an der Übersetzung danken wir Jenny Grote.

Abkürzungsverzeichnis: ACER = Australian Council for Educational Research; BPC = Board of Participating Countries; CERI = OECD Centre for Educational Research and Innovation; IEA = International Association for the Evaluation of Educational Achievement; INES = International Indicators of Education Systems; IPbPR = Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte; OECD = Organization for Economic Co-operation and Development; PGB = PISA Governing Board; PISA = OECD Programme for International Student Assessment; TIMSS = Trends in International Mathematics and Science Study; UNESCO = United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.

a. Mandat	91
b. Beachtung wissenschaftlicher Standards und repräsentative Expertise	92
c. Zugänglichkeit der Bewertung	93
d. „ <i>National Ownership</i> “	93
e. Institutionelle Autonomie bei der Politikentwicklung	94
2. Die Verbindlichkeit des Rechtsregimes	95
3. Kritik des gegenwärtigen Rechtsregimes	96
4. Horizontale Auswirkungen der Handlungsform	97
VI. Die Rechenschaftspflicht von Regierungen: Glänzende Aussichten für Politikbewertungen?	100
Summary	101

I. „*Governance by Information*“ als Forschungsgegenstand

A. Agenda

Das OECD Programme for International Student Assessment, die sogenannte PISA-Studie, ist zum Inbegriff der Internationalisierung der Schulpolitik geworden.¹ Von Schulpolitikern gefürchtet, ist der Einfluss der regelmäßigen PISA-Berichte über die Leistungen von Sekundarschülern auf die Schulpolitik in der westlichen Welt nicht zu unterschätzen. In einigen Staaten hat PISA die umfangreichsten Reformen seit Jahrzehnten ausgelöst.² Die Reaktionen in Deutschland sind hierfür exemplarisch. PISA hat der Öffentlichkeit nicht nur die Augen über die bisweilen dramatische Situation in deutschen Schulen geöffnet. Es veranlasste die Bundesregierung, ein Programm für Investitionen in Bildung und Betreuung im Umfang von über 4 Milliarden Euro aufzusetzen.³ Nach den hektischen Reaktionen, die der Veröffentlichung der ersten PISA-Ergebnisse im Dezember 2001 auf Länderebene folgten,⁴ wurden in vielen Ländern substanzielle Reformprojekte auf den Weg gebracht.⁵ Inzwischen sehen sich Schüler, Eltern und Lehrer mit ei-

¹ Für weitere Informationen siehe <www.pisa.oecd.org>.

² Eine Analyse der Reaktionen in Deutschland und Großbritannien findet sich bei T. Weigel, Die PISA-Studie im bildungspolitischen Diskurs. Eine Untersuchung der Reaktionen auf PISA in Deutschland und im Vereinigten Königreich, Diplomarbeit, Universität Trier, <http://www.pisa.oecd.org/document/59/0,2340,en_32252351_32236159_34805499_1_1_1_1,00.html> (4.6.2008). Siehe auch D. Smolka, PISA – Konsequenzen für Bildung und Schule, 12 Aus Politik und Zeitgeschichte (2005), 21.

³ Verwaltungsvereinbarung „Investitionsprogramm „Zukunft Bildung und Betreuung““ vom 29.4.2003, unter <http://www.bmbf.de/pub/20030512_verwaltungsvereinbarung_zukunft_bildung_und_betreuung.pdf> (4.6.2008).

⁴ Siehe z.B. die Pressemitteilung der Kultusministerkonferenz vom 6.12.2001, unter <<http://www.kmk.org/aktuell/home.htm?pm>> (4.6.2008).

⁵ Z.B. Rahmenplanung für die Qualitätsentwicklung der Schulen im Land Bremen (2006), diese enthält zahlreiche Hinweise auf PISA, unter <<http://www.bildung.bremen.de/fastmedia/13/rahmenplanung.pdf>> (28.7.2008); zu den Reformprojekten des Landes Baden-Württemberg siehe Reformprojekte in Baden-Württemberg, undatiertes Dokument, unter: <http://www.km-bw.de/servlet/PB/-s/nbi9mb1bqwm151wlhin04968iu1bjg1lf/show/1101334/PISA-E_Reformvorhaben_Internet.pdf> (4.6.2008). Manche Länder ziehen es indes vor, ihre Schüler auf die PISA-Tests gezielt vorzubereiten, vgl. Hessisches Kultusministerium, Materialsammlung und Übungsaufgaben des Instituts für Qualitätsentwicklung, Pressemitteilung vom 17.8.2006, <<http://www.kultusministerium.hessen.de>> (28.7.2008).

nem tiefgreifend gewandelten Schulwesen konfrontiert, das ohne PISA kaum in diesem Umfang in Bewegung gekommen wäre.

PISA hatte aber nicht nur weitreichenden Einfluss auf Inhalte und Strukturen, sondern auf die gesamte Herangehensweise an einen sensiblen Politikbereich, der für die Herstellung von sozialer Gerechtigkeit und nationalem Selbstverständnis von hoher Bedeutung ist. Während Schulpolitik zuvor überwiegend normativ und am Input orientiert betrieben wurde, hängt sie nun entscheidend von dem in empirischen Erhebungen ermittelten Output ab.⁶ Es steht zu erwarten, dass jede Schulreform nunmehr an ihrem Einfluss auf die Ergebnisse der PISA-Studie gemessen wird, und dies nicht nur in Deutschland.⁷ Auf diese Weise wurde ein bislang weitestgehend staatlich geprägtes Politikfeld internationalisiert. Darüber hinaus half der Erfolg im Bereich der Schulpolitik der OECD, die Krise zu überwinden, in die sie nach dem Ende des Kalten Krieges geraten war, als sich die Frage nach dem Nutzen der OECD stellte.⁸ Programme wie PISA zeigen, dass die OECD für die Regierungen ihrer Mitgliedstaaten hochwertige, politikrelevante Leistungen erbringen kann und daher weit mehr ist als ein teurer Think Tank.⁹

PISA verdankt seinen Einfluss auf die Schulpolitik einem *Governance*-Modus, den wir als "*governance by information*" bezeichnen. Die Wirksamkeit dieses *Governance*-Modus beruht darauf, dass er den kognitiven Rahmen eines Politikfeldes durch die Zusammenstellung, Verarbeitung und Verbreitung einschlägiger Informationen prägt.¹⁰ PISA ist dabei kein Einzelfall. Im Gegenteil greifen supra- und

⁶ K. Martens, How to Become an Influential Actor – the "Comparative Turn" in OECD Education Policy, in: dies./A. Rusconi/K. Leuze (Hrsg.), *New Arenas of Education Governance* (2007), 40-56.

⁷ Obwohl die mediale Reaktion auf PISA in Deutschland wohl am stärksten war, schenken auch die Medien anderer Teilnehmerstaaten der Studie beträchtliche Aufmerksamkeit. Siehe OECD INES Network A, *Review of Assessment Activities*, Ausgabe 16, Februar/März 2004, 2-4. Die Auswirkungen von PISA auf Expertenebene waren überall erheblich. Zur Bedeutung der OECD-Bildungsaktivitäten für die australische Kultuspolitik vgl. M. Henry/B. Lingard/F. Rizvi/S. Taylor, *The OECD, Globalisation and Education Policy* (2001); für Finnland vgl. R. Rinne/J. Kallio/S. Hokka, *Too Eager to Comply? OECD Education Policies and the Finnish Response*, 3 *European Educational Research Journal* (2004), 454-85.

⁸ Vgl. OECD, *A Strategy for Enlargement and Outreach*. Report by the Chair of the Heads of Delegation Working Group on the Enlargement Strategy and Outreach, Ambassador Seiichiro Nozoboru, 13.5.2004, 7; OECD, *The OECD – Challenges and Strategic Objectives: 1997*. Note by the Secretary General, C(97)180, 10.9.1997.

⁹ Dazu vgl. M. Marcussen, *The Organization for Economic Cooperation and Development as Ideational Artist and Arbitrator. Reality or Dream?*, in: B. Reinalda/B. Verbeek, *Decision Making Within International Organizations* (2004), 90-105, 99 ff.

¹⁰ Die Bezeichnung und Definition dieses und ähnlicher Governance-Modi sind uneinheitlich. So sprechen N. Noaksson und K. Jacobsson von "*governance by persuasion*", vgl. *The Production of Ideas and Expert Knowledge in the OECD*, Score Rapportserie 2003:7, <<http://www.score.su/pdfs/2003-7.pdf>> (4.6.2008), 32-4. D. Lehmkühling hingegen benutzt "*governance by rating and ranking*", vgl. sein Referat auf dem Jahrestreffen der International Studies Association, Honolulu (2005), <http://convention2.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/0/7/0/7/3/p70738_index.html> (6.3.2009). Martens u.a. benutzen den Ausdruck "*governance by opinion formation*", siehe K. Martens/C. Balzer/R. Sackmann/A. Weymann, *Comparing Governance of International Organizations – The EU, the OECD and Educational Policy*, Universität Bremen u.a., TranState

internationale Institutionen darauf zunehmend zurück. Zu nennen ist etwa die offene Methode der Koordinierung der Europäischen Union, die auch die Politikgestaltung mittels Etablierung von quantitativen und qualitativen Indikatoren umfasst.¹¹ Ein anderes Beispiel ist das Intergovernmental Panel on Climate Change der Vereinten Nationen, dessen auf die Bedürfnisse der Politik zugeschnittene Berichte über den Forschungsstand zum menschlich verursachten Klimawandel die globale Wahrnehmung des Themas und damit den Druck auf die politisch Verantwortlichen nachhaltig verstärkt haben, wenngleich die den Berichten zugrunde liegenden Forschungsergebnisse bereits zuvor verfügbar waren.¹² Auch die OECD ist reich an weiteren Beispielen für *governance by information*. So basieren etwa die OECD Jobs Strategy und auf gegenseitige Kontrolle durch die Mitgliedstaaten gestützte *peer-review*-Instrumente wie der OECD Environmental Performance Review oder die regelmäßigen OECD Economic Surveys, eines der Flaggschiffe der Organisation, zu einem wesentlichen Anteil auf der Weitergabe von Informationen sowie der Analyse und Veröffentlichung empirischer Daten.¹³

Dieser Beitrag untersucht dieses Phänomen in völkerrechtlicher Hinsicht auf der Grundlage eines Ansatzes, der den öffentlich-rechtlichen Charakter des Völkerrechts betont und dem Recht der internationalen Institutionen eine entscheidende Rolle für die rechtliche Rekonstruktion von *Global Governance* zuweist.¹⁴ Sein Interesse gilt fünf verbundenen Fragen: 1. Woraus besteht der rechtliche Rahmen von PISA? 2. Warum sollte PISA in einer öffentlich-rechtlichen Perspektive untersucht werden? 3. Wie kann der rechtliche Rahmen von PISA in öffentlich-rechtlicher Perspektive erfasst werden? 4. Wie kann der rechtliche Rahmen verbessert werden mit Blick auf die Legitimität und Wirksamkeit von PISA? 5. Welche Lehren können aus dem rechtlichen Rahmen von PISA für vergleichbare Instrumente internationaler Organisationen gezogen werden?

Diese Fragen wurden bislang rechtswissenschaftlich kaum untersucht, obwohl die politische Bedeutung von PISA außer Frage steht. Als Grund hierfür ist zu vermuten, dass Völkerrechtler ganz auf die Untersuchung völkerrechtlicher Verträge und anderer Rechtsakte ausgerichtet sind.¹⁵ *Governance by information* ge-

Working Paper Nr. 7 (2004). Im Hinblick auf innerstaatliches Recht verwendet M. Klopfer, Staatliche Informationen als Lenkungsmittel (1998), 14-17, den weiteren Begriff der "informationellen Steuerung".

¹¹ Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat, 23.-24.3.2000, <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/00100-r1.d0.htm> (15.10.2008).

¹² Die Berichte des IPCC sind abrufbar unter <<http://www.ipcc.ch>>. Die Erarbeitung des vierten Sachstandsberichts 2007 weckte weltweite Medienaufmerksamkeit (siehe z.B. <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/sci/tech/6620909.stm>>, 4.6.2008) und unterlag zunehmender Politisierung (siehe <http://en.wikipedia.org/wiki/Criticism_of_IPCC_AR4>, 4.6.2008).

¹³ Dazu näher unten V.B.

¹⁴ Im Detail A. von Bogdandy/P. Dann/M. Goldmann, Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities, 9 German Law Journal (2008), 1375-1400.

¹⁵ M. Goldmann, Der Widerspenstigen Zähmung, oder: Netzwerke dogmatisch gedacht, in: S. Boysen u.a. (Hrsg.), Netzwerke (2007), 225-46, 234 ff.

staltet Politik hingegen indirekt durch Instrumente, die den für die Politikgestaltung maßgeblichen kognitiven Kontext herstellen oder beeinflussen. Da dieser *Governance*-Modus keine rechtlichen Verpflichtungen begründet, lässt er sich, wie viele weitere Aspekte von *Global Governance* auch, mit der überkommenen völkerrechtlichen Dogmatik nur schwer erfassen.

Zur Beantwortung dieser fünf Fragen wird als erstes ein Überblick über PISA und seinen rechtlichen Rahmen gegeben (II.). Im zweiten Schritt wird erörtert, warum PISA als Ausübung von internationaler öffentlicher Gewalt begriffen und zum Gegenstand öffentlich-rechtlicher Forschung gemacht werden sollte (III.). Der dritte Schritt untersucht in theoretischer Hinsicht Wege zur rechtlichen Erfassung neuer Instrumente zur Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt. In der Tradition des deutschen und italienischen öffentlichen Rechts schlagen wir vor, sie als Handlungsformen zu konzipieren. (IV.). Der folgende Teil entwickelt eine solche Handlungsform, die wir als "Politikbewertung" bezeichnen (V.). Aus dem bestehenden rechtlichen Rahmen von PISA werden sodann grundlegende Elemente und Prinzipien extrahiert, die für das Rechtsregime dieser Handlungsform bestimmend zu sein scheinen, sowie einer kritischen Überprüfung unterzogen. Diese grundlegenden Elemente und Prinzipien können einen Maßstab für Politikbewertung in anderen Politikbereichen und durch andere internationale Organisationen bilden. Der Beitrag schließt mit der Feststellung, dass die Verwendung dieser Handlungsform in weiteren Politikbereichen in Erwägung gezogen werden sollte, da sich durch sie die politische Verantwortlichkeit der Akteure auf staatlicher Ebene erhöhen lässt (VI.).

B. Situierung der Forschungsagenda in der gegenwärtigen Forschungslandschaft

Diese Untersuchung von PISA ist Teil eines Forschungsprogramms, das die Herausforderungen an das Völkerrecht als Teil des öffentlichen Rechts durch die Ausübung von öffentlicher Gewalt durch internationale Institutionen untersucht.¹⁶

¹⁶ Folgende Projektbeiträge wurden in 9 German Law Journal (2008), Ausgabe 11, veröffentlicht: von Bogdandy/Dann/Goldmann (Anm. 14); E. de Wet, Governance through Promotion and Persuasion: The 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work; A. Farahat, Regulating Minority Issues through Standard-Setting and Mediation: The Case of the High Commissioner on National Minorities; I. Feichtner, The Administration of the Vocabulary of International Trade: The Adaptation of WTO Schedules to Changes in the Harmonized System; C. Feinäugle, The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals?; J. Friedrich, Legal Challenges of "Voluntary" Instruments: The Case of the FAO Code of Conduct for Responsible Fisheries; C. Fuchs, Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES) – Conservation Efforts Undermine the Legality Principle; K. Kaiser, WIPO's International Registration of Trademarks: An International Administrative Act Subject to Examination by the Designated Contracting Parties; P. Láncoš, Flexibility and Legitimacy – The Emissions Trading System under the Kyoto Protocol; S. Less, International Administration of Holocaust Compensation: The International Commission on Holocaust Era Insurance Claims; R. Pereira, Why Would

Es knüpft an verschiedene gegenwärtige Forschungsstränge an. Zunächst lehnt es sich, wie bereits der Begriff der *governance by information* zeigt, an die politikwissenschaftliche Forschung zu *Global Governance* an. Im Kern geht es in diesem Forschungsprogramm um die Auswirkungen von *Global Governance* auf das öffentliche Recht und seine Wissenschaft. *Global Governance* ist ein schillernder Begriff. Die OECD definiert ihn als “*the process by which we collectively manage and govern resources, issues, conflicts and values in a world that is increasingly a ‘global neighbourhood’*”¹⁷ und weist damit auf zwei Phänomene hin, die auch Ausgangspunkt der einschlägigen Forschung zu *Global Governance* sind:¹⁸ Das erste ist die wachsende Bedeutung von Entscheidungen auf überstaatlicher Ebene (“*global*”). *Global Governance* ist demnach eine spezifische analytische Perspektive,¹⁹ die zentralen Annahmen der sog. realistischen Schule in den Internationalen Beziehungen widerspricht, insbesondere deren Betonung von unitarisch konzipierten

International Administrative Activity Be Any Less Legitimate? – A Study of the Codex Alimentarius Commission; B. Schöndorf-Haubold, The Administration of Information in International Administrative Law – The Example of Interpol; G. Schuler, Effective Governance through Decentralized Soft Implementation: The OECD Guidelines for Multinational Enterprises; M. Smrkolj, International Institutions and Individualized Decision-Making: An Example of UNHCR’s Refugee Status Determination; J. Windsor, The WTO Committee on Trade in Financial Services: The Exercise of Public Authority within an Informational Forum; D. Zacharias, The UNESCO Regime for the Protection of World Heritage as Prototype of an Autonomy-Gaining International Institution; A. von Bogdandy, General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field; M. Goldmann, Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority; J. von Bernstorff, Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations; A. von Bogdandy/P. Dann, International Composite Administration: Conceptualizing Multi-Level and Network Aspects in the Exercise of International Public Authority; E. de Wet, Holding International Institutions Accountable: The Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review; I. Venzke, International Bureaucracies from a Political Science Perspective – Agency, Authority and International Institutional Law; R. Wolfrum, Legitimacy of International Law and the Exercise of Administrative Functions: The Example of the International Seabed Authority, the International Maritime Organization (IMO) and International Fisheries Organizations.

¹⁷ OECD, *Globalisation: What Challenges and Opportunities for Governments?* (1996). Siehe auch Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood* (1995).

¹⁸ Wir beziehen uns damit auf die wissenschaftsgeschichtlich älteste womöglich dominierende Richtung innerhalb der Forschung zu *Global Governance*. Dazu gehören J.N. Rosenau, *Governance, Order, and Change in World Politics*, in: ders./E.-O. Czempel (Hrsg.), *Governance without Government* (1992), 1-29, 4; J. Koiman, *Findings, Recommendations and Speculations*, in: ders., *Modern Governance* (1993), 249-62, 253; R. Mayntz, *Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?*, in: G.F. Schuppert (Hrsg.), *Governance-Forschung* (2. Aufl. 2006), 11-20; M. Zürn, *Global Governance*, *ibid.*, 121-46, 127-8; A. Benz, *Einleitung: Governance – Modebegriff oder nützliches sozialwissenschaftliches Konzept?*, in: ders. (Hrsg.), *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen* (2004), 11-28, 13-4. Der Begriff der *Global Governance* fand zwischenzeitlich Eingang in zahlreiche andere Denkschulen, siehe dazu M.J. Hoffmann/A.D. Ba (Hrsg.), *Contending Perspectives on Global Governance* (2005).

¹⁹ Diese analytische Perspektive muss von dem verwandten, aber normativeren Konzept der “*good governance*” unterschieden werden, das einen Sammelbegriff für Werte wie Demokratie und Rechtsstaatlichkeit darstellt. Siehe T. Weiss, *Governance, Good Governance and Global Governance: Conceptual and Actual Challenges*, 21 *Third World Quarterly* (2000), 795-814, 801.

Staaten als wichtigsten Akteuren.²⁰ Es liegt auf der Hand, dass diese analytische Perspektive nicht ohne Folgen für das klassischerweise staatszentrierte Völkerrecht bleiben kann. Diese Überlegungen stehen hinter unserer Konzeption des Begriffs der internationalen öffentlichen Gewalt (III.B.).

Das zweite Phänomen, das von der Forschung zu *Global Governance* hervorgehoben wird, ist die zu beobachtende Formulierung und Implementierung von Politikinhalten in komplexen, oft dezentralen und informellen Verfahren (*“governance”*). Damit steht die *Global Governance*-Forschung im Gegensatz zu rationalistischen Ansätzen, wonach die Präferenzen der Akteure stabil sind und wirksame Steuerung somit nur von sanktionsbewehrten Instrumenten zu erwarten ist, die den von einem Akteur erwarteten *Outcome* entscheidend verändern. Stattdessen knüpft sie an die konstruktivistische Denkschule an, die die Präferenzen der Akteure für wandelbar hält, gerade auch durch Einbettung in internationale Strukturen, in denen sie anderen Vorstellungen ausgesetzt sind.²¹ Internationale Institutionen haben danach nicht nur die Aufgabe, feststehende staatliche Interessen zu koordinieren, sondern ihre Aktivitäten können auf diese staatlichen Präferenzen modifizierend zurückwirken.²² Auch das kann nicht ohne Folgen für den auf bindende, sanktionsbewehrte Normen fixierten klassischen Rechtspositivismus des Völkerrechts bleiben. Auf diese Einsicht stützt sich die im Folgenden näher darzulegende Qualifikation von *governance by information* als Ausübung von internationaler öffentlicher Gewalt (III.C.).

Die Idee, eine Politik wie PISA als Handlungsform zu konzipieren, knüpft des Weiteren an vier rechtswissenschaftliche Forschungsstränge an, die eine adäquate rechtliche Erfassung von (*Global*) *Governance* zum Ziel haben. Hierbei handelt es sich zum einen um die Forschung, die auf die Erarbeitung eines *“Global Administrative Law”* abzielt. Diese Forschung untersucht die rechtlichen Formen von *Global Governance* und zielt auf die Entwicklung allgemeiner Prinzipien und Rechtsinstitute ab, die vor allem das Verfahren sowie die Strukturen der Verantwortlichkeit in den maßgeblichen Institutionen betreffen.²³ Die von uns vorgeschlagene

²⁰ K. Dingwerth/P. Pattberg, Was ist Global Governance?, 34 *Leviathan* (2006), 377-99, 381. Ein Großteil der Literatur zu Global Governance ist das Produkt liberaler und kosmopolitischer Forschungsstränge in den Internationalen Beziehungen. Siehe z.B. A. Hurrell, Power, Institutions, and the Production of Inequality, in: M. Barnett/R. Duval (Hrsg.), *Power in Global Governance* (2005), 33-58. Es ist nicht verwunderlich, dass das Konzept Kritik von Seiten des historischen Materialismus (siehe dazu H. Overbeck, *Global Governance, Class, Hegemony*, in: A.D. Ba/M.J. Hoffmann, *Contending Perspectives on Global Governance* (2005), 39-56, insbes. 53) und kritischer Theorien (siehe dazu M. Koskeniemi, *Global Governance and Public International Law*, 37 *Kritische Justiz* (2004), 241-54) erfahren hat.

²¹ A.-M. Slaughter, *International Law and International Relations*, 285 *Recueil des Cours* (2000), 21-235, 43-51.

²² M.J. Hoffmann, What Is Global about Global Governance? – A Constructivist Account, in: ders./A.D. Ba (Hrsg.), *Contending Perspectives on Global Governance* (2005), 110-28.

²³ B. Kingsbury/N. Krisch/R. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 *Law & Contemporary Problems* (2005), 15-61; siehe auch die anderen Beiträge zu *“Global Administrative Law”* in der gleichen Ausgabe sowie die Symposiumsbeiträge in 17 (1) *EJIL* (2006); ferner D.C. Esty, *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, 115 *Yale Law*

Handlungsform der Politikbewertung ist ein solches Rechtsinstitut. Was das Ziel der Entwicklung allgemeiner Prinzipien betrifft, so sehen wir große Überschneidungen zwischen unserem Ansatz und dem im Vergleich zu *Global Administrative Law* normativ anspruchsvolleren und universalistischeren Projekt der Konstitutionalisierung im Völkerrecht.²⁴ Die positivrechtliche Basis finden die vorgeschlagene Handlungsform sowie die darauf bezogenen Prinzipien im Recht der internationalen Institutionen.²⁵ Des Weiteren schöpfen wir aus den Erkenntnissen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft.²⁶ Dieser Forschungsstrang hat für die rechtliche Analyse von PISA eine gewisse Vorbildfunktion, da darin vielfach auf die Rolle von Informationen als administrativem Instrument hingewiesen und die Notwendigkeit ihrer rechtlichen Erfassung herausgestellt wird, im nationalen wie im europäischen Kontext.²⁷ Genau dies ist auch die Absicht dieses Beitrags.

Natürlich gibt es eine Reihe weiterer bemerkenswerter rechtswissenschaftlicher Annäherungen an *Global Governance*.²⁸ Diese Studie bezieht sich jedoch vor allem auf die genannten Forschungsstränge. Insbesondere mit *Global Administrative Law* und der Konstitutionalisierungsdebatte teilt sie die Überzeugung, dass das nationale öffentliche Recht in seiner leitenden und hegenden Funktion gegenüber der Staatsgewalt für die rechtliche Durchdringung von *Global Governance* ein maßgebliches Beispiel bietet.²⁹ Dem jüngsten Interesse der Vertreter der Neuen Ver-

Journal (2006), 1490-1562. Ähnlich der Ansatz von J.E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers* (2005), der die Notwendigkeit der Bereitstellung rechtlicher Begriffe für die Instrumente und Verfahren internationaler Organisationen betont.

²⁴ Siehe u.a. S. Kadelbach/T. Kleinlein, *Überstaatliches Verfassungsrecht. Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 44 *Archiv des Völkerrechts* (2006), 235-266; A. Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, 19 *Leiden Journal of International Law* (2006), 579-610.

²⁵ Vgl. J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law* (2002); H. Schermers/N. Blokker, *International Institutional Law* (4. Aufl. 2003).

²⁶ Für einen Überblick siehe A. Voßkuhle, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), 1 *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (2006), 1-61; grundlegend E. Schmidt-Aßmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* (2. Aufl. 2004); G.F. Schuppert, *Verwaltungswissenschaft* (2000).

²⁷ R. Pitschas, *Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G.F. Schuppert (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts* (1993), 219-305; C. Bumke, *Publikumsinformation. Erscheinungsformen, Funktionen und verfassungsrechtlicher Rahmen einer Handlungsform des Gewährleistungsstaates*, 37 *Die Verwaltung* (2004), 3-33; C. Gussy, *Die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), 2 *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (2008), 221-304; aus italienischer Perspektive B.G. Mattarella, *Informazione e comunicazione amministrativa*, 55 *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (2005), 1-21; zur europäischen Informationsordnung A. von Bogdandy, *Links between National and Supra-national Institutions: A Legal View of a New Communicative Universe*, in: B. Kohler-Koch (Hrsg.), *Linking EU and National Governance* (2003), 24-52; ders., *Die Informationsbeziehungen im Europäischen Verwaltungsverbund*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, 2 *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (2008), 305-403.

²⁸ Überblick bei von Bogdandy/Dann/Goldmann (Anm. 14).

²⁹ Im *Global Administrative Law*-Diskurs wird diese „*bottom up*“-Perspektive durch „*top down*“-Analysen der Auswirkungen überstaatlicher Institutionen, Instrumente und Prozeduren auf nationales

waltungsrechtswissenschaft an Globalisierungsprozessen liegt eine ähnliche Auffassung zugrunde.³⁰ Dieser Artikel will den Austausch zwischen diesen Richtungen in der Forschung stärken. Dabei gibt ihm der Rückgriff auf die Erfahrungen des deutschen und italienischen Verwaltungsrechts natürlich eine spezifisch kontinentaleuropäische Prägung. Diese Ausrichtung beruht nicht auf einer Überzeugung, dass hierin ein allgemeingültiger Maßstab zu finden sei. Vielmehr sollten möglichst viele Perspektiven an dieses neue Phänomen herangetragen werden,³¹ um im Konzert, aber auch mittels eines Wettstreits der verschiedenen Perspektiven im Verständnis und in der Bewältigung des Phänomens voranzukommen.

II. Funktion und rechtlicher Rahmen von PISA

Dieser Abschnitt beschreibt den organisatorischen und rechtlichen Rahmen von PISA. Dabei greifen wir auf etablierte dogmatische Kategorien zurück und zeigen deren Schwierigkeiten bei der Erfassung des Phänomens auf. Insofern soll dieser Teil auch die Notwendigkeit einer Fortentwicklung der Dogmatik unter Beweis stellen.

PISA ist ein "dezentralisiertes Projekt" der OECD zur Durchführung von – bislang – drei Zyklen groß angelegter Leistungsmessungen von 15-jährigen Schülern. Der erste Zyklus, bei dem der Schwerpunkt auf dem Leseverständnis der Schüler lag, wurde im Jahre 2000 durchgeführt, der zweite Zyklus mit Schwerpunkt auf den mathematischen Fähigkeiten im Jahre 2003. Der bislang letzte Zyklus im Jahre 2006 testete im Schwerpunkt die naturwissenschaftlichen Fähigkeiten der Schüler. Eine Fortsetzung durch einen weiteren Zyklus findet im Jahr 2009 statt.³² Hinter der Bezeichnung als "dezentralisiertes Projekt" steckt vor allem die Tatsache, dass für PISA ein separates Budget eingerichtet wurde; PISA ist bislang das einzige dezentralisierte Projekt der OECD. Die Teilnahme an PISA war nicht auf die OECD-Mitgliedstaaten beschränkt. Während zwei OECD-Staaten an dem ersten Testzyklus nicht teilnahmen,³³ haben vier Nicht-OECD-Staaten seit Beginn

Verwaltungsrecht ergänzt, vgl. S. Cassese, *Global Standards for National Administrative Procedure*, 68 *Law and Contemporary Problems* (2005), 109-126.

³⁰ E. Schmidt-Aßmann, *Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen*, 45 *Der Staat* (2006), 315-38; M. Ruffert, *Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht* (2004), 67-8.

³¹ Bislang dominiert die US-amerikanische Perspektive, siehe R.B. Stewart, *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?*, 68 *Law and Contemporary Problems* (2005), 63-108; Esty (Anm. 23). Zum Potenzial des EU-Rechts M. Savino, *EU "Procedural" Supranationalism: On Models for Global Administrative Law*, nicht veröffentlichtes Manuskript.

³² Darüber hinaus verfolgt die OECD derzeit Pläne für weitere groß angelegte empirische Messungen betreffend die Erwachsenenbildung sowie die Hochschulbildung, siehe dazu die Website zum OECD Programme for the International Assessment of Adult Competencies, <www.oecd.org/document/35/0,3343,en_2649_39263238_40277475_1_1_1_1,00.html> (9.4.2008).

³³ Slowakei und Türkei.

der Studie an ihr mitgewirkt.³⁴ 11 weitere Nicht-Mitgliedstaaten folgten deren Beispiel und führten den ersten Testzyklus im Jahre 2001 durch.³⁵ Am zweiten Testzyklus im Jahre 2003 nahmen bereits 11 Nicht-Mitgliedstaaten von Anfang an teil.³⁶ Insgesamt erfassten die drei Testzyklen über ein Drittel der Weltbevölkerung, und die teilnehmenden Staaten produzieren fast neun Zehntel des Weltbrutto- sozialprodukts.³⁷

Ein erster Ansatz zur rechtlichen Erfassung von PISA ist die Frage nach der Kompetenzgrundlage des Programms. In der Konvention über die Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (im Folgenden OECD-Konvention) findet sich keine ausdrückliche Kompetenz für Bildung und Erziehung. Es gibt allein eine Bestimmung über die Handlungsformen der OECD-Organe,³⁸ deren Anwendungsbereich durch eine Bezugnahme auf die Ziele der Organisation bestimmt wird.³⁹ Diese Ziele sind sehr allgemein formuliert. So findet sich darunter das Ziel *“to achieve the highest sustainable economic growth and employment and a rising standard of living in Member Countries”*.⁴⁰ Der kausale Zusammenhang zwischen Bildung und Beschäftigung sowie dem Wirtschaftswachstum allgemein ist vielfach nachgewiesen worden. Statistisch gesehen hängen die individuellen Beschäftigungschancen signifikant von der Schulbildung ab.⁴¹ In ähnlicher Weise hängt wirtschaftliches Wachstum von dem Ausbildungsniveau der Bevölkerung ab.⁴² Mit dieser Argumentation lässt sich eine Kompetenz der OECD für den Bildungsbereich begründen. Diese Kompetenz wird überdies von der institutionellen Praxis bestätigt: Die OECD ist in diesem Bereich seit den 60er Jahren präsent.⁴³

³⁴ Brasilien, Lettland, Liechtenstein und die Russische Föderation.

³⁵ Albanien, Argentinien, Bulgarien, Chile, Hong Kong-China, Indonesien, Israel, Mazedonien, Peru, Rumänien, Thailand.

³⁶ Brasilien, Hong Kong-China, Indonesien, Lettland, Liechtenstein, Macao-China, die Russische Föderation, Serbien, Thailand, Tunesien, Uruguay.

³⁷ Siehe OECD, *Learning for Tomorrow's World. First Results from PISA 2003* (2004), 20.

³⁸ Art. 5 der Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development, 14.12.1960, 888 UNTS 180-91, im Folgenden OECD-Konvention.

³⁹ Art. 1 der OECD-Konvention.

⁴⁰ Art. 1(a) der OECD-Konvention.

⁴¹ OECD, *OECD Employment Outlook 2004* (2004), 306-309.

⁴² OECD, *The New Economy: Beyond the Hype* (2001); R.J. Barro, *Education and Economic Growth*, in: J.F. Helliwell (Hrsg.), *The Contribution of Human and Social Capital to Sustained Economic Growth and Well-being*, International Symposium Report, OECD and Human Resources Development Canada (2001).

⁴³ Das Centre for Educational Research and Innovation, das die meisten OECD-Projekte im Bildungsbereich durchführt (s.u. Anm. 46), besteht seit 1967. Die ersten Statistiken zu Schulbesuch und öffentlicher Bildungsfinanzierung wurden jedoch bereits 1961 veröffentlicht, siehe I. Richter/H.-P. Füssel, *System-, Leistungs- und Politikvergleiche in der Bildungsforschung*, 51 *Recht der Jugend und des Bildungswesens* (2003), 252-255, 252. Ein unabhängiges *“Directorate of Education”* innerhalb des OECD-Sekretariats wurde erst 2002 eingerichtet.

Eine weitere Dimension für die rechtliche Erfassung einer Politik ist das Verfahren. Von der ersten Idee bis zur Veröffentlichung des ersten Rankings durchlief PISA zahlreiche Stadien, die sich zu heuristischen Zwecken in fünf Phasen einteilen lassen: (1) die Phase der Problemartikulation, (2) die Phase der Zieldefinition, (3) die Phase der Programmentwicklung, also die Aufstellung des Projekts, (4) die Adoptionsphase und (5) die Implementationsphase. Dabei unterscheiden sich durchaus die Akteure, Verfahren und Instrumente von Phase zu Phase.⁴⁴

Die Problemartikulation begann in den späten 80er Jahren; hier tauchte zum ersten Mal die Idee internationaler Leistungsmessungen auf. Der amerikanische Präsident Reagan scheint eine treibende Kraft gewesen zu sein. Über die internationale Ebene wollte er Druck auf die Schulpolitik der US-Bundesstaaten ausüben.⁴⁵ Im Jahre 1988 rief das Governing Board des OECD Centre for Educational Research and Innovation (CERI),⁴⁶ ein Unterorgan des OECD Rats,⁴⁷ das Forschungsprojekt "*Indicators of Educational Systems*" (INES) ins Leben,⁴⁸ das Indikatoren für

⁴⁴ Basierend auf der Taxonomie von R. Mayntz, Die Implementation politischer Programme: Theoretische Überlegungen zu einem neuen Forschungsgebiet, 10 Die Verwaltung (1977), 51-66. Die hier angewandte Klassifizierung unterscheidet sich davon insoweit, als sie die rechtlich zwar nicht bedeutungslose, aber schwer fassbare Impactphase außen vor lässt und eine Adoptionsphase hinzufügt. Die Bedeutung der Adoptionsphase in Mehrebenenkonstellationen liegt darin, dass in ihr der Konsens zwischen Akteuren hergestellt werden muss, die nicht notwendigerweise an allen vorhergehenden Phasen beteiligt waren – zuweilen ein mühseliges und langwieriges Unterfangen. Das klassische Beispiel ist der Ratifikationsprozess eines internationalen Vertrags, dessen Entwurf zunächst von einem Ausschuss innerhalb einer internationalen Organisation vorbereitet wird, und der nach Annahme auf einer Regierungskonferenz oder durch die Generalversammlung der zuständigen internationalen Organisation zur Ratifizierung freigegeben wird und in Kraft tritt, nachdem er die erforderliche Anzahl von Ratifikationen erhalten hat. In dieser Phase kann der Inhalt des Vertrags durch die Erklärung von Vorbehalten noch geändert werden. Die Bedeutung des Vertrags hängt ferner von der Anzahl und Bedeutung der ihn ratifizierenden Staaten ab. Ob ratifiziert wird, bestimmen häufig die nationalen Parlamente, die erst in dieser Phase formell (und oft auch faktisch) miteinbezogen werden.

⁴⁵ S. Leibfried/K. Martens, PISA – Internationalisierung von Bildungspolitik. Oder: Wie kommt die Landespolitik zur OECD?, 36 Leviathan (2008), 3-14, 7 f.

⁴⁶ Das gegenwärtige Mandat von CERI wurde vom OECD-Rat in seiner 1046. Sitzung am 14.12.2006 angenommen, siehe Resolution C/M(2006)20, *item* 265, und C(2006)173.

⁴⁷ Wir verwenden den Begriff "Unterorgan" für Gremien, die formell durch satzungsgemäße Organe oder andere Unterorgane der Organisation errichtet wurden. Für eine kritische Diskussion der Terminologie siehe T. Bernárd ez, *Subsidiary Organs*, in: R.-J. Dupuy (Hrsg.), *Manuel sur les organisations internationales* (1988), 100-46, 101 ff.

⁴⁸ INES wurde als gemeinsames Projekt ins Leben gerufen, das von der OECD und den Mitgliedstaaten finanziert werden sollte, siehe CERI Governing Board, Summary Record of the 38th Session (held at Paris on 30-31 May 1988), CERI/CD/M(88)1, 25 October 1988, para. 13. Seit dem Jahr 2000 werden die Aktivitäten von INES durch die INES Strategic Management Group koordiniert, die durch das CERI Governing Board und das OECD Education Committee gegründet worden war, um ein strategischeres und transparenteres Management von INES zu erreichen (Decision of the Education Committee DEELSA/ED/M(2000)2, para. 18; decision of the CERI Governing Board CERI/CD/M(2000)2 para. 42). Die Strategic Management Group besteht aus vier Mitgliedern des CERI Governing Board und vier Mitgliedern des OECD Education Committee sowie aus zwei weiteren Mitgliedern des Employment, Labour and Social Affairs Committee. Ihrem Mandat nach ist die INES Strategic Management Group hauptsächlich damit betraut, das Management von INES zu überprüfen und Empfehlungen an die gemeinsame Sitzung des CERI Governing Board und des Education Committee auszusprechen in Bezug auf Vorlagen der sog. INES-Netzwerke sowie im Hinblick auf

das Bildungswesen entwickeln sollte. Man hoffte, dass mittels solcher Indikatoren der Vergleich der einschlägigen statistischen Daten der OECD-Mitgliedstaaten erleichtert würde. Dabei wurde jedoch deutlich, dass die von den Mitgliedstaaten erhobenen Daten zu Schülerleistungen nicht vergleichbar waren. So kam man zu dem Schluss, dass nur eine eigene Datenerhebung statistisches Material hervorbringen würde, welches einen politisch aussagekräftigen Vergleich ermöglichte.⁴⁹

Die Phasen der Zieldefinition und der Politikentwicklung waren bei PISA eng verwoben. Die Politikentwicklung, d.h. die Entwicklung eines inhaltlichen und organisatorischen Rahmens für eine empirische Vergleichsstudie, lag hauptsächlich bei dem sog. INES Network A, damals ein recht peripheres Unterorgan der OECD mit dem Auftrag, im Rahmen einer sog. *“data strategy”* die Entwicklung von Indikatoren für Schülerleistungen voranzutreiben.⁵⁰ Auf politischer Ebene wurde die Politikentwicklung vom OECD Education Committee geleitet, das für die Bestimmung der bildungspolitischen Prioritäten der OECD zuständig ist. Im Austausch zwischen diesen Organen entstand Schritt für Schritt ein umfangreiches Strategiepapier, die sog. *“Strategy for Student Achievement Outcomes”*,⁵¹ die zur Grundlage von PISA wurde (im Folgenden *“Strategie”*). Die *“Strategie”* legte ein sogenanntes *“literacy concept”* fest: Die Datenerhebung sollte weniger die Beherrschung von Lehrplaninhalten messen, sondern stattdessen die Beherrschung von Arbeitstechniken, kognitives Verständnis sowie die Fähigkeit, erlerntes Wissen anzuwenden. Darüber hinaus sah die *“Strategie”* Erhebungen zur Korrelation dieser Fähigkeiten mit demografischen, sozialen und ökonomischen Faktoren vor.

Im Jahr 1997 wurde PISA in mehreren Schritten angenommen. Das OECD Education Committee und das CERI Governing Board genehmigten zunächst jeweils die *“Strategie”*. Daraufhin kam es zu einem Notenwechsel zwischen dem OECD-Sekretariat und einer Reihe von Mitgliedstaaten, in dem die Staaten ihre Bereitschaft zur Mitwirkung an PISA erklärten. Die Rechtsnatur dieses Notenwechsels, eine klassische völkerrechtliche Fragestellung, ist nicht einfach zu bestimmen. Ein Notenwechsel wird als völkerrechtlicher Vertrag qualifiziert, soweit sich die Parteien damit rechtlich binden wollen.⁵² Durch den Notenwechsel wurde *“a political decision for participation in the project as well as a commitment*

die für die Arbeit von INES zu setzenden Prioritäten. Die Aktivitäten von INES werden von diesen Netzwerken ausgeführt.

⁴⁹ N. Bottani, OECD International Education Indicators, 25 International Journal of Educational Research (1996), 279-88, 287.

⁵⁰ Die INES-Netzwerke waren ursprünglich durch das CERI Governing Board auf Vorschlag des Sekretariats eingerichtet worden (CERI Governing Board, Summary Record of the 38th Session (Paris, 30.-31.5.1988), CERI/CD/M(88)1, 25.10.1988, para. 13). Heute sind die Netzwerke sehr viel formalisierter. So ist das Mandat des *“Network A”* z.B. durch das CERI Governing Board, das OECD Education Committee, die gemeinsame Sitzung dieser beiden Gremien, und schließlich vom OECD-Rat angenommen worden, siehe <<http://webnet3.oecd.org/OECDgroups/>> (28.7.2008).

⁵¹ DEELSA/ED/CERI/CD(97)4, 28.3.1997.

⁵² G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, I/3 Völkerrecht (2. Aufl. 2002), 542.

to contribute financially to the project”⁵³ ersucht. Während der Begriff “political” gegen die Annahme der Verbindlichkeit spricht, spricht die Verwendung des Begriffs “financial commitment” dafür. Der Sinn dieser zweistufigen Annahmeprozedur scheint gewesen zu sein, den Mitgliedstaaten vor einer verbindlichen Entscheidung auf OECD-Ebene ausreichend Zeit zu geben, die innerstaatliche Unterstützung für das Projekt zu sichern, wozu allen betroffenen Entscheidungsträgern die Möglichkeit gegeben werden musste, sich eine Meinung über das Projekt zu bilden, besonders in denjenigen Staaten, in denen PISA einen radikalen Politikwechsel bedeutete. Der vorgeschaltete Notenwechsel gab den Mitgliedstaaten damit einen gewissen Grad an Kontrolle über den Annahmeprozess. Wenngleich ihm wohl kaum eine Verpflichtung zur Teilnahme an PISA entnommen werden kann, so hat er doch zumindest die Bedeutung einer verbindlichen Zusage, in gutem Glauben weiterhin an dem Entscheidungsprozess mitzuwirken.⁵⁴

Nachdem ausreichend Mitgliedstaaten die innerstaatliche Unterstützung für das Projekt gesichert hatten, beschloss die OECD PISA mit einer “Resolution”, die ausdrücklich auf Artikel 5(a) OECD-Konvention gestützt wurde und damit formal als Entscheidung zu verstehen ist.⁵⁵ Als solche bindet sie nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die OECD, so dass diese ermächtigt ist, ein eigenes Budget für PISA einzurichten.⁵⁶ Über einen Verweis partizipieren die “Strategie” und die darin vorgesehenen Organisations- und Verfahrensregeln für PISA an der Rechtsnatur der Resolution.⁵⁷

Dies leitete über zur Implementierungsphase, den drei genannten Testzyklen, denen mindestens ein weiterer folgen wird. Diese Implementierung wird durch das “Board of Participating Countries” gelenkt, das zwischenzeitlich in “PISA Governing Board” (PGB) umbenannt wurde. Hierbei handelt es sich um ein Unterorgan des OECD-Rats,⁵⁸ in dem jeder Teilnehmerstaat durch ein Mitglied vertreten ist.⁵⁹ Das OECD-Sekretariat fungiert als Sekretariat des PGB. Die Hauptaufgaben des

⁵³ OECD, A Strategy for Producing Student Achievement Indicators on a Regular Basis, Summary of Decisions Taken, Meeting in Budapest, Hungary, 7.-8.5.1997, DEELSA/ED/CERI/CD(97)7, 19.8.1997, Abs. 19. Hervorhebung von uns.

⁵⁴ Zu den hier offensichtlich werdenden Schwierigkeiten einer Abgrenzung zwischen bindenden und nicht bindenden Instrumenten siehe auch M. Goldmann, Inside Relative Normativity (Anm. 16).

⁵⁵ OECD, Resolution des OECD-Rats C(97)176/FINAL vom 26.9.1997, Abs. 4. Obwohl das Instrument als “resolution” bezeichnet ist, enthält der erste Absatz der Präambel eine Bezugnahme auf Art. 5(a) der OECD-Konvention, der den Erlass von bindenden “decisions” regelt. In der Praxis der OECD werden “resolution” und “decision” oft synonym verwendet.

⁵⁶ OECD, Resolution of the Council C(97)176/FINAL, 26.9.1997, Abs. 4.

⁵⁷ Die uns vorliegenden Dokumente über den Notenaustausch zwischen der OECD und Deutschland befürworten ausdrücklich die Strategie. Zudem erwähnt Abs. 3 der Präambel der Resolution des OECD-Rats Länder, die “have agreed to participate in a Programme for Producing Student Achievement Indicators on a Regular Basis”. Das hier erwähnte Programm ist offensichtlich das in der Strategie vorhergesehene. Desgleichen sieht die Funktionsbestimmung des Pisa Governing Boards vor, dass es das in der Strategie vorgesehene Programm überwachen soll.

⁵⁸ Seine Rechtsgrundlage findet sich in der Resolution, die PISA zugrunde liegt, s.o. Anm. 55.

⁵⁹ OECD-Rat, Operational Role of the Board of Participating Countries, C(97)176, 10.9.1997, Annex.

PGB bestehen in der Überwachung des Projektverlaufs und Entscheidung aller Fragen von politischer Bedeutung. Insoweit bestimmt das PGB die Ziele für jeden Prüfungszyklus, wählt die Gebiete und Gegenstände für die Testaufgaben aus, setzt die Prioritäten für Indikatoren, Auswertung und Entwicklung der Testinstrumente und leitet die Erstellung der Berichte am Ende jedes Prüfungszyklus.⁶⁰ Weitere wichtige Entscheidungen des PGB umfassen u.a. die Festlegung der zu prüfenden Altersgruppe⁶¹ und die Bestimmung von Leistungsstufen.⁶²

An dieser Stelle kann mit den Abstimmungsregeln eine vierte etablierte dogmatische Perspektive angelegt werden. Entscheidungen des PGB sind bindend für die teilnehmenden Staaten.⁶³ Sie verlangen Konsens, oder aber, wenn es zu einer Abstimmung kommt, eine Zweidrittelmehrheit der Mitglieder.⁶⁴ In der Praxis kommt es häufig zu Mehrheitsentscheidungen, wengleich nur über weniger bedeutende Angelegenheiten, manchmal auch außerhalb von Sitzungen per E-Mail.⁶⁵ Einige Materien sind allerdings von Abstimmungen mit Mehrheit ausgenommen. So müssen die Aufstellung von Verfahrensregeln für das PGB, Änderungen der Beitragsätze der Teilnehmerstaaten zum Budget und Änderungen der "Strategie" jeweils einstimmig erfolgen.⁶⁶

Jeder Testzyklus beginnt mit einer internationalen Ausschreibung für die internationalen Vertragsnehmer, die die Datenerhebung technisch durchführen. Das Australian Council for Educational Research (ACER) wurde vom PGB bislang für jeden Zyklus als internationaler Hauptvertragsnehmer ausgewählt.⁶⁷ Die nationalen Vertragsnehmer, die in jedem Teilnehmerstaat die Datenerhebung in Zusammenarbeit mit ACER durchführen, werden von jedem Staat eigenständig ausgewählt. Im nächsten Schritt werden die Testunterlagen, d.h. die Fragebögen für die Schüler, gemeinsam vom PGB, dem internationalen Hauptvertragsnehmer sowie den Functional Expert Groups erarbeitet.⁶⁸ Eine Technical Advisory Group wurde ein-

⁶⁰ DEELSA/ED/CERI/CD(97)4, 28.3.1997, Abs. 72.

⁶¹ Vgl. INES Network A, Plenary Meeting vom 10-12.3.1997, Meeting Record, 4.

⁶² Tenth Meeting of the BPC, Summary Meeting Record, DEELSA/PISA/BPC/M(2001)1, 18.5.2001, 8.

⁶³ Diese Kompetenz des PGB folgt aus den satzungsgemäßen Kompetenzen des OECD-Rats, vgl. Art. 5 (a) der OECD-Konvention. Der bindende Charakter ergibt sich ferner im Gegenschluss daraus, dass OECD-Dokumente es in der Regel ausdrücklich festlegen, wenn eine Entscheidung nicht bindend sein soll.

⁶⁴ OECD-Rat, Operational Role of the Board of Participating Countries, C(97)176, 10.9.1997, Annex, Abs. 8.

⁶⁵ Die Abstimmungsergebnisse werden nicht im Protokoll festgehalten.

⁶⁶ OECD-Rat, Operational Role of the Board of Participating Countries, C(97)176, 10.9.1997, Annex, Abs. 11.

⁶⁷ Zum ersten Zyklus vgl. Third Meeting of the BPC, Summary of Main Outcomes, DEELSA/PISA/BPC(98)8, 20.-21.4.1998, S. 2.

⁶⁸ Diese Functional Expert Groups wurden für verschiedene Aufgabenbereiche eingesetzt, um die Umsetzung der vom PGB festgelegten politischen Ziele mit der notwendigen Expertise zu begleiten. So gibt es Functional Expert Groups zu Lesekompetenzen, mathematischen und naturwissenschaftlichen Fähigkeiten und Problemlösungskompetenzen (DEELSA/ED/CERI/CD(97)4, 28.3.1997, para. 78 ff.). Jedes Mitglied der Expert Groups wurde zur Kontaktperson für mehrere Länder ernannt, um

gerichtet, um einen Informationsaustausch über technische Fragen der Implementierung zwischen dem internationalen Hauptvertragsnehmer, den nachgeordneten Vertragsnehmern und unabhängigen Experten zu ermöglichen. Auf der Grundlage der so erstellten Fragebögen werden dann repräsentativ ausgewählte Schüler aus den Teilnehmerstaaten geprüft. Der internationale und die nationalen Hauptvertragsnehmer sind für die Durchführung der Prüfungen und die Datenverarbeitung verantwortlich.

Sobald die Daten statistisch verarbeitet sind, unterbreitet der Hauptvertragsnehmer nach den Vorgaben des OECD-Sekretariats Entwürfe zu PISA-Berichten, in denen die Ergebnisse einschließlich sog. *“country rankings”* veröffentlicht werden. Das PGB prüft diese Berichte sorgfältig, fordert Änderungen ein und nimmt sie schließlich durch Konsens an. Daraufhin werden sie durch das OECD-Sekretariat veröffentlicht. Des Weiteren gibt die OECD themenspezifische Berichte mit detaillierteren Analysen heraus.⁶⁹ In jedem Fall verlangt die Veröffentlichung nationaler Daten die Zustimmung der jeweiligen Regierung.⁷⁰ Die Teilnehmerstaaten können eigene nationale Berichte erstellen, nachdem der erste internationale Bericht veröffentlicht wurde.⁷¹

Wie dieser Überblick demonstriert, zeichnet sich PISA durch die Mitwirkung einer Fülle formeller wie informeller, öffentlicher wie privater Gremien und Akteure auf verschiedenen Ebenen, sowie durch eine entsprechende Vielschichtigkeit der Verfahren und der zum Einsatz kommenden Instrumente aus. Hier zeigen sich die typischen Charakteristika von *Global Governance*. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive ist es erstaunlich, dass PISA, obwohl anscheinend ein rein empirisches Projekt, einen solch detaillierten rechtlichen Rahmen erhalten hat. Aber auch andere OECD-Projekte, die ebenfalls auf Information und Kommunikation beruhen wie etwa der *Environmental Performance Review*, weisen eine ähnliche Struktur von Beschlüssen auf politischer Ebene, Leitdokumenten und Einzelentscheidungen auf niedrigerer Ebene auf.⁷²

An dieser Stelle schließt der skizzenhafte Überblick über Funktionsweise und rechtlichen Rahmen von PISA. Es hat sich gezeigt, dass PISA auf einer ausgefeilten rechtlichen Grundlage operiert, die für seinen Erfolg von Relevanz sein dürfte. Es wurde aber auch deutlich, dass eine rechtliche Analyse, die sich allein an etablierten

auf diese Weise eine ausgewogene Vertretung der Interessen der Teilnehmerstaaten herzustellen. Die *“Strategie”* legt das Verfahren für die Ernennung der Mitglieder der Functional Expert Groups fest. Danach sollten diese vom internationalen Hauptvertragsnehmer nominiert und vom OECD-Sekretariat nach Anhörung der PGB ernannt werden. In der Praxis überwog jedoch das Gewicht des OECD-Sekretariats und des PGB, vgl. Third Meeting of the BPC, Summary of Main Outcomes, DEELSA/PISA/BPC(98)8, 20.-21.4.1998, 3.

⁶⁹ Vgl. <http://www.pisa.oecd.org/pages/0,2966,en_32252351_32236130_1_1_1_1_1_1,00.html> (9.6.2008).

⁷⁰ DEELSA/ED/CERI/CD(97)4, 28.3.1997, Rn. 116.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Vgl. OECD Environmental Policy Committee, OECD Environmental Performance Reviews: Second Cycle Work Plan, ENV/EPOC(98)21, und das Mandat der Working Party on Environmental Performance, Environment Policy Committee, ENV/EPOC(2004)32, 10.11.2004.

rechtlichen Fragestellungen wie denen nach Kompetenzen, Verbindlichkeit, Verfahren und Entscheidungsmechanismen orientiert, die Auswirkungen von PISA auf die nationale Politikgestaltung nicht adäquat erfassen kann. Gerade diese Auswirkungen sind es aber, die Legitimitätsbedenken aufwerfen und damit ein juristisches Interesse wecken. Wir glauben, dass eine bessere rechtliche Durchdringung aus einer öffentlich-rechtlichen Perspektive heraus möglich ist, und zwar durch die Entwicklung einer neuen Handlungsform mit der Bezeichnung "Politikbewertung" (*national policy assessment*).

III. PISA in öffentlich-rechtlicher Perspektive

PISA sollte aus einer öffentlich-rechtlichen Perspektive heraus durchdrungen werden, da es als Ausübung von internationaler öffentlicher Gewalt qualifiziert werden kann. Die Ausübung solcher internationaler öffentlicher Gewalt sollte stets in einem öffentlich-rechtlichen Rahmen erfolgen. In einem ersten Schritt wird dieses Verständnis des öffentlichen Rechts substantiiert (A.). Dann wird ein Begriff der internationalen öffentlichen Gewalt entwickelt, der den Herausforderungen von *Global Governance* gerecht wird (B.). Dieser Begriff wird dann auf PISA angewandt (C.).

A. Einhegung öffentlicher Gewalt als Aufgabe des öffentlichen Rechts

Das öffentliche Recht findet zumindest in freiheitlich-demokratischen Staaten seine Grundlage in der auf die Aufklärung zurückgehenden Idee der Freiheit. Danach besteht die Funktion des öffentlichen Rechts darin, die Bedingungen festzulegen, unter denen sich individuelle Freiheit mit der gesellschaftlichen Notwendigkeit öffentlicher Gewalt, d.h. mit unilateralen, im Namen und Interesse einer übergeordneten, allgemeinen Körperschaft ergehenden Entscheidung sowie ihrer Durchsetzung, vereinbaren lässt.⁷³ Diesem Ziel dient in freiheitlich-demokratischen Staaten eine Reihe von Rechtsinstituten. Dazu zählen organisationsrechtliche, verfahrensrechtliche und materielle Vorgaben sowie der Rechtsschutz durch Gerichte.⁷⁴ Dieser öffentlich-rechtliche Rahmen macht einen Ausgleich zwischen der Notwendigkeit der Formulierung und Durchsetzung öffentlicher Interessen sowie individueller Freiheit möglich. Auf diese Weise vermittelt er öffentlicher Gewalt Legitimität, da diese sich nicht nur an Gesichtspunkten

⁷³ Siehe z.B. I. Kant, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht (1784); dieses Konzept der individuellen Freiheit beinhaltet politische Freiheiten und demokratische Regierung.

⁷⁴ S. Cassese, Lo spazio giuridico globale, 52 *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (2002), 323-39.

wie Effizienz⁷⁵ oder gar dem Eigennutz der Herrschenden orientieren kann. Darüber hinaus orientiert sich auch das öffentliche Verständnis von der Funktionsweise und Legitimität öffentlicher Gewalt häufig an den ihr zugrunde liegenden rechtlichen Strukturen. Somit ist die rechtliche Einhegung öffentlicher Gewalt ein unerlässliches, wenngleich kein hinreichendes, Element ihrer Legitimität.⁷⁶

Diese Legitimität ermöglichende Rolle des öffentlichen Rechts ist nicht nur für staatliche Institutionen oder die Europäische Union, sondern zunehmend auch für internationale Organisationen, transnationale Netzwerke und weitere institutionelle Formationen auf internationaler Ebene von Bedeutung, da diese in einer Vielzahl von Politikbereichen inzwischen eine gestaltende Rolle spielen. Dies hat Zweifel an ihrer Legitimität hervorgerufen.⁷⁷ Viele dieser Bedenken richten sich gegen die Schwächung input-orientierter Mechanismen zur Legitimierung öffentlicher Gewalt. So kann die Internationalisierung eines bestimmten Politikbereichs ein "Zwei-Ebenen-Spiel" in Gang setzen: Die Entscheidungsmacht der nationalen Exekutive wird auf Kosten anderer nationaler Akteure ausgeweitet, deren Möglichkeiten, überstaatliche Entscheidungsprozesse zu beeinflussen oder zu kontrollieren, zumeist beschränkt sind.⁷⁸ Nationalen Exekutiven kann es dabei aber auch wie dem Zauberlehrling ergehen, wenn internationale Institutionen eine Eigendynamik entfalten und sich zumindest teilweise von ihren Mitgliedstaaten und Gründungsstatuten emanzipieren.⁷⁹ *Global Governance* kann daher nationale Machtbalancen aus dem Gleichgewicht bringen und nationale Mechanismen zur Sicherung

⁷⁵ M. Seckelmann, Keine Alternative zur Staatlichkeit – Zum Konzept der "Global Governance", 98 *Verwaltungsarchiv* (2007), 30-53, 41 ff.

⁷⁶ Dieser Gedanke der Legitimität ermöglichenden Funktion rechtlicher Strukturen lässt sich in dieser Formulierung nicht auf Max Weber zurückführen. Der Weber'sche Gedanke rational-bürokratisch vermittelter Legitimität stützt sich allein auf die Existenz einer rechtlich programmierten rationalen Bürokratie und stellt nicht auf die konkrete Verfahrensgestaltung oder die Entscheidungsinhalte ab, vgl. 1 *Wirtschaft und Gesellschaft* (2. Aufl. 1925), 19 (§ 7). Zur Anwendung dieser Idee auf Global Governance J. Steffek, *The Legitimation of International Governance: A Discourse Approach*, 9 *European Journal of International Relations* (2003), 249-75.

⁷⁷ Für einen Überblick über den Diskussionsstand siehe J.E. Alvarez, *International Organizations: Then and Now*, 100 *AJIL* (2006), 324-47, 339-46; ferner J.H.H. Weiler, *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy*, 64 *ZaöRV* (2004), 547-62; M. Zürn, *Global Governance and Legitimacy Problems*, 39 *Government and Opposition* (2004), 260-87; M. Kumm, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, 15 *EJIL* (2004), 907-31, 909-17; C. Möllers, *Gewaltengliederung* (2006), 233-51.

⁷⁸ R.D. Putnam, *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*, 42 *International Organization* (1988), 427-60; E. Benvenisti, *Exit and Voice in the Age of Globalization*, 98 *Michigan Law Review* (1999-2000), 167-213. Zu "two-level games" im Deutschen Reich und in der Europäischen Union siehe S. Oeter, *Federalism and Democracy*, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Principles of European Constitutional Law* (2006), 53-93, 77-82.

⁷⁹ Zu diesen Dynamiken siehe J. Klabbers, *The Changing Image of International Organizations*, in: J.-M. Coicaud/V. Heiskanen (Hrsg.), *The Legitimacy of International Organizations* (2001), 221-55; Alvarez (Anm. 23); D. Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers* (2005); vom Standpunkt der liberalen Theorie der internationalen Beziehungen: A.-M. Slaughter, *A New World Order* (2004); kritischer Venzke (Anm. 16). Einen Vorschlag, dieser Dynamik durch Rechtsregeln Einhalt zu gebieten, unterbreitet C.A. Bradley, *International Delegations, the Structural Constitution, and Non-Self-Execution*, 55 *Stanford L. Rev.* (2002-2003), 1557-96.

individueller Freiheit schwächen. Diese Gefahren bestehen sogar dann, wenn der internationale Entscheidungsprozess konsensual organisiert ist, etwa aufgrund des überlegenen Wissens daran beteiligter epistemischer Gemeinschaften.⁸⁰ Trotz dieser Schwierigkeiten ist ein schlichter "Ausstieg" aus internationalen Institutionen wegen der damit verbundenen erheblichen wirtschaftlichen oder politischen Risiken kaum tunlich. All diese Faktoren schüren Ängste vor mächtigen, unkontrollierten internationalen Bürokratien, die mit der Idee der Freiheit unvereinbar sind. Zugleich sind diese Ängste natürlich auch ein Zeichen des Erfolges internationaler Institutionen bei der Lösung von Problemen globalen Ausmaßes, die ein einzelner Staat heute allein nicht mehr lösen könnte. In dieser Situation dürfte es am vielversprechendsten sein, durch Entwicklung eines hinreichend komplexen rechtlichen Rahmens eine entscheidende Voraussetzung für die legitime Ausübung öffentlicher Gewalt auf internationaler Ebene zu schaffen.

B. Ausübung von öffentlicher Gewalt durch internationale Institutionen

Selbst wenn man diesen Schritt grundsätzlich mitgeht, wird man jedoch vielleicht fragen, ob auch scheinbar harmlose Tätigkeiten internationaler Institutionen wie die Erhebung, Verarbeitung und Veröffentlichung von Daten einer öffentlich-rechtlichen Durchdringung bedürfen. Man mag zweifeln, ob solche indirekten Mittel der Verhaltenssteuerung ein tauglicher Gegenstand für das öffentliche Recht sind, in dem es doch im Wesentlichen um die Ausübung von Macht geht. Wenn eine Maßnahme internationaler Institutionen die Idee der Freiheit und insbesondere Individualrechte nicht nennenswert tangiert, gibt es keinen Anlass, es in den Kategorien des öffentlichen Rechts einzuhegen.⁸¹ Öffentlich-rechtliche Kategorien mögen für solche Aktivitäten sogar unangemessen sein, da sie im Rahmen von Ausweichstrategien zu weiterer Informalisierung führen könnten. Damit kommt es entscheidend darauf an, ab welchem Punkt und unter welchen Bedingungen ein *Governance*-Mechanismus als Ausübung öffentlicher Gewalt zu verstehen ist.

Gegenwärtig gibt es keine allgemein anerkannte Definition der von internationalen Institutionen ausgehenden öffentlichen Gewalt. Womöglich liegt darin einer der Gründe, weswegen der öffentlich-rechtliche Charakter des Völkerrechts oftmals keine ausreichende Berücksichtigung findet.⁸² Daher ist zunächst ein für *Global Governance* angemessener Begriff der öffentlichen Gewalt zu entwickeln, anhand dessen sich diejenigen Aktivitäten internationaler Institutionen bestimmen lassen, die in öffentlich-rechtlicher Perspektive zu konzipieren sind.

⁸⁰ P.M. Haas, *Epistemic Communities and International Policy Coordination*, 46 *International Organization* (1992), 1-35.

⁸¹ Schuppert (Anm. 26), 247.

⁸² Vgl. P. König, *Völkerrecht als öffentliches Recht – Ein Glasperlenspiel*, in: A. Randelzhofer/R. Scholz/D. Wilke (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz* (1995), 325-46.

Herkömmliche Begriffe von Staatsgewalt, wie sie im nationalen öffentlichen Recht anzutreffen sind,⁸³ haben meistens einen klassischen soziologischen Begriff von Herrschaft zur Grundlage.⁸⁴ Danach wird die Ausübung von Herrschaft in der Regel mit der Befugnis, rechtliche Befehle zu erteilen, gleichgesetzt. So definiert Max Weber Herrschaft als "die Chance, ... für spezifische (oder: für alle) Befehle bei einer angebbaren Gruppe von Menschen Gehorsam zu finden" und grenzt sie damit von dem eher amorphen Begriff der "Macht" ab.⁸⁵ Ralf Dahrendorf legt noch mehr Gewicht auf die Befugnis, Anordnungen oder Verbote zu erlassen.⁸⁶ Die Ausübung von Herrschaft wird danach mit der Fähigkeit verknüpft, rechtliche oder sonstige Anordnungen zu erlassen, die aus Angst vor Sanktionen befolgt werden. Aus dieser Perspektive heraus fällt es schwer, *governance by information* als Ausübung von öffentlicher Gewalt zu begreifen. Obwohl die in den PISA-Berichten zusammengestellten statistischen Daten und "Rankings" durchaus normative Wirkungen entfalten können, können sie unter keinen Umständen als an die Teilnehmerstaaten gerichtete Befehle aufgefasst werden.

Diese traditionelle Sichtweise erscheint jedoch im Hinblick auf *Global Governance* als überholt. Wenn die hauptsächliche Funktion des öffentlichen Rechts darin besteht, individuelle Freiheit zu schützen und gleichzeitig die kollektive Handlungsfähigkeit zu erhalten, folgt daraus, dass nicht nur rechtsförmige Befehle, sondern jede Maßnahme, die individuelle Freiheiten nicht nur unwesentlich tangiert, unter die Definition der öffentlichen Gewalt fällt. Dieser Gedankengang findet sich bereits in klassischen Arbeiten zur Staatsgewalt. Bemerkenswerterweise betont mit Georg Jellinek einer der Hauptvertreter der "juristischen Methode"⁸⁷ die Notwendigkeit, jedwede Art von Herrschaft bzw. staatlicher Maßnahme dem Recht zu unterwerfen.⁸⁸ Auch die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft ist von der Überzeugung getragen, dass der Gegenstand des öffentlichen Rechts vom Umfang der Staatstätigkeit festgelegt wird. Öffentliche Gewalt beschränkt sich danach nicht auf rechtsförmige Befehle.⁸⁹ Vielmehr gibt es noch weitere freiheitsbeeinträchtigende Maßnahmen, die, so die rationalistische Perspektive, etwa durch den Aufbau kommunikativen Drucks wirken, dem ihre Adressaten nur unter erheblichen Kosten, seien sie ökonomisch oder ideell, ausweichen können.⁹⁰ Daneben lässt sich die

⁸³ Zur Auslegung des Begriffs der Staatsgewalt in Art. 20 Abs. 2 GG siehe z.B. BVerfG, 2 BvR 134, 268 /76, BVerfGE 47, 253, 273 ff.

⁸⁴ R.A. Dahl, *The Concept of Power*, 2 Behavioral Science (1957), 201-15, 202.

⁸⁵ Weber (Anm. 76), 122.

⁸⁶ R. Dahrendorf, *Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen* (1961), 20.

⁸⁷ Dazu sogleich Teil IV.A.

⁸⁸ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, (3. Aufl., hrsg. von W. Jellinek 1914), 387.

⁸⁹ Schuppert (Anm. 26), 144-8; Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee* (Anm. 26), 348 f.; weitere Nachweise bei C. Franzius, *Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, 1 *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (2006), 177-237, Rn. 1.

⁹⁰ Im internationalen Kontext siehe z.B. A. Guzman, *How International Law Works* (2008), 71-117; D. Shelton (Hrsg.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-binding Norms in the In-*

Wirkungsweise solcher Maßnahmen auch konstruktivistisch erklären. Danach hat das kommunikative Umfeld, das die Maßnahme erzeugt oder beeinflusst, Auswirkungen auf das Selbstverständnis der betroffenen Akteure und wird dadurch mitbestimmend für deren Reaktionen.⁹¹

Eine Definition öffentlicher Gewalt für die internationale Ebene muss darüber hinaus die Besonderheiten dieser Ebene berücksichtigen. Informelle Institutionen, unverbindliche Übereinkommen und nicht-rechtliche Maßnahmen erfreuen sich gerade aus denjenigen Gründen hoher Beliebtheit, die Zweifel an ihrer Legitimität erregen, z.B. der fehlenden Notwendigkeit einer parlamentarischen Ratifikation oder der fehlenden Kompetenz internationaler Institutionen zur Verabschiedung bindender Rechtsakte.⁹² Aus diesem Grund erscheint es angezeigt, auf internationaler Ebene gerade auch nicht-bindende und nicht-rechtliche Maßnahmen nicht nur wegen ihres gehäufteten Vorkommens, sondern auch wegen ihrer potenziell prekären Legitimität als Quellen öffentlicher Gewalt in Betracht zu ziehen.

Dementsprechend definieren wir den Begriffsbestandteil der Gewalt als das rechtsbasierte Vermögen, andere zu bestimmen; d.h. ihre Freiheit zu beschränken. Diese Bestimmungsmacht kann eine rechtliche sein. Das ist der Fall, wenn eine Maßnahme die rechtliche Situation eines Rechtssubjekts ohne dessen Einwilligung modifiziert. Allerdings sollte das Konzept der internationalen öffentlichen Gewalt weiter gefasst werden. Die Bestimmung eines anderen kann auch durch eine konditionierende Maßnahme stattfinden. Dies ist der Fall, wenn eine Maßnahme kommunikative Macht etabliert, die entweder die von der Maßnahme Betroffenen nicht mehr übergehen können, ohne ernsthafte Nachteile zu erleiden, oder die den kognitiven Rahmen für das betroffene Politikfeld so absteckt, dass alternative Ansätze dahinter zurückbleiben. Beides könnte bei PISA der Fall sein.⁹³

Ist einmal bestimmt, dass eine Maßnahme unter den Begriffsbestandteil der Gewalt fällt, stellt sich die Frage, ob sie auch als öffentlich bzw. international zu qualifizieren ist. Ohne an dieser Stelle auf die äußerst schwierigen, in diesem Kontext aber nicht entscheidenden Fragen der Abgrenzung zwischen privaten und

ternational Legal System (2000); im Kontext des deutschen Verwaltungsrechts M. Fehling, Informelles Verwaltungshandeln, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, 1 Grundlagen des Verwaltungsrechts (2006), 1341-1404, Rn. 7.

⁹¹ M. Barnett/R. Duval, Power in Global Governance, in: dies. (Hrsg.), Power in Global Governance (2005), 1-32. Barnett und Duval definieren "power" sehr weit als "the production, in and through social relations, of effects that shape the capacities of actors to determine their own circumstances and fate" (*ibid.*, 8). Ihr Begriff der "power" lässt sich *mutatis mutandis* auf unser Konzept der öffentlichen Gewalt übertragen. Zur Identitätskonstituierenden Rolle der Informationstätigkeit internationaler Institutionen siehe auch T. Porter/M. Webb, The Role of the OECD in the Orchestration of Global Knowledge Networks, Canadian Political Science Association Annual Meeting (2007), <<http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2007/Porter-Webb.pdf>> (28.7.2008).

⁹² Koskenniemi (Anm. 20); E. Benvenisti, "Coalitions of the Willing" and the Evolution of Informal International Law, in: C. Callies/G. Nolte/P.-T. Stoll (Hrsg.), Coalitions of the Willing: Avantgarde or Threat? (2006), 1-23; J. Klabbers, Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law, 70 Nordic Journal of International Law (2001), 403-21.

⁹³ Dazu sogleich unter III.C.

öffentlichen Maßnahmen einzugehen,⁹⁴ dürfte als gesichert gelten, dass unter internationaler öffentlicher Gewalt diejenige Gewalt zu verstehen ist, die eine Rechtsgrundlage in einem gemeinsamen, formellen oder informellen internationalen Akt öffentlich-rechtlicher Akteure hat – meist wird es sich dabei um Staaten handeln – und die diese Akteure als im öffentlichen Interesse liegend zu betrachten befugt sind.⁹⁵ Der Begriffsbestandteil “öffentlich” richtet sich somit in erster Linie nach der Rechtsgrundlage. Gewalt ist öffentlich, wenn die Institution, von der sie ausgeht, von einem politischen Kollektiv dazu ermächtigt ist. Diese Definition erschöpft zugegebenermaßen nicht die Bedeutung des Attributs “öffentlich”. Vielmehr werden damit in freiheitlich-demokratischen Staaten normative Erwartungen an öffentliche Stellen konnotiert wie öffentliches Ethos, Transparenz oder Bürgerfreundlichkeit. Nach heutigem Verständnis geht öffentliche Gewalt mit solchen Pflichten einher. Obwohl solche Erwartungen nicht einfach auf internationale Institutionen übertragen werden sollten, formulieren sie Fragen, auf die auch auf internationaler Ebene Antworten gefunden werden müssen. Ungeachtet dieser weiteren Bedeutungsdimension des Begriffs “öffentlich” vertreten wir allerdings, dass die Rechtsnatur der Rechtsgrundlage der fraglichen Maßnahme das beste Kriterium für die Bestimmung ihres öffentlichen sowie auch ihres internationalen Charakters bietet. Dies gilt umso mehr, je stärker die institutionellen Verbindungen zu Staaten oder anderen öffentlichen Akteuren sind. So könnten z.B. rein wissenschaftliche Arbeiten, an deren Entstehung öffentliche Institutionen abgesehen von der Finanzierung nicht beteiligt sind, niemals als internationale öffentliche Gewalt qualifiziert werden.

C. *Governance by Information* als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt

Diese Definition internationaler öffentlicher Gewalt wird nun auf PISA als Beispiel für *governance by information* angewandt. Die internationale und öffentlich-rechtliche Rechtsgrundlage von PISA ist augenscheinlich: Rechtlich gesehen ist PISA ein Projekt der OECD, einer staatengetragenen internationalen Organisation, und es wird von nationalen Regierungen und dieser Organisation geleitet und finanziert. Obwohl eine beträchtliche Anzahl unabhängiger Experten sowohl auf nationaler Ebene als auch in den Functional Expert Groups beteiligt sind, werden die PISA-Berichte im PGB von Regierungsvertretern angenommen und als OECD-Dokumente veröffentlicht. Die PISA-Berichte können somit einer interna-

⁹⁴ Dazu ausführlich von Bogdandy/Dann/Goldmann (Anm. 14).

⁹⁵ Zur Behandlung von privater Gewalt, die sich als funktionales Äquivalent öffentlicher Gewalt darstellt, siehe von Bogdandy/Dann/Goldmann (Anm. 14). Manche Autoren stellen statt der Rechtsgrundlage die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ins Zentrum, siehe z.B. M. Ruffert, Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts, in: C. Möllers/A. Voßkuhle/C. Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht (2007), 395-419, 402.

tionalen Organisation zugerechnet werden; es handelt sich nicht um unabhängige wissenschaftliche Forschung oder unabhängige Sachverständigengutachten, wo die Zurechnung zweifelhaft sein könnte.

Schwieriger zu bejahen ist der zweite Aspekt der Definition, ob PISA relevante Auswirkungen auf individuelle Freiheiten zeitigt. Um dies zu beurteilen, soll *governance by information*, wie sie in PISA auftritt, zunächst von anderen Arten informationsbasierter öffentlicher Politik abgegrenzt werden. Erstens können Regierung und Verwaltung die Öffentlichkeit über ihre Politikziele und Aktivitäten informieren, um so die Akzeptanz ihrer Tätigkeit zu erhöhen. Diese Erscheinungsform der Informationspolitik ist immer akzessorisch zu anderen Kompetenzen und hat als Steuerungsinstrument wenig Eigengewicht.⁹⁶ Zweitens können öffentliche Stellen informelle Ratschläge erteilen. Nicht immer werden diese rechtliche Relevanz erlangen.⁹⁷ Drittens haben öffentliche Stellen die Möglichkeit, die Öffentlichkeit vor Gefahren zu warnen, die z.B. von gewissen Produkten ausgehen, oder Empfehlungen aussprechen. Anders als PISA dienen diese Maßnahmen nicht der Politikgestaltung, sondern der Gefahrenabwehr. Sie sind daher nicht an Entscheidungsträger gerichtet und erfordern zu ihrer Wirksamkeit von diesen keine Folgemaßnahmen; gleichwohl ist hier an öffentlich-rechtliche Sicherungen zu denken.⁹⁸ Bei PISA hingegen handelt es sich um einen auf internationaler Ebene betriebenen Prozess, in dem basierend auf empirischen Studien und unter Beteiligung der entsprechenden epistemischen Gemeinschaft⁹⁹ gemeinsame Überzeugungen hinsichtlich spezifischer Politiken gebildet, sog. *best practices* entwickelt und Reformstrategien erörtert werden.¹⁰⁰

Unter Zugrundelegung dieser Abgrenzung können nun die zentralen Fragen angegangen werden: Überschreitet PISA die Erheblichkeitsschwelle? Welche seiner Merkmale sprechen dafür, PISA als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt anzusehen? Und welche dagegen?

Gegen eine solche Qualifizierung spricht zunächst einmal, dass PISA vornehmlich eine empirische Studie darstellt und dass die PISA-Berichte sehr zurückhaltend in der Bewertung ihrer Ergebnisse sind, verglichen etwa mit der OECD "Jobs Study" von 1994, die zehn allgemeine und zahlreiche detailliertere, länderbezogene

⁹⁶ Aus der Perspektive des deutschen öffentlichen Rechts G u s y (Anm. 27), Rn. 95-7.

⁹⁷ W.R. A n d e r s e n, *Informal Agency Advice – Graphing the Critical Analysis*, 54 *Administrative Law Review* (2002), 595-609.

⁹⁸ Die Auswirkungen solcher Warnungen können für die Produzenten ebenso nachteilig sein wie direkte Verbote. Aus diesem Grunde wird im öffentlichen Recht oftmals festgelegt, unter welchen Voraussetzungen Warnungen erteilt werden können. Siehe dazu das *Glykol*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26.6.2002, BVerfGE 105, 252. Umfangreiche Literatursammlung zu öffentlichen Warnungen bei B u m k e (Anm. 27), dort Fn. 5. Siehe auch die *warning letters* der US Food and Drug Administration, einsehbar unter <<http://www.fda.gov/foi/warning.htm>> (25.7.2008).

⁹⁹ H a a s (Anm. 80).

¹⁰⁰ Instruktiv: J.M. D o s t a l, *Campaigning on Expertise: How the OECD Framed EU Welfare and Labour Market Policies – and Why Success Could Trigger Failure*, 11 *Journal of European Public Policy* (2004), 440-60, 446-8.

Empfehlungen enthält.¹⁰¹ Die Auswirkungen von PISA auf die Bildungssysteme der Teilnehmerstaaten sind daher indirekt; sie zeigen sich zunächst einmal in der Schaffung eines generellen Bewusstseins, einer allgemeinen politischen Wahrnehmung, dass etwas getan werden muss. Die PISA-Ergebnisse stehen dabei unterschiedlichen Bewertungen offen.¹⁰² Ein zweites Gegenargument ist der hohe wissenschaftliche Anspruch der Studie. Viel Mühe wurde auf die kulturelle Neutralität der Erhebung verwendet, die allgemeine Kompetenzen und nicht spezielles Wissen misst, um den verschiedenen Lehrplänen der Teilnehmerländer gerecht zu werden. Drittens war PISA auch deswegen so erfolgreich, weil es sich mit einem sensiblen Thema zur richtigen Zeit befasste. Die konkreten Auswirkungen hängen damit auch von Zufälligkeiten ab wie etwa dem Timing oder der Frage, ob das Thema sich für eine öffentliche Debatte und mediale Aufmerksamkeit eignet.¹⁰³

Andererseits spricht einiges dafür, PISA erhebliche Auswirkungen auf individuelle Freiheiten zuzumessen. Erstens beeinflusst die PISA-Studie – gleich anderen internationalen Vergleichsstudien wie die von einer privaten Forschungseinrichtung durchgeführte TIMSS-Studie¹⁰⁴ – die nationale Politikgestaltung.¹⁰⁵ Dies war auch beabsichtigt; PISA war von Anfang an auf die Produktion politisch relevanter Ergebnisse hin ausgerichtet worden.¹⁰⁶ Sie geben dem nationalen politischen Prozess wichtige Informationen und Anstöße, deren Auswirkungen auf nachfolgende Entwicklungen und damit auch auf die letztlich ergriffenen Maßnahmen nicht unterschätzt werden sollte.¹⁰⁷

Zweitens tragen die PISA-Studien zu einer gemeinsamen Wissensbasis im Bereich der Schulpolitik bei, aus denen *best practices* für die Schulpolitik entwickelt werden können, selbst wenn die Studien solche *best practices* nicht direkt vorge-

¹⁰¹ OECD, Jobs Study (1994).

¹⁰² Z.B. H. Rindermann, Was messen internationale Schulleistungsstudien? Schulleistungen, Schülerfähigkeiten, kognitive Fähigkeiten, Wissen oder allgemeine Intelligenz?, 57 Psychologische Rundschau (2006), 69-86; mit einer Antwort von J. Baumert/M. Brunner/O. Lüdtke/U. Trautwein, Was messen internationale Schulleistungsstudien? – Resultate kumulativer Wissenserwerbsprozesse, 58 Psychologische Rundschau (2007), 118-45; und M. Prenzel/O. Walter/A. Frey, PISA misst Kompetenzen, 57 Psychologische Rundschau (2006), 128-136.

¹⁰³ C. Engel, Integration durch Koordination und Benchmarking?, in: H. Hill/R. Pitschas (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht (2004), 408-43, 431.

¹⁰⁴ M. Goldman, Holding Governments Accountable through Governance by Information, 58 Rivista trimestrale di diritto pubblico (2008), 41-69.

¹⁰⁵ Siehe dazu die Nachweise in Anm. 7; Martens (Anm. 6); M. Lehtonen, OECD Benchmarking in Enhancing Policy Convergence: Harmonisation, Imposition and Diffusion through the Environmental Performance Reviews?, Conference on International Organizations and Global Environmental Governance, Freie Universität Berlin (2005), <<http://web.fu-berlin.de/ffu/akumwelt/bc2005/papers.html>> (09.7.2008), 15; Lehtonen vertritt die These, dass PISA erfolgreicher als der OECD "Environmental Performance Review" sei, weil die OECD im Bildungsbereich frühzeitig innovative Projekte betrieben habe, während Umweltstandards bereits in anderen Foren festgelegt worden seien, bevor die OECD auf diesem Gebiet tätig wurde.

¹⁰⁶ DEELSA/ED/CERI/CD(97)4, 28.3.1997, para. 13-25.

¹⁰⁷ Marcussen (Anm. 9).

ben.¹⁰⁸ PISA wird die Bildungspolitik aber auch schon deswegen beeinflussen, weil dabei die für eine empirische Studie notwendigen einheitlichen Grundbegriffe definiert wurden.¹⁰⁹ So können Leistungen im Bildungsbereich nur bewertet werden, wenn man eine Vorstellung davon hat, was unter "Bildung" zu verstehen ist.¹¹⁰ Obwohl diese Grundbegriffe für PISA sicher stets mit großer Sorgfalt und in gutem Glauben erarbeitet wurden, darf nicht übersehen werden, dass sie kontingente Entscheidungen beinhalten, die durchaus kontrovers, also politisch, sein können.¹¹¹ Eine auf bestimmten Grundbegriffen basierende Bewertung kann Entscheidungsträgern zwar wertvolle Einsichten aus der diesen Begriffen zugrunde liegenden Perspektive vermitteln, vernachlässigt dabei aber notwendigerweise alternative Perspektiven.¹¹²

Drittens können nationale Entscheidungsträger das Abschneiden ihres Landes bei PISA nicht leichterding ignorieren. Von Anfang an war PISA darauf angelegt, drei Testzyklen zu umfassen; mittlerweile ist das Projekt sogar noch verlängert worden.¹¹³ Jede neue PISA-Studie lässt die nationalen Entscheidungsträger rechen-schaftspflichtig werden für die Maßnahmen, die sie in Reaktionen auf die Ergebnisse der vorhergehenden Studie ergriffen haben – oder nicht. Leistungsbewertungen sind demnach besonders wirkungsmächtig, wenn sie wiederholt abgehalten werden, und besonders von einer Organisation mit dem Ansehen der OECD.¹¹⁴

Viertens hat PISA zwar die rechtliche Kompetenzverteilung auf nationaler Ebene nicht verändert, gleichwohl aber Machtverschiebungen zugunsten der (zentral-staatlichen) Exekutive bewirkt.¹¹⁵ Dies ist umso bemerkenswerter, als das Bildungswesen in einer Reihe der Teilnehmerstaaten in den Kompetenzbereich sub-

¹⁰⁸ Oft wird keine klare Trennung zwischen Politikbewertungen und *best practices* vorgenommen, vgl. M. John-Koch, Nicht-normative Steuerung durch Ziele und Vergleiche, in: J. Oebbecke (Hrsg.), Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen (2005), 363-402, 372.

¹⁰⁹ Dies erinnert an das verhaltensökonomische Konzept des "*framings*". Danach ist die Frage, ob etwas als Gewinn oder Verlust angesehen wird, keine ontologische, sondern hängt in ihrer Beantwortung von den Gegebenheiten des Falls ab. Dazu B. Nagel, Recht und Gerechtigkeit im gesellschaftlichen Wandel (2007), 128.

¹¹⁰ Zum Bildungsbegriff der OECD siehe Bottani (Anm. 49), 279-80.

¹¹¹ Zur neoliberalen Tendenz im Bildungsbegriff der OECD siehe Henry/Lingard/Rizvi/Taylor (Anm. 7), 61 ff., 102-105, 175.

¹¹² In ähnlicher Weise beinhaltet die Formulierung von *best practices* das Risiko, alternative Praktiken zu ignorieren, die sich in bestimmten Kontexten als genauso erfolgreich oder sogar noch erfolgreicher erweisen könnten. Dazu D. Lazer, Global and Domestic Governance: Modes of Interdependence in Regulatory Policymaking, 12 European Law Journal (2006), 455-68, 463-6.

¹¹³ Longer Term Strategy of the Development of PISA, 20th meeting of the PISA Governing Board, 27 September 2005, EDU/PISA/GB(2005)21.

¹¹⁴ Zur Bedeutung von Ansehen für die Effektivität der OECD: J. Shorman, Rationalist and Constructivist Perspectives on Reputation, 55 Political Studies (2007), 20-37.

¹¹⁵ K. Martens /K.D. Wolf, Paradoxien der Neuen Staatsräson. Die Internationalisierung der Bildungspolitik in der EU und der OECD, 13 Zeitschrift für Internationale Beziehungen (2006), 145-176.

staatlicher Einheiten fällt.¹¹⁶ Ein solches Zwei-Ebenen-Spiel ist charakteristisch für jegliche Art überstaatlicher Politikprozesse,¹¹⁷ verdient aber hier besondere Aufmerksamkeit, da es zeigt, dass sogar informelle und indirekte *Governance*-Mechanismen wie PISA Auswirkungen auf die innerstaatliche Gewaltenteilung haben können.¹¹⁸

Schließlich verleihen die Länderrankings PISA besonderen Biss.¹¹⁹ Obwohl es vielleicht nicht in der Intention seiner geistigen Urheber lag, so appelliert doch PISA an den Nationalstolz, was Politiker und Medien auszunutzen wissen. In Zeiten globalen Wettbewerbs ist davon auszugehen, dass die politisch Verantwortlichen ein starkes Interesse daran haben, ihr Land in einem so wichtigen Politikfeld nicht anderen hinterherhinken zu sehen. Sie dürften folglich bestrebt sein, ein "*naming and shaming*" aufgrund vergleichsweise schlechter Ergebnisse zu vermeiden bzw. auf unvorteilhafte Ergebnisse zu reagieren.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Einfluss von PISA auf die politischen Freiheiten und die Selbstbestimmung der Bürger erheblich ist, insbesondere aufgrund der kumulativen Effekte von Zwei-Ebenen-Spiel, des Potentials für die Entstehung von *best practices* und der Länderrankings. PISA sollte daher als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt angesehen werden, selbst wenn es vielleicht nicht das eindeutigste Beispiel solcher öffentlicher Gewalt darstellt. Daher erscheint eine Analyse von PISA aus einer öffentlich-rechtlichen Perspektive angebracht.

IV. Die Funktion von Handlungsformen im öffentlichen Recht: Gestern und heute

Dieser Abschnitt untersucht in theoretischer Hinsicht, wie PISA aus öffentlich-rechtlicher Perspektive konzeptualisiert werden kann. Wir schlagen vor, PISA als Handlungsform zu begreifen. Handlungsformen als dogmatische Konstrukte bilden einen zentralen Baustein für die rechtswissenschaftliche Erfassung der Ausübung von öffentlicher Gewalt. Sie sind von Rechtsformen abzugrenzen.¹²⁰ Aus der Vielzahl von Maßnahmen öffentlicher Entscheidungsträger erlauben sie die Identifizierung bestimmter Maßnahmen, denen dieselbe rechtliche Bedeutung zukommt. Als Rechtsfolge knüpft sich daran die Anwendbarkeit eines standardisierten Rechtsregimes.

¹¹⁶ Dies ist z.B. der Fall in Belgien, Kanada, Deutschland, Spanien (geteilte Zuständigkeit sowohl der nationalen Regierung als auch der autonomen Gemeinden), der Schweiz, Großbritannien und den Vereinigten Staaten.

¹¹⁷ Siehe oben Text bei Anm. 78.

¹¹⁸ Dies kommt einem konstruktivistischen Machtverständnis nahe, vgl. Barnett/Duval (Anm. 91).

¹¹⁹ Dazu Lehtonen (Anm. 105), 15.

¹²⁰ Dazu näher siehe unten (Anm. 173).

Die Bildung dogmatischer Konstrukte wie die der Handlungsformen ist der Beitrag der Rechtswissenschaft zur öffentlichen Infrastruktur.¹²¹ Dieses Verständnis des öffentlichen Rechts ist natürlich stark kontinentaleuropäisch geprägt. Anhand eines geschichtlichen Rückblicks auf die Entstehung von Handlungsformen, die dahinter stehende Methode sowie die politischen und sozialen Kontexte ihrer Entstehung soll die Frage untersucht werden, ob Handlungsformen sich für die Konzeptionalisierung von Instrumenten internationaler öffentlicher Gewalt eignen. Der Rückblick bezieht sich auf Deutschland und Italien.

A. Historischer Rückblick: Handlungsformen im deutschen und italienischen Verwaltungsrecht

Die Geschichte sowohl der deutschen als auch der italienischen Wissenschaft vom öffentlichen Recht ist geprägt durch eine Wendung zum Positivismus und zur sogenannten „juristischen Methode“ oder *“metodo giuridico”* in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Angesichts der Probleme des Positivismusbegriffs und der Bedeutung dieses Wissenschaftsverständnisses bis heute erscheint allerdings der Ausdruck „dogmatischer Konstruktivismus“ passender. Dieser Zugang wurde in beiden Ländern zum herrschenden Wissenschaftsverständnis.¹²² Im Zuge dieser methodischen Erneuerung entwickelten sich Handlungsformen wie der deutsche Verwaltungsakt und der italienische *provvedimento amministrativo*, die als Mittel zur Erhöhung der Effektivität und Legitimität der Regierungs- und Verwaltungstätigkeit angesehen wurden. Selbstverständlich stellt das Aufkommen der juristischen Methode im öffentlichen Recht ein nahezu gemeineuropäisches Phänomen dar, mit den gewichtigen Ausnahmen von Frankreich und England.¹²³ Die Wahl fiel aber auf Deutschland und Italien, weil die juristische Methode in ersterem ihren Ursprung hat, und weil Staat und Verfassung in Italien damals vor ähnlichen Herausforderungen standen. Zudem hoffen wir, dass das italienische Beispiel unsere Untersuchung davor bewahrt, allzu deutschlastig zu werden.

1. Deutschland: Otto Mayer und der Verwaltungsakt

Die juristische Methode und die Handlungsform des Verwaltungsakts entwickelten sich in der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft zu einer Zeit, als die

¹²¹ G.F. Schuppert, Governance im Spiegel der Wissenschaften, in: ders. (Hrsg.), Governance-Forschung (2006), 371-469, 386-92.

¹²² Zu der parallelen Entwicklung M. Stolleis, 2 Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland (1992), 318-9; und P. Schiera/R. Gherardi, Von der Verfassung zur Verwaltung: Bürgerliche Staatswissenschaft in Deutschland und Italien nach der nationalen Einigung, in: E.V. Heyen (Hrsg.), Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime (1984), 129-46, 140-4.

¹²³ A. von Bogdandy, Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Vergleich, in: ders./P. Cruz Villalón/P. Huber (Hrsg.), 2 Handbuch Ius Publicum Europaeum (2008), 807-842, Rn. 15 ff. Zu Frankreich und England *ibid.*, Rn. 24 f.

Legitimität des neuen einheitlichen Nationalstaats, aber auch die der Bundesstaaten in verschiedener Weise infrage stand. Zum einen wurde sie durch das Verlangen nach Volkssouveränität herausgefordert. Obwohl in der Revolution von 1848 demokratische Ansprüche gestellt worden waren¹²⁴ und es seit 1849 geschriebene Verfassungen in allen Staaten des deutschen Bundes gab, war tatsächlich nur geringer Fortschritt in diese Richtung erzielt worden und der Weg zur Volkssouveränität, wie sie in den Vereinigten Staaten verwirklicht worden war, noch weit. Die parlamentarischen Versammlungen wiesen wenige demokratische Elemente auf, da sie in der Regel aus einer aristokratischen ersten und einer oft dem Zensuswahlrecht unterliegenden zweiten Kammer bestanden;¹²⁵ zudem war ihr Einfluss gering, da die Bestellung der Exekutive weiterhin weitgehend dem Monarchen vorbehalten blieb.¹²⁶ Die Verfassungen enthielten somit einen ambivalenten Kompromiss zwischen dem monarchischen und dem demokratischen Prinzip.¹²⁷ Während die britische Verfassung, deren wahrer Souverän im *“king in parliament”* bestand, problemlos demokratische Reformelemente integrieren konnte, erlaubte die in Deutschland durch den Wiener Kongress gefestigte Auffassung von monarchischer Legitimität keine derartige Entwicklung.¹²⁸

Zum anderen wurde zusätzlicher Druck erzeugt durch die Auswirkungen der Industrialisierung, die Umfang und Zugriff der Staatsbürokratie deutlich zunehmen ließ. Um ihren Aufgaben gerecht zu werden, war sie auf wirksame rechtliche Instrumente angewiesen. Der Aufstieg des Sozialstaats setzte aber zugleich das Individuum den Eingriffen der Verwaltung in bis dahin unbekanntem Maße aus. Dies verstärkte die Notwendigkeit einer tragfähigen Legitimationsbasis der öffentlichen Gewalt besonders in den Augen des wirtschaftlich starken, aber politisch schwachen Bürgertums. Dieses begrüßte zwar die infrastrukturellen Segnungen des modernen Staats, verlangte aber gleichzeitig Garantien zur Sicherung ihrer Freiheit, insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht, als Ausgleich für die wachsende Staatsmacht. Größere demokratische Partizipation erschien vielen politisch unerreichbar. Auch verfassungsmäßige Rechte allein konnten dem bürgerlichen Verlangen kaum genügen, da sie von fraglichem Nutzen waren, solange keine Umsetzung in der Verwaltungspraxis erfolgte.¹²⁹ Etwas Umfassenderes wurde gebraucht: der

¹²⁴ Siehe im Detail W.J. Mommsen, Das deutsche Kaiserreich als System umgangener Entscheidungen, in: ders., Der autoritäre Nationalstaat (1990), 11-38, 23-31.

¹²⁵ Die Verfassung des Deutschen Reichs von 1871 sah zwar das allgemeine Wahlrecht für Männer vor. Die Unterdrückung des Sozialismus durch Bismarck (1878-90) untergrub jedoch den demokratischen Gehalt der Wahlen. Zudem bestand das Zensuswahlrecht bei den Wahlen zu den Legislativorganen vieler Bundesstaaten fort, so z.B. in Preußen.

¹²⁶ Stolleis (Anm. 122), 318-21; D. Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte (5. Aufl. 2005), 282-3, 285-6, 312-4, 331-4.

¹²⁷ W.J. Mommsen, Die Verfassung des Deutschen Reiches von 1871 als dilatorischer Herrschaftskompromiß, in: ders., Der autoritäre Nationalstaat (1990), 39-65.

¹²⁸ Willoweit (Anm. 126), 283-4.

¹²⁹ Willoweit (Anm. 126), 332.

Rechtsstaat.¹³⁰ Dieser Begriff impliziert die Bindung der öffentlichen Gewalt an eine Reihe fundamentaler Rechtsprinzipien, die ihre Ausübung regeln und eine gewisse Absicherung gegen Willkür bieten. Dazu gehören die Gesetzesbindung der Exekutive, der Gesetzesvorbehalt für administrative Eingriffe in Freiheits- und Eigentumsrechte, sowie ergänzende, zumindest verwaltungsinterne, Kontrollmechanismen.¹³¹ Der Rechtsstaat wurde damit zum Synonym für die Einschränkung der öffentlichen Gewalt und zum Antipoden des absolutistischen Machtstaats.¹³²

Gleichzeitig entstand unter den Vertretern des öffentlichen Rechts an den Universitäten der Wunsch nach Autonomisierung der Disziplin. Der bis dahin vorherrschende multidisziplinäre Synkretismus¹³³ sowie die Begrenzung auf die Exegese politischer Akte, die im Handumdrehen geändert werden konnten, sollte überwunden werden.¹³⁴ Hinter dieser Suche nach einer Neuausrichtung stand nicht nur der kometenhafte Aufstieg der Naturwissenschaften, sondern auch die starke Stellung der zivilrechtlichen Pandektistik, die dank ihrer leistungsfähigen Systembildung gesetzgeberischen Interventionen weit weniger ausgesetzt war. Dies wurde zum Vorbild für die Einführung der juristischen Methode in die Wissenschaft vom öffentlichen Recht. Wichtige Impulse kamen von Gerber und Laband, beide bestens vertraut mit der Pandektistik, die begriffliche Systembildung im öffentlichen Recht betrieben.¹³⁵ Systembildung, das Markenzeichen der juristischen Methode, erfolgt durch die Konstruktion einer möglichst widerspruchsfreien Ordnung dogmatischer Begriffe und Prinzipien; wir verwenden daher die Bezeichnung "dogmatischer Konstruktivismus". Diese Begriffe und Prinzipien erhellen die dem geltenden positiven Recht zugrunde liegende Struktur.¹³⁶ Sie sind auf einer Ebene zwischen den Rechtsbegriffen autoritativer Texte und philosophischen oder rein theoretischen Konstruktionen angesiedelt.¹³⁷ Für diese Zwischenebene ist vor allem

¹³⁰ Vgl. Stolleis (Anm. 122), 382.

¹³¹ H. Schulze-Fielitz, Art. 20 (Rechtsstaat), in: H. Dreier, 2 Grundgesetz (2. Aufl. 2006), Rn. 13, 46.

¹³² T. Vesting, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, 63 Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (2004), 41-70, 43-45.

¹³³ Deren prominente Vertreter im Verfassungsrecht waren R. von Mohl und O. von Gierke. Zum Verwaltungsrecht siehe Lorenz von Stein, Verwaltungslehre (7 Bd., 1. Aufl. 1865-68).

¹³⁴ von Bogdandy (Anm. 123), Rn. 17 ff.

¹³⁵ C.F. von Gerber, Über öffentliche Rechte (1852); ders., Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts (1865); P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, (3 Bd., 1. Aufl. 1876-80).

¹³⁶ Stolleis (Anm. 122), 330-48; ein gutes Beispiel für die juristische Methode bietet Labands Unterscheidung von formellen und materiellen Gesetzen, dazu W. Pauly, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus (1993), 177-86.

¹³⁷ Für aufschlussreiche Analysen zum Wesen der Dogmatik siehe N. Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (1974), 9-23; C. Möllers, Methoden, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, 2 Grundlagen des Verwaltungsrechts (2006), 121-175, Rn. 35. Die Dogmatik, die durch Rechtswissenschaft und Rechtsprechung geschaffen wird, hat für gewöhnlich einen großen Einfluss auf die Judikative und auch auf die Legislative: Schmidt-Aßmann (Anm. 26), 4-6. Die Systembildung stellt nur einen Aspekt der Dogmatik dar, *ibid.*, 3-4.

die Rechtswissenschaft zuständig. Darauf gründete sich die Hoffnung auf Autonomisierung der Rechtswissenschaft durch die juristische Methode.

Zum Dreh- und Angelpunkt der Systembildung im öffentlichen Recht wurde nun das Rechtsstaatsprinzip. Die Vertreter der juristischen Methode im 19. Jahrhundert verstanden den Rechtsstaat rein formal, ohne damit eine Idee materieller Gerechtigkeit zu verbinden. Auch wies das Rechtsstaatsprinzip nach ihrer Ansicht keine Affinität zur Volkssouveränität auf.¹³⁸ Für ein solches Verständnis von Rechtsstaatlichkeit bestanden die Herausforderungen der Zeit auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts darin, die Beziehungen zwischen dem Staat und seinen Bürgern zu verrechtlichen. Gegen individuelle Freiheit und das Eigentum gerichtete staatliche Handlungen sollten nicht länger als bloße Tatsache akzeptiert werden müssen. Ihre Voraussetzungen, Folgen und vor allem die gegen sie zur Verfügung stehenden Rechtsmittel sollten rechtlich geregelt werden. Allerdings können die Maßnahmen der Verwaltung unterschiedlichste Gestalt annehmen. Sie reichen vom Bau einer Straße bis hin zu der Auszahlung von Sozialhilfe, der gewaltsamen Auflösung einer Versammlung oder der Erteilung einer Gewerbeerlaubnis. Daher war eine systematische Festlegung nötig, welche Regeln auf welche Handlungen anwendbar sein sollten. Als einer der ersten erreichte Laband eine beachtenswerte Systematisierung unter Verwendung der juristischen Methode: Er entwickelte die Rechtsform der Verfügung, eine frühe Handlungsform, die auf alle individualbezogenen Handlungen aller Verwaltungszweige anwendbar war, und beschrieb ihre rechtlichen Voraussetzungen sowie die Folgen eines illegalen Verfügungserlasses.¹³⁹

Otto Mayer trat in Labands Fußstapfen und entwickelte das vielleicht stringenteste auf der juristischen Methode basierende Verwaltungsrechtssystem des 19. Jahrhunderts.¹⁴⁰ In seinem wegweisenden Lehrbuch von 1895¹⁴¹ entwickelte Mayer eine Handlungsform für unilaterale rechtliche Maßnahmen des Staats gegenüber einzelnen Bürgern, die er in Analogie zum französischen *acte administratif*, an dem er sich orientiert hatte, Verwaltungsakt nannte.¹⁴² Mayer war der Auffassung, dass eine rechtliche Handlungsform geschaffen werden müsse, die ähnlich einem Gerichtsurteil die Verwaltung in die Lage versetzen würde, die Rechte und Pflichten von Individuen in vollstreckbarer Weise festzulegen. Wie ein Urteil würde der Verwaltungsakt, solange nicht durch einen *actus contrarius* der Behörde

¹³⁸ Tatsächlich wurde in Deutschland die Idee des Rechtsstaats von R. von Mohl, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats (2 Bd. 1832-33), eingeführt, für den der Rechtsstaat noch viel stärker mit dem Gedanken materieller Gerechtigkeit konnotiert war. Siehe auch Stolleis (Anm. 122), 258.

¹³⁹ Laband (Anm. 135), Bd. 2 (1878), 216-29. Zu ähnlichen Ansätzen bei anderen Autoren siehe Stolleis (Anm. 122), 394-403; M. Engert, Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts Verwaltungsakt (2002), 117-22.

¹⁴⁰ Ein Bekenntnis zur juristischen Methode findet sich in O. Mayer, 1 Deutsches Verwaltungsrecht (2. Aufl. 1914), VIII.

¹⁴¹ O. Mayer, 1 Deutsches Verwaltungsrecht (1. Aufl. 1895).

¹⁴² Mayer (Anm. 141), 59. Der Begriff Verwaltungsakt war schon zuvor verwendet worden, jedoch nicht in einheitlicher Weise.

oder eines Gerichts aufgehoben, befolgt werden müssen. Durch die Postulierung des Prinzips der Bindungswirkung, das dem Verwaltungsakt auch im Fall seiner Rechtswidrigkeit bis zu seiner Aufhebung Geltung verschafft, schuf Mayer eine Handlungsform, die sowohl die Effektivität administrativer Maßnahmen durch die Bindungswirkung, als auch den Schutz von Individualrechten durch die Gewährleistung gewisser Rechte für die Adressaten garantieren sollte.¹⁴³

Methodisch ist diese Konstruktion aus heutiger Perspektive nicht unproblematisch. Sie wurde weder rein deduktiv aus der Idee des Rechtsstaats gewonnen, noch rein induktiv durch Abstraktion positiven Rechts generiert. Es handelte sich vielmehr um eine gleichsam intuitive und damit natürlich kontingente Dialektik, inspiriert durch Praxis und Prinzipien: In einem wechselseitigen Prozess definierte Mayer Rechtsnatur und Folgen des Verwaltungsakts auf abstrakt normativer Ebene und "entdeckte" diese Handlungsform quasi empirisch in einer Vielzahl von Fällen in der Verwaltungspraxis.¹⁴⁴ Der Verwaltungsakt war als eine "Folie"¹⁴⁵ konzipiert, die der amorphen Masse der Verwaltungspraxis eine Struktur gibt, zugleich aber aufgrund ihrer normativen Natur dieser Praxis Grenzen aufzeigt.

Das Hauptverdienst dieser Konstruktion besteht darin, der Verwaltung die Erfüllung ihrer wachsenden Aufgaben erleichtert und sie gleichzeitig transparenter und verantwortlicher gegenüber den Betroffenen gemacht zu haben. Diese Faktoren erhöhen die Legitimität staatlicher Maßnahmen. Vielleicht erklärt dies den Erfolg von Mayers Konzept des Verwaltungsakts, das nach seiner ersten Veröffentlichung von Lehre und Praxis schnell angenommen und schließlich im Verwaltungsverfahrensgesetz kodifiziert wurde – wengleich Mayers ursprüngliche Definition dabei mehrfache Modifikationen erfuhr.¹⁴⁶

2. Italien: V.E. Orlando, M.S. Giannini und der *provvedimento amministrativo*

Die verfassungsrechtliche Situation des im Jahr 1861 gegründeten italienischen Staats glich in mehrerer Hinsicht der deutschen. Während des *risorgimento* wurde zwar der Wunsch nach nationaler Einheit und demokratischen Reformen zum Ausdruck gebracht, im Ergebnis fiel aber nur ersterer auf fruchtbaren Boden. Das *Statuto Albertino*, die Verfassung des Piemont von 1848, die zur ersten nationalen Verfassung wurde, führte eine ähnliche Regierungsform wie in Deutschland ein, wengleich sie die französische Verfassung von 1814 zum Vorbild hatte.¹⁴⁷ Die

¹⁴³ Dieses Verdienst betont Engert (Anm. 139), 125-6.

¹⁴⁴ Mayer (Anm. 141), 94-104; zu dieser Methode R. Schmidt-De Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers (1999), 206-10; C. Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hofmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft (2004), 73-130, 86-89.

¹⁴⁵ Bumke (Anm. 144), 87.

¹⁴⁶ Vgl. Mayer (Anm. 141), 95.

¹⁴⁷ R. Martucci, Storia costituzionale italiana (2002), 36.

Abgeordnetenversammlung wurde nach Zensuswahlrecht gewählt,¹⁴⁸ und die Exekutive unterstand weiterhin der Kontrolle des Königs.¹⁴⁹ Italien hatte somit eine im Wesentlichen monarchische Verfassung mit einigen demokratischen Elementen erhalten, die weit weniger progressiv war als etwa die belgische Verfassung von 1831, die dem Parlament eine dominierende Rolle zuwies.

Die erste Industrialisierungswelle im späten 19. Jahrhundert und die darauf zurückgehenden Herausforderungen an die staatliche Infrastruktur bewirkten ein Anschwellen des Verwaltungsapparats des neuen Staats.¹⁵⁰ Zur gleichen Zeit wurden wichtige verwaltungsrechtliche Gesetzesvorhaben auf den Weg gebracht.¹⁵¹ Wie auch in Deutschland befürchteten die wirtschaftlich starken Bürger die Begrenzung ihrer wirtschaftlichen Freiheit durch die Verwaltung.

Insofern ähnelte die Problemlage beim Aufkommen der juristischen Methode derjenigen in Deutschland. Die Wissenschaft führte das Konzept des *stato di diritto* (Rechtsstaat) in die öffentliche Diskussion ein und näherte das italienische Verwaltungsrechtsdenken den Ideen der zeitgenössischen deutschen Vertreter der juristischen Methode an.¹⁵² Damit wurde der vorherige französische Einfluss auf die italienische Dogmatik abgeschwächt.¹⁵³ Während frühere Publikationen auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts nach der Staatsgründung zumeist Amalgame historischer, politischer und philosophischer Inhalte gewesen waren,¹⁵⁴ etablierte die Übernahme der juristischen Methode das öffentliche Recht als eigene Disziplin, ganz ähnlich wie in Deutschland. Einige Autoren hatten bereits den Boden für die juristische Methode bereitet,¹⁵⁵ als Silvio Spaventa 1880 in einer berühmt gewordenen Rede in Bergamo die Justiziabilität administrativer Handlungen und die Einführung des *stato di diritto* verlangte.¹⁵⁶ Vittorio Emanuele Orlando schließlich unternahm für Italien die dogmatische Konstruktion eines Systems des öffentlichen Rechts auf Grundlage der juristischen Methode. Wie Gerber und Laband hatte er als Zivilrechtler angefangen. 1889 forderte er, das öffentliche Recht mit der gleichen systematischen Strenge wie das Zivilrecht zu untersuchen und "über" dem Recht stehende Prinzipien, d.h. eine öffentlich-rechtliche Dogmatik,

¹⁴⁸ Das allgemeine Wahlrecht für Männer wurde erst 1913 eingeführt.

¹⁴⁹ Siehe die Beschreibungen der königlichen Einmischungen in Regierungsaktivitäten bei P. Colombo, *Storia costituzionale della monarchia italiana* (2001), 74-88; siehe weiter Martucci (Anm. 147), 50-57.

¹⁵⁰ G. Melis, *La storia del diritto amministrativo*, in: S. Cassese (Hrsg.), *1 Trattato di diritto amministrativo*, (2. Aufl. 2003), 95-171, 98-101.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo* (1971), 15-21.

¹⁵³ Nichtsdestoweniger ähnelt der italienische Verwaltungsaufbau noch immer dem französischen Modell. Siehe S. Cassese, *Toward a European Model of Public Administration*, in: D.S. Clark, *Comparative and Private International Law* (1990), 353-67, 355-62.

¹⁵⁴ Melis (Anm. 150), 102.

¹⁵⁵ Unter ihnen Gianquinto und Mantellini, siehe G. Rebuffa, *La formazione del diritto amministrativo in Italia* (1981), 100 f. und 128 f.

¹⁵⁶ S. Spaventa, *Giustizia nell'amministrazione*, in: S. Ricci (Hrsg.), *La giustizia amministrativa* (1993), 41-75.

zu entwickeln.¹⁵⁷ Er selbst setzte dies in die Tat um und veröffentlichte wegweisende Lehrbücher zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht.¹⁵⁸

In seiner Analyse des Verwaltungsrechts kam Orlando der Formulierung von Handlungsformen sehr nahe. Zwar konzipierte er noch nicht den *provvedimento amministrativo* als Handlungsform für einseitige, rechtsverbindliche Verwaltungshandlungen.¹⁵⁹ Jedoch diente Orlandos Unterteilung administrativer Maßnahmen in "rechtliche" (präventive, interventionistische) und "soziale" (= öffentlicher Dienst) Maßnahmen¹⁶⁰ der Rationalisierung der Verwaltung: Rechtsbehelfe, die 1889 eingeführt worden waren, waren nur gegen "rechtliche" Maßnahmen gegeben, und auch nur sie konnten ohne Gerichtsurteil vollstreckt werden.¹⁶¹ Dies ermöglichte es, den Umfang gerichtlicher Kontrolle administrativer Maßnahmen zu bestimmen und der Verwaltung gleichzeitig wirksame, insbesondere rasch durchsetzbare Instrumente zur Verfügung zu stellen. Die Rechtsdogmatik reagierte damit auf die verschiedenartigen Herausforderungen, denen sich die Verwaltung gegenüber sah, durch Einführung des *stato di diritto* und die für ihn charakteristischen dogmatischen Instrumente. Dies entspricht dem Beitrag Otto Meyers.

Obwohl Orlandos Arbeiten die Verwaltungsrechtswissenschaft, die juristische Ausbildung und die Rechtsprechung tiefgreifend beeinflussten,¹⁶² dauerte es noch einige Jahrzehnte, bis Giannini dem *provvedimento amministrativo* 1950 seine Gestalt als genau definierte Handlungsform gab.¹⁶³ Heute ist der *provvedimento* im italienischen Recht immer noch nicht kodifiziert, aber seine Voraussetzungen und Folgen sind durch Verwaltungsrechtswissenschaft und Rechtsprechung geklärt. Danach ist der *provvedimento amministrativo* eine einseitige Willenserklärung (*volontà*) eines zuständigen Trägers öffentlicher Gewalt, die bestimmte rechtliche Folgen hat (*contenuto* genannt) und sofort vollstreckt werden kann. Er unterliegt gerichtlicher Kontrolle. Nur im Falle schwerwiegender Fehler ist er nichtig, ansonsten ist ein rechtswidriger Akt wirksam. Dem *provvedimento* vorausgehen muss ein Verwaltungsverfahren (*procedimento*), das gewissen Krite-

¹⁵⁷ V.E. Orlando, I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico, in: ders., Diritto pubblico generale (1940), 3-22. Siehe auch Melis (Anm. 150), 110-1.

¹⁵⁸ V.E. Orlando, Principii di diritto costituzionale (1. Aufl. 1889), 23-4; ders., Principii di diritto amministrativo (1. Aufl. 1890). Die Leistung, das Verwaltungsrecht in abstrakten Rechtsprinzipien zu formulieren, wird sichtbar, wenn man sich vergegenwärtigt, dass sich die frühere Wissenschaft auf die Kommentierung von Gesetzen und Verordnungen beschränkt hatte. Dazu M. Fioravanti, I La scienza del diritto pubblico (2001), 147-8.

¹⁵⁹ Er scheint den Begriff *provvedimento* als generischen Begriff zu verstehen, der sowohl das verwaltungsinterne Recht als auch das an die Bürger gerichtete Außenrecht erfasst, sei es in der Form von Gesetzen, Polizeirechtsverordnungen (*ordonnanze*) oder Einzelanweisungen (*ordini*). Siehe V.E. Orlando, Principii di diritto amministrativo (2. Aufl. 1892), 232-4.

¹⁶⁰ Orlando (Anm. 159), 229-85.

¹⁶¹ Orlando (Anm. 159), 233-6.

¹⁶² Melis (Anm. 150), 117-8.

¹⁶³ M.S. Giannini, Lezioni di diritto amministrativo (1950), 289 f.

rien genügen muss.¹⁶⁴ Die Ähnlichkeit mit dem Verwaltungsakt fällt dabei ins Auge.

3. Das Potenzial des dogmatischen Konstruktivismus für *Global Governance*

Der geschichtliche Rückblick hat gezeigt, dass das Aufkommen der juristischen Methode im späten 19. Jahrhundert in Deutschland und Italien und mit ihm die Entwicklung von Handlungsformen im Verwaltungsrecht vor dem Hintergrund einer besonderen politischen und sozialen Lage stattfand. In beiden Staaten gab es keine parlamentarische Demokratie, sondern ein konstitutionelles System mit einer vom Monarchen abhängigen Regierung. Die Legitimität dieser hybriden Struktur sah sich zahlreichen Zweifeln ausgesetzt. Zugleich musste der Staatsapparat mit einer steigenden Flut an Aufgaben zurecht kommen, was wiederum das liberale Bürgertum veranlasste, den Schutz seiner Freiheit und seines Eigentums einzufordern. Dazu kam eine nach Autonomie strebende Wissenschaft vom öffentlichen Recht. In dieser Konstellation bot die durch die juristische Methode ermöglichte Konsolidierung der Handlungsformen der staatlichen Verwaltung jedem der Beteiligten etwas: Die Verwaltung wurde mit leistungsfähigen Instrumenten ausgestattet, das Bürgertum erhielt einen nach heutigen Maßstäben zwar geringen, gleichwohl verbesserten Schutz gegen staatliche Eingriffe, und die Wissenschaft vom öffentlichen Recht legte an Bedeutung zu. Sie stellte das kommunikative Forum, in dem dieser Kompromiss ausgehandelt wurde. Ihre begriffliche Arbeit sorgte für die Verstetigung und Umsetzung dieses Kompromisses.

Die Herausforderungen unserer Zeit sind grundsätzlich andere. Die Zweifel an der Legitimität internationaler öffentlicher Gewalt gründen vor allem auf dem Vergleich mit der als legitim empfundenen Staatsgewalt demokratischer Staaten. Auch die Verwalter der Globalisierung, hochprofessionelle, kosmopolitische Manager in der Ministerialbürokratie und internationalen Institutionen, sind grundverschieden von den Verwaltungsbeamten des 19. Jahrhunderts in ihren düsteren Amtsstuben. Und das globale Bürgertum, ob man es nun in transnationalen Unternehmen, der Presse oder weltumspannenden Nichtregierungsorganisationen sehen mag, ist erheblich pluralistischer und verfolgt ein viel breiteres Interessenspektrum als das Bürgertum des 19. Jahrhunderts. Ferner darf nicht übersehen werden, dass die juristische Methode den epistemologischen und normativen Einwänden gegen systemische Begriffsbildung ausgesetzt ist. Ihre recht intuitiv erscheinende Vorgehensweise mag zwar pragmatische, effiziente Lösungen für die Strukturierung der Verwaltungstätigkeit unter Gewährung eines Mindestmaßes an rechtlichem Schutz für Individualrechte hervorgebracht haben. Aber diese Lösun-

¹⁶⁴ Zur Entwicklung und aktuellen Theorie des *provvedimento amministrativo* siehe B.G. Matarrella, *Il provvedimento*, in: S. Cassese (Hrsg.), *Trattato di diritto amministrativo* (2. Aufl. 2003), 797-1034.

gen stellten weder eine logische Notwendigkeit dar,¹⁶⁵ noch standen sie außer Streit. Es ist daher nicht überraschend, dass die juristische Methode sich schon bald der Kritik ausgesetzt sah, nicht mehr als eine Apologie bestehender Machtverhältnisse zu leisten.¹⁶⁶ Tatsächlich lässt sich den meisten der erwähnten Vertreter der juristischen Methode des 19. Jahrhunderts eine gewisse Nähe zu tonangebenden Kreisen nachsagen. Und mit Sicherheit war ihr Interesse an demokratischen Reformen gering.¹⁶⁷

Nichtsdestoweniger zeigt der historische Rückblick eine Eigenschaft der juristischen Methode, die uns trotz dieser Einwände Bestand zu haben scheint. Es geht dabei um das kommunikative Potenzial des dogmatischen Konstruktivismus. Er dient der begrifflichen Rationalisierung von Diskursen über die Effektivität und Legitimität von Staatsgewalt. Dieses Potenzial könnte auch für Diskurse über internationale öffentliche Gewalt genutzt werden. Die dialektische Veranlagung des dogmatischen Konstruktivismus ermöglicht es, die Praxis internationaler Institutionen mit deduktiver, prinzipienorientierter, an der Legitimität öffentlicher Gewalt interessierter Argumentation zu verbinden und so zugleich praktisch vernünftige und normativ akzeptable Lösungen zu finden und zu verstetigen. Dabei ist ein Bewusstsein für die Kontingenz dieser Begriffsbildung vonnöten.¹⁶⁸ Dieses Bewusstsein ist mit den disziplinären Scheuklappen der juristischen Methode des 19. Jahrhunderts nicht zu erlangen, sondern setzt eine multiperspektivische Kenntnis des sozialen Kontexts der jeweiligen dogmatischen Konstruktionen voraus. Normative Ausgangsposition dieser "aufgeklärten" Variante der juristischen Methode ist nicht mehr das Konzept des formellen Rechtsstaats, sondern der Respekt für individuelle Freiheit und die ihrem Schutz dienenden Rechte, insbesondere die Menschenrechte. Sofern man im Völkerrecht die Existenz rudimentärer Verfassungsprinzipien annimmt, dürften diese am ehesten dazugehören.¹⁶⁹ Dazu kommt die Einsicht in die Notwendigkeit effektiver Instrumente öffentlicher Gewalt auf internationaler Ebene.

Ein weiterer möglicher Einwand gegen dogmatischen Konstruktivismus im Völkerrecht bezieht sich auf den institutionellen Kontext. Die juristische Methode verdankt ihren Erfolg nicht zuletzt der Mitwirkung von und Umsetzung durch staatliche Behörden und Gerichte. Die Zuständigkeit internationaler Gerichte ist

¹⁶⁵ Während das Systemdenken noch für Kant eine erkenntnistheoretische Voraussetzung darstellt, vgl. Kritik der reinen Vernunft (2. Aufl. 1787), B 861 ("Schema"), ist dieser epistemologische Holismus wegen seiner Kontingenz inzwischen stark in die Kritik gekommen. Die gleichen Probleme stellen sich für den semantischen Holismus in der Rechtsdogmatik, siehe dazu R. Christensen/A. Fischer-Lescano, Die Einheit der Rechtsordnung. Zur Funktionsweise der holistischen Semantik, Zeitschrift für Rechtsphilosophie (2007), 8-14.

¹⁶⁶ W. Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert (1958), 159; S. Mastellone, Storia ideologica d'Europa da Stuart Mill a Lenin (1982), 158. Bekannt ist die Kritik von R. von Thering, Der Kampf ums Recht (1872).

¹⁶⁷ Siehe die Ideologiekritik bei Cassese (Anm. 152), 17.

¹⁶⁸ In diesem Sinne auch A. Paulus, International Law After Postmodernism: Towards Renewal or Decline of International Law, 14 Leiden Journal of International Law (2001), 727-755.

¹⁶⁹ Vgl. die Angaben in Anm. 24.

sporadisch; von internationalen Institutionen allein kann kaum eine nach allen Seiten hin ausgewogene Weiterentwicklung ihrer rechtlichen Strukturen erwartet werden. Daher wird es entscheidend auf die Mitwirkung staatlicher Gerichte, Parlamente und Behörden ankommen.

B. Handlungsformen als Mittel zur rechtlichen Erfassung von *Global Governance*

Der historische Rückblick gibt den Blick auf zwei charakteristische Funktionen von Handlungsformen frei, die für die rechtliche Erfassung von *Global Governance* durch dogmatischen Konstruktivismus von Bedeutung sind.

1. Identifikation rechtlich relevanter Maßnahmen

Die erste dieser charakteristischen Funktionen besteht in der Eigenschaft von Handlungsformen, aus der "flutenden Masse der Verwaltungstätigkeit"¹⁷⁰ diejenigen Maßnahmen herauszufiltern, durch die auf eine vergleichbare Weise öffentliche Gewalt ausgeübt wird. So identifiziert der Verwaltungsakt in dieser Masse diejenigen Maßnahmen, die formal vergleichbare Eingriffe in Individualrechte darstellen.

Auf internationaler Ebene hat die Trias der völkerrechtlichen Rechtsquellen, niedergelegt in Art. 38 des IGH-Statuts, traditionell diese identifizierende Funktion wahrgenommen. Die vorstehenden Ausführungen sollten jedoch verdeutlicht haben, dass sich *Global Governance* aus unzähligen Instrumenten zusammensetzt, verbindlichen wie unverbindlichen, von mehr oder weniger formalisierten Institutionen, die von der Rechtsquellentrias nicht erfasst werden können.¹⁷¹ Zum Teil wurde vorgeschlagen, die Rechtsquellentrias zu erweitern.¹⁷² Dies würde jedoch im vorliegenden Fall nicht zu dem gewünschten Ergebnis führen, da die PISA-Berichte mangels deontischer Operatoren schlechterdings nicht als Rechtsquellen angesehen werden können.

Im Gegensatz zur Rechtsquellentrias bieten Handlungsformen eine flexiblere dogmatische Matrix zur rechtlichen Erfassung der Vielfalt unilateraler Maßnahmen auf internationaler Ebene. Denn Handlungsformen müssen nicht unbedingt Rechtsnormen enthalten. Nach in Deutschland wohl vorherrschender Meinung

¹⁷⁰ Mayer (Anm. 140), 95.

¹⁷¹ Goldman (Anm. 15).

¹⁷² G.J.H. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law (1983); E. Riedel, Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?, 2 EJIL (1991), 58-84 (zu Standards als völkerrechtlicher Quelle); J. Brunée, Reweaving the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements, in: R. Wolfrum/V. Röben (Hrsg.), Developments of International Law in Treaty Making (2005), 101-126; J. Klabbbers, Constitutionalism and the Making of International Law. Fuller's Procedural Natural Law, 5 No Foundations. Journal of Extreme Legal Positivism (2008), 84-112.

sind solche rechtlichen Instrumente nur ein Unterfall der Handlungsformen.¹⁷³ Andere Handlungsformen erzeugen keine Rechte oder Pflichten: So wurde eine Handlungsform für staatliche Warnungen entwickelt, die keine direkten Rechtsfolgen auslösen.¹⁷⁴ Das Fallrecht zeigt, dass dieser nicht-rechtlichen Handlungsform durchaus praktische Bedeutung zukommt.¹⁷⁵ Und auch die Handlungsformen des Art. 249 EG beschränken sich nicht auf Instrumente, die Rechte oder Pflichten erzeugen, sondern erstrecken sich auch auf Empfehlungen und Stellungnahmen.¹⁷⁶ Eine Handlungsform muss auch, wie die Entwicklung des Verwaltungsakts zeigt, nicht unbedingt im positiven Recht der jeweiligen Rechtsordnung verankert sein, sondern kann auch eine praxisorientierte dogmatische Konstruktion sein.

Die Entwicklung von Handlungsformen für die Ausübung von internationaler öffentlicher Gewalt könnte für internationale Institutionen Effizienzgewinne sowie für die betroffenen Adressaten größere Rechtssicherheit herbeiführen. Ist die Definition einer neuen Handlungsform erst einmal etabliert, ist es nicht mehr erforderlich, aufwändige und grundsätzlich angreifbare Überlegungen zu jedem einzelnen Instrument anzustellen, wie dies hier für PISA gemacht wurde.¹⁷⁷ Vielmehr führt die Etablierung einer Handlungsform trotz des stets vorhandenen semantischen Spielraums zu einer relativen Sicherheit für die Beurteilung eines Instruments.

2. Die Speicherfunktion von Handlungsformen

Die zweite Stärke von Handlungsformen liegt darin, ein generalisiertes Rechtsregime bereitzustellen, das wie ein Speicher die Rechtsnormen, die auf die der Definition unterfallenden Instrumente anwendbar sind, sowie die Erkenntnisse und Erfahrungen von Wissenschaft und Praxis im Umgang mit diesen Instrumenten enthält.¹⁷⁸ Ist ein konkretes Instrument einmal als Ausprägung einer Handlungsform klassifiziert worden, funktioniert die Handlungsform wie ein Prisma, das die in dem Rechtsregime der Handlungsform angesammelte Erfahrung zur Anwendung kommen lässt. Dieser normative Speicher kann sich auf alle Aspekte der frag-

¹⁷³ E. Schmidt-Aßmann, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 104 Deutsches Verwaltungsblatt (1989), 533-541, 541; W. Pauly, Grundlagen einer Handlungsformenlehre, in: K. Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht (1991), 25-45, 32-34.

¹⁷⁴ Bumke (Anm. 27).

¹⁷⁵ Bundesverwaltungsgericht, Az. 3 C 34/84 (*Transparenzliste*), Urteil vom 18.4.1985, BVerwGE 71, 183; Az. 7 C 20/04 (*Scientology*), Urteil vom 15.12.2005, in 121 Deutsches Verwaltungsblatt (2006), 387; Bundesverfassungsgericht (Anm. 98).

¹⁷⁶ Zur Terminologie im Kontext des EU-Rechts: J. Bast, Legal Instruments, in: A. von Bogdandy/J. Bast, Principles of European Constitutional Law (2006), 373-418, 373-4; A. von Bogdandy/J. Bast/F. Arndt, Handlungsformen im Unionsrecht – Empirische Analysen und dogmatische Strukturen in einem vermeintlichen Dschungel, 62 ZaöRV (2002), 77-160.

¹⁷⁷ Vgl. oben III.C.

¹⁷⁸ Schmidt-Aßmann (Anm. 26), 298.

lichen Handlung beziehen, sei es das Verfahren, die Rechte und Pflichten der beteiligten Akteure, die Rechtsfolgen oder die Rechtsbehelfe.¹⁷⁹ Das Rechtsregime erleichtert die rechtliche Rahmung und Begrenzung von öffentlicher Gewalt im Sinne individueller Freiheit, während es sie gleichzeitig nicht mehr als notwendig einschränkt. Seine dauerhafte Etablierung für eine Vielzahl von Akten hat einen rationalisierenden Effekt: Es ist nicht mehr erforderlich, in jedem Einzelfall mühselige Überlegungen zu Legitimität, Gerechtigkeit, Fairness, Verantwortlichkeit oder der Anwendbarkeit höherrangiger Normen wie dem *ius cogens* anzustellen, um behaupten zu können, dass bestimmte Regeln auf die fragliche Handlung anwendbar sein sollten. Es existiert vielmehr die rechtliche Vermutung, dass das Rechtsregime der Handlungsform anwendbar ist, wenn eine bestimmte Handlung als unter eine solche Handlungsform fallend qualifiziert wurde.¹⁸⁰ Handlungsformen helfen daher, adäquate Lösungen für gleichgelagerte Probleme zu finden.

Dies macht deutlich, dass die Speicherfunktion von Handlungsformen nicht auf der Stufe einer bloßen Beschreibung des durch die Praxis hervorgebrachten Rechtsrahmens stehen bleiben darf, sondern das Ergebnis kritischer, prinzipienorientierter Reflexion darstellen sollte. Im nationalen Recht findet diese Reflexion ihren Ausgangspunkt in den Verfassungsprinzipien, vor allem im Rechtsstaatsprinzip.¹⁸¹ Auf internationaler Ebene kommen an dieser Stelle die erwähnten normativen Prämissen ins Spiel.¹⁸²

Die Konstruktion von Handlungsformen lebt daher sowohl von Abstraktionen aus dem positiven Recht, die dem Risiko ausgesetzt sind, auf eine Apologie bestehender Verhältnisse hinauszulaufen, als auch von deduktivem Normpropositivismus, der sich als zu idealistisch, gar utopisch entpuppen könnte. Diese Doppelnatur, mag sie auch theoretisch angreifbar sein, ist vielleicht der Schlüssel zum Erfolg der juristischen Methode und zum Potenzial eines "aufgeklärten" dogmatischen Konstruktivismus. Beide stellen einerseits eine Schablone für die Analyse der Rechtspraxis bereit, die genügend Abstand vom positiven Recht aufweist, um das Recht von der Politik zu autonomisieren, andererseits sind die dergestalt entwickelten Konzepte immer noch genügend im positiven Recht verankert, was die Chance ihrer Akzeptanz durch die Praxis erhöht. Der dogmatische Konstruktivismus ist daher Voraussetzung sowohl für Rechtskritik als auch für die partielle Immunisierung des Rechts gegen gesetzgeberische oder administrative Exzesse.

¹⁷⁹ Keiner dieser Aspekte ist notwendiger Bestandteil des Rechtsregimes; gleichzeitig kann jeder dieser Aspekte auch Teil der Definition der Handlungsform sein. Dies hängt von dem untersuchten Rechtsregime ab. Im Kontext des EU-Rechts siehe J. B a s t, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU (2006), 6-21.

¹⁸⁰ S c h m i d t - A ß m a n n (Anm. 26), 298; W. K r e b s, Die Juristische Methode im Verwaltungsrecht, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft (2004), 209-221, 217 f.

¹⁸¹ K r e b s (Anm. 180), 219.

¹⁸² S.o. Teil IV.A.3.

Nicht zufällig wurde der Rechtsstaat zur Antipode des absolutistischen Konzepts der (unbegrenzten) Souveränität.¹⁸³

V. Die Probe aufs Exempel: Die Bewertung staatlicher Politiken als Handlungsform

A. Methode

Nach dieser abstrakten Darlegung des Potentials von Handlungsformen wird nun basierend auf PISA eine Handlungsform mit der Bezeichnung "Politikbewertung" skizziert. Obwohl die OECD-Konvention drei Handlungsformen ausdrücklich auflistet (Entscheidungen, Empfehlungen und Konventionen),¹⁸⁴ ist die Entwicklung weiterer Handlungsformen durch die Praxis und ihr Nachvollzug in der Wissenschaft nicht unzulässig.¹⁸⁵ Eine solche Entwicklung vollzieht sich in einem längeren, dezentralen, dialektischen Prozess, der Entscheidungsträger auf allen Ebenen, Rechtswissenschaftler, die Öffentlichkeit und nicht zuletzt auch Gerichte einbindet. Daher können die folgenden Ausführungen nur ein Anfang sein, ein Vorschlag zur Etablierung der Politikbewertung als Handlungsform.

Das Folgende gliedert sich in zwei Schritte.¹⁸⁶ Im ersten Schritt müssen die Elemente definiert werden, durch die eine Maßnahme als Politikbewertung identifiziert werden kann. Die maßgeblichen Elemente sollten dabei diejenigen sein, die für eine Maßnahme wie PISA am charakteristischsten sind, insbesondere in Abgrenzung zu anderen Handlungsformen.¹⁸⁷

Im zweiten Schritt muss das Rechtsregime der Handlungsform definiert werden. Dafür sollten diejenigen Elemente bestimmt werden, die essentiell für seine Legitimität und Effizienz sind. Dagegen müssen diejenigen Elemente, die als entbehrlich oder als zu kontextspezifisch erscheinen, ausgesondert werden, um die für die Verwendung der Handlungsform in anderen Sachbereichen nötige Abstraktheit zu gewinnen. Vornehmlich in Bezug auf die OECD scheint die Wahrung hinreichender Flexibilität ausschlaggebend für den Erfolg der vorgeschlagenen Handlungsform zu sein. Das Markenzeichen der OECD ist gerade ihre Informalität und Flexibilität. Mit anderen Worten, die offizielle "OECD-Methode", um eine Parallele zur EU herzustellen, ist, dass es keine Methode gibt.¹⁸⁸ Wenn also die Entwicklung

¹⁸³ Vesting (Anm. 132), 43-7.

¹⁸⁴ Art. 5 OECD-Konvention.

¹⁸⁵ Zum EU-Recht vgl. J. Bast, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU (2006); F. von Alemann, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung (2006).

¹⁸⁶ Zur zweistufigen Vorgehensweise siehe Schmidt-Aßmann (Anm. 26), 298-9.

¹⁸⁷ Hier kann es durchaus auch nützlich sein, auf bestehende Handlungsformen im Wege der Analogie zurückzugreifen, dazu Goldmann (Anm. 15), 240.

¹⁸⁸ OECD, Resolution of the Council on a New Governance Structure for the Organisation, C(2006)78/FINAL, 24.5.2006, 17. Parallel dazu kommt J. Salzman zu dem Schluss, dass die OECD bislang kein einheitliches Verfahrens- und Organisationsrecht aufweist, siehe Decentralized Administ-

neuer Handlungsformen erfolgreich sein soll, darf sie die relevanten Entscheidungsträger nicht durch ein Übermaß an formaler Strenge eines effektiven Instruments berauben. Aber nicht jede OECD-Politik erfindet das Rad neu. Es gibt durchaus Ähnlichkeiten in der Funktionsweise und im rechtlichen Rahmen von Politiken aus ganz unterschiedlichen Sachbereichen.¹⁸⁹

Die Entwicklung von Handlungsformen beinhaltet zahlreiche wertorientierte, kontingente Entscheidungen. Unsere Argumentation führt daher nicht zu "objektiven" oder "zwingenden" Ergebnissen. Wir verstehen unsere Methode jedoch als wissenschaftlich, da wir unsere Prämissen und unser Vorgehen offenlegen.¹⁹⁰ Unsere Argumentation ist dabei getragen sowohl von dem Bestreben, ein hinreichendes Ausmaß an Inputlegitimität sicherzustellen, als auch dem Anliegen, genügend Effizienz und Flexibilität zu bewahren, was der Handlungsform wiederum mehr Outputlegitimität verleihen kann.

B. Erster Schritt: Definition der Politikbewertung

In diesem Abschnitt schlagen wir eine Definition der Handlungsform "Politikbewertung" vor. Diese Handlungsform soll so angelegt werden, dass sie ein möglichst breites Spektrum an Instrumenten öffentlicher Gewalt, die auf *governance by information* basieren, abdeckt. Dadurch könnte der erhoffte Rationalisierungsgewinn gesteigert werden. Deshalb werden wir die Eigenheiten weiterer Beispiele von *governance by information* bei der Definition berücksichtigen. Dazu gehören die eingangs erwähnten *peer-review*-Mechanismen im Rahmen der OECD, die die Politik eines Mitgliedstaats analysieren und bewerten,¹⁹¹ wie die OECD Economic Surveys,¹⁹² die Environmental Performance Reviews¹⁹³ sowie die OECD Jobs Strategy.¹⁹⁴ Diese Instrumente sind zu unterschiedlichen Anteilen empirisch ausgerichtet, greifen in verschiedenem Maße auf prädefinierte rechtliche Standards oder *best practices* zurück, und sprechen teilweise konkrete politische Empfehlungen aus. Bei PISA überwiegt der empirische Charakter, während konkrete Handlungsan-

native Law in the Organization for Economic Cooperation and Development, 68 Law and Contemporary Problems (2005), 189-224.

¹⁸⁹ Zu Guidelines z.B. Goldmann (Anm. 15).

¹⁹⁰ Zur Epistemologie der Rechtswissenschaft U. Neumann, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, in: A. Kaufmann u.a. (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (7. Aufl. 2004), 385-400, 396-400.

¹⁹¹ Vgl. dazu F. Paganì, Peer Review: A Tool for Co-operation and Change, OECD-Dokument SG/LEG(2002)1, 11.9.2002.

¹⁹² <http://www.oecd.org/department/0,3355,en_2649_34111_1_1_1_1_1,00.html> (25.10.2008).

¹⁹³ Dazu M. Lehtonen, Deliberative Democracy, Participation, and OECD Peer Reviews of Environmental Policies, 27 American Journal of Evaluation (2006), 185-200.

¹⁹⁴ <http://www.oecd.org/document/1/0,3343,en_2649_201185_38939649_1_1_1_1,00.html> (9.4.2008). Die OECD Jobs Strategy basiert auf der OECD Jobs Study von 1994, die eine Reihe von Empfehlungen enthielt. Die einzelnen Länderberichte im Rahmen der Jobs Strategy analysieren u.a. die Umsetzung der Empfehlungen. Kritisch dazu Noksson/Jacobson (Anm. 10).

weisungen an die Politik so gut wie fehlen. Wie bereits ausgeführt, werden diese Instrumente in ihrer Gesamtheit nicht durch das institutionelle Recht der OECD ausgeformt.¹⁹⁵ Die definierenden Elemente der neuen Handlungsform sollten so ausgewählt werden, dass damit die Merkmale eingefangen werden, die diese Instrumente zu einer Ausübung von öffentlicher Gewalt machen und die ihre spezifische Funktion im Verhältnis zu anderen Handlungsformen herausstellen.¹⁹⁶

Ein erstes Charakteristikum ist die Produktion von Informationen über die Ergebnisse staatlicher Politik. Obwohl jede Information normative Auswirkungen haben kann, ist die Normativität von Politikbewertungen überwiegend nicht durch deontische Indikatoren ("sollen", "können" etc.) im Text verankert. Zwar können Politikbewertungen durchaus explizite normative Schlussfolgerungen enthalten, so etwa im Fall der Economic Surveys. Diese stehen aber in einem Abhängigkeitsverhältnis zu den jeweiligen Datenerhebungen oder -analysen. Zu rechtlich bindenden Vorgaben kommt es dabei in keinem Fall. Dadurch unterscheiden sich Politikbewertungen nicht nur von bindenden Rechtsnormen, sondern auch von deontischen Instrumenten, denen keine derart umfangreiche Datenerhebung oder -analyse auf internationaler Ebene vorgeschaltet ist, wie etwa *Guidelines*.¹⁹⁷

Ein zweites konstitutives Element ist der Anspruch auf Objektivität, der sich auf den Umgang mit empirischen Daten gründet. Nur auf empirischen Daten basierende Information kann kommunikative Macht erzeugen und so eine Ausübung von öffentlicher Gewalt darstellen.

Drittens umfassen Politikbewertungen einen Mechanismus zu ihrer Umsetzung, der ihnen erst den nötigen "Biss" verleiht, um als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt durchzugehen. Dieser Mechanismus stattet Politikbewertungen mit kommunikativer Macht aus, die nationale Entscheidungsträger schwerlich ignorieren können. Ein mögliches Element eines solchen Mechanismus ist die Wiederholung. Wiederholte Bewertungen geben nationalen Entscheidungsträgern einen zeitlichen Rahmen vor, innerhalb dessen sie die Leistungen ihres Landes verbessern müssen. Ein zweites Element ist die Formulierung von Handlungsanweisungen. Dies kann auf direktem Wege erfolgen über die Formulierung spezifischer Empfehlungen, oder indirekt durch das *Ranking* von Staaten wie bei PISA. Ein solches Ranking könnte als funktionales Äquivalent zu einem deontischen Indikator angesehen werden, da es den Staaten im unteren Teil der Liste nahelegt, sich an den Staaten auf den Spitzenplätzen zu orientieren. Ein weiteres Element, das Druck auf die Staaten ausübt und damit kommunikative Macht erzeugt, ist die Veröffentlichung der Informationen.

¹⁹⁵ Vgl. Art. 5(a) und (b) der OECD-Konvention, der nur Regeln zu Decisions und Recommendations enthält.

¹⁹⁶ Zur Unterscheidung der verschiedenen Governance-Instrumente, die mit der Verbreitung von Informationen operieren, siehe oben III.C.

¹⁹⁷ Goldmann (Anm. 15).

Viertens muss eine Politikbewertung einer internationalen Institution zugerechnet werden können,¹⁹⁸ damit es sich um die Ausübung von öffentlicher Gewalt handelt. Ein vergleichbarer Mechanismus einer privaten Institution stellt grundsätzlich keine Politikbewertung dar, da private Institutionen sich insoweit auf grund- und menschenrechtlich verbürgte Freiheiten wie die Meinungs-, Informations- und Wissenschaftsfreiheit berufen können.

Fünftens und letztens muss sich die Bewertung auf die Politik eines anderen öffentlichen Akteurs beziehen. Rein interne Leistungsbewertungen mögen zwar auch Rechtsfragen aufwerfen. Diese hängen aber nicht mit der Beschäftigung mit Gegenständen, die zum Kompetenzbereich eines anderen Akteurs gehören, zusammen.

Nach alledem können Politikbewertungen definiert werden als Offenlegung empirischer Informationen mit einem Anspruch auf Objektivität durch internationale Institutionen, die die Politik eines anderen öffentlich-rechtlichen Akteurs betreffen und mit einem Mechanismus zur Umsetzung ausgestattet sind.

C. Zweiter Schritt: Das Rechtsregime der Politikbewertung

Im zweiten Schritt werden nunmehr die für die Legitimität und Effektivität von Politikbewertungen entscheidend erscheinenden Anforderungen formuliert. Es wird weiter untersucht, wie diesen Anforderungen Rechtswirkung verliehen werden kann. Um keine Apologie der bestehenden Praxis zu betreiben, werden diese Anforderungen dann einer normativen Kritik unterzogen. Schließlich wird die horizontale Dimension des Rechtsregimes von Politikbewertungen analysiert.

1. Definition des Rechtsregimes von Politikbewertung

Die rechtliche "Speicherfunktion" von Politikbewertung orientiert sich stark am Rechtsrahmen von PISA, berücksichtigt jedoch auch andere genannte OECD-Politiken. Im Folgenden wird daher vorrangig diskutiert, welche prozeduralen oder materiellen Elemente des Rechtsrahmens von PISA für seine Legitimität und Effektivität unentbehrlich sind.

a. Mandat

Ein herausragendes Charakteristikum des rechtlichen Rahmens von PISA ist die Existenz eines klaren rechtlichen Mandats. PISA basiert auf einer Kaskade an Entscheidungen von OECD-Organen, die die wesentlichen Merkmale des Programms vorgeben. Es ist daher kein autonomes Projekt, das von einer internationalen Bü-

¹⁹⁸ Zu unserem Begriff der internationalen Institution siehe von Bogdandy/Dann/Goldmann (Anm. 14).

rokratie auf der Grundlage vager Kompetenzen entwickelt wurde, sondern wurde von den zuständigen politischen Organen der OECD ausdrücklich mandatiert. Dies ist nach den allgemeinen Lehren des Rechts internationaler Organisationen eigentlich nicht erforderlich, insbesondere da PISA keine bindenden Rechtsnormen aufstellt.¹⁹⁹

Angesichts der Tatsache, dass Politikbewertungen im Allgemeinen und PISA im Besonderen nach unserem Verständnis als Ausübung von öffentlicher Gewalt zu qualifizieren sind und damit gesteigerten Legitimitätsanforderungen gerecht werden müssen, sehen wir das Vorhandensein eines Mandats als rechtlich notwendig an. Das Erfordernis einer Rechtsgrundlage ist einer der grundlegendsten Mittel des öffentlichen Rechts, um Legitimität zu sichern.²⁰⁰ Ein Mandat kann sich aus dem Gründungsvertrag ergeben, wenn dieser ein solches Projekt mit hinreichender Bestimmtheit vorsieht. Meistens wird es jedoch nachfolgender Rechtsakte bedürfen, wie im Fall von PISA. Eine generelle, unspezifische Kompetenzgrundlage wie z.B. Artikel 1 und 5 der OECD-Konvention würde eine Politikbewertung als autonomes Projekt des Sekretariats einer internationalen Organisation nicht legitimieren können.

Zusätzlich trug die zweistufige Annahmeprozedur, bestehend aus Notenwechseln zwischen den Teilnehmerstaaten und der OECD sowie einer nachfolgenden bindenden Entscheidung der OECD, zur Legitimität von PISA bei, indem durch Einbindung nationaler Entscheidungsinstanzen die Auswirkungen von Zwei-Ebenen-Spielen auf nationale Machtgleichgewichte abgefedert werden konnten. Zugleich könnte dadurch das Wirkungspotenzial von PISA gesteigert werden, da diese Einbindung die Folgebereitschaft nationaler Entscheidungsinstanzen erhöhen könnte. Die zweistufige Annahmeprozedur könnte sogar als Ersatz für das Fehlen einer parlamentarischen Ratifikation von PISA betrachtet werden. Diese Gründe sprechen dafür, sie als essentiellen Bestandteil des Rechtsregimes von Politikbewertungen anzusehen.

b. Beachtung wissenschaftlicher Standards und repräsentative Expertise

PISA ist nicht zuletzt deshalb eine Ausübung öffentlicher Gewalt, da es den Anspruch erhebt, auf einer wissenschaftlichen Datengrundlage zu beruhen. Da die Beachtung einschlägiger wissenschaftlicher Standards für die Legitimität und Effektivität von Politikbewertungen von essentieller Bedeutung ist,²⁰¹ sollte sie als Teil des Rechtsregimes dieser Handlungsform angesehen werden.

¹⁹⁹ Im Detail J. Klabbbers, *An Introduction to International Institutional Law* (2002), 60 ff.

²⁰⁰ Für eine rechtsvergleichende Studie siehe A. von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung* (2000), 166 ff.

²⁰¹ Zu den Schwierigkeiten, die entstehen, wenn politische vor wissenschaftliche Erwägungen gestellt werden, siehe M. Prenzel/J. Baumert/E. Kliebe, *Falscher Verdacht*, *Die Zeit*, Nr. 23 (2008), 73 f.

Die erforderliche wissenschaftliche Expertise für die Durchführung von Politikbewertungen ist nicht immer in dem Sekretariat der ausführenden Institution vorhanden. Daher werden vielfach externe Experten beteiligt, im Rahmen von PISA z.B. als Mitglieder der *Functional Expert Groups*.²⁰² Bemerkenswert ist dabei, dass die Mitglieder dieser Expertengruppen nicht allein aufgrund ihrer wissenschaftlichen Qualifikationen, sondern auch nach ihrer Herkunft ausgesucht wurden. So verlangt die "Strategie" eine ausgewogene Länderrepräsentation in den Expertengruppen und sieht vor, dass Staaten, die in einer bestimmten Expertengruppe nicht vertreten sind, einen anderen Experten zu ihrer Vertretung bestimmen.²⁰³

Dies zeigt, dass sich die Urheber von PISA der Tatsache bewusst waren, dass wissenschaftliche Expertise nicht immer kulturell neutral, sondern oft von den Erfahrungen, die der jeweilige Experte in seinem Herkunftsland gemacht hat, geprägt ist. Daher erscheint eine geographisch ausgewogene Auswahl der Experten notwendig, um national oder regional bedingte Voreingenommenheiten zu verhindern. Angesichts der Bedeutung einer einwandfreien wissenschaftlichen Grundlage der Bewertung für die Glaubwürdigkeit von Politikbewertungen sollte eine geographisch repräsentative Auswahl der Experten Teil ihres Rechtsregimes sein.

c. Zugänglichkeit der Bewertung

Die PISA-Ergebnisse werden in einem führenden internationalen Bericht veröffentlicht, der die allgemeinen Ergebnisse darlegt. Ihm folgen mehrere themenbezogene Berichte, mit eingehenderen Analysen. Anders als die meisten anderen statistischen Daten und länderspezifischen Analysen der OECD²⁰⁴ sind die Berichte kostenlos auf der PISA-Website erhältlich. Dies verdeutlicht nicht nur, dass PISA eine Ausübung von öffentlicher Gewalt darstellt, sondern es bietet der interessierten Öffentlichkeit eine Möglichkeit, die Bewertung nachzuprüfen und zu kritisieren – was nicht unerheblich ist angesichts der Rolle, die ihr oft für die nationale Bildungspolitik zukommt. Die öffentliche Zugänglichkeit der Bewertung führt damit zu größerer Rechenschaftspflicht für internationale Institutionen, was sich positiv auf ihre Legitimität auswirken dürfte. Aus diesen Gründen sollte die Öffentlichkeit der Bewertung in einem Umfang, der sinnvolle Kontrolle erlaubt, zu dem Rechtsregime von Politikbewertungen gehören.

d. "National Ownership"

Verschiedene Anzeichen deuten darauf hin, dass "national ownership" im Rahmen von PISA eine wichtige Rolle spielt. Eins davon ist die in den Berichten ausgeübte Zurückhaltung, aus den empirischen Ergebnissen konkrete Empfehlungen abzuleiten; ein anderes ist die minutiös ausgearbeitete Kommunikationsstrategie

²⁰² Oben II.

²⁰³ DEELSA/ED/CERI/CD(97)7, 19.8.1997, Abs. 80.

²⁰⁴ Z.B. die Environmental Performance Reviews oder Economic Surveys.

zur Veröffentlichung der Ergebnisse; und ein drittes Anzeichen ist die Tatsache, dass es den einzelnen Ländern obliegt, die nationalen Daten zu veröffentlichen. Diese Beispiele verdeutlichen, dass die teilnehmenden Staaten die Gestaltung der Studie im größtmöglichen Maße mitbestimmen können sollten.

Die Gründe für dieses Prinzip des *national ownership* könnten in der politischen Komplexität der Internationalisierung eines Bereichs mit hoher Bedeutung für das nationale Selbstverständnis liegen, in dem fehlenden gemeinsamen Verständnis von *best practices*, in der Hoffnung, dadurch PISA wirksamer zu machen,²⁰⁵ oder auch in der spezifischen Explosivität des Bildungsthemas. Zumindest die beiden ersten Gründe bieten eine solide normative Basis für die Aufnahme von *national ownership* in das Rechtsregime von Politikbewertungen. Jedoch schließt dieses Kriterium eine Bewertung gegen den Willen des Staates nicht gänzlich aus. Die Durchsetzung anderer wichtiger internationaler Prinzipien wie der Menschenrechte oder des internationalen Friedens könnte die Durchführung einer Politikbewertung ohne Einwilligung des Staates rechtfertigen.

e. Institutionelle Autonomie bei der Politikentwicklung

Ungeachtet des Prinzips des *national ownership* besitzen die OECD-Gremien beträchtliche Autonomie bei der Entwicklung von PISA. Zwar müssen die wichtigsten Entscheidungen nach dem Prinzip des *national ownership* in politischen, die Mitglieder repräsentierenden Gremien auf Konsens stoßen. Der rechtliche Rahmen und die Praxis des PGB sind jedoch auch durch Mehrheitsentscheidungen gekennzeichnet. Das Sekretariat oder jeder Mitgliedstaat kann ein Thema zur Abstimmung bringen, für die eine Zweidrittelmehrheit genügt. Mehrheitsentscheidungen kommen in der Praxis häufig vor, wenn auch nur in Bezug auf weniger wichtige Fragen.²⁰⁶ Zudem lag die Erarbeitung von PISA zum größten Teil in den Händen von Experten, die derselben epistemischen Gemeinschaft angehören, was ebenfalls Autonomie befördert. Diese Autonomie scheint ein essentielles Element effizienter und effektiver Instrumente internationaler öffentlicher Gewalt zu sein, die unter der Bedingung umfassender Kontrolle durch die Mitgliedstaaten nicht immer möglich wären. Autonomie sollte jedoch nicht als Legalitätsvoraussetzung von Politikbewertungen aufgefasst werden. Denn sie birgt das Risiko nicht verantwortlicher bürokratischer Institutionen. Daher muss sich jede Autonomie innerhalb der internationalen Institution als Ergebnis einer Abwägung zwischen dem Prinzip des *national ownership* und den Erfordernissen der Beachtung wissenschaftlicher Standards und repräsentativer Expertise darstellen lassen.

²⁰⁵ So A. Jakob/K. Martens, Diffusion durch internationale Organisationen: Die Bildungspolitik der OECD, in: K. Holzinger/H.Jörgens/C. Knill (Hrsg.), Transfer, Diffusion und Konvergenz von Politiken (2007), 247-270.

²⁰⁶ Dazu im Detail oben II.

2. Die Verbindlichkeit des Rechtsregimes

Im vorhergehenden Abschnitt wurden unter Punkt (a) bis (d) einige Prinzipien dargestellt, die mögliche "Kandidaten" für das Rechtsregime der Politikbewertung sind. Diese Beschreibung allein erhebt diese Prinzipien noch nicht auf die Stufe dogmatischer Prinzipien, die von Rechts wegen zu beachten sind. Im nationalen Kontext könnte diese Erhebung auf das Rechtsstaatsprinzip gestützt werden. So einfach liegen die Dinge auf der internationalen Ebene leider nicht. Verschiedene Wege bieten sich an, auf denen die erwähnten Prinzipien Rechtsqualität erlangen können, um dadurch zu Kriterien für die Beurteilung der Legalität von Politikbewertungen zu werden.

Wenn eine neue Handlungsform innerhalb des institutionellen Rahmens einer internationalen Institution entwickelt wird, insbesondere innerhalb einer internationalen Organisation, könnte zunächst einmal das Statut dieser Organisation eine Rechtsgrundlage bereitstellen.²⁰⁷ Das Rechtsregime einer Handlungsform kann dann als Konkretisierung von Prinzipien des Gründungsvertrags durch die institutionelle Praxis verstanden werden. Die institutionelle Praxis wird zwar in der Regel nur zur Interpretation des Statuts einer Organisation herangezogen,²⁰⁸ könnte aber durchaus als eigene Rechtsquelle im Sinne institutionsinternen Gewohnheitsrechts angesehen werden. Dieser Ansatz kann im Rahmen einer internen Konstitutionalisierung einer internationalen Organisation stehen. Der Vorteil dieses Ansatzes, der auf die einzelne Organisation bezogen ist, liegt in seiner Flexibilität. Er lässt den Eigenarten der verschiedenen Institutionen genügend Raum. Es ist jedoch schwierig, darüber ein generelles Rechtsregime zu konstruieren, das organisationsübergreifende Bedeutung erlangt.

Um das Rechtsregime einer Handlungsform, die innerhalb einer Institution entwickelt wurde, auf andere Institutionen übertragen zu können, könnte man auf die Verdichtung dieser Handlungsform zu Völkergewohnheitsrecht bauen. Aber in Bezug auf Politikbewertungen ist die Zeit dafür sicherlich noch nicht reif. Eine erfolgsversprechendere Rechtsgrundlage ist die Verankerung in den Menschenrechten, die Ausdruck der Idee individueller Freiheit und damit der normativen Leitlinie dieses Artikels sind. Statt eines globalen Rückgriffs auf ein Cluster an Menschenrechten²⁰⁹ konzentriert sich die Darstellung im Folgenden auf das in Art. 25 (a) des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) niedergelegte Recht, an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten teilzunehmen. Zwar richtet sich diese Norm in erster Linie an Staaten. Aber je mehr öffentliche Gewalt überstaatlichen Institutionen zukommt, desto eher können sie auch als Adressaten dieser Norm angesehen werden. Zudem sind die Staaten verpflich-

²⁰⁷ So von Bogdandy, *General Principles of International Public Authority* (Anm. 16).

²⁰⁸ Alvarez (Anm. 23), 87-92; P. Cahier, *L'ordre juridique interne des organisations internationales*, in: R.-J. Dupuy, *Manuel sur les organisations internationales* (1988), 235-257; Klabbbers (Anm. 79), 234.

²⁰⁹ Vgl. von Bernstorff (Anm. 16).

tet, Mechanismen zur Durchsetzung dieses Rechts gegenüber Trägern von internationaler öffentlicher Gewalt bereitzustellen.²¹⁰ Ist erst einmal ein Rechtsregime für eine Handlungsform mit dem Ziel, ihre Effektivität und Legitimität zu gewährleisten, entworfen worden, wird dadurch ein Standard geschaffen, der als Konkretisierung des Rechts zur Teilnahme an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten angesehen werden kann, und der gegenüber anderen Organisationen angeführt werden kann, die diesem Standard nicht gerecht werden. Zugegebenermaßen ist der Wortlaut von Art. 25 (a) IPbpR eine dünne Grundlage für diese dogmatische Konstruktion. Die Norm sollte jedoch als Ausdruck eines generellen Prinzips des öffentlichen Rechts verstanden werden, nämlich des Erfordernisses der Legitimität von öffentlicher Gewalt.²¹¹

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass wir interne Konstitutionalisierungsprozesse sowie eine auf Art. 25 (a) IPbpR gestützte Argumentation als Erfolg versprechende Ansätze ansehen, um das zuvor deskriptiv erarbeitete rechtliche Regime von Politikbewertung auch für andere Politikbewertungen im Rahmen der OECD sowie langfristig im Rahmen anderer Organisationen einzufordern. Abermals, dieses Rechtsregime enthält keine zwingende Schlussfolgerung. Wir denken jedoch, dass unser Vorschlag juristisch vertretbar ist. Zwar gibt es wenige Mechanismen, um ihn in einer Weise zu implementieren, wie es die deutschen oder italienischen Verwaltungsgerichte mit Blick auf den Verwaltungsakt oder das *provvedimento* getan haben. Einige internationale Mechanismen stehen jedoch zur Verfügung. Darüber hinaus beginnen nationale Gerichte, strengere Maßstäbe an die Ausübung von öffentlicher Gewalt durch internationale Institutionen anzulegen. Nicht zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass auch dogmatische Vorschläge über die Gremien internationaler Organisationen auf die Etablierung neuer Politiken bzw. die Fortschreibung bestehender Politiken einwirken können. Auf jeden Fall bietet die obige Destillation einer Handlungsform aus der amorphen Praxis der *Global Governance* eine solide Basis für Kritik an der gegenwärtigen Praxis.

3. Kritik des gegenwärtigen Rechtsregimes

Eine Kritik des gegenwärtigen rechtlichen Rahmens von Politikbewertungen wie PISA kann auf verschiedenen normativen Standpunkten beruhen. Zum einen können höherrangige Rechtsnormen herangezogen werden, wie Verfassungsprinzipien einer internationalen Institution oder völkerrechtliche Prinzipien von verfassungsmäßiger Bedeutung. Zum anderen können Vergleiche mit anderen nationalen oder internationalen Handlungsformen kritische Perspektiven eröffnen.

²¹⁰ Vgl. z.B. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, *Mathews v. UK*, Urteil vom 18.2.1999 [GC], Appl. 24833/94, ECHR 1999-I; von Bogdandy, General Principles of International Public Authority (Anm. 16).

²¹¹ Zur Entwicklung eines solchen Prinzips: N. P e t e r s e n, Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht, 204 Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht (2009).

Auch ökonomische Erwägungen oder Argumente aus der politischen Theorie können in Anschlag gebracht werden. Natürlich können auf Grundlage der Rechtsvergleichung, der Ökonomik oder der politischen Theorie nur Empfehlungen für die Verbesserung des Rechtsregimes von Politikbewertungen formuliert werden, die keinen rechtlich bindenden Charakter haben.

Obwohl dies nicht die hauptsächliche Stoßrichtung dieses Beitrags ist, soll auf einen Aspekt hier näher eingegangen werden. Von der Warte der politischen Theorie lässt sich argumentieren, dass das Rechtsregime von Politikbewertungen nicht genügend Sensibilität für die Kompetenzen substaatlicher politischer Einheiten aufweist. Diese Frage ist aus Sicht der Grundprämissen dieses Beitrags relevant, da die föderale Organisation eines Staats Auswirkung hat auf die Verwirklichung individueller Selbstbestimmung.

Wie bereits erwähnt, erlaubte die zweistufige Annahmeprozedur von PISA es den Staaten, substaatliche Einheiten in den nationalen Entscheidungsprozess miteinzubeziehen. Substaatliche Einheiten waren jedoch im PGB nicht vertreten. Während dies den etablierten Prinzipien des Völkerrechts entspricht, nach denen die interne Struktur eines Staats auf der internationalen Ebene keine Rolle spielt,²¹² ist fraglich, ob dies aus Sicht der erwähnten Prämissen noch überzeugt.

Deutschland hat darauf präventiv reagiert. Da der Bundesregierung nach dem Grundgesetz weitestgehend die Zuständigkeit für die Schulpolitik fehlt, nimmt ein Vertreter der Länder an den PGB-Sitzungen teil, der sich mit den Vertretern der Bundesregierung auf eine Position einigen muss.²¹³ Zumindest in der Theorie soll sich der Vertreter der Länder mit seinen Kollegen aus den übrigen Ländern abstimmen. Sofern dieses Modell sich auch in der Praxis bewährt, könnte es auch im institutionellen Recht der OECD Niederschlag finden. Damit würde verhindert, dass die Internationalisierung von Bereichen, die in die Kompetenz von substaatlichen Einheiten fallen, größere Friktionen in der Inputlegitimität verursacht als die Internationalisierung von Kompetenzbereichen der gesamtstaatlichen Regierungen.

4. Horizontale Auswirkungen der Handlungsform

Zum Schluss sei untersucht, ob die Entwicklung von Politikbewertung als Handlungsform am Beispiel von PISA rechtliche Auswirkungen auf die Tätigkeit anderer internationaler Organisationen im betroffenen Politikbereich haben kann. Die OECD ist keineswegs die einzige internationale Organisation, die sich

²¹² Siehe Art. 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention.

²¹³ Vereinbarung zwischen Bund und Ländern über die wesentlichen Elemente einer Beteiligung vom 18.12.1997. Nach der Föderalismusreform von 2006 steht die Beteiligung von Vertretern der Länder nun auf einer solideren verfassungsrechtlichen Grundlage: Der neue Art. 91b Abs. 2 GG sieht vor, dass Bund und Länder auf Grund von Vereinbarungen zur Feststellung der Leistungsfähigkeit des Bildungswesens im internationalen Vergleich und bei diesbezüglichen Berichten und Empfehlungen zusammenwirken können.

für Bildungsfragen interessiert. *Global Governance* im Bereich der Bildungspolitik ist vielmehr durch sich überschneidende Mandate und Kompetenzen gekennzeichnet, die meistens nicht die Kompetenz zur Rechtssetzung umfassen. So werden Bildungsfragen bereits seit Jahrzehnten von der EU thematisiert,²¹⁴ obwohl ihr die Kompetenz zum Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen im Bildungswesen fehlt.²¹⁵ Die EU hat jedoch unter anderem ein Informationsnetzwerk für Bildung eingerichtet.²¹⁶ Auch die UNESCO ist im Bildungsbereich aktiv, vom Grund- bis zum Hochschulwesen, mit besonderem Schwerpunkt auf diesbezüglicher Entwicklungshilfe. Zudem fungiert die UNESCO als Informationsplattform. So hält das UNESCO "Institute for Statistics" Daten über alle bildungsbezogenen Aktivitäten der Organisation und ihrer Mitgliedstaaten bereit. Zusammen mit der OECD betreibt es das "World Indicators Project", eine Schülerleistungsmessung in 19 Staaten mit mittlerem Entwicklungsstand, die von der Weltbank finanziert wird. Auf regionaler Ebene haben europäische Bildungsminister den sogenannten Bologna-Prozess für die Hochschulbildung in Gang gesetzt.²¹⁷ Und der Europarat dient als Plattform für die Entwicklung von *best practices* in Bezug auf Bildungsinhalte.²¹⁸ Schließlich hat die International Association for the Evaluation of Educational Achievements zahlreiche empirische Schülerleistungsmessungen durchgeführt, lange bevor die OECD auf den Zug aufgesprungen ist.²¹⁹

Diese Vielfalt von Akteuren, Kompetenzen und Programmen weist auf die Debatte um die Fragmentierung des Völkerrechts. Normalerweise geht es dabei um die Kollision von Rechtsnormen oder gerichtlichen Zuständigkeiten. Im Fall von *governance by information* können solche Kollisionen nicht entstehen. Denkbar sind aber "Informations-Kollisionen", d.h. Situationen, in denen die in einem *Governance*-Mechanismus erzeugten Informationen der Funktionslogik anderer *Governance*-Mechanismen nicht gerecht werden. Gedacht ist hierbei nicht an die Produktion inhaltlich widersprüchlicher Informationen, sondern eher an Widersprüche im Umgang mit Informationen.

Ein Beispiel mag dieses Risiko illustrieren: Im Jahr 2006 besuchte Vernor Muñoz Villalobos, der UN-Sonderberichterstatter für das Recht auf Bildung, in Ausübung eines Mandats der UN-Menschenrechtskommission fünf Staaten, um

²¹⁴ Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Minister für Bildungswesen mit einem Aktionsprogramm im Bildungsbereich vom 9.2.1976, Abl. Nr. C 38 vom 19.2.1976, 1; siehe weiter A. Augenti/L. Amattucci, *Le organizzazioni internazionali e le politiche educative* (1998), 125-188.

²¹⁵ Artikel 149 Abs. 4 EG.

²¹⁶ Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Minister für das Bildungswesen zum Bildungsinformationsnetzwerk der Europäischen Gemeinschaft EURYDICE vom 6.12.1990, Abl. Nr. C 329 vom 31.12.1990, 23.

²¹⁷ Siehe die Bologna-Deklaration, <http://www.bologna-berlin2003.de/pdf/bologna_declaration.pdf> (17.7.2008).

²¹⁸ Siehe <http://www.coe.int/T/DG4/HigherEducation/Resources/Recommendations_EN.asp#TopOfPage> (17.7.2008).

²¹⁹ Zu den Aktivitäten der IEA siehe Goldmann (Anm. 104).

den dortigen Verwirklichungsstand des Rechts auf Bildung zu ermitteln.²²⁰ Deutschland war eines dieser Länder. Der Besuch des Sonderberichterstatters und die von ihm ausgesprochenen Empfehlungen lösten hier ein beachtliches mediales Echo aus – wie es angesichts der anhaltenden Nachwirkungen des “PISA-Schocks” nicht anders zu erwarten gewesen war. In seiner Bewertung Deutschlands stützte sich der Sonderberichterstatter weitgehend auf die PISA-Ergebnisse.²²¹ Seine Empfehlung, insbesondere diejenige, das dreigliedrige deutsche Schulsystem mit Hauptschule, Realschule und Gymnasium zu überdenken,²²² führte zu Verstimmung bei deutschen Politikern.²²³ Der Sonderberichterstatter berief sich auf PISA-Ergebnisse zu sozialer Ungleichheit, um seine Ansicht zu untermauern.²²⁴ Eine aufmerksame Lektüre seines Berichts ergibt, dass er dabei klarstellte, dass die PISA-Berichte zwar einen signifikanten Zusammenhang feststellten zwischen dem sozialen Hintergrund der Schüler und der Wahrscheinlichkeit, dass sie eine bestimmte weiterführende Schule besuchen würden, dafür aber nicht dem dreigliedrigen Schulsystem die Schuld gaben.²²⁵ Vielmehr stützte Muñoz seine diesbezügliche Empfehlung hauptsächlich auf die während seines Deutschlandbesuchs gewonnenen Erkenntnisse.²²⁶

Welche Lehre kann aus diesem Beispiel gezogen werden? Hätte Herr Muñoz sich in seinen Schlussfolgerungen in einer Weise auf die PISA-Berichte bezogen, die mit deren Inhalt unvereinbar gewesen wäre, hätte er durch seine Empfehlungen gerade das erreicht, was das Prinzip des *national ownerships* zu verhindern sucht. Man kann darüber spekulieren, ob Herr Muñoz davon Abstand nahm, weil er davon überzeugt war, dass es empirisch falsch wäre, oder weil er dem Konzept des *national ownership* mit seinem hohen Stellenwert im Rechtsrahmen von PISA Respekt erweisen wollte. Was auch immer seine Gründe gewesen sein mögen, wir sind der Auffassung, dass es rechtliche Gründe dafür gegeben hätte, das Prinzip des *national ownership* von PISA auch im Rahmen der UNO zu respektieren und die Ergebnisse nicht in einer vom PGB nicht autorisierten Weise zu verwenden. Eine rechtliche Grundlage findet diese Auffassung in dem Prinzip des gegenseitigen Respekts und der Kooperation, das auf alle internationalen Rechtsregime anwendbar ist, die sich in denselben oder in sich überschneidenden Themengebieten betätigen. Ähnlich dem Vorschlag von Ruffert könnte man argumentieren, dass

²²⁰ Zum Mandat des Sonderberichterstatters siehe Resolution 1998/33 der UN-Menschenrechtskommission, Doc. E/CN.4/RES/1998/33 vom 17.4.1998 (seitdem mehrfach erneuert).

²²¹ UN-Generalversammlung, Report of the Special Rapporteur on the right to education, Vernor Muñoz Villalobos, Addendum, Mission to Germany, Doc. A/HRC/4/29/Add.3, vom 9.3.2007, <<http://www.universalhumanrightsindex.org/documents/838/1082/document/en/pdf/text.pdf>> (18.7.2008).

²²² *Ibid.*, Abs. 59.

²²³ Der Spiegel, Uno-Bildungsbericht sorgt für Wirbel, <<http://www.spiegel.de/schulspiegel/0,1518,472906,00.html>> (18.7.2008).

²²⁴ Report of the Special Rapporteur (Anm. 221), Abs. 59.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Report of the Special Rapporteur (Anm. 221), Abs. 60.

diesem Grundsatz die Bedeutung eines Verfassungsprinzips der gegenwärtigen internationalen Rechtsordnung zukommt.²²⁷

VI. Die Rechenschaftspflicht von Regierungen: Glänzende Aussichten für Politikbewertungen?

Diese Untersuchung hat einen theoretischen und dogmatischen Rahmen für die rechtliche Analyse von *Governance*-Mechanismen entwickelt, die über die Bewertung staatlicher Politik operieren. Am Beispiel von PISA wurde gezeigt, dass dieses Instrument einen ausgefeilten Rechtsrahmen haben kann, der zur Legitimität, Effizienz und Effektivität der dadurch ausgeübten öffentlichen Gewalt beiträgt. Handlungsformen sind eine nützliche dogmatische Kategorie, um grundlegende rechtliche Elemente und Prinzipien daraus zu abstrahieren. Diese Abstraktion ermöglicht Kritik aus verschiedenen normativen Blickwinkeln. Zusätzlich erleichtert die Entwicklung von Handlungsformen den Entscheidungsträgern in internationalen Institutionen, diese Art der *Governance* auf andere Sachbereiche zu übertragen. Ist ein solches Regime erst einmal auf abstrakter Ebene als legitim und effizient anerkannt, kann es einen Rationalisierungseffekt durch die Gewährleistung von Legitimität und Effizienz in der Anwendung auf eine Vielzahl von Fällen produzieren.

Zu guter Letzt sei daran erinnert, dass Politikbewertung ein wertvolles Instrument dafür ist, nationale Regierungen für ihre Leistungen verantwortlich zu machen. Da die Resultate der Politik von Regierung und Verwaltung zu ihrer Legitimität beitragen, könnte man *de lege ferenda* gar darüber nachdenken, nationale Regierungen völkerrechtlich dazu zu verpflichten, auf diese Weise Rechenschaft abzuleisten. In einer Zeit, in der die einzelnen Staaten immer weniger dazu in der Lage sind, den Herausforderungen einer globalisierten Welt allein gerecht zu werden, und in der ihre Bürger und Ökonomien auf weltweiten Märkten bestehen müssen, besteht die Gefahr, dass die Legitimität des staatsbasierten internationalen Rechtssystems schwinden könnte, wenn die Staaten nicht weiterhin Leistungen auf hohem Niveau erbringen. Bislang stellt es für Staaten nur eine moralische, bestenfalls eine politische Pflicht dar, sich regelmäßigen internationalen Leistungsbewertungen zu unterziehen. Mit fortschreitender Globalisierung jedoch könnte sich diese Pflicht zu einer rechtlichen entwickeln, ähnlich der Pflicht zur Beteiligung der Bürger an der Regelung öffentlicher Angelegenheiten.

²²⁷ M. Ruffert, Zuständigkeitsgrenzen internationaler Organisationen im institutionellen Rahmen der internationalen Gemeinschaft, 38 Archiv des Völkerrechts (2000), 129-68, 160-3.

Summary²²⁸

The Exercise of International Public Authority Through National Policy Assessment

The PISA Study of the OECD as a Template for a New International Standard Legal Instrument

The OECD Programme for International Student Assessment (PISA) is probably the most prominent signpost for the internationalization of educational policy. PISA reports on the performance of secondary school students have become an important factor for educational policy-making in the developed world. In some states PISA has spurred more educational reforms than anything before it during the last decades. What is more, PISA succeeded in shifting states' approach and focus in a most sensitive area of domestic policy touching on social justice and the self-understanding of the citizenry: Because of PISA, policy-making in the field of school education changed from normative, input-oriented reasoning to comparative, empirical, output-oriented analysis. The international plane succeeded in establishing itself as indispensable in a field thus far essentially conceived as domestic.

PISA owes its impact on educational policy to a mode of governance which we call "governance by information". It describes mechanisms which impact on a given policy field by shaping the cognitive framework of policy-making through the collection, processing and dissemination of information. International and supranational institutions increasingly engage in governance by information. This article explores the repercussions of such governance for international law in an approach that stresses the "publicness" of public international law and the role of international institutional law in framing global governance.

Thus far, these questions have been hardly explored, in spite of the enormous impact of PISA on national policy. We hypothesize that this is because the knowledge and experience of international lawyers relate mostly to international treaties and other binding legal instruments. Governance by information, by contrast, shapes society indirectly through instruments which establish or contribute to the cognitive setting within which policy-makers operate. But since no legal obligations are imposed by such instruments upon states or individuals, governance by information eludes the established perspective of international lawyers, just as many other instruments, actors and processes of global governance do.

In the article, we first provide an overview of PISA and its legal framework (II.). Thereafter, we explain why PISA should be considered an exercise of public authority and why it therefore needs a solid public law framework. This part develops a concept of international public authority that focuses on the social relevance of official acts and their impact on individual liberty (III.). Third, we explore on a theoretical level how a legal framework could be established for new forms of public authority. In the tradition of German and Italian public law scholarship we propose the doctrinal construction of "standard instruments" (*Handlungsformen*). This doctrinal construction does not rest on the belief that legal concepts automatically evoke legitimacy. Rather, it stresses the communicative function of legal

²²⁸ Summary by the authors.

doctrine, which provides a stable basis for the exercise of authority while at the same time serving as a forum for contestation (IV.).

In the following part, we construct and propose a standard instrument called a “National Policy Assessment” (*Politikbewertung*) which is designed to grasp the thrust of PISA and similar policies in a legally significant manner. Subsequently, the legal regime of the National Policy Assessment is developed by identifying basic legal elements within the legal framework of PISA which we deem fundamental for determining the legitimacy and effective functioning of this standard instrument. These elements relate to the mandate on which the National Policy Assessment needs to be based, the application it makes of scientific standards and the representativeness of its expertise, access to the assessment data, and national ownership of the assessment results. After a critical appraisal of these elements, we consider the repercussions of the legal regime of the National Policy Assessment for other international institutions venturing in the area of education (V.).

The example of PISA demonstrates that governance by information is based on a quite elaborate legal framework. Standard instruments are a useful doctrinal category for abstracting basic legal elements and principles from this framework, which adds to the legitimacy and effectiveness of the authority thus exercised. This abstraction also facilitates criticism from various theoretical vantage points. Moreover, the establishment of standard instruments gives policy-makers in international institutions a resource for transposing this type of governance to other issue areas. Once such a legal regime is sufficiently complex to ensure legitimacy and efficiency, it might be applied to other areas. In this respect, the doctrinal conceptualization of standard instruments has a rationalizing and clarifying effect.

Lastly, we see the National Policy Assessment as a valuable tool for holding national governments accountable for their performance. As performance has an impact on the legitimacy of public authority, it would be worthwhile to consider to what extent national governments might be obliged *de lege ferenda* to expose themselves to such accountability mechanisms. As states are less and less able to meet the needs of their citizens in a globalized world, and as their economies must compete in worldwide markets, the legitimacy of the state-based structure of the international legal order might fade if states do not continue to perform on a high level.