

**DE GRUYTER**

# **VVDStRL 75**

*Veröffentlichungen der Vereinigung  
der Deutschen Staatsrechtslehrer*

## **VERFASSUNG ALS ORDNUNGSKONZEPT**

*Franz C. Mayer, Hans Michael Heinig*  
**VERFASSUNG IM NATIONALSTAAT**

*Lothar Michael, Ferdinand Wollenschläger*  
**VERFASSUNG IM ALLGEMEINEN  
VERWALTUNGSRECHT**

*Christian Seiler, Bernhard W. Wegener*  
**VERFASSUNG IN AUSGEWÄHLTEN  
TEILRECHTSORDNUNGEN**

*Axel Tschentscher, Heike Krieger*  
**VERFASSUNG IM VÖLKERRECHT**

**Veröffentlichungen  
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**  

---

**Band 75**

---

**VERFASSUNG ALS ORDNUNGSKONZEPT**

Franz C. Mayer, Hans Michael Heinig

**Verfassung im Nationalstaat:  
Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?**

Lothar Michael, Ferdinand Wollenschläger

**Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht:  
Bedeutungsverlust durch Europäisierung und  
Emanzipation?**

Bernhard W. Wegener, Christian Seiler

**Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen:  
Konstitutionalisierung und Gegenbewegungen –  
Sicherheitsrecht / Steuerrecht**

Axel Tschentscher, Heike Krieger

**Verfassung im Völkerrecht:  
Konstitutionelle Elemente jenseits des Staates?**

Berichte und Diskussionen  
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer  
in Speyer vom 7.–10. Oktober 2015

De Gruyter

Redaktion: Prof. Dr. Uwe Volkmann (Frankfurt am Main)

ISBN 978-3-11-044295-3  
e-ISBN (PDF) 978-3-11-044325-7  
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-043521-4

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2016 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston  
Satz: Satzstudio Borngräber, Dessau-Roßlau  
Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen  
♻ Gedruckt auf säurefreiem Papier  
Printed in Germany

[www.degruyter.com](http://www.degruyter.com)

## Inhalt

Jahrestagung 2015. ....	5
-------------------------	---

### Verfassung als Ordnungskonzept

#### Erster Beratungsgegenstand

##### *Verfassung im Nationalstaat:*

##### *Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?*

1. Referat von Professor Dr. Franz C. Mayer .....	7
Leitsätze des Referenten .....	59
2. Referat von Professor Dr. Hans Michael Heinig .....	65
Leitsätze des Referenten .....	99
3. Aussprache und Schlussworte .....	105

#### Zweiter Beratungsgegenstand

##### *Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?*

1. Referat von Professor Dr. Lothar Michael. ....	131
Leitsätze des Referenten .....	182
2. Referat von Professor Dr. Ferdinand Wollenschläger .....	187
Leitsätze des Referenten .....	259
3. Aussprache und Schlussworte .....	265

#### Dritter Beratungsgegenstand

##### *Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen: Konstitutionalisierung und Gegenbewegungen – Sicherheitsrecht / Steuerrecht*

1. Referat von Professor Dr. Bernhard W. Wegener .....	293
Leitsätze des Referenten .....	327
2. Referat von Professor Dr. Christian Seiler .....	333
Leitsätze des Referenten .....	368
3. Aussprache und Schlussworte .....	373

## Vierter Beratungsgegenstand

*Verfassung im Völkerrecht:**Konstitutionelle Elemente jenseits des Staates?*

1. Referat von Professor Dr. Axel Tschentscher .....	407
Leitsätze des Referenten .....	436
2. Referat von Professor Dr. Heike Krieger .....	439
Leitsätze der Referentin .....	469
3. Aussprache und Schlussworte .....	473
Verzeichnis der Redner .....	497
Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer .....	499
Satzung der Vereinigung .....	583

## Jahrestagung 2015

Die 75. Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer e.V. fand vom 7.–10. Oktober 2015 an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften in Speyer statt. An ihr nahmen 312 Mitglieder, 36 Gäste und 61 Begleitpersonen teil. Der herzliche Dank der gesamten Vereinigung gilt dem kooptierten Vorstandsmitglied *Wolfgang Weiß*, der mit seinem Team überaus engagierter Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter die Tagung in einer Weise organisiert hatte, dass sie allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern noch lange in bester Erinnerung sein wird.

Die Mitglieder gedachten in der Versammlung am 7. Oktober 2015 der seit der letzten Jahrestagung verstorbenen Mitglieder *Heinrich Siedentopf*, *Hans F. Zacher*, *Manfred Zuleeg*, *Karl Matthias Meessen*, *Dieter Wyduckel*, *Willi Blümel* und *Ulrich Beyerlin*. Die Vereinigung wird ihnen ein ehrendes Andenken bewahren.

Die Gesprächskreise „Verwaltung“, „Europäisches Verfassungsrecht“ und „Grundlagen des Öffentlichen Rechts“ tagten am Vormittag des 7. Oktober 2015. Im Gesprächskreis „Verwaltung“ referierte *Wolfgang Hoffmann-Riem* über „Außerjuridisches Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht“. *Wolfram Cremer* und *Markus Krajewski* sprachen im Gesprächskreis „Europäisches Verfassungsrecht“ über die Themen „Auf dem Weg zu einer europäischen Wirtschaftsregierung?“ bzw. „Normative Grundlagen der EU-Außenwirtschaftsbeziehungen: Verbindlich, umsetzbar und angewandt?“. *Oliver Lepsius* referierte im Gesprächskreis „Grundlagen des Öffentlichen Rechts“ über „Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft“. *Anne Peters* und *Ino Augsberg* gaben Kommentare ab.

Der Vorstand hat die Verfassung als Idee und Konzept, ihre Funktionen und ihre Bedeutung innerhalb der politischen Ordnung wie der Rechtsordnung zum Leitthema der Jahrestagung 2015 bestimmt. *Uwe Volkmann* und *Anne Peters* leiteten die Aussprachen. Die Jahrestagung 2015 war zugleich die 75. Jahrestagung (zusätzlich gab es im April 1990 eine Sondertagung aus Anlass der deutschen Wiedervereinigung) und sie fand 25 Jahre nach der vollzogenen Wiedervereinigung statt. Zugleich war es die zweite Jahrestagung in Speyer, nachdem sich die Vereinigung dort erstmals im Jahr 1970 versammelt hatte. Der Tag der Mitgliederversammlung der 50. Jahrestagung am 3. Oktober 1990 fiel auf den Tag des Beitritts der DDR zur Bundesrepublik Deutschland. Der damalige Vorsitzende *Klaus Vogel* hatte zu Beginn der Mitgliederversammlung unter anderem festgestellt: „Ein herausgehobener Tag von wahrhaft historischer Bedeutung ist der heutige Tag auch deshalb, weil der Geist, der die Überwindung der Verskla-

zung einer Hälfte Europas ermöglicht hat, seine Stärke aus der werbenden Kraft der Prinzipien einer rechtsstaatlichen Verfassung bezogen hat. Auch das geht nicht nur Deutschland an, und wen ginge es stärker an als den Verfassungsrechtler?“.

Am Vorabend der Tagung traf sich der Vorstand der Vereinigung mit allen 15 neu aufgenommenen Mitgliedern sowie deren Mentorinnen und Mentoren. Der Oberbürgermeister der Stadt Speyer, *Hansjörg Eger*, empfing zusammen mit dem Rektor der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften und vormaligem Vorsitzenden unserer Vereinigung, *Joachim Wieland*, die Mitglieder der Vereinigung und ihre Begleitung am Mittwochabend im Historischen Museum der Pfalz. Am Donnerstagabend genossen die Teilnehmer einen Empfang der Landesregierung Rheinland-Pfalz auf dem Hambacher Schloss, eingeleitet durch den Justizminister dieses Landes, Herrn Kollegen *Gerhard Robbers*.

Die Abschlussfeier am Freitagabend fand in festlichem Rahmen in Mannheim statt. Die Tagung endete am Samstag mit einem Ausflug in die „Deutsche Toskana“ und die Villa Ludwigshöhe in der Pfalz.

*Martin Burgi*

Erster Beratungsgegenstand:

## **Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?**

1. Referat von Professor Dr. *Franz C. Mayer*, Bielefeld\*

### Inhalt

	Seite
I. Einleitung .....	8
II. Ursachen .....	10
III. Wirkungen .....	14
1. Textbefund: Der nationale Verfassungstext als „Hypertext“ .....	14
2. Verfassungsfunktionen .....	15
a) Verfassungsorgane .....	16
b) Freiheitssicherung .....	18
c) Andere Verfassungsfunktionen .....	19
3. Zwischenergebnis .....	22
IV. Deutungen .....	23
1. Verfassungsmonismus .....	24
a) Nationaler Verfassungsmonismus – Verfassungstraditionalismus .....	24
b) Europäischer Verfassungsmonismus .....	27
2. Verfassungspluralismus und Verfassungsverbund .....	28
a) Grundannahmen .....	28
b) Verfassungsverbund .....	33
c) Kritik und Einwände .....	35
3. Zwischenbefund – Kooperativer Verfassungspluralismus als Perspektive .....	37
V. Kooperativer Verfassungspluralismus – Folgerungen .....	38
1. Verhältnisbestimmung: Permeabilität .....	38

---

\* Meinen Bielefelder Mitarbeitern danke ich sehr herzlich für die engagierte und wertvolle Unterstützung bei der Vorbereitung dieses Beitrags. *Claudio Franzius*, *Mattias Wendel* und *Edgar Lenski* bin ich sehr dankbar für die unermüdete Bereitschaft, Ideen, Konzepte und Formulierungen für verschiedene Textstufen dieses Beitrags intensiv zu diskutieren.



2. Vorrang, Vorherrschaft und nationale Verfassungsidentität:	
Responsivität . . . . .	41
a) Vorrang und Hierarchie . . . . .	41
b) Vorrang und Identität. . . . .	43
3. Legitimationsfragen – Bürgerschaft und Kollektiv . . . . .	49
4. Souveränität oder Autonomie? . . . . .	51
5. Zwischenergebnis . . . . .	54
VI. Ausblick – Die Verfassung im 21. Jahrhundert und die europäische Integration am Scheideweg . . . . .	55
VII. Schlussbetrachtung . . . . .	58

*Un jour viendra où [...] vous toutes, nations  
du continent, sans perdre vos qualités  
distinctes et votre glorieuse individualité,  
vous vous fondrez étroitement dans une  
unité supérieure, et vous constituerez la  
fraternité européenne....*

*Victor Hugo, 1849<sup>1</sup>*

## I. Einleitung

*Konrad Hesse* hat vor dieser Vereinigung 1958 über das Erfordernis der „Wirklichkeitsbezogenheit der rechtlichen Verfassung“<sup>2</sup> gesprochen. Die Wirklichkeit scheint indessen für Europathemen alles andere als günstig.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *V. Hugo* Discours d’ouverture du Congrès de la Paix de Paris (1849), abgedruckt in: J.-P. Jourdan (Hrsg.) Documents d’histoire contemporaine, Vol. I, Le XIXe siècle, 2002, 92.

<sup>2</sup> *K. Hesse* Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17 (1959), 11 (14).

<sup>3</sup> „L’Europe est malade“, *L. Burgogue-Larsen* Chronique de jurisprudence européenne comparée (2014), RDP 2015, 1127 (1128). Zu nennen sind die seit Mai 2010 anhaltende Eurokrise (Staatschuldenkrise) insbesondere um Griechenland und den Zusammenhalt der Euro-Zone („Grexit“), ein durch den Wahlsieg der Konservativen Partei um *David Cameron* im Mai 2015 zunehmend möglicher Austritt Großbritanniens aus der EU („Brexit“), separatistische Tendenzen in Katalonien und Schottland mit möglichen Folgen für die Zusammensetzung der EU, die 2015 durch die anhaltende Kriegssituation in Syrien insbesondere in Deutschland spürbar verschärfte Flüchtlingskrise sowie die nationalpopulistischen Tendenzen allerorten. Für eine allgemeineren Einordnung der Entwicklung *C. J. Bickerton u.a.* The New Intergovernmentalism: European Integration in the Post-Maastricht Era, JCMS 53 (2015), 703. Auch die wissenschaftliche Diskussion ist indessen möglicherweise an vielen Stellen europakritischer als früher. In den Sozialwissenschaften etabliert sich sogar ein Forschungsgebiet der „Desintegrationsforschung“, s. etwa *A. Eppler/H. Scheller* (Hrsg.) Zur Konzeptionalisierung europäischer Desintegration, 2013; *H. Vollaard* Explaining European Disintegration, JCMS 52 (2014), 1142. Kritische Ausein-

Ist die in der Themenstellung angedeutete Einordnung der nationalen Verfassung als europäische Teilverfassung<sup>4</sup> womöglich völlig unzeitgemäß? Nein. Nicht zuletzt mit Blick auf das nach wie vor bestehende Staatsziel Vereintes Europa im Grundgesetz ist gerade die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft dazu aufgerufen, sich zu diesem Verfassungsauftrag gerade in diesen schwierigen Zeiten konstruktiv zu positionieren.

Das Thema ist nicht auf das Grundgesetz verengt, gefragt ist nach der Verfassung<sup>5</sup> im Nationalstaat.<sup>6</sup> Daher werde ich am Grundgesetz erhobene Verfassungsbefunde nachfolgend rechtsvergleichend flankieren.

---

andersetzung mit diesem Forschungstrend in *F. C. Mayer* Von blinden Männern und Elefanten: was kann und sollte die Rechtswissenschaft gegen die „Desintegration“ Europas tun?, <http://www.verfassungsblog.de/von-blinden-maennern-und-elefanten-was-kann-und-sollte-die-rechtswissenschaft-gegen-die-desintegration-europas-tun>.

<sup>4</sup> Von Teilverfassung sprechen beispielsweise *J. A. Frowein* Die Verfassung der Europäischen Union aus Sicht der Mitgliedstaaten, *EuR* 1995, 315 (318); *A. v. Bogdandy* Zweierlei Verfassungsrecht, *Der Staat* 39 (2000), 163 (167); *I. Pernice* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, *VVDStRL* 60 (2001), 148 (176); *P. Häberle* Das Grundgesetz als Teilverfassung im Kontext der EU/EG – eine Problemskizze, *FS Schiedermaier*, 2001, 81; *ders.* Universaler Konstitutionalismus aus nationalen und völkerrechtlichen Teilverfassungen – sieben Thesen, *JöR n.F.* 62 (2014), 417. S. auch *T. Vesting/S. Koriotoh* Einleitung, in: *dies.* (Hrsg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, 2011, 1 (4) zu Teilverfassungen lange vor der Globalisierung und Europäisierung; im selben Band stellt *Dieter Grimm* fest, dass „die Verfassung ihren umfassenden Regelungsanspruch nicht mehr einlösen kann. Sie wird Teilverfassung.“, *D. Grimm* Verfassungsbilanz – ein Resümee, in: *T. Vesting/S. Koriotoh* (Hrsg.) *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, 2011, 379 (389).

<sup>5</sup> Zu „Verfassung“ variieren die Bedeutungsgehalte bereits zwischen den Mitgliedstaaten der EU erheblich. S. dazu *I. Pernice* Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 4), 156 ff.; *P. Cruz Villalón* Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich, in *A. v. Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber* (Hrsg.) *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. I, 2007, § 13 Rn. 61 ff. S. für Deutschland *K.-P. Sommermann* Deutschland, ebd., § 14 Rn. 6 ff., 61 und *D. Zacharias* Verfassungsrechtliche Terminologie und Begrifflichkeit im europäischen Rechtsraum, ebd., § 40 Rn. 5 ff. Zum Verfassungsvergleich allgemein *C. Schönberger* Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild *VRÜ* 2010, 6. Differenzierter Überblick, auch mit vergleichenden Hinweisen, bei *C. Winterhoff* *Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung*, 2007. Zwischen dem deutschen Verfassungsverständnis, das vielfach die Verfassung im Ausgangspunkt vom Staat her denkt und in der westdeutschen Bundesrepublik zu einem Verfassungspatriotismus (dazu unten Fn. 64) überhöht, und dem britischen Verfassungsdenken, das weitgehend ohne Verschriftlichung in einer Urkunde auskommen muss, liegen Verfassungswelten. Aber auch im kontinentalen Verfassungsverständnis bestehen erhebliche konzeptionelle Differenzen, wie bereits der Blick auf Frankreich belegt, wo Verfassungen eher Gebrauchsanleitungen der Macht sind. Für einen Vergleich von Deutschland und Frankreich s. *N. Marsch/Y. Vilain/M. Wendel* (Hrsg.) *Französisches und deutsches Verfassungsrecht*, 2015, insbesondere mit Blick auf die Unterschiede hinsichtlich des Republikprinzips (§ 3, Rn. 7 ff.), des Parlamentarismus (§ 4, Rn. 11 ff.), der Verfassungsgerichtsbarkeit (§ 6,

Warum stellt sich die sonst eher im Bundesstaat für den Gliedstaat diskutierte Frage<sup>7</sup> nach dem Wandel von der Gesamtordnung zur Teilordnung<sup>8</sup> – wie immer man das im Einzelnen definiert – vorliegend überhaupt? Ich will zunächst nach Ursachen fragen (II.) und auf Wirkungen eingehen (III.). Ich werde dann nach einer Behandlung möglicher Deutungen der Vorgänge (IV.) vom Boden eines kooperativen Verfassungspluralismus aus einige Folgerungen ziehen (V.).

## II. Ursachen

Hoheitsgewalt geht heute nicht mehr nur vom Staat aus.<sup>9</sup> Überstaatliche Einrichtungen vom UN-Sicherheitsrat über die WTO bis zur EU wirken in den Rechtskreis des Einzelnen in einer Weise hinein, wie es früher nur Staaten vermochten.<sup>10</sup> Ohne Staat nach den herkömmlichen Definitionen zu sein, ist die EU der Herrschaftsverband, der dem überkommenen Nationalstaat am nächsten gekommen ist.

Die Gründe und Ursachen dafür sind heterogen. Die Rechtlichkeit der europäischen Integration als Rechtsgemeinschaft,<sup>11</sup> verstärkt durch einen

---

Rn. 1 ff.), der Grundrechtsdogmatik (§ 7, Rn. 10 ff.) sowie der verfassungsrechtlichen Grenzbeziehungen gegenüber der europäischen Integration (§ 8, Rn. 58 ff.).

<sup>6</sup> Nationalstaat wird nachfolgend mit Mitgliedstaat der Europäischen Union gleichgesetzt. Dafür, dass im überkommenen staatlichen Gewand auch multinationale Demokratien bestehen können finden sich mit Belgien und Spanien Beispiele auch in der EU, s. in diesem Kontext *A.-G. Gagnon/J. Tully* (Hrsg.) *Multinational Democracies*, 2001.

<sup>7</sup> Dazu *P. Pernthaler* *Der Verfassungskern: Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur*, 1998, 14 mwN.

<sup>8</sup> S. bereits *H. Kelsen* *Allgemeine Staatslehre*, 1925, 199, zu den Teilordnungen im Bundesstaat, erläutert auch in *ders.* *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, RDP 1928, 197 (256 f.).

<sup>9</sup> Zum Wandel der öffentlichen Gewalt *A. v. Bogdandy* *Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen*, HStR XI, § 232 Rn. 12 ff. mit Beispielen dafür, wie überstaatliche Einrichtungen den Freiheitsgebrauch von Rechtssubjekten berühren und sogar mit nicht verbindlichen Akten konditionieren. S. auch *D. Grimm* *Verfassungsbilanz* (Fn. 4), 387: „Die Identität von öffentlicher Gewalt und Staatsgewalt besteht nicht mehr.“

<sup>10</sup> Auf die EMRK werde ich den gemachten Vorgaben zur Themenstellung folgend nicht eingehen. In diesem Kontext ist schon vor einiger Zeit von völkerrechtlichen Nebenverfassungen gesprochen worden, *C. Tomuschat* *Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen*, VVDStRL 36 (1978), 7 (51 f.). S. auch *F. C. Mayer* *Einleitung*, in: *ders./U. Karpenstein* (Hrsg.), *EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar*, 2. Aufl. 2015, Rn. 160.

<sup>11</sup> Vgl. *W. Hallstein* *Der unvollendete Bundesstaat*, 1969, 48. Zum Konzept *F. C. Mayer* *Europa als Rechtsgemeinschaft*, in: *G. F. Schuppert u. a.* (Hrsg.) *Europawissenschaft*, 2005, 429. S. auch *A. Vauchez* *L'Union par le droit*, 2013.

einzigartigen überstaatlichen Gerichtshof (EuGH),<sup>12</sup> führt jedenfalls da, wo ein stark legalistisch geprägtes Verfassungsverständnis vorherrscht,<sup>13</sup> fast zwangsläufig zu einer Verfassungsspannung. Erheblichkeitspotenzial im Hinblick auf die nationalen Verfassungen hat der Vorrang des unmittelbar geltenden Unionsrechts vor dem nationalen Recht,<sup>14</sup> verbunden mit dem Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts.<sup>15</sup> Gedankliche Assoziationen zum Bundesstaat lassen sich hier kaum unterdrücken.<sup>16</sup> Dies gilt auch für den Grundrechtsschutz der Union.<sup>17</sup> Er ist eines ihrer Alleinstellungsmerkmale im überstaatlichen Raum.<sup>18</sup> Keine

---

<sup>12</sup> Zum Konzept eines überstaatlichen Gerichts in Europa bereits *C. F. Ophüls* Juristische Grundgedanken des Schumanplans, NJW 1951, 289 (291); *ders.* Zur ideengeschichtlichen Herkunft der Gemeinschaftsverfassung, FS Hallstein, 1966, 387 (396 ff.). S. auch *E. Stein* Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, AJIL 75 (1981), 1; *K. Alter* Establishing the Supremacy of European Law, 2001; *F. C. Mayer* Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *A. v. Bogdandy/J. Bast* (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., 2009, 559.

<sup>13</sup> Vgl. in diesem Kontext das Wort von einem deutschen Sonderweg im Hinblick auf die Dichte und Systematik verfassungsrechtlicher Vorgaben („kein anderes europäisches Land“) *C. Schönberger* Der Aufstieg der Verfassung: Zweifel an einer geläufigen Triumphgeschichte, in: *T. Vesting/S. Koriath* (Hrsg.) Verfassungsrecht (Fn. 4), 7 (13).

<sup>14</sup> Näher dazu unten, V. 2.

<sup>15</sup> Zu Direktwirkung und Konformauslegung als Verfassungsprinzipien s. *A. v. Bogdandy* Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law, ICON 6 (2008), 397 (398 f.). Die Konformauslegung vermittelt unionsrechtliche Gehalte in verdeckter Form durch das nationale Recht. Zu Konformauslegung als Modus der Europäisierung und Internationalisierung s. auch *F. C. Mayer* Die Internationalisierung des Verwaltungsrechts, Ms. 2005, 297 ff.

<sup>16</sup> Diese Nähe zu den Problempfaden der Diskussionen zum Verfassungsrecht des Bundesstaates gilt ebenso für den gesamten Themenkreis der Kompetenzverteilung, s. dazu die vergleichenden Beiträge in *K. Nicolaidis/R. Howse* (Hrsg.) The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and in the European Union, 2001. S. auch das breit angelegte mehrbändige Werk *M. Cappelletti/M. Seccombe/J.H.H. Weiler* (Hrsg.) Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience, 1986 ff. Für einen Einzelaspekt s. *F. C. Mayer* Kompetenzverschiebungen als Krisenfolge? Die US-Verfassungsentwicklung seit dem New Deal und Lehren für die Euro-Krise, JZ 2014, 593.

<sup>17</sup> Im Zuge der Bundesstaatswerdung der USA ist der Konflikt um den Grundrechtsdurchsetzungsanspruch der Bundesverfassung gegen die Einzelstaaten erst durch den Bürgerkrieg aufgelöst worden, näher dazu *F. C. Mayer* Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, 283 ff.

<sup>18</sup> Zur Entwicklung des Grundrechtsschutzes auf EU-Ebene *I. Pernice* Grundrechtsgelhalte im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979; *J.H.H. Weiler/N.J.S. Lockhart* „Taking Rights Seriously“ Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence, CMLRev. 1995, 51 (Part I) und 579 (Part II); *A. v. Bogdandy* The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union, CMLRev. 2000, 1307; *ders.* Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel, JZ 2001, 15; *F. C. Mayer* in: *E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim* (Hrsg.) Das Recht der Europäischen

andere überstaatliche Entität bietet Grundrechtsschutz gegen ihre eigenen Rechtsakte.<sup>19</sup> Ursächlich ist hier die Kapazität der EU, eigenes Recht zu setzen, und zwar in einer Qualität, Quantität und sachlichen Reichweite, die staatsähnlich ist – ein weiteres Alleinstellungsmerkmal.<sup>20</sup> Die Unionsgrundrechte können aber auch in bestimmten Situationen gegen mitgliedstaatliches Recht geltend gemacht werden. Dies kann zu Überlappungen und Überschneidungen mit der nationalen Verfassung und zu Spannungen führen.<sup>21</sup> Die negative Integration über Verbotsnormen wie die Grundfreiheiten oder das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wirken tief in die nationalen Rechtsordnungen hinein.<sup>22</sup>

Die Union verfügt mit einem weltweit einzigartigen direkt gewählten überstaatlichen Parlament über ein Alleinstellungsmerkmal auch in organisatorisch-legitimatorischer Hinsicht. Aber auch die Inanspruchnahme nationaler Organisations- und Verfassungsressourcen prägt die EU: Beispiele sind die Regierungen, die im Rat und im Europäischen Rat mit dem Europäischen Parlament die europäische Politik gestalten,<sup>23</sup> die nationalen

---

Union, Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze (Nach Art. 6 EUV) (2010), Rn. 4 ff.; umfassend C. Grabenwarter (Hrsg.) *Europäischer Grundrechtsschutz*, Enzyklopädie Europarecht, Band 2, 2014.

<sup>19</sup> Außer Betracht bleiben bei dieser Aussage die regelmäßig bei Internationalen Organisationen bestehenden Dienstgerichte für die eigenen Bediensteten.

<sup>20</sup> Die sachliche Bandbreite möglicher Unionsaktivität deckt ein weites Feld ab: Außenzölle, Währungspolitik, Binnenmarkt, Binnenmarktflankierung (Umwelt- und Verbraucherschutz). In den Art. 2 bis 6 AEUV sind die Arten und Bereiche der Zuständigkeiten der Union seit dem Vertrag von Lissabon 2009 übersichtlich zusammengestellt. Die schiere Quantität der europäischen Rechtserzeugung macht eine eigene Qualität aus, zumal wenn Mehrheitsentscheidungen möglich sind, die einzelnen Staaten keine Vetomöglichkeit lassen.

<sup>21</sup> Näher zu Konfliktstellen im Grundrechtsbereich unten, Fn. 207.

<sup>22</sup> Das nationale Recht wird vermittels der Grundfreiheiten weit über den Bereich der europäischen Rechtsetzung hinaus erfasst. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ist dabei in Kompetenzkategorien schwer zu fassen, weil es eigentlich um ein Weniger an hoheitlicher Macht insgesamt geht: Unter Verwendung des Tatbestandsmerkmals „Staatsangehörigkeit“ darf weder die nationale noch die europäische Ebene etwas regeln, diese Kompetenz hat sich gewissermaßen verflüchtigt („compétences abolies“, s. unten Fn. 170). Die Grundfreiheiten umfassen auch ein Beschränkungsverbot, das einen Freiheitsraum sichert und welches der Sache nach bedeutet, dass im Grundsatz die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen als Problem interpretiert werden können. S. zu den Grundfreiheiten weiterführend und insbesondere zur verfassungsrechtlichen Dimension des Europäischen Wirtschaftsrechts *M. P. Maduro* *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, 1998; s. auch *T. Kingreen* *Grundfreiheiten*, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.) (Fn. 12), 705.

<sup>23</sup> Unzutreffend erscheint daher die immer wieder verbreitete Gegenüberstellung von Mitgliedstaaten und EU, der zufolge entscheidende Veränderungen des Integrationsprogramms ohne Mitwirkung der Mitgliedstaaten erfolgt sind (s. etwa bei *D. Grimm* Das

Gesetzgeber, die europäisches Recht umsetzen und damit erst operationell machen,<sup>24</sup> die nationalen Gerichte,<sup>25</sup> durch die Vorlageurteile des EuGH überhaupt erst wirksam werden.

Von einer besonderen Verfassungserheblichkeit der europäischen Integration ist daher auszugehen – sie hat Verfassungsdimensionen.<sup>26</sup>

---

Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der EU. Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, Der Staat 48 (2009), 475 (492)). Nichts Wesentliches passiert ohne die mitgliedstaatlichen Regierungen, selbst im Bereich der Mehrheitsentscheidungen im Rat besteht ein Konsensstreben. Und erst recht passiert nichts Wesentliches gegen den Willen des größten Mitgliedstaats Deutschland. Die in der deutschen Diskussion vielfach durchscheinende Sorge, man müsse eine Marginalisierung Deutschlands verhindern, geht an der Realität vorbei.

<sup>24</sup> S. für das Beispiel Bundestag *F. C. Mayer* Parlamente im Mehrebenensystem. Die Regelungen des Art. 23 GG, in: M. Morlok/U. Schliesky/D. Wiefelspütz (Hrsg.) Handbuch des Parlamentsrechts, 2015, Rn. 134 ff.; *ders.* Die Europäisierung nationaler Parlamente – einige Beobachtungen am Beispiel des Deutschen Bundestages, in: C. Franzius/*ders.*/J. Neyer (Hrsg.) Modelle des Parlamentarismus im 21. Jahrhundert. Neue Ordnungen von Recht und Politik, 2015, 83; *S. Vollrath* Der Aufstieg der Parlamentsverwaltung in Fragen der Behandlung von EU-Angelegenheiten im Deutschen Bundestag, ebd., 281. Für Frankreich s. *A. Fuchs-Cessot* Le Parlement à l'épreuve de l'Europe et de la V<sup>e</sup> République, 2004. Für weitere Mitgliedstaaten (Finnland, Großbritannien, Belgien, Ungarn, Österreich, Niederlande, Dänemark, Tschechien) s. *O. Tans u.a.* (Hrsg.) National Parliaments and European Democracy, 2007.

<sup>25</sup> Nationale Richter als „juge communautaire de droit commun“, s. auch *O. Dubos* Les juridictions nationales, juge communautaire, 2001. Vgl. dazu auch *A. Vobkühle* Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1; *ders.* Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts, EuConst 6 (2010), 175.

<sup>26</sup> Meilensteine zum Verständnis und zur Entwicklung eines Europäischen Verfassungsrechts: *E. Stein* Transnational Constitution (Fn. 12) 1; *J.H.H. Weiler* The Transformation of Europe, 100 Yale L.J. 1991, 2403 und *ders.* The Constitution of Europe: „Do the New Clothes Have an Emperor?“ and Other Essays on European Integration, 1999, vorbereitet in *ders.* Il sistema comunitario europeo, 1985. S. für Deutschland allerdings schon die amtliche Begründung der Bundesregierung zum EGKS- und zum EWG-Vertrag 1951 und 1957, beide dazu, dass mit den Gemeinschaften ein „europäisches Gebilde verfassungsrechtlicher Gattung“ errichtet werde, BT-Drs. I/2401 Anlage 3 (BR-Drs. 470/51), 4; BT-Drs. II/3440, 108; vgl. auch *C. F. Ophüls* Juristische Grundgedanken (Fn. 12), 289; BVerfGE 58, 1 (36) – Eurocontrol I: Übertragung von Hoheitsrechten ist „materiell eine Verfassungsänderung“. S. auch die Nachweise zur Diskussion des Verfassungsbegriffs im Hinblick auf das europäische Konstrukt und zum postnationalen Verfassungsbegriff bei *I. Pernice* Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 4), 149 bis 158. Was dabei als „thin constitution“ und als „thick constitution“ (*M. Tushnet* Taking the Constitution away from the Courts, 1999, 9 ff.) anzusehen wäre, kann hier nicht vertieft werden.

### III. Wirkungen

Mit der Feststellung einer besonderen Verfassungsrelevanz der europäischen Integration ist freilich noch offen, wie und wo diese auf die mitgliedstaatliche Verfassung wirkt.

#### 1. *Textbefund: Der nationale Verfassungstext als „Hypertext“*

Auf einer eher formalen Ebene lässt sich zunächst einmal ein Textbefund erheben. Ich nehme das Beispiel des Grundgesetzes. Dieses ist heute in den europabezogenen Verfassungsbestimmungen nicht mehr aus sich selbst heraus verständlich, insoweit keine umfassende Gesamtordnung mehr.<sup>27</sup> Erst in der Zusammenschau mit dem Unionsrecht sind etliche europäoffene Verfassungsbestimmungen des Grundgesetzes, die gleich einem nicht-linearen Hypertext<sup>28</sup> in europäische Textbestände dynamisch<sup>29</sup> verweisen, überhaupt operationalisierbar.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Neben Art. 23 GG findet sich im Grundgesetz eine Vielzahl von integrationsbedingten Verfassungsbestimmungen. Diese reichen von der verfassungsrechtlichen Grundlage für die Überstellung deutscher Staatsangehöriger aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Art. 16 Abs. 2 GG) über die verfassungsrechtliche Ermöglichung des Kommunalwahlrechts für ausländische Unionsbürger (Art. 28 Abs. 1 GG) bis hin zur grundgesetzlichen Absicherung der Währungsunion und des EZB-Auftrages (Art. 88 GG). Art. 16a GG (Asylrecht) verweist auf einen „Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften“. Erst aus dem Unionsrecht – die Gemeinschaften existieren seit 2009 bekanntlich gar nicht mehr – lässt sich ermitteln, wer zu diesem Staatenkreis aktuell gehört, seit Einfügung des Art. 16a GG im Jahre 1993 hat sich die Zahl der Mitgliedstaaten von 12 auf 28 erhöht. Art. 28 GG enthält sogar eine doppelte Verweisung, er lautet wie folgt: „Bei Wahlen in Kreisen und Gemeinden sind auch Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen, nach Maßgabe von Recht der Europäischen Gemeinschaft wahlberechtigt und wählbar.“ Das Kommunalwahlrecht für Unionsbürger ist übrigens nicht in allen Mitgliedstaaten auf Verfassungsebene verankert, s. aber Art. 88-3 der französischen Verfassung sowie Art. 70 Abs. 2 und 4 der ungarischen Verfassung oder Art. 42 Abs. 3 der bulgarischen Verfassung. Näheres bei *P. M. Huber* Vergleich, IPE II (Fn. 5), § 26 Rn. 43, mit der Unterscheidung von ausdrücklicher und konstitutiver Ermächtigung (Frankreich) und deklaratorischer Verfassungsänderung (Deutschland, Ungarn).

<sup>28</sup> Hypertext ist gekennzeichnet durch eine netzartige Struktur und Querverweise zwischen Textelementen. Der Sache nach sind Verweis- und Nachweissysteme für Texte nicht neu (Inhaltsverzeichnisse, Fußnotenapparate). Hypertext prägt heute über die *Hypertext Markup Language* (HTML) die Informationsaufnahme im Internet. Zu den Hintergründen *H. Rheingold* Tools for Thought: The History and Future of Mind-expanding Technology, 1985, 303 ff.

<sup>29</sup> Von dynamischen Verweisungen spricht auch beispielsweise *V. Mehde* in: T. Maunz/ G. Dürig (Hrsg.) Grundgesetz, Art. 28 GG (Mai 2015), Rn. 123.

<sup>30</sup> Kritisch zu dieser Entwicklung, in Sorge um den Text *J. Isensee* Der Selbstand der

Entsprechende Beobachtungen lassen sich auch in anderen Mitgliedstaaten machen, etwa in Frankreich,<sup>31</sup> am umfassendsten wohl in der irischen Verfassung, wo sich der gesamte Integrationsverlauf im Verfassungsrecht spiegelt.<sup>32</sup>

## 2. *Verfassungsfunktionen*

Der Frage nach dem Wandel der Verfassung von der Gesamtordnung zur Teilordnung lässt sich auch über die Funktionen einer Verfassung nachgehen.<sup>33</sup> Auf welche Verfassungsfunktionen es ankommt, wird indessen schon im deutschen Schrifttum höchst uneinheitlich gesehen.<sup>34</sup>

---

Verfassung in ihren Verweisungen und Öffnungen, AöR 138 (2013), 325 (357): die Verfassung nehme „den Stil eines Ausführungsgesetzes an“ und gebe „ihre Würde preis“.

<sup>31</sup> S. nur Art. 88-1, 88-2, 88-3 der französischen Verfassung (Vertrag von Lissabon, Europäischer Haftbefehl, Kommunalwahlrecht für Unionsbürger).

<sup>32</sup> Besonders deutlich bis 2009 in Art. 29 Abs. 4 Nr. 3 bis 9 a.F. der irischen Verfassung, s. aber auch Art. 29 Abs. 4 n.F. S. dazu näher *M. Wendel* Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2011, 274 ff. und 629 ff.

<sup>33</sup> Mögliche Prüfperspektiven sind dabei im Hinblick auf Verfassungsfunktionen die Frage nach der partikularen oder umfassenden Bindung von Hoheitsgewalt, nach der universalen Geltung der Verfassung, nach ihrer Reichweite in die Wirklichkeit. Ähnlicher Ansatz bei *P. M. Huber* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 194 (199). *U. Volkmann* Der Aufstieg der Verfassung, in: T. Vesting/S. Koriath (Hrsg.) Verfassungsrecht (Fn. 4), 23 (25) betont, dass die bloße Aufzählung einzelner Funktionen noch keinen Begriff ergibt.

<sup>34</sup> Die Anzahl der Verfassungsfunktionen variiert je nach Autor zwischen drei und zehn oder noch mehr, *U. Volkmann* Aufstieg (Fn. 33), 24 f. Nach *Konrad Hesse* besteht die Eigenart der Verfassung „in ihrer einen freien politischen Prozess ermöglichenden und gewährleistenden, konstituierenden, stabilisierenden, rationalisierenden, machtbegrenzenden und in alledem individuelle Freiheit sichernden Funktion“, *K. Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl. 1999, Rn. 31. Bei *S. Koriath* Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, VVDStRL 62 (2003), 117 (126), findet sich eine Auflistung von Verfassungsfunktionen, über die „in der deutschen Staatsrechtslehre weitgehend Einigkeit“ bestehe. S. auch die Aufzählung bei *C. Grabenwarter* Verfassungstheorie, FS Kirchhof, Bd. I, 2013, 137 (140): Organisationsfunktion, Legitimationsfunktion, Leitfunktion, Stabilisierungs-, Befriedungs- und Integrationsfunktion. In neuerer Zeit wird insbesondere im sozialwissenschaftlichen Schrifttum wieder verstärkt über die symbolische Funktion von Verfassung nachgedacht, s. etwa *H. Vorländer* Integration durch Verfassung? Die symbolische Bedeutung der Verfassung im politischen Integrationsprozess, in: ders. (Hrsg.) Integration durch Verfassung, 2002, 9 ff. Der Verfassung dürfte auch eine „sozial regulierende Funktion in einem Gemeinwesen“ zukommen, *B. Scholl* Europas symbolische Verfassung, 2006, 36. Einigkeit dürfte immerhin dahingehend bestehen, dass man es bei der Verfassung mit einem „multifunktionalen Gebilde“ zu tun hat, *G. F. Schuppert* Verfassung und Verfassungsstaatlichkeit in multidisziplinärer Perspektive, FS Badura, 2004, 529 (532).



### a) *Verfassungsorgane*

Verfassungen stellen Verfassungsorgane bereit – nicht als Selbstzweck, sondern um aufgrund von Einrichtungs- und Verfahrensvorgaben Hoheitsgewalt verfassungsgebunden auszuüben und die Verfassung umzusetzen.<sup>35</sup> Verfassungsorganen der Mitgliedstaaten kommt heute unter verschiedensten Aspekten eine „Europafunktion“<sup>36</sup> zu. Ihre Aufgaben, Befugnisse und realen Tätigkeiten – der „Wirkungskreis“<sup>37</sup> – sind nicht mehr ohne weiteres aus der nationalen Verfassung erklärbar. Ist das Betriebssystem für Verfassungsorgane<sup>38</sup> im Normalfall die nationale Verfassung, so tritt im Unionskontext das Betriebssystem aus dem Unionsrecht hinzu. Die eigentliche Rationalisierungsleistung im Sinne von *Konrad Hesses* Definition von Verfassungsfunktionen, die Bewahrung vor dem Ungeformten,<sup>39</sup> erfolgt dann durch die Verfahrensvorgaben und die Organisationsbestimmungen des Unionsrechts. Dies betrifft Angehörige der Regierung, die auf europäischer Ebene agieren,<sup>40</sup> aber auch die Europafunktion nationaler

<sup>35</sup> Manche Verfassungsorgane ermächtigen sich als solche sogar selbst, s. dazu die Selbstermächtigung des BVerfG zum Verfassungsorgan in der Leibholz-Denkschrift, *Bundesverfassungsgericht* Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 1952: Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Gerichtet an den Bundespräsidenten, die Präsidenten des Bundestags und Bundesrats sowie die Bundesregierung, veröffentlicht am 19. Januar 1953, JZ 1953, 157.

<sup>36</sup> Zu den verschiedenen Aspekten des Begriffs *M. Mayer* Die Europafunktion der nationalen Parlamente in der Europäischen Union, 2012, 5.

<sup>37</sup> *G. Jellinek* Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, 534: „Die Verfassung umfasst in der Regel die Rechtssätze, welche die obersten Organe des Staates bezeichnen, die Art ihrer Schöpfung, ihr gegenseitiges Verhältnis und ihren Wirkungskreis festsetzen, ferner die grundsätzliche Stellung des Einzelnen zur Staatsgewalt.“

<sup>38</sup> Zum Betriebssystem für Verfassungsorgane als Modevergleich *J.H.H. Weiler* Dialogical epilogue, in G. De Bürca/ders. (Hrsg.) *The Worlds of European Constitutionalism*, 2012, 262 (266), unter Hinweis auf *ders.* *The Reformation of European Constitutionalism*, JCMS 35 (1997), 97 („Constitutionalism is the DOS or Windows of the European Community“).

<sup>39</sup> *K. Hesse* Grundzüge (Fn. 34), Rn. 31.

<sup>40</sup> Als Mitglieder des Europäischen Rates, des Ministerrates oder als im Rat vereinigte Vertreter der Mitgliedstaaten. Die Form exekutiver Zusammenarbeit auf europäischer Ebene ist außerordentlich vielgestaltig. Der Ministerrat ist in der Praxis bekanntlich nicht nur ein einziger Rat. Er tritt als Fachministerrat in einer Vielzahl von Konfigurationen zusammen, weswegen jeder Fachminister mehr oder minder regelmäßig im Rat in Brüssel oder Luxemburg auftritt (soweit er/sie sich nicht vertreten lässt). Neben der eigenen europäischen Rolle nationaler Verfassungsorgane steht auch bei der Regierung die Kreationsfunktion nationaler Verfassungsorgane im Hinblick auf europäische Verfassungsorgane, dazu in der österreichischen Verfassung – ausführlicher als im GG – Art. 23c B-VG: „Die österreichische Mitwirkung an der Ernennung von Mitgliedern der Kommission, des Gerichtshofes, des Gerichtes erster Instanz, des Rechnungshofes, des Verwaltungsrates der Europäischen Investitionsbank, des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Aus-

Parlamente. Auch diese agieren heute nicht mehr ausschließlich im nationalen Rahmen.<sup>41</sup>

---

schusses der Regionen im Rahmen der Europäischen Union obliegt der Bundesregierung.“ Zwischen Rat und Regierungskonferenz stehen die im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten, s. für ein Beispiel BT-Drs. 18/2588 und BGBl. II 2015, 348 (Finanzierungsabkommen AKP-EU); s. auch den Beschluss 2012/494/EU (Aufnahme von Verhandlungen EU-Lateinamerika/Karibik-Stiftung), ABl. EU L 240 v. 6.9.2012, 2. Ein Beispiel für das Handeln des Rates gemeinsam mit den im Rat vereinigten Vertretern der Mitgliedstaaten findet sich in ABl. EU C 168 v. 14.6.2013, 10 (duale Karrieren von Sportlern). Gleichsam eine Ebene höher finden sich auch Beispiele für die „im Europäischen Rat vereinigten Staats- und Regierungschefs“ etwa mit dem „Beschluss der im Europäischen Rat vereinigten Staats- und Regierungschefs der 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu den Anliegen der irischen Bevölkerung bezüglich des Vertrags von Lissabon“ (Rats-Dok. 11225/09). Zum Europäischen Rat eingehend *E. Lenski* in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.) *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 15 EUV [Europäischer Rat]. Auch die Ministerialbürokratie ist über die Mitarbeit in Ratsarbeitsgruppen in vielfältiger Weise europäisch tätig. Eine wichtige Rolle kommt dabei dem Ausschuss der Ständigen Vertreter der Mitgliedstaaten (ASTV, der Sache nach die nationalen Botschafter bei der EU) zu, in dem die Ständigen Vertreter der Mitgliedstaaten die Zusammenkünfte der politischen Akteure im Rat und mittelbar im Europäischen Rat vorbereiten. Durch die Abschichtung von Tagesordnungspunkten, die im Konsens im ASTV auf Beamtenebene entschieden werden und die von den politischen Akteuren im eigentlichen Ministerrat im Block bestätigt werden – sogenannte „A-Punkte“ (im Gegensatz zu „B-Punkten“) der Tagesordnung –, ergeben sich Ministerratsbeschlüsse, die nie im Ministerrat politisch diskutiert worden sind. Näheres dazu bei *J.-P. Jacqué* in: von der Groeben u.a. (Hrsg.) Art. 16 EUV [Rat] Rn. 46, 49 f. Zur Bindung der Bundesregierung an das Grundgesetz bei Agieren im Rat BVerfGE 80, 74 und 92, 203 – Rundfunkrichtlinie, s. auch die Nachweise bei *M. Cornils* Art. 23 Abs. 1 GG: Abwägungsposten oder Kollisionsregel?, AöR 129 (2004), 336.

<sup>41</sup> S. dazu bereits die Nachweise oben, Fn. 24. Dass die nationalen Parlamente heute mit eigenen EU-Büros in Brüssel vertreten sind, ist für deren europäische Statur nur der sichtbarste Ausdruck. Von besonderer Bedeutung ist der unmittelbare Einfluss der nationalen Parlamente auf europäischer Ebene sowohl auf das Primärrecht wie auch auf das Sekundärrecht. Es besteht auch eine gleichsam horizontale interparlamentarische Komponente der Europafunktion, dazu *M. Mayer* Europafunktion (Fn. 36), 151 ff. S. allgemein dazu *F. Arndt* *Parliamentary Assemblies, International*, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Stand: März 2013. Daneben tritt eine Öffnung nach innen, wie zum Beispiel in Österreich, wo österreichische EP-Abgeordnete seit 2014 auch Rederecht im Plenum des nationalen Parlaments genießen, s. Nationalrat, XXV. GPBNR 184/BNR, Änderung des Geschäftsordnungsgesetzes 1975. Ein eigenes EU-Organ der nationalen Parlamente, ein „Kongress“ oder eine „zweite Kammer“, hat sich als Vorschlag nicht durchgesetzt. Zu diesem Vorschlag des Präsidenten des Verfassungskonvents *Giscard d'Estaing* im einzelnen *M. Mayer* Europafunktion (Fn. 36), 551 ff. Es lassen sich aber auch Beobachtungen zur Entparlamentarisierung machen, dazu *K. Auel* *Zur „Europatauglichkeit“ mitgliedstaatlicher Demokratie – Diagnosen und Therapien der Entparlamentarisierung*, in: C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.) *Grenzen der europäischen Integration. Herausforderungen für Recht und Politik*, 2013, 233.

In der österreichischen Verfassung wird immerhin erwähnt, dass „österreichische Organe der Weisungsbefugnis [...] zwischenstaatlicher Einrichtungen [...] unterstellt“ werden können.<sup>42</sup> Inhalt und Reichweite der Europafunktion nationaler Verfassungsorgane lassen sich mit einer solchen Verfassungsbestimmung alleine indes nicht adäquat erfassen. Erst in der Zusammenschau mit dem Unionsrecht ergibt sich das ganze Bild. Auf der Ebene der Organisationsverfassung spricht damit einiges für die Beschreibung der nationalen Verfassung als Teilordnung in der europäischen Integration.

### b) *Freiheitssicherung*

Zu den unbestrittenen Funktionen moderner Verfassungen zählt die Gewährleistung individueller Freiheit.<sup>43</sup> Die Beispiele<sup>44</sup> Deutschland und Österreich zeigen mit unterschiedlichen Akzenten, wie materielle Verfassungsgehalte in der Union nicht mehr ausschließlich aus der nationalen Verfassung erklärt werden können.

In Deutschland<sup>45</sup> ist die Grundrechtsverfassung schon nach dem Wortlaut des Grundgesetzes nur noch Teilordnung. Im Hinblick auf die EU genügt es nach Art. 23 GG,<sup>46</sup> dass diese einen dem Grundgesetz „im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz“ bietet.<sup>47</sup> Damit nimmt sich das Grundgesetz gleichsam freiwillig auf den Status einer Teilverfas-

---

<sup>42</sup> Art. 9 Abs. 2 Satz 3 B-VG. Zu anderen Beispielen dafür, dass die österreichische Verfassungsordnung in Sachen Europa gleichwohl für Deutschland reichlich Lernmaterial bietet s. unten Fn. 261.

<sup>43</sup> Dazu bereits Art. 16 Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen (1789): „Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution.“

<sup>44</sup> In ihren verschiedenen Gewährleistungsdimensionen, als Abwehr- und als Teilhaberechte.

<sup>45</sup> In Deutschland nehmen die Grundrechtsgewährleistungen in der Verfassung einen hervorgehobenen Rang ein. Wo man anderswo in der EU – etwa in Österreich – ohne eigenen Grundrechtskatalog in der Verfassung auskommt, stehen die Grundrechte im Grundgesetz nicht nur am Anfang; sie prägen das Grundgesetz im Sinne einer objektiven Wertordnung (G. Dürig in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.) Grundgesetz, Art. 1 Abs. III GG (1958), Rn. 91 ff.; BVerfGE 7, 198 (204 f.) – Lüth) und das alltägliche Verfassungsdenken im Sinne einer Quasigleichsetzung von Grundgesetz und Grundrechtsschutz. Wer in Deutschland „Verfassung“ sagt, wird in aller Regel „Grundrechte“ denken (und Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung bekommen). Das ist beispielsweise in Frankreich mit Sicherheit anders.

<sup>46</sup> Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG.

<sup>47</sup> Kein besserer, kein identischer, sondern lediglich ein im wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz.

sung aus Sicht des Bürgers zurück. Zugleich nimmt es in Kauf, dass der Schutz anders und womöglich geringer ausfällt.<sup>48</sup>

In Österreich<sup>49</sup> zieht der Verfassungsgerichtshof die EU-Grundrechte-Charta in ihrem Anwendungsbereich<sup>50</sup> als Maßstab für die Überprüfung nationalen Rechts heran.<sup>51</sup> Der Verfassungsstatus des Einzelnen kann bei einer solchen Konstruktion evidentenmaßen nicht mehr alleine durch den Blick in das nationale Verfassungsrecht ermittelt werden. Auch hier ergibt sich erst in der Zusammenschau von Unionsrecht und nationalem Recht ein komplettes Bild.

### c) *Andere Verfassungsfunktionen*

Für viele andere Verfassungsfunktionen lässt sich beschreiben, dass erst aus einer Gesamtschau von Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht der maßgebliche Verfassungsstatus des Einzelnen folgt. Ich beschränke mich auf einige wenige skizzenartige Hinweise.

Verfassungen stecken das Verhältnis von Recht und Politik ab,<sup>52</sup> die europäische Integration berührt diese Grenzziehung ganz allgemein.

Als Entlastungsfunktion der Verfassung ist bezeichnet worden, dass die Verfassung über einen Konsens zu bestimmten Grundwerten und Verfahren diese für die Zukunft dem politischen Prozess entzieht und diesen

---

<sup>48</sup> Im Detail ist hier noch manches ungeklärt oder in jüngerer Zeit wieder offen. Wo lange Zeit mit der Solange II-Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 73, 339 (379) – Solange II) und der Bestätigung und Konkretisierung dieser Rechtsprechung in der Bananenmarkt-Entscheidung (BVerfGE 102, 147 – Bananenmarkt) sowie im Lissabon-Urteil (BVerfGE 123, 267 – Lissabon) die Verfassungslage konsolidiert erschien, bestehen hier neuerdings doch wieder Fragezeichen, näher dazu unten Fn. 207. S. zuletzt die Weiterentwicklung der Rspr. in BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149 – Identitätskontrolle.

<sup>49</sup> Hier besteht kein geschlossener, die Verfassung prägender Grundrechtskatalog. Zu den verschiedenen Grundrechtsschichten näher *E. Wiederin* Österreich, in: A. von Bogdandy/ P. Cruz Villalón/ P. M. Huber (Hrsg.) Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, 2007, § 7 Rn. 114 ff. Der ÖVfGH überprüft Normen und Einzelakte der Verwaltung darauf, ob durch sie verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte verletzt werden. Diese Rechte können sich beispielsweise aus der EMRK ergeben, der insoweit in Österreich Verfassungsrang zukommt, aber auch aus der EU-Grundrechtecharta (s. dazu unten Fn. 51).

<sup>50</sup> Art. 51 Abs. 1 GRCh.

<sup>51</sup> ÖVfGH v. 14.3.2012, U 466/11, U 1836/11. Man muss sicherlich bei diesem Urteil auch die möglichen Auswirkungen im Verhältnis zur nationalen Fachgerichtsbarkeit sehen. Nicht auszuschließen ist, dass es dem ÖVfGH vorrangig um eine Absicherung der eigenen Vormacht gegenüber den Fachgerichten ging. S. aus dem umfangreichen Schrifttum zu dieser Entwicklung nur *K. Heller* Die Anwendung der Grundrechte der Europäischen Union durch den Verfassungsgerichtshof, JBl. 2012, 675; *M. Pöschl* Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon, ZÖR 2012, 587 (592 ff.).

<sup>52</sup> *C. Franzius* Recht und Politik in der transnationalen Konstellation, 2014, 15.

damit entlastet.<sup>53</sup> Das Unionsrecht leistet dies etwa im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit, dem zentralen Grundbaustein des Europarechts. Nationale Verfassungen geben ein solches Diskriminierungsverbot in aller Regel nicht her, so dass sich ein genuiner Verfassungsmehrwert – eine Entlastung des politischen Prozesses – alleine aus dem Unionsrecht ergibt. Die Auseinandersetzung um die deutsche PKW-Maut (2015) belegt, wie eine systemwidrig reaktivierte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit den politischen Prozess belastet.<sup>54</sup>

Auch für eine Stabilitätsfunktion,<sup>55</sup> eine Wohlfahrtsfunktion<sup>56</sup> und eine Schutzfunktion<sup>57</sup> lassen sich entsprechende Überlegungen anstellen.

---

<sup>53</sup> Zur Entlastungsfunktion *D. Grimm* Verfassungsfunktion (Fn. 43), 498 f., mit Verweis auf *Niklas Luhmann*. Die Bildung und Erhaltung eines Verfassungskonsenses als zentrale Funktion einer Verfassung thematisiert *P. Pernthaler* Verfassungskern (Fn. 7), 15, unter Bezugnahme auf *H. Hofmann* Legitimität und Rechtsgestaltung, 1977, 71 ff.

<sup>54</sup> Näher dazu *F. C. Mayer* Europarechtliche Aspekte einer „PKW-Maut“ (Infrastrukturabgabe), Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Deutschen Bundestag, Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur, Mittwoch, 18. März 2015, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur, Ausschussdrucksache 18(15)193-F; s. auch *Deutscher Bundestag Fachbereich Europa* Vereinbarkeit des Vorschlags für eine PKW-Maut bzw. Infrastrukturabgabe mit dem Unionsrecht, Ausarbeitung PE 6-3000-139/14 v. 30.7.2014.

<sup>55</sup> Die Verfassung verheißt besondere Stabilität. Diese Stabilitätsfunktion ist ohne Abgleich mit den Anforderungen des Unionsrechts nicht mehr vollständig darzustellen. Nicht nur in Deutschland (s. oben Fn. 27) sondern auch in anderen Mitgliedstaaten wie etwa Frankreich oder Irland hat dies im Zuge von neuen Europaverträgen immer wieder zu Anpassungen des Verfassungstextes geführt. Auch eine qualifizierte Stabilitätsfunktion nationaler Verfassung mit qualifiziertem Verfassungsrecht wie es in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegt ist, sich aber auch den Republikenschutzklauseln der französischen oder der italienischen Verfassung entnehmen lässt, erfordert einen kontinuierlichen Abgleich mit und eine Positionierung zu Anforderungen des Unionsrechts.

<sup>56</sup> Eine Wohlfahrtsfunktion von Verfassung ergibt sich in Teilen bereits aus einem Verständnis von Grundrechten als Teilhaberechten, in manchen Mitgliedstaaten bestehen darüber hinaus weitreichende explizite soziale Grundrechte. In Deutschland kommt dem Sozialstaatsprinzip eine wichtige Rolle zu. Das Unionsrecht bietet hier vermittels der Grundfreiheiten, aber auch mit dem Verbot der geschlechtsbezogenen Diskriminierung (insbesondere Art. 157 AEUV) ein Mehr an subjektiven Rechten.

<sup>57</sup> Die Aufgabe, Schutz und Sicherheit für die eigenen Bürger nach innen und außen zu gewährleisten, gilt als eine der Hauptlegitimationen des Staates seit *Jean Bodin*, s. nur *C. Tomuschat* Verfassungsstaat (Fn. 10), 13, mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Die nationale Verfassung organisiert und begrenzt diese Aufgabe durch Regelungen zur Konkretisierung der Staatsgewalt im wörtlichen Sinne und durch Vorgaben für das Handeln von Polizei und Militär. Die Entwicklung der europäischen Integration über den Bereich der wirtschaftlichen Integration hinaus zu einem Raum der Freiheit, der Sicherheit (sic!) und des Rechts verbindet sich mit einer Wahrnehmung entsprechender Funktionen auf überstaatlicher Ebene. Auch wenn die Gefahrenabwehr im engeren, polizeirechtlichen Sinne noch nicht der EU anvertraut ist, so trägt doch über die Zusammenarbeit in Justiz-, Polizei-

Nicht selten wird der Verfassung auch eine symbolische Funktion zugemessen.<sup>58</sup> Es lässt sich dabei auf den Verfassungstext als solchen abstellen,<sup>59</sup> daneben auf die Ordnungs- oder Leitidee einer Verfassung,<sup>60</sup> die Funktion, staatliche und gesellschaftliche Einheit zu bilden und erhalten,<sup>61</sup> „Angehörigkeitsgefühle und Gemeinschaftsbewusstsein zu erzeugen und zu verfestigen“<sup>62</sup>. Die Stichworte Integration durch Verfassung<sup>63</sup> und Verfassungspatriotismus<sup>64</sup> dürfen dabei für Deutschland nicht fehlen. Die Kontextualität und Symbolfunktion von Verfassung aufnehmend ergibt sich ein noch offenerer Begriff der Verfassung für diejenigen, die in der Verfassung den Ausdruck einer bestimmten Tradition oder einer Kultur sehen.<sup>65</sup> Das Symbol- und Traditionspotenzial<sup>66</sup> der europäischen Integration um das

---

und Strafverfolgungsangelegenheiten die EU heute in erheblichem Maße zur Gewährleistung von Sicherheit in der EU bei. Vielen Bedrohungslagen kann der Nationalstaat alleine heute schlicht nicht mehr begegnen. Ähnlich verhält es sich mit der militärischen Dimension, in der zwar formal noch keine eigenständigen EU-Streitkräfte bestehen und beispielsweise in Deutschland auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben in Gestalt eines konstitutiven Parlamentsbeschlusses weiter gelten, der Sache nach aber längst die europäische Zusammenarbeit im Vordergrund steht (vgl. dazu auch den Abschlussbericht der Kommission zur Überprüfung und Sicherung der Parlamentsrechte bei der Mandatierung von Auslandseinsätzen der Bundeswehr, BT-Drs. 18/5000).

<sup>58</sup> „[A]ls Symbol artikuliert sie Ordnungs- und Sinngehalt der politischen Kultur“, so eine sozialwissenschaftliche Formel dazu, *J. Gebhardt* Die Idee der Verfassung: Instrument und Symbol, in: A. Kimmel (Hrsg.) Verfassung als Fundament und Instrument der Politik, 1995, 9–24.

<sup>59</sup> Zutreffend ist zur symbolischen Funktion betont worden, dass ein Verfassungstext zuvörderst Angebot und Anregung zur symbolischen Aneignung ist, die gesellschaftliche Wirkung aber nicht zwingend aus einem Text folgt, *B. Scholl* Symbolische Verfassung (Fn. 34), 40.

<sup>60</sup> *H. Vorländer* Integration (Fn. 34), 15 ff. Beides ist indessen für sich genommen noch nicht ausreichend, um eine „strukturierende, handlungsleitende und gemeinschaftsstiftende Wirkung“ zu erzielen, dazu bedarf es noch einer Vergegenwärtigung und Repräsentation der Verfassung „durch Erlebnis, Erfahrung, Praktiken und Interpretation“, ebd., 20.

<sup>61</sup> *S. Koriath* Identität (Fn. 34), 126.

<sup>62</sup> *R. Wahl* Die Rolle staatlicher Verfassungen angesichts der Europäisierung und Internationalisierung, in: T. Vesting/S. Koriath (Hrsg.) Verfassungsrecht (Fn. 4), 355 (356).

<sup>63</sup> S. dazu die Berichte von *S. Koriath* Identität (Fn. 34), 117 ff. und *A. v. Bogdandy* Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, *VVDStRL* 62 (2003), 156 ff.

<sup>64</sup> *D. Sternberger* Schriften, Bd. X: Verfassungspatriotismus, 1990; *J. Habermas* Verfassungspatriotismus – im Allgemeinen und im Besonderen, in: ders. (Hrsg.), *Die nachholende Revolution*, 1990, 147.

<sup>65</sup> Dazu insbesondere *P. Häberle* Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998; s. auch die Beiträge in *M. Wyrzykowski* (Hrsg.) *Constitutional Cultures*, 2001.

<sup>66</sup> Niemand käme auf die Idee, eine solche Kategorie für das Grunddokument der Weltgesundheitsorganisation zu verwenden, obwohl dies sogar als Verfassung („Constitution of the World Health Organization“, UNTS 14, 185) etikettiert ist. Aber eine Vielzahl von klei-

Motiv Frieden<sup>67</sup> dürfte durchaus ausreichen, um die nationalen Symbol- und Traditionsgehalte mindestens zu irritieren, allerdings bis auf weiteres auch nicht viel mehr.<sup>68</sup> Immerhin: Man ist auch im Hinblick auf die Symbolfunktion in Verfassungsdingen jedenfalls nicht mehr alleine.

### 3. *Zwischenergebnis*

Es bestätigt sich, dass im Zuge der europäischen Integration Reduktionseffekte auftreten, die die „Gesamtheit“ oder „Umfassendheit“ der nationalen Verfassung in Frage stellen. Schon der Textbefund lässt erkennen, dass nationale Verfassungen in den Mitgliedstaaten die Verfassungslage nicht mehr umfassend abbilden.

Die Europafunktion von nationalen Verfassungsorganen wird von den nationalen Verfassungen nur noch in Teilen erklärt. Der europäische Grundrechtsschutz bewirkt, dass der Verfassungsstatus des Einzelnen sich nicht mehr ausschließlich und abschließend aus der nationalen Verfassung heraus darstellen lässt. Und bei den meisten anderen Verfassungsfunktionen, die diskutiert werden, bereitet das Unionsrecht dem nationalen Verfassungsrecht zumindest eine Art Verfassungskonkurrenz,<sup>69</sup> vielleicht sogar mehr.<sup>70</sup>

---

nen symbolischen Elementen der „Verfassungspräsenz“ – von der Europa-Flagge neben der nationalen Flagge auf dem Reichstagsgebäude, vor dem polnischen Präsidentenpalast oder auf dem Tisch des französischen Staatspräsidenten bei der Neujahrsansprache bis zur Europhymne bei Sendeschluss öffentlich-rechtlicher Sender – bleibt im Laufe der Jahrzehnte nicht ohne Wirkung.

<sup>67</sup> Das Narrativ der EU ist heute vielleicht unbestrittener denn je das Friedensnarrativ. Ob dies eine hinreichende Dichte aufweist oder aufweisen könnte, um es aktuell oder irgendwann im 21. Jahrhundert auf der narrativen Ebene mit den nationalen Verfassungen aufzunehmen, lasse ich offen. Oft wird zwar gesagt, es reiche nicht mehr aus. Das Friedensnarrativ als solches wird jedoch nicht in Frage gestellt, unter grober Vereinfachung der Konstellation in Zentraleuropa in den 1950er Jahren, die natürlich auch durch Eigeninteressen der Staaten und nicht ausschließlich von Idealismus geprägt war. S. zu den Hintergründen nach wie vor instruktiv *J. Monnet Mémoires*, 1976, 341 ff.

<sup>68</sup> Es liegt nicht fern, all diesen Überlegungen das Scheitern des Europäischen Verfassungsvertrags 2005 entgegenzuhalten, um den Abstand zwischen unionalen und nationalen Verfassungsdimensionen im Hinblick auf Symbolik, Tradition und Narrativ zu markieren (skeptisch zum Verfassungsvertrag etwa *H. M. Heinig* *Europäisches Verfassungsrecht ohne Verfassung(svertrag)?*, JZ 2007, 905). Vorliegend geht es aber zunächst einmal nur um die Wandlung nationaler Verfassungen weg von einer Gesamtordnung, hin zu einer Teilordnung. Hier dürfte doch unstrittig sein, dass die nationale Verfassung zumindest eine Art Verfassungskonkurrenz erhalten hat.

<sup>69</sup> Absehbar ist spätestens hier der Einwand, dass sich all die europäischen Phänomene doch stets auf die in allen mitgliedstaatlichen Verfassungen enthaltenen Bestimmungen zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge bzw. – soweit vorhanden – zur Mitwirkung an

#### IV. Deutungen

Lassen Sie mich nun auf mögliche Deutungen zu sprechen kommen, theoretische Konzepte, die helfen könnten, die durch die europäische Integration verursachten Effekte besser einzuordnen.

Es lässt sich zwischen Verfassungsmonismus und Verfassungsp pluralismus unterscheiden.<sup>71</sup> Zur Klarstellung: Mit der alten Monismus/Dualismus-Debatte hat dies nur entfernt zu tun. Hier ist zu Recht von ‚intellektuellen Zombies aus einer anderen Zeit‘ gesprochen worden.<sup>72</sup>

---

der europäischen Integration zurückführen lassen. Man mag sich auf eine solche formale Betrachtungsweise zurückziehen. Qualität und Quantität der integrationsbedingten Auswirkungen auf die nationale Verfassung wird eine derart reduzierte formale Betrachtung nicht gerecht. Die „veränderten Lagen“ und „Funktionsbedingungen“ der Verfassung (*Konrad Hesse*) wirken auf die Verfassung zurück, *K. Hesse* Verfassung und Verfassungsrecht, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 1 Rn. 38.

<sup>70</sup> So lässt sich für manche Verfassungsfunktionen durchaus vertreten, dass die europäische und die nationale Ebene für sich genommen nicht mehr ausreichen.

<sup>71</sup> Zu einer im Ergebnis möglicherweise vergleichbaren Unterscheidung nach Modellen – „Modell Carl Schmitt“, „Modell Hans Kelsen“, „Modell Niklas Luhmann“ – *U. Volkmann* Aufstieg (Fn. 33), 38 f.

<sup>72</sup> *A. v. Bogdandy* Pluralism (Fn. 15), 400: „Monism and dualism should cease to exist as doctrinal and theoretical notions for discussing the relationship between international law and internal law. Perhaps they can continue to be useful in depicting a more open or more hesitant political disposition toward international law. But from a scholarly perspective, they are intellectual zombies of another time and should be laid to rest, or ‘deconstructed.’ The general understanding of the relationship between international law and domestic law should be placed on another conceptual basis.“ In der Folge diskutiert *Armin von Bogdandy* einen rechtspluralistischen Ausgangspunkt. Die Metapher von den Untoten findet sich auch bei *A. Somek* Monism: A Tale of the Undead, in: M. Avbelj/J. Komárek (Hrsg.) Constitutional Pluralism (Fn. 115), 343. Zur Wiederkehr des Theorienstreits um Monismus und Dualismus dagegen *F. Schorkopf* Grundgesetz und Überstaatlichkeit: Konflikt und Harmonie in den auswärtigen Beziehungen Deutschlands, 2007, 237 ff. Überzeugend nach wie vor die Einordnung durch *K. Vogel* Wortbruch im Verfassungsrecht, JZ 1997, 161 (162 f.): Dualismus steht demnach letztlich für eine Phase der Selbstbezogenheit und nationalen Abkapselung vom Ausgang des 19. bis Mitte des 20. Jahrhunderts. In der dualistischen Lehre Heinrich Triepels fänden sich nur Scheinbegründungen für die strenge Trennung von Völker- und Landesrecht, er setze die Trennung eigentlich schon voraus. Für den Unterschied zwischen Dualismus und Verfassungsp pluralismus ist Folgendes bedeutsam: Dem Dualismus geht es um Umkodierung im Sinne von Über-Setzung im wörtlichen Sinne in das Recht der Bezugsordnung vermittels Transformation oder Vollzugsbefehl. Dies ist bei einer verfassungsp pluralistischen Sicht auch möglich, aber eben nicht zwingend, näher dazu *M. Wendel* Permeabilität (Fn. 32), 24 f.



## 1. *Verfassungsmonismus*

Einem Verfassungsmonismus lassen sich diejenigen Ansätze zuordnen, die eine einheitliche, geschlossene Verfassungsordnung für die EU annehmen, entweder als nationaler Verfassungsmonismus oder als europäischer Verfassungsmonismus.

### a) *Nationaler Verfassungsmonismus – Verfassungstraditionalismus*

Der nationale Verfassungsmonismus ist ein Verfassungstraditionalismus.<sup>73</sup> Er will die Dinge so lassen, wie sie vorgeblich<sup>74</sup> schon immer

---

<sup>73</sup> Für diesen Ansatz – stellvertretend für etliche andere – in Deutschland *Paul Kirchhof* und *Dieter Grimm*, etwa in *P. Kirchhof* Der europäische Staatenverbund, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 12), 1009 (1014 ff.); *D. Grimm* Die Zukunft der Verfassung II – Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung, 2012, insbesondere 61 f.; s. bereits *ders.* Braucht Europa eine Verfassung?, *JZ* 1995, 581; englische Fassung: Does Europe Need a Constitution?, *ELJ* 1 (1995), 282. Daneben ist hier in weiten Teilen die jüngere Rechtsprechung des BVerfG in Europaangelegenheiten zu nennen, insbesondere mit der Reanimation von Letztentscheidungsansprüchen in der sogenannten Ultra vires-Kontrolle; dazu BVerfGE 134, 366 – OMT, zuvor konzilianter BVerfGE 126, 286 (302 ff.) – Honeywell, aufschlussreich dabei das Sondervotum *Landau* (ebd., 318 ff.): „Die Senatsmehrheit überspannt die Anforderungen an die Feststellung eines Ultra-vires-Handelns der Gemeinschafts- oder Unionsorgane durch das Bundesverfassungsgericht und weicht insofern ohne überzeugende Gründe von dem Senatsurteil zum Vertrag von Lissabon ab“. Auch anderswo in der EU findet sich das traditionalistische Argumentationsschema, so lässt das polnische Verfassungsgericht in seinen Europaentscheidungen eine klare Präferenz zugunsten eines Verfassungsmonismus erkennen, polnischer VerfGH 11.5.2005 – K 18/04 (Beitrittsvertrag), *EuR* 2006, 236 (238), bestätigt durch den polnischen VerfGH 16.11.2011 – SK 45/09 (Vollstreckbarkeit ausländischer Entscheidungen), Entscheidungsgrund III.2. Zum Ganzen *A. Łazowski* Accession Treaty – Polish Constitutional Tribunal – Conformity of the Accession Treaty with the Polish Constitution. Decision of 11 May 2005, *EuConst* 3 (2007), 148 ff.; *W. Sadurski* „Solange, chapter 3“: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union, *ELJ* 14 (2008), 1 (18 ff.).

<sup>74</sup> In der deutschen Diskussion wird eher selten (s. aber *K. Hesse* Grundzüge (Fn. 34), Rn. 96 ff., 109) thematisiert, dass das Grundgesetz über lange Jahre unter Besatzungs- bzw. Souveränitätsvorbehalt stand, s. dazu *E. Klein* An der Schwelle zur Wiedervereinigung Deutschlands. Anmerkungen zu Deutschlands Rechtslage im Jahr 1990, *NJW* 1990, 1065. S. auch die Berichte und Aussprache in: VDStRL, Deutschlands aktuelle Verfassungslage, Sondertagung, VVDStRL 49 (1990). Erst 1990 mit dem Zwei-plus-Vier-Vertrag (Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland vom 12.9.1990, BGBl. II 1317) erlangte die Bundesrepublik volle Souveränität. 1955 war zwar mit dem Deutschland-Vertrag das Besatzungsregime beendet worden, allerdings unter bestimmten Vorbehalten im Hinblick auf Berlin und auf Deutschland als Ganzes einschließlich der Wiedervereinigung Deutschlands und einer friedensvertraglichen Regelung. Daneben bestanden klare Vorgaben und Konditionen für die Bundesrepublik, gerade auch im Hinblick auf die Einbindung Deutschlands in die europäische Integration – als „gemeinsames Ziel“ wird defi-

waren.<sup>75</sup> Die Traditionalisten reservieren Verfassung für den Nationalstaat und sprechen dem Recht jenseits des Staates eigene Verfassungsqualität ab.<sup>76</sup> Begründet wird dies vielfach mit den vorrechtlichen Voraussetzungen für Verfassung. Mit unterschiedlichen Akzenten geht es dabei um das Erfordernis eines Volkes,<sup>77</sup> eines homogenen Demos,<sup>78</sup> einer gemeinsamen Öffentlichkeit, Sprache oder Gesellschaft.<sup>79</sup> Eine Variante dieses Ansatzes erreicht ihre Ergebnisse dadurch, dass die Union konsequent in den Kategorien des herkömmlichen Völkerrechts gehalten wird.<sup>80</sup> Implizit wird damit die Verfassungsdimension auf den staatlichen Bereich beschränkt.<sup>81</sup> Auch vom Standpunkt einer rechtspositivistischen Rekonstruktion von Verfassung kann das Ergebnis ein nationaler Verfassungsmonismus sein.<sup>82</sup>

---

niert: „Ein wiedervereinigtes Deutschland, das eine freiheitlich-demokratische Verfassung, ähnlich wie die Bundesrepublik, besitzt und das in die europäische Gemeinschaft integriert ist.“, Art. 7 Abs. 2 Deutschland-Vertrag (Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten idF des Pariser Protokolls v. 23.10.1954, BGBl 1955 II, 305).

<sup>75</sup> Kritisch zum „Monismus mit staatsrechtlichem Primat“ *A. v. Bogdandy* Prinzipien (Fn. 9), Rn. 53.

<sup>76</sup> S. die Nachweise bei *K. Jaklic* Constitutional pluralism in the EU, 2014, 2 Fn. 3. S. für die deutsche Diskussion *J. Isensee* Staat und Verfassung, HStR II, § 15 Rn. 1, 3. Dagegen *A. Peters* Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 93 ff., mwN. *R. Wahl* Rolle staatlicher Verfassungen (Fn. 62), 368, spricht von einer überschätzten Diskussion.

<sup>77</sup> *D. Grimm* Braucht Europa eine Verfassung? (Fn. 73), 584 ff. Kritisch dazu *J. Habermas* Remarks on Dieter Grimm’s ‚Does Europe Need a Constitution?‘, ELJ I (1995), 303.

<sup>78</sup> BVerfGE 89,155 (186) – Maastricht; *P. Kirchhof* Europäische Einigung und Verfassungsstaat, in: *J. Isensee* (Hrsg.) Europa als politische Idee und als rechtliche Form, 2. Aufl. 1993, 63 (79). Kritisch dazu *J.H.H. Weiler* The State “über alles”. Demos, Telos and the German Maastricht Decision, FS Everling. Bd. II, 1995, 1651 ff. (deutsche Fassung: Der Staat „über alles“. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JöR nF 44 (1996), 91 ff.).

<sup>79</sup> *D. Grimm* Braucht Europa eine Verfassung? (Fn. 73), 587 ff.

<sup>80</sup> *C. Hillgruber* Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung, HStR II, § 32 Rn. 78 ff.; durch die betonte Gegenüberstellung von „Vertragsgericht“ (EuGH) und „Verfassungsgericht“ (BVerfG) gleiches Ergebnis bei *F. Kirchhof* Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten, EuR 2014, 267 (269). S. auch *T. Schilling* The autonomy of the community legal order—an analysis of possible foundations, Harv. Int. Law J. 37 (1996), 389; *A. Pellet* Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire, in: Academy of European Law (Hrsg.) Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. 5 Book 2, 1997, 253; *T. C. Hartley* Constitutional Problems of the European Union, 1999, 129 ff.; zu schematisch *J.-P. Derosier* Les limites constitutionnelles à l’intégration européenne, 2015, 137 ff., 161: „l’Union européenne est une organisation internationale, mise en place par des traités internationaux“.

<sup>81</sup> *K. Jaklic* Constitutional pluralism (Fn. 76), 2 f.

<sup>82</sup> In diese Richtung *T. Schilling* Zum Verhältnis von Gemeinschafts- und nationalem Recht, ZfRV 1998, 149.

Die Vokabel vom „Staatenverbund“<sup>83</sup> ist am deutlichsten mit dem nationalen Verfassungsmonismus verkoppelt, bezeichnenderweise kommt dort die Verfassungsdimension schon begrifflich gar nicht vor.<sup>84</sup>

Die europäische Rechtsebene wird als abgeleitete Ordnung<sup>85</sup> in eine hierarchische Konzeption von Verfassung eingebaut – mit Ausnahme der Niederlande, dort hat das internationale Recht Vorrang vor der Verfassung<sup>86</sup> – natürlich auf einer der staatlichen Verfassung nachgeordneten Ebene.

Der nationale Verfassungsmonismus vermag die eingangs gemachten Beobachtungen zur Relativierung der nationalen Verfassung nicht in Verfassungskategorien zu diskutieren. Es wird damit letztlich auf eine differenzierte und konstruktive verfassungsrechtliche Betrachtung der europäischen Ebene verzichtet und das Feld anderen überlassen, dem Völkerrecht oder der Politikwissenschaft.<sup>87</sup>

Für Deutschland verbindet sich mit einer strikt nationalen Argumentation aufgrund seiner Größe erhebliche Sichtbarkeit. Das ist auf keinen Fall gleichzusetzen mit konzeptioneller Anschlussfähigkeit oder sogar Rezeption, aber es ergeben sich Außeneffekte: Gerade in letzter Zeit verfestigt sich – zu Recht oder zu Unrecht, das ist hier nicht zu entscheiden – die Wahrnehmung eines deutschen Hegemonialanspruchs auch in rechtlichen Deutungsfragen.<sup>88</sup>

---

<sup>83</sup> BVerfGE 89, 155 (155, 156, 181 ff.) – Maastricht; weiter erläutert in BVerfGE 123, 267 (267, 348, 350, 379) – Lissabon, zurückgehend auf *P. Kirchhof* Diskussionsbeitrag, EuR 1991 (Beiheft 1), 47. In *ders.* Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, EuR 1991 (Beiheft 1), 11 (16) ist noch die Rede vom *Staatenverband*; ausführlich *ders.* Der europäische Staatenverbund, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 12), 1009.

<sup>84</sup> In der Betonung des Staates gegenüber der Verfassung findet eine ältere Kontroverse ihre Fortführung: geht es um Staat oder Verfassung? Ausführlich zu den Zusammenhängen *F. Günther* Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezi- sion und Integration, 2004. Prägnant *A. Arndt* Umwelt und Recht, NJW 1963, 24 (25): „In einer Demokratie gibt es an Staat nicht mehr, als seine Verfassung zum Entstehen bringt.“ Daneben suggeriert der Begriff Staatenverbund ein Tertium zwischen Staatenbund und Bundesstaat. Nach *B. Kahl* Europäische Union: Bundesstaat – Staatenbund – Staatenverbund?, Der Staat 33 (1994), 241, entspricht der Staatenverbund inhaltlich, systematisch und teleologisch dem Staatenbund, ebd., 245.

<sup>85</sup> BVerfGE 123, 267 (349, 382) – Lissabon.

<sup>86</sup> Seit 1953, s. näher dazu und zu Art. 94 Grundwet *L. Besselink* Niederlande, IPE I (Fn. 49), § 6 Rn. 52 f., 99 ff., 105 f.

<sup>87</sup> Drastischer *A. v. Bogdandy* Prinzipien (Fn. 9), Rn. 17: „blind und taub“.

<sup>88</sup> Dies betrifft etwa die Durchsetzung, aber auch die Aussetzung von Europarecht. Näher dazu, mwN, *F. C. Mayer* Rebels without a cause? Zur OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts, EuR 2014, 473 (510 f.) (englische Fassung *ders.* Rebels without a cause? A critical analysis of the German Constitutional Court's OMT reference, GLJ 15 (2014) (Special Issue), 111; französische Fassung *ders.* La decision de la Cour constitutionnelle

## b) Europäischer Verfassungsmonismus

Der europäische Verfassungsmonismus geht im Kern von der gleichen hierarchischen Verfassungskonzeption und von ähnlichen Ausschließlichkeitsansprüchen wie der nationale Verfassungsmonismus aus. Er ist die Fortsetzung des nationalstaatlichen Verfassungsdenkens mit anderen Mitteln – bei umgekehrtem Ausgangspunkt: Hier ist das europäische Recht dem nationalen Recht hierarchisch übergeordnet. Auch hier kann eine streng rechtspositivistische Rekonstruktion der Ausgangspunkt sein.<sup>89</sup> In seiner Reinform konstruiert dieser Ansatz das Verhältnis von europäischem zu nationalem Recht wie in einem Bundestaat.<sup>90</sup> Im wissenschaftlichen Bereich<sup>91</sup> wird die Grundannahme eines bereits bestehenden Europäischen

---

fédérale allemande relativement au programme OMT. Rebelles sans cause? Une analyse critique du renvoi de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans le dossier OMT, RTDE 2014, 683). Für die Wahrnehmung Deutschlands im Ausland s. in diesem Kontext etwa *B. Simms* Europe: The Struggle for Supremacy, from 1453 to the Present, 2013, der die letzten 500 Jahre in den Kontext deutscher Hegemonialstellung und ihrer Einhegung stellt.

<sup>89</sup> Insbesondere vom Standpunkt einer kelsenianischen Rekonstruktion des Verhältnisses von nationalem Recht, internationalem Recht und Europarecht zueinander lässt sich versuchen, eine Anordnung zu konstruieren, die von einer hierarchischen Überordnung des internationalen Rechts ausgeht, nationalem und europäischem Recht Autonomie und wechselseitige Nichtabgeleitetheit zugesteht und Konfliktlagen zwischen nationalem und europäischem Recht als Rechtskonflikte verarbeiten kann. Im Einzelnen dazu *L. Vinx* Kelsen's Legal Monism and the Future of the European Constitution, ECPR General Conference University of Iceland, 2011, in Auseinandersetzung mit dem unter Monismusverdacht stehenden (s. etwa *P. Eleftheriadis* Pluralism and Integrity, Ratio Juris 23 (2010), 365) „pluralism under international law“ im Spätwerk von *Neil MacCormick*, *N. MacCormick* Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth, 1999, 113 ff. Eine entsprechende Annäherung unternimmt auch *I. Weyland* The Application of Kelsen's Theory of the Legal System to European Community Law – The Supremacy Puzzle Resolved, Law and Philosophy 21 (2002), 1 (29 ff.).

<sup>90</sup> Der Vorteil dieses Ansatzes liegt auf der Hand: Das Verfassungsrecht des Bundesstaates bietet ein vielfältiges und vertrautes Analyseinstrumentarium. Das Konzept Bundesstaat ist weitgehend selbsterklärend. Anleihen an Einzelkonzepte aus dem Bundesstaatsverfassungsrecht werden ansonsten im Kontext des Europäischen Verfassungsrechts immer wieder genommen, am prominentesten vielleicht bei der Vorrangfrage.

<sup>91</sup> Die Zielvorstellung „Europäischer Bundesstaat“ findet sich noch immer in Grundsatzprogrammen von politischen Parteien in Deutschland. So nimmt die SPD in ihrem aktuellen Grundsatzprogramm Bezug auf ihr Heidelberger Programm von 1925, das die Forderung nach den „Vereinigten Staaten von Europa“ enthält (Hamburger Programm. Grundsatzprogramm der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands vom 28.10.2007, 26). Explizit fordert auch die FDP einen „durch Volksabstimmungen in den Mitgliedsstaaten legitimierte[n] europäische[n] Bundesstaat“ (Verantwortung für die Freiheit. Karlsruher Freiheitsthesen der FDP für eine offene Bürgergesellschaft vom 22.04.2012, 95). Auch die Piratenpartei Deutschland formuliert in ihrem Europawahlprogramm von 2014 die Mög-

Bundesstaates derzeit von niemandem mehr ernsthaft vertreten.<sup>92</sup> Ausgerechnet für die Verfassungstraditionalisten ist der Europäische Bundesstaat als Fernziel die einzig kohärente Perspektive – irgendwo muss ein Staat her, damit von Verfassung gesprochen werden kann.

## 2. *Verfassungsppluralismus und Verfassungsverbund*

Der Verfassungsppluralismus (*constitutional pluralism*) stellt sich den Verfassungsmonisten entgegen.<sup>93</sup>

### a) *Grundannahmen*

Der Verfassungsppluralismus kann bei der gleichen grundsätzlichen Beobachtung ansetzen, die auch die vorliegende Themenstellung anleitet: Die überkommene Idee der Verfassung ist in einer europäisierten, globalisierten und immer interdependenten Welt herausgefordert,<sup>94</sup> jedenfalls im Wandel.<sup>95</sup> Zwischen den möglichen verfassungsmonistischen Strategien eines Rückzugs ins Lokale bzw. Nationale im Sinne eines neuen Souveränitätsdenkens einerseits und der Flucht nach vorne ins Globale im Sinne eines überstaatlichen Konstitutionalismus andererseits entwickelt der Ver-

---

lichkeit eines europäischen Bundesstaates (Wahlprogramm zur Europa-Wahl der Piratenpartei Deutschland vom 05.01.2014, 6).

<sup>92</sup> Eine konsequente Konkretisierung eines bundesstaatsgeprägten Europaverständnisses findet sich in der frühen Diskussion in Deutschland etwa in der Dissertation von *Eberhard Grabitz*. Deren Titel „Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht“ ist insoweit völlig ernst gemeintes Theorieprogramm, *E. Grabitz* Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, 1966. S. auch *H. P. Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 182 ff. für eine Darstellung der Bundesstaatsansätze in der Gründungszeit der europäischen Gemeinschaften. S. für einen jüngeren Beitrag *G. Federico Mancini* Europe: The Case for Statehood, *ELJ* 4 (1998), 29; s. auch die Nachweise bei *K. Jaklic* Constitutional pluralism (Fn. 76), 286 Fn. 64. Das Konzept Europäischer Bundesstaat findet sich aber auch bereits bei *H. Heller* Gespräch zweier Friedensfreunde (1924), in: *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, 1971, 421 (424); *ders.* Die Souveränität (1927), ebd. 31 (201); *ders.* Politische Demokratie und soziale Homogenität (1928), ebd., 421 (433).

<sup>93</sup> Constitutional pluralism setzt sich auch von *Hans Kelsen* und seinen Konzepten eines Monismus mit Vorrang des Völkerrechts und Monismus mit Vorrang des nationalen Rechts ab, zu letzterem *H. Kelsen* Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 328 ff.; s. auch *M. Jestaedt* Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, *GS Blomeyer*, 2004, 637.

<sup>94</sup> *D. Halberstam* Local, global and plural constitutionalism: Europe meets the world, in: *G. De Búrca/J.H.H. Weiler* (Hrsg.) (Fn. 38), 150.

<sup>95</sup> *S. T. Vesting/S. Koriath* Einleitung, in dies. (Hrsg.) (Fn. 4), 1, mit der Frage „Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?“ und der Perspektive eines Ersatzes durch „höherstufige oder eher horizontal-funktionale Aggregationen“.

fassungspluralismus einen Mittelweg<sup>96</sup> auf der Suche nach Ordnung<sup>97</sup> in einer „post-souveränen Konstellation“<sup>98</sup>. Verfassung wird nicht mehr als Ordnungskonzept für den Staat reserviert. Der Mittelweg besteht darin, die widerstreitenden Autoritätsansprüche nationaler und übernationaler Hoheitsgewalt<sup>99</sup> als im Grundsatz nicht auflösbar anzusehen.<sup>100</sup> Der pluralistische Ansatz weist daher sowohl Hierarchie wie auch letzte Grundlegungen zurück.<sup>101</sup> Gegenseitige Autonomie<sup>102</sup> ohne Hierarchie, stattdessen Heterarchie<sup>103</sup>, Interaktion<sup>104</sup> und wechselseitige Offenheit sind Kennzeichen des Verfassungspluralismus im Mehrebenensystem<sup>105</sup>. Insoweit bestehen Parallelen zu Ansätzen, die auf Netzwerken<sup>106</sup> und auf einer horizontalen Kollisionsperspektive<sup>107</sup> beruhen, daneben auch zu Modellen, die

<sup>96</sup> Ich folge hier der Gegenüberstellung bei *D. Halberstam* *Plural constitutionalism* (Fn. 94), 150 ff. Kritisch zu dieser Darstellung *J.H.H. Weiler* *Dialogical epilogue* (Fn. 38), 286 f. *Daniel Halberstam* betont einen eigenen Ansatz, indem er von *plural constitutionalism* statt *constitutional pluralism* spricht.

<sup>97</sup> S. dazu *M. Delmas-Marty* *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, *Recueil Dalloz* 2006, 951; *dies.* *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, 2009.

<sup>98</sup> *A. J. Menéndez/J. E. Fossum* (Hrsg.) *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory: The Post-Sovereign Constellation*, 2011; *dies.* (Hrsg.) *The Post-Sovereign Constellation*, *ARENA Report* 4/2008.

<sup>99</sup> *Neil MacCormick* nimmt dabei als Arbeitsdefinition für eine „functioning constitution“ „a body of higher order norms establishing and conditioning relevant governmental powers“, *N. MacCormick* *Questioning Sovereignty* (Fn. 89), 104.

<sup>100</sup> *D. Halberstam* *Plural constitutionalism* (Fn. 94), 151. Zur Nähe zu systemtheoretischen Deutungsmustern bereits *N. MacCormick* *Questioning Sovereignty* (Fn. 89), 109.

<sup>101</sup> *D. Halberstam* *Plural constitutionalism* (Fn. 94), 152.

<sup>102</sup> Hier wird von verschiedenen Autoren der Begriff der Inkommensurabilität vorgeschlagen: Inkommensurable Autonomiepostulate, *M. Wendel* *Permeabilität* (Fn. 32), 18; inkommensurable Geltungsansprüche, *A. Peters* *Elemente* (Fn. 76), 273; *J.H.H. Weiler* *Prologue: global and pluralist constitutionalism – some doubts*, in: *G. De Búrca/ders.* (Hrsg.) (Fn. 38), 12: „the notion of incommensurability which has been the source from which MacCormick (and all those who have followed him) begat constitutional pluralism“.

<sup>103</sup> *N. Walker* *The Idea of Constitutional Pluralism*, *Modern Law Review* 65 (2002), 317 (337).

<sup>104</sup> *Armin von Bogdandy* spricht von „coupling“, *A. v. Bogdandy* *Pluralism* (Fn. 15), 398.

<sup>105</sup> Zum Begriff Mehrebenensystem bereits *F. C. Mayer* *Kompetenzüberschreitung* (Fn. 17), 31 ff. mwN.

<sup>106</sup> *K.-H. Ladeur* Europa kann nur als Netzwerk, nicht als „Superstaat“ gedacht werden, in: *C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer* (Hrsg.) *Strukturfragen der Europäischen Union* 2010, 119; *K.-H. Ladeur* *Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept*, *ELJ* 3 (1997), 33 (48).

<sup>107</sup> *C. Joerges* *Europarecht als Kollisionsrecht*, in: *C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer* (Hrsg.) (Fn. 106), 285.

systemtheoretisch<sup>108</sup> und mit Fragmentierung<sup>109</sup> argumentieren, nicht selten um auch nicht-hoheitliche Akteure zu erfassen<sup>110</sup>.

Rechtspluralismus besteht als wissenschaftlicher Ansatz mit anthropologisch-soziologischer Ausrichtung seit mehr als 100 Jahren.<sup>111</sup> Verfassungpluralismus ist demgegenüber ein neueres, sehr viel limitierteres<sup>112</sup> Konzept,<sup>113</sup> weniger auf Gesellschaft als auf Herrschaft bezogen.

Die Europäische Union<sup>114</sup> wird im verfassungpluralistischen Schrifttum in jüngerer Zeit<sup>115</sup> als am weitesten entwickeltes Beispiel disku-

<sup>108</sup> N. Luhmann *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, 440 ff.; s. auch die Überlegungen bei N. MacCormick *Das Maastricht-Urteil: Souveränität heute*, JZ 1995, 797 (798); s. auch S. Oeter *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, 550 ff.

<sup>109</sup> A. Fischer-Lescano/G. Teubner *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, 2006; G. Teubner *Verfassungsfragmente*, 2012; M. Koskeniemi *From Apology to Utopia*, 2005, 390 und 609 ff.

<sup>110</sup> ICANN (die „Internet Corporation for Assigned Names and Numbers“, Vergabeinstanz für Namen und Adressen im Internet) ist ein Beispiel für einen privaten Akteur, der immer wieder thematisiert wird, so etwa bei L. Viellechner *Responsiver Rechtspluralismus*, *Der Staat* 51 (2012), 559 (563 ff.), dort im Kontext der „Koordination der verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen, völkerrechtlichen Regimes und transnationalen Regelungsarangements“ mit dem Ordnungsprinzip der „Responsivität“ (ebd., 570). S. zu ICANN bereits F. C. Mayer *Europe and the Internet: The Old World and the New Medium*, *EJIL* 11 (2000), 149 (161 ff.).

<sup>111</sup> S. dazu J. Griffiths *What is Legal Pluralism?* *Journal of Legal Pluralism* 24 (1986), 1. Dort auch die Definition von legal pluralism als „the presence in a social field of more than one legal order“.

<sup>112</sup> Es lassen sich gleichwohl noch Verbindungslinien zwischen den Rechtsanthropologen der 1970er Jahre und den Erklärungsansätzen für die Interaktion der verschiedenen Rechtsebenen in der europäischen Integration ziehen, dazu N. W. Barber *Legal Pluralism and the European Union*, *ELJ* 12 (2006), 306 (329).

<sup>113</sup> Zur Gegenüberstellung von Konstitutionalismus und Pluralismus instruktiv S. Kadelbach *Konstitutionalisierung und Rechtspluralismus. Über die Konkurrenz zweier Ordnungsentwürfe*, *ARSP Beiheft*, iE, mwN. S. auch N. Krisch *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, 2010, 23 ff.

<sup>114</sup> In aller Regel geht es dabei um das Verhältnis zwischen der EU und den Mitgliedstaaten. S. aber D. Halberstam *Plural Constitutionalism as Theory and Method*, in: C. Landfried (Hrsg.) *The Power of Constitutional Courts in a Global World*, iE, der sich mit dem Verhältnis von Unionsrecht und EMRK bzw. von EuGH und EGMR auseinandersetzt. *Constitutional pluralism* lässt sich auch für den klassischen bundesstaatlichen Kontext diskutieren, s. etwa R. Schütze *Federalism as Constitutional Pluralism. „Letter from America“*, in: M. Avbelj/J. Komárek (Hrsg.) *Constitutional Pluralism* (Fn. 115), 185; D. Halberstam *Systems Pluralism and Institutional Pluralism in Constitutional Law: National, Supranational and Global Governance*, ebd., 85.

<sup>115</sup> Am Anfang stehen dabei die Arbeiten von N. MacCormick *Beyond the Sovereign State*, *Modern Law Review* 56 (1993), 1; ders. *Das Maastricht-Urteil* (Fn. 108), 797. Neil MacCormick hat seine Ausgangsposition allerdings modifiziert, in späteren Beiträgen entwirft er einen „pluralism under international law“, der als überwölbende Ordnung das internationale Recht anerkennt und dort die rechtliche Lösung sucht, s. N. MacCormick *Risking*

tiert.<sup>116</sup> Im Ausgangspunkt ist der verfassungsppluralistische Ansatz eine Reaktion auf das Maastricht-Urteil des BVerfG<sup>117</sup> von 1993<sup>118</sup> mit dem Versuch, sowohl das Maastricht-Urteil als auch die europäische Gegenposition in ihrer jeweiligen Argumentation als legitim anzusehen.<sup>119</sup> In der Folge

---

Constitutional Collision, Oxford J Legal Studies 18 (1998), 517, sowie *ders.* Questioning Sovereignty (Fn. 89), 117. S. auch *N. Walker* Constitutional Pluralism (Fn. 103), 317; *M. P. Maduro* Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action, in: *N. Walker* (Hrsg.) Sovereignty in Transition, 2003, 501; *ders.* Europe and the constitution: what if this is as good as it gets?, in: *J.H.H. Weiler/M. Wind* (Hrsg.) European constitutionalism beyond the state, 2003, 7; *M. Kumm* The Jurisprudence of Constitutional Conflicts: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty, ELJ 11 (2005), 262; *J. Komárek* European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony, Jean Monnet Paper 2005, 10/05; *M. P. Maduro* A constituição plural constitucionalismo e União Europeia Principia, 2006; *ders.* Der Kontrapunkt im Dienste eines europäischen Verfassungsppluralismus, EuR 2007, 3; *M. P. Maduro* Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a context of Constitutional Pluralism, European Journal of Legal Studies 2007, <http://ejls.eu>; *J. Baquero Cruz* The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement, ELJ 14 (2008), 389; *M. Avbelj/J. Komárek* (Hrsg.) Four Visions of Constitutional Pluralism, European University Institute Working Paper Law 2008/21; *N. Walker* Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders, ICON 6 (2008), 373; *A. v. Bogdandy* Pluralism (Fn. 15), 397; *A. Hamann/H. R. Fabri* Transnational networks and constitutionalism, ICON 6 (2008), 481; *L. Garlicki* Cooperation of Courts: The role of supranational jurisdictions in Europe, ICON 6 (2008), 509; *F. C. Mayer/M. Wendel* Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism, in: *M. Avbelj/J. Komárek* (Hrsg.) Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond, 2012, 227, s. auch die meisten anderen Beiträge in diesem Band; *D. Halberstam* Plural constitutionalism (Fn. 94), 150. *K. Jaklic* Constitutional pluralism (Fn. 76), unternimmt eine breit angelegte Bestandsaufnahme von *Neil MacCormick* bis *Joseph Weiler*. *J.H.H. Weiler* Prologue (Fn. 102), 13, äußert sich indessen skeptisch zur eigenen Verortung als *constitutional pluralist*.

<sup>116</sup> Im deutschsprachigen Schrifttum *A. Peters* Elemente (Fn. 76), insbes. 254 ff., 265 ff.; *M. Wendel* Permeabilität, (Fn. 32) 14 ff.; *C. Franzius* Recht und Politik (Fn. 52), passim; *A. v. Bogdandy* Prinzipien (Fn. 9), Rn. 55. Zur Rezeption des *constitutional pluralism* aus Sicht der Schweiz *D. Thürer* Europa und die Schweiz: Status quo und Potenziale einer Partnerschaft, SJZ 2012, 477 (484).

<sup>117</sup> BVerfGE 89, 155 – Maastricht.

<sup>118</sup> In Österreich ist um diese Zeit die Rede von „Verfassungsdualismus“ oder „Doppelverfassung“, *L. K. Adamovich/B.-C. Funk/G. Holzinger/S. L. Frank* Österreichisches Staatsrecht, Band I: Grundlagen, 2. Aufl. 2011, Rn. 01.045 und 17.060 („Verfassungsdualismus“, „Dualismus der Grundordnung“); *P. Pernthaler* Die neue Doppelverfassung Österreichs, FS Winkler, 1997, 773; *ders.* Verfassungskern (Fn. 7), 5. In eine ähnliche Richtung geht zuvor bereits *Koen Lenaerts* mit dem Begriff einer „multi-sovereign constitutional order“, *K. Lenaerts* Constitutionalism and the Many Faces of Federalism, Am. J. Comp. L. 38 (1990), 205 (213).

<sup>119</sup> Hier geht es eher noch um einen „radical pluralism“, der bei dem Nebeneinander von Letztentscheidungsansprüchen stehen bleibt. Dazu *J. Baquero Cruz* Pluralist Movement (Fn. 115), 389. Wenn dann die zentrale Folgerung ist, dass Konflikte zwischen Rechtsord-



haben sich etliche Positionen ausdifferenziert,<sup>120</sup> so dass es „den“ *constitutional pluralism* nicht gibt. Es lassen sich aber doch gewisse gemeinsame Grundannahmen benennen.<sup>121</sup> Grundlage eines Verfassungsppluralismus ist, dass die beteiligten Verfassungsordnungen die Legitimität der jeweils anderen akzeptieren und zugleich eine Überordnung untereinander weder beansprucht noch anerkannt wird.<sup>122</sup>

Diese Grundannahmen sind für die Union auf allen Seiten bisher augenscheinlich nicht gegeben,<sup>123</sup> wenn man die jeweils schneidigste Version<sup>124</sup> der wechselseitigen Letztentscheidungs- und Vorrangansprüche in den Blick nimmt. Auf einer faktischen Ebene entspricht aber ein konsensuales Nebeneinander sehr wohl immer mehr der Realität.<sup>125</sup> Zutreffend ist betont worden,<sup>126</sup> dass sich im Verfassungsppluralismus eine bestimmte Grundhaltung der „constitutional tolerance“ (*Joseph Weiler*) spiegelt.<sup>127</sup> Es geht

---

nungen nur noch politisch gelöst werden können, dann ist man nicht sehr viel weiter als *Alfred Verdross* 1950, der von „Grenzorganen“ sprach, die zwar an das Recht gebunden, jedoch keiner rechtlichen Kontrolle mehr unterworfen sind, so dass die Lösung eines Konfliktes eine moralische Gewissensfrage bzw. eine politische oder eine soziologisch determinierte Frage sei, *A. Verdross* Völkerrecht, 2. Aufl. 1950, 24 ff., unter Bezugnahme auf *Hans Kelsen*, letztlich eine „Sache der Macht“, *J. Isensee* Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens, FS Stern, 1997, 1239 (1265). Der neuere Verfassungsppluralismus geht über den Befund „Macht und Politik“ und einer völlig ungebundenen Vielheit hinaus und sucht nach Prinzipien, die beim Fehlen einer Hierarchie mehr Stabilität in die rechtlichen Verhältnisse bringen und Politik insoweit eine Form geben können.

<sup>120</sup> Nachgezeichnet bei *J. Baquero Cruz* Pluralist Movement (Fn. 115), 413 ff. *Julio Baquero Cruz* macht sogar bei *Paul Kirchhof* pluralistische Tendenzen aus. S. auch die Darstellung in *G. Martinico* The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process, 2013, 23 ff.

<sup>121</sup> Verfassungsppluralismus ist dabei mehr als nur Vielfalt, zutreffend ist beschrieben worden, wie in gewissem Sinne eine Synthese aus Monismus und Dualismus entsteht, indem Gegensätze und Konflikt zwischen den beteiligten Ordnungen und gemeinsame Bezugspunkte Hand in Hand gehen, *D. Halberstam* Plural constitutionalism (Fn. 94), 171.

<sup>122</sup> *N. MacCormick* Questioning Sovereignty (Fn. 89), 104.

<sup>123</sup> *D. Halberstam* Plural constitutionalism (Fn. 94), 161.

<sup>124</sup> Einerseits EuGH Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, andererseits BVerfGE 133, 277 (316) – Antiterrordatei; BVerfGE 134, 366 – OMT. S. auch poln. VerfGH 11.5.2005 – K 18/04 (Beitrittsvertrag), EuR 2006, 236 (248 ff.).

<sup>125</sup> *D. Halberstam* Plural constitutionalism (Fn. 94), 161.

<sup>126</sup> *K. Jaklic* Constitutional pluralism (Fn. 76), 72 ff.

<sup>127</sup> *J.H.H. Weiler* In defence of the status quo: Europe’s constitutional Sonderweg, in: ders./M. Wind (Hrsg.) (Fn. 115), 7 (15 ff.); zuvor *ders.* Federalism without Constitutionalism: Europe’s Sonderweg, in: K. Nicolaidis/R. Howse (Hrsg.) Federal Vision (Fn. 16), 54 (62 ff.). Die Kernidee *Joseph Weilers* ist die Unterscheidung zwischen zwei fundamental unterschiedlichen Ansätzen im Umgang mit dem Anderen, dem Fremden. Einerseits das „Come, be one of us“, das auf ein „make him like me“ hinausläuft – „still a form of dangerous internal and external tolerance“ (*J.H.H. Weiler* Defence, 19). „The alternative strategy of dealing with the alien is to acknowledge the validity of certain forms of non-ethnic

nicht um eine sanktionsbewehrte Anordnung im Sinne eines Befehls, wie Verfassungskonflikte aufzulösen sind, es geht vielmehr um einen Rationalitätsappell, mit dem Verfassungsordnungen dazu eingeladen werden, sich zu vertragen, um schwere wechselseitige Beschädigungen zu vermeiden.<sup>128</sup> Für die Interaktion der Verfassungssysteme werden bestimmte metakonstitutionelle Grundsätze<sup>129</sup> angenommen, die diese Interaktion ermöglichen, verbessern und anleiten.<sup>130</sup> Dazu zählen etwa wechselseitige Responsivität<sup>131</sup>, Loyalität<sup>132</sup> und Vertrauen.<sup>133</sup>

### b) *Verfassungsverbund*

In der deutschen Diskussion ist das Konzept des Verfassungsverbundes<sup>134</sup> ab 1995 die verfassungsppluralistisch zu verstehende Erwiderung auf

---

bounded identity but simultaneously to reach across boundaries.“ Dann werde die Identität des Fremden bewahrt, der Fremde in seiner Fremdheit akzeptiert, als er selbst (ebd.). „The European current constitutional architecture represents this alternative, civilizing strategy of dealing with the ‘other’.“ Die „immer engere Union“ [„ever closer union“] nennt *Joseph Weiler* als besonderen Ausdruck dieser Leitidee: „No matter how close the Union, it is to remain a union among distinct peoples, distinct political identities, distinct political communities.“ (ebd., 20). Als Folge respektieren Verfassungsakteure in der EU „European constitutional discipline“ nicht wegen einer höheren Autorität, die dies anordnet, wie im Bundesstaat, sondern durch eine autonome Willensbetätigung (ebd., 21).

<sup>128</sup> Ein Bild aus dem Kalten Krieg, die „Mutual Assured Destruction“, ist hier zur Veranschaulichung eingesetzt worden, *J.H.H. Weiler/U. Haltern/F. C. Mayer* European Democracy and Its Critique, *West European Politics* 18 (2005), 4 (37). In der Tat würde eine auf ein rechtliches Argument gestützte Weigerung, das Unionsrecht zu befolgen, auch den eigenen Rechtsbefolgungsanspruch schwächen.

<sup>129</sup> Vorsichtiger *E. Dubout* Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l’Union européenne, in: R. Tinière/C. Vial (Hrsg.) *La protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne*, 2015, 107 (149): „une certaine connexion constitutionnelle“.

<sup>130</sup> *M. P. Maduro* in: M. Avbelj/J. Komárek (Hrsg.) *Four visions* (Fn. 115), 20; s. auch *C. Mac Amhlaigh* Questioning Constitutional Pluralism, *Edinburgh Law School Working Paper Series*, 2011/17 (SSRN, 2011): Es geht nicht um „higher law“, sondern um „higher guiding principles“. Der mögliche Einwand dagegen ist freilich, dass damit dann doch wieder Hierarchie eingeführt wird.

<sup>131</sup> *C. Franzius* *Recht und Politik* (Fn. 52), 253 ff., unter Bezugnahme auf die wohl etwas umfassendere Verwendung des Begriffs bei *L. Vellechner* *Rechtsppluralismus* (Fn. 110), 570, dort auch zur Begriffsgeschichte in den USA.

<sup>132</sup> Auch Selbstreflexivität wäre insbesondere für die kontrollunabhängigen Akteure (Gerichte, Zentralbanken) ein wichtiges Prinzip.

<sup>133</sup> *C. Franzius* *Recht und Politik* (Fn. 52), 261 f., 293 f.

<sup>134</sup> Von *Ingolf Pernice* 1995 auf einer Konferenz in Lausanne geprägt: *I. Pernice* Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: R. Bieber/P. Widmer (Hrsg.) *The European constitutional area*, 1995, 225 (261 ff.). S. auch *ders.* Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, *EuR* 1996, 27; *ders.* Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 4), 163; *ders.* Das Verhältnis euro-

den Staatenverbund gewesen.<sup>135</sup> Ob der Verfassungsverbund überhaupt ein verfassungspluralistischer Ansatz ist oder nicht doch mit einer verkappten Einheitsidee vom europäischen Verbund aufwartet, ist intensiv diskutiert worden.<sup>136</sup> In der internationalen Diskussion wurde der Verfassungsverbund begrifflich offener überwiegend als *multilevel constitutionalism* rezipiert.<sup>137</sup> Immerhin gestattet der Verbundbegriff eine Außen-Innen-Unterscheidung, mit der sich die EU mit ihren verfassungsrechtlichen Besonderheiten, nicht

---

päischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, 2006; *ders.* Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsbundes, in: C. Calliess (Hrsg.) Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht, 2007, 61.

<sup>135</sup> Zu den Hintergründen des Konzeptes Staatenverbund s. die Nachweise oben Fn. 83. In der deutschen Diskussion ist immer wieder vorgeschlagen worden, die EU nicht als entweder Staatenverbund oder Verfassungsverbund zu konzeptualisieren, sondern als Staaten- und Verfassungsverbund. Die Verfassungsdimension der europäischen Integration wird mit dieser Synthesformel immerhin anerkannt. Zugleich lösen sich die konzeptionellen Unterschiede zwischen Staatenverbund und Verfassungsverbund weitgehend auf. Es wird zusammengeführt, was konzeptionell nicht recht zusammengehört. Die Deutung als Staaten- und Verfassungsverbund findet sich beispielsweise bei *P. M. Huber* Verfassungsrecht (Fn. 33), 210 ff.; *C. Calliess* Zum Denken im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: *ders.* (Hrsg.) (Fn. 134), 187 (191 ff.).

<sup>136</sup> Näher dazu *F. C. Mayer/M. Wendel* Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism (Fn. 115), 127. S. auch *M. Avbelj* Questioning EU Constitutionalisms, *GLJ* 9 (2008), 1 (19). Jedenfalls ist Verfassungspluralismus begrifflich weniger als der Verbund auf eine materielle Einheit ausgerichtet. Einheit wird prozedural hergestellt, nicht vermittelt einer über den Vorrang abgesicherten Hierarchie, sondern als etwas aus konkurrierenden Perspektiven oder Ansprüchen Bestehendes.

<sup>137</sup> S. etwa *B. de Witte* European Treaty Revision: a Case of Multilevel Constitutionalism, in: *I. Pernice/J. Zemanek* (Hrsg.) A Constitution for Europe: The IGC, the Ratification Process and Beyond, 2005, 59; *N. Walker* Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate, in: *K. Tuori/S. Sankari* (Hrsg.) The Many Constitutions of Europe, 2010, 143; *G. della Cananea* Is European Constitutionalism Really „Multilevel“?, *ZaöRV* 70 (2010), 283; *H. Qazbir* L'internationalisation du droit constitutionnel, 2015, 361 ff.; ausgehend von *I. Pernice* Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and „Multilevel Constitutionalism“, in: *E. Riedel* (Hrsg.) German Reports on Public Law. Presented to the XV. International Congress on Comparative Law, Bristol 26 July to 1 August 1998, 1998, 40; *ders.* Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited, *CMLRev.* 36 (1999), 703; *ders./F. C. Mayer/S. Wernicke* Renewing the European Social Contract. The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism, *King's College L. J.* 12 (2001), 60; *I. Pernice* Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe, *EuConst* 11 (2015), 541. Die Übertragung des Verfassungsverbundes ins Französische, *I. Pernice./F. C. Mayer* De la constitution composée de l'Europe, *RTDE* 2000, 623, erscheint unitarischer, wieder anders die italienische Übertragung, *dies.* La Costituzione integrata dell'Europa, in: *G. Zagrebelsky* (Hrsg.) *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, 2003, 43.

zuletzt ihren Autonomieansprüchen – Stichworte Kadi-Urteil,<sup>138</sup> EMRK-Gutachten,<sup>139</sup> künftig vielleicht CETA, TTIP und ISDS<sup>140</sup> –, ins Verhältnis zu überunionalen, weltweiten Entwicklungen setzen lässt.<sup>141</sup> Die Verbundidee bringt dafür den Unterschied zwischen simpler Pluralität und gehaltvollem *pluralism* zum Ausdruck.<sup>142</sup> In materieller Hinsicht besteht nämlich in der Union zwischen den Verfassungsebenen eine erhebliche Übereinstimmung. Durch wechselseitige Verfassungsverstärkung, aus den Beitrittsvoraussetzungen und den Struktursicherungsklauseln der nationalen Verfassungen, ist ein Gleichlauf der verfassungsrechtlichen Grundrichtung sichergestellt,<sup>143</sup> im Sinne eines gemeineuropäischen Verfassungsrechts<sup>144</sup>.

### c) Kritik und Einwände

Grundannahmen und Leistungsfähigkeit des *constitutional pluralism*<sup>145</sup> wie auch des Verfassungsverbundes<sup>146</sup> sind nicht unbestritten geblieben.

<sup>138</sup> EuGH Kadi/Rat und Kommission, C-402/05, EU:C:2008:461. S. dazu *G. De Búrca* Dialogical epilogue (Fn. 38), 279.

<sup>139</sup> EuGH, Gutachten 2/13, EU:C:2014:2454. Zu recht kritisch dazu *J.-P. Jacqué* CJUE – CEDH: 2-0, RTDE 2014, 823; *C. Grabenwarter* Das EMRK-Gutachten des EuGH, EuZW 2015, 180; *M. Wendel* Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß – Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihren Grenzen, NJW 2015, 921; *C. Tomuschat* Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral, EuGRZ 2015, 133; s. auch *H. Krämer* Änderungen im Grundrechtsschutz durch den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK, ZÖR 2014, 235.

<sup>140</sup> Dazu *F. C. Mayer/M. Ermes* Rechtsfragen zu den EU-Freihandelsabkommen CETA und TTIP, ZRP 2014, 237 (239); s. auch *S. Hindelang* Repellent Forces: The CJEU and ISDS in CETA and other EU agreements, AVR 53 (2015), 68.

<sup>141</sup> Zur Frage, ob die EU ihrerseits offen gegenüber übergreifenden Verfassungsdimensionen ist, auch *D. Halberstam* Plural constitutionalism (Fn. 94), 153.

<sup>142</sup> Dazu *N. Walker* The Cosmopolitan Local, in: A. J. Menéndez/J. E. Fossum (Hrsg.) (Fn. 98), 3 (9).

<sup>143</sup> Dazu *I. Pernice* Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten (Fn. 134), 53. S. dazu auch den Begleitaufratz von *S. Unger* Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?, DVBl. 2015, 1069 (1072).

<sup>144</sup> Begriffsprägung bei *P. Häberle* Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, 261; *ders.* Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, in: R. Bieber/P. Widmer (Hrsg.) (Fn. 134), 361; s. auch *M. Heintzen* Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union, EuR 1997, 1 (15).

<sup>145</sup> Überblick bei *C. Mac Amhlaigh* Questioning Constitutional Pluralism (Fn. 130).

<sup>146</sup> Kritisch u.a. *U. K. Preuss* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 60 (2001), 384 ff. mit Blick auf die Betonung des Individuums; *M. Jestaedt* Verfassungsverbund (Fn. 93), 662 und 664 ff., aus einer rechtspositivistischen Sicht. Eine Erwiderung auf diese Kritik findet sich in *I. Pernice* Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes (Fn. 134), 72 ff., 78 ff. *M. Nettesheim* Europäischer Verfassungsverbund?, FS Isensee, 2007, 733 (736) meint, dass sich in Europa zwar mannigfaltige Verflechtungen zwischen Institutionen, Entscheidungen und Rechtsnormen ergeben haben, gerade die „von den jeweiligen Verfassun-

In der Tat vermag der Verfassungspluralismus keine Konflikte zu lösen, wenn die Ausgleichsmechanismen zwischen den Rechtsordnungen nicht greifen.<sup>147</sup> Gefragt wird, ob Einheit und Kohärenz ohne eine ultimative Autorität möglich sind.<sup>148</sup> Durch die Gleichsetzung von Union und Mitgliedstaaten werde nicht ausreichend berücksichtigt, dass die unionale Rechtsordnung von den Mitgliedstaaten abgeleitet ist.<sup>149</sup> Die schärfste Kritik mündet in den Vorwurf, es gehe letztlich doch nur um einen verkappten Monismus („closet monists“<sup>150</sup>), um Ideologie<sup>151</sup> oder noch ärger, am Ende stehe das Recht des Dschungels, die Auflösung aller Ordnung.<sup>152</sup>

Dagegen steht, dass der *constitutional pluralism* in der „Unordnung der Ordnungen“<sup>153</sup> Orientierung gibt. Es kommt letztlich auf den Ausgangspunkt an. Als Vorzug einer verfassungspluralistischen Betrachtung ist beschrieben worden, dass es nicht mehr um die fast obsessive Konzentration darauf geht, ob nun die nationale oder die supranationale Verfassung letztmaßgeblich ist oder welches Gericht das letzte Wort hat.<sup>154</sup> Im *constitutional pluralism* gibt es keine letzten Worte.<sup>155</sup> Vielmehr wird der Blick frei für die viel wichtigere Frage, wie die Union pluralistisch sein kann, ohne sich in chaotische Vielfalt aufzulösen und warum die europäische Rechtsgemeinschaft trotz gegenläufiger Deutungsansprüche funktioniert.<sup>156</sup> Verfassungspluralismus ist dabei aber nicht nur Deskription, sondern lässt sich als kooperativer Verfassungspluralismus<sup>157</sup>

---

gen definierte Grundordnung“ davon aber „jeweils vergleichsweise unberührt“ bleibe, weswegen es nahe liege, „gegenwärtig nicht von einem ‚Verfassungsverbund‘ zu sprechen“. S. auch U. Volkmann Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, 121 f. zum strategischen Gehalt des Begriffs, soweit er etwas mit herbeiführt, was er lediglich zu beschreiben vorgibt. Vielleicht gilt dies für die meisten beschreibenden Begriffe im Verfassungsrecht.

<sup>147</sup> N. Walker *Cosmopolitan Local* (Fn. 142), 10.

<sup>148</sup> S. zu diesem Gegensatz Julio Baquero Cruz einerseits, Miguel Maduro andererseits in: M. Avbelj/J. Komárek (Hrsg.) *Four visions* (Fn. 115), 13.

<sup>149</sup> M. Borowski *Legal Pluralism in the European Union*, in: A. J. Menéndez/J. E. Fossum (Hrsg.) (Fn. 98), 185 (201). Zu diesem Argument bereits E. Grabitz *Gemeinschaftsrecht* (Fn. 92), 42: Herkunft sagt noch nichts über die Natur aus.

<sup>150</sup> A. Somek *Monism* (Fn. 72), 360; *ders.* *The Cosmopolitan Constitution*, 2014, 21.

<sup>151</sup> J.-P. Derosier *Les limites constitutionnelles* (Fn. 80), 484 ff.

<sup>152</sup> A. Somek *Monism* (Fn. 72), 359. Sicherlich klingen in der Kritik auch wechselseitige Zerrbilder an: paternalistische Dominanz gegen liberale Übertreibung der Vielfalt.

<sup>153</sup> N. Walker *Beyond boundary disputes* (Fn. 115), 385: „disorder of orders“.

<sup>154</sup> A. J. Menéndez/J. E. Fossum *Introduction*, in: dies. (Hrsg.) (Fn. 98), X.

<sup>155</sup> C. Franzius *Recht und Politik* (Fn. 52), 22, 228, 245, 250.

<sup>156</sup> A. J. Menéndez/J. E. Fossum *Introduction* (Fn. 154), X.

<sup>157</sup> Das Kooperationsparadigma hat sich in der Bundesstaatsdiskussion schon seit längerem etabliert (*cooperative federalism*). Klaus Vogel hatte 1964 zunächst erwogen, vom „kooperativen Staat“ zu sprechen (später für das Verhältnis des Staates zur Wirtschaft ein-

auch normativ wenden:<sup>158</sup> Dann ist die Leitfrage, wie das Nebeneinander von nationaler Verfassungsordnung und europäischer Ordnung optimiert<sup>159</sup> werden kann.<sup>160</sup>

### 3. *Zwischenbefund – Kooperativer Verfassungsppluralismus als Perspektive*

Der nationale Verfassungsmonismus hat mit der Beantwortung der Ausgangsfragestellung – Gesamtordnung oder Teilordnung – die wenigsten Probleme, weil die nationale Verfassung jedenfalls maßgeblich bleibt – Gesamtordnung. Europäisches Recht ist dann allenfalls funktionale Ausgliederung, jedenfalls aber rückholbar und letzten Endes nicht verfassungsrelevant. Das ist auf theoretischer Ebene folgenlos. Aber wenn vor dieser Hintergrundfolie verfassungsrechtliche Spannungslagen in der Wirklichkeit gelöst werden müssen, dann bleibt nur die Sprache der Pathologie und die Wahrnehmung von Fehlfunktionen wie es im Begriff des ausbrechenden Rechtsaktes<sup>161</sup> zum Ausdruck kommt.

---

gesetzt von *E.-H. Ritter* Der kooperative Staat, AöR 104 (1979), 389), dann aber doch den Begriff der „offenen Staatlichkeit“ gewählt – um Missverständnisse zu vermeiden, *K. Vogel* Wortbruch (Fn. 72), 163. Vgl. dazu den Vorschlag *Peter Häberles*, vom kooperativen Verfassungsstaat auszugehen, *P. Häberle* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 36 (1977), 130; *ders.* Der kooperative Verfassungsstaat, FS Schelsky, 1977, 141 (auch in: *ders.* Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1978, sowie *ders.* Die Verfassung des Pluralismus, 1980, 287). S. in diesem Kontext auch *S. Kadelbach* Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999, 219: „kooperative Konkurrenz der Rechtsordnungen“.

<sup>158</sup> S. dazu „The Normative Claim“ und „The Thick Normative Claim“ in *M. P. Maduro* Three Claims of Constitutional Pluralism, in: *M. Avbelj/J. Komárek* (Hrsg.) Constitutional Pluralism (Fn. 115), 67 (75, 77). Für ein normatives Verständnis des Verbundparadigmas auf rechtspluralistischer Grundlage *M. Wendel* Permeabilität (Fn. 32), 43 f.

<sup>159</sup> Das schließt die dogmatische und konzeptionelle Entfaltung von Konfliktbewältigungsmechanismen (*C. Franzius* Recht und Politik (Fn. 52), 227 ff.), zu denen beispielsweise das Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV und sein Gebrauch gehören, ein.

<sup>160</sup> Insoweit ist der kooperative Verfassungsppluralismus auch Maßstab für das praktische Handeln der Verfassungsakteure. Es lässt sich eine Aussage dazu treffen, ob eine Entscheidung des BVerfG mehr oder weniger an einem kooperativen Verfassungsppluralismus orientiert ist. So entspricht beispielsweise das Sondervotum von drei Richtern zur Solange I-Entscheidung 1974 (BVerfGE 37, 271 (291 ff.) – Solange I) nach diesen Maßstäben deutlich mehr einem kooperativen Verfassungsppluralismus als die OMT-Vorlage der Senatsmehrheit 2014 an den EuGH, BVerfGE 134, 366 – OMT. Das Vorlageverfahren ist die prozedurale Spiegelung des kooperativen Verfassungsppluralismus.

<sup>161</sup> BVerfGE 89, 155 (188) – Maastricht. Seit dem Lissabon-Urteil spricht das BVerfG neutraler von Ultra vires-Akten, BVerfGE 123, 267 (353).

Aus der Perspektive eines kooperativen Verfassungspluralismus treten sich dagegen europäische und nationale Verfassungsebene gleichrangig gegenüber. Das deutet auf eine Teilordnungsantwort<sup>162</sup> hin. Die Frage ist aber, was genau mit der nationalen Verfassung passiert, wenn man Anforderungen eines kooperativen Verfassungspluralismus an die nationalen Verfassungen nachgibt.

## V. Kooperativer Verfassungspluralismus – Folgerungen

Für die Verhältnisbestimmung zwischen nationaler und europäischer Ebene, für Vorrang- und Identitätsfragen, für das Legitimationsproblem sowie das Souveränitäts- bzw. Autonomiethema lassen sich verfassungspluralistische Perspektiven und Optimierungen beschreiben. Daraus ergeben sich auch Teilantworten auf die Frage nach der Veränderung der nationalen Verfassung in der europäischen Integration.

### 1. Verhältnisbestimmung: Permeabilität

Alles beginnt mit der Übertragung von Hoheitsrechten an die Europäische Union,<sup>163</sup> so die Formulierung in Deutschland<sup>164</sup> und in Österreich<sup>165</sup>, bzw. von Souveränitätsrechten, in der Sprache des EuGH 1963 in der Rs. Van Gend en Loos.<sup>166</sup> Eine dingliche Betrachtungsweise im Sinne einer

---

<sup>162</sup> Im Sinne der Ausgangsfragestellung. Der kooperative Verfassungspluralismus marginalisiert dabei nicht eindimensional die nationale Verfassung zur Teilrechtsordnung, sondern enthält als normative Forderung, dass eben auch die Unionsrechtsordnung keine Gesamtordnung sein kann. Letztlich geht es um die Abkehr von der Sehnsucht nach einer Gesamtordnung und das auf praktische Realisierung zielende Ausbuchstabieren eines Wechselspiels von Teilordnungen.

<sup>163</sup> Näher dazu *F. C. Mayer* Parlamente im Mehrebenensystem (Fn. 24), Rn. 6.

<sup>164</sup> Art. 23 Abs. 1 GG. Die 1992 eingefügte Bestimmung ist an Art. 24 Abs. 1 GG angelehnt, dazu grundlegend *C. Tomuschat* in: Bonner Kommentar, Art. 24 (Zweitbearbeitung), 1981; s. auch *R. Wahl* Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, 20 ff. („eine der Schlüsselnormen des gesamten Grundgesetzes“, ebd., 21). Zu Art. 23 GG s. auch *D. König* Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses, 2000.

<sup>165</sup> Art. 9 Abs. 2 B-VG.

<sup>166</sup> EuGH Van Gend en Loos, Rs. 26/62, EU:C:1963:1, dazu *F. C. Mayer* Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law, in: M. P. Maduro/L. Azoulay (Hrsg.) The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty, 2010, 16. In der niederländischen Sprachfassung findet sich die Formulierung von der Beschränkung der ‚Souveränität‘ der Mitgliedstaaten, wohingegen in allen anderen Fassungen von einer Einschränkung der ‚Souveränitätsrechte‘ die Rede ist.

„Weggabe“ von rechtlich-politischer Gestaltungsmacht („Souveränitätstransfer“) erklärt diesen Vorgang nur unzureichend und ist für Integrationsklauseln, die eine gemeinsame Ausübung von Befugnissen gestatten (so in Frankreich<sup>167</sup>) auch nicht hilfreich.<sup>168</sup> Vielmehr entstehen durch die Mitwirkung an der europäischen Integration bestimmte Kompetenzen überhaupt erst, die so zuvor auf Mitgliedstaatenebene gar nicht vorhanden sein konnten.<sup>169</sup> Kein Mitgliedstaat hat alleine die Rechtsmacht, unionsweite Regelungen zu treffen. Im Zusammenwirken mit den anderen Mitgliedstaaten entsteht indessen ein Anteil an einer solchen Rechtsmacht. Zugleich bewirkt die Beteiligung an der europäischen Integration, dass bestimmte Kompetenzen, die zuvor in mitgliedstaatlicher Hand lagen, auf keiner Hoheitsebene mehr bestehen.<sup>170</sup>

Besser als die Vorstellung einer dinglichen Übertragung passt aus Sicht eines kooperativen Verfassungspluralismus zu den soeben beschriebenen Kompetenzphänomenen und zu der auf Unionsebene entstandenen Hoheits-

---

<sup>167</sup> Art. 88-1 französische Verfassung.

<sup>168</sup> Es geht nicht um die Aufteilung eines abgegrenzten Kompetenzbestandes im Sinne einer Nullsummenbetrachtung. Es ist nicht so, dass das, was auf der mitgliedstaatlichen Ebene an Gestaltungsmacht verschwindet, spiegelbildlich auf der europäischen Ebene erscheint und umgekehrt. In der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG zum Vertrag von Lissabon wurde dies mit dem – unzutreffenden – Bild des Mitgliedstaatenkompetenzbestandes als einer Salami veranschaulicht, von der ein Stück nach dem anderen abgeschnitten werde, s. dazu die Dokumentation der mündlichen Verhandlung bei *K. Kaiser* Der Vertrag von Lissabon vor dem BVerfG, 2013, 1302 f. sowie 1314, 1324, 1330, 1332, 1340, 1362. Gegen ein wörtliches Verständnis der Übertragung von Hoheitsrechten schon BVerfGE 37, 271 (279 f.) – Solange I und *K. Vogel* Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, 4. Zur Kompetenzdiskussion s. auch *F. C. Mayer* Competences – Reloaded? The Vertical Division of Powers in the EU after the New European Constitution, *ICON* 3 (2005), 493; *M. Nettesheim* Kompetenzdenken als Legitimationsdenken. Zur Ultra-vires-Kontrolle im rechtspluralistischen Umfeld, *JZ* 2015, 585.

<sup>169</sup> Siehe bereits *E. Kaufmann* Rechtsgutachten zum Verträge über die Gründung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und zum Deutschlandverträge, in: *Kampf um den Wehrbeitrag*, Bd. 2, 42 (55); *W. v. Simson* Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 31 (1973), 129, nennt es eine „grenzüberschreitende Kompetenz, die neu geschaffen wird“.

<sup>170</sup> Man könnte von „compétences abolies“ sprechen, dazu *D. Simon* Le système juridique communautaire, 3. Aufl. 2001, 83 ff. unter Bezugnahme auf *V. Constantinesco* Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, 1974, 231 ff., 248. Ein Beispiel ist die Kompetenz, in einer Regelung an ein Tatbestandsmerkmal „Staatsangehörigkeit“ unterschiedliche Rechtsfolgen zu knüpfen (Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit). Diese Rechtsmacht besteht in der EU weder auf mitgliedstaatlicher Ebene noch auf europäischer Ebene mehr. Man nimmt diesen Vorgang meist nicht als bewusste, aktive Kompetenzgestaltung wahr. Dennoch hat die Kompetenz sich verflüchtigt und besteht nicht mehr.



gewalt<sup>171</sup> die Konzeption einer verfassungsunmittelbaren Öffnung der nationalen Verfassungsordnung.<sup>172</sup> Auch Art. 23 GG lässt sich als genuine Öffnungsklausel interpretieren.<sup>173</sup> Die Vorschrift öffnet die mitgliedstaatliche Rechts- und Verfassungsordnung bereits auf Verfassungsebene für das europäische Recht, sie macht die Verfassung permeabel.<sup>174</sup> Der verfassungsppluralistischen Hypothese folgend kennzeichnet Permeabilität aber umgekehrt auch das Primärrecht, welches in bestimmten Bereichen ein Durchgreifen bzw. Einfließen nationalen Verfassungsrechts erlaubt.<sup>175</sup>

Offene Verfassung – statt offene Staatlichkeit<sup>176</sup> – bedeutet für Deutschland auch eine Entlastung des Zustimmungsgesetzes, der vorgeblichen Brücke für das Europarecht in die nationale Rechtsordnung. Aus europarechtlicher Sicht braucht es gar keine Brücke, weil das Unionsrecht schwimmen gelernt hat, es gilt unmittelbar. Nimmt man gleichwohl das Zustimmungsgesetz als maßgebliche Brücke für den Eintritt des Unionsrechts in das nationale Recht an,<sup>177</sup> so verharret das gesamte Unionsrecht auf dem Rang

---

<sup>171</sup> Vgl. hier *I. Pernice* in: H. Dreier (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 20 (Konstituierung originärer, formal autonomer und zur Staatsgewalt der Mitgliedstaaten komplementärer Hoheitsgewalt, nationales und europäisches Recht als komplementäre Teilordnungen im Europäischen Verfassungsverbund).

<sup>172</sup> In diesem Sinne für Art. 24 GG bereits *K. Hesse* Grundzüge (Fn. 34), Rn. 106 ff.

<sup>173</sup> In Deutschland unterliegen bestimmte Übertragungen von Hoheitsrechten sogar den gleichen Regeln und Grenzen wie die Verfassungsänderung. Dies gilt insbesondere für das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat. Hier wird besonders deutlich, dass Art. 23 GG verfassungsunmittelbare Öffnungsnorm für das Unionsrecht ist. Schon bei seiner Aufnahme in das GG wurde diskutiert, dass Hoheitsrechtsübertragungen nicht nur auf der Grundlage von förmlichen Vertragsänderungen, sondern auch im Wege der sog. Evolutivklauseln denkbar sind, BT-Drucks. 12/3896, 14 und 18 f.

<sup>174</sup> Begriff nach *M. Wendel* Permeabilität (Fn. 32), 7 und passim. S. dazu die Deutung durch *Claudio Franzius* als eines der „Prinzipien konstitutioneller Pluralität“, *C. Franzius* Recht und Politik (Fn. 52), 250 ff.

<sup>175</sup> Ebd. Es handelt sich also um ein ebenenneutrales Prinzip, das in beide Richtungen wirkt, normativ aber stets in der betreffenden Rechtsordnung selbst verankert sein muss (Primärrecht bzw. nationales Verfassungsrecht).

<sup>176</sup> Die verdienstvolle, weil wegweisende, für die „offene Staatlichkeit“ begriffsprägende Arbeit von *Klaus Vogel* (*K. Vogel* Verfassungsentscheidung (Fn. 168)) argumentiert letztlich auch vor allem über die Verfassung („Verfassungsentscheidung“). Offene Staatlichkeit ist übrigens einmal mehr ein Beispiel für eine kaum anschlussfähige, weil schwer übersetzbare deutsche Begriffsbildung. Zu den Hintergründen seiner eigenen Begriffsschöpfung und dazu, dass es ihm vor allem um die Beschreibung eines Mentalitätenwandels ging, rückblickend in seiner Abschiedsvorlesung *K. Vogel* Wortbruch (Fn. 72), 163. Überblick bei *M. Kotzur* Deutschland und die internationalen Beziehungen – „offene Staatlichkeit“ nach 60 Jahren Grundgesetz, *JöR* n.F. 59 (2011), 389.

<sup>177</sup> *P. Kirchhof* Die Gewaltbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, *JZ* 1998, 965 ff.

eines einfachen Bundesgesetzes. So kann der Vorrang des Unionsrechts<sup>178</sup> sogar gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht auf keinen Fall sinnvoll abgebildet werden.<sup>179</sup> Gleiches gilt für die europäische Funktion der Verfassungsorgane des Grundgesetzes und für eine Grundrechtsfusion, wie sie der österreichische VfGH andeutet, indem er die Unionsgrundrechte zum eigenen Prüfungsmaßstab macht.<sup>180</sup> Der verengte Blick auf das Zustimmungsgesetz als Brücke verursacht zudem Folgeprobleme unterhalb der Verfassung im Umgang mit dem Vorranganspruch des Unionsrechts.<sup>181</sup>

## 2. *Vorrang, Vorherrschaft und nationale Verfassungsidentität: Responsivität*

### a) *Vorrang und Hierarchie*

Der ursprünglich richterrechtlich entwickelte Vorrang des Unionsrechts<sup>182</sup> vor dem nationalen Recht<sup>183</sup> einschließlich Verfassungsrecht<sup>184</sup>

<sup>178</sup> EuGH Costa/E.N.E.L., C-6/64, EU:C:1964:66; EuGH Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70, EU:C:1970:114; bestätigt durch die dem Vertrag von Lissabon beigefügte Erklärung der Mitgliedstaaten zum Vorrang, s. Erklärungen zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den am 13.12.2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon angenommen hat, Erklärung Nr. 17, ABl. EU C 115 v. 9.5.2008, 335.

<sup>179</sup> Vgl. dazu *M. Wendel* Permeabilität (Fn. 32), 400.

<sup>180</sup> S. oben Fn. 51.

<sup>181</sup> Das im Range eines einfachen Bundesgesetzes stehende Europarecht sieht sich eigentlich dem *lex posterior*-Einwand ausgesetzt: Eigentlich müsste jüngerer Gesetzesrecht sich im Konfliktfall durchsetzen. Allerdings hat dieses Problem in Deutschland – anders als beispielsweise in Frankreich oder in Großbritannien – bisher keine prominente Rolle gespielt. Rechtsunsicherheit und unterschiedliche Reichweiten des an sich auf Rechtseinheit angelegten Unionsrechts können mit einem Verständnis der verfassungsunmittelbaren Öffnung der Verfassungsordnung am besten minimiert werden. Dies wäre die verfassungpluralistische Sicht. Soweit nationale Verfassungen Bestimmungen wie Art. 23 GG vorsehen, sind dies Verbundklauseln im Europäischen Verfassungsverbund mit Scharnier- oder Schnittstellenfunktion. Zur *lex posterior*-Frage s. bereits *E. Grabitz* Gemeinschaftsrecht (Fn. 92), 12 ff., 54 ff. Auch das Verhältnis zum Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention ist mit der Einordnung der EMRK als prinzipiell einfaches Bundesrecht (s. BVerfGE 128, 326 (367) – Sicherungsverwahrung; zuvor BVerfGE 111, 307 (331) – Görgülü) falsch konstruiert und es kommt zu „normhierarchischen Rätseln“ (*M. Hong Caroline von Hannover und die Folgen – Meinungsfreiheit im Mehrebenensystem zwischen Konflikt und Kohärenz*, EuGRZ 2011, 214 (215)). Dabei steht mit Art. 1 Abs. 2 GG auch für den Bereich der EMRK eine verfassungsunmittelbare Öffnungsmöglichkeit zur Verfügung.

<sup>182</sup> Allgemein dazu *H.-P. Ipsen* Gemeinschaftsrecht (Fn. 92), 233 ff.; *E. Grabitz* Gemeinschaftsrecht (Fn. 92) passim; s. auch *J.-Y. Louis* La Primauté, une valeur relative?, CDE 1995, 23; *M. Zuleeg* Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1994), 153 (159 ff.). Zur Rezeptionsgeschichte in Deutschland *B. Davies* Resisting the European Court of Justice, 2012, 46 ff.

kann mit der Erklärung zum Vorrang, die dem Vertrag von Lissabon beigelegt ist, heute als kodifiziert gelten, und zwar ausweislich dieser Erklärung in der Auslegung des EuGH. So haben es die Mitgliedstaaten unterschrieben und ratifiziert.<sup>185</sup>

Begründet wird der Vorrang des Unionsrechts letztlich mit dessen Eigenständigkeit, dem Erfordernis einheitlicher Rechtsgeltung in den verschiedenen Mitgliedstaaten und der Gleichheit der Rechtsunterworfenen.<sup>186</sup> Auch Solidarität spielt eine Rolle.<sup>187</sup> Im Kern geht es um einen Fairnessgedanken, der im Reziprozitätsvorbehalt der französischen Integrationsklausel am besten zum Ausdruck kommt: Frankreich stellt seine Mitwirkung an der europäischen Integration unter den Vorbehalt der Gegenseitigkeit.<sup>188</sup>

Der unionale Anwendungsvorrang ist kein Geltungsvorrang.<sup>189</sup> Er impliziert nicht notwendig eine Hierarchie.<sup>190</sup> Vielmehr handelt es sich um eine

<sup>183</sup> Gegenüber Unionsrecht wird „jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar“, EuGH Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, Rn. 17/18; dazu auch EuGH IN.CO.GE'90, C-10/97 – 22/97, EU:C:1998:498. S. auch EuGH Factortame, C-213/89, EU:C:1990:257, Rn. 18.

<sup>184</sup> EuGH Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70, EU:C:1970:114; EuGH Kommission/Luxemburg, C-473/9, EU:C:1996:263. S. auch EuGH Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland, C-285/98, EU:C:2000:2, wo seitens des EuGH eine direkte Aussage über den Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber der deutschen Verfassung (Art. 12a GG) allerdings vermieden wird. Für die dem EuGH entgegengesetzte Position s. BVerwGE 103, 301 und BVerwG, DVBl. 1999, 1437 ff. S. dagegen BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149 – Identitätskontrolle, Rn. 38: „Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht gilt grundsätzlich auch mit Blick auf entgegenstehendes nationales Verfassungsrecht“.

<sup>185</sup> S. dazu das deutsche Zustimmungsgesetz, BT-Drs. 16/8300. Nach Art. 1 des Gesetzes erstreckt sich die Zustimmung auf die von der Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten angenommenen Erklärungen, wie sie in der Schlussakte vom selben Tage aufgeführt sind. In den Erläuterungen heißt es: „Die der Schlussakte beigelegten, von der Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten angenommenen Erklärungen entfalten rechtliche Wirkungen und stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertrag von Lissabon, sodass sie in das Zustimmungsverfahren einzubeziehen sind“, die Erklärung zum Vorrang findet sich auf S. 116.

<sup>186</sup> EuGH Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70, EU:C:1970:114, Rn. 3.

<sup>187</sup> EuGH Kommission / Französische Republik, 6 und 11/69, EU:C:1969:68, Rn. 14/17.

<sup>188</sup> Art. 88-1 der französischen Verfassung.

<sup>189</sup> S. zur Unterscheidung von Aufhebungs- und Sperrwirkung bereits E. Grabitz Gemeinschaftsrecht (Fn. 92), 114 ff.; H.-P. Ipsen Gemeinschaftsrecht (Fn. 92), 287 ff. Der EuGH hat in seiner IN.CO.GE-Entscheidung, EuGH IN.CO.GE'90, C-10/97 – 22/97, EU:C:1998:498, Rn. 21 ff., klargestellt, dass der Entscheidung Simmenthal (Fn. 183) nicht entnommen werden kann, „dass die Unvereinbarkeit einer später ergangenen Vorschrift des innerstaatlichen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht dazu führt, dass diese Vorschrift inexistent ist. In dieser Situation ist das nationale Gericht vielmehr verpflichtet, diese Vorschrift unangewendet zu lassen (...)“.

<sup>190</sup> Anders ein Geltungsvorrang wie etwa in Art. 31 GG oder Art. 13 WRV. Wer die Unterscheidung von Anwendungs- gegenüber Geltungsvorrang zulässt, kann eigentlich

Art Vorfahrtsregel („Vorzugsregel“<sup>191</sup>). Dies wäre jedenfalls die Deutung aus Sicht eines kooperativen Verfassungsppluralismus, mit der einerseits – für die nationale Rechtsordnung – schonendsten, andererseits – für das Unionsrecht – effektivsten Variante. In anderen Sprachen ist der Unterschied zwischen hierarchischer und nicht-hierarchischer Vorfahrtsregel terminologisch besser greifbar, wenn zwischen normenhierarchischer Vorherrschaft (*supremacy*) oder nicht hierarchischem Vorrang (*primacy*) unterschieden wird.<sup>192</sup> Der spanische Verfassungsgerichtshof hat diese Unterscheidung von *primacia* (des Unionsrechts) und *supremacia* (der Verfassung in der spanischen Rechtsordnung) übernommen.<sup>193</sup> Sogar das polnische Verfassungsgericht deutet in seiner Verhältnisbeschreibung von polnischer und europäischer Rechtsebene eine pluralistische Anordnung an, derzufolge „autonome Rechtsordnungen nebeneinander gelten“.<sup>194</sup>

Mit einer solchen konzeptionellen Trennung lässt sich der interne Vorrang der Verfassung im Sinne einer hierarchischen Vorherrschaft mit dem Vorranganspruch des Unionsrechts vereinbaren. Die pluralistische Sicht ist am besten geeignet, diese Unterscheidung auszuhalten und einen nicht-hierarchischen Vorrang zu akzeptieren. Fast alle anderen Ansätze müssen den Vorranganspruch des Unionsrechts in ein hierarchisches System einbauen und erzeugen damit mehr Problemfläche als eine schlichte – weil lediglich funktionssichernde – Vorfahrtsregel eigentlich veranlasst.

#### b) *Vorrang und Identität*

Die Standardantworten auf die Vorrangfrage bleiben in einem zentralen Punkt aus verfassungsppluralistischer Sicht besonders unbefriedigend: in ihrer Rigidität. Soweit nationales Verfassungsrecht bedingungslos gegenüber dem Unionsrecht Vorrang beansprucht, bedroht dies die einheitliche

---

nicht in Abrede stellen, dass es Vorrang ohne Hierarchie geben kann. S. in diesem Kontext allgemein *H. Sauer* Vorrang ohne Hierarchie. Zur Bewältigung von Kollisionen zwischen Rechtsordnungen durch Rangordnungsnormen, Bindungsnormen, Derogationsnormen, Rechtstheorie 44 (2013), 502.

<sup>191</sup> *A. Peters* Elemente (Fn. 76), 219.

<sup>192</sup> Zur Übertragung der Unterscheidung von „primacy“ und „supremacy“ auf eine pluralistische Deutung des Verhältnisses der EU zum Völkerrecht *D. Halberstam* Plural constitutionalism (Fn. 94), 202; s. auch *L. I. Gordillo* Interlocking Constitutions: Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law, 2012, 51 ff.

<sup>193</sup> Tribunal Constitucional, Urteil vom 13.12.2004, DTC 1/2004, deutsche Übersetzung EuR 2005, 343: „primacia“ bedeutet danach Anwendungspriorität im Kollisionsfall, „supremacia“ ist der Anspruch auf die höchste hierarchische Stellung, vgl. dazu *A. Becker* Vorrang versus Vorherrschaft, EuR 2005, 353.

<sup>194</sup> Poln. VerfGH 11.5.2005 – K 18/04 (Beitrittsvertrag), EuR 2006, 236 (238). Ähnlich bereits BVerfGE 22, 293 (296) – EWG-Verordnungen.

Anwendung des Unionsrechts und bricht ein vertraglich gegebenes Versprechen.<sup>195</sup> Wenn Unionsrecht bedingungslos Vorrang gegenüber dem nationalen Recht – auch Verfassungsrecht – beansprucht,<sup>196</sup> dann scheint es zumindest auf den ersten Blick so, als ob der besonderen demokratischen Wertigkeit der nationalen Verfassung nicht ausreichend Rechnung getragen wird.<sup>197</sup>

Für die Identifizierung von allseits verträglichen Grenzen des Vorrangs kann ‚nationale Verfassungsidentität‘ eine Rolle spielen.<sup>198</sup> Das Identitätsthema hat Konjunktur.<sup>199</sup> Seit einiger Zeit lässt sich beobachten, wie der Demokratiediskurs in Sachen europäische Integration<sup>200</sup> stagniert und immer mehr durch einen Identitätsdiskurs abgelöst zu werden scheint. Dabei erweisen sich gerade in jüngerer Zeit etliche Grundannahmen in der Demokratiedebatte als defizitär. Nur ein Beispiel: Dass es eine gemeinsame europäische Öffentlichkeit und einen europaweiten europäischen politischen Diskurs geben kann, lässt sich seit der Eurokrise und auch mit Blick auf die Flüchtlingskrise kaum mehr ernsthaft bestreiten.<sup>201</sup> Gleichwohl: Wo früher „mehr Demokratie“ in der europäischen Integration das Ziel war, über eine nationale und eine europäische Komponente, geht es heute immer mehr um den Schutz nationaler Identität.<sup>202</sup> Dies lässt sich als Modus-

<sup>195</sup> Vgl. dazu in allgemeinerem Zusammenhang mit Blick auf Bundesgesetze, die gegen völkervertragliche Verpflichtungen der Bundesrepublik verstoßen und damit das mit dem Vertragsschluss gegebene Wort brechen, *K. Vogel* Wortbruch (Fn. 72), 167: „Zum Wortbruch ist der Gesetzgeber nicht legitimiert.“ Und das BVerfG erst recht nicht, möchte man ergänzen.

<sup>196</sup> In den Worten von *Koen Lenaerts*: „There simply is no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the Community“, *K. Lenaerts* Constitutionalism (Fn. 118), 220.

<sup>197</sup> *A. J. Menéndez* From Constitutional Pluralism to a Pluralistic Constitution? Constitutional Synthesis as a MacCormickian Constitutional Theory of European Integration, in: ders./J. E. Fossum (Hrsg.) (Fn. 98), 211 (222).

<sup>198</sup> Zum nachfolgenden *F. C. Mayer* Rashomon in Karlsruhe. A reflection on democracy and identity in the European Union: The German Constitutional Court’s Lisbon decision and the changing landscape of European constitutionalism, *ICON* 9 (2011), 757.

<sup>199</sup> Überblick bei *E. Cloots* National Identity in EU Law, 2015. Dies gilt zuvörderst für das Konzept ‚nationale Identität‘, weniger für das Thema ‚europäische Identität‘, s. zu letztgenanntem *F. C. Mayer/J. Palmowski* European Identities and the EU – The Ties that Bind the Peoples of Europe“, *JCMS* 42 (2004), 573.

<sup>200</sup> Dazu *G. Lübbe-Wolff* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, *VVDStRL* 60 (2001), 246.

<sup>201</sup> S. zur Debatte etwa *D. Grimm* Braucht Europa eine Verfassung? (Fn. 73), 589: „Der europäischen Politikebene fehlt die Öffentlichkeitsentsprechung“; kritisch dazu bereits seinerzeit *J. Habermas* Remarks on Dieter Grimms ‚Does Europe Need a Constitution?‘, *ELJ* 1 (1995), 303; *P. Häberle* Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?, 2000, 15 ff.

<sup>202</sup> Dazu *F. C. Mayer* L’identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande, in: *L. Burgogues-Larsen* (Hrsg.) L’identité constitutionnelle saisie par les juges en

wechsel deuten:<sup>203</sup> Weg von einem proaktiven und konstruktiven Modus, bei dem etwas errichtet wird, zu einem defensiven Modus, bei dem es um Abwehr und Bestandssicherung geht, mit dem Risiko einer Musealisierung<sup>204</sup> von Verfassungsbeständen.

Für die Neubestimmung des Vorrangprinzips kann die europäische Identitätsklausel gleichwohl nützlich sein. Nach Art. 4 Abs. 2 EUV achtet die Europäische Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, einschließlich der „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“. Dies ist ein Ansatzpunkt, um mit einem Verbundbegriff<sup>205</sup> von der europäischen Ebene aus den Vorranganspruch gegenüber mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität zurückzunehmen.<sup>206</sup> Als Ausnahme – die im Grundsatz einheitliche Anwendung des Europarechts darf nicht gefährdet werden. Deswegen ist in diesem Zusammenhang eine restriktive Auslegung geboten. Unter diesen engen Prämissen eines kooperativen Verfassungsp pluralismus ist auch die Grundrechtsfrage in einem pluralistischen Sinne zu beantworten; nationale Grundrechtsgehalte können gemeinsam mit dem EuGH

---

Europe, 2011, 63 ff.; *M. Walter* Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive, *ZaöRV* 72 (2012), 177 ff.

<sup>203</sup> Zu verfassungsrechtlicher Neuorientierung als Paradigmenwechsel s. *M. Walter* Verfassungsprozessuale Umbrüche – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur französischen Question prioritaire de constitutionnalité, 2015, 273 ff. Zu bedenken ist freilich der von *Gertrude Lübbe-Wolff* bereits 2000 beobachtete Umstand, dass etliche Demokratieprobleme sowohl die EU als auch ihre Mitgliedstaaten betreffen, mithin nicht europaspezifisch sind, *G. Lübbe-Wolff* Verfassungsrecht (Fn. 200), 265 ff.; s. in diesem Kontext auch *D. Runciman* *The Confidence Trap: A History of Democracy in Crisis from World War I to the Present*, 2013, 293 ff.

<sup>204</sup> *C. Schönberger* Identitärerä – Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes, *JöR n.F.* 63 (2015), 41 (44).

<sup>205</sup> Verbundbegriffe haben eine Verklammerungsfunktion und weisen die Eigentümlichkeit auf, dass sie nur im Zusammenspiel der Verfassungsebenen (dafür insbesondere Art. 267 AEUV) sinnvoll ausgefüllt werden können, sie wirken damit auf Kooperation und Diskurs hin.

<sup>206</sup> Näher dazu *F. C. Mayer* Kompetenzüberschreitung (Fn. 17), 324 ff.; *ders.* Europarechtsfreundlichkeit und Europarechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: T. Giegerich (Hrsg.) *Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, 2010, 243 (262 ff.); *ders.* L'identité constitutionnelle (Fn. 202), 63 ff.; *M. Wendel* Permeabilität (Fn. 32), 572 ff.; *A. v. Bogdandy/S. Schill* Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag – Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs, *ZaöRV* 70 (2010), 701 (727 f., 732 f.); *C. Franzius* in: *Frankfurter Kommentar zum EUV/AEUV*, iE, Art. 4 EUV Rn. 31, 42 ff. Wenn das unionsrechtliche Gebot der Achtung mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität normativ eine Rücknahme des Vorranganspruchs des Unionsrechts gegenüber nationalem Verfassungsrecht bewirkt, dann lassen sich daraus als konkrete normative Wirkungen von Art. 4 Abs. 2 EUV Kompetenzausübungsschranken für die Unionsorgane und materielle Auslegungsdirektiven für Unionsrecht entwickeln.

in seltenen Ausnahmefällen als Teil der nationalen Verfassungsidentität identifiziert werden und dann vorrangfest sein. Auf eine rigide Trennung der Grundrechtssphären kann verzichtet werden.<sup>207</sup>

In Deutschland ist die Argumentationsfigur der „Verfassungsidentität“ noch aus der Weimarer Diskussion bekannt. Dort hatte die Ausflagung ewigkeitsfester Verfassungsbestände als Verfassungsidentität eine antiparlamentarische Tendenz.<sup>208</sup> In Frankreich und Italien wird mit der Unverfügbarkeit der republikanischen Staatsform vor allem ein klarer Bruch mit der vorherigen Ordnung bezweckt. Ähnlich auch in Deutschland:<sup>209</sup> Die Ewigkeitsklausel in Art. 79 Abs. 3 GG erklärt sich zuvörderst als Schutz vor der Diktatur – nicht vor der Europäischen Union.<sup>210</sup>

<sup>207</sup> Eine Trennung ist in Art. 23 GG auch gar nicht nahegelegt, soweit dort eine materielle Übereinstimmung – zumindest im Wesentlichen – angenommen wird. Im Verhältnis von deutschem Grundrechtsschutz durch das BVerfG zum europäischem Grundrechtsschutz durch den EuGH führt der Erste Senat des BVerfG in jüngerer Zeit aus Anlass der EuGH-Entscheidung Åkerberg Fransson (EuGH Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105) nachgerade eine Kampagne gegen den EuGH mit *obiter dicta* in Urteilen (BVerfGE 133, 277 (316) – Antiterrordatei) und in Pressemitteilungen (Pressemitteilung zu BVerfG Antiterrordatei, Pressemitteilung Nr. 31/2013 vom 24.4.2013, einer der seltenen Fälle, in dem die Pressemitteilung über den Urteilstext hinausgeht) sowie in Namensbeiträgen von Richtern im Fachschrifttum (*G. Britz* Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, EuGRZ 2015, 275 ff.) und in der allgemeinen Presse (*J. Masing* Ein Abschied von den Grundrechten, SZ vom 9.1.2012, 10). Die dabei verteidigte Trennungsthese überzeugt indessen nicht, weil sie sich nicht – auch nicht als regulative Idee – durchhalten lässt. Näher dazu *D. Thym* Blaupausenfallen bei der Abgrenzung von Grundgesetz und Grundrechtecharta, DÖV 2014, 941; *ders.* Vereinigt die Grundrechte!, JZ 2015, 53; *C. Franzius* Strategien der Grundrechtsoptimierung in Europa, EuGRZ 2015, 139; *ders.* Grundrechtsschutz in Europa, ZaöRV 75 (2015), 383. Dort (397 ff.) auch die zutreffende Einschätzung, dass kritischer als Åkerberg Fransson das Urteil in der Rs. Melloni zu sehen ist (EuGH, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107), das zu wenig Raum für nationale Grundrechtsspielräume lässt (entsprechend zurückhaltende Schlussentscheidung durch das spanische Verfassungsgericht, Tribunal Constitucional, STC 26/2014 13.2.2014, HRLJ 2014, 475 (englische Übersetzung), dazu *K. Herzmann* Das spanische Verfassungsgericht und der Fall Melloni, EuGRZ 2015, 445). Zur Positionierung des BVerfG s. zuletzt BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149 – Identitätskontrolle.

<sup>208</sup> In der Weimarer Zeit richtete sich die Behauptung von angeblich der Verfassungsidentität zuzurechnenden Gehalten gegen das Parlament, dessen Verfügungsbefugnis über die Verfassung in den Verfahren zur Verfassungsänderung möglichst reduziert werden sollte. Für die ursprüngliche antiparlamentarische Zielrichtung des Konzeptes der Verfassungsidentität *C. Schmitt* Verfassungslehre, 1928, 23 ff., 103.

<sup>209</sup> Die Parlamentsfeindlichkeit der Weimarer Zeit kann heute als überwunden gelten.

<sup>210</sup> Vgl. Sondervotum *G. Lübke-Wolff* im Urteil zum Europäischen Haftbefehl, BVerfGE 113, 273 (336). S. auch *dies.* Verfassungsrecht (Fn. 200), 260. S. für eine vergleichbare Diskussion in Tschechien *L. Vyhnanek* The Eternity Clause in the Czech Constitution, ICL Journal 9 (2015), 240.

Verfassungsidentität und Ewigkeitsklausel setzen den demokratisch legitimierten Verantwortungsträgern Gestaltungsgrenzen. Diese Grenzen bestimmen im Streitfall demokratisch äußerst mittelbar legitimierte Akteure:<sup>211</sup> soweit vorhanden die Höchstgerichte der Mitgliedstaaten und der EuGH. Es geht also auch bei der Identität letzten Endes doch wieder um Demokratie, und auch unter diesem Aspekt ist die Verfassungsidentität kein unproblematisches Konzept.<sup>212</sup>

Dass ein integrationsfester und vorrangfester nationaler Verfassungsbestand, die nationale Verfassungsidentität,<sup>213</sup> im Sinne eines kooperativen

---

<sup>211</sup> S. in diesem Kontext *J. H. Ely Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1980.

<sup>212</sup> Dem entspricht die deutlich sichtbare Zurückhaltung, welche die meisten Verfassungsgerichte in der Europäischen Union gegenüber der judikativen Operationalisierung von Revisionsverboten an den Tag legen. Dazu in rechtsvergleichender Perspektive *M. Wendel* Lisbon before the Courts, *EuConst* 2011, 96 (123 ff.). Die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 79 Abs. 3 GG stellt sich in diesem Kontext als deutscher Sonderweg dar.

<sup>213</sup> Mit Blick auf die Verfassungsanforderungen einer EU-Mitgliedschaft (Art. 49 und 2 EUV) scheint wenig Raum für nationale Verfassungsbesonderheiten. Nationale Verfassungsidentität bedeutet aber nicht zwingend Verfassungsbesonderheiten, auch wenn die Frage nach der nationalen Verfassungsidentität durchaus unterschiedliche Antworten ergibt. Für Deutschland wird auf die mit der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG verwiesen (BVerfGE 123, 267 (343, 354) – Lissabon), die Menschenwürde, die republikanische Staatsform, die Bundestaatlichkeit, das Demokratie-, das Sozialstaats- sowie das Rechtsstaatsprinzip. Zu weitgehend für ein obiter dictum erscheint die Ausformulierung eines Katalogs wesentlicher Bereiche demokratischer Gestaltung wie Staatsbürgerschaft, ziviles und militärisches Gewaltmonopol, Aspekte der Strafrechtspflege, staatliche Finanzhoheit sowie die kulturelle und soziale Gestaltung von Lebensverhältnissen im Lissabon-Urteil des BVerfG (ebd. 357 f.); dazu in jüngerer Zeit etwa *M. Nettesheim* Wo „endet“ das Grundgesetz? – Verfassungsgebung als grenzüberschreitender Prozess, *Der Staat* 51 (2012), 313; *O. Lepsius* Souveränität und Identität als Frage des Institutionen-Settings, *JöR n.F.* 63 (2015), 63 (65). Für Frankreich werden u.a. diskutiert die Laizität, die Unteilbarkeit der Republik, das Demokratie- und Sozialstaatsprinzip, Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz, Gleichberechtigung der Geschlechter, der Respekt aller Glaubensrichtungen. Dabei wird zur Ausfüllung der französischen Verfassungsidentität im Ausgangspunkt teilweise auf den Begriff der „republikanischen Staatsform“ nach Art. 89 Abs. 5 der Verfassung abgestellt; im Sinne einer materiellen Schranke bereits *O. Beaud* La souveraineté de l’Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht, *RFDA* 1993, 1045 (1061 f.); *ders.* La puissance de l’Etat, 1994, 481 f.; s. aber auch *V. Constantinesco* La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales – Convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?, *FS Manin*, 2010, 79 (85); vgl. auch *O. Jouanjan* Frankreich, *IPE II* (Fn. 49), § 2 Rn. 94: „Substanz“. Teilweise werden die genannten Bestandteile der Verfassungsidentität unmittelbar aus den in Art. 1 der Verfassung normierten Staatsstrukturprinzipien hergeleitet, *F. Chaltiel* Droit constitutionnel et droit communautaire, *RFDC* 2006, 837 (844), was möglicherweise dann zu weit führt, wenn auch Gehalte erfasst sein sollen, die durch Verfassungsänderung – und eben nicht durch den pouvoir constituant – erst in Art. 1 gelangt



Verfassungsppluralismus stabilisierend und konfliktminimierend wirkt, setzt voraus, dass kein unilaterales Identitätspostulat besteht.<sup>214</sup> Die Achtung der nationalen Verfassungsidentität in Art. 4 Abs. 2 EUV muss als Verbundkonzept anerkannt sein.<sup>215</sup> Nationale und europäische Ebene müssen bei der Konkretisierung der nationalen Verfassungsidentität im konkreten Einzelfall kooperieren und wechselseitige Zurückhaltung üben (Responsivität).<sup>216</sup> Anders formuliert: Ein nationales Höchstgericht darf sich gegenüber dem Unionsrecht nur dann auf den Schutz der nationalen Verfassungsidentität berufen, wenn der EuGH im Wege des Vorlageverfahrens befasst wird.<sup>217</sup>

---

sind, wie etwa die dezentralisierte Staatsform. Weitere diskutierte Identitätselemente sind Parlamentarismus, Beteiligung an der europäischen Integration (*F. Chaltiel* ebd.), zusätzlich die Gehalte von Art. 2 wie etwa Sprache und Staatssymbole (*F.-X. Millet* *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, 2013, 107) und Art. 3 der Verfassung sowie Art. 6 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 (vgl. *J.-H. Reestman* *The Franco-German Constitutional Divide – Reflections on National and Constitutional Identity*, *EuConst* 5 (2009), 374 (388) mwN). S. hierzu bereits *M. Walter* Integrationsgrenze Verfassungsidentität (Fn. 202), 188 f. Für Irland und Polen sind Katholizismus und entsprechende Familienkonzepte zu nennen (dazu *F.-X. Millet* (s.o.), 110 f., 113 f., 132 f., 141 ff.), an das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs nach 40.3.3 der irischen Verfassung und das diesen Artikel gerade noch unangetastet lassende EuGH-Urteil in der Rs. SPUC/Grogan (EuGH SPUC/Grogan, C-159/90, EU:C:1991:378) ist hier zu erinnern. Mit dieser Frage und dem entsprechenden Protokoll für Irland beginnt in gewissem Sinne die rechtliche Identitätsdiskussion, s. dazu *D. R. Phelan* *The Right to Life of the Unborn v. the Promotion of Trade in Services*, *Modern Law Review* 55 (1992), 670; *ders.* *Revolt or Revolution*, 1997, insbesondere 416 ff.; Kritik bei *M. P. Maduro* *The Heteronyms of European Law*, *ELJ* 5 (1999), 160 und *N. MacCormick* *Constitutional Collision* (Fn. 115), 517. Für Österreich lassen sich nennen die republikanische Staatsform, einschließlich der Aufhebung von Adelstiteln, dazu EuGH Sayn-Wittgenstein, C-208/09, EU:C:2010:806, Rn. 74, 92). S. auch *E. Cloots* *National Identity* (Fn. 199), 193 ff.

<sup>214</sup> S. in diesem Kontext *F. C. Mayer* *Rebels without a cause* (Fn. 88), 496 (498).

<sup>215</sup> S. dazu *M. Wendel* *Permeabilität* (Fn. 32), 575 ff., der von einer autonomen Begriffsbestimmung der nationalen Verfassungsidentität durch die Mitgliedstaaten (und insoweit von einem tatbestandlichen Rückverweis des Unionsrechts auf das nationale Verfassungsrecht) ausgeht, zugleich aber die Reichweite der in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV aufgestellten Achtungsverpflichtung – verstanden als Mechanismus vielfaltswahrender unionsrechtlicher Permeabilität – dem Unionsrecht und damit dem EuGH unterstellt.

<sup>216</sup> S. in diesem Kontext die Schlussanträge des GA *Maduro* *Michaniki AE*, C-213/07, EU:C:2008:544, Rn. 31 f. Für *Miguel Poaires Maduro*, Professor am Europäischen Hochschulinstitut Florenz und einer der Vertreter des *constitutional pluralism*, bestand während dessen Amtszeit als portugiesischer Generalanwalt (2003–2009) die seltene Gelegenheit, unmittelbar die praktische Umsetzung einer Theorie zu unternehmen, s. etwa die Schlussanträge des GA *Maduro* in der Rechtssache *Kadi*, C-402/05 P, EU:C:2008:11, dazu die Deutung bei *D. Halberstam* *Plural constitutionalism* (Fn. 94), 190 ff.

<sup>217</sup> Es geht also jedenfalls um eine Prozeduralisierung. Die Vorlage nach Art. 267 AEUV darf sich dabei aber nicht als mehr oder weniger lästige Pflichtaufgabe darstellen, es geht doch auch um ein in Duktus, Sprache und Haltung zum Ausdruck gebrachtes wechselseiti-

In diesem kooperativen verfassungspluralistischen Sinne hat beispielsweise der ÖVfGH mit seiner Vorlage in der Rs. Sayn-Wittgenstein agiert.<sup>218</sup>

### 3. *Legitimationsfragen – Bürgerschaft und Kollektiv*

Auch wenn schon von Post-Demokratie die Rede ist,<sup>219</sup> so wird die Legitimationsfrage noch immer gestellt. Zu Recht. Eindeutige und unstrittige Antworten gibt es indessen noch immer nicht. Die Probleme beginnen bereits mit dem Ausgangspunkt. Stellt man auf den Einzelnen ab oder auf ein Kollektiv? Welches Kollektiv – Demos, Volk, Nation? Der nationalstaatszentrierte Verfassungsmonist kann mit diesen Kategorien auch weiterhin besonders einfach operieren, vermag die europäische Hoheitsgewalt dann jedoch nicht angemessen zu erfassen, weil ein europäisches Volk oder eine europäische Nation zwar genauso sozial konstruiert („imaginiert“<sup>220</sup>) werden könnte wie eine deutsche Nation, dies aber eben bisher nicht der Fall ist.

---

ges Bemühen um eine allseits verträgliche Problemlösung. Gegen eine Vorlagepflicht bei der Identitätskontrolle *K. Kaiser/l. Schübel-Pfister* Der ungeschriebene Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit: Trick or Treat?, in: S. Emmenegger/A. Wiedmann (Hrsg.) Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den Wissenschaftlichen Mitarbeitern, Bd. 2, 2011, 545 (562 f.). S. für eine andere Perspektive *M. Claes* Negotiating Constitutional Identity, in: *dies. u.a.* (Hrsg.) Constitutional conversations in Europe. Actors, topics and procedures, 2012, 205 (232). Letztlich liegt die Schwierigkeit darin, dass die nationale Verfassungsidentität als Verbundkonzept weder von der nationalen noch von der europäischen Ebene völlig autonom für einen konkreten Fall bestimmt werden kann. Um dem EuGH eine Rücksprache mit der nationalen Ebene zu ermöglichen, könnte eine Lösung entsprechend dem US-amerikanischen Modell des Certification-Verfahrens hilfreich sein, näher dazu *R. A. Cochran* Federal Court Certification of Questions of State Law to State Courts: A Theoretical and Empirical Study, *Journal of Legislation* 29 (2003), 157; *J. R. Nash* Examining the Power of Federal Courts to Certify Questions of State Law, *Cornell L. Rev.* 88 (2003), 1672; *J. S. Kaye/K. J. Weissman* Interactive Judicial Federalism: Certified Questions in New York, *Fordham L. Rev.* 69 (2000), 373. Dabei legen Bundesgerichte bis hin zum US-Supreme Court einzelstaatlichen Gerichten Fragen nach der Auslegung des Einzelstaatenrechts vor. Die Entsprechung wäre die Vorlage des EuGH an ein nationales Verfassungs- oder Obergericht oder eine andere zuständige nationale Einrichtung zur Ermittlung der Reichweite der Verfassungsidentität in einem Mitgliedstaat.

<sup>218</sup> S. dazu EuGH Sayn-Wittgenstein, C-208/09, EU:C:2010:806, Rn. 83 ff. Vgl. auch EuGH Runevč-Vardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, Rn. 86 ff. (ein Fall aus Litauen, hier ging es um die Landessprache). Mit Ultra vires-Kontrollansprüchen verbanden sich die entsprechenden Vorlagen nicht.

<sup>219</sup> *C. Crouch* Post-Democracy, 2004, deutsche Fassung: Postdemokratie, 2008.

<sup>220</sup> Vgl. *B. Anderson* Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism, 1983 (deutsche Fassung: Die Erfindung der Nation: zur Karriere eines folgenreichen Konzepts, 2. Aufl. 2005); der Sache nach aber auch in diese Richtung bereits

Eine Klarstellung: Weitgehend unbestritten dürfte mittlerweile sein, dass die europäische Integration den Nationalstaat voraussetzt<sup>221</sup> und auf ihm aufbaut.<sup>222</sup> Versinnbildlicht wird dies im Konzept der Unionsbürgerschaft, die die mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeit voraussetzt und an sie anknüpft.

Andere Ansätze konzentrieren sich daher nicht zufällig auf den Unionsbürger. *Jürgen Habermas* hat kürzlich eine entsprechende Rekonstruktion unternommen und demonstriert, wie über den Einzelnen eine Legitimation hergeleitet werden kann.<sup>223</sup> Er konzeptualisiert dabei die Bürger Europas

---

*E. Renan* Qu'est-ce qu'une nation?, Conférence faite en Sorbonne le 11 mars 1882, 1882. *Ernest Renan* stellt in derselben Vorlesung übrigens auch Überlegungen zur europäischen Einigung an: „Les nations ne sont pas quelque chose d'éternel. Elles ont commencé, elles finiront. La confédération européenne, probablement, les remplacera. Mais telle n'est pas la loi du siècle où nous vivons.“, ebd., 28. Renan muss vor dem Hintergrund der deutschen Annexion Elsass-Lothringens gelesen werden, näher dazu *R. Brubaker* In the Name of the Nation. Reflections on Nationalism and Patriotism, *Citizenship Studies* 8 (2004), 115; *P. Weil* Qu'est-ce qu'un français?, 2002, 199 f.

<sup>221</sup> Um die Abschaffung des Nationalstaats geht es also nicht. Natürlich steht die europäische Integration in einem Spannungsverhältnis zum Konzept des Nationalstaats. Sie ist in gewissem Sinne die Antwort auf das Versagen des Nationalstaats in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts: Dieser hat in Europa gerade nicht individuelle Freiheit, Sicherheit und Wohlstand zu sichern vermocht, vielmehr sind die übersteigerten Nationalismen jedenfalls in Deutschland mitursächlich für die Weltkriege gewesen. Die europäische Integration ist im Kern der Versuch, übersteigerte Nationalismen einzudämmen, am besten verkörpert im zentralen Grundbaustein des Europarechts: dem Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Von der post-nationalen Konstellation ist seit geraumer Zeit die Rede; *J. Habermas* Die postnationale Konstellation, 1998, 91 ff.; *M. Zürn* The State in the Post-National Constellation, 1999, 35 ARENA Working Paper; *D. Curtin* Postnational Democracy, 1997, 5 (48 ff. und 51 ff.); *J. Shaw* Postnational Constitutionalism in the European Union, *Journal of European Public Policy* 18 (1999), 579 (586 ff.). Dies ist indessen weniger Programm als Beschreibung. Nachrufe auf den Staat sind dabei wiederkehrendes Motiv der deutschen Staatsrechtslehre seit den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts, s. dazu *F. Günther* Denken vom Staat her (Fn. 84), 322 ff.

<sup>222</sup> Es entbehrt dabei nicht einer gewissen Ironie, wenn ausgerechnet die Europäische Union, die die Antwort auf die Fehlleistungen des Nationalstaats ist, selbst an etlichen Stellen dessen Gewänder umlegt und mit einer Hymne, einer Flagge, zuletzt sogar mit einem Verfassungsetikett (dem „Vertrag über eine Verfassung“ von 2004) die Ausstattung des Nationalstaats simuliert. Welcher König in diesen neuen, alten Kleidern auf europäischer Ebene stecken soll (vgl. *J.H.H. Weiler* Constitution (Fn. 26): „Do the New Clothes Have an Emperor?“) ist letztlich das zentrale Thema des Europäischen Verfassungsrechts über das letzte Vierteljahrhundert gewesen.

<sup>223</sup> *J. Habermas* Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen, *Der Staat* 54 (2015), 167; *ders.* Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible, *ELJ* 21 (2015), 546; *ders.* Warum der Ausbau der Europäischen Union zu einer supranationalen Demokratie nötig und wie er möglich ist, *Leviathan* 2014, 524.

als „doppelten Souverän“, nämlich sowohl als Träger einer nationalstaatlichen Verfassung, aus denen sich die jeweilige Nation zusammensetzt, wie als europäische Bürger. Mit dieser „an der Wurzel geteilten konstituierenden Gewalt“<sup>224</sup> gelingt *Habermas* sogar eine Rechtfertigung für die Überföderalisierung der Union in der Zusammensetzung des Europäischen Parlaments.<sup>225</sup> Die Berührungspunkte zu den Verfassungsppluralisten<sup>226</sup> bestehen darin, dass *Habermas* auch ohne Hierarchisierung auskommen will und mehrere Hoheitsgewalten nebeneinander anordnet, eine konsequent liberaldemokratische Perspektive unter den Bedingungen kooperativ pluralisierter Hoheitsgewalt.

#### 4. Souveränität oder Autonomie?

Die Souveränität der Mitgliedstaaten ist ein wiederkehrendes Thema des europäischen Verfassungsrechts,<sup>227</sup> selbst in Verfassungsordnungen, in

<sup>224</sup> *J. Habermas* Zur Verfassung Europas, 2011, 62; *ders.* Prinzipienkonkurrenz (Fn. 223), 190.

<sup>225</sup> S. zur Überföderalisierung im Kontext der Wahlen zum Europäischen Parlament wegen seiner fehlenden Eigenschaft als „durch gleiche Wahl aller Unionsbürger zustande gekommen[es] politische[s] Entscheidungsorgan mit der Fähigkeit zur einheitlichen Repräsentation des Volkswillens“ aufgrund der Unterrepräsentation insbesondere Deutschlands BVerfGE 123, 267 (372) – Lissabon. *Jürgen Habermas* sieht einen Zusammenhang zur Ablehnung von Sperrklauseln durch das BVerfG bei der EP-Wahl, *J. Habermas* Prinzipienkonkurrenz (Fn. 223), 167, hier wie da werde dem Europäischen Parlament ein Anspruch auf die Rolle einer ausreichend legitimierten Volksvertretung abgesprochen. S. BVerfGE 129, 300 – 5%-Sperrklausel (dagegen Sondervotum der Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff*, BVerfGE 129, 300) und BVerfGE 135, 259 – 3%-Sperrklausel; kritisch *B. Grzeszick* Weil nicht sein kann, was nicht sein darf: Aufhebung der 3%-Sperrklausel im Europawahlrecht durch das BVerfG und dessen Sicht auf das Europäische Parlament, NVwZ 2014, 537, mwN. Aufschlussreich dazu das Urteil des Tschechischen Verfassungsgerichts Pl. ÚS 14/14 v. 19.5.2015 zur Bestätigung einer 5%-Sperrklausel bei EP-Wahlen in Tschechien, unter klarer Abgrenzung vom deutschen BVerfG: „the European Parliament deserves to be designated a true ‘parliament’“, ebd., Rn. 74 f. S. dazu auch die Entscheidung des EP zu der Reform des Wahlrechts der Europäischen Union, EP-Dok. P8\_TA(2015)0395 v. 11.11.2015 mit der verpflichtenden Einführung einer Sperrklausel von 3 bis 5%. Allgemein zur gewachsenen und veränderten Statur des EP *M. Kohler* European Governance and the European Parliament: From Talking Shop to Legislative Powerhouse, JCMS 52 (2014), 600.

<sup>226</sup> *Jürgen Habermas* argumentiert ausdrücklich nicht von einem rechtsppluralistischen Standpunkt aus, *J. Habermas* Prinzipienkonkurrenz (Fn. 223), 179 Fn. 28.

<sup>227</sup> Zur „Erosion“ des Souveränitätsprinzips im Hinblick auf seine Leistungsfähigkeit, die Grundstruktur öffentlicher Gewalt zu erschließen *A. v. Bogdandy* Prinzipien (Fn. 9), Rn. 8 ff., 12, mwN zur Debatte um das Souveränitätsprinzip. Ähnlicher Befund bei *A. Haquet* Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français, 2004, 295 f. („Désormais, les souverainetés sont interdépendantes, ou elles ne sont pas.“). S. auch die Beiträge in *N. Walker* (Hrsg.) Sovereignty in Transition (Fn. 115).

denen das Wort überhaupt nicht in der Verfassung vorkommt.<sup>228</sup> Das Beispiel Griechenlands in der Eurokrise zeigt, wie die Wirklichkeit nahezu alle Theoriegebäude zur Souveränität plant. Vorliegend können die vielschichtigen Problemdimensionen des Souveränitätsthemas<sup>229</sup> nicht ansatzweise adressiert werden.<sup>230</sup> Eine Problemdimension wird in der Sentenz

<sup>228</sup> In Deutschland konnte das Konzept 1949 mangels Souveränität wegen des Besatzungsregimes keinen Eingang in das Grundgesetz finden. Nach Wiedererlangung der Souveränität mit der Wiedervereinigung und dem Zwei-plus-Vier-Vertrag (Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland vom 12.9.1990, BGBl. II 1317) und der in zeitlicher Nähe dazu durchgeführten Verfassungsreform (s. dazu den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission v. 5.11.1993, BT-Drs. 12/6000) wurde auf eine entsprechende Nachbesserung des Grundgesetzes verzichtet. Das BVerfG hat dann in seiner Rechtsprechung im Verlaufe der 90er Jahre bis zum Lissabon-Urteil 2009 immer stärker auf Souveränität Bezug genommen und dabei richterrechtlich das Konzept der „souveränen Staatlichkeit“ als Grenze der europäischen Integration entwickelt (BVerfGE 123, 267 (347 f.) – Lissabon). Im Wortlaut des Grundgesetzes findet dies nach wie vor keine Stütze. Kritisch dazu *D. Thym* Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit – Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *Der Staat* 48 (2009), 559; *M. Wendel* Permeabilität (Fn. 32), 90 f. Es besteht zur Abstandnahme vom Souveränitätskonzept in Deutschland eine Traditionslinie seit *Hugo Preuss* 1889 die Entfernung des Begriffs aus der Staatsrechtsdogmatik als Voraussetzung für einen Fortschritt der modernen Staatstheorie gefordert hat, *H. Preuss* Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, 1889, 92, 135. S. aber auch für Frankreich *M. Chemillier-Gendreau* Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir?, RDP 2014, 1283.

<sup>229</sup> Souveränität ist dabei nicht gleichzusetzen mit Kompetenz-Kompetenz – wenn man Souveränität als Ausdruck der Unabgeleitetheit von Herrschaftsmacht versteht und wenn Kompetenz-Kompetenz eine Rechtsgrundlage voraussetzt, von der aus Kompetenz-Kompetenz gleichsam zugeteilt wird, *P. Lerche* „Kompetenz-Kompetenz“ und das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: *J. Ipsen* u.a. (Hrsg.) FS Heymanns Verlag, 1995, 409 (420). *M. Usteri* Theorie des Bundesstaats, 1954, 104 ff., lehnt die Identität von Souveränität und Kompetenz-Kompetenz ebenfalls ab, bejaht aber einen inneren Zusammenhang zwischen den beiden Konzepten. Bei *M. Usteri* 96 ff. auch der Hinweis auf die begriffsprägende Monographie von *H. H. A. Böhlau* Kompetenz-Kompetenz? Erörterungen zu Artikel 78 der Verfassung des Norddeutschen Bundes, 1869.

<sup>230</sup> Um die sinnvolle Konzeptualisierung von Souveränität in Mehrebenensystemen öffentlicher Gewalt und die Frage nach der Teilbarkeit von Souveränität wird im bundesstaatlichen Kontext eigentlich schon immer gerungen. Siehe dazu nur aus der US-amerikanischen Debatte die berühmte Aussage des Südstaatentheoretikers *John Calhoun*, dass die Souveränität eine Einheit sei; sie zu teilen hieße, sie zu vernichten, *J. C. Calhoun* A Disquisition on Government and a Discourse on the Constitution and Government of the United States, 1851, 146: „There is no difficulty in understanding how powers, appertaining to sovereignty, may be divided; and the exercise of one portion delegated to one set of agents, and another portion to another: or how sovereignty may be vested in one man, or in a few, or in many. But how sovereignty itself – the supreme power – can be divided, how the people of the several States can be partly sovereign, and partly not sovereign, partly supreme and partly not supreme, it is impossible to conceive. Sovereignty is an entire thing: – to

von den „Herren der Verträge“<sup>231</sup> deutlich: Es geht auch um Dispositionsansprüche. Wie immer man das theoretisch im Einzelnen auflösen mag: Wer Herren sagt impliziert Beherrschte. Eine Herrenperspektive ist der denkbar ungünstigste Ausgangspunkt für ein konstruktives Miteinander. Sie stimmt im Übrigen nicht: Weder die nationale noch die unionale Ordnung haben umfassende bzw. konkurrenzlose normative Autorität in ihrem jeweiligen Bereich. In diesem Sinne geht es um eine post-souveräne Konstellation.<sup>232</sup> Hilfreicher ist vor diesem Hintergrund das Konzept der Autonomie.<sup>233</sup> Es bringt einen wichtigen Teilaspekt der herkömmlichen Souveränitätsvorstellungen zum Ausdruck, nämlich dass man in einem bestimmten Umfang Dinge selber entscheiden möchte – niemand soll sich diese Entscheidungsbefugnis einfach aneignen.<sup>234</sup> Verfassungsppluralisten kommen ohne die „Zuordnung absoluter, unitarischer und womöglich transzendentaler Macht“ aus,<sup>235</sup> die sonst das Souveränitätsthema bestimmt, selbst im bundesstaatlichen Kontext<sup>236</sup>. Deswegen ist der Blick frei für die Frage der Autonomie im Sinne einer Selbstbestimmung<sup>237</sup> und für Mechanismen und Prinzipien, die diese Autonomie schützen,<sup>238</sup> aber auch dafür, dass über die Europäische Union und vor allem in der Europäischen Union selbstbe-

---

divide, is, – to destroy it.“ Zu der Begrenztheit dieses Ansatzes bereits *L. Le Fur* *État fédéral et confédération d'États*, 1896, 543 ff.

<sup>231</sup> BVerfGE 89, 155 (190, 199) – Maastricht.

<sup>232</sup> *N. Walker* *Cosmopolitan Local* (Fn. 142), 8.

<sup>233</sup> Zu unterschiedlichen Bedeutungsgehalten rechtlicher Autonomie im Kontext der EU *A. Peters* *Elemente* (Fn. 76), 243 ff. (Abgrenzung vom Völkerrecht, Trennung vom Mitgliedstaatenrecht, Ursprünglichkeit, Freiheit von Eingriffen von außen). S. zur Autonomie (statt Souveränität) im föderalen Kontext *C. F. Friedrich* *New Tendencies in Federal Theory and Practice*, JÖR n.F. 14 (1965), 1 (3 f.).

<sup>234</sup> *Florence Chaltiel* hat demonstriert, wie man der Souveränität die souveräne Entscheidung zur Beschränkung der eigenen Souveränität entnehmen kann, *F. Chaltiel* *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, 2000, 393 ff.

<sup>235</sup> So eine Beschreibung des Ansatzes von *Neil MacCormick* durch *M. Hahn-Lorber* „Recht als institutionelle normative Ordnung“ – Fragen und Überlegungen zur Rechtslehre *Neil MacCormicks*, *Rechtstheorie* 2010, 251 (256).

<sup>236</sup> S. dazu etwa *C. Schmitt* *Verfassungslehre* (Fn. 208), 371 ff. mit Hinweisen auf *John Calhoun* (oben Fn. 230) und den diesen rezipierenden *Max von Seydel*.

<sup>237</sup> Das BVerfG lässt im Lissabon-Urteil ein zu enges Verständnis von Autonomie als abgeleitete Rechtsmacht erkennen, kann damit nicht an die Diskussion außerhalb Deutschlands anschließen, BVerfGE 123, 267 (382, vgl. auch ebd. 349) – Lissabon. S. zu Verfassung als Prozess organisierter Selbstbestimmung *I. Pernice* *Europäisches Verfassungsrecht* (Fn. 4), 160 ff., mwN, u.a. mit Bezug auf die berühmte Vorlesung von *Ernest Renan* und das „plébiscite de tous les jours“, dort freilich auf die Nation bezogen, *E. Renan* (Fn. 220), 27.

<sup>238</sup> Kernanliegen des Öffentlichen Rechts, *A. v. Bogdandy* *Prinzipien* (Fn. 9), Rn. 16 („Ordnung zum Schutz persönlicher Freiheit und zur Ermöglichung kollektiver Selbstbestimmung“).

stimmungsrelevante Handlungsspielräume gesichert, wiedergewonnen oder sogar völlig neu erschlossen werden können.<sup>239</sup>

### 5. *Zwischenergebnis*

Sicherlich lassen sich Integrationsklauseln, Vorrang- und Identitätsfragen, Legitimationskonzepte und das Autonomiethema ganz anders interpretieren.<sup>240</sup> Einiges spricht jedoch dafür, dass die Perspektive eines kooperativen Verfassungsppluralismus die Konzentration auf Konfliktminimierung, Interessenausgleich und damit Stabilität<sup>241</sup> des Europäischen Verfassungsverbundes am besten ermöglicht.<sup>242</sup> Diese Einsicht findet sich bereits unter den nationalen Höchstgerichten.<sup>243</sup> Das BVerfG weist im Lissabon-Urteil im Kontext der Wahrung der nationalen Verfassungsidentität die „Idee von nicht strikt hierarchisch gegliederten politischen Ordnungszusammenhängen“ als „konstruktiv“ aus.<sup>244</sup>

<sup>239</sup> S. in diesem Kontext die Überlegungen zur „Übersummativität“ im Begleitaufratz von *J. A. Kämmerer* *Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?*, NVwZ 2015, 1321 (1322).

<sup>240</sup> Vgl. dazu die Überlegungen bei *U. Volkmann* *Rechts-Produktion oder: Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt*, *Der Staat* 54 (2015), 35; s. auch *S. Oeter* *Integration und Subsidiarität* (Fn. 108), 573 f. zur rationalen Kontrolle von Vorverständnissen.

<sup>241</sup> In diesem Sinne plädiert *A. v. Bogdandy* *Prinzipien* (Fn. 9), Rn. 55 für einen „dialogischen Pluralismus“, gegen einen radikaleren Ansatz. Wörtlich: „Der dialogische Ansatz beruht hingegen auf der Beobachtung, dass die diversen Rechtsregime und Institutionen bei prinzipieller Wahrung ihrer normativen Unabhängigkeit in aller Regel stabile rechtliche Beziehungen aufbauen. Grundlegende Konflikte sind die große Ausnahme, die intensive und zumeist fruchtbare Zusammenarbeit hingegen der Regelfall. Wer nicht mit Carl Schmitt den Ausnahme- sondern mit Hegel den Normalfall als Ausgangspunkt wissenschaftlichen Denkens wählt, wird für einen dialogischen Pluralismus optieren“.

<sup>242</sup> Mit resignierendem Unterton *D. Grimm* *Verfassungsbilanz*, in: T. Vesting/S. Koriath (Hrsg.) (Fn. 4), 379 (390): „Rechtsppluralismus ist das Schicksal der Zukunft.“, dann aber zu skeptisch mit dem Befund einer „vom Rechtsppluralismus ausgehenden Gefahr für die Einheit der Verfassung“.

<sup>243</sup> In den Worten eines Commissaire du gouvernement beim französischen Conseil d’Etat, *Mattias Guyomar*: „La pyramide kelsénienne ne suffit plus à rendre compte des rapports entre les différents ordres juridiques: les droits nationaux, le droit communautaire et celui de la convention européenne. Le pluralisme juridique est une richesse à la condition d’être ordonné“, mit Hinweis auf *M. Delmas-Marty* *Le pluralisme ordonné* (Fn. 97), 951, *Conclusions du commissaire du gouvernement Guyomar*, Conseil d’Etat, Section du contentieux, 10.4.2008, Nr. 296845, 296907, Conseil national des barreaux et autres, RFDA 2008, 575. Dazu näher *P. Brunet* *L’articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné*, in: J. Auby (Hrsg.) *L’influence du droit européen sur les catégories du droit public*, 2010, 195 (197 ff.).

<sup>244</sup> BVerfGE 123, 267 (340) – Lissabon.

Ist dann die nationale Verfassung nur noch Teilordnung? Es kommt natürlich auf den Begriff von Teil- oder Gesamtordnung an.<sup>245</sup> Und vielleicht geht es ja eher um Prozess.<sup>246</sup> Vieles spricht dafür, dass für die meisten Verfassungsordnungen in den Mitgliedstaaten Komplementarität<sup>247</sup> und eben kooperativer Verfassungsppluralismus die besseren Konzepte sind. In diesem Miteinander sind die oben genannten Verfassungsfunktionen zu erfüllen. Für das europafreundliche<sup>248</sup> Grundgesetz mit seinem Staatsziel vereintes Europa lässt sich ohnehin festhalten, dass die Öffnung der Verfassung für die europäische Integration die Verfassung nicht verkürzt oder amputiert, sondern sie erst vervollständigt. Deutschland als „Glied in einem vereinten Europa“ zu verorten, ist auch Aufgabe und Funktion der Verfassung.

## VI. Ausblick – Die Verfassung im 21. Jahrhundert und die europäische Integration am Scheideweg

„The first thing we do, let’s kill all the lawyers“, heißt es in Shakespeares Heinrich dem VI.<sup>249</sup> Erst kürzlich in Zentralbankkreisen im Kontext der Eurokrise geäußert,<sup>250</sup> wird hier eine Distanz zur Rolle des Euro-

<sup>245</sup> S. oben Fn. 4.

<sup>246</sup> P. Häberle Verfassung als öffentlicher Prozeß, 3. Aufl. 1998, 121 ff.; zur Unterscheidung von Verfassung als Ordnung und Verfassung als Prozess U. Volkman Aufstieg (Fn. 33), 37 f., mit Hinweis u.a. auf Häberle.

<sup>247</sup> S. dazu I. Pernice in: H. Dreier (Hrsg.) (Fn. 171), Art. 23 Rn. 20.

<sup>248</sup> Zur Europarechtsfreundlichkeit als ungeschriebenes Verfassungsprinzip, das über ein Kooperationsverhältnis hinausgeht und aus dem sich konkrete Rechtsfolgen ableiten lassen K. Kaiser/I. Schübel-Pfister Europarechtsfreundlichkeit (Fn. 217), 571. Zur Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes als Verfassungsgrundsatz BVerfGE 123, 267 (354) – Lisabon; BVerfGE 126, 286 (303) – Honeywell.

<sup>249</sup> W. Shakespeare König Heinrich VI., 2. Teil, 4. Akt, 2. Szene, ich danke W. Mayer für weiterführende Hinweise aus Anglistenperspektive. S. auch J.-L. Picard in: D.C. Fontana/G. Roddenberry Encounter at Farpoint (Star Trek TNG Pilot Episode), 1987, Szene 55 [2364/42353.7].

<sup>250</sup> EZB-Präsident Mario Draghi in einem Vortrag, M. Draghi Keynote speech: European integration: more than an opportunity, a necessity, ECB Legal Conference „From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union: New Opportunities for European Integration“, 2. September 2015, Frankfurt/Main, abgedruckt in ders. Afterword: European integration: More than an opportunity, a necessity, in: European Central Bank (Hrsg.) ECB Legal Conference 2015. From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union. New opportunities for European integration, 2015, 389. Freilich betonte Draghi sogleich, dass bei Shakespeare ein krimineller Tunichtgut diese Aussage macht und relativierte damit den Satz umgehend. Gleichwohl wird hier erkennbar, dass in der Euro-Krise zwischen Juristen und Ökonomen zumindest ein gewis-



parechts wie des Verfassungsrechts deutlich, die gerade dem deutschen Rechts- und Verfassungsdenken in jüngerer Zeit entgegenschlägt. Umso mehr sollte es uns in der deutschsprachigen Verfassungsrechtswissenschaft ein Anliegen sein, sprachlich wie konzeptionell international anschlussfähig zu sein,<sup>251</sup> im Sinne einer „propensity to self-subversion“ (Neigung zur Selbstinfragestellung, *Albert Hirschman*),<sup>252</sup>

Die Herausforderungen werden nicht abnehmen:<sup>253</sup> Die Eurokrise hat zu einer neuen Dynamik und Selbstvergewisserung geführt, in der eine Vertiefung der Integration mindestens so wahrscheinlich ist wie das Gegenteil.<sup>254</sup>

Eine Euro-Union<sup>255</sup> oder eine anders umschriebene vertiefte politische Integration würde wohl auch das nationale Verfassungsrecht, namentlich in Deutschland, vor neue Herausforderungen stellen.<sup>256</sup> Letzteres gilt auch für die Flüchtlingskrise. Mögliche künftige verfassungsrechtliche Fragen

---

ses Lagerdenken entstanden ist, nicht selten geprägt von wechselseitigem Unverständnis über die Methoden und Aussagen des jeweils anderen Lagers.

<sup>251</sup> S. dazu *C. Schönberger* Aufstieg (Fn. 13), 19: „Die Introvertiertheit der allein auf das nationale Verfassungsrecht bezogenen dogmatischen Einheitsbildung, die den Aufstieg der Verfassung nach 1949 begünstigt hatte, wird in der Gegenwart zum Problem. Aus dieser bundesrepublikanischen Tradition heraus kann die wachsende Bedeutung von Europa- und Völkerrecht häufig nur als Erschütterung und Gefährdung des einheitsbildenden Verfassungsrechts erlebt werden“.

<sup>252</sup> *A. O. Hirschman* A Propensity to Self-Subversion, 1995, 85 ff. In Anlehnung an *Albert Camus*’ Sisyphos, den man sich als einen glücklichen Menschen vorstellen muss (*A. Camus* Le mythe de Sisyph. Essai sur l’absurde, 1942, 168), schließt *Hirschman* mit dem Bild eines Sisyphos, den man sich als denjenigen vorstellen muss, der selbst den Stein zum Hinabrollen bringt.

<sup>253</sup> Dies gilt für die EU, aber auch darüber hinaus. Abgesehen von der EU haben sich neuartige Hoheitsgewalten jenseits des Staates herausgebildet, die vom Verfassungsrecht verarbeitet werden müssen. Selbst wer in Anbetracht der Euro-Krise, der Flüchtlings-Krise und der Austrittsdiskussion in Großbritannien von einem Rückbau der EU ausgeht, wird auf diese Herausforderungen antworten müssen.

<sup>254</sup> Die Sachzwänge lassen möglicherweise nur den Ausweg in Richtung mehr Europa in einer vertieften Integration. In welche Gestalt dieses – ich zitiere wieder das Grundgesetz – „vereinte Europa“ gelangt, ist dabei vielleicht offener denn je. S. in diesem Kontext die Beiträge in *S. Kadelbach* (Hrsg.) Die Europäische Union am Scheideweg: Mehr oder weniger Europa?, 2015.

<sup>255</sup> *Glienicker Gruppe* Aufbruch in die Euro-Union, ZRP 2013, 248 (250); s. für eine französische Erwiderung *Groupe Eiffel-Europe* [*S. Goulard u.a.*] Pour une Communauté politique de l’Euro, 2014.

<sup>256</sup> Der Bericht der fünf Präsidenten zur Vertiefung der WWU, der im Juni 2015 vorgelegt wurde (*J.-C. Juncker/D. Tusk/J. Dijsselbloem/M. Draghi/M. Schulz* Die Wirtschafts- und Währungsunion Europas vollenden, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/priorities/economic-monetary-union/docs/5-presidents-report\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/priorities/economic-monetary-union/docs/5-presidents-report_de.pdf)) enthält für die Zeitspanne der nächsten zehn Jahre entsprechende Elemente, ebd., 5. S. auch *M. Rodi* Machtverschiebungen in der Europäischen Union im Rahmen der Finanzkrise und Fragen der demokratischen Legitimation, JZ 2015, 737.

könnten die Änderung der Verträge mit Mehrheit und den Durchgriff in die nationale Haushaltsautonomie betreffen.<sup>257</sup> Dabei wird jetzt schon überlegt, ob die europäische Integration Grenzen des Grundgesetzes, die Ewigkeitsklausel, berührt.<sup>258</sup> Wie soll das weitergehen?<sup>259</sup>

In Österreich besteht die Möglichkeit, bei einer Gesamtänderung der Verfassung die Verfassungsgrundlage neu zu bestätigen.<sup>260</sup> Vielleicht sollte eine solche Möglichkeit auch für das Grundgesetz eingerichtet werden. Überhaupt lässt sich in Europafragen einiges von Österreich lernen.<sup>261</sup>

<sup>257</sup> Gegen ein Mehrheitsprinzip bei der Vertragsänderung würde in Deutschland wohl mit der souveränen Staatlichkeit der Bundesrepublik argumentiert. Dem Durchgriff in nationale Haushalte würde der Kern des nationalen Demokratieprinzips nach Art. 79 Abs. 3 GG entgegeng gehalten. Wenn einerseits zwingender politisch-ökonomischer Handlungsdruck und politische Mehrheiten die genannten Weiterentwicklungen auf europäischer Ebene unabdingbar machen und es andererseits keinen Mehrheitskonsens über die Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit dem Grundgesetz gibt, dann bleibt in Deutschland nur der Ausweg über eine neue Verfassung. Zur Änderung der Verträge ohne Vetomacht bereits *H. Bribosia u.a. Réviser les traités européens: Plaidoyer en faveur de la suppression du veto*, Notre Europe Policy Paper 37, 2009.

<sup>258</sup> Vgl. die Äußerungen der Verfassungsrichter *P. M. Huber* „Eine europäische Wirtschaftsregierung ist heikel“, SZ v. 19.11.2011, 6; *A. Voßkuhle* in einem in EuZW 2011, 814, abgedruckten Interview. In den 1980er Jahren wurde die Frage der grundgesetzlichen Grenze der Mitwirkung an der europäischen Integration weniger als Problem gesehen; wenn überhaupt ein Hindernis bestand, dann nach damaliger Sicht nur ein politisches, kein rechtliches. Auch die Souveränitätsfrage wird in dieser Zeit nicht sonderlich vertieft: „Die übertragenen Agenden können aus allen oder einer der drei staatlichen Funktionen stammen. Art. 24 Abs. 1 GG weist insoweit keine Beschränkung auf. Art. 24 Abs. 1 GG lässt in Verbindung mit der Präambel („gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“) daher rechtlich zwar nicht die Mitwirkung an der Gründung eines Einheitsstaates zu, öffnet aber wohl den Weg zu einem europäischen Bundesstaat, wengleich politisch die Sterne nicht danach stehen. Dadurch würde nicht nur ein neues völkerrechtliches Rechtssubjekt, wie es bisher schon die Europäischen Gemeinschaften sind, entstehen, sondern eine neue europäische Souveränität geschaffen, die sich über die der Mitgliedstaaten wölbt. Dies liegt freilich in weiter Zukunft. Die Gegenwart könnte eher zu Skepsis und Resignation Anlass geben.“, *K. Stern* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, § 15 II 2, 521 mwN. S. auch zur „legitimen Verfassungsgebung“ *B.-O. Bryde* Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, 1993, 14 ff.

<sup>259</sup> Eine Perspektive wäre, das Grundgesetz 70 Jahre nach seiner Verkündung (und 30 Jahre nach der Wiedervereinigung) mit der Zielmarke 2019 auf seine Tauglichkeit für das 21. Jahrhundert zu überprüfen, etwa in einer parlamentarischen Enquêtekommision oder gar nach österreichischem Vorbild in einem Konvent (s. dazu den Bericht des Österreich-Konvents v. 31.1.2005, <http://www.konvent.gv.at>).

<sup>260</sup> Art. 44 Abs. 3 B-VG, Volksabstimmung bei einer wesentlichen Änderung der Grundlagen des Staatswesens, näher dazu *E. Wiederin* Österreich, IPE I (Fn. 49), § 7 Rn. 35 ff. Der Beitritt Österreichs zur EU wurde als Gesamtänderung eingeordnet und erforderte demnach eine Volksabstimmung, ausführlich dazu *C. Grabenwarter* Österreich IPE II (Fn. 5), § 20 Rn. 14 ff.

<sup>261</sup> S. in diesem Kontext allgemein zum Verhältnis österreichisches Verfassungsdenken – deutsches Verfassungsdenken *K. Lachmayer* Eine Sprache, zwei Rechtskulturen: deutsches

## VII. Schlussbetrachtung

Wie auch immer man den theoretischen Ausgangspunkt formuliert und die Eingangsfrage beantwortet: am Ende bleibt als Befund die Wandlung<sup>262</sup> der nationalen Verfassung durch ihre „überstaatliche Bedingtheit“<sup>263</sup>. Diesen Befund zu leugnen führt ebenso wenig weiter wie die Beschränkung auf binäre Gegenüberstellungen wie Gesamtordnung-Teilordnung, Staat-Nichtstaat, souverän-nicht souverän. Zugleich ist die Bedingtheit wechselseitig, weswegen man um die nationale Verfassung keine Sorge haben muss – aus Sicht des Verfassungspluralismus.<sup>264</sup> Es geht darum, für diese Wandlung in der internationalen Diskussion anschlussfähige Konzepte und skalierende Begriffe zu finden, die der veränderten Realität und der prozesshaften Entwicklung Rechnung tragen.<sup>265</sup> Dies wird im Verlaufe des 21. Jahrhunderts, auch für die nächsten 75 Tagungen, Daueraufgabe für diese Vereinigung bleiben.

---

und österreichisches Verfassungsrechtsdenken, in: U. Kischel (Hrsg.) *Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechtsdenkens in der Welt: Bedeutung, Grenzen, Zukunftsperspektiven*, 2014, 65. Als Beispiele, aus denen sich von Österreich lernen lässt, sind neben der Möglichkeit einer Gesamtänderung (s.o.) zu nennen die Erfassung der Europafunktion der Exekutive in Art. 9 Abs. 2 B-VG (Fn. 42), die detaillierte Einbindung des Parlaments in die europäischen Angelegenheiten schon in der Verfassung (Art. 23c ff. B-VG), insbesondere auch bei der Benennung von österreichischem Personal für europäische Organe, das Rederecht der österreichischen EP-Abgeordneten im Plenum des Nationalrats (Fn. 41), die kooperative Vorlagepraxis des ÖVfGH in einem verfassungspluralistischen Sinne insbesondere in Sachen Verfassungsidentität (Beispiel Rs. Sayn-Wittgenstein, Fn. 213) und auch die Rspr. des ÖVfGH zum Verfassungsrang der EU-Grundrechte-Charta (Fn. 51), auch wenn es dabei in Teilen um die Positionierung gegenüber der Fachgerichtsbarkeit gegangen sein mag. Insgesamt spiegelt sich in den genannten Verfassungsbeispielen eine entspannte, pragmatische Sicht auf Grundfragen des Europäischen Verfassungsrechts.

<sup>262</sup> U. Volkman *Verfassungslehre* (Fn. 146), 73 f. diskutiert in diesem Kontext den Begriff der Relativierung und gelangt zu einer Relativierung der Relativierung („Keine Verfallsgeschichte“), vor allem die Rolle der Verfassung als Grundlage politischer Gemeinschaftsbildung sei bisher von der Europäisierung nahezu unberührt geblieben (ebd., 75).

<sup>263</sup> Vgl. P. Häberle/J. Schwarze/W. Graf *Vitzthum* *Die überstaatliche Bedingtheit des Staates: zu Grundpositionen Werner von Simons* auf den Gebieten der Staats- und Verfassungslehre des Völker- und des Europarechts, 1993.

<sup>264</sup> Es sind die Traditionalisten, die dadurch, dass sie die Europäische Union in Staatswerdungsprozesse treiben, letztlich auf eine Überwindung der nationalen Verfassungsstrukturen durch analoge Unionsstrukturen hinwirken.

<sup>265</sup> Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht ist hier angesprochen, aber auch die Anpassung der akademischen Lehre des Verfassungsrechts an diese Entwicklungen ist dabei ein Thema.

*Leitsätze des 1. Referenten über:*

## **Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?**

### *I. Einleitung*

*(1) Mit Blick auf das Staatsziel Vereintes Europa im Grundgesetz ist die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft dazu aufgerufen, sich zu diesem Verfassungsauftrag in den gegenwärtigen schwierigen Zeiten konstruktiv zu positionieren.*

### *II. Ursachen*

*(2) Hoheitsgewalt geht heute nicht mehr nur vom Staat aus. Von einer besonderen Verfassungserheblichkeit der europäischen Integration (Verfassungsdimension) ist auszugehen.*

### *III. Wirkungen*

#### *1. Textbefund: Der nationale Verfassungstext als „Hypertext“*

*(3) Das Grundgesetz ist heute in den europabezogenen Verfassungsbestimmungen nicht mehr aus sich selbst heraus verständlich und insoweit keine umfassende Gesamtordnung mehr.*

#### *2. Verfassungsfunktionen*

*(4) Verfassungsorgane: Die Europafunktion von nationalen Verfassungsorganen wird von den nationalen Verfassungen nur in Teilen erklärt. Insoweit sind nationale Verfassungen als Teilordnungen zu verstehen.*

*(5) Freiheitssicherung: Der europäische Grundrechtsschutz bewirkt, dass der Verfassungsstatus des Einzelnen sich nicht mehr ausschließlich und abschließend aus der nationalen Verfassung heraus darstellen lässt.*

(6) *Andere Verfassungsfunktionen: Bei den meisten Verfassungsfunktionen, die diskutiert werden, bereitet das Unionsrecht dem nationalen Verfassungsrecht zumindest eine Art Verfassungskonkurrenz.*

#### IV. Deutungen

##### 1. Verfassungsmonismus

(7) *Nationaler Verfassungsmonismus: Der nationale Verfassungsmonismus vermag die Gründe für die Relativierung der nationalen Verfassung nicht angemessen in Verfassungskategorien zu diskutieren und überlässt das Feld anderen Disziplinen.*

*Europäischer Verfassungsmonismus: Im wissenschaftlichen Bereich wird die Grundannahme eines bereits bestehenden Europäischen Bundesstaates derzeit von niemandem mehr ernsthaft vertreten. Ausgerechnet für die Verfassungstraditionalisten ist indessen der Europäische Bundesstaat als Fernziel die einzig kohärente Perspektive.*

##### 2. Verfassungpluralismus

(8) *Der Verfassungpluralismus (constitutional pluralism) bietet einen dritten Weg zwischen nationalem und europäischem Verfassungsmonismus. Gegenseitige Autonomie ohne Hierarchie, stattdessen Heterarchie, Interaktion und wechselseitige Offenheit sind Kennzeichen des Verfassungpluralismus im Mehrebenensystem. Zu den Grundsätzen, die diese Interaktion ermöglichen, verbessern und anleiten, zählen wechselseitige Responsivität und Loyalität sowie Vertrauen.*

(9) *In der deutschen Diskussion ist das Konzept des Verfassungsverbundes die verfassungpluralistisch zu verstehende Erwiderung auf den Staatenverbund. Der Verbundbegriff erlaubt eine Außen-Innen-Unterscheidung, mit der sich die Union mit ihren verfassungsrechtlichen Besonderheiten, nicht zuletzt ihren Autonomieansprüchen (Kadi-Urteil, EMRK-Gutachten, künftig vielleicht CETA, TTIP und ISDS), ins Verhältnis zu übernationalen, weltweiten Entwicklungen setzen lässt. Verbund steht auch für materielle Übereinstimmung im Sinne eines gemeineuropäischen Verfassungsrechts.*

(10) *Verfassungpluralismus ist nicht nur Deskription, sondern lässt sich als kooperativer Verfassungpluralismus auch normativ wenden. Dann ist die Leitfrage, wie das Nebeneinander von nationaler Verfassungsordnung und europäischer Ordnung optimiert werden kann.*

## *V. Kooperativer Verfassungsppluralismus – Folgerungen*

### *1. Verhältnisbestimmung: Permeabilität*

*(11) Art. 23 GG lässt sich als genuine Öffnungsklausel interpretieren, mit der die mitgliedstaatliche Rechts- und Verfassungsordnung bereits auf Verfassungsebene für das europäische Recht geöffnet wird. Sie macht die Verfassung permeabel. Offene Verfassung – statt offene Staatlichkeit – bedeutet für Deutschland auch eine Entlastung des Zustimmungsgesetzes.*

### *2. Vorrang, Vorherrschaft und nationale Verfassungsidentität: Responsivität*

*(12) Der unionale Anwendungsvorrang impliziert nicht notwendig eine Hierarchie. Vielmehr handelt es sich um eine Vorfahrts- oder Vorrangsregel. In anderen Sprachen wird deutlicher zwischen hierarchischer Vorherrschaft (supremacy) und nicht hierarchischem Vorrang (primacy) unterschieden.*

*(13) Für eine Neubestimmung des Vorrangprinzips kann die europäische Identitätsklausel nützlich sein, um von der europäischen Ebene aus den Vorranganspruch gegenüber mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität zurückzunehmen.*

*(14) Dass ein integrations- und vorrangfester nationaler Verfassungsbestand, die nationale Verfassungsidentität, im Sinne eines kooperativen Verfassungsppluralismus stabilisierend und konfliktminimierend wirkt, setzt allerdings voraus, dass kein unilaterales Identitätspostulat besteht (Verbundkonzept). Die Berufung auf den Schutz der nationalen Verfassungsidentität erfordert das materielle Zusammenwirken mit dem EuGH im Wege des Vorlageverfahrens.*

### *3. Legitimationsfragen – Bürgerschaft und Kollektiv*

*(15) Verfassungsmonisten können mit Kollektivkategorien wie Volk oder Nation auch weiterhin besonders einfach operieren, vermögen die europäische Hoheitsgewalt dann jedoch nicht mehr angemessen zu erfassen.*

*(16) Es ist gezeigt worden, wie über den Einzelnen eine Legitimation hergeleitet werden kann, indem die Bürger Europas als „doppelter Souverän“ verstanden werden. Berührungspunkte zu den Verfassungsppluralisten bestehen darin, dass ohne Hierarchisierung mehrere Hoheitsgewalten nebeneinander angeordnet werden, was eine konsequent liberal-demokratische Perspektive unter den Bedingungen kooperativ pluralisierter Hoheitsgewalt darstellt.*

#### 4. *Souveränität oder Autonomie?*

(17) *Das Beispiel Griechenlands in der Euro-Krise zeigt, wie die Wirklichkeit nahezu alle Theoriegebäude zur Souveränität plantiert.*

(18) *Verfassungsp pluralisten kommen ohne die Zuordnung absoluter, unitarischer und womöglich transzendentaler Macht aus, die sonst das Souveränitätsthema bestimmt. Deswegen ist der Blick frei für die Frage der Autonomie im Sinne einer Selbstbestimmung und für Mechanismen und Prinzipien, die diese Autonomie schützen, aber auch dafür, dass über die Europäischen Union und in der Europäischen Union selbstbestimmungsrelevante Handlungsspielräume gesichert, wiedergewonnen oder sogar völlig neu erschlossen werden können.*

#### 5. *Zwischenergebnis*

(19) *Die Perspektive eines kooperativen Verfassungsp pluralismus ermöglicht die Konzentration auf Konfliktminimierung, Interessenausgleich und damit Stabilität des Europäischen Verfassungsverbundes am besten.*

(20) *Für das europafreundliche Grundgesetz mit seinem Staatsziel Vereintes Europa gilt, dass die Öffnung der Verfassung für die europäische Integration die Verfassung nicht verkürzt oder amputiert, sondern sie erst vervollständigt. Deutschland als „Glied in einem vereinten Europa“ zu verorten, ist auch eine der Aufgaben und Funktionen der Verfassung.*

### VI. *Ausblick – Die Verfassung im 21. Jahrhundert und die europäische Integration am Scheideweg*

(21) *Im Kontext der Euro-Krise wird eine Distanz zur Rolle des Europarechts wie des Verfassungsrechts deutlich, die gerade dem deutschen Rechts- und Verfassungsdenken in jüngerer Zeit entgegenschlägt. Umso mehr sollte es der deutschsprachigen Verfassungsrechtswissenschaft ein Anliegen sein, sprachlich wie konzeptionell international anschlussfähig zu sein, eben nicht nur im Sinne einer an Grenzen stoßenden Selbstbehauptung, sondern auch im Sinne einer Neigung zur Selbstinfragestellung („propensity to self-subversion“, Albert Hirschman).*

(22) *Die Euro-Krise hat zu einer neuen Dynamik und Selbstvergewisserung geführt, in der eine Vertiefung der Integration mindestens so wahrscheinlich ist wie das Gegenteil.*

(23) *Überlegungen zu einer Euro-Union bzw. zu einer vertieften politischen Integration würden in Teilen auch das nationale Verfassungsrecht, namentlich in Deutschland, vor neue Herausforderungen stellen.*

*(24) Bedenkenswert erscheint die Möglichkeit, bei einer Gesamtänderung die Verfassungsgrundlage neu zu bestätigen, wie dies in Österreich mit Art. 44 Abs. 3 B-VG vorgesehen ist.*

## *VII. Schlussbetrachtung*

*(25) Es bleibt der Befund einer Wandlung der nationalen Verfassung durch ihre „überstaatliche Bedingtheit“. Diesen Befund zu leugnen führt ebenso wenig weiter wie binäre Gegenüberstellungen. Zugleich ist die Bedingtheit wechselseitig, weswegen man um die nationale Verfassung keine Sorge haben muss – aus Sicht des Verfassungspluralismus.*

*(26) Für diese Wandlung gilt es, in der internationalen Diskussion anschlussfähige Konzepte und skalierende Begriffe zu finden, die der veränderten Realität und der prozesshaften Entwicklung Rechnung tragen. Dies wird im Verlaufe des 21. Jahrhunderts Daueraufgabe für die Vereinigung bleiben.*





Erster Beratungsgegenstand

**Verfassung im Nationalstaat:  
Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?**

2. Referat von Professor Dr. *Hans Michael Heinig*, Göttingen\*

Inhalt

	Seite
I. Hinführung . . . . .	66
1. Weichenstellung I: Konkretisierungen des Themas . . . . .	66
a) Auf der Suche nach einer dem Gegenstand angemessenen Semantik . . . . .	66
b) Verlust eines distinkten Verfassungsbegriffs. . . . .	67
c) „Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?“	68
2. Weichenstellung II: Methodische Herausforderungen durch die rechtswissenschaftliche Produktion von Sinnüberschuss	70
a) Von der Gesamt- zur Teilordnung: Fortschritts- oder Verfallsgeschichte? . . . . .	70
b) Der deutsche Europadiskurs als Fortsetzung bundesdeutscher Ideendiskurse. . . . .	72
c) Methodische Konsequenzen . . . . .	73
II. Souveränitätstheoretische Perspektive: Von der Gesamt- zur Teilordnung? . . . . .	74
1. Souveränität – geteilt, erledigt, virulent? . . . . .	74
2. Bezugsprobleme und Bezeichnetes. . . . .	76
3. (Ir)Reversibilität der mitgliedstaatlichen Selbstbindung . . .	77
III. Demokratietheoretische Perspektive: Von der Gesamt- zur Teilordnung? . . . . .	81
1. Europäische Legitimationsstruktur zwischen Primärrecht und mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht . . . .	81
2. Demokratietheoretisch informiertes Unbehagen und mögliche Reaktionen. . . . .	82

---

\* Für Anregungen und Kritik zu Entwürfen des Berichts danke ich *P. Dann, I. Ley, F. Meinel, C. Möllers, M. Morlok, F. Schorkopf* und *C. Waldhoff*. Stand des Manuskripts: November 2015.

IV. Föderalismustheoretische Perspektive: Von der Gesamt- zur Teilordnung? .....	85
V. Kulturtheoretische Perspektive: Von der Gesamt- zur Teilordnung? .....	87
VI. Freiheitstheoretische Perspektive: Von der Gesamt- zur Teilordnung? .....	91
1. Freiheitsschutz in Teilverfassungen .....	91
2. Kohärenzlücken im Grundrechtsschutz? .....	92
VII. Ausblick .....	97

## I. Hinführung

### 1. Weichenstellung I: Konkretisierungen des Themas

#### a) Auf der Suche nach einer dem Gegenstand angemessenen Semantik

Für die Einheit der Differenz von mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht und europäischem Primärrecht hat die Rechtswissenschaft bislang keinen Begriff gefunden, der ebenso eingängig wie passgenau ist. Wir testen den Erklärungswert von Neologismen wie „Staatenverbund“<sup>1</sup> oder „Multi-level-constitutionalism“.<sup>2</sup> Wir versuchen traditionelle Begriffe wie „Republik“<sup>3</sup> oder „Bund“<sup>4</sup> zu entmusealisieren. Doch in der Alltagssprache bleibt von diesen Bemühungen nichts hängen und in der Wissenschaftssprache finden sie eine gespaltene Resonanz. Wir können die Gegenstände unserer rechtswissenschaftlichen Beobachtungen beim Namen nennen, aber nicht auf den einen Begriff bringen.<sup>5</sup> In dieser Situation hat der Vorstand unserer Vereinigung das Thema „Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?“ auf die Tagesordnung gesetzt. Mit der Fragestellung werden Großbegriffe aufgerufen, die näherer Klärung bedürfen. Beginnen wir mit „Verfassung“.

<sup>1</sup> BVerfGE 89, 155 (181 ff.); P. Kirchhof HStR VII, 1992, § 183 Rn. 38; ders. HStR X, 2012, § 214 Rn. 1 ff.

<sup>2</sup> Etwa I. Pernice Common Market Law Review 36 (1999) 703 ff.; ders. European Law Review (2002) 511 ff.; ders. Columbia Journal of European Law 15 (2009) 349 ff. Weitere innovative Begriffe und Bilder: Verbundkonzepte, Netzwerkstrukturen, non-hierarchische Vorrangrelationen, polyzentrisch angelegte Knotenpunkte, heterarchische Ordnungsmuster, Teil-, Sektoral- und Globalverfassungen; im Überblick T. Vesting Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2004), 41 ff.

<sup>3</sup> A. v. Bogdandy JZ 2005, 529 ff.; T. Thiel Republikanismus und die Europäische Union, 2012; S. Besson/J. L. Marti Legal Republicanism, 2009.

<sup>4</sup> C. Schönberger AöR 129 (2004), 81 ff.

<sup>5</sup> Vgl. H. Hofmann JZ 1999, 1065 (1074).

b) *Verlust eines distinkten Verfassungsbegriffs*

Alle prägnanten Begriffe des Verfassungsrechts sind politische Konfliktbegriffe, die in einem historischen Resonanzraum stehen.<sup>6</sup> Sie sind pathetisch besetzt und theoriegesättigt. Das gilt auch für den Verfassungsbegriff selbst. Im Verfassungsrecht verdichten sich in Europa verschiedene Strategien der politisch-kulturellen Konflikteinhegung, divergente historische Tiefenimprägungen, abweichende politische Theorietraditionen und eine unterschiedliche Wertschätzung von Dogmatik. Wenn Europäer „Verfassung“ sagen, assoziieren sie damit Verschiedenes.

Zudem ist der Rechtswissenschaft ein distinkter Verfassungsbegriff abhanden gekommen, weil neben dem herkömmlichen staatlichen Verfassungsrecht verschiedene Rechtsentwicklungen und Rechtsregime mit dem Verfassungsbegriff belegt und als Gegenstand von Konstitutionalisierungsprozessen beschrieben werden.<sup>7</sup> „Verfassung“ diene nur noch als „Reminiszenz an eine historische Errungenschaft“, war in jüngerer Zeit zu lesen.<sup>8</sup>

Um sinnvoll von „Verfassung“ sprechen zu können, müssen wir den Begriff also kontextualisieren und re-spezifizieren. Die Gesamtanlage unserer Tagung legt nahe, sich in diesem Vortrag auf die Rolle des staatlichen Verfassungsrechts im Prozess der europäischen Integration und sein Verhältnis zum europäischen Primärrecht zu konzentrieren. „Verfassung *im* Nationalstaat“ mit Verweis auf eine „europäische Teilordnung“ im Titel meint präziser: „Verfassung *der* Mitgliedstaaten *in* der Europäischen Union“.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Beispiele: Volkssouveränität, Rechtsstaat, Demokratie, freies Mandat. Sie sind im doppelten Sinne Konfliktbegriffe: Sie beziehen sich regelnd auf politisch-kulturelle Konflikte und sind in ihrer Deutung selbst von solchen Konflikten geprägt. Ihr Gehalt lässt sich auf anderer Ebene dann wieder streitig stellen (Verfassungspolitik, gerichtliche Konfliktaustragung, akademische Deutungskonflikte).

<sup>7</sup> Früh *E. Stein* *American Journal of International Law* 75 (1981), 1 ff.; eine prägnante Einordnung der (uferlosen) Debatten um den Verfassungscharakter des Primärrechts der EU und des Völkerrechts mwN bei *I. Ley* *ZaöRV* 69 (2009), 317 ff.; *A. Peters* *ZÖR* 65 (2010), 3 ff.; für eine Entgrenzung des Verfassungsbegriffs über die Bindung von Hoheitsgewalt hinaus *G. Teubner* *Verfassungsfragmente*, 2012; *A. Fischer-Lescano/G. Teubner* *Regime-Kollisionen*, 2006; Kritik zur gesamten Entwicklung etwa bei *R. Wahl* *FS W. Brohm*, 2002, 191 ff.

<sup>8</sup> *L. Vellechner* *ZaöRV* 75 (2015), 231 (258).

<sup>9</sup> Von einer tiefergehenden Reflexion des Begriffs „Nationalstaat“ und seines Wandels wird an dieser Stelle abgesehen. Grundlegend dazu etwa *S. Sassen* *Das Paradox des Nationalen*, 2008. Über Möglichkeiten und Grenzen, in der Staatsrechtslehre vom „Staat“ zu sprechen näher *C. Möllers* *Staat als Argument*, 2000; *U. Di Fabio* *Die Staatsrechtslehre und der Staat*, 2003; *J. Isensee* *HStR* II, 2004, § 15; *O. Lepsius* *Der Staat* 52 (2013), 158 ff.; zu unterschiedlichen politikwissenschaftlichen Konzepten im Überblick *A. Anter/W. Bleek* *Staatskonzepte*, 2013. Das Problem „Nationalstaat“ wird im Folgenden mitverhandelt,

Dabei soll nicht nur vom Grundgesetz die Rede sein, sondern das Verfassungsrecht in seiner europäischen Vielgestaltigkeit erfasst werden. Deshalb werde ich im Folgenden verfassungstheoretische Überlegungen in den Vordergrund stellen.<sup>10</sup> Dazu greife ich auf einen *typisierten Verfassungsbegriff* zurück, dessen materieller Gehalt bewusst schwach ausfällt, um bestehende Vielfalt einfangen zu können. „Verfassung“ bezeichnet im Folgenden eine im Kontext des Staates ausgebildete Rechtsebene, die politische Herrschaft organisieren und begrenzen soll, Bestimmungen zu seiner Legitimation bereithält, sich durch einen Vorrang vor anderen Rechtsschichten auszeichnet, nicht heteronom rechtlich begründet werden kann, einen hohen Generalisierungsgrad aufweist, erschwert abänderbar ist sowie als eine Art „Gerechtigkeitsreserve“ im Recht aktiviert werden kann.<sup>11</sup>

c) „Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?“

Das Gesamtthema unserer diesjährigen Tagung lautet „Verfassung als Ordnungskonzept“. Hier bleibt offen, ob Texte, Rechtsnormen, zwischen Recht und Moral changierende Leitbilder oder soziale Projektionsflächen für Erwartungen gelingenden Zusammenlebens gemeint sind. Der Ordnungsbegriff eröffnet Raum für ein weites Verfassungsverständnis und einen breit angelegten methodischen Zugriff.<sup>12</sup> Ganz anders verhält es sich

---

wenn es um offene und verborgene Finalitätsfragen der Europäischen Union geht (II.–V.): Ist Ziel der Integration die Ergänzung, die Einhegung, die Überwindung europäischer Nationalstaaten? Und wohin wären sie zu überwinden: zu einem multinationalen Superstaat?

<sup>10</sup> Zum Forschungsprogramm mit unterschiedlichen Akzenten zur Normativität der Verfassungstheorie *M. Morlok* Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988; *M. Jestaedt* Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009; *ders.* in: O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.) Verfassungstheorie, 2010, 4 ff.; *U. Volkmann* Der Staat 54 (2015), 35 ff. Alternative Forschungsansätze zum Thema des Referats wären wissenschaftsgeschichtlich oder rechtsvergleichend angelegt. Aus den unter I.2. dargelegten Gründen werden in diesem Beitrag beide Ansätze zugunsten der Verfassungstheorie zurückgestellt. Denn beide Methoden müssten in ideenpolitische, kulturgeschichtliche und rechtskulturelle Komparatistik eingebettet werden – und würden damit das Format dieses Beitrags sprengen.

<sup>11</sup> Vgl. *M. Morlok* in: EvStL, 2006, 2556 ff.; jede dieser Charakterisierungen wäre näher auszuführen. Manche ließen sich in Frage stellen und sie sind für Ergänzungen offen. Zum Zwecke der Typisierung haben sich die genannten Charakterisierungen gleichwohl bewährt. So verstanden lässt sich das Konzept Verfassungsrecht auf politische Entitäten jenseits des Staates übertragen; doch sollte man dabei das komplexe Gefüge nicht vor schnell auf (einige wenige) Verfassungsfunktionen reduzieren; vgl. *C. Möllers* in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 227 ff.; *H. M. Heinig* JZ 2007, 905 ff.; *ders.* Philosophische Rundschau 52 (2005), 191 (205 ff.).

<sup>12</sup> Zu verschiedenen Ansätzen, Verfassungen als „Ordnungen“ zu verstehen *W. Kägi* Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945; *K. Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995; *U. Volkmann* Grundzüge

mit der Frage, ob sich die Verfassung in den Mitgliedstaaten von einer „Gesamtordnung“ zu einer „Teilordnung“ wandelt. Diese Themenstellung beruht auf einer unhinterfragten, aber doch fragwürdigen Prämisse, die die Fragerichtung zu lenken und zu begrenzen sucht – der Prämisse, dass die Mitgliedstaaten der Union ein kohärentes, in sich geschlossenes und vergleichbar funktionierendes „Ordnungskonzept“ kennen, das als „Gesamtordnung“ in seinen materiellen Gehalten, normativen Funktionen und politischen Wirkungen über den soeben eingeführten typisierten Verfassungsbegriff hinausweist.<sup>13</sup>

Üblicherweise wird in der deutschen Staatsrechtslehre unter der Leitfrage „Von der bisherigen Gesamt- zur bloßen Teilverfassung?“<sup>14</sup> darüber nachgedacht, welche Rolle dem Verfassungsrecht (noch) zukommt, wenn Verfassungsstaaten eine politische Union zur Organisation öffentlicher Machtausübung gründen und sich in ihr einbinden.<sup>15</sup> Der Ordnungsbegriff spielt dabei vordergründig keine prominente Rolle. In der Kurzformel „Von der Gesamt- zur Teilverfassung“ bündeln sich ganz verschiedene Problemstellungen. Sie reichen von Legitimations- und Hierarchiefragen über das Schicksal der verfassungsrechtlichen „Werteordnung“ bis hin zu der Überlegung, ob sich die mit dem Vorrang, Konsensbedarf und Gerechtig-

---

einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, 27 ff.; für die „dunkle“ Seite des Ordnungsdenkens steht C. Schmitt Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934.

<sup>13</sup> Denn die aufgeführten, bewusst reduziert gehaltenen Typenmerkmale werden recht verstanden durch die europäische Integration nicht ernsthaft verändert oder bedroht. Staatliche Herrschaft wird weiterhin durch die Verfassung organisiert und begrenzt, seine Legitimation geregelt, der Vorrang vor anderen Ebenen der staatlichen Rechtsordnung bleibt unberührt, etc. Die Frage nach einem grundlegenden Wandel machte dann wenig Sinn.

<sup>14</sup> Vgl. Volkmann (Fn. 12), 75; siehe auch ebenda, 119 ff., 161 ff., 187 ff., 211 ff., 276 ff., 323 ff.

<sup>15</sup> Vgl. zur „Teilverfassung“ etwa Hesse (Fn. 12), V, der nicht weniger „als den Anbruch einer neuen Ära“ sah, „in welcher der nationale Staat sich zu einem Staat hin wandelt, der nur noch als Teil eines größeren Ganzen begriffen werden kann“; näher zum Fragenkreis aus der Fülle des Schrifttums mit unterschiedlichen Zugängen U. Di Fabio Das Recht offener Staaten, 1998, 90 ff.; E.-W. Böckenförde Staat, Nation, Europa, 1999, 68 ff., 103 ff.; A. v. Bogdandy Der Staat 39 (2000), 163 ff.; A. Peters Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001; P. Häberle Europäische Verfassungslehre, 2001, 210 ff., 221 ff.; R. Wahl Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, 17 ff., 411 ff.; ders. in: M. Hochhuth (Hrsg.) Nachdenken über Staat und Recht, 2010, 107 ff.; T. Giegrich Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozess, 2003; C. Seiler Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung, 2005, 165 ff.; F. Schorkopf Grundgesetz und Überstaatlichkeit, 2007, 175 ff.; Möllers (Fn. 11), 250 ff.; M. Nettesheim Der Staat 51 (2012), 313 ff.; J. Isensee AöR 138 (2013), 325 (352 ff.); U. Hufeld in: ders./A. Epiney/F. Merli (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2014, S. 41 ff.; J. A. Kämmerer NVwZ 2015, 1321 ff.; weitere Nachw. in Fn. 16 und 17.

keitsanspruch der Verfassung in Verbindung gebrachten einheits- und sinnstiftenden Momente des nationalen Verfassungsrechts verflüchtigen. Die disparaten Fragestellungen finden einen inneren Zusammenhang, indem ihnen voraussetzungsvolle Deutungen einer konkreten Verfassung (als eine Art „Gesamtordnung“) zugrunde gelegt werden. Wer so vorgeht, redet gemeinhin über das Grundgesetz und seinen „Sinnwandel“, nicht aber über den Variantenreichtum des europäischen Verfassungsraums.

## 2. *Weichenstellung II: Methodische Herausforderungen durch die rechtswissenschaftliche Produktion von Sinnüberschuss*

### a) *Von der Gesamt- zur Teilordnung: Fortschritts- oder Verfallsgeschichte?*

Der Vortragstitel „Von der Gesamt- zur Teilordnung?“ birgt noch weitere Probleme, die mich überlegen lassen, wie das Thema methodisch verantwortbar bearbeitet werden kann. „Von ... zu“-Fragen legen nahe, Antworten in einer Fortschritts- oder einer Verfallsgeschichte zu suchen. Beide Deutungen finden sich in den Debatten um den Wandel nationalen Verfassungsrechts im Prozess der europäischen Integration.

Die wirkmächtigste Verfallsgeschichte „von der Gesamt- zur Teilordnung“ erzählt im deutschen Kontext gegenwärtig wohl *Dieter Grimm*, die wirkmächtigste Fortschrittsgeschichte wohl *Ingolf Pernice*. *Grimm* beschreibt anschaulich, wie die Entstehung des modernen Verfassungsrechts auf der Gleichsetzung von Herrschaftsgewalt und Staatsgewalt aufruht. Mit der europäischen Integration löse sich diese Identität. Die Legitimations-, Begrenzungs- und Bündelungsfunktion des nationalen Verfassungsrechts nehme Schaden. Wegen der Eigenart des Primärrechts (Überkonstitutionalisierung) und der demokratischen Schwächen der Union könne das Europarecht keine Kompensation bieten.<sup>16</sup>

Gegenläufig die Entwicklungsgeschichte bei *Pernice*. Er affirmiert das Primärrecht in seiner Wechselwirkung mit dem nationalen Verfassungsrecht als „Verfassungsverbund“.<sup>17</sup> Dazu werden Verfassungsfunktionen identifi-

<sup>16</sup> *D. Grimm* Die Zukunft der Verfassung II, 2012, 67 ff., 92 ff., 128 ff., 203 ff., 212 ff., 241 ff., 262 ff.; *ders.* Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, 40 ff.; *ders.* Merkur 68 (2014), 1045 ff.; *ders.* Leviathan 43 (2015), 325 ff.

<sup>17</sup> *I. Pernice* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148 (163 ff.); *ders.* in: H. Dreier (Hrsg.) GG II, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 20 ff.; *ders.* Das Verhältnis europäischer zu nationalen Verfassungsgerichten im europäischen Verfassungsverbund, 2006; *ders.* in: F. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.) Strukturfragen der Europäischen Union, 2010, 102 ff.; weitere Nachw. Fn. 2; mitentwickelt von *F. C. Mayer* Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, 63 ff.; aufgenommen etwa bei *F. C. Mayer/M. Wendel* EnzEuR I, § 4 Rn. 8; *M. Wendel* Permeabilität im europäischen Ver-

ziert, die auch vom Primärrecht wahrgenommen werden. Die mitgliedstaatlichen und europäischen Teilverfassungen bilden für *Pernice* eine materielle Einheit. Ausgangspunkt demokratischer Legitimation sei stets das Individuum. Die europäischen Verträge seien als *contrat social* der Bürger zu deuten, nicht als Verträge zwischen Staaten.

Beide Erzählungen vermögen zu faszinieren. Doch gerade der Kontrast ihrer Narrative legt es nahe, beide zu hinterfragen: Sollte man das Grundgesetz wirklich als „Höchststand der Verfassungskultur“<sup>18</sup> beschreiben und die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *van Gend*<sup>19</sup> und *Costa/ENEL*<sup>20</sup> als Beginn ihres Niedergangs?<sup>21</sup> Werden hier die einheitsstiftenden Leistungen der Verfassung nicht überbewertet?<sup>22</sup> Bleiben föderale Verfassungstraditionen nicht auf der Strecke?<sup>23</sup> Auf der anderen Seite: Ist das europäische Primärrecht in seiner Gestalt seit Maastricht wirklich der Fluchtpunkt einer Ende des 18. Jahrhunderts einsetzenden humanistisch-kosmopolitischen Suchbewegung? Werden beim Verfassungsverbund nicht Komponenten zusammengesetzt, die unterschieden gehören?<sup>24</sup> Werden Hierarchisierungsleistungen und Hierarchisierungsbedarf im verfassungspluralistischen Paradigma nicht unterbewertet und ein politischer Status quo rechtstheoretisch überhöht?<sup>25</sup>

---

fassungsrecht, 2011, 34 ff. Der Begriff „Verfassungsverbund“ verdankt seinen Erfolg auch der bewussten Kontraststellung zum Begriff „Staatenverbund“ (s. Fn. 1). Die Idee eines „Verfassungsverbundes“ wurde auf breiter Front rezipiert. Ob damit auch das *Pernice*’sche Konzept insgesamt adaptiert wird, bleibt in der Regel offen. Ein abweichendes Verständnis von Verfassungsverbund etwa bei *P. M. Huber* *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), 194 ff.; eine Synthese eigener Art bei *C. Calliess* in: ders. (Hrsg.) *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund 2007*, 187 ff.

<sup>18</sup> So ironisch *Volkman* (Fn. 12), 75, der sich gegen die Verfallsthese wendet.

<sup>19</sup> EuGH Rs. 26/62 – *van Gend*, Slg. 1963, 1 ff.

<sup>20</sup> EuGH Rs. 6/64 – *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251 ff.

<sup>21</sup> Zuletzt so wieder *D. Grimm* *Merkur* 68 (2014), 1045 (1047 ff.); *ders.* *Leviathan* 43 (2015), 325 ff.

<sup>22</sup> *E. Wiederin* in: *D. Grimm* *Das Öffentliche Recht* (Fn. 16), 100 ff.

<sup>23</sup> Vgl. unten IV.

<sup>24</sup> Durchgreifende Kritik am Verfassungsverbund-Konzept bei *M. Jestaedt* *GS Bloemeyer*, 2004, 637 ff.; *M. Nettesheim* *FS Isensee*, 2007, 733 ff.

<sup>25</sup> Zum Verfassungsverbund als Spielart des Verfassungspluralismus näher etwa *F. C. Mayer* *Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?*, in diesem Band, 7 ff.; zum Verfassungspluralismus insg. *K. Jaklic* *Constitutional Pluralism in the EU*, 2014; *M. Avbelj/J. Komárek* (Hrsg.) *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, 2012; *L. Viellechner* *ZaöRV* 75 (2015), 231 ff.; *ders.* *Der Staat* 51 (2012), 559 ff.; *N. Krisch* *Beyond Constitutionalism: The Pluralistic Structure of Postnational Law*, 2010; *G. de Búrca/J. H. H. Weiler* (Hrsg.) *The Worlds of European Constitutionalism*, 2012; *N. Walker* *Modern Law Review* 65 (2002), 317 ff.; siehe auch unten VI.2.



b) *Der deutsche Europadiskurs als Fortsetzung bundesdeutscher Ideendiskurse*

Folgt man meiner Skepsis gegenüber linearen Verfalls- und Fortschritts-geschichten, ist zu überlegen, ob sich überhaupt ohne zugrundeliegende Narrative über „staatliches Verfassungsrecht und europäische Integration“ sprechen lässt. Zweifel sind angebracht, wenn man bedenkt, dass sich der Europadiskurs in Deutschland wesentlich des ideenpolitischen Arsenal der alten Bundesrepublik bedient<sup>26</sup> und so einen nationalstaatlichen Diskurs fortsetzt. Einige Beispiele: In der Diskussion um den Vorrang des Europarechts begegnen uns die aus den westdeutschen Debatten nach 1949 nur allzu vertraute Skepsis gegenüber und Erleichterung über den souveränitätsentkleideten westdeutschen Teilstaat wieder.<sup>27</sup> In der Diskussion um das europäische Sozialmodell<sup>28</sup> bildet sich die für die Bundesrepublik charakteristische Gemengelage aus marktwirtschaftlichem Prosperitäts- und sozialem Sekuritätsversprechen ab.<sup>29</sup> Grundgesetz und Europäische Verträge teilen in *deutscher* Perspektive den dominanten Gründungsmythos des „Nie wieder“ nach 1945.<sup>30</sup> Ökonomische Sachzwänge und gesellschaftliche Eigengesetzlichkeiten, denen auch die öffentliche Gewalt unterliegen, beschäftigten nicht nur *Ernst Forsthoff*, *Arnold Gehlen* und *Helmut Schelsky*, sondern auch allerlei Spielarten politikwissenschaftlicher Integrationstheorien.<sup>31</sup> Die Kritik der 1968er am technokratisch-konsensorientierten Status quo und die Sehnsucht nach emphatischen Alternativen scheint in der kapitalismuskritischen Begleitung der europäischen Integration wie-

<sup>26</sup> Im Überblick zu diesem Arsenal *J. Hacke* Die Bundesrepublik als Idee, 2009.

<sup>27</sup> Sie prägten auch die Staatsrechtslehre – siehe etwa *F. Günther* Denken vom Staat her, 2004; *C. Möllers* Der vermisste Leviathan, 2008, 31 ff.; *M. Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland IV, 2012, 305 ff.

<sup>28</sup> *J. Bast/F. Rödl* (Hrsg.) Wohlfahrtsstaatlichkeit und soziale Demokratie in Europa, 2013; *E. Eichenhofer* SDSRV 59 (2010), 139 ff.

<sup>29</sup> Exemplarisch *H. Lampert/A. Bossert* Die Wirtschafts- und Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der Europäischen Union, 17. Aufl. 2011; *J. P. Terhechte* EnzEuR I, 2014, § 7 Rn. 54 ff.

<sup>30</sup> Auch für andere Gründungsmitglieder von EGKS, EAG und EWG war das „Nie wieder!“ von entscheidender Bedeutung. Doch das Motiv ist für „Täter“ und „Opfer“ von unterschiedlicher Bedeutung; sie ist eine trennende Gemeinsamkeit. Andere Mitgliedstaaten kennen varriierende Beitrittsgründe: die Überwindung faschistischer Diktaturen in Süd-europa und später kommunistischer Diktaturen in Mittel- und Osteuropa; das nüchterne Interesse am Marktzugang in Großbritannien; *J. Fischer* Die Rückkehr der Geschichte, 2005, 169 ff. unterscheidet insoweit zwischen „Schlachtfeldeuropäern“, „Vernunfteuropäern“ und „Freiheitseuropäern“.

<sup>31</sup> Vgl. etwa *W. Merkel* Geschichte und Gesellschaft 25 (1999), 302 ff.; *J. Wolff* in: *U. Liebert/J. Wolff* (Hrsg.) Interdisziplinäre Europastudien, 2015, 69 (74 ff.); *A. Grimmell/C. Jakobkeit* EnzEuR I, 2014, § 2.

der auf.<sup>32</sup> Die Beschwörung europäischer „Legitimationsprobleme“ hat eine lange bundesrepublikanische Vorgeschichte.<sup>33</sup> Die neoaristotelische Stilisierung des Bürgers in der Denkschule *Joachim Ritters*<sup>34</sup> findet Wiederkehr in der emphatischen Deutung der Unionsbürgerschaft.<sup>35</sup>

Der Europadiskurs in den anderen Mitgliedstaaten ist auf vergleichbare Weise durch die jeweilige politische Ideengeschichte bestimmt. Solche Prägekräfte wirken auch rechtskulturspezifisch.<sup>36</sup> Auf breiter Front trägt die deutsche Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz (und früher) geformte Vorstellungen von der Wirkweise der Grundrechte, vom Parlamentarismus, vom Föderalismus, von Kompetenzverteilungsregeln etc. in die Betrachtungen des Europarechts ein. Auch die eigengeartete Verfassungsverrechtlichung und -vergerichtlichung politischer Integrationsfragen sind Ergebnis bundesrepublikanischer Pfadtreue.<sup>37</sup>

### c) *Methodische Konsequenzen*

Stimmt die Wahrnehmung, dass rechtswissenschaftliche Beobachtungen der europäischen Integration politische Sinnstiftung teils bezwecken, teils als Nebenfolge bewirken, sie jedenfalls aber ideenpolitisch durch den Erfahrungsraum der Nationalstaaten heraus geprägt werden, und sie damit Gefahr laufen, die Vielfältigkeit der europäischen Verfassungskulturen nicht hinreichend erfassen und abbilden zu können, stellt das eine

---

<sup>32</sup> Aus jüngerer Zeit etwa *Blätter für deutsche und internationale Politik* (Hrsg.) *Demokratie oder Kapitalismus?*, 2013; *W. Streeck* *Gekaufte Zeit*, 2013; *H. Brunkhorst* *Das doppelte Gesicht*, 2014; *J. Vögl* *Der Souveränitätseffekt*, 2015.

<sup>33</sup> *F. Meinel* *Merkur* 68 (2014), 767 ff. mwN.

<sup>34</sup> Näher *J. Hacke* *Philosophie der Bürgerlichkeit*, 2. Aufl. 2008; beispielhaft *O. Marquard* *Zukunft braucht Herkunft*, 2003, 247 ff.; *R. Koselleck* *Begriffsgeschichten* 2006, 387 ff.

<sup>35</sup> Zu solchen Deutungen mwN näher *U. Haltern* *Europarecht*, 2. Aufl. 2007, 632 ff.; *H. M. Heinig* in: *C. Calliess* (Hrsg.) *Berlin e-Working Papers on European Law* Nr. 70, 2011. Aus jüngerer Zeit zur Unionsbürgerschaft im deutschen Schrifttum etwa *C. Calliess/M. Hartmann* *Zur Demokratie in Europa*, 2014; *M. Wendel* *EnzEuR* II, 2014, § 18; *P. M. Huber* *EuR* 2013, 637 ff. Wohlgemerkt: es geht nicht darum, wie die Ritter-Schule auf die Unionsbürgerschaft blickt (vermutlich skeptisch, vgl. *R. Bubner* *Polis und Staat*, 2002, 185 ff.), sondern dass sich in der Ideengeschichte Westdeutschlands etablierte neoaristotelische Bürgerschaftsdeutungen bewusst oder unbewusst im deutschen Blick auf Europa fortsetzen.

<sup>36</sup> *A. Hatje/P. Mankowski* *EuR* 2014, 155 ff.

<sup>37</sup> Prägnant *P. Graf Kielmansegg* *Wohin des Wegs, Europa?*, 2015, der von einer Verfassungszentriertheit der deutschen politischen Kultur spricht. Luzide Kontextanalysen dazu bei *M. Jestaedt u.a.* *Das engrenzte Gericht*, 2011.

verfassungstheoretische Reflexion dieser Beobachtungen<sup>38</sup> vor methodische Herausforderungen. Denn eine Beobachtung zweiter Ordnung<sup>39</sup> sollte tunlichst vermeiden, solche Prägungen und Sinnüberschüsse einfach zu reproduzieren.

Eine taugliche Gegenstrategie verspricht der Rückgriff auf „Supplementtheorien“.<sup>40</sup> Dahinter steht die Annahme, dass Theorien einen blinden Fleck haben, der sich durch komplementäre Theorien beleuchten lässt. Entsprechend werden sich im Folgenden souveränitäts-, demokratie-, föderalismus-, kultur- und freiheitstheoretische Perspektiven ergänzen, widersprechen und überlappen. So soll ein vielschichtiges Bild verfassungsrechtlicher Ordnungsstrukturen in Europa gewonnen werden, das über das binäre Schema Gesamtordnung/Teilordnung hinausführt. Auf diese Weise wird zudem das unbehaglich enge Korsett der titelgebenden Frage aufgeschnürt und die methodische und thematische Offenheit wiedergewonnen, die mit einer rechtswissenschaftlichen Deutung des Verfassungsrechts als „Ordnungskonzept“ verbunden sein sollte.<sup>41</sup>

## II. Souveränitätstheoretische Perspektive: Von der Gesamt- zur Teilordnung?

### 1. Souveränität – geteilt, erledigt, virulent?

Eine erste Leitperspektive fragt souveränitätstheoretisch nach dem Wandel von der Gesamt- zur Teilordnung: Begründet das Verfassungsrecht ein staatliches Souveränitätsmonopol (Gesamtordnung) oder kennt es eine Souveränitätsteilung?

Im Schrifttum liest man oft, das Souveränitätsthema habe sich durch die europäische Integration erledigt.<sup>42</sup> Allenfalls könne man von zwischen

<sup>38</sup> Zu einem solchen verfassungstheoretischen Ansatz *G. Roellecke* in: Depenheuer/Grabenwarter (Fn. 10), 57 (58 f.).

<sup>39</sup> *N. Luhmann* Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, 766 ff.

<sup>40</sup> Zum Konzept *G. Teubner* Soziale Systeme 3 (1999), 312 ff.

<sup>41</sup> Ein solches Vorgehen scheint mir zudem die gebotene Konsequenz, wenn Verfassungstheorie selbst ein epistemisches und soziales Produkt ist, unterschiedliche Theorieansätze miteinander konkurrieren und dem Grundgesetz selbst keine Aussagen zu einer verfassungsangemessenen Verfassungstheorie entnommen werden kann, so mit plausiblen Argumenten *U. Volkmann* Der Staat 54 (2015), 35 (60).

<sup>42</sup> Etwa *J. Kokott* Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, VVD-StRL 63 (2004), 10 (21); *Stolleis* (Fn. 27), 626; *F. C. Mayer/M. Wendel* EnzEuR I, 2014, § 4 Rn. 7; *O. Lepsius* JöR n.F. 63 (2015), 63 (83); Widerspruch etwa bei *A. v. Bogdandy* HStR XI, 2013, § 232 Rn. 8 ff. aus rechtlicher Sicht und bei *U. Haltern* Was bedeutet Souveränität, 2007 aus Sicht politischer Theologie/Theorie.

Staat und Union geteilter Souveränität sprechen.<sup>43</sup> Andere Stimmen sehen die Souveränität zwischen Union und Mitgliedstaaten bewusst im Schwebezustand gehalten. Das Verfassungsrecht ende hier.<sup>44</sup> Das Bundesverfassungsgericht findet im Topos der Souveränität ein verfassungsdogmatisches Argument, um Grenzen der Integration zu markieren.<sup>45</sup> Variantenreich reflektieren Integrationsklauseln im Verfassungsrecht ein mitgliedstaatliches Souveränitätsverständnis. Die nationale Integrationsrechtsprechung nimmt darauf Bezug und entfaltet die Klauseln im Kontext der jeweiligen Verfassung.<sup>46</sup> Souveränität erscheint so in vielen, aber nicht in allen Mitgliedstaaten als Reservat nationalen Verfassungsrechts.

<sup>43</sup> N. MacCormick *Questioning Sovereignty*, 1999; N. Walker in: ders. (Hrsg.) *Sovereignty in Transition*, 2003, 11 ff.; ebenso z.B. U. Schliesky *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, 2004, 507 ff. Denn die Gesamtheit der zwischen Union und Mitgliedstaaten verteilten Gesetzgebungs- und Exekutivkompetenzen erschließe sich erst, wenn man sowohl ins Primärrecht als auch in die nationalen Verfassungen schaut. Selbst in der Gestaltung der nationalen Verfassungsordnung seien die Mitgliedstaaten nicht frei (Art. 7 iVm Art. 2 Art. EUV). Der Vorschlag von Jürgen Habermas, von einer „zwischen Bürgern und Staaten ‚geteilten‘ Souveränität“ zu sprechen (*J. Habermas Zur Verfassung Europas*, 2011, 65 ff., 69 ff.), ist demokratietheoretischer Natur. Hinter dieser Teilung „an der Wurzel“ sollen sich die Individuen in ihren unterschiedlichen Rollen als Unions- und Staatsbürger verbergen. Ziel der so geteilten Souveränität ist der Nachweis, dass die EU selbst demokratiefähig ist. Dazu näher unten III. In der Folge soll die „Teilung an der Wurzel“ dann eine ungleiche Repräsentation der Bürger im Europäischen Parlament rechtfertigen; so *J. Habermas Der Staat* 53 (2014), 167 ff.

<sup>44</sup> C. Schönberger *AöR* 129 (2004), 81 (104 ff.). Zum „Ende des Rechts“ klassisch G. Anschütz *VerwArch.* 14 (1906), 315 (339) über den preußischen Budgetstreit: „Das Staatsrecht hört auf, aber nicht der Staat, er ist stärker als sein Recht.“

<sup>45</sup> BVerfGE 89, 155 (186 ff.); 123, 267 (343 ff.); zuletzt BVerfG, EuGRZ 2016, 33 ff.; präzise Einordnung bei D. Thym *Der Staat* 48 (2009), 559 ff.; noch forcierter im Souveränitätsdenken als das BVerfG etwa C. Hillgruber *HStR* II, 2004, § 32 Rn. 40 ff. Auch der Anspruch des BVerfG, unionale ultra vires-Akte zu verwerfen, lässt sich souveränitätsrechtlich verstehen; hierzu BVerfGE 123, 267 (353, 400); 126, 286 (301 ff.); ebenso das tschechische VerfG, das als erstes mitgliedstaatliches Höchstgericht eine Entscheidung des EuGH wegen Kompetenzüberschreitung für unbeachtlich erklärt hat; vgl. Tschechischer VerfGH, Entscheidung vom 31.01.2012, Az. ÚS 5/12; dazu etwa J. Komárek *EuConst* 8 (2012), 323 ff. Näher zu solcher höchstgerichtlichen Rechtsprechung unten II.3. am Ende.

<sup>46</sup> Vgl. bspw. Dänischer Oberster Gerichtshof *EuGRZ* 1999, 49 ff.; Polnischer VerfGH *EuR* 2006, 236 ff.; ders. *EuGRZ* 2012, 172 ff.; Conseil d'Etat *EuR* 2004, 921 ff.; Spanisches VerfG, *EuR* 2005, 339 ff.; Tschech. VerfGH, *Jahrbuch für Ostrecht* 2007, 321 ff.; weitere Beispiele werden zitiert in BVerfGE 134, 366 (387); BVerfG, *EuGRZ* 2016, 33 (39); zu einzelnen Ländern etwa J. Priban *Int'l J. Const. Law* 13 (2015), 180 ff.; I. Ley *JZ* 2010, 165 ff.; U. Bernitz *CMLRev.* 38 (2001) 903 (910 ff.); F. C. Mayer/E. Lenski/*M. Wendel* *EuR* 2008, 63 ff.; C. Walter *EuGRZ* 2005, 77 ff.; im Überblick zum Integrationsverfassungsrecht und der dazu ergangenen Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten in „souveränitätsrechtlicher“ Hinsicht F. C. Mayer/*M. Wendel* in: *EnzEuR* I, § 4 Rn. 21 ff., 53 ff., 68 ff., 86 ff.; *Wendel* (Fn. 17), 83 ff., 92 ff., 103 ff., 154 ff., 185 ff., 322 ff.; *ders.*

Auch politisch bleibt die Souveränitätsfrage virulent, wie etwa die Schuldenkrise in Griechenland zeigte: Die griechische Regierung sprach viel von Souveränität, Würde und Volksherrschaft. Die von bekennenden Integrationisten viel gescholtene deutsche Bundeskanzlerin<sup>47</sup> konterte kühl: „Wir haben eine geteilte Souveränität, weil wir eine Währung haben.“<sup>48</sup>

## 2. Bezugsprobleme und Bezeichnetes

Schon *Hugo Preuss* sah die Staatsrechtslehre „im Gespinst des Souveränitätsbegriffs verfangen wie die Fliege im Gewebe einer Spinne“.<sup>49</sup> Daran hat sich anscheinend nicht viel geändert. Das liegt vor allem daran, dass das mit Souveränität Bezeichnete variiert und das historische Bezugsproblem selten mitbedacht wird. Verschiedene Bedeutungsschichten werden so mitgeschleppt: Souveränität als potestas, als faktisches Vermögen der Machtausübung; Souveränität als Hoheitsgewalt; Souveränität als Eigenschaft von Hoheitsgewalt; Souveränität als Legitimationstitel (Volkssouveränität); Souveränität als (grundloser)<sup>50</sup> Letztgrund von Herrschaft.<sup>51</sup>

Viele Bezugsprobleme des Souveränitätsdiskurses haben wir eigentlich hinter uns gelassen: die mit der Entstehung moderner Staaten einhergehenden Machtbündelungsprozesse,<sup>52</sup> den Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts mit seiner Frontstellung von monarchischer und Volkssouveränität,<sup>53</sup> die Unitarisierungstendenzen im Deutschen Reich nach 1871, die zur Unterscheidung von Herrschaftsgewalt und Souveränität führten.<sup>54</sup> Im

---

EuConst 7 (2011), 96 ff.; *C. Grabenwarter* in: v. Bogdandy/Bast (Fn. 11), 121 (136 ff.); *P. M. Huber* in: A. v. Bogdandy/P. C. Villalón/P. M. Huber (Hrsg.) *Handbuch Ius Publicum Europaeum* II, 2008, § 26 Rn. 37 ff., 85 ff.; *F. Schorkopf* in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 23 Rn. 237 ff.; *C. D. Classen* *Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, 2013, 285 ff.; *Hufeld* (Fn. 15), 41 (49 ff.); *W. Kluth* (Hrsg.) *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, 2007.

<sup>47</sup> Etwa *Habermas* *Verfassung* (Fn. 43), 112 ff., 120 ff.; *U. Beck* *Das deutsche Europa*, 2012.

<sup>48</sup> Pressestatement vom 6. Juli 2015.

<sup>49</sup> *H. Preuss* *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, 1889, VI.

<sup>50</sup> Zur Paradoxie der Souveränität im „entlarvenden“ Gestus *A. Fischer-Lescano* *ZaöRV* 63 (2003), 717 (724 ff.).

<sup>51</sup> *H. M. Heinig* *Philosophische Rundschau* 52 (2005), 191 (201 ff.).

<sup>52</sup> *W. Reinhard* *Geschichte der Staatsgewalt*, 2. Aufl. 2000, 100 ff. Diese Machtbündelungsprozesse wurden begleitet von *Jean Bodin* und *Thomas Hobbes*, wenn sie ein exklusives Monopol absoluter, unbegrenzter, höchstrangiger und dauerhafter Herrschaftsgewalt als Souveränität proklamierten; vgl. *J. Bodin* *Über den Staat*, 1583, 8. Kapitel; *T. Hobbes*, *Leviathan*, 1651, 18. Kapitel.

<sup>53</sup> *D. Grimm* *Souveränität*, 2009, 35 ff.

<sup>54</sup> Vgl. *P. Laband* *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* I, 4. Aufl. 1901, 68; *G. Jellinek* *Allgemeine Staatslehre* 1914, 495.

Zusammenhang mit der europäischen Integration verweist „Souveränität“ auf ein relativ neues Bezugsproblem. Es geht darum, näher zu beschreiben, *wie* die Mitgliedstaaten einen staatsexternen, eben europäischen Träger von Hoheitsgewalt gründen und fortbilden und *inwieweit* sie sich in diese öffentliche Gewalt einordnen.<sup>55</sup> Der Gründungsakt der Union war völkerrechtlicher Natur und damit Ausdruck völkerrechtlicher Souveränität der Mitgliedstaaten.<sup>56</sup> Schnell und recht weitgehend hat das Europarecht dann seine völkerrechtlichen Wurzeln gekappt.<sup>57</sup> Vorrang und unmittelbare Anwendung des Europarechts stehen für diesen Emanzipationsvorgang.

### 3. (Ir)Reversibilität der mitgliedstaatlichen Selbstbindung

Geht damit nun ein Souveränitätsverlust der Mitgliedstaaten einher? Das hängt ganz vom Souveränitätsverständnis ab. Unabhängig davon, ob man die unionale Gewalt als gebündelte Staatsgewalt begreift oder als ein Surplus, dem die Staatsgewalt nur weicht,<sup>58</sup> jeweils lässt sich der Vorgang der verfassungs- und vertragsrechtlichen Selbstbindung der Mitgliedstaaten gerade als Ausübung ihrer Hoheitsgewalt begreifen.<sup>59</sup> Ergo läge kein Verlust vor, allenfalls eine Verdoppelung.

Einen eigenen Erklärungswert gewinnt der Souveränitätsbegriff im Kontext der europäischen Integration aber nur, wenn man ihn nicht mit öffentlicher Gewalt gleichsetzt, sondern fragt, wie Kompetenzzuweisungskompetenzen verteilt sind und wie Hoheitsaufgaben gegebenenfalls zurück-

---

<sup>55</sup> Ebenso *Grimm* Zukunft II (Fn. 16), 169, 275 ff.

<sup>56</sup> Zur völkerrechtlichen Souveränität etwa *A. Randelzhofer* HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 25 ff.

<sup>57</sup> Zum Vorgang etwa mit einer frühen Deutung *P. Badura* Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), 34 (55 ff.); aus jüngerer Zeit *K. J. Alter* Establishing the Supremacy of European Law, 2001; *A. Stone Sweet* The Judicial Construction of Europe, 2004; *Grimm* Zukunft II (Fn. 16), 105 ff.; *C. Franzius* Europäisches Verfassungsrechtsdenken, 2010, 29 ff.; *T. C. Hartley* The Foundations of European Union Law, 8. Aufl. 2014, 83 ff.; *B. de Witte* in: *P. Craig/G. de Búrca* The Evolution of EU Law, 2. Aufl. 2011, 326 ff.; freilich scheint die völkerrechtliche Ausgangslage noch im intergouvernementalen Handeln durch, das bis heute ein Medium der Integration bleibt; *F. Schorkopf* Der europäische Weg, 2. Aufl. 2015, 41 ff.

<sup>58</sup> Zum Streit über Grund und Reichweite der Autonomie des Europarechts etwa *Schorkopf* (Fn. 15), 262 ff.; *Wendel* (Fn. 17), 371 ff.; *D. Burchardt* Die Rangfrage im europäischen Normenverbund, 2015; *Huber* (Fn. 46), § 26 Rn. 34 ff.; *F. Wollenschläger* in: *H. Dreier* (Hrsg.) GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 12 ff.; *U. Hufeld* HStR X, 2012, § 215 Rn. 4 ff. jeweils mwN.

<sup>59</sup> *U. Di Fabio* Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, 90 ff.; *Möllers* (Fn. 9), 393 ff.

übertragen werden.<sup>60</sup> Man mag den dann einschlägigen Souveränitätsbegriff für ausgedünnt halten, weil er für die Alltagsvollzüge der Integration kaum Relevanz hat. Doch überflüssig ist er nicht: Großbritannien will über einen Unionsaustritt abstimmen und für Griechenland ist es seit Jahren von eminenter Bedeutung, ob es auch gegen seinen Willen zum Austritt aus der Wirtschafts- und Währungsunion gezwungen werden kann. Die damit verbundenen Rechtsfragen lassen sich weder integrationspolitisch wegwünschen noch verfassungstheoretisch wegzaubern.

Versteht man Souveränität als einen solchen Grenzbegriff, lassen sich folgende Beobachtungen formulieren: Die einzelnen Mitgliedstaaten haben in der Regel keine *rechtliche* Veto-Position, wenn es um die Ausübung auf die Union übertragener Kompetenzen geht, da im Rat das Mehrheitsprinzip greift.<sup>61</sup> Kompetenzübertragungen erfolgen formal nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 EUV) – doch in der Summe erscheint die Begrenzung reichlich unbegrenzt.<sup>62</sup> Das Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 EUV sieht zwar eine Beteiligung von Unionsorganen vor, räumt das Letztentscheidungsrecht jedoch den Mitgliedstaaten ein. Sie können ihre Kompetenzverteilungskompetenz freilich nur einhellig wahrnehmen.<sup>63</sup> Jeder Mitgliedstaat hat eine Veto-Position bei der weiteren Übertragung oder der Rückübertragung von Hoheitsrechten.<sup>64</sup> Ebenso hat jeder Mitgliedstaat eine Veto-Position bei der Aufnahme neuer Mitglieder (Art. 49 EUV).<sup>65</sup> Schließlich räumt Art. 50 EUV nunmehr ausdrücklich ein Austrittsrecht ein, das ggf. auch einseitig wahrgenommen werden kann.<sup>66</sup>

Ob und wie ein Mitgliedstaat von diesen primärrechtlich geregelten Souveränitätsrechten Gebrauch machen darf, bemisst sich dann maßgeblich

---

<sup>60</sup> *D. Grimm* in: van der Walt/Ellsworth (Hrsg.) *Constitutional Sovereignty and Social Solidarity in Europe*, 2015, 39 (43 ff.).

<sup>61</sup> Informell greifen Arrangements der Konkordanzdemokratie (siehe unten III.2. und IV.). Zudem ist die Frage, ob unionale Kompetenzen ausgeübt werden, selbst hoch politisiert, vgl. *F. Schorkopf* in: R. Hender/M. Ibler/J. Martinez (Hrsg.) *Herausforderungen an die Kompetenzordnung der EU*, 2015, 11 ff.

<sup>62</sup> *Graf Kielmansegg* (Fn. 37), 147 ff.; *H. H. Klein* AöR 139 (2014), 165 (171 ff.). Gerichtliche Kompetenzstreitigkeiten gehen selten zulasten der Union aus. Zu den seltenen Ausnahmen zählen etwa EuGH, Rs. C-376/98 – Tabakwerbung, Slg. 2000, I-8419 ff.; EuGH, Rs C-414/04 – grenzüberschreitenden Stromhandel, Slg. 2006, I-11279 ff.

<sup>63</sup> *H.-J. Cremer* in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.) *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 48 EUV Rn. 6.

<sup>64</sup> Gleiches gilt für die Wahrnehmung der Vertragsabrundungskompetenz nach Art. 352 AEUV aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses im Rat; *D. Winkler* in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, *Das Recht der EU*, Art. 352 AEUV Rn. 100 (EL 56 [2015]).

<sup>65</sup> *H.-J. Cremer* in: Calliess/Ruffert (Fn. 63), Art. 49 EUV Rn. 3 f.

<sup>66</sup> *H.-J. Cremer* in: Calliess/Ruffert (Fn. 63), Art. 50 EUV Rn. 3 ff.; *O. Dörr* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 64), Art. 50 EUV Rn. 17 ff. (EL 56 [2015]).

nach seinem Verfassungsrecht (vgl. 48 Abs. 4 S. 2 EUV). So lässt Art. 23 Abs. 1 GG einen Austritt der Bundesrepublik Deutschland nur zu, wenn das Integrationsprogramm gescheitert ist.<sup>67</sup> Selbst einer deutschen Zustimmung zu einer (in Art. 48 Abs. 2 S. 2 EUV ausdrücklich vorgesehenen) Verringerung unionaler Zuständigkeiten stünden (überwindbare) verfassungsrechtliche Hindernisse entgegen.<sup>68</sup> Zugleich sieht das Bundesverfassungsgericht im Zusammenwirken von Art. 23 Abs. 1 S. 3, Art. 79 Abs. 3 und Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG relative und absolute Grenzen für eine weitere Übertragung von Kompetenzen.<sup>69</sup>

Was bedeutet das alles nun für unsere leitende Fragestellung? Souveränität im Kontext der europäischen Integration markiert den Grenzbereich irreversibler Kompetenzübertragung. Jeder Mitgliedstaat kann sich de lege den Integrationswirkungen durch Austritt entziehen (de facto wird er einen enormen Preis dafür zahlen). Die Kompetenzverteilungskompetenz zwischen Union und Mitgliedstaaten liegt bei den Mitgliedstaaten. Da jedes Unionsmitglied ein Vetorecht hat, ist die Wahrnehmung dieser Kompetenz nur durch alle Mitgliedstaaten gemeinsam möglich. *Nur* in diesem Sinne sind die Mitgliedstaaten souverän. In diesem Sinne sind aber eben auch *nur* die Mitgliedstaaten souverän. Souveränität wird nicht geteilt – sie wird nur durch den Grundsatz der Staatengleichheit ausgestaltet. Die Ausübung der mitgliedstaatlichen Souveränität wird wesentlich im Primärrecht geregelt. Hier finden sich Austrittsbedingungen bzw. -fristen sowie Bestimmungen zum Vertragsänderungsverfahren und zur Aufnahme neuer Mitglieder, denen alle Mitgliedstaaten zugestimmt haben. Modalitäten der Wahrnehmung dieser Rechte durch die Mitgliedstaaten werden in den jeweiligen

---

<sup>67</sup> F. Wollenschläger in: H. Dreier (Hrsg.) GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 92; C. D. Classen in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 23 Rn. 7; W. Meng in: H. v. der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 50 EUV Rn. 9; W. Durner HStR X, 2012, § 216 Rn. 17; J. A. Frowein FS 50 Jahre BVerfG, 2001, 209 (212 f.); R. Streinz in: M. Sachs (Hrsg.) GG, 7. Aufl. 2014, Art. 23 Rn. 10 jeweils mwN; mit anderem Akzent („jeder Integrationsschritt freiwillig“) F. Schorkopf in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 23 Rn. 33.

<sup>68</sup> W. Durner HStR X, 2012, § 216 Rn. 16; für ein regelrechtes „Rückschrittsverbot“ D. König Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses, 2000, 293 f.

<sup>69</sup> BVerfGE 123, 267 (339 ff.); näher speziell zur Lissabon-Entscheidung kritisch die Beiträge in A. Hatje/J. P. Terhechte (Hrsg.) Grundgesetz und europäische Integration, 2010; C. Ohler AöR 135 (2010), 153 ff.; M. Ruffert DVBl. 2009, 1197 ff.; D. Grimm Der Staat 48 (2009), 475 ff.; M. Jestaedt ebenda, 497 ff.; J. E. Khushal Murkens ebenda, 517 ff.; C. Schönberger ebenda, 535 ff.; D. Thym ebenda, 559 ff.; R. Wahl ebenda, 587 ff.; D. Halberstam/C. Möllers GLJ 10 (2009), 1241 ff.; positive Rezeption bei J. Isensee ZRP 2010, 33 ff.; D. Murswiek JZ 2010, 702 ff.; K. F. Gärditz/C. Hillgruber JZ 2009, 872 ff.; F. Schorkopf EuZW 2009, 718 ff.



Verfassungen geregelt (Organzuständigkeiten, Verfahren, Limitierungen). So gesehen bildet das nationale Verfassungsrecht nur eine Teilordnung mitgliedstaatlicher Souveränitätsausübung im Prozess der europäischen Integration.

Zugleich kann das nationale Verfassungsrecht eine Souveränitätsgarantie in der Hinterhand bilden, die das Primärrecht insgesamt – und damit auch die dortigen Souveränitätsregeln – unter einen besonders qualifizierten Verfassungsvorbehalt stellt.<sup>70</sup> Manche Verfassungsordnung kennt explizit oder implizit Strukturvorgaben für die Union und Identitätssicherungen zugunsten des unional integrierten Verfassungsstaates. Einige nationale Verfassungsgerichte beanspruchen daraus abgeleitet unterschiedlich weitreichende Letztkontrollrechte. Sie können sich auf die Wahrung mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität, auf die Feststellung von Kompetenzüberschreitungen der EU (*ultra vires*) oder auf die Absicherung eines hinreichenden unionalen Grundrechtsschutzes erstrecken.<sup>71</sup> In dieser Rückfallposition wandelt sich das nationale Verfassungsrecht souveränitätstheoretisch betrachtet von der Teil- zur Letztordnung.

Wohlgemerkt: Die Mitgliedstaaten sehen unterschiedlichen Bedarf dafür, auch durch ihr nationales Integrationsverfassungsrecht Souveränitätsvorsorge zu betreiben. Die Rolle von Verfassungsgerichten bei einer integrationsverfassungsrechtlichen Souveränitätssicherung wird verschieden definiert.<sup>72</sup> Soweit Verfassungsgerichte Letztkontrollrechte für sich

---

<sup>70</sup> Art. 2 iVm Art. 7 EUV bilden dazu keine komplementäre Bestimmungen, weil sie kein Ausschlussrecht der Union gegenüber Mitgliedstaaten begründen.

<sup>71</sup> Nachweise oben Fn. 45 und 46.

<sup>72</sup> Das Bundesverfassungsgericht argumentiert: da die Kompetenzverteilungskompetenz bei den Mitgliedstaaten und nicht bei der Union liegt, kann das Letztentscheidungsrecht über die Kompetenzeinhaltung auch nicht bei einem Unionsorgan (dem EuGH) liegen (BVerfGE 126, 286 [300 ff. mwN]). Zwingend ist der Schluss nicht (vgl. schon *J. H. H. Weiler* *The Constitution of Europe*, 1999, 312 in Auseinandersetzung mit *T. Schilling* *Harvard International Law Journal* 37 [1996], 389 ff.). Das Argument gewinnt nur dann Plausibilität, wenn man den EuGH als Instanz mit einer eigenen integrationspolitischen Agenda wahrnimmt, die die Grenze zwischen Kompetenzauslegung und Kompetenzänderung verwischt. Die Spruchpraxis des EuGH bot in der Vergangenheit Anlass für eine solche Annahme – aber auch für das Gegenteil. Entscheidend dürfte für die Zukunft sein, ob der EuGH hinreichend bereit ist, Kompetenz- und Grundrechtsstreitigkeiten auch zulasten der EU zu entscheiden. Allerdings: Das Bundesverfassungsgericht legt zur Begründung weitreichender eigener Kontrollbefugnisse in Integrationsfragen zuweilen einen sehr kreativen Umgang mit dem grundgesetzlichen und prozessrechtlichen Normmaterial (vgl. die Kritik im Sondervotum Gerhardt BVerfGE 134, 366 [430]; *R. Lehner* *Der Staat* 52 (2013), 535 [543 ff.]) und damit strukturell genau die entgrenzenden Selbstermächtigungsstrategien an den Tag, denen man auf europäischer Ebene vorbauen will. Ausdeutungen verfassungsgerichtlicher Kontrollkompetenzen etwa bei *S. Simon* *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, Habil. Gießen 2015;

reklamieren, sind diese gemeinhin auf den worst case eines europäischen Systemversagens hin ausgerichtet.<sup>73</sup> Denn eine engmaschigere Kontrolle würde die einheitliche Anwendung des Europarechts und letztlich eine rechtlich gebundene Integration insgesamt in Frage stellen. Praktisch dürfte deshalb die politische Funktion verfassungsgerichtlich kontrollierter nationaler Souveränitätsvorbehalte wichtiger sein: Höchstgerichte tragen zur tatsächlichen Akzeptanz der europäischen Integration in der Bevölkerung bei – zumal in Deutschland, wo man gewohnt ist, zentrale politische Streitigkeiten auch in der Formensprache der Verfassungsgerichtsbarkeit auszutragen.

An dieser Stelle ist es Zeit für den ersten der angekündigten Perspektivwechsel: von der Souveränität als Grenzmarkierung der Kompetenzordnung zur Souveränität als Legitimationstitel oder: von der Souveränitätstheorie zur Demokratietheorie.

### **III. Demokratietheoretische Perspektive: Von der Gesamt- zur Teilordnung?**

#### *1. Europäische Legitimationsstruktur zwischen Primärrecht und mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht*

Einstiegspunkt für demokratietheoretische Überlegungen ist die gegenwärtige duale Legitimationsstruktur der Union: Dem von den Unionsbürgern in ihrer räumlichen Verteilung in den Mitgliedstaaten direkt gewählten Parlament stehen zwei aus den Regierungen der Mitgliedstaaten gebildete Organe gegenüber: Europäischer Rat und Rat nehmen an der demokratischen Legitimation der mitgliedstaatlichen Regierungen teil. Beide Legitimationsstränge kommen bei der Bildung der Kommission zusammen.<sup>74</sup>

---

*H. Sauer* Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008; *A. Voßkuhle* NVwZ 2010, 1 ff.; *F. C. Mayer* in: v. Bogdandy/Bast (Fn. 11), 559 ff. Zum Vorgehen anderer nationaler Höchstgerichte auch *M. Wendel* Der Staat 52 (2013), 339 ff.; *ders.* Int'l J. Const. Law 11 (2013) 981 ff.; *J. Komárek* Int'l J. Const. Law 12 (2014), 525 ff.; sowie die Nachw. in Fn. 46.

<sup>73</sup> Systemversagen als signifikantes und qualifiziertes Fehlverhalten aller mit der Wahrung des Rechts beauftragter Institutionen der EU im Bereich des Grundrechtsschutzes, im Schutz nationaler Identität (Art. 4 Abs. 2 EUV) oder in der Wahrung des Prinzips begrenzter Einzelermächtigung und der Kompetenzverteilungskompetenz. Beispiele für die integrationsfreundliche Handhabung der in Anspruch genommenen Prüfungskompetenz in einzelnen Sachentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: BVerfGE 102, 147 (164 ff.); 126, 286 (298 ff.).

<sup>74</sup> Die Kommission ist nicht von einer kontinuierlichen parlamentarischen Zustimmung abhängig und nimmt teils gubernative Regierungsfunktionen, teils technokratische Behör-

Blickt man insgesamt auf die demokratische Legitimation der im Nationalstaat ausgeübten öffentlichen Gewalt, bildet das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht nur eine Teilordnung.<sup>75</sup>

## 2. *Demokratiethoretisch informiertes Unbehagen und mögliche Reaktionen*

Dieses auf verfassungs- und primärrechtlicher Ebene verteilte europäische Legitimationsregime weckt immer wieder Unbehagen.<sup>76</sup> In der Folge gerät auch in den Blick, ob das legitimatorische Zusammenspiel von Verfassungsrecht und Europarecht verändert werden muss:

Durch die starke Stellung von Europäischem Rat und Rat ist das System der europäischen Politikformulierung exekutivlastig gestaltet.<sup>77</sup> Das führt zu der These, die europäische Teilordnung schlage auf die verfassungsstaatliche Teilordnung zurück: Mit Fortschreiten der Integration verlieren die mitgliedstaatlichen Parlamente an Bedeutung. Diese Entwicklung droht die institutionelle Balance im nationalen Verfassungsrecht zu verschieben.<sup>78</sup> Zahlreiche Mitgliedstaaten suchen Kompensation durch parlamentarische

---

denfunktionen wahr. Bei ihr liegt das Initiativmonopol für die europäische Gesetzgebung. Das Hauptrechtsetzungsorgan war ursprünglich der Rat. Ihm tritt inzwischen in der Regel das Europäische Parlament gleichberechtigt zur Seite. Näher im Überblick zum Organgefüge und der dualen Legitimationsstruktur etwa *J. von Achenbach* Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union, 2014; *C. Möllers* Die drei Gewalten, 2008, 172 ff.; *P. Dann* in: v. Bogdandy/Bast (Fn. 11), 335 ff.; *A. Hatje/S. v. Förster* EnzEuR I, 2014, § 10 Rn. 42 ff.; *C. Callies* in: H. M. Heinig/J. P. Terhechte (Hrsg.) Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, 77 (86 ff.); *M. Nettesheim* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 64), Art. 10 EUV Rn. 65 ff. (EL 56 [2015]).

<sup>75</sup> Dabei kann man differenzieren: Verfassungsrechtliche Regelungen zur demokratischen Rückkopplung nationaler Regierungen vermitteln europäischer Herrschaftsgewalt Legitimation, während umgekehrt das europäische Primärrecht keinen originären Beitrag zur formellen demokratischen Rechtfertigung der Staatsgewalt leistet. Für föderale Gebilde ist diese Konstellation typisch, aber nicht zwingend. Zudem kann die – gar verfassungsgebote – Mitgliedschaft in der Union wesentlich zur tatsächlichen Akzeptanz staatlicher Herrschaft beitragen. Einen Eindruck dazu vermittelt am Beispiel Ungarns *G. Konrad* Europa und die Nationalstaaten, 2013. Schließlich ist zu beachten, dass die (fehlende) demokratische Qualität unionaler Gewalt Rückwirkungen auf die demokratische Qualität staatlicher Gewalt hat, wenn europäische Rechtsakte auf der staatlichen Ebene Anwendung finden; vgl. *I. Ley* JZ 2010, 165 ff.; *C. Franzius/U. K. Preuß* Die Zukunft der europäischen Demokratie, 2012, 87 ff.

<sup>76</sup> In essayistisch-literarischer Form behandelt bei *R. Menasse* Der europäische Landbote, 2012 und *H. M. Enzensberger* Sanftes Monster Brüssel oder die Entmündigung Europas, 2011.

<sup>77</sup> *H. Bauer* in: ders./P. M. Huber/K.-P. Sommermann (Hrsg.) Demokratie in Europa, 2005, 1 (9); *M. Kaufmann* Europäische Integration und Demokratieprinzip, 1997, 485 f.

<sup>78</sup> Von dieser Sorge getragen BVerfGE 123, 267 (357 ff.).

Informations- und Beteiligungsrechte.<sup>79</sup> Doch der Arbeitsmodus der Union setzt solchen Bemühungen Grenzen.<sup>80</sup>

Ein anderer Ansatz bemängelt die Überkonstitutionalisierung der europäischen Verträge, die zu einer Dominanz „negativer Integration“ führe.<sup>81</sup> Die mit Anwendungsvorrang ausgestatteten marktbezogenen Rechte des Primärrechts begrenzen die wohlfahrtsstaatliche Politik der Mitgliedstaaten unbottmäßig.<sup>82</sup> Die ökonomische Teilordnung der Union kolonialisiert demnach die Verfassungsordnungen der Staaten. Ob die These vom Vorrang negativer Integration zutrifft, lässt sich freilich bezweifeln.<sup>83</sup> Die wettbewerbsbasierte Wirtschaftsordnung in Europa ist von den Mitgliedstaaten gewollt<sup>84</sup> und ihre Handhabung nimmt auf wohlfahrtsstaatliche Befindlichkeiten Rücksicht.<sup>85</sup>

Grundsätzlicher gerät die Kritik, wenn gesagt wird, europäische Politikkonzepte seien generell weder wählbar noch abwählbar – die europäische Teilordnung also gar nicht demokratisch beeinflussbar.<sup>86</sup> Wahlentscheidungen auf mitgliedstaatlicher Ebene wirkten sich auf die Willensbildung im Rat wegen des Mehrheitsprinzips kaum aus und im Europäischen Parlament dominiere Integrationsfreundlichkeit über Sachdifferenzen. Europäische Themen seien für nationale Wahlentscheidungen irrelevant und spielten auch bei Europawahlen nur eine untergeordnete Rolle. Hierin zeige sich, so die weit verbreitete Kritik, dass es an Trägern einer europäischen Öffentlichkeit (Parteien, Medien und Verbänden) fehle.

Das Problem lässt sich schwerlich bestreiten, doch viele Details kann man auch anders wahrnehmen: Der Rat entscheidet im Schatten des Mehrheitsprinzips gemeinhin im Konsens, so dass mitgliedstaatliche Regie-

<sup>79</sup> Auch Art. 12 EUV und die Protokolle über die Rolle nationaler Parlamente in der EU und über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität reflektieren das Problem.

<sup>80</sup> Näher etwa *F. Schorkopf* in: Bonner Kommentar GG, Art. 23 Rn. 124 ff., 238 ff.; *F. C. Mayer/M. Wendel* EnzEuR I, 2014, § 4 Rn. 141 ff.; *Grabenwarter* (Fn. 46), 149 ff.; *M. Mayer* Die Europafunktion der nationalen Parlamente in der Europäischen Union, 2012, 180 ff., 224 ff., 314 ff., 375 ff., 440 ff., 508 ff.; *C. Classen* (Fn. 46), 252 ff.; jüngst zum Problembereich auch *D. Jancic* CMLR 52 (2015), 939 ff.

<sup>81</sup> *F. Scharpf* Governing in Europe, 1999, 43 ff.; *ders.* Socio-Economic Review 8 (2010), 211 ff.; *ders.* Leviathan 43 (2015), 11 (13 ff.); *Grimm* Zukunft II (Fn. 16), 108 f., 262 ff.; *ders.* in: *Heinig/Terhechte* (Fn. 74), 105 (111 ff.); *ders.* Leviathan 43 (2015), 325 (331 ff.).

<sup>82</sup> Für die Durchsetzung der marktbezogenen Regeln seien mit Kommission und Europäischem Gerichtshof zudem Organe zuständig, die von Wahlentscheidungen nur sehr mittelbar berührt werden. Deshalb könnten die Wähler den Wohlfahrtsstaat auch nicht auf europäischer Ebene rehabilitieren; vgl. *Böckenförde* (Fn. 15), 73 ff.

<sup>83</sup> *C. Möllers* Leviathan 43 (2015), 339 ff.

<sup>84</sup> *P. Dann* in: *Bast/Rödl* (Fn. 28), 93 (99 ff.).

<sup>85</sup> Beispiele zu dieser Rücksichtnahme bei *H. M. Heinig* in: *Bast/Rödl* (Fn. 28), 31 ff.

<sup>86</sup> *Graf Kielmansegg* (Fn. 37), 65; zum Problembereich auch *I. Ley* in: *C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer* (Hrsg.) Grenzen der Europäischen Union, 2014, 197 ff.

rungswechsel durchaus europäisch relevant sind. Die Brüsseler Politik wird über europäisierte nationale Öffentlichkeiten vermittelt. Zugleich war die Wahlbeteiligung an Europawahlen trotz Personalisierung des Wahlkampfes zuletzt ernüchternd gering. Die Anteilnahme der Bevölkerung am europäischen politischen Geschehen bleibt anhaltend hinter der Wahrnehmung staatlicher Politikarenen zurück.

In Reaktion auf dieses Unbehagen mit dem europäischen Demokratie-modell werden im Wesentlichen zwei alternative Strategien diskutiert:<sup>87</sup>

Die einen verlangen, die Vermittlung demokratischer Legitimation über die Mitgliedstaaten zurückzufahren, um so die Demokratie in der Teilordnung der Union zu stärken. *Jürgen Habermas* etwa fordert eine solche „Vollparlamentarisierung“ der Union.<sup>88</sup> Die Kommission soll zu einer vom Parlament abhängigen Regierung und der Rat zu einer zweiten Kammer umgebaut werden. Alternativ oder kumulativ wird die Direktwahl des Kommissionspräsidenten diskutiert.<sup>89</sup> Demokratische Öffentlichkeit und europäische Identität entstünden im Sog einer solchen Parlamentarisierung bzw. Präsidialisierung.<sup>90</sup>

Dagegen beharren andere darauf, dass die Mitgliedstaaten in ihrer demokratischen Verfasstheit den „politischen Primärraum“<sup>91</sup> in der Union bilden,

<sup>87</sup> Ein weiterer Ansatz betont die europäische out-put-Legitimation, so *Peters* (Fn. 15), 567 ff., *Schliesky* (Fn. 43), 588 ff.; *C. Tietje* DVBl. 2003, 1081 (1092 ff.). Sie setzen damit auf ein recht anspruchloses und entformalisiertes Verständnis von Demokratie und geben den normativen Kern der Demokratie, die egalitäre Teilhabe an politischer Macht und ihre prozedurale Absicherung, auf. Für eine normative Demokratietheorie ist der Ansatz nicht zielführend.

<sup>88</sup> *Habermas* Verfassung (Fn. 43), 48 ff.; *ders.* Leviathan 42 (2014), 524 ff.; ebenso etwa *G. Lübbe-Wolff* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 246 (264).

<sup>89</sup> *P. Dann* in: *Franzius/Mayer/Neyer* (Fn. 86), 251 ff.

<sup>90</sup> Mit der Fiskalkrise sind weitere Forderungen hinzugekommen (siehe näher auch *S. Kadelbach* EuR 2013, 498 ff.; *C. Franzius* EuR 2013, 655 ff.): Die Union solle das Recht zur Besteuerung und das Parlament Budgethoheit bekommen (Forderung nach Budgethoheit etwa bei *A. K. Mangold* in: *J. van der Walt/J. Ellsworth* [Fn. 60], 165 [191]). Teile der Sozialversicherungen müssten vergemeinschaftet und die Kommission müsse zu einer vom parlamentarischen Vertrauen abhängigen Wirtschaftsregierung fortentwickelt werden – mit weitreichenden Kontroll- und Vetorechten gegenüber der Haushalts-, Wirtschafts- und Sozialpolitik der Mitgliedstaaten zwecks Harmonisierung der volkswirtschaftlichen „Philosophien“. So klärt sich nebenbei die Finalität der Integration (zu dieser Frage näher etwa *U. Haltern* in: *v. Bogdandy/Bast* [Fn. 11], 279 ff.; *C. D. Classen* EnzEuR I, 2014, § 37). Sie mündet in dem, was Skeptiker dann als Staatswerdung Europas beschreiben würden.

<sup>91</sup> BVerfGE 123, 267 (382); *Schorkopf* (Fn. 57), 135; *ders.* (Fn. 15), 302; *ders.* in: *Heinig/Terhechte* (Fn. 74), 61 (69); in der Sache ebenso, wenn auch mit unterschiedlichen Akzenten, etwa *C. Hillgruber* ebenda, 123 ff.; *Grimm* Zukunft II (Fn. 16), 153 ff.; *Volk-mann* (Fn. 12), 254 f. und öfter; *Wahl* (Fn. 15).

gerade weil die unionale Legitimation defizitär sei. Die Verfassungen der Mitgliedstaaten müssten dominante Teilordnung in der dualen Legitimationsstruktur der Union bleiben.<sup>92</sup>

Wer hat nun Recht – diejenigen, die eine dominante mitgliedstaatliche Legitimation für unverzichtbar halten oder diejenigen, die die Legitimationsleistungen des Europäischen Parlaments betonen und ausbauen wollen? Vor diese Alternative gestellt vielleicht beide – nicht. Denn die Union weist kein Demokratiedefizit auf, sondern ein *Demokratiedilemma*.<sup>93</sup> Die Arenen der mitgliedstaatlichen Demokratien unter Einschluss der nationalen Parlamente bringen keine befriedigende demokratische Politisierung Europas hervor. Andererseits sind Rückfragen an die kulturellen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen einer europäisierten Demokratie nicht von der Hand zu weisen. Weder die Stärkung europäischer Institutionen zulasten der Mitgliedstaaten noch das Vertrauen auf die europäischen Politisierungskräfte in den Mitgliedstaaten verheißen eine eindeutig positive Leistungsbilanz. Fragt man, wie auf diesen Befund reagiert werden sollte, helfen föderalismus- und kulturtheoretische Weiterungen der Perspektive. Sie erlauben zugleich einen anderen Blick auf die den Vortrag übergreifende Frage nach Gesamt- und Teilordnung.

#### **IV. Föderalismustheoretische Perspektive: Von der Gesamt- zur Teilordnung?**

Die Verfassungen der Glieder einer Föderation sind wie die Grundordnung der Föderation selbst föderalismustheoretisch betrachtet „Teilordnungen“. Die verfassungsgeschichtlich und rechtsvergleichend aufgeklärte Föderalismusforschung hat sich in den letzten Jahren als ausgesprochen produktiv erwiesen, wenn es darum geht, die Europäische Union in ihrem Verhältnis zu den Mitgliedstaaten zu vermessen.<sup>94</sup> Föderalismustheorien reflektieren

---

<sup>92</sup> Solche Skepsis gegenüber einer weiteren Stärkung des Europäischen Parlaments übersetzt das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zum Europawahlrecht oder zu integrationsfesten Staatsaufgaben in die Sprache der Verfassungsdogmatik; BVerfGE 123, 267 (328 ff.); 129, 300 (316 ff.); 135, 259 (280 ff.).

<sup>93</sup> H. M. Heinig ZG 2009, 297 (298 ff.); mit anderem Verständnis vom Dilemma (Demokratiebedarf der EU ohne Demokratiefähigkeit) P. Graf Kielmannsegg in: M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch, (Hrsg.) Europäische Integration, 2. Aufl. 2003, 46 (77); ders. (Fn. 37), 71.

<sup>94</sup> Siehe etwa G. Biaggini Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundestaat, 1996; P. Dann Parlamente im Exekutivföderalismus, 2004; C. Schönberger AöR 129 (2004), 81 ff.; ders. Unionsbürger, 2006; S. Kadelbach Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007) 8 ff.; C. Tietje Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, ebenda, 45 ff.

bislang stärker als andere Forschungsperspektiven die Prägung durch die jeweilige Verfassungsgeschichte. Man kann aus ihnen lernen, dass nicht jedes föderale Gebilde dazu drängt, sich zum unitarisierten Bundesstaat fortzuentwickeln.<sup>95</sup> Sie mahnen zur Vorsicht, die Verfassung als einheitsstiftende und gewaltmonopolisierende Ordnung primär vom (dezentralen) Einheitsstaat aus zu verstehen.<sup>96</sup> Die jüngere Föderalismusforschung widerspricht *Walter Hallsteins* Deutung, die europäischen Institutionen bildeten einen „unvollendeten Bundesstaat“.<sup>97</sup> Sie hält kühlen Abstand zu denjenigen, die den Kairos zur Gründung eines europäischen Bundesstaates jetzt beschwören.<sup>98</sup>

Für die Gestaltung einer demokratischen Institutionenordnung hat die Föderalismusforschung eine wesentliche Erkenntnis hervorgebracht. Sie lautet in Kurzform: *Europäische Politikverflechtung bedingt Exekutivföderalismus*.<sup>99</sup> *Exekutivföderalismus bedingt Konkordanzdemokratie*.<sup>100</sup> Die soziokulturelle Vielfalt der Union prägt ihre eigengeartete föderale Form – bis hin zu den Stimmgewichtungen im Rat und im Europäischen Parlament, die so keine andere föderale Ordnung kennt. Auch der Vollzug unionalen Rechts durch die Mitgliedstaaten spricht für deren intensive Beteiligung im Gesetzgebungsverfahren mittels des Rates.<sup>101</sup> Mit dem Vertrag von Lissabon ist das Europäische Parlament zudem schon in eine ausgesprochen starke Stellung im Gesetzgebungsverfahren, aber auch bei der Kreierung und Kontrolle der Kommission gerückt.<sup>102</sup> Deshalb ist aus föderalismustheoretischer Perspektive Skepsis gegenüber Forderungen angebracht, den gegenwärtigen „semi-parlamentarischen“ Föderalismus durch ein Westminster-Modell oder durch ein Bundestags-/Bundesratsmodell zu ersetzen.<sup>103</sup> Die politische

<sup>95</sup> C. Schönberger AöR 129 (2004), 81 (88 ff.); S. Oeter in: v. Bogdandy/Bast (Fn. 11), 73 ff.; O. Beaud, *Théorie de la fédération*, 2. Aufl. 2009.

<sup>96</sup> Möllers (Fn. 11), 247 ff.

<sup>97</sup> W. Hallstein *Der unvollendete Bundesstaat*, 1969.

<sup>98</sup> Siehe etwa J. Fischer *Scheitert Europa?* 2014, 137 ff.; D. Cohn-Bendit/G. Verhofstadt *Für Europa!*, 2012. Akademische Nähe zu solchen Forderungen pflegt die sog. Glienicker Gruppe, <http://www.glienickergruppe.de>. Noch weitergehend M. Koch *Das utopische Europa*, 2015, 137 ff.

<sup>99</sup> Dann (Fn. 94); ders. (Fn. 74), 343 ff.

<sup>100</sup> Oeter (Fn. 95), 112 ff. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen in der Schweiz ist zu fragen, ob Konkordanzdemokratie nicht einer direkt-demokratischen Ergänzung bedarf. Ansätze dazu nun in Art. 11 EUV.

<sup>101</sup> Siehe im Vergleich zu den USA D. Halberstam *Virginia Law Review* 90 (2004), 732 ff.

<sup>102</sup> C. Calliess *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*, 2010, 170 ff.; R. Streinz/C. Ohler/C. Herrmann *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, 3. Aufl. 2010, 63 ff.; C. Möllers/J. von Achenbach *EuR* 2011, 53 ff. (zur abgeleiteten Gesetzgebung).

<sup>103</sup> Dann (Fn. 74) 382 ff. (auch mwN zum Begriff „semi-parlamentarische Demokratie“), in der Sache ebenso Oeter (Fn. 95), 116 ff.

Inklusion heterogener Interessen und Mentalitäten in der Union könnte Schaden nehmen – mit entsprechenden Gegenreaktionen in den Mitgliedstaaten. Wie berechtigt solche Warnungen sind, lässt sich besser erfassen, wenn wir abermals die verfassungstheoretische Perspektive wechseln – zur Kulturtheorie.

## V. Kulturtheoretische Perspektive: Von der Gesamt- zur Teilordnung?

Demokratie setzt kein kulturell-ethnisch homogenes Staatsvolk voraus.<sup>104</sup> Die „no demos“-These<sup>105</sup> (Europa habe kein einheitliches Volk und sei deshalb demokratieuntauglich) können wir vernachlässigen.<sup>106</sup> Aber Demokratie im anspruchsvollen Sinne verlangt mehr als ein Ensemble von politischen Grund- und Organrechten und mehr als individuelle Betroffenenpartizipation.<sup>107</sup> Demokratie als formalisiert-egalitäre Teilhabe an politischer Herrschaft ruht auch auf der erfolgreichen Konstruktion politischer Identität auf. Kollektive Identität trägt dazu bei, dass Bürgerinnen und Bürger das Gemeinwesen als eigenes und nicht als fremdes begreifen.

Wie intensiv die „Kommunikations-, Erfahrungs- und Erinnerungsgemeinschaft“<sup>108</sup> ausfallen muss, lässt sich demokratietheoretisch kaum fassen.<sup>109</sup> Aussagekräftiger ist da die Kulturtheorie,<sup>110</sup> die drei plausible Aussagen zu treffen weiß:

- Je größer die Opfer sind, die demokratische Politik Bürgern abverlangt, desto wichtiger werden dichtere kollektive Identitäten für ihre Akzeptanz.
- Im nationalen Verfassungsrecht bilden sich politische Kollektividentitäten in zwei Varianten ab. Verfassungsrecht kann selbst zur Identitäts-

<sup>104</sup> C. Möllers *Demokratie*, 2008, 89.

<sup>105</sup> In Abgrenzung J. H. Weiler/U. Haltern/F. C. Mayer *West European Politics* 18 (1995), 4 ff.

<sup>106</sup> A. Augustin *Das Volk der Europäischen Union*, 2000; H. M. Heinig *ZG* 2009, 297 (299 f.); C. Möllers in: Heinig/Terhechte (Fn. 74), 131 (131 f.).

<sup>107</sup> U. Volkmann in: K. Hofmann/K. Naumann (Hrsg.) *Europäische Demokratie in guter Verfassung?*, 2010, 14 ff. unterscheidet treffend zwischen Form und Substanz der Demokratie.

<sup>108</sup> Graf Kielmansegg (Fn. 37), 68.

<sup>109</sup> Deshalb ist das Paradigma kollektiver Identität aber nicht belanglos, wie manche demokratietheoretische Stellungnahme zur europäischen Demokratie meint; zum Problem anschaulich *Franzius/Preuß* (Fn. 75), 41 ff., 61 ff.

<sup>110</sup> Zum Rückgriff auf Kulturtheorien in der Rechtswissenschaft näher U. Haltern *Europarecht und das Politische*, 2005, 5 ff.; Ansätze auch in P. Häberle *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1998.



stiftung beitragen.<sup>111</sup> Wir reden dann von Verfassungspatriotismus.<sup>112</sup> Verfassungen können aber auch auf anderweitig gegründete Kollektividentitäten aufbauen, z.B. dienen Revolutionen als mythopoietische Ressource mancher Nationalstaaten. Für beide Varianten gilt: Der Nationalstaat hat (auch) in seiner Entwicklung *als* Verfassungsstaat teils diffuse, aber doch starke Identitäten ausgebildet, die zur kollektiven Integration beitragen.<sup>113</sup>

- Die europäische Integration hat staatlich formatierte Identitäten transformiert, aber (bislang) nicht ersetzt. Die innereuropäische „Solidarität unter Fremden“<sup>114</sup> zehrt von den durch die europäische Integration bewusst fragmentierten Identitätsressourcen des Nationalstaates.<sup>115</sup> „Europa als solches“ hingegen, notiert der Literaturwissenschaftler *Albrecht Koschorke* in seinen Frankfurter Adorno-Vorlesungen, „verfügt über keine Helden, keine Entscheidungskämpfe, keine Tragödien, keine kommemorierten Selbstopfer großen Stils“.<sup>116</sup> Zum gegenwärtigen Flüchtlingsdrama passt dann die Einsicht, dass die Attraktivität und Identität Europas an seiner Peripherie weit ausgeprägter scheint als in seinen Zentren.

Nun wissen wir, dass die im nationalen Gedächtnis gebundenen Erfahrungen und Traditionen zu einem Gutteil auf gesellschaftlicher Konstruktion, auf Überlieferungen und Erzählungen beruhen, die man aus der Distanz als „Erfindung“ beschreiben kann.<sup>117</sup> Politiker, Wissenschaftler, Künstler, Geistliche und Pädagogen evozierten ein kollektives Nationalbewusstsein, nachdem nationalstaatliche Institutionen schon geschaffen

---

<sup>111</sup> Mit einschlägigen Differenzierungen *S. Koriath* Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, VVDStRL 62 (2002), 118 ff.; *A. v. Bogdandy* Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, ebenda, 156 ff.

<sup>112</sup> Im Überblick *J.-W. Müller* Verfassungspatriotismus, 2010.

<sup>113</sup> *M. Morlok* Soziologie der Verfassung, 2014, 44 ff.; *A. Brodacz* Die symbolische Funktion der Verfassung, 2003; *H. Vorländer* (Hrsg.) Integration durch Verfassung, 2002.

<sup>114</sup> *J. Habermas* Die postnationale Konstellation, 1998, 154.

<sup>115</sup> *H. M. Heinig* in: C. Calliess (Hrsg.) Europäische Solidarität und nationale Identität, 2013, 143 ff. *Jürgen Habermas* (*ders.* Verfassung [Fn. 43], 76 ff.) fordert deshalb einen Formwandel nationaler Bürgersolidarität. Der Einstieg in die europäische Transferunion werde eine demokratisierende Identifikation mit ihr schon nach sich ziehen. Gegen den Ansatz sprechen nicht nur identitätstheoretische Vorbehalte (siehe sogleich) – er überzeugt auch legitimationstheoretisch nicht, weil Habermas' Ansatz, Europa zur Bundesstaatswerdung demokratiethoretisch zu verpflichten, Opposition nicht erlaubt und solche nur moralisch – im Modus des Vorwurfs – verarbeiten kann. Der klassische Fall eines performativen Selbstwiderspruchs. Zum Problem auch *M. Patberg* Der Staat 53 (2014), 401 (423 f.).

<sup>116</sup> *A. Koschorke* Hegel und wir, 2015, 167.

<sup>117</sup> *E. Hobsbawm* Nationen und Nationalismus, 1991; *B. Anderson* Die Erfindung der Nation, 2. Aufl. 1996.

waren. Folglich könnte theoretisch auch eine identitätsvorgreifende „proleptische“ „Vollparlamentarisierung“ der Union ein europäisches Bewusstsein hervorbringen.<sup>118</sup>

Doch die „Erfindung von Traditionen“<sup>119</sup> lässt sich nicht beliebig vom 18. und 19. Jahrhundert in das 21. Jahrhundert übertragen. Das Scheitern des Europäischen Verfassungsvertrags legt davon beredt Zeugnis ab.<sup>120</sup> Die Teilsysteme der Gesellschaft erbringen ihre Leistungen und Funktionen im „Normalmodus“ inzwischen, ohne wie noch vor gut 200 Jahren auf personale Integration durch Symbole, Affekte und Mentalitäten angewiesen zu sein. Gesellschaftsstruktur und kulturelle Semantik können deshalb über längere Zeit inkongruent bleiben. Die politische Bedeutung der Union und das Kollektivbewusstsein der Europäer müssen nicht zusammenfallen. Top down lässt sich die Kluft momentan nicht schließen. Es fehlen dafür absehbar überzeugender Anlass, hinreichende Trägergruppen jenseits der kleinen Europa-Eliten und Institutionen mit Breitenwirkung. Solidaritätserheischende Krisen (Fiskalkrisen,<sup>121</sup> Flüchtlingskrise) lassen zwar den politischen *Bedarf* an europäischer Identität steigen. Doch der zuweilen an den Tag gelegte pathetische Gestus („scheitert der Euro, scheitert Europa“) wirkt schal. *Albrecht Koschorke* liefert dafür eine bedenkenswerte Erklärung: Wir Europäer lebten in post-heroischen Gesellschaften, ohne dass diese Gemeinsamkeit neuen Kollektivsinn stiftet. Das Zeitalter epischer Erzählformen sei zu Ende; die Erzählform der Gegenwart, in der wir uns in Europa und als Europäer selbst erklären, sei die Episode. Ein Europa der Episoden aber bleibt vielstimmig. Seine Narrative sind kleinformatig und oft widersprüchlich.<sup>122</sup> Vielleicht kommt es unter dem Eindruck innerer und äußerer Bedrohungen ganz anders. Doch bis dahin bilden die Verfassungen der Nationalstaaten identitätspolitische Ordnungen in so hohem Maße ab, dass der Begriff „Teilordnung“ dafür beinahe deplatziert wirkt.<sup>123</sup>

<sup>118</sup> So seit jeher die These bei *Jürgen Habermas*; etwa: *ders.* Die Einbeziehung des Anderen, 1999, 185 ff.

<sup>119</sup> *E. Hobsbawm/T. Ranger* The Invention of Tradition, 1992.

<sup>120</sup> *H. M. Heinig* JZ 2007, 905 ff.

<sup>121</sup> Näher aus rechtlicher Sicht *C. Calliess* Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), 113 (152 ff.); *F. Schorkopf* Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, ebenda, 183 ff.; dort auch mit Reflexionen zum Krisenbegriff.

<sup>122</sup> *Koschorke* (Fn. 116), 204 ff.; vgl. zum Fragenkreis auch *S. L. Mudge/A. Vauchez* American Journal of Sociology 118 (2012), 449 ff.; *K. Eder* European Journal of Social Theory 12 (2009), 427 ff.; *A. Rigney* New Literary History 43 (2012), 607 ff.

<sup>123</sup> Auch deshalb ist der Begriff „Verfassungsverbund“ missverständlich. Die Komponenten des Verbundes sind recht verschieden, ohne dass der Begriff dies zum Ausdruck bringen kann. Das Primärrecht erfüllt Verfassungsfunktionen, ohne mit den Verfassungen

Die Demokratietheorie kann aus den föderalismus- und kulturtheoretischen Einsichten jedenfalls lernen, dass die Legitimationsstrukturen Europas vorzugsweise evolutionär-inkrementell, nicht sprunghaft-revolutionär weiterzuentwickeln sind. Zugleich sollte man ihre Entwicklungsoffenheit nicht unterschätzen. Die Mitgliedstaaten bilden gegenwärtig eine Art politischen „Primärraum“, doch darf man diesen Status quo nicht als ontologische Notwendigkeit verstehen.<sup>124</sup> Letztlich haben die Bürgerinnen und Bürger über angemessene demokratische Legitimationsformen und -stufungen in einer föderalen Demokratie zu entscheiden.<sup>125</sup> Es gilt der Vorrang praktizierter Demokratie vor der Demokratietheorie.<sup>126</sup>

Kommen wir damit zu unserer letzten, der freiheitstheoretischen Perspektive.

---

im Nationalstaat vergleichbare Imaginationen des Politischen zu erzeugen; vgl. *H. M. Heinig* Philosophische Rundschau 52 (2005), 191 (205 ff.); *ders.* JZ 2008, 905 ff. (ohne dieses Problembewusstsein noch *ders.* Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, 409 ff.); *Haltern* (Fn. 90); Nachw. zu weiterer Kritik am Konzept des Verfassungsbunds oben Fn. 24.

<sup>124</sup> Harsche Kritik etwa bei *C. Schönberger* Der Staat 48 (2009), 535 ff.; *D. Halberstam/C. Möllers* GLJ 10 (2009), 1241 ff.

<sup>125</sup> *C. Möllers* FS Wahl, 2011, 759 ff. Deshalb ist Vorsicht geboten, die skizzierten kulturwissenschaftlichen Einsichten vorschnell in Rechtsdogmatik zu übersetzen. Ein direkter Rückgriff auf sie z.B. für Rechtsfragen der „nationalen Identität“ nach Art. 4 Abs. 2 EUV und „Verfassungsidentität“ im Sinne des Integrationsverfassungsrechts der Mitgliedstaaten ist methodisch nicht gangbar. Zu diesen Fragenkreisen etwa *A. v. Bodgandy/S. Schill* ZaöRV 70 (2010), 701 ff.; *I. Pernice* AöR 136 (2011), 185 ff.; *C. Schönberger* JöR n.F. 63 (2015), 41 ff.; *O. Lepsius* ebenda, 63 ff.; *D. Rousseau* ebenda, 91 ff.; *M. Goldhammer* ebenda 105 ff.; *C. Walter/M. Vordermayer* ebenda, 129 ff.; *A. Ingold* AöR 140 (2015), 1 ff.

<sup>126</sup> In Anlehnung an *R. Rorty* Solidarität und Objektivität, 1987, 82 ff. („Vorrang der Demokratie vor der Philosophie“). Die verfassungsrechtliche Folgefrage ist dann, in welchen Verfahren der demokratische Wille ermittelt wird: Dem Ansatz des BVerfG (E 123, 267 [332, 349]), dass ein Integrationsgesetz nach Art. 23 Abs. 1 GG keine hinreichende Legitimation zur Gründung eines europäischen Bundesstaates vermittelt und stattdessen Art. 146 GG zu aktivieren wäre, lassen sich möglicherweise verfassungsdogmatische (siehe Nachw. in Fn. 69), keineswegs aber zwingende demokratietheoretische Gründe entgegenhalten; zum Problem auch *H. Dreier* Gilt das Grundgesetz ewig?, 2009, 95 ff.; *M. Nettesheim* Der Staat 51 (2012), 313 ff.; *M. Jestaedt* Der Staat 48 (2009), 497 (505 ff.); *Grimm* Zukunft II (Fn. 16), 171; *Volkman* (Fn. 12), 339 ff.

## VI. Freiheitstheoretische Perspektive: Von der Gesamt- zur Teilordnung?

### 1. Freiheitsschutz in Teilverfassungen

Freiheitstheoretisch lässt sich wohl die stärkste Konturierung der Verfassung im Nationalstaat als „bloße“ Teilordnung vornehmen.<sup>127</sup> Dann ist über die komplexen Verwebungen von staatlichem, unionalem und konventionsrechtlichem Grundrechtsschutz zu sprechen,<sup>128</sup> über den europäisierten diskriminierungsrechtlichen Schutz von Freiheit in Vielfalt und seine Spannungen zur Privatautonomie,<sup>129</sup> über Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Modus der Verrechtlichung von Politik durch Verfassungsrecht und Primärrecht,<sup>130</sup> über nationale Rechtsstaatskonzepte und den Wandel der europäischen Rechtsgemeinschaft infolge ihrer Politisierung.<sup>131</sup> Auf allen diesen Feldern zeigt sich anschaulich, dass das nationale Verfassungsrecht eine Art Teilordnung bildet. Welchen Charakter der segmentäre Konstitutionalismus gewinnt, zeichnet sich noch nicht immer klar ab. Aus der Fülle diskussionswürdiger Aspekte will ich einen herausheben, der erlaubt, noch einmal nach der Leistungsfähigkeit verfassungsppluralistischer Deutungsmuster zu fragen.

---

<sup>127</sup> Freiheitstheorie wird hier im engeren Sinne verstanden, der die Demokratietheorie zur Seite steht. Individuelle Selbstbestimmung und kollektive Selbstregierung bilden zwei Dimensionen personaler Autonomie.

<sup>128</sup> Gemäß den Vorabsprachen mit dem Vorstand der Vereinigung bleiben Rechtsfragen der EMRK und seine Einwirkungen auf das nationale Verfassungsrecht im Folgenden ausgespart. Vgl. zum Themenkomplex etwa C. Grabenwarter Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2000), 290 ff.; S. Oeter Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), 361 ff.; F. Merli Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, ebenda, 392 ff.; O. Dörr/R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.) Konkordanzkommentar EMRK/GG, 2. Aufl. 2013.

<sup>129</sup> M. Jestaedt Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), 298 ff.; G. Britz Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, ebenda, 355 ff.

<sup>130</sup> Möllers (Fn. 11), 234 ff., 250 ff.

<sup>131</sup> A. v. Bogdandy in: v. Bogdandy/Bast (Fn. 11), 13 (36 ff.); Schorkopf (Fn. 57), 119 ff.; ob die Politisierung der Union zu einer Rechtskrise führt, wird für den Bereich der Währungs- und Fiskalpolitik intensiv diskutiert, vgl. etwa mit sehr unterschiedlichen Analysen M. Rodi JZ 2015, 737 ff.; T. M. Möllers/F.-C. Zeitler (Hrsg.) Europa als Rechtsgemeinschaft – Währungsunion und Schuldenkrise, 2013; S. Kadelbach EuR 2013, 489 ff.; P. Kirchhof NJW 2013, 1 ff.; T. Oppermann NJW 2013, 6 ff.; M. Nettesheim NJW 2012, 1409 ff. Der Umgang mit Flüchtlingen in den Mitgliedstaaten wurde bis zum Herbst 2015 nicht in vergleichbare Weise als Rechtskrise begriffen. Die Kommission hat inzwischen zahlreiche Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet und in Deutschland wurde ab dem Winter 2015 intensiver darüber diskutiert, welche verfassungs- und migrationspolitischen Spielräume bestehen. Siehe etwa die Debatten unter [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).

## 2. Kohärenzlücken im Grundrechtsschutz?

Nationales Verfassungsrecht und Europarecht werden zuweilen als Teile eines sich wechselseitig stabilisierenden „Grundrechtsverbundes“<sup>132</sup> beschrieben. Grundlegende Differenzen in den materiellen Freiheitskonzeptionen sind in der Tat nicht (mehr) erkennbar. Das Europarecht hat das Menschenbild des homo oeconomicus, so es ihm je zugrunde lag, inzwischen weit hinter sich gelassen.<sup>133</sup> In den dogmatischen Details des Grundrechtsschutzes bestehen dagegen zwischen Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht erhebliche Unterschiede; die Ausbildung einer konturierter unionalen Grundrechtsdogmatik steht noch aus.<sup>134</sup>

Die grundrechtlichen Teilordnungen lassen sich nicht einfach nach Adressaten systematisieren. Neben der Union sind auch die Mitgliedstaaten in bestimmten Fallkonstellationen an unionale Grundrechte gebunden. Unionsgrundrechte treten dann an die Stelle oder neben Grundrechtsbindungen aus dem nationalen Verfassungsrecht. Dieses Nebeneinander von verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Grundrechtsregimen gestaltet sich von Konstellation zu Konstellation unterschiedlich. Man differenziert zwischen Einwirkungen des nationalen Verfassungsrechts auf Deutung und Anwendung primärrechtlicher Freiheiten,<sup>135</sup> Bindungen der Mitgliedstaaten an EU-Grundrechte bei der Einschränkung von unionalen Grundfreiheiten,<sup>136</sup> Bindungen an nationale Grundrechte durch aus Mit-

---

<sup>132</sup> Der Begriff „Grundrechtsverbund“ etwa bei *K.-P. Sommermann* in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.) *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* Bd. 1, 2004, § 16 Rn. 22; *T. Kingreen* *EuR* 2010, 338 (352 ff.); *M. Wendel* *EuZW* 2012, 213 ff.; *J. P. Terhechte* in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 67), Art. 52 GRC Rn. 13; *D. Thym* *JZ* 2015, 53 (56 ff.).

<sup>133</sup> Sogar das schillernde Konzept der Menschenwürde mit seinen eigenwilligen Spannungen (Autonomiegarantie, Schutzgebot, Verfassungsverrechtlichung ethischer Streitfragen) wurde europäisiert; *M. Breuer* *EnzEuR* II, 2014, § 7 Rn. 5 ff. Auch die für die Verfassungslehre der frühen Bundesrepublik prägende Werterhetorik ist in das Primärrecht aufgenommen worden; *C. Calliess* *JZ* 2004, 1033 ff.; *Schorkopf* (Fn. 57), 47 ff.

<sup>134</sup> *U. Di Fabio* in: H. Löwer (Hrsg.) *Bonner Gespräch zum Energierecht*, 2006, 9 (11, 15); *C. Calliess* *JRP* 2015, 17 (18 f.); *W. Kahl* *AöR* 131 (2006), 579 (587 ff.); im Einzelnen etwa *K. F. Gärditz* *EnzEuR* II, 2014, § 4; *M. Cornils* ebenda § 5; *J. P. Terhechte* in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 67), Vorb. GRC Rn. 20.; für den Gesetzesvorbehalt *B. Fassbender* *NVwZ* 2010, 1049 ff.

<sup>135</sup> *EuGH* Rs. C-36/02 – Omega, Slg. 2004, I-9609 ff.; *EuGH* Rs. C-208/09 – Sayn-Wittgenstein, Slg. 2010, I-13693 ff.; *T. v. Danwitz* *EnzEuR* II, 2014, § 6 Rn. 33.

<sup>136</sup> *EuGH*, Rs. C-260/89 – ERT, Slg. 1991, I-2925 ff.; *EuGH* Rs. C-390/12 – Pflieger, *EuZW* 2014, 597 ff.; zum Problem *P. M. Huber* *EuR* 2008, 190 (194 f.); *A. v. Bogdandy* u.a. *ZaöRV* 2012, 45 (56 f.); *F. Wollenschläger* *EuZW* 2014, 577 (580); *T. Kingreen* in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 63), Art. 51 GrCh Rn. 13 ff.; *W. Frenz* *DVBl.* 2015, 741 ff.

gliedstaaten entsandte Organwähler in Unionsorganen,<sup>137</sup> Bindungen bei der Anwendung von Verordnungen durch Mitgliedstaaten, Bindungen bei der gesetzgeberischen Umsetzung von Richtlinien bezüglich zwingender Vorgaben bzw. bei der Ausnutzung politischer Spielräume, Bindungen bei der Anwendung von mitgliedstaatlichem Recht, das auf Richtlinien beruht.<sup>138</sup> Viele Details sind umstritten. Besonders die Regelungen in Art. 51 und Art. 53 GrCh geraten dabei in den Blick.

Im Hintergrund steht auch ein institutionelles Spannungsverhältnis: Der EuGH legt seiner Rechtsprechung ein extensives Verständnis von Art. 51 GrCh zugrunde.<sup>139</sup> Art. 53 GrCh wird so verstanden, dass höhere mitgliedstaatliche Schutzstandards kumulativ zu Unionsgrundrechten zur Anwendung kommen können, soweit Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigt werden (konditionierter Parallelitätsansatz).<sup>140</sup> Dagegen hat das Bundesverfassungsgericht den Grundrechtsschutz des Grundgesetzes in europarechtlich geprägten Konstellationen weitgehend zurückgefahren,<sup>141</sup> der extensiven Lesart des Euro-

<sup>137</sup> *Grimm* Zukunft II (Fn. 16), 102 ff.

<sup>138</sup> *T. v. Danwitz* EnzEuR II, 2014, § 6 Rn. 29 ff.; *J. Masing* JZ 2015, 477 ff.; *C. Calliess* JRP 2015, 17 ff.; *T. Kingreen* JZ 2013, 801 ff.; *F. Kirchhof* NVwZ 2014, 1537 ff.; *R. Scholz* DVBl. 2014, 197 ff.; *D. Thym* NVwZ 2013, 889 ff.; *E. M. Frenzel* Der Staat 53 (2014), 1 ff.; *H. D. Jarass* GRCh, 2. Aufl. 2013, Art. 51 Rn. 16 ff.; *N. Matz-Lück* EuGRZ 2011, 207 ff.; *J. P. Terhechte* in: v. der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 67), Art. 51 GRC Rn. 10 ff.; *M. Bäcker* EuR 2015, 389 ff.; *T. Kingreen* JZ 2013, 801 ff.; weitere grundrechtsrelevante Konstellationen betreffen die Einwirkungen des Unionsrechts auf Grundrechte nach dem Grundgesetz (Deutschengrundrechte und Unionsbürgerschaft bzw. europarechtliches Diskriminierungsverbot; Inländerdiskriminierung und Art. 3 Abs. 1 GG); hierzu etwa BVerfGE 129, 78 (94 ff.); *H. Dreier* in: ders. (Hrsg.) GG Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 115 f.; *Grabenwarter* (Fn. 46), 163 ff. mwN; schließlich hinterlässt die europäische Integration auch im Text der grundgesetzlichen Grundrechte Spuren, vgl. Art. 12 Abs. 4 S. 2, Art. 16 Abs. 2 S. 2, Art. 16a Abs. 2 und 5, Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG.

<sup>139</sup> EuGH, Rs. C-617/10 – Akerberg Fransson, NJW 2013, 1415 ff.; nur in Ansätzen eingrenzend die Nachfolgeentscheidungen aus jüngerer Zeit: EuGH Rs. C-112/13 und Rs. C-206/13 – Siragusa, NVwZ 2014, 575 ff.; EuGH, Rs. C-198/13 – Hernández, EuZW 2014, 795 ff.; Leitentscheidungen zur Geltung von EU-Grundrechten bei der „Durchführung“ von Unionsrecht aus der Zeit vor Inkrafttreten der GRCh: EuGH, Rs. 5/88 – Wachauf, Slg. 1989, 2609; EuGH, Rs. C-260/89 – ERT, Slg. 1991, I-2925 ff.; EuGH, Rs. C-292/97 – Karlsson, Slg. 2000, I-2737 ff.

<sup>140</sup> EuGH Rs. C-399/11 – Melloni, NJW 2013, 1215 Rn. 60; für eine extensive Handhabung dieser parallelen Anwendung *J. Griebel* Der Staat 52 (2013), 371 (386 ff.); zu unterschiedlichen Strategien im Umgang mit der parallelen Anwendung (und dem Einfluss des Gesetzgebers) *K. Lenaerts* EuGRZ 2015, 353 (357 ff.).

<sup>141</sup> Etwa BVerfGE 73, 339 ff.; 102, 147 ff.; 113, 273 ff.; 118, 79 (95 ff.); 126, 286 ff.; BVerfG, NVwZ 2007, 942 ff.; *S. Schmahl* in: A. Hatje/M. Nettesheim (Hrsg.) Grundrechtsschutz im Dreieck von nationalem, europäischem und internationalem Recht, 2009, 7 (13 ff.). Ausgerechnet dafür Kritik am BVerfG bei *C. Schönberger* JöR n.F. 63 (2015), 41

päischen Gerichtshofs von Art. 51 GrCh aber deutlich widersprochen.<sup>142</sup> Das Bundesverfassungsgericht neigt zudem zu der Auffassung, dass Unionsgrundrechte nicht die legislative Umsetzung von Richtlinien steuern, wenn es um die Nutzung von politischen Spielräumen durch die Mitgliedstaaten geht.<sup>143</sup> Eine Doppelbindung deutscher Hoheitsgewalt durch GrCh und Grundgesetz sucht das Gericht zu vermeiden (Trennungsansatz).<sup>144</sup> Andere Verfassungsgerichte verfolgen eine abweichende Strategie und versuchen über das Vorlageverfahren ihrerseits Einfluss auf die Grundrechtsrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu nehmen.<sup>145</sup> Sie passen sich auf diese Weise dem vom Europäischen Gerichtshof aktivierten unitarisierenden Druck der Grundrechtecharta an.

In der wissenschaftlichen Beobachtung judikativer Konflikte könnte man sich darauf zurückziehen, Eigenarten höchstgerichtlicher Spruchkörper zu beschreiben. Dazu gehören Selbstermächtigungsstrategien zur Verfolgung institutioneller Eigeninteressen und politische Rücksichtnahmen bei der Anwendung des Rechts.<sup>146</sup> Der Europäische Gerichtshof nimmt ebenso wie mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte an der durch Verfassungs- und Primärrecht bewirkten „strukturellen Koppelung“<sup>147</sup> von Rechtssystem und politischem System teil. Sie agieren in den Handlungs-

---

(60 f.), was zur sonstigen Grundlinie nur passt, wenn die Kritik an Karlsruhe zum Selbstzweck wird. Ein neuer Ansatz zum Grundrechtsschutz im Gewande der Identitätskontrolle nun in BVerfG, EuGRZ 2016, 33 ff.

<sup>142</sup> BVerfGE 133, 277 (315 f.).

<sup>143</sup> BVerfGE 118, 79 (95 ff.); 129, 78 (90 f.); 129, 168 (201 ff.). Zum Problem *T. v. Danwitz* EnzEuR II, 2014, § 6 Rn. 39; *C. Calliess* JZ 2009, 113 (118); *A. v. Bogdady u.a.* ZaöRV 72 (2012), 45 (55); *C. Franzius* EuGRZ 2015, 139 (140 ff.); *N. Matz* in: dies./M. Hong (Hrsg.) Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem, 2012, 161 (188 ff.); *T. Kingreen* JZ 2013, 801 (802 f.).

<sup>144</sup> BVerfGE 133, 277 (314 ff.); 118, 79 (95 ff.); *G. Britz* EuGRZ 2015, 275 ff.; *U. Hufeld/H. Rathke* in: P.-C. Müller-Graff/J. Schwarze (Hrsg.) XXV. FIDE-Kongress, 2013, 7 ff.; ausgeschlossen sind sie nicht, wie *J. Masing* JZ 2015, 477 ff. feststellt. Wesentliches Instrument für den Trennungsansatz ist die über Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verfassungsgerichtlich kontrollierte Pflicht der Fachgerichtsbarkeit zur Vorlage beim EuGH nach Art. 267 AEUV, um die Frage zu klären, ob ein Umsetzungsspielraum besteht und ggf. Unionsgrundrechte verletzt sind; vgl. BVerfGE 129, 78 (90 ff.); 129, 186 (201 ff.).

<sup>145</sup> So der irische High Court und der österreichische VerfGH in Fragen der Vorratsdatenspeicherung EuGH Rs. C-293/12 und C-594/12, ABl EU 2012, Nr C 258, 11 ff., das spanische Verfassungsgericht in EuGH Rs. C-399/11 – Melloni, NJW 2013, 1215 ff., der französische Conseil constitutionnel in EuGH Rs. C-168/13 – PPU., EuGRZ 2013, 417 ff.

<sup>146</sup> *M. Höreth* in: R. C. van Ooyen/M. H. W. Möllers (Hrsg.) Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. 2015, 875 ff.; *ders.* Die Selbstautorisierung des Agenten, 2008.

<sup>147</sup> *N. Luhmann* Rechtshistorisches Journal 9 (1990), 176 ff.; *ders.* Das Recht der Gesellschaft, 1993, 470 ff.

formen des Rechts und doch ergibt ihr Verhalten zuweilen politisch mehr Sinn als rechtlich.<sup>148</sup>

Doch die freiheitstheoretische Perspektive auf das Recht erlaubt auch normative Wertungen: Dann wäre zu überlegen, ob die im Zusammenspiel von Verfassungsrecht im Nationalstaat und Primärrecht intendierte Kooperationsordnung durch eine hinreichende, Rechtssicherheit gewährleistende Konfliktordnung mit klärenden Hierarchie- und Kompetenzregeln unterfangen ist. Ein überlagernder bzw. konkurrierender Grundrechtsschutz wirkt sich nicht automatisch positiv auf den Freiheitsgrad der Bürgerinnen und Bürger aus. Wenn verschiedene Prüfungsmaßstäbe in einem Fall konkurrieren bzw. sich überlagern und sich hierdurch gerichtliche Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten verwischen, können die Fähigkeit zur demokratischen Politikformulierung und der effektive Freiheitsschutz gleichermaßen Schaden nehmen. Der Grundrechtsschutz verliert zudem bei den Bürgerinnen und Bürgern an Anschaulichkeit. Relativ klare Kompetenz- und Zuständigkeitsregeln bilden einen wesentlichen Baustein des Ordnungskonzepts Verfassung, damit diese Politik effektiv verrechtlichen kann.<sup>149</sup> Die gegenwärtige Gemengelage im institutionellen Grundrechtsschutz in Deutschland, das Nebeneinander von konditionierter Parallelanwendung und Trennungsansatz erscheint aus freiheitstheoretischer Perspektive deshalb nicht unproblematisch.<sup>150</sup> Eine Rechtsprechungskonkurrenz zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Höchstgerichten mag faktisch wie eine inner-judikative Gewaltenkontrolle wirken,<sup>151</sup> doch droht sie auch Rechtssicherheitsverluste mit sich zu bringen. Politische und institutionelle Rücksichtnahmen zwischen den Gerichten dienen als prak-

---

<sup>148</sup> Diese Einsicht wäre dann auch fruchtbar zu machen, wenn man die Rechtsprechung zu Maßnahmen der Stabilisierung des Euro-Währungsraums bewertet (vgl. Nachw. in Fn. 131). Doppelstandards sind zu vermeiden. Jedenfalls wäre eigens zu begründen, warum man den Europäischen Gerichtshof für eine Praxis (der Selbstermächtigung und der politischen Rücksichtnahme) kritisiert, die man dem Bundesverfassungsgericht in anderen Fallkonstellationen nachsieht (oder an der man als Richter selbst mitgewirkt hat).

<sup>149</sup> Dahingehende Kritik am Verbundmodell bei *M. Jestaedt* HStR XII, 2014, § 264 Rn. 39 auf normtheoretischer Grundlage. Zur Tendenz in der deutschen Rechtswissenschaft, Verfahrens-, Organisations- und Kompetenzfragen zu vernachlässigen *O. Lepsius* in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hrsg.) *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, 53 (62).

<sup>150</sup> Es werden verschiedene Ansätze diskutiert, das gegenwärtige Spannungsverhältnis aufzulösen; vgl. *D. Thym* JZ 2015, 53 ff.; *J. Masing* JZ 2015, 477 ff.; *C. Franzius* EuGRZ 2015, 139 ff.; *G. Britz* EuGRZ 2015, 275 ff.; *M. Bäcker* EuR 2015, 389 ff.; *J. Griebel* Der Staat 52 (2013), 371 ff. jeweils mwN.

<sup>151</sup> So *F. Merli* Rechtsprechungskonkurrenz (Fn. 128), 392 (418); *O. Lepsius* in: *J. Masing* u.a. (Hrsg.) *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, 2015, 45 (48).



tischer Koordinationsmechanismus,<sup>152</sup> doch freiheitstheoretisch bleiben Leerstellen, wenn die Bürgerinnen und Bürger auf den guten Willen konkurrierender Höchstgerichte vertrauen müssen, deren Grundrechtsdogmatiken zudem divergieren.<sup>153</sup> Das Problem ist nicht einfach zu lösen. Die rechtstechnische Integrationslogik spricht für eine starke Unitarisierung des Grundrechtsschutzes in der EU.<sup>154</sup> Demokratie- und kulturtheoretisch gibt es aber nach dem oben Gesagten auch gewichtige Gegengründe, weil Grundrechte einen engen Bezug zur demokratischen Identität der Mitgliedstaaten aufweisen und die Grundrechtecharta, anders als die EMRK, nicht nur einen Mindeststandard garantieren will.

Die Kooperation von Europäischem Gerichtshof und mitgliedstaatlichen Höchstgerichten in Grundrechtsfragen beruht letztlich auf einem in der Latenz gehaltenen Hierarchiekonflikt zwischen Europa- und Verfassungsrecht.<sup>155</sup> Die Kooperation der Gerichte im „Verfassungsgerichtsverbund“<sup>156</sup> ist primär eine politische Lösung,<sup>157</sup> deren rechtsdogmatische Absicherung ins Belieben der handelnden Akteure gestellt ist. Solche von politischen Rücksichtnahmen geprägte Kollisionsarrangements spiegeln wieder, dass der latente Hierarchiekonflikt selbst politischer Natur ist. Politisch jedoch ist die Ambivalenz in der Normenhierarchie (zwischen unbedingtem Vorrang des Europarechts und bedingtem Letztkontrollrecht auf Ebene des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts) von den meisten Mitgliedstaaten gewünscht, jedenfalls wird sie seit jeher hingenommen.<sup>158</sup> Diese Ambiguitätstoleranz der Mitgliedstaaten bildet sich auch in den Diskrepanzen zwischen mitgliedstaatlichem Integrationsverfassungsrecht und der europarechtlich vorherrschender Autonomiekonzeption ab.<sup>159</sup> Rechtswissenschaft-

---

<sup>152</sup> S. Oeter Rechtsprechungskonkurrenz (Fn. 128), 361 (381 ff.); zu Praxis und Theorie M. Wendel Der Staat 52 (2013), 339 ff.; A. Torres Pérez Conflicts of Rights in the European Union, 2009, 108 ff.

<sup>153</sup> Das Problem verschärft sich noch, nachdem der Beitritt der EU zur EMRK einstweilen am Widerstand des EuGH gescheitert ist; vgl. EuGH, Gutachten 2/2014 vom 18. Dezember 2014.

<sup>154</sup> C. Franzius EuGRZ 2015, 139 ff.; D. Thym JZ 2015, 53 ff.

<sup>155</sup> Rainer Wahl spricht von einer labilen Schwebelage, ders. in: P. M. Huber (Hrsg.) Der Vertrag von Lissabon und das nationale Verfassungsrecht, 2013, 85 (88 ff.); ders. Der Staat 48 (2009), 587 ff.

<sup>156</sup> A. Voßkuhle NVwZ 2010, 1 ff.

<sup>157</sup> Zum Problem aus Sicht des BVerfG auch F. Kirchhof EuR 2014, 267 ff.; aus Sicht des EuGH K. Lenaerts EuR 2015, 3 ff.

<sup>158</sup> K. Mangold Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, 2011, 31 ff.

<sup>159</sup> Der Konflikt lässt sich auch nicht einfach durch Verweis auf die Erklärung Nr. 17 zum Vertrag von Lissabon stillstellen (so C. Schönberger JöR n.F. 63 [2015], 41 [52]; Wendel [Fn. 17], 582). Dem Einwand begegnet die staatsrechtliche Lesart mit dem Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Erklärung und auf die bewusste Gestaltung des mitglied-

liche Bestrebungen, diese Spannungslagen aufzulösen, führen notwendig in Aporien oder Paradoxien. Die verfassungspluralistische Beschreibung der Rechtsebenen meidet diese Konsequenz,<sup>160</sup> verzichtet dafür aber in der Regel auf eine wertende (ggf. auch kritische) Perspektive auf die aus faktischen Zwängen resultierenden Kollisionsarrangements.<sup>161</sup>

## VII. Ausblick

„Alle prägnanten Begriffe des Verfassungsrechts sind politische Konfliktbegriffe, die in einem historischen Resonanzraum stehen“, hieß es oben. Die Rechtswissenschaft ist als anwendungsorientierte Wissenschaft in die Konfliktgeschichten verstrickt.<sup>162</sup> Begriffe wie der „Staatenverbund“ oder der „Verfassungsverbund“<sup>163</sup> waren in den letzten beiden Dekaden auch deshalb so erfolgreich, weil sie verfassungs- und europapolitisch imprägniert sind. Sie markieren wissenschaftssoziologisch betrachtet konkurrierende Denk- und Überzeugungsgemeinschaften, die latente Institutionenkonflikte fortsetzen (oder vorwegnehmen).<sup>164</sup> Doch die Rechtswissenschaft hat auch zur Aufgabe, sich immer wieder Distanzen zur eigenen

---

staatlichen Integrationsverfassungsrechts, das keinen unconditionierten Vorrang des Europarechts gegenüber dem Verfassungsrecht zulasse – vgl. etwa *P. M. Huber* (Fn. 46), 420 f.; *U. Hufeld* HStR X, 2012, § 215 Rn. 1 ff. – und so machen alle Seiten für ihre Sicht mehr oder weniger gute Gründe geltend.

<sup>160</sup> Etwa *M. Wendel* Der Staat 52 (2013), 339 ff.; *L. Viellechner* ZaöRV 75 (2015), 231 ff. im Anschluss an *ders.* Der Staat 51 (2012), 559 ff.; *S. Unger* DVBl. 2015, 1069 ff., siehe auch Nachw. in Fn. 25.

<sup>161</sup> Als Instrument zur Beschreibung von Aporien kollidierender Letztentscheidungsansprüche kann der Verfassungspluralismus hilfreich sein. Wird er hingegen auch als normatives Korrektiv eingesetzt, wie bei *F. C. Mayer* Verfassung (Fn. 25) mit dem Modell des „kooperativen Verfassungspluralismus“, ist auch Skepsis angebracht: Das Modell kann Rechtsfunktionsstörungen (Rechtssicherheitsverluste, Fehlordnungsleistungen) nicht adäquat erfassen. Bei der Bewertung von Kooperationsanstrengungen des EuGH und des Bundesverfassungsgerichts scheint zuweilen zweierlei Maß angelegt zu werden. Als Maßstab zur „Optimierung“ von Kollisionsarrangements kann der Verfassungspluralismus nur die Integrationsoptimierung benennen – hinter dem „Verfassungspluralismus“ scheint dann eine unitarisierende Agenda durch, die zu den theoretischen Prämissen in Widerspruch steht. Er läuft zudem Gefahr, Dilemmata gleichsam zu moralisieren (Forderung gerichtlichen Wohlverhaltens), weil rechtliche Maßstäbe fehlen.

<sup>162</sup> In terminologischer Anlehnung an *W. Schapp* In Geschichten verstrickt, 5. Aufl. 2012.

<sup>163</sup> Nachweise in Fn. 1, 2 und 17.

<sup>164</sup> Symptomatisch *K. Lenaerts* EuR 2015, 3 Fn. 1, in der der Autor Verfassungsverbund und Staatenverbund als Kontrastbegriffe verwendet, um sich ostentativ vom Bundesverfassungsgericht abzugrenzen.

Vorgeschichte zu erarbeiten und aus dem langen Schatten herkömmlicher Konfliktkonstellationen (in diesem Fall die um den Vertrag von Maastricht) herauszutreten.

Für unsere Fragestellung „Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?“ bedeutet Distanzgewinn, falsche Alternativen zu vermeiden. Methodisch vertretbar lässt sich keine eindeutige Antwort auf die titelgebende „von ... zu“-Frage geben. Als holistisches Konzept verstanden zeichnet sich das Gesamt-/Teilordnungsschema durch starke implizite Normativitäten aus, die die Begriffe „Verfassung“, „Gesamtordnung“ und „Teilordnung“ in problematischer Weise aufladen. Es bietet keine Tiefenschärfe. Es bildet aber auch keine „absolute Metaphern“ aus,<sup>165</sup> also die Anschauung eigentlich unanschaulicher Ideen, wie Würde oder Freiheit. Die Unterscheidung zwischen dem Ganzen und seinen Teilen bringt für die Betrachtung der europäischen Integration nur dann einen verfassungstheoretischen Erkenntnisgewinn, wenn sie als Analyse-schemata mit Binnendifferenzierungen angewandt wird. So kann sie dazu beitragen, ein unretuschiertes Bild von der zerklüfteten Gegenwarts-lage der Integration zu erzeugen. Mehr muss und mehr kann die Wissenschaft vom öffentlichen Recht redlicherweise nicht leisten.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> H. Blumenberg *Paradigmen einer Metaphorologie*, 1997.

<sup>166</sup> Wenn für kollidierende Letztentscheidungsansprüche kein übergreifender rechtlicher Maßstab erkennbar ist. Innerhalb der konkurrierenden Rechtsordnungen kann die Rechtswissenschaft auch ihre systematisierenden Ordnungsleistungen entfalten und zur Dogmatik des Verfassungs- oder des Europarechts beitragen.

*Leitsätze des 2. Referenten über:*

## **Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?**

### *I. Hinführung*

#### *1. Weichenstellung I: Konkretisierungen des Themas*

##### *a) Auf der Suche nach einer dem Gegenstand angemessenen Semantik*

*(1) Für die Einheit der Differenz von mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht und europäischem Primärrecht hat die Rechtswissenschaft bislang keine gleichermaßen eingängige und passgenaue Semantik ausgebildet.*

##### *b) Verlust eines distinkten Verfassungsbegriffs*

*(2) Im Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten verdichten sich verschiedene Strategien der politisch-kulturellen Konflikteinhegungen, divergente historische Tiefenimprägungen, abweichende politische Theorietraditionen und eine unterschiedliche Wertschätzung von Dogmatik. Zudem ist der Rechtswissenschaft ein distinkter Verfassungsbegriff abhanden gekommen.*

*(3) Um überhaupt noch sinnvoll von „Verfassung“ und „Verfassungsrecht“ sprechen zu können, müssen wir die Begriffe kontextualisieren und re-spezifizieren. Im Kontext unserer Tagung sind dann die Verfassungen der Mitgliedstaaten in der Europäischen Union Gegenstand des Vortrags.*

*(4) Den weiteren Ausführungen wird ein typisierter Verfassungsbegriff zugrunde gelegt (Legitimations-, Begrenzungs- und Organisationsfunktion für Hoheitsgewalt, Vorrang, keine heteronome Begründung, hoher Generalisierungsgrad, Gerechtigkeitsreserve).*

##### *c) „Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?“*

*(5) Die Themenstellung beruht auf der unhinterfragten, aber doch fragwürdigen Prämisse, dass die Mitgliedstaaten der Union ein kohärentes, in sich geschlossenes und vergleichbar funktionierendes „Ordnungskonzept“ kennen bzw. kannten, das als „Gesamtordnung“ in seinen materiel-*

len Gehalten, seinen normativen Funktionen und seinen politischen Wirkungen über den in These (4) eingeführten typisierten Verfassungsbegriff hinausweist.

(6) Üblicherweise wird in der deutschen Staatsrechtslehre unter der Leitfrage „Von der bisherigen Gesamt- zur bloßen Teilverfassung?“ darüber nachgedacht, welche Rolle dem Verfassungsrecht (noch) zukommt, wenn Verfassungsstaaten eine politische Union zur Organisation öffentlicher Machtausübung gründen und sich in ihr einbinden. In der Kurzformel bündeln sich ganz verschiedene Problemstellungen.

2. Weichenstellung II: Methodische Herausforderungen durch die rechtswissenschaftliche Produktion von Sinnüberschuss

a) Von der Gesamt- zur Teilordnung:  
Fortschritts- oder Verfallsgeschichte?

(7) „Von ... zu“-Fragen legen nahe, Antworten in einer Fortschritts- oder einer Verfallsgeschichte zu suchen. Beide Deutungen finden sich in den Debatten um den Wandel nationalen Verfassungsrechts im Prozess der europäischen Integration. Doch linearen Fortschritts- und Verfallsgeschichten ist zu misstrauen.

b) Der deutsche Europadiskurs als Fortsetzung  
bundesdeutscher Ideendiskurse

(8) Der Europadiskurs in Deutschland bedient sich wesentlich des ideenpolitischen Arsenal der Bundesrepublik vor 1989, setzt also einen nationalstaatlichen Diskurs fort. Auch der Europadiskurs in den anderen Mitgliedstaaten wird durch die jeweilige politische Ideengeschichte geprägt.

c) Methodische Konsequenzen

(9) Wenn rechtswissenschaftliche Beobachtungen der europäischen Integration politische Sinnstiftung bezwecken oder als Nebenfolge bewirken, jedenfalls aber eine im Nationalstaat geprägte ideenpolitische Prägung erfahren, und zugleich die Vielfältigkeit des europäischen Verfassungsraums abzubilden ist, stellen sich für eine Beobachtung 2. Ordnung eigene methodische Herausforderungen. Abhilfe verspricht der Rückgriff auf „Supplementtheorien“ (G. Teubner).

II. *Souveränitätstheoretische Perspektive:  
Von der Gesamt- zur Teilordnung?*

1. *Souveränität – geteilt, erledigt, virulent?*

(10) *Die Souveränitätsfrage ist durch die europäische Integration nicht erledigt. Sie bleibt politisch virulent und dient als verfassungsdogmatisches Argument.*

2. *Bezugsprobleme und Bezeichnetes*

(11) *Der Souveränitätsdiskurs leidet darunter, dass Bedeutungsschichten mitgeschleppt werden, deren Bezugsprobleme sich erledigt haben. Souveränität im Kontext der europäischen Integration markiert den Grenzbe- reich irreversibler Kompetenzübertragung.*

3. *(Ir)Reversibilität der mitgliedstaatlichen Selbstbindung*

(12) *Jeder Mitgliedstaat kann sich den Integrationswirkungen durch Austritt entziehen. Die Kompetenzverteilungskompetenz zwischen Union und Mitgliedstaaten liegt bei den Mitgliedstaaten. Da jedes Unionsmitglied ein Vetorecht hat, ist die Wahrnehmung dieser Kompetenz nur durch alle Mit- gliedstaaten gemeinsam möglich. Nur in diesem Sinne sind die Mitgliedstaa- ten souverän und in diesem Sinne sind nur die Mitgliedstaaten souverän.*

(13) *Die Ausübung dieser mitgliedstaatlichen Souveränität wird wesent- lich im Primärrecht geregelt. So gesehen bildet das nationale Verfassungs- recht nur noch eine Teilordnung mitgliedstaatlicher Souveränitätsausübung im Prozess der europäischen Integration.*

(14) *Zugleich kann das nationale Verfassungsrecht eine Souveränitäts- garantie in der Hinterhand bilden, die das Primärrecht insgesamt unter einen qualifizierten Verfassungsvorbehalt stellt. In dieser Rückfallposi- tion wandelt sich das nationale Verfassungsrecht souveränitätstheoretisch betrachtet von der Teil- zur Letztordnung.*

III. *Demokratiethoretische Perspektive:  
Von der Gesamt- zur Teilordnung?*

1. *Europäische Legitimationsstruktur zwischen Primärrecht und mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht*

(15) *Für die demokratische Legitimation der im Nationalstaat ausgeüb- ten öffentlichen Gewalt bildet das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht nur eine Teilordnung.*

## 2. *Demokratiethoretisch informiertes Unbehagen und mögliche Reaktionen*

(16) *Das auf verfassungs- und primärrechtlicher Ebene verteilte europäische Legitimationsregime weckt immer wieder Unbehagen. In der Folge gerät auch in den Blick, ob das legitimatorische Zusammenspiel von Verfassungsrecht und Europarecht verändert werden muss.*

(17) *Die Europäische Union kennt kein Demokratiedefizit, sondern ein Demokratiedilemma.*

## IV. *Föderalismustheoretische Perspektive: Von der Gesamt- zur Teilordnung?*

(18) *Nicht jedes föderale Gebilde drängt dazu, sich zum unitarisierten Bundesstaat fortzuentwickeln.*

(19) *Die Verfassung der Glieder einer Föderation sind föderalismustheoretisch betrachtet „Teilordnungen“.*

(20) *Europäische Politikverflechtung bedingt Exekutivföderalismus. Exekutivföderalismus bedingt Konkordanzdemokratie. Die soziokulturelle Vielfalt der Union prägt ihre eigengeartete föderale Form – bis hin zu den Stimmgewichtungen im Rat und im Europaparlament.*

(21) *Aus föderalismustheoretischer Perspektive ist Skepsis gegenüber Forderungen angebracht, den Exekutivföderalismus gegenwärtig durch ein Westminster-Modell oder durch ein Bundestags-/Bundesratsmodell zu ersetzen. Die politische Inklusion heterogener Interessen und Mentalitäten in der Union könnte Schaden nehmen.*

## V. *Kulturtheoretische Perspektive: Von der Gesamt- zur Teilordnung?*

(22) *Demokratie setzt kein kulturell-ethnisch homogenes Staatsvolk voraus. Aber Demokratie im anspruchsvollen Sinne meint mehr als ein Ensemble von politischen Grund- und Organrechten und mehr als individuelle Betroffenenpartizipation. Wie intensiv die demokratische „Kommunikations-, Erfahrungs- und Erinnerungsgemeinschaft“ (P. Graf Kielmansegg) sein muss, lässt sich demokratiethoretisch nicht griffig fassen.*

(23) *Die Kulturtheorie hilft mit drei Erkenntnissen aus:*

- *Je größer die Opfer sind, die demokratische Politik Bürgern abverlangt, desto wichtiger werden dichtere kollektive Identitäten.*
- *Der Nationalstaat hat in seiner Entwicklung als Verfassungsstaat starke Identitäten ausgebildet.*

– Die europäische Integration hat diese transformiert, aber nicht ersetzt. Europäische „Solidarität unter Fremden“ (J. Habermas) zehrt von den fragmentierten Identitätsressourcen des Nationalstaates.

(24) Das „Erfinden von Traditionen“ lässt sich nicht beliebig in das 21. Jahrhundert übertragen. Gesellschaftsstruktur und kulturelle Semantik können über längere Zeit inkongruent bleiben. Politische Bedeutung der Union und Kollektivbewusstsein der Europäer können auseinanderfallen.

(25) Das Zeitalter epischer Erzählformen ist vorbei, die Erzählform der Gegenwart, in der wir uns in Europa und als Europäer selbst erklären, ist die Episode (A. Koschorke).

(26) Verfassungen der Nationalstaaten bilden identitätspolitische Ordnungen in so hohem Maße ab, dass der Begriff „Teilordnung“ dafür deplatziert wirkt.

(27) Für die Demokratietheorie lässt sich aus der föderalismus- und kulturtheoretischen Perspektive lernen, die Legitimationsstrukturen Europas vorzugsweise inkrementell-evolutionär weiterzuentwickeln.

## VI. Freiheitstheoretische Perspektive: Von der Gesamt- zur Teilordnung?

### 1. Freiheitsschutz in Teilverfassungen

(28) In freiheitstheoretischer Perspektive erscheinen die Verfassungen der Mitgliedstaaten profiliert als Teilordnungen. Dann ist über die komplexen Verwebungen von staatlichem, unionalem und konventionsrechtlichem Grundrechtsschutz sowie über Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Modus der Verrechtlichung von Politik durch Verfassungsrecht und Primärrecht zu sprechen.

### 2. Kohärenzlücken im institutionellen Grundrechtsschutz

(29) Die grundrechtlichen Teilordnungen lassen sich nicht nach Adressaten systematisieren. Neben der Union sind auch die Mitgliedstaaten in bestimmten Fallkonstellationen an unionale Grundrechte gebunden.

(30) Ein überlagernder bzw. konkurrierender Grundrechtsschutz wirkt sich nicht automatisch positiv auf die Freiheitsbilanz der Bürgerinnen und Bürger aus. Rechtsprechungskonkurrenz zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten mag faktisch wie eine inner-judikative Gewaltenteilung wirken, doch sie droht auch Rechtssicherheitsverluste mit sich zu bringen. Politische und institutionelle Rücksichtnahmen dienen als praktischer Koordinationsmechanismus, doch freiheitstheoretisch bleiben Leerstellen, wenn die Bürgerinnen und Bürger auf den guten Willen konkurrierender Höchstgerichte vertrauen müssen.



*VII. Ausblick*

(31) *Die Rechtswissenschaft ist als anwendungsorientierte Wissenschaft in die Konfliktgeschichten ihrer Begriffe verstrickt. Begriffe wie der „Staatenverbund“ oder der „Verfassungsverbund“ waren in den letzten zwei Dekaden auch deshalb so erfolgreich, weil sie verfassungs- und europapolitisch imprägniert sind. Sie markieren wissenschaftssoziologisch betrachtet konkurrierende Denk- und Überzeugungsgemeinschaften, die Institutionenkonflikte fortsetzen (oder vorwegnehmen).*

(32) *Die Rechtswissenschaft hat auch zur Aufgabe, sich immer wieder neue Distanzen zur eigenen Vorgeschichte zu erarbeiten und aus dem langen Schatten herkömmlicher Konfliktkonstellationen herauszutreten.*

(33) *Für unsere Fragestellung „Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?“ bedeutet Distanzgewinn, falsche Alternativen zu vermeiden. Als holistisches Konzept verstanden zeichnet sich das Gesamt-/Teilordnungsschema durch starke implizite Normativitäten aus. Die Unterscheidung zwischen dem Ganzen und seinen Teilen bringt verfassungstheoretisch nur dann einen Erkenntnisgewinn, wenn sie auf die europäische Integration als Analyseschema mit Binnendifferenzierungen angewandt wird. So kann sie dazu beitragen, ein unretuschiertes Bild von der zerklüfteten Gegenwartslage der Integration zu erzeugen. Mehr muss und mehr kann die Wissenschaft vom öffentlichen Recht redlicherweise nicht leisten.*

### *3. Aussprache und Schlussworte*

## **Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?**

**Peters:** Liebe Kolleginnen und Kollegen, die Referate haben offenbar so viele inspiriert, dass wir die Wortmeldungen wohl gar nicht alle bewältigen können. Wir beginnen mit einleitenden Bemerkungen der Kollegen Häberle, Grimm und Kirchhof.

**Häberle:** Frau Vorsitzende, verehrte Damen und Herren, erlauben Sie mir zu Beginn eine kleine ortsgeschichtliche Vorbemerkung und dann einen Sachbeitrag zu den Europawissenschaften. Wenn man heute als österreichischer, schweizer oder deutscher Staatsrechtslehrer nach Speyer kommt, so denkt man nicht primär an den wunderbaren Kaiserdom – „musica in pietra“ – , man denkt auch nicht primär an die Verwaltungshochschule, an der ich 1961 den großen Arnold Gehlen hören durfte. Nein, man beginnt mit der Präambel, dem Prolog und dem Präludium des Beitrags des unvergessenen Werner von Simson, der 1970 auf seiner hiesigen Staatsrechtslehrrerntagung über das Demokratieprinzip des Grundgesetzes mit den Worten begann: „Er komme sich vor wie ein Dorfkaplan, der vor dem Papst im Vatikan einen Vortrag halten müsse: Die Bibel!“ Dies sorgte damals für große Erheiterung. – Nun zu meinem Sachbeitrag: Die beiden sehr gelungenen Referate haben zwei immanente *Vorfragen*: Was sind Aufgaben und Grenzen der Europawissenschaften? Zunächst zum Begriff Europa: Nicht einverstanden bin ich mit den Zitaten „Wir hätten kein Narrativ“, wie es neuerdings neumodisch heißt. Wir haben sehr wohl ein Narrativ, eine Erzählung. Wir leben mit ihm bzw. von ihr im Blick auf Europa als Friedensgemeinschaft, weil von diesem Europa zwei Weltkriege ausgegangen sind. Dies ist der erste große Baustein. Der zweite befasst sich mit den Wissenschaften. Hier erwähnen wir den Klassikertext von W. von Humboldt und unserem kostbaren Bundesverfassungsgericht: nämlich Wissenschaft als ewige Wahrheitssuche. Darum müssen wir als Wissenschaftler zu den politisch Mächtigen Distanz halten und vor allem Rechtsbrüche deutlich beim Namen nennen. Der erste Rechtsbruch bestand in der Verletzung des Stabilitätspaktes durch das deutsch-französische Ehepaar Chirac-Schröder. Erste Verletzung. Die zweite Verletzung war die faktische Außerkraftset-

zung von „Schengen“ sowie des Dublin-Regimes (Stichwort: Öffnung aller Grenzen ohne Registrierung der Flüchtlinge, die auch vom Rechts- und Staatsverständnis her gefordert wäre). So bewundernswert die humanitäre Schritt-für-Schritt Politik der Krisenkanzlerin A. Merkel im Geiste von Poppers „social peacemeal engineering“ ist, so bedauerlich bleibt, dass wir uns zu wenig an den europäischen Grundwerten und kulturellen Orientierungszielen ausrichten, diese verwirklichen und vorleben – all dies sei gesagt in kritischer Distanz zu den Mächtigen.

**Grimm:** Wenn man von dem Anspruch ausgeht, den Verfassungen seit ihrem Beginn erheben, nämlich die öffentliche Gewalt, welche auf dem Territorium eines Staates ausgeübt wird, systematisch und umfassend zu regeln, dann kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Staatsverfassung diesen Anspruch heute nicht mehr erfüllt, sondern nur noch eine Teilordnung bildet. Diese Feststellung ist aber nicht mit einer Verfallsthese identisch. Verfallsthesen lohnen nicht gegenüber etwas Unausweichlichem, und die Errichtung einer öffentlichen Gewalt oberhalb der Staaten ist angesichts der Schere, die sich zwischen dem Aktionsradius der Staatsgewalt und dem der global agierenden privaten Akteure öffnet, unausweichlich. Ich stelle die Erosion der Staatsverfassung daher nicht fest, um einen Verfall zu beklagen. Ich erinnere an den ursprünglichen Anspruch der Verfassung vielmehr nur, um die Veränderungen, die stattgefunden haben, erkennbar zu machen und konstruktiv zu verarbeiten. Mit Verfallskategorien würde man sich den Blick auf die Zukunft verstellen. Damit wende ich mich zwei Faktoren zu, die es erschweren, die Errungenschaft der Verfassung auf der supranationalen Ebene zu rekonstruieren. Der erste Faktor ist die von Herrn Heinig kurz erwähnte Überkonstitutionalisierung der Europäischen Union, zu der es durch die Rechtsprechung des EuGH gekommen ist. Die Verträge haben dadurch den Rang einer Verfassung erhalten, sind aber voll von dem, was im Nationalstaat einfaches Recht wäre. Dieses nimmt an dem Vorrang teil, seine Anwendung ist Verfassungsvollzug. Kommission und EuGH bleiben dabei unter sich. Der Rat als Organ der Mitgliedstaaten und das Europäische Parlament sind von den Entscheidungen ausgeschlossen, können sie aber auch nicht durch Gesetzesänderung für die Zukunft korrigieren. Auf diese Weise fallen Entscheidungen von höchstem politischen Gewicht in der EU in einem unpolitischen Modus. Der zweite Faktor tauchte in beiden Referaten auf, es geht um die Grundrechte. Obwohl die Europäische Gemeinschaft sich längst von einer Wirtschaftsgemeinschaft zu einer politischen Gemeinschaft entwickelt hat, ist das grundrechtstheoretisch bisher vom EuGH nicht nachvollzogen worden. Es sind vielmehr immer noch die Marktfreiheiten, die als eine Art von Obergrundrechten fungieren. Beides erscheint korrekturbedürftig. Das erste kann man nur

dadurch beseitigen, dass man die Verträge, nachdem sie nun schon einmal konstitutionalisiert sind, auch in ein konstitutionsartiges Dokument umwandelt, also alles was seiner Natur nach einfaches Recht ist, auf die Stufe sekundären Unionsrechts absenkt. Das Zweite geht wohl nur durch Rechtsprechungsänderung, weil der Versuch der Mitgliedstaaten, durch Art. 51 die Reichweite der Grundrechtecharta einzugrenzen, offensichtlich fehlgeschlagen ist.

**Kirchhof, Paul:** Wir haben für zwei kluge, sprachengagierte Referate zu danken, die im Ausgangspunkt grundverschieden sind. Herr Mayer vertritt die These vom kooperativen Staatenverbund. Das ist der Kerngedanke – ich weiß nicht, ob ihm das bewusst ist, – des Maastricht-Urteils. Allerdings besteht ein entscheidender Unterschied: Bei Herrn Mayer gibt es kein letztes Wort. Die Balance wird nicht zwischen verbindlichen Entscheidungen hergestellt, sondern durch einen offenen Prozess ohne abschließende Entscheidungen angestrebt.

Wenn es kein letztes Wort gibt, gibt es letztlich kein Recht. Das Recht löst Konflikte, setzt um des Friedens und des freiheitlichen Zusammenlebens willen diese Lösung verbindlich durch, braucht deshalb ein Entscheidungsorgan. Deswegen unterstützte ich den Ansatz von Herrn Heinig, der das Recht als Konfliktordnung sieht, zur Konfliktvorbeugung identitätsstiftende Elemente des Rechts erkennt, vor allem aber das Recht als Zuweisung von Kompetenzen und Verantwortlichkeiten definiert und daraus die Konsequenz rechtsverbindlichen Entscheidens zieht. Selbstverständlich gibt es werdendes und weichendes Recht, kennt das Völkerrecht ein Recht, das manches in der Schwebe lässt, auch ein Recht auf Rädern, das sich eigenständig weiterentwickelt, auch den vereinbarten Dissens. Doch für das Europarecht mit unmittelbarer Verbindlichkeitswirkung in den Mitgliedstaaten und das Verfassungsrecht als Legitimationsgrundlage für die jeweilige Rechtsordnung haben wir diesen Befund hinter uns gelassen.

Herr Mayer sagt zu Recht, Verfassungsrecht müsse sich auf die Wirklichkeit beziehen, Antworten auf die tatsächlichen Anfragen an das Recht geben. Diesen Satz müssen wir beherzigen, wenn Flüchtlinge vor staatlichen Grenzen stehen, sich dort ein Humanitätsauftrag offenbart, der die Staatengemeinschaft betrifft. Diese Flüchtlinge haben grundsätzlich keinen Asylanspruch, weil sie auf dem Landwege zu uns kommen, also bereits in sicheren Drittstaaten Zuflucht gefunden haben, sie auch keineswegs alle wegen ihrer persönlichkeitsbestimmenden Merkmale vertrieben worden sind. Sie sind mit ihrem Zufluchtsanliegen allen Mitgliedstaaten anvertraut, dürfen deshalb ein gemeinsames Zufluchtskonzept erwarten. Doch diese Kooperation ist gegenwärtig nur schwer erkennbar. Wenn aber die europäische offene Konsensordnung in der Notlage keine Antwort bietet, brau-

chen wir Entscheidungsorgane und Entscheidungsstrukturen, die Kooperationsbereitschaft erzwingen. Grundlage könnte hier der europäische Finanzverbund sein, der Staaten mit wirtschaftlicher Schwäche Finanzsummen zuweist, davon aber Abstand nehmen mag, solange das Geld dringlicher für die Aufnahme von Flüchtlingen benötigt wird.

Ein zweites Beispiel: Am Rande der Europäischen Union bilden sich Institutionen, an denen der Weltwährungsfonds, der Europäische Rat und die EZB beteiligt sind. Diese Institution zwingt das überschuldete Griechenland, höhere Schulden aufzunehmen. Das damit gewonnene Geld allerdings kommt im Wesentlichen dem Finanzmarkt zugute, weniger Griechenland, das mit diesem Geld eine Straße, ein Krankenhaus oder eine Universität bauen könnte. Der als Griechenlandhilfe deklarierte Kredit ist eine Finanzmarkthilfe. Dieser Befund lässt sich in einer Demokratie, in der die Staatsbürger das aktuelle Geschehen verstehen und kritisch begleiten, nicht erklären. Deswegen brauchen wir innerhalb der Europäischen Union und innerhalb der Mitgliedstaaten Organe, die verbindlich und entschieden gewährleisten, dass die rechtsverbindlichen Grenzen für eine Staatsverschuldung beachtet werden. Kein Staat darf sich höher als 60 % seines Bruttoinlandsprodukts verschulden. Hätten wir diese Obergrenze beachtet, weil sie verbindliches Recht ist, existierte die heutige Finanzkrise so nicht. Die EZB ist mit richterähnlicher Unabhängigkeit ausgestattet, damit sie den Geldwert stabilisiert. Nun übt sie die Verwaltungstätigkeit einer Bankenaufsicht aus. Dazu ist sie rechtlich nicht legitimiert und institutionell nicht ausgestattet. Der Vertrag sagt, die Staaten müssen sich unmittelbar am Markt verschulden, damit sie erleben, dass bei schlechter Bonität die Zinsen steigen, also eine neue Verschuldung erschweren. Wenn die EZB jetzt den Staaten billige Kredite anbietet, diese Kredite aber von den Banken gegen Entgelt überbringen lässt, ist das nicht Markt, sondern eine künstlich verteuerte Zuwendung der EZB. Auf diesen Verlust des Rechts müssen wir durch verbindliche Rechtsentscheide Antworten geben. Das Recht muss in der Prägnanz seiner Vorgaben präventiv wirken, in Entscheidung und Durchsetzungskraft auch repressiv tätig werden. Sonst geht uns unser Thema – Europa, „recht“ und Verfassungs, „recht“ – verloren.

**Peters:** Es folgen nun Fragen zum Thema Gesamtordnung/Teilordnung, danach eine Menge Fragen zum Verfassungspluralismus.

**Pernice:** Frau Vorsitzende, sehr verehrte Kolleginnen und Kollegen, auch ich bin sehr dankbar für zwei wunderbare Referate. Erlauben Sie mir drei Punkte.

Punkt eins: Gesamtordnung. Im Titel so schön genannt, könnte man sich ja auch überlegen, ob man vielleicht die Einheit, also den Verbund der

europäischen Verfassungsordnung oder des Primärrechts mit den nationalen Verfassungen zusammen als Gesamtordnung ansieht. Und meine Frage wäre, können Sie sich das vorstellen? Dann würde automatisch die nationale Verfassung eine Teilordnung darstellen. Ich glaube, das ist bei Herrn Mayer kurz angeklungen, aber ich war nicht ganz sicher.

Das Zweite ist das Thema Autonomie. Eine Frage an beide Referenten: Wie muss man das Thema, den Begriff Autonomie in diesem Kontext verstehen, wenn man ihn nicht, wie Herr Mayer sagt, mit Souveränität gleichsetzt. Also hat diese Autonomie Grenzen? Wo liegen diese Grenzen?

Dritte Frage: Demokratie im Zusammenhang mit dem Prinzip der Subsidiarität. Subsidiarität als ein Schlüsselbegriff für die Verteilung von Zuständigkeiten einerseits und zweitens natürlich auch als Maßstab für die Ausübung von Zuständigkeiten zwischen EU-Ebene und nationaler Ebene. Wenn ich sage, dass Subsidiarität, nimmt man sie ernst, fordert und tatsächlich dafür sorgt, dass Dinge nur auf europäischer Ebene wahrgenommen werden können, wenn sie national nicht effektiv erledigt werden können, dann stellt sich doch das Thema der Demokratie anders. Übersteigt eine Aufgabe die Handlungsmöglichkeiten des Staates, dann frage ich: Können wir es irgendwie im Sinne kollektiver Selbstbestimmung auf europäischer Ebene schaffen? Als Zweites müssen wir dann fragen: Wie können wir das gemeinsame Handeln auf europäischer Ebene demokratisch legitimieren und steuern? Da frage ich mich, gibt es wirklich ein Demokratiedilemma? – oder ein Demokratiedefizit? Oder geht es nicht um den Versuch, so gut wie möglich demokratische Legitimation auf dem Stand des Willens und des Bewusstseins zur Integration zu realisieren? Demokratie ist also nicht am deutschen innerstaatlichen Maßstab gemessen, sondern an dem Maßstab, der spezifisch für das gilt, was jenseits der Reichweite des Staates liegt und was wir deshalb gemeinsam europäisch zu lösen haben. Hier sind vielleicht die Anforderungen nicht dieselben. Danke schön.

**Eberhard:** Vielen Dank auch von meiner Seite für zwei ganz exzellente Vorträge, die die ganze Bandbreite dieses Jahrhundert-, oder besser noch Jahrtausenthemas deutlich gemacht haben. Ich möchte nur folgenden kurzen Aspekt erwähnen und schließe in einigem an Ingolf Pernice an, was die Dimension des europäischen Verfassungsverbunds betrifft. Die wichtigsten Säulen in diesem Verfassungsverbund sind die Demokratie und der Rechtsstaat. Ich glaube, dass sich diese Begrifflichkeit der „Gesamtordnung/Teilordnung“ und die damit verbundene Dichotomie, die man hier vielleicht auch sehen kann, insoweit auf den Gedanken zurückführen lassen könnte, als dass es bei der Demokratie letztlich um das Bekenntnis dazu geht, auch aus primärrechtlicher Perspektive nationale Identität zu akzeptieren und bestimmte Unterschiede in demokratischen Legitimationsstrukturen der

Teilrechtsordnungen derart zu verstehen, dass es eben autonome Ordnungen sind. Anders, so meine ich, ist dies im Zusammenhang mit rechtstaatlichen Strukturen zu sehen. Es ist dabei, und Herr Heinig hat das explizit angesprochen, die Rede von einem Vermeiden von Rechtsicherheitsverlusten und insbesondere von einer Kohärenz in der Grundrechtsordnung gewesen. Ich bin der Meinung, dass der Begriff der Teilrechtsordnung vielleicht in diesem rechtstaatlichen Kontext durchaus in die Richtung gehen könnte, dass es sich hier um Teilsysteme handelt, die aber bewusst auf etwas kohärentes Ganzes gerichtet sind. In diesem Prozess steht uns gerade auch das Primärrecht mit den dialogischen Instrumenten, etwa dem von beiden Referenten angesprochenen Vorabentscheidungsverfahren, zur Seite. Diese Kohärenz ist mit Blick auf ein Gesamtsystem zu erreichen und insoweit ist dann der Begriff der Teilrechtsordnung prozedural so etwas wie der Markstein auf dem Weg zu einer Gesamtrechtsordnung. Das könnte eine gewisse Differenzierung nahe legen und vielleicht auch das Fragezeichen, das die Veranstalter an das Ende gesetzt haben, ein Stück weit relativieren.

Vielen Dank.

**Paulus:** Vielen Dank für die beiden hervorragenden Referate. In einem Punkt habe ich allerdings etwas vermisst. Wenn wir über Gesamt- und Teilordnung sprechen, dann ist das doch immer eine Frage des Bezugspunktes. Die nationale Verfassung war nie eine Gesamtordnung, wenn man die Welt als Maßstab nimmt. Hans Kelsen hat das als eine Option versucht, diese dann aber auch ziemlich schnell wieder verworfen, weil sie so absurd erscheint. Das Grundgesetz war nie eine Gesamtordnung der Rechtslagen in Deutschland und Frankreich, sondern immer nur in Deutschland. So ist es auch kein Widerspruch, das Grundgesetz als die Verfassung als Gesamtordnung Deutschlands zu bezeichnen, denn es regelt ja auch, inwieweit das Europarecht Teil der deutschen Rechtsordnung wird, Art. 23, und gleichzeitig die europäischen Verträge als die Gesamtverfassungsordnung der europäischen Institution aufzufassen – der Europäischen Union einschließlich ihres Verhältnisses zu den Mitgliedstaaten.

Herrn Heinig möchte ich einerseits ausdrücklich zustimmen, dass wir möglichst versuchen sollten, die Rechtssphären zu trennen, wegen der Rechtsklarheit und wegen des Grundrechtsschutzes. Sonst hat am Ende derjenige, der die findigsten Anwälte hat, die am besten wissen, wie man die Fälle kanalisiert, am Ende bessere Chancen, sein Recht zu bekommen, als die einfachen Bürgern. Auf der anderen Seite können wir aber auch nicht die Wirklichkeit leugnen, nämlich dass es Überlappungen zwischen den Rechtsordnungen gibt. Und dann bleibt uns nichts anderes übrig, ob man das gut findet oder schlecht, verfassungspplural zu agieren, also mit gegenseitiger Rücksichtnahme, damit es nicht zu Friktionen kommt und

die Ausstiegsoptionen – neben der benannten Verfassungsidentität auch die Effektivität des Menschenrechtsschutzes und die offensichtliche Kompetenzüberschreitung – möglichst zu vermeiden. Wobei in einer pluralen Ordnung immer mehrere dazu gehören, das kann nicht ein Gericht alleine leisten, sondern es muss wechselbezüglich sein, sonst gibt es am Ende den Exit, den wir vermeiden wollen.

Zweiter Punkt: Die demokratische Legitimation. Herr Mayer, wenn ich richtig gehört habe, kam bei Ihnen das Wort Vertrag erst ganz am Ende vor. Mit anderen Worten, Sie haben auch bei der Legitimationsfrage – der demokratischen Legitimationsfrage – die Unionsbürgerschaft für die Europäische Union bemüht, nicht aber das eigentliche Rechtsfaktum, dass die europäischen Verträge eben Verträge sind und sich die Legitimation der Union damit aus staatlichen Handlungen ableitet, was immer man vom Begriff der Herren der Verträge halten mag. Und das ist auch eine Frage der demokratischen Legitimation. Denn es ist gerade keine europäische Gesamtlegitimation aller europäischen Bürger erfolgt, sondern eine demokratische Legitimation über die einzelnen Mitgliedstaaten. Das hat damit eben doch Folgen für die Legitimation. Es ändert nichts daran, dass es eine europäische Rechtsordnung gibt, die über das Vertragsvehikel hinaus beachtet werden muss. Also wir müssen vielleicht die Frage der demokratischen Legitimation, die über die Verträge und damit über die Mitgliedstaaten läuft, und die Frage der Rechtsverbindlichkeit und des Verhältnisses verschiedener jeweils verbindlicher Rechtsmassen voneinander unterscheiden. Und das, meine ich, ist die Wirklichkeitsbeschreibung, die Ausgangspunkt des Verfassungspluralismus ist. Vielen Dank.

**Weber, Albrecht:** Vielen Dank. Ich werde versuchen, es auf eine bis zwei Fragen zu reduzieren. Ich hatte auch Probleme mit dem Begriff der Teilordnung, weil man natürlich, wie eben auch Herr Paulus gesagt hat, in beide Richtungen denken kann. Ich habe allerdings auch immer die Auffassung vertreten, dass die Verfassung so etwas wie eine normative Gesamtordnung ist. Aber wir haben ja nun den Integrationsartikel und die offene Staatlichkeit und ich meine, das genügt auch, wenn wir ein Verfassungsgericht mit einer nachvollziehbaren Judikatur haben. Herr Heinig hat ja das Fragezeichen hinsichtlich der Komplementarität von Teil- und Gesamtordnung zu Recht gestellt. Ich persönlich würde eher Herrn Pernice und dem Begriff des Verfassungsverbunds folgen. Man kann sich an Begriffen endlos festbeißen, ob man das Staatenverbund oder Verfassungsverbund nennt. Ich würde auch hier den Letzteren wiederum vorziehen, weil er die Ergänzungs- und Komplementaritätsfunktion besser zum Ausdruck bringt. Und was die zweite Frage anbetrifft, ich weiß wirklich nicht, ob wir mit diesen Begriffen wie Verfassungsmonismus, Verfassungsdualismus oder Ver-



fassungpluralismus viel weiter kommen, wenn es um konkrete Rechtsfragen wie die Vorlage des Bundesverfassungsgerichts an den Europäischen Gerichtshof geht, wie z.B. die OMT-Vorlage. Was können wir denn mit diesen Modellen konkret lösen? Die Frage ist doch, wie weit reichen ultra vires Akte und wer hat dann hier die Letztverantwortung. Ich habe vielleicht nicht ganz verstanden, was Herr Heinig mit der Letztordnung eigentlich gemeint hat. Heißt dies dann zum Beispiel auch, dass das Bundesverfassungsgericht das letzte Wort im Vergleich zum EuGH hat?

Vielen Dank.

**Luther:** Herzlichen Dank für beide Referate! Ganz praktisch gedacht sei die erste Frage: Wie soll ich Gesamtordnung übersetzen? „Total“ im Englischen klingt nicht gut im Deutschen. Wo verortet sich dann der Nationalstaatsbegriff? Der Vorstand hat mit dem Thema auch eine implizite These aufgestellt, nämlich dass der Nationalstaat eine Gesamtordnung ist oder sei. Ich stimme Herrn Paulus zu, dass Nationen Minderheiten und als solche in Konzil und Universität entstanden sind. Sie vereinten sich früher oder später zu einer Gemeinschaft von Staaten der Menschheit, und waren daher immer schon Teilordnungen. Das Problem der Gesamtordnung stellt sich, wenn die Nation mit dem Staat zu einem Begriff verschmilzt und wir diesen Begriff nicht richtig darstellen und erklären können. Die italienische Erklärung war, die Nationalitäten hätten ein Recht auf einen Staat, aber das Ideal und unser Narrativ hat sich dahingehend weiterentwickelt, dass es unter den Bedingungen des Pluralismus eher ein Recht auf interne Autonomie zuerkennt. Zum Pluralismus hätte ich noch an das erste Referat die Frage, wie man vom konsensualen Nebeneinander zu einem gemeineuropäischen Miteinander kommt. Die Theorie des „constitutional pluralism“ von Neil Walker und anderen Autoren hat ja einen spezifisch angelsächsischen Hintergrund und wirft die Frage auf, wie sie sich auf unsere kontinentaleuropäischen Verhältnisse übertragen ließe. Vor allen Dingen verdeckt dieser Pluralismus nicht Asymmetrien, wenn sich politisch organisierte Mehrheiten bilden und eine Mehrheitsregel entsteht? Deutschland hat in Europa das Problem, dass es die größte Teilordnung ist und sozusagen immer der Versuchung zu widerstehen hat, sich als relative Mehrheit einer Gesamtordnung zu gerieren, die das Miteinander auseinander treibt. Danke.

**Kotzur:** Vielen Dank für zwei glänzende Referate. Der Begriff Teilordnung ist ein relationaler Begriff, der meiner Ansicht nach fehlt geht, wenn er, und das hat Herr Mayer angedeutet, binäre Strukturen suggeriert, wenn er assoziiert, es gebe so etwas wie eine Gesamtordnung. Juristen sehnen sich nach dieser Gesamtordnung, die nicht total, aber „all-encompassing“, „all-inclusive“ sein könnte. Diese scheint es mir aber weder auf universaler noch

europäischer noch nationaler Ebene zu geben oder je gegeben zu haben. Deshalb meine Frage: Suggestiert Teilordnung nicht vielmehr sinnvollerweise die Idee geteilter Ordnungsmacht und geteilter Ordnungsgestaltungskompetenz? Bei dieser geteilten Ordnungsgestaltung bedarf es sicherlich konkreterer Letztentscheidungen, aber, das wäre meine Folgefrage an die Referenten und an Herrn Kirchhof, bedarf es dazu notwendig hierarchisch gestufter, abstrakter Letztentscheidungszuständigkeiten? Ist hier nicht das Ringen zwischen abstrakt und konkret sinnvoll? Und ich glaube, der EuGH hat in diesem Ringen um Gestaltungsmacht durchaus auch Tendenzen gezeigt, sich stärker als ein Grundrechtegericht zu verstehen denn als ein Grundfreiheitsgericht. Wenn man die jüngsten Entscheidungen zu Google und Facebook betrachtet, ist das, glaube ich, eine sehr mutige, vielleicht zu mutige Inanspruchnahme grundrechtsgerichtlicher Kompetenz. Der Begriff Teilordnung scheint mir relational zu sein, aber nicht relativierend, und das Grundgesetz wäre als Nicht-Teilordnung im nach 1949 noch nicht vollständig souveränen Deutschland niemals Verfassung geworden. Vielen Dank.

**Ladeur:** Mich wundert immer, dass die Europarechtler angesichts der großen Herausforderung eines Verfassungswandels eigentlich sehr wenig über die Voraussetzungen von Verfassungen nachdenken. Man hat fast den Eindruck, dass man mit einer self fulfilling prophecy arbeitet. Die Verfassung schafft ihre eigenen Grundlagen selbst. Ich möchte dem die These entgegensetzen, dass jede westliche Verfassung – systemtheoretisch gesprochen – die Ausdifferenzierung des politischen und des Wirtschaftssystems voraussetzt, unterstützt natürlich durch ein entsprechend ausdifferenziertes Rechtssystem. Und da würde ich behaupten, dass das größte Problem Europas darin besteht, dass diese Ausdifferenzierung von Wirtschaft und Politik in den – ich glaube, man kann sie so unterscheiden – Südstaaten – und der Süden Europas fängt in Frankreich an – nur sehr unvollständig gelingt. Und dann funktioniert Verfassung nicht. Und wenn wir zu einer europäischen Gesamtverfassung oder einer pluralen Verfassung übergehen, importieren wir die Probleme aus den Ländern, in denen diese Ausdifferenzierung nicht funktioniert. Das ist leider auch in der Diskussion über die griechische Krise viel zu wenig grundsätzlich gesehen worden. Man diskutiert da sehr oberflächlich über mangelnde Effizienz der Steuerverwaltung und mangelnde Wettbewerbsfähigkeit. Doch das Zentralproblem – das gilt auch und besonders für Italien – ist ein anderes: Politik und Wirtschaft sind nicht getrennt. Für eine Verfassung hat das gravierende Konsequenzen: Es bedeutet, dass die Kommunikation zwischen dem politischen System und dem ökonomischen System, die nach Regeln funktionieren muss, dafür haben wir das Rechtssystem, weitgehend nach informalen Regeln funktioniert. Dann fehlt der Verfassung die Infrastruktur, die sichtbar macht, wel-

che Entscheidungen getroffen werden, welche Zurechnungen erfolgen, und nur dann kann man auch lernen. Man kann aus falschen Entscheidungen lernen, man kann Probleme sichtbar machen. Das bedeutet überhaupt nicht, dass der Staat einem einheitlichen Modell, etwa dem liberalen, folgen muss. Das skandinavische Wohlfahrtsystem ist damit vollkommen vereinbar, so lange – die Abgrenzung von Staat und Wirtschaft vorausgesetzt werden kann und deren Kooperation nach Regeln funktioniert. Und das ist in den Südstaaten weitgehend nicht der Fall; und dem kann man mit der Verfassung nicht beikommen. Das wird ein großes Problem – ich würde sogar behaupten, ein unlösbares Problem – für die Zukunft bleiben, weil, wie wir an der griechischen Krise sehen, auch keine Zurechnung mehr möglich ist; das Problem besteht auch darin, dass die Griechen im Grunde die Erwartung an die Informalisierung des Verhältnisses von Politik und Wirtschaft auf Europa übertragen: Wer das Geld hat, der muss es herausrücken – und das sind die Deutschen – aber es wird nicht in Regeln gedacht. Auch Solidarität braucht Regeln. Die Südeuropäer verlangen Solidarität ohne Regeln. So werden immer neue Ausnahmestände geschaffen, die Notmaßnahmen verlangen. Und das ist ein Problem, dem man mit dem Verfassungsdenken gar nicht beikommen kann. Danke.

**Peters:** Es liegen noch sehr viele Fragen zu den allgemeinen Aspekten vor, aber ich möchte jetzt erst den Referenten die Gelegenheit zur Erwidern geben und danach noch einmal den großen Block der Fragen zum Thema Verfassungsppluralismus angehen.

**Heinig:** Lieber Herr Häberle! Ja, Europa kennt ein Friedensnarrativ. Aber trotzdem haben wir kein einheitliches Narrativ, das ganz Europa trägt. Schon für Täter und Opfer des Nationalsozialismus stellt sich das Friedensnarrativ ziemlich unterschiedlich dar. Und dann gibt es noch weitere Narrative, die in die europäische Integration eingeflossen sind. Freiheitsnarrative, geprägt durch überwundene Diktaturen in Südeuropa und in Osteuropa, haben eine andere Qualität als das, was wir Deutschen in Europa eintragen. Oder ökonomische Narrative: Die Briten wollten vor allem Zugang zum europäischen Markt haben. Joschka Fischer hat mal anschaulich von „Schlachtfeldeuropäern, Vernunfteuropäern und Freiheitseuropäern“ gesprochen. Hier zeigt sich, dass es für die Mitgliedschaft in der EU sehr unterschiedliche Motive gibt. Diese Motive bilden zusammen kein kompaktes Narrativ, wie wir es aus den Nationalstaaten kennen. Ein solches mag kommen, das ist kulturhistorisch gesehen offen. Die Entwicklung ist kontingent, aber im Moment sind wir da nicht – oder noch nicht.

Herr Grimm hat in seiner Reaktion seine These von der Überkonstitutionalisierung des Primärrechts verteidigt. Diese These ist auf den ersten

Blick gut nachvollziehbar. Ich frage mich nur, wohin führt das, wenn man tatsächlich das Primärrecht entschlackt, wie Sie das vorschlagen? Und wie passt diese Forderung zu Ihren demokratietheoretischen Analysen? Wollen wir angesichts der Demokratiedilemmata, die wir auf der europäischen Ebene haben, wirklich das Beihilferecht und das Kartellrecht massiv politisieren?

Relativ viele Fragen betrafen den Verfassungspluralismus. Da wird Franz Mayer vielleicht auch noch einiges zu sagen. Aus meiner Perspektive beschreibt der verfassungspluralistische Ansatz zunächst einmal prägnant, wie Europa funktioniert, wie die Gerichte und wie die Verfassungsordnungen interagieren – der Erklärungswert ist relativ hoch. Im Anschluss stellt sich die Frage, was man damit nicht beschreiben kann. In dem Thesenpapier von Franz Mayer steht, man könne den Verfassungspluralismus auch normativ einsetzen, indem man fragt, wie die Verfassungsordnungen in ihrem Zusammenspiel optimiert werden können. Doch ich frage mich: Was ist der Maßstab für eine solche Optimierungsannahme? Welchen Beitrag kann der Verfassungspluralismus zur Maßstabsbildung leisten? Oder müssen wir nicht doch, wie ich vorgeschlagen habe, in Teilordnungen und Teilperspektiven gehen, etwa in eine freiheitstheoretische Perspektive. Und dann schauen: in welchen Aporien stecken wir? Wo liegen die Probleme eines Trennungs- und eines Parallelitätsansatzes im Grundrechtsschutz? Wo liegen die Probleme einer unkonditionierten hierarchischen Überordnung des Europarechts über das nationale Verfassungsrecht? Was sind die wissenschaftlichen Kosten für welchen Ansatz? Optimierung kann man jedenfalls nicht einfach mit bestmöglichem Integrationserfolg gleichsetzen. Das schiene mir ein Optimierungsbegriff zu sein, der zu stark integrationspolitisch aufgeladen wird und die deskriptive Leistungsstärke des Verfassungspluralismus gerade wieder konterkariert. Ausdrücklich will ich unterstreichen, was Andreas Paulus zu den faktischen Kooperationsarrangements gesagt hat: Es gehören immer zwei dazu – oder so viele wie wir Verfassungsgerichte und oberste Gerichte in der Union haben. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wäre zudem eigens zu thematisieren. Deshalb die Rückfrage an alle, die das verfassungspluralistische Konzept stark machen, um Kooperationspflichten des Bundesverfassungsgerichts zu begründen: Wenn mit sehr viel Wonne, und das ist ja auch amüsant zu lesen, Karlsruhe für seine Integrationsrechtsprechung kritisiert wird, aber die gleichen Autoren doch eine sehr vornehme Zurückhaltung gegenüber dem EuGH üben – wird da nicht mit zweierlei Maß gemessen? Sollte sich der EuGH tatsächlich einmal als ernsthafter Grundrechtsgerichtshof und als Kompetenzgerichtshof etablieren, würden sich auch die oft kritisierten „Etatisten“ entspannt zurücklehnen, soweit es um den EuGH geht. Aber gerade im Bereich der Kompetenzen hat der EuGH bisher nicht damit

geglänzt, Streitigkeiten als ehrlicher Makler zu schlichten. Die Bereitschaft, zu Lasten der Europäischen Union zu entscheiden war in der Vergangenheit nicht sonderlich ausgeprägt. Deshalb bin ich auch skeptisch, ob ein scharf profiliertes Subsidiaritätsprinzip Hilfe bietet. Alle Instrumente, dieses Prinzip praktisch wirksam werden zu lassen, auch die Versuche, jetzt die nationalen Parlamente in Stellung zu bringen, sind gescheitert. Vielleicht haben wir im Bereich der Kompetenzen auch eine Fehlvorstellung davon, wie Kompetenzabgrenzung in föderalen Systemen praktisch funktioniert. Wahrscheinlich wird man auch hier bestimmte Aporien nicht vermeiden können. Doch wenn der EuGH sich politisch klug positionieren will, müsste er das, was er im Bereich der Grundrechte in Ansätzen erkennen lässt, im Bereich der Kompetenzen nachzeichnen – und nicht immer die Unionskompetenzen maximieren. Vielen Dank.

**Mayer:** Vielen Dank für die Fragen. Ich will zunächst auf das Thema Grundrechte eingehen. Ich bin dagegen, dass wir vorschnell die Marktfreiheiten – im Kontext der Grundrechte – verabschieden. Ja, Marktfreiheiten sind keine Grundrechte. Aber sie sind subjektive Rechte und die Art und Weise, wie mittlerweile im Unionsrecht die Marktfreiheiten – wir sprechen eigentlich von Grundfreiheiten – ausgestaltet sind, erscheint mir doch bewahrungswürdig. Ich habe dies im Vortrag unter dem Stichwort Diskriminierungsverbot kurz angedeutet: es geht hier um zentrale Bausteine des Unionsrechts. Dann: Ich habe mich sehr gefreut, dass Andreas Paulus nochmals auf die Wirklichkeit im Kontext der Grundrechte hingewiesen hat. Zu dem in Deutschland ja doch recht intensiv ausgetragenen Streit darum, ob man eine Trennung der Grundrechtssphären aufrecht erhalten kann oder ob man die Grundrechte irgendwie vereinigen muss, bewegt sich die Antwort wahrscheinlich mit Blick auf die Wirklichkeit doch eher in Richtung Überlappungen und Anerkennung bestehender Überschneidungen. Was kann ein kooperativer Verfassungspluralismus zu dieser Diskussion beitragen? Letztlich geht es hier um eine bestimmte Grundhaltung, wie man auf die durch Überlappungen und Überschneidungen entstehenden Konflikte, Reibungen und Probleme zugeht. Ist die Perspektive die einer Pathologie oder eben eine der Kooperation mit einer Orientierung daran, dass das Ganze stabil bleibt?

Das bringt mich zum nächsten Punkt: Fragen zum Verfassungspluralismus, zum constitutional pluralism. In der Tat ist das Maastricht-Urteil der Anlass für diesen Ansatz gewesen. Neil McCormick, ein schottischer Kollege, der mittlerweile verstorben ist, hat das durchaus in eine Richtung entwickelt, Herr Kirchhof, wie Sie sie am Anfang Ihres Beitrags beschrieben haben. Das ist allerdings ein radikaler Verfassungspluralismus. Er sagt im Kern, dass es zwei jeweils für sich genommen valide Positionen gibt und

dann hört es auf. Mein Petitem hierzu ist, weitergehend einen kooperativen Verfassungspluralismus – oder dialogischen Verfassungspluralismus, vielleicht ist das aber doch etwas anderes – zu versuchen, um die doch fortbestehenden Probleme nicht den anderen Disziplinen zu überlassen. Als Juristen kennen wir uns mit den Fragen, die dann auftreten, am besten aus, um auch Antworten anbieten zu können – mit dem Blick auf Stabilität im Sinne einer Optimierung und auch im Sinne von Konfliktvermeidung. Man mag sagen, das sei dann kein Recht mehr. Aber möglicherweise haben wir dann unterschiedliche Verständnisse von dem, was Recht ist und was Juristen und Rechtswissenschaft leisten können. Es wurde die konkrete Frage gestellt, was denn der kooperative Pluralismus zum Beispiel im OMT-Verfahren zur Lösung beitragen kann. Meine Antwort: Der kooperative Verfassungspluralismus kann eine Diagnose anbieten. Er ermöglicht einen Maßstab für eine Einschätzung dazu, dass sich bestimmte Akteure im OMT-Zusammenhang eben nicht kooperativ verhalten oder jedenfalls so wahrgenommen werden und kann von daher durchaus auch bei einer normativen Aussage helfen. Weil dies auch angesprochen wurde: das richtet sich wenn es dazu Anlass gibt durchaus auch kritisch an den EuGH. Ich halte das EMRK-Gutachten für ein besonders eindeutiges Beispiel dafür, wie sich der Europäische Gerichtshof alles andere als kooperativ verhalten hat.

Vielleicht ein kurzes Wort dann noch zu dem Punkt Teilordnung/Gesamtordnung. Ich denke, es ist gerade für unseren Zusammenhang sehr naheliegend, von vornherein nur von Teilordnungen auszugehen. Im Bundesstaat ist die Antwort, dass dort ohnehin nur Teilordnungen existieren, nicht fernliegend. Für Deutschland kommt noch ein Umstand hinzu, den wir oft vielleicht zu schnell ausblenden: Das Grundgesetz stand sehr lange unter Besatzungsvorbehalt. Es war schon unter diesem Aspekt im Ausgangspunkt keine Gesamtordnung. Andererseits lässt sich sagen, dass eine Norm wie Art. 1 Abs. 3 GG zumindest für die Grundrechte sogar im Bundesstaat so etwas wie einen Gesamtordnungsanspruch des Grundgesetzes erhebt. Wenn man sich davon ausgehend der Frage nach Teil- oder Gesamtordnung gleichsam sektoriell oder funktionsbezogen nähert, dann kann die Verfassung an verschiedenen Stellen vielleicht doch einen umfassenden Anspruch erheben und dann kann man sehr wohl sinnvoll mit dem Konzept der Gesamtordnung operieren. Aber wir haben, das ist ja gesagt worden, die Themenstellung des Vorstands mit der Frage nach Gesamt- oder Teilordnung natürlich nicht im Grundsatz zu kritisieren. Die Ausgangsfrage in Frage zu stellen ist immer auch ein bisschen ein rhetorischer Kniff, vielleicht kann ich es dabei bewenden und die Frage nach Gesamt- oder Teilordnung ein Stück weit offen lassen.

Nun zu der Nachfrage im Hinblick auf die Rolle des völkerrechtlichen Vertrags: Der Einwand, dass die Rolle der völkerrechtlichen Verträge, die

der europäischen Integration zugrunde liegen, nicht ausreichend gewürdigt wird, ist ein naheliegender Einwand aus Sicht eines Völkerrechtlers. Ich würde dazu aber doch vorsichtig zu bedenken geben, dass es hier möglicherweise gerade um das Einzigartige, das Alleinstellungsmerkmal der europäischen Integration geht. Es wird ja schon seit einiger Zeit beobachtet, dass die europäische Integration viele Facetten hat. Natürlich gibt es noch diese klassischen völkerrechtlichen Vertragselemente im Europarecht. Es gibt in der Tat dieses Völkerrechtliche und das Intergouvernementale. Aber es gibt auch das supranationale Element. Es gibt zudem eine ganze Welt der europäischen Integration, die sich völlig jenseits dieser Kategorien abspielt. Das ist im Schrifttum als „infranational“ bezeichnet worden. Wenn man etwa über Demokratie in der EU oder andere Fragen nachdenkt, dann ist es möglicherweise erforderlich, dass man für jede dieser Erscheinungsformen der europäischen Integration ein anderes, passgenaues Theoriekonzept anbietet. Jedenfalls stelle ich nicht in Abrede, dass es die völkerrechtliche Dimension, diese Vertragsdimension, noch gibt. Sie ist vor einiger Zeit in das die EU beschreibende Konzept der Staaten- und Bürgerunion eingegangen. Ich finde, damit ist die Besonderheit der EU ganz gut eingefangen und aufgenommen worden. Es geht eben nicht nur um eine – völkervertragsrechtliche – Staatenunion. Die Europäische Union ist mehr.

Ich muss noch ganz kurz etwas zu einem Diskussionsbeitrag sagen, weil es an dieser Stelle passt, ich Halbfranzose bin und wir in Speyer mit der besonderen Nähe der hiesigen gastgebenden Universität zu Frankreich sind. Ich möchte mich doch sehr deutlich dagegen wenden, dass wir Frankreich, weil es dort angeblich keine Trennung zwischen Politik und Wirtschaft gibt, nicht in Verfassungskategorien diskutieren und zu irgendwelchen Südstaaten rechnen. Das ist mir ein Anliegen und für Frankreich möchte ich diese Aussagenflut zurückweisen. Danke.

**Peters:** Es können leider nur noch sehr wenige Fragende zu Wort kommen, weil ich den Referenten natürlich noch ihre jeweils fünf Minuten Schlussvotum geben möchte und aus dem ganzen Cluster Verfassungsppluralismus, der schon angesprochen wurde, greife ich jetzt willkürlich noch drei Fragende heraus: Doris König, Johannes Masing und Matthias Mahlmann.

**König, Doris:** Auch meinerseits noch einmal vielen Dank für zwei sehr anregende Referate. Auf der abstrakten Ebene teile ich die Auffassung, dass wir uns von binären Denkstrukturen lösen müssen. Dazu gehört übrigens auch das Gegensatzpaar Gesamtordnung / Teilordnung, das nicht wirklich passt und für das wir neue Konfliktlösungsstrukturen brauchen. Die Frage, ob der kooperative Verfassungsppluralismus dazu taugt, ist für mich noch nicht endgültig beantwortet. Wenn ich dessen Aussagen auf konkretere

Fragen herunterbreche, und wir haben schon über den Grundrechtsschutz gesprochen, dann frage ich mich doch, was kann der kooperative Verfassungsppluralismus dazu leisten? Da hat Herr Mayer eben schon gesagt, und ich verkürze das einmal und gebe es sehr grob vereinfacht wieder, der Ton mache die Musik. Das ist richtig. Dennoch glaube ich nicht, dass uns das allein – und da habe ich die Antwort sicherlich auch verkürzt – bei konkreten Problemstellungen helfen kann. Ich bin anders als Herr Grimm der Meinung, dass der EuGH sich sehr wohl im Augenblick als Grundrechtsschutzgericht positioniert, und dies wird in Zukunft zu Abgrenzungsproblemen führen. Diese Probleme kann ich nicht allein mit der Maxime „der Ton macht die Musik“ oder „wir agieren dialogisch“ lösen. Ich möchte diese Problematik nur an einem Beispiel deutlich machen, nämlich der restriktiven Auslegung des Art. 53 der Grundrechtecharta durch den EuGH im Urteil Melloni. Hier hat der Gerichtshof meines Erachtens bei der Frage, ob auch in unionsrechtlich determinierten Sachverhalten ein höherer nationaler Grundrechtsstandard herangezogen werden kann, mit dem Beharren auf dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts keine dem Problem angemessene Antwort gegeben. Und ich glaube nicht, dass dies das letzte Wort sein kann. Insofern noch einmal meine Frage: Was kann der kooperative Verfassungsppluralismus da leisten und brauchen wir nicht doch in manchen Fragen wiederum binäre Denkstrukturen? Denn irgendjemand muss in einem konkreten Fall entscheiden, welcher Grundrechtsstandard gilt – bei aller Dialogbereitschaft.

**Masing:** Herr Mayer, ich habe Zweifel an der Leistungsfähigkeit Ihres Modells und frage mich vor allem, was danach von dem Begriff der Verfassung übrig bleibt. Ein zentraler Anspruch der Verfassung, der jedenfalls historisch den Begriff der Verfassung ausmacht, liegt in der Klärung der Legitimationsfrage. Wer ist legitimiert, politische Entscheidungen zu treffen, wer ist legitimiert Recht zu setzen, das für alle verbindlich ist? Nach der Idee der Verfassung wird dies in ihr auf der Grundlage der Gleichheit und Demokratie geregelt. Wenn Sie dagegensetzen, im kooperativen Verfassungsppluralismus gelte nunmehr Heterarchie, Interaktion und wechselseitige Offenheit, wird auf diese Frage keine Antwort mehr gegeben. Jetzt kann man vielleicht sagen, die ewige Zentrierung auf die Legitimationsfrage sei sehr deutsch – stützen wir uns doch auf den zweiten Aspekt, den eine Verfassung ausmacht und in ihr auch geregelt sein wollte: die ordnende Zuteilung von Entscheidungsmacht, das Element der Ordnung in Konfliktsituation. Auch da bleibt bei mir aber der Eindruck der Ratlosigkeit; bei Ihnen setzt sich im Miteinander der verschiedenen Ebenen letztlich der durch, der sich durchsetzen soll, vielleicht auch mit der Maßgabe, dass er die bessere Lösung hat – wobei zur Entscheidung von Machtkon-



flikten doch gerade dies kein Kriterium sein kann. Mit dem Modell eines so beschriebenen kooperierenden Verfassungspluralismus liefern Sie – jedenfalls konnte ich Ihrem Vortrag hierfür nichts entnehmen – auch keinerlei Mechanismen der Konfliktlösung, Weder für das Verhältnis der Mitgliedstaaten zur Union noch für das Verhältnis innerhalb der europäischen Union – etwa der Eurostaaten zu den anderen Staaten oder auch des Rats zum Parlament – und auch nicht im Außenverhältnis z.B. der Europäische Union zum Europarat.

Ich sehe also auch eine Befriedungswirkung, die die Verfassung schaffen sollte, in Ihrem Referat nicht angelegt. Dem Unterton nach ist vielleicht erkennbar, dass Zweifel an der Berechtigung einer Geltendmachung partikularer Gestaltungsvorstellungen von untergeordneten Einheiten gegenüber der oberen gehegt werden; ob, warum und wieweit das in der Union und dann für die Union auch gegenüber höherrangigen Ebenen gelten soll, ist aber nicht klar – und wurde von Ihnen auch Ihrem Anspruch nach gerade nicht ausgearbeitet. Es soll ja ein Miteinander sein – ein kooperatives. Letztlich scheint mir so, als gäbe es bei Ihnen keine Konflikte. Wenn wir dann aber ins reale Europa schauen und sehen, wie viele Konflikte es an allen Ecken gibt (ich brauche solche nicht weiter aufzuzählen, von Griechenland über die Flüchtlinge bis Großbritannien), scheint das eine Verbrämung der Machtfrage. Wir brauchen doch Antworten auf diese Konflikte.

Letztlich bleibt so die Frage: Ist Verfassung dann nicht nur noch ein schönes Wort? Bleibt von ihr nicht nur noch eine Semantik, die die Legitimation transportieren soll, die man ihr gleichzeitig nimmt? Man kann der Auffassung sein, dass das Modell der modernen Verfassung seine Leistungsfähigkeit verloren hat. Dafür spricht vielleicht einiges. Und ich bin auch der Auffassung, dass das Denken in pluralistischen Strukturen anknüpfend an föderale Strukturen wahrscheinlich das einzige ist, was uns weiterhilft. Insofern kann ich dem Ansatz von Herrn Heinig gut folgen. Möglicherweise können wir politische Entscheidungsmacht so immer weniger legitimatorisch begründen, und zunehmend nur noch beschreiben. Aber es scheint mir euphemistisch, die Auflösung der Ordnungskraft der Verfassung damit schönzureden, dass man sie in das schillernde Gemälde eines kooperativen Miteinanders mit einem pluralistischen Nebeneinander der Verfassungen auflöst, in dem es weder Hierarchien noch Letztentscheidungen, keine Verbindlichkeiten und keine geklärten Machtverhältnisse mehr gibt – bzw. in dem diese versteckt werden. Ich glaube, damit ist nichts gewonnen. Danke.

**Mahlmann:** Zwei kurze Fragen. Die erste Frage greift wieder dieses Dauerthema auf – dieses Mal aus der Perspektive der rechtspluralistischen Diskussion. Eine Beobachtung, die man machen kann, ist, dass die gegenwärtig-

gen rechtspluralistischen Diskussionen – und Herr Mayer hat richtig darauf hingewiesen, die sind sehr alt – im Grunde auf eine Selbstüberschreitung hinauslaufen. Der Rechtspluralismus wird regelmäßig nicht in letzter Instanz durchgehalten, sondern – jedenfalls in den aus meiner Wahrnehmung einflussreichsten gegenwärtigen Theorien – zugunsten eines grundrechtsorientierten Emanzipationsversprechens aufgegeben. Und die Frage ist, ob das nicht etwas ist, was man aus verfassungspluralistischer Sichtweise rezipieren sollte und vielleicht produktiv rezipieren könnte, um damit nämlich auch inhaltliche Maßgaben zu entwickeln, um diese vielfach angesprochenen Konfliktlösungen zu finden. Die zweite kurze Frage bezieht sich auf die kulturtheoretische Identitätsreflektion von Ihnen, Herr Heinig, über die man, glaube ich, lange nachdenken kann. Ich glaube, was wichtig ist, ist zu betonen, dass Identitäten einem nicht zustoßen, dass sie nicht einfach kontingente Erlebnisse sind, auf die wir keinen Einfluss haben, sondern dass Identitäten geschaffen werden, um Identitäten gekämpft wird und man auch Gründe finden kann, für bestimmte Identitäten zu kämpfen. Ich persönlich habe nicht die Wahrnehmung, dass wir in einem Europa der Episoden leben. Das, was in Griechenland passiert ist, überschreitet für mich die Tragödienschwelle. Das, was die Flüchtlingskrise abverlangt, überschreitet für mich die Tragödienschwelle und vielleicht in mehr als einer Hinsicht. Es kommt darauf an, dass wir um diese Identitäten ringen und die Identitätsbildung nicht denen überlassen, die sehr genau wissen, welche Art von Identität sie erzeugen wollen, nämlich eine grundrechtsferne, nationalistisch, vielleicht sogar noch anders autoritär strukturierte Identität, die, nicht die Zukunft Europas sein sollte.

**Peters:** Mir liegen noch fünfzehn Wortmeldungen vor. Ich möchte jetzt einfach aus Anciennitätsgründen noch drei Kollegen das Wort erteilen, nämlich an die Herren Alexy, Tomuschat und Ress und dann den Referenten das Schlusswort geben. Herr Alexy bitte.

**Alexy:** Herr Mayer, Sie verknüpfen den Begriff des Verfassungspluralismus sowohl mit dem Begriff der Deskriptivität als auch mit dem Begriff der Normativität. Was die Deskriptivität betrifft, kann ich Ihnen weitgehend folgen. Bei der Normativität bestehen freilich Probleme. Sie benennen in These acht drei Grundsätze: erstens wechselseitige Responsivität, zweitens Loyalität und drittens Vertrauen. Das sind zutiefst unjuristische Begriffe. Kann man mit unjuristischen Begriffen juristische Probleme lösen? In These zwölf sagen Sie, dass man zwischen einer hierarchischen Vorherrschaft und einem nicht hierarchischen Vorrang unterscheiden müsse. Vom Standpunkt der Logik des Ergebnisses aus besteht hier kein Unterschied. Vielleicht gibt es ihn unter dem Aspekt der Gründe, die hinter den beiden

Begriffen stehen. So viel zu Herrn Mayer. Wegen der gebotenen Kürze, Herr Heinig, nur einen Punkt. Der letzte Satz Ihrer Thesen lautet: „Mehr muss und mehr kann die Wissenschaft vom öffentlichen Recht redlicher Weise nicht leisten.“ Davor haben Sie das Leistungsziel wie folgt beschrieben: „ein unretuschiertes Bild von der zerklüfteten Gegenwartslage der Integration“. Natürlich muss die Jurisprudenz zerklüftete Bilder von nicht besonders begrüßenswerten Zuständen zeichnen, aber, und da bin ich auch schon am Ende, die eigentliche Aufgabe der Rechtswissenschaft ist die normative Systembildung. Dazu reicht es nicht aus, Zerklüftetes zu malen.

**Tomuschat:** Nochmals herzlichen Dank für zwei glänzende Referate. Beide waren, was ihre Methodik angeht, sehr ähnlich. Sie haben die rechtlichen Grundlagen behandelt, im Anschluss daran die legitimatorischen Grundlagen, aber ihre Deutungen driften dann doch sehr weit auseinander. Das Monstrum Europäische Union funktioniert sehr viel besser als das Alte Deutsche Reich, wo der Begriff des *monstro simile* geprägt worden war. Diese Grundfeststellung ist durchaus notwendig, denn die Diskussion spitzt sich hier auf bestimmte Krisenlagen zu, die aber äußerst selten sind. In der Normallage funktioniert jenes Gebilde vorzüglich, sehr effektiv und legitimatorisch korrekt. Allerdings hat sich in den jüngsten Krisen gezeigt, dass der souveräne Staat doch wieder in den Vordergrund tritt. In der Währungs-krise ist das so gewesen, und jetzt in der Flüchtlingskrise zeigt sich abermals, dass die Gestaltungsmacht der europäischen Regeln zurückbleibt und auf die Praxis offenbar wenig Einfluss ausübt. Ich bin kein Anhänger von Carl Schmitt, aber es ist eine Tatsache, dass eben in dieser Krisenlage die staatlichen Strukturen wieder die Oberhand gewinnen.

Nun die Frage: kann man die beiden Teilordnungen gleichsetzen? Ich würde mit Herrn Mayer übereinstimmen, dass man von Teilordnung sprechen kann. Aber ist die europäische Teilordnung wirklich eine Lebensordnung? Normalerweise bildet die Verfassung die normative Grundlage einer Lebensgemeinschaft. Stellen die 28 Völker der Mitgliedstaaten wirklich eine Lebensgemeinschaft dar? Da habe ich doch sehr große Zweifel. Sind wir etwa vertraut mit den Bulgaren, mit den Rumänen, könnte hier jemand im Saal exakt auf den ersten Blick die Hauptstadt von Bulgarien auf einer Landkarte markieren? Ich glaube, niemand wäre dazu in der Lage. Hier liegt die Schwäche der Europäischen Union. Denn nur aus einer echten Lebensgemeinschaft erwächst Solidarität als Kitt, den wir als Bindemittel brauchen. Hier würde ich Herrn Alexy dezidiert widersprechen, dass diese Dinge für eine rechtliche Auseinandersetzung irrelevant seien. Im Gegenteil, die legitimatorischen Grundlagen sind das eigentliche Lebenselixier der Europäischen Union, über sie muss man demgemäß auch sprechen, man darf sie nicht beiseitelassen. Wir sind eben doch ein sehr disparater

Haufen. Es gibt eben nicht nur Deutschland, Frankreich und Luxemburg und die Niederlande und Belgien, sondern wir haben es zu tun mit 28 Ländern mit ganz unterschiedlichen Identitäten. Dabei geht es nicht nur um die Identität der Verfassung, sondern auch um die Identität der Völker: wir dürfen den Blick nicht auf das Normative beschränken. Danke.

**Ress:** Entschuldigen Sie, dass ich zum Schluss noch den Blick eines Völkerrechtlers auf diese Debatte werfe. Zum Teil standen bei Herrn *Mayer* und Herrn *Heinig* – ich fand Ihre beiden Referate großartig – das Vorrangdenken im Mittelpunkt Ihrer Ausgangsthese. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts ist ja etwas, was völkerrechtlich eigentlich nie so richtig erklärt wurde. Es ist *nachfolgende Praxis* bei der Interpretation der Gemeinschaftsverträge. Das sind völkerrechtliche Verträge und die nachfolgende Praxis geht dann in die Interpretation der Verträge ein. Natürlich wenden sich Staaten gegen diese Interpretationen in der Form der nachfolgenden Praxis. Das hat das Bundesverfassungsgericht auch gemacht. Und dann kann man nicht sagen, dass das Urteil des EuGH alleingilt, wenn die nachfolgende Praxis zeigt, dass diese Interpretation nicht voll akzeptiert wird. Wir haben auch insofern – hier greife ich das Wort von Herrn *Mayer* auf – einen gewissen *Latenzzustand*, der auch von den Gerichten ausgefüllt worden ist und ausgefüllt wird. Deswegen scheint mir das Modell eines kooperativen Verhältnisses – Verfassungsppluralismus haben Sie das genannt – eine sinnvolle Deutung. Aus völkerrechtlicher Sicht kann ich nur sagen, dass wir oft in Latenzzuständen leben. Es muss nicht immer überall das letzte Wort gesagt werden, um weiter zu leben. Und insofern muss man auch das Verhältnis der nationalen Verfassungen und der europäischen Ordnung in vieler Hinsicht als eine Art Latenzzustand begreifen. Ohne diese völkerrechtliche Sicht auf diese Situation werden Sie das Gesamtkonzept nicht erklären können. Man könnte natürlich Kriterien für die Lösung der einzelnen Kooperationskonflikte entwickeln. Sie haben auf Artikel 53 hingewiesen der für ein Mehrebenen-Modell eine – nicht einfache! – Lösung anbietet. Es gibt natürlich auch noch andere Aspekte als den Vorrangaspekt. Sie haben auf Stabilität hingewiesen und anderes. Da hätte ich gerne eine Liste von Zielkriterien gehabt, die für die Lösung dieser Kooperation herangezogen werden können.

**Peters:** Wir haben wegen der Kürze der Beiträge nun doch noch etwas Zeit, deshalb kann ich noch drei jüngeren Europarechtlern das Wort erteilen: Herrn *Thym*, Herrn *Bast* und Herrn *Schorkopf*.

**Thym:** Vielen Dank für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Mir scheint, dass Michael *Heinig* eine ganz entscheidende Weichenstellung vornimmt,

indem er darlegt, dass das Souveränitätskonzept einen Wandel von der Allein- zur Letztverantwortung erfahren hat. Institute, wie der ausbrechende Rechtsakt und auch die Verfassungsidentität, die ein letztes Wort der Verfassung behaupten, gehen davon aus, dass diesseits der Schwelle einer Souveränitätsverletzung die Verfassung gerade keine umfassende Antwort mehr bietet. Exemplarisch zeigt sich das dann beim Grundrechtsschutz: Bekanntlich nimmt die Solange II-Rechtsprechung an, dass die deutschen Grundrechte bei einer Übertragung von Hoheitsrechten keine Anwendung mehr finden. Man kann über die Reichweite dieser Rücknahme mit Blick auf Art. 51 der Charta trefflich streiten und man kann diese Rücknahme im Verfassungsrecht des Grundgesetzes verorten. Beides ändert aber nichts daran, dass für viele praktische Rechtsfragen die Grundrechte des Grundgesetzes nicht mehr gelten – exemplarisch etwa beim Datenschutz. Aus diesem Grund sind jedenfalls die Grundrechtsartikel des Grundgesetzes längst keine Gesamtordnung mehr, die für die gesamte Ausübung von Hoheitsgewalt in Deutschland gilt. Wir brauchen immer häufiger auch eine Berücksichtigung von EMRK und Grundrechte-Charta, exemplarisch etwa im Flüchtlingsrecht bei den menschenrechtlichen Grenzen des Dublin-Systems. Wenn dem aber so ist, dann folgt hieraus zugleich auch, dass der Blick auf die Letztentscheidung eben nur in souveränitätstheoretischer Hinsicht die Einheit der Rechtsordnung beschreiben kann, ohne in materieller Hinsicht die Trennung der Grundrechtslehren aufzuheben. Die materielle Einheit der Grundrechtsordnung ist dann gleichsam der Kollateralschaden eines souveränitätsbasierten Blicks auf die Letztentscheidung – und eben das scheint mir dann auch der Reiz und der große Vorteil eines kooperativen Pluralismus à la Franz Mayer zu sein. Dessen Stärke ist nicht die Letztentscheidung, die gerade offen gelassen werden soll, sondern der Blick auf konkrete Rechtsfragen diesseits der Letztentscheidung, weil in diesen Fällen ein kooperativer Blick neue Optionsräume erkundet. Es geht um Optionsräume für eine Einheit, die immer nur eine relative sein wird, aber die gerade in der normativen Rückkopplung in begrenztem Umfang das Ideal einer Einheit der Rechtsordnung zu realisieren vermag.

**Bast:** Ich möchte einige Gedanken zu Franz Meyers Konzept des Verfassungspluralismus teilen. Ich bin im Ausgangspunkt ganz bei dem Vortragenden: „Verfassungserheblichkeit“ der europäischen Integration, das Grundgesetz als Teilverfassung, keine umfassende Gesamtordnung Europas. Ich hätte aber eine kritische Rückfrage, was die Leistungsfähigkeit des Pluralismusbegriffs angeht. Seine Stärke sehe auch ich darin, das kooperative Verhältnis der Teilordnungen zu beschreiben, aber er sagt wenig über die Gesamtheit der beiden Teile, und vor allem beinhaltet keine spezifische

Aussage über deren arbeitsteiliges Verhältnis. Deshalb fände ich es vielversprechend, einen Begriff aufzugreifen, den Franz Mayer nur am Rande erwähnt hat, nämlich den der Komplementarität. Dann wäre die Aufgabe der Europarechtswissenschaft, die funktionale Komplementarität der Teilrechtsordnungen auch inhaltlich zu bestimmen. Und wenn das richtig ist, wenn Komplementarität einen konzeptionellen Zugang zur Verfassung Europas eröffnet, dann ist es interessant, den Verfassungswandel zu beobachten, den die EU-Teilrechtsordnung gegenwärtig erfährt, denn dieser hat unmittelbare Rückwirkungen auf die Teilrechtsverfassungsordnungen der Mitgliedstaaten. Mit einem solchen methodischen Zugriff könnte man die Änderung im Verfassungssystem der Europäischen Union der letzten Jahre in die Beschreibung der Verfassungslage in der Bundesrepublik Deutschland einbeziehen. Dazu eine These, ohne dass ich das hier näher ausführen könnte: Meiner Meinung nach ist eine wesentliche Veränderung darin zu sehen, dass der Binnenmarkt als räumliches und konzeptionelles Zentrum des Selbstverständnisses der europäischen Integration an Bedeutung verloren hat und ein relativer Aufstieg des Euro-Währungsgebiets als neues räumliches und konzeptionelles Zentrum stattgefunden hat. In der „Eurozone“ stellen sich Verfassungsfragen anderer Art, als wir sie bisher, in einer vom Binnenmarkt geprägten EU, hatten. Die Europäische Union nimmt beispielsweise viel stärker als in der Vergangenheit eine Aufsichtsrolle gegenüber den Mitgliedstaaten wahr, ohne dass diese Aufsicht regelmäßig eingebunden werden kann. Das sind Verfassungsfragen, die wir in den Blick nehmen sollten, wenn wir die deutsche Teilrechtsordnung beschreiben.

**Schorkopf:** Franz Mayer hat vom Verfassungsmonismus gesprochen, den Verfassungspluralismus beiseitegelassen und hat ersterem dann einen Verfassungsdualismus entgegengestellt. Darin ist eine interessante Umwertung enthalten. Denn die Monisten, das waren bislang die offenen Kosmokraten und die Dualisten die potentiell geschlossenen Sceptiker des Ganzen. Nun sind die Dualisten – mit einem Verweis auf das Arsenal des Horrorfilms – beiseitegelassen worden, wobei ich nicht ganz sicher bin, ob derjenige, der das geschrieben hat, wirklich verstanden hat, was dahinter liegt. Denn sind die Pluralisten nicht eigentlich die erneuerten Dualisten? Von diesem Punkt ausgehend ist doch die Frage, ob Verfassungsdualismus eine Art verhandelte Verfassung ist: Ein ständiges Verhandeln der Wandelverfassung, um einen älteren Begriff aufzunehmen. Und wenn ich jetzt in die Praxis schaue – „praktizierte Perspektive“, einen Begriff von Herrn Heinig aufnehmend – was sagen wir dann dem Ministerialbeamten, dem Verwaltungsrichter und dem Politiker, der Rechtsrat sucht. Vielleicht denken wir auch an den Migranten, der nach Europa und nach Deutschland kommt und

der Antworten verlangt. Ich nehme die öffentliche Debatte so wahr, dass das, worauf wir uns gerade noch einigen können, das Grundgesetz ist. Das Grundgesetz in der Anwendung und aktuellen Auslegung durch die Höchstgerichte. Aber wenn wir das als Ausgangspunkt nur für ein permanentes Verhandeln über andere Verfassungsformen und dergleichen nehmen, was antworten wir dann? Ich glaube, dass es beim Verfassungsppluralismus, anknüpfend an These 18 von Herrn Mayer, um die Unsichtbarmachung von Macht geht. Wer das aber vorhat, der gibt die Macht letztendlich dem Entschlossenen.

**Peters:** Vielen Dank. Ich möchte mich jetzt schon bei allen entschuldigen – insbesondere bei den zahlreichen, die jetzt nicht zu Wort gekommen sind. Jetzt haben die Referenten jeweils fünf Minuten das Schlusswort, erst Herr Mayer bitte.

**Mayer:** Vielen herzlichen Dank nochmals für die Fragen und ich bitte jetzt schon um Nachsicht, dass ich nicht auf alle Punkte im Einzelnen werde eingehen können. Ich bin ein bisschen enttäuscht, dass niemand wissen wollte, wer genau dieses Shakespeare Zitat in Zentralbankkreisen eigentlich verwendet hat. „Let’s kill all the lawyers...“ – das war der Zentralbankpräsident Draghi. Er hat aber gleich dazu gesagt, dass derjenige der das im Shakespeare-Stück sagt, ein Schurke ist und im weiteren Verlauf umkommt. Ich will trotzdem noch einmal betonen, dass Zitat und Kontext zeigen, dass wir mit unseren Konzepten und unseren Überlegungen anschlussfähig sein und auch von den anderen verstanden werden müssen. Ich gehe in aller Kürze auf einige der angesprochenen Punkte ein und komme dann noch zu einigen wenigen grundsätzlicheren und allgemeineren Bemerkungen.

Zum Kontext Grundrechte will ich nachdrücklich betonen, dass es in der Europarechtswissenschaft sehr deutliche Kritik an der EuGH-Entscheidung in der Rs. Melloni gibt, Frau König. Und ich meine, dass man in diesem Kontext die Europarechtswissenschaft nicht unterschätzen sollte.

Die „Zombies“ – das war ein Zitat des Kollegen von Bogdandy, der heute leider nicht da ist. Diesen Vergleich im Kontext Monismus/Dualismus zu verteidigen würde ich gleichwohl ihm überlassen. Ich will an der Stelle nicht weiter auf die Monismus/Dualismus-Thematik eingehen. Nur ein Hinweis zur Verwendung der Begriffe: das Konzept des Verfassungsdualismus ist ein weiteres Beispiel dafür, dass wir von den Österreichern lernen können – dieses Konzept ist schon in den 90er Jahren in Österreich diskutiert worden.

Zu den Stichworten Logik, Vorrang, Vorherrschaft und zu der Frage, ob es einen hierarchiefreien Vorrang überhaupt geben kann: Dazu will ich

nur darauf verweisen, dass wir in der Europarechtswissenschaft schon seit geraumer Zeit eine Unterscheidung zwischen Anwendungs- und Geltungsvorrang entwickelt haben. Um einen bloßen Anwendungsvorrang geht es der Sache nach auch beim hierarchiefreien Vorrang. Es ist dann auch noch danach gefragt worden, was uns die Flüchtlingskrise für unser Thema sagt. Das ist die Frage nach der Rolle staatlicher Strukturen in der Flüchtlingskrise. Eine mögliche Antwort ist in diesem Kontext scheinbar die Rückbesinnung auf den Nationalstaat, weil sich allenfalls noch die nationalstaatlichen Strukturen zu bewähren scheinen. Vielleicht zeigt sich aber auch in der Flüchtlingskrise das Gegenteil, dass nämlich der Nationalstaat schon gar nicht mit der Dimension der Krise umgehen kann und allenfalls die europäische Zusammenarbeit weiterführt, wenn nicht das Problem sogar zu groß für die Europäische Union ist.

Allgemein führen für mich die kritischeren Nachfragen an meinem Ansatz zu folgenden Grundfragen: Was kann Rechtswissenschaft überhaupt leisten? Kann Rechtswissenschaft als Wissenschaft alle Probleme und Konflikte auflösen und konkrete Fälle eindeutig entscheiden? Letzteres ist eine Frage, die man sich sicherlich aus einer Richterperspektive vorrangig stellt. Aber ist die Aufgabe von Rechtswissenschaft als Wissenschaft nicht doch mehr? Müssen wir als Wissenschaft nicht auch rechtliche Antworten bereit halten für den Fall, dass wir in der rechtlichen Wirklichkeit Latenzzustände beobachten? Und was sind denn die Alternativen? Mir scheint, dass wer in einer eher traditionellen Sichtweise verharrt die Europäische Union im Zweifel eher in Staatswerdungsprozesse hineintreibt. Wenn man auf eine Überwindung von nationalen Verfassungsstrukturen durch analoge Unionsstrukturen setzt, dann bekommt man eigentlich genau das, was man nicht haben möchte. Und ich meine, dass der Verfassungspluralismus helfen kann, diese „Fälle“ – wenn Sie so wollen – zu vermeiden. Ich meine, dass die alten Antworten nicht weiterführen. Wie man dann den pluralistischen Ansatz im Einzelnen auf die Probleme herunterbricht, wie man dann mit gegenseitiger Rücksichtnahme oder mit Loyalität argumentiert, das kann man – ich bleibe dabei – am Beispiel der nationalen Verfassungsidentität meiner Ansicht nach sehr gut zeigen. Es gibt daneben aus einer verfassungspluralistischen Sicht auch Anfragen an die nationalen Verfassungsordnungen, die ihre eigene überstaatliche Bedingtheit in Rechnung stellen müssen und ihrerseits diese überstaatliche Bedingtheit mit speziellen Konzepten, die darauf zugeschnitten sind, in irgendeiner Art und Weise verarbeiten müssen.

Ein Punkt, über den wir jetzt nicht mehr vertieft sprechen konnten, betrifft die Frage der Einheit. Wie viel Einheit besteht im Verfassungspluralismus noch? Vielleicht muss man Einheit in diesem Zusammenhang komplexer denken, eben nicht definiert über eine mit Vorrang abgesicherte Hie-



rarchie, sondern als etwas, was sich aus konkurrierenden Perspektiven und Ansprüchen gleichsam erst ergibt und prozedural herzustellen ist.

Ich will am Schluss noch die Beobachtung mit Ihnen teilen, dass natürlich in der gesamten Diskussion der vorliegenden Thematik immer wieder die Sorge aufscheint, dass möglicherweise der Staatsrechtslehrrervereinigung der Gegenstand der Vereinigung immer mehr abhanden kommt, der Staat als exklusiver Gegenstand der Beratungen. Ich will dazu einfach nur betonen, dass aus meiner Sicht die nationale Verfassung in einem kooperativen Verfassungsppluralismus durchaus ihr Gewicht behält. Es ist in gewissem Sinne ein europäisches Gewicht und ich meine, dass es für die wissenschaftliche Betrachtung von Verfassung und damit für die Arbeit derjenigen, die in dieser Vereinigung zusammengeschlossen sind, eine zentrale Aufgabe bleibt, dieses europäische Gewicht der nationalen Verfassung einzufangen und zu bewerten. Ich verbinde diese Schlussbemerkung mit einem Dank an den Vorstand für dieses Thema und für die Möglichkeit, vor Ihnen vortragen und mit Ihnen diskutieren zu dürfen. Vielen Dank.

**Heinig:** Ich will mit der häufig geäußerten Frage beginnen, was denn Rechtswissenschaft leisten soll. Rechtswissenschaft kann über engagierte Identitätspolitik aufklären, aber, lieber Herr Mahlmann, ich bin skeptisch, dass wir beides einfach gleichsetzen sollen. Zu Herrn Ladeur: Wir können beschreiben, welche Ausdifferenzierungen wir für bestimmte Vorstellungen von Verfassungsrecht brauchen, aber Sie agieren wohl normativ überschüssig und empiriefrei, wenn Sie einfach behaupten, Südeuropa entbehre der Verfassungsvoraussetzungen. Das scheint eine Form von Systemtheorie, die man soziologisch valide so nicht betreiben kann. Weitere Debattenbeiträge kritisierten, dass der Verfassungsppluralismus für eine verfassungsgerechte Entscheidung nicht helfe. Nun: Rechtswissenschaft muss nicht nur helfen, Fälle zu lösen. Rechtswissenschaftliche Paradigmen können auch interessant sein, wenn sie einen eigenen Erklärungswert bieten und uns für die Praxis hilflos zurücklassen. Rechtswissenschaft soll normative Systembildung betreiben, Herr Alexy, ja, das ist sehr schön, aber wie soll das funktionieren, wenn sich zwei konkurrierende Letztentscheidungsansprüche gegenüberstehen und sich die Wissenschaft nur um den Preis von Aporien für eine dieser entscheiden kann? Dann kommen wir eben ans Ende der Systembildung. Wir sollten uns das eingestehen und dann diese Aporien beschreiben. Dabei kann der Verfassungsppluralismus helfen. Aber nur dann, wenn er das, was er programmatisch ankündigt und verheißt, auch tatsächlich im Kleinen einlöst. Dazu gehört dann auch, auf die Frage, was eine „non-hierarchische Vorrangrelation“ ist nicht einfach mit „Anwendungsvorrang“ zu antworten. Wenn man die Idee der Non-Hierarchie im Verfassungsppluralismus ernst nimmt, braucht es eine Balance von

unitarisierenden und gegenläufigen Tendenzen. In der Ausarbeitung des verfassungspluralistischen Paradigmas fehlt mir diese Balance manchmal. Letzte Bemerkung – dann bin ich auch lange vor den mir zugestandenen fünf Minuten zu Ende: Wenn wir uns die Fülle des europäischen Verfassungsrechts anschauen – das war in der Vorbereitung des Vortrags eine faszinierende Entdeckung – fällt auf, wie plural das Integrationsverfassungsrecht ist. Wie verschieden die Ansätze der einzelnen Mitgliedstaaten und die ihrer Höchstgerichte sind, mit den Problemen der Kohärenzerzeugung im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und Primärrecht umzugehen. In den Niederlanden und Polen, Österreich, Frankreich und Deutschland bestehen sehr unterschiedliche Strategien. Also wenn ich anregen darf, was ein nächster Vortrag zum Gegenstand haben könnte, wenn ich zusammenfassen soll, welche Forschungsperspektiven mir besonders interessant erscheinen, dann ist es dies: weiter zu erforschen, wie Strategien des Ausgleichs zwischen Union und Mitgliedstaaten in den unterschiedlichen nationalen Verfassungsräumen verfolgt werden. Dabei ist nicht so interessant, welche Lösung die „beste“ ist, sondern welche Probleme man sich mit welcher Lösung einkauft. Das sehen wir bei den Grundrechtsregimen und der Frage „Trennungs- oder Parallelitätsansatz?“. Mit jedem Ansatz gehen Folgeprobleme einher. Ich meine, Rechtswissenschaft hat auch die Aufgabe, solche Folgen und Dilemmata zu beschreiben und der Praxis kommt dann die Aufgabe zu, sie zu fallbezogen zu bearbeiten. Wir sollten das nicht in eins setzen. Danke.



Zweiter Beratungsgegenstand:

## **Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht – Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?**

1. Referat von Professor Dr. *Lothar Michael*, Düsseldorf<sup>1</sup>

### Inhalt

	Seite
I. Der Konstitutionalist und die Emanzipation. . . . .	132
II. Das Allgemeine Verwaltungsrecht und seine Ordnungsbausteine	135
1. Allgemeines Verwaltungsrecht als eigenständige Kategorie	135
2. Die Ordnungsbausteine des Allgemeinen Verwaltungsrechts als Tertium neben dem Verfassungsrecht und dem einfachen Recht. . . . .	136
a) Allgemeine Rechtsgrundsätze . . . . .	136
b) Bewährte Regelungsmodelle. . . . .	142
c) Leitbilder. . . . .	143
III. Staatsrechtslehre als Denken in Prozessrelationen . . . . .	145
1. Grundlegung . . . . .	145
2. Historische Relationen: Constitutional moments und die Narrative des Allgemeinen Verwaltungsrechts . . . . .	147
a) Die vorgefundene Verwaltung und die Verfassungsgebung	148
b) Drei Erzählungen vom Allgemeinen Verwaltungsrecht .	151
3. Institutionelle Relationen: Legitimation und Zusammenspiel der Akteure bei der Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts . . . . .	153
a) Kodifikation als Rechtsfortbildung in Gesetzesform . . .	153
b) Die originäre Gewalt der Obergerichte zur Rechtsfortbildung . . . . .	155

---

<sup>1</sup> Meinem Lehrer *Peter Häberle* danke ich für ermutigende Gespräche zur Grundkonzeption und Hauptthese in Rom und Berlin, für weitere fruchtbare Diskussionen und Anregungen *Julian Krüper*, *Mehrdad Payandeh*, *Martin Morlok* und *Heiko Sauer* und für Korrekturarbeiten *Daniel Dunz*, *Laura-Katharina Pauli* und *Nils Poestgens*.

c) Das Verbundmodell als legitimierendes Setting der Rechtsfortbildung . . . . .	159
IV. Verfassungsrechtsdogmatik in Relation zur Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts . . . . .	161
1. Das vorgefundene Rechtsstaatsprinzip und die verwaltungsrechtliche Systembildung . . . . .	162
2. Mythos und Dogmatik des Art. 19 Abs. 4 GG . . . . .	166
3. Entwicklung des Demokratiekonzeptes für die Verwaltungs- organisation als Leitbildwechsel auf Verfassungsebene? . . .	174
V. Betrachtung der europäischen Entwicklungen in Prozessrelationen . . . . .	179
VI. Schluss . . . . .	181

## I. Der Konstitutionalist und die Emanzipation

Der Konstitutionalist ist ein Staatsrechtslehrer, dem sich die Verfassung offenbart hat und ihm auftrag, drei Regeln zu verbreiten:

Du sollst Dir kein Bild von der Verfassungsgebung machen.

Du sollst die Verfassung ehren und *alles* Recht nach ihr ausrichten. Und:

Du sollst neben der Verfassung keine anderen Ordnungskonzepte haben.<sup>2</sup>

Wer die Verfassung in solcher Weise sakralisiert, wird die vom Vorstand im Untertitel des Themas aufgeworfene Frage (Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?) für eine bloß rhetorische halten. Zwar ist im Ergebnis zu bestätigen: Es ist kein „Bedeutungsverlust“ der Verfassung „durch Europäisierung und Emanzipation“ des Allgemeinen Verwaltungsrechts zu besorgen. Nach einer nüchternen<sup>3</sup> Bilanz ist aber nicht die

<sup>2</sup> „Konstitutionalist“ wird hier nicht iWSt des engl. „Constitutionalist“ als Verfassungsrechtler verstanden und „Konstitutionalismus“ nicht iSd engl. „Constitutionalism“ als die Lehre von der „Konstitutionalisierung“ (dazu *G. F. Schuppert/C. Bumke* Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000; historisch und rechtsvergleichend zu verschiedenen Konzeptionen und Begriffen des „constitutionalism“ *A. Peters* Compensatory Constitutionalism, *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006), 579 (582 f.)). „Konstitutionalismus“ mit den o.g. Prämissen in Frage zu stellen heißt nicht jegliche „Konstitutionalisierung“ zu bestreiten oder zu kritisieren. Der „Konstitutionalist“ im hier verstandenen erkennt Ordnungssysteme allenfalls „unter“ der Verfassung an, d.h. als konkretisiertes Verfassungsrecht. Indes gilt: Nicht alles was Verfassungsrecht ist, ist auch Ordnungskonzept. Und nicht alles, was ein Ordnungskonzept ist, ist auch Verfassungsrecht.

<sup>3</sup> „Ernüchternd“ nennt *E. Schmidt-Aßmann* Das Demokratieprinzip – Ein Plädoyer für seine noch bessere Entfaltung in der verwaltungsrechtlichen Lehrbuchliteratur, FS Battis, 2014, 85 die Beobachtung, dass das Verfassungsrecht in der Literatur zum Allgemeinen Verwaltungsrecht unterbelichtet bleibe, und fordert eine Hinwendung zur Verfassung.

Frage des Vorstandes, sondern die Bedeutung der Verfassung hier seit je eine rein rhetorische. Die Verfassung hat auf das Allgemeine Verwaltungsrecht nie eine Ausstrahlungswirkung<sup>4</sup> gehabt, die so nennenswert wäre, dass sie sich noch reduzieren ließe.

Dieses Ergebnis wird nicht nur Konstitutionalisten beunruhigen. Die Systembildung selbst<sup>5</sup> pflegt in Deutschland<sup>6</sup> die Legende<sup>7</sup>, dass

<sup>4</sup> Diese ist eine der vielen, schillernden Bedeutungen der Konstitutionalisierung, vgl. R. Wahl Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?, FS Brohm, 2002, 191 (193); M. Jestaedt Verfassungsgerichtsbarkeit und Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts, Eine deutsche Perspektive, in: Masing/Jouanjan (Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit, 2011, 37 (39): „Verfassungskompatibilisierung“.

<sup>5</sup> E. Schmidt-Aßmann Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, Kap. 1 Rn. 19: „Die wichtigste Bedeutung des Verfassungsrechts muß heute aber gerade in der Beeinflussung der verwaltungsrechtlichen Systematik gesehen werden.“; hierher gehört die gerne zitierte – obwohl zu Recht bestrittene (s.u. Fn. 65) – Bemerkung bei F. Fleiner Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, V (Vorwort): „Die Neugestaltung des Verfassungsrechtes hat in Deutschland einen starken Einfluß auch auf das Verwaltungsrecht ausgeübt.“.

<sup>6</sup> L. Heuschling Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht, in: IPE III, 2010, § 54 Rn. 46, 48 bezeichnet eine wachsende Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts in Europa als „Mainstream, deren Avantgarde Deutschland ist“; C. Schönberger „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ – Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: Stolleis (Hrsg.) Das Bonner Grundgesetz – Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949–1969), 2006, 53 (57): „erstaunlicher bundesdeutscher Sonderweg“ mit Verweis auch auf die „verwunderte Beachtung“ in der Schweiz bei H. Huber Besprechung zu: Otto Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2. Aufl. 1964, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 105 (1964), 367 (369): „noch ungewohnt“; insoweit geradezu entgegengesetzt – und in Deutschland nie rezipiert – A. Merkl Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, 79: „Das Verfassungsrecht steht, wenn es formell vom Gesetzesrecht und untergesetzlichem Rechte differenziert und damit zugleich als eine dem Gesetzesrecht übergeordnete Rechtssatzform qualifiziert ist, zum Verwaltungsrecht in einem ausschließlichen Gegensatz.“.

<sup>7</sup> „Legendär“ in diesem Sinne: F. Werner Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527 ff. Kritisch zur Rezeption J. Masing Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 7 Rn. 63: „Das viel zitierte Diktum von Fritz Werner... ist ein Beispiel für die Gefahr von Irreführungen durch rhetorisch einprägsame Floskeln“; ähnlich: C. Möllers Methoden, in: GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 13: „Der vielzitierte Satz Fritz Werners sollte daher als weder zutreffend noch wünschenswert zu den Akten der Verwaltungsrechtsgeschichte gelegt werden.“; Deutungen als Übergangsphänomen bei O. Lepsius Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002, 409 f.: „passé“; die entgegengesetzte Wahrnehmung einer erst späten Verwirklichung bei F. Ossenbühl in: Erichsen/Martens (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1975, 2. Aufl. 1977, § 7 I, 62: „Eine solche Resistenz des deutschen Verwaltungsrechts gegenüber verändertem Verfassungsrecht war bis weit nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes zu beobachten, ist aber heute eher einer die Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts überbetonenden und übertreibenden Haltung gewichen.“; Meinungsführer der

alles<sup>8</sup> Verwaltungsrecht und also auch das Allgemeine Verwaltungsrecht verfassungsgeprägt sei. Sie fühlt sich von diesem Mythos getragen.<sup>9</sup> Ihn zu verbreiten folgt entweder einer konstitutionalistischen Agenda oder dient der rhetorischen Selbstbestätigung der Systembildung.

Es geht nicht primär um die Zerstörung<sup>10</sup> eines Mythos, noch weniger um die Delegitimation der Systembildung, sondern um eine Theoriealternative. Dazu gilt es, diejenigen Rechtserkenntnisquellen zu rekonstruieren, die das Allgemeine Verwaltungsrecht stattdessen prägen. Sie sind als Ordnungsbausteine ein Tertium neben dem Verfassungsrecht und dem einfachen Recht. Aus dem binären Verhältnis zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht wird eine Dreiecksbeziehung, die alternative Blickwinkel eröffnet.

So irrelevant die Verfassung für dieses Verständnis des bisherigen Allgemeinen Verwaltungsrechts geblieben ist, so radikal verändert sich mit dieser These das Bild vom Grundgesetz. Der Befund einer emanzipierten

---

erwähnten „Resistenz“ war *E. Forsthoff* Von der Staatsrechtswissenschaft zur Rechtsstaatswissenschaft (1968), in: *ders.* Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954–1973, 2. Aufl. 1976, 188 (189): „Das Grundgesetz enthält nichts, das verdiente als Errungenschaft bezeichnet zu werden“; wieder anders die Wahrnehmung bei *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 5), Kap. 1 Rn. 18: „Unter dem Grundgesetz hat sich, Fritz Werners einprägsamer Formel vom Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht entsprechend, die Bestimmungskraft der Verfassung schnell voll entfaltet“; kritisch gegenüber einer nicht bezweifelten Bedeutung des Verfassungsrechts *R. Breuer* Konkretisierung des Rechtsstaats- und Demokratiegebotes, FG 50 Jahre BVerwG, 2003, 223 (224): „vulgäre Heilserwartung gegenüber der Verfassung“; umgekehrt unkritisch gegenüber einer bezweifelten Bedeutung des Verfassungsrechts *H. P. Bull* Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2000, 33, Rn. 63: „Daß bei genauer Betrachtung zahlreiche Diskrepanzen zwischen Anspruch und Wirklichkeit feststellbar sind, ändert nichts an dieser verstärkten normativen Kraft der Verfassung“.

<sup>8</sup> *O. Bachof* Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht, in: *Külz/Naumann* (Hrsg.) Staatsbürger und Staatsgewalt, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Geschichte und Gegenwart, Band II, 1963, 3 (4): „durchgehende Verfassungsabhängigkeit“ des Verwaltungsrechts.

<sup>9</sup> Auch bei *Fritz Werner* korrespondiert der Ansatz der Verfassungskonkretisierung einer gleichzeitigen Auseinandersetzung mit der Legitimation richterlicher Maßstabsetzung: vgl. *ders.* Bemerkungen zum Verhältnis von Richter und Geschichte, Deutsche Richterzeitung 1956, 228 ff.; *ders.* Das Problem des Richterstaates, 1960. Wer indes meint, rein rhetorische Bezugnahmen auf die Verfassung seien bereits ein Freifahrtschein für jegliche Systembildung, ist Trittbrettfahrer eines Konstitutionalismus, ohne dessen Prämissen zu hinterfragen.

<sup>10</sup> Es geht nicht nur um die Alternative, die *Schönberger* Verwaltungsrecht (Fn. 6), 55 f. zeichnet: Danach handeln zwei „große Erzählungen“ von einer Verfallsgeschichte (des Übergriffs einer überinterpretierten Verfassung auf ein der Spielräume beraubtes Verwaltungsrecht iSv *Ernst Forsthoff*) einerseits und einer Fortschrittsgeschichte (der Einlösung des Diktums von *Fritz Werner*) andererseits.

verwaltungsrechtlichen Systembildung indiziert eine Neuinterpretation des grundgesetzlichen Ordnungskonzeptes.

Verfassung ist mit *Peter Häberle* als Prozess zu verstehen<sup>11</sup> und sie hat in unterschiedlichen Rechtsbereichen je eigene Funktionalität. Nationales Verfassungsrecht im hier verstandenen Sinne zeichnet sich dadurch aus, durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit als vorrangiges Recht durchsetzbar und nur durch die verfassungsrevidierenden Gewalten änderbar zu sein. Inwieweit es als Ordnungskonzept das Recht über die direkte Anwendbarkeit seiner Normen hinaus prägt, hängt von bereichsspezifischen Alternativimpulsen der Rechtsentwicklung ab.

## II. Das Allgemeine Verwaltungsrecht und seine Ordnungsbausteine

### 1. Allgemeines Verwaltungsrecht als eigenständige Kategorie

„Allgemeines Verwaltungsrecht“ ist bisher ein heuristischer Sammelbegriff, der vorausgesetzt, aber nicht definiert wird. Selbst *Eberhard Schmidt-Aßmann* hält letzteres für entbehrlich und schreibt „allgemeines Verwaltungsrecht“ klein. Denn es geht ihm um die Systembildung an sich, deren Ordnungsidee wesentlich „durch das Verfassungsrecht geprägt“ werde. Hier sei „Allgemeines Verwaltungsrecht“ groß geschrieben. Es ist nicht als verfassungsgeprägte Ordnungsidee, sondern als eigenrationale Systembildung zu rekonstruieren.<sup>12</sup>

Diese bedarf einer Legitimation jenseits des Konstitutionalisierungsarguments. Allgemeines Verwaltungsrecht ist in einem doppelten Sinne „allgemein“, nämlich fachübergreifend und landesübergreifend.<sup>13</sup> Von seiner Genese her ist Allgemeines Verwaltungsrecht immer ein zu Suchendes gewesen. Nicht nur Verfassungen, sondern auch andere Ordnungskonzepte der Verallgemeinerung sind als Prozess zu begreifen. Das Programm der

---

<sup>11</sup> *P. Häberle* Verfassung als öffentlicher Prozess, 3. Aufl. 1998, 5, 243 et passim. Vgl. auch *B.-O. Bryde* Verfassungsentwicklung, 1982.

<sup>12</sup> *P. Häberle* Auf dem Weg zum Allgemeinen Verwaltungsrecht (1977), in: *ders.* Verfassung als öffentlicher Prozess, 3. Aufl. 1998, 656 (660): „so notwendig erscheint die Erarbeitung des ‚spezifisch Verwaltungsrechtlichen‘“.

<sup>13</sup> *O. v. Sarwey* Allgemeines Verwaltungsrecht, o.J. (1884), 51: „Sofern das Verwaltungsrecht als Disziplin hiernach die Darstellung des in einem bestimmten Staate geltenden, die Verwaltungsthätigkeit regelnden positiven Rechts ist, kann eine Arbeit, welche unter dem Titel des allgemeinen Verwaltungsrechts eingeführt wird, nur die Aufgabe haben, die dem Rechte der verschiedenen Staaten gemeinsame und die sie unterscheidenden Grundsätze über die Verwaltungsthätigkeit wissenschaftlich zu erfassen und darzustellen.“



Systembildung geht von einem zu „verallgemeinernden“ Recht aus und zielt auf dessen „verallgemeinertes“ Extrakt.<sup>14</sup>

In der Sache handelt das Allgemeine Verwaltungsrecht von Handlungs- und Bewirkungsformen, von Verfahren und Organisation sowie von Bindungswirkungen, Kontrollmechanismen<sup>15</sup> und Fehlerfolgen. Der Begriff wird hier bewusst eng gefasst, um das Besondere des Allgemeinen Verwaltungsrechts herauszuarbeiten.<sup>16</sup>

## 2. *Die Ordnungsbausteine des Allgemeinen Verwaltungsrechts als Tertium neben dem Verfassungsrecht und dem einfachen Recht*

Die Ordnungsbausteine des Allgemeinen Verwaltungsrechts bestehen aus drei Rechtserkenntnisquellen: Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, bewährten Regelungsmodellen und Leitbildern.

### a) *Allgemeine Rechtsgrundsätze*

Bei der Suche nach konkreten Beispielen für die Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht fällt auf: Die Rechtsprechung des BVerfG zum Vertrauensschutz ist gespalten: Die Grenzen der Aufhebung begünstigender Verwaltungsakte wurde in Fällen des Allgemeinen Verwaltungs-

---

<sup>14</sup> Nach *Merkl* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 6), VI „benützt die Lehre vom allgemeinen Verwaltungsrecht die einzelnen positiven Rechtsordnungen nur als Material, um daraus das für jede positive Verwaltungsrechtsordnung oder wenigstens für die Mehrzahl der Verwaltungsrechtsordnungen Allgemeingültige wie gemeinsame Faktoren herauszuheben.“ Das gilt heute auch für ein Europäisches Verwaltungsrecht. Für ein internationales Verwaltungsrecht ist dies schon schwieriger, aber konzeptionell auch nicht ganz ausgeschlossen: *A. v. Bogdandy* Prolegomena zu Prinzipien internationalisierter und internationaler Verwaltung, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 683 (694 ff.).

<sup>15</sup> Die Kontrollperspektive prägt die traditionelle Dogmatik, ist aber durch die Handlungsperspektive zu ergänzen: *E. Schmidt-Aßmann* Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, 14 f.

<sup>16</sup> Tendenziell entwickeln sich auch Aspekte eines in weiterem Sinne verstandenen Allgemeinen Verwaltungsrechts eigenrational. Z.B. im Beamtenrecht verweist das Grundgesetz selbst in Art. 33 Abs. 5 GG auf die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamten-tums“ und enthält den Auftrag, das öffentliche Dienstrecht „zu regeln und fortzuentwickeln“ (zur Unterscheidung von Setzungsakten und Rechtsfortbildung s.u. III. 3.). Für die Fragen des Informationsrechts, die ebenfalls zu einem Allgemeinen Verwaltungsrecht in einem weiteren Sinne gehören, gilt eine starke verfassungsrechtliche Prägung, die aber bemerkenswert erst durch einen Verfassungswandel (d.h. der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) ausgelöst wurde. Die Eigengesetzlichkeiten des Verfassungswandels sind ein eigenes Thema und auch dieses Phänomen ist mit dem hier vertretenen Ansatz eines Denkens in Prozessrelationen zu legitimieren (dazu *L. Michael* Die verfassungswandelnde Gewalt, RW 2014, 426 ff.).

rechts aus „Treu und Glauben“<sup>17</sup> entwickelt<sup>18</sup> – bis heute ablesbar an einer Akzentuierung der Zurechnungsfragen<sup>19</sup>. Ein verfassungsrechtlicher<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> BVerwGE 9, 251 (256 f.): „ob das Außerachtlassen des Vertrauensinteresses im einzelnen Fall gegen Treu und Glauben verstößt (...) weil die Gebote von Treu und Glauben selbst zum Kern der Rechtsordnung gehören“. Vgl. zum Vertrauensschutz auch BVerwGE 38, 290 (294): „allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts“; dazu *H.-J. Blanke* Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2000, 13 ff. mwN zur Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte der Weimarer Zeit; zur Bedeutung allgemeiner Rechtsgedanken in der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts *F. Schack* „Analogie“ und „Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken“ bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts, FS Laun, 1948, 275 (277).

<sup>18</sup> Die Frage, ob sich Vertrauensschutz auch verfassungsrechtlich begründen lässt, muss unterschieden werden von derjenigen, ob das Verfassungsrecht den verwaltungsrechtlichen Vertrauensschutz geprägt hat (ersteres bejahend *G. Kisker* Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32 (1973), 149 ff.; letzteres bezweifelnd *G. Pittner* ebd., 200 (203); dazu die (heftige, beide Fragestellungen vermengende) Debatte ebd., 228 ff., klarstellend *G. Pittner* ebd., 236 f., 267). BVerwGE 11, 136 (137) reagiert lediglich auf die Kritik von *E. Forsthoff* Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 7. Aufl. 1958, Vorwort und 240/1, der die Rechtsprechung des BVerwG zum Vertrauen auf einen rechtswidrigen Verwaltungsakt als „das Ende des Rechtsstaates“ bezeichnet hatte. Die auch verfassungsrechtliche Begründbarkeit des Vertrauensschutzes ist lediglich Schutzargument, dass die auf Treu und Glauben gestützte Rechtsprechung jedenfalls nicht verfassungswidrig ist. Die Verfassung wirkte nicht prägend, sondern bestätigend, zumal bei der Frage der Rücknahme eines belastenden Verwaltungsaktes das Rechtsstaatsprinzip sowohl gegen als auch für die Aufhebung streitet (*H.-U. Erichsen* in: ders./Martens (Fn. 7), 2. Aufl. 1977, § 18 I, 190: „verfassungsrechtlich gleichrangig und gleichwertig“; *M. Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.) VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 28: „ebenbürtig“). Es ist ein rhetorisches Paradoxon des Konstitutionalismus, dass das Bestreiten einer verfassungsrechtlichen Prägung im Zweifel Begründungsversuche provoziert und eine rein rhetorische Berufung auf die Verfassung verfassungsrechtlichen Zweifeln den Wind aus den Segeln nimmt. BVerwGE 74, 357 (362) zeigt, dass das BVerwG das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip heranzieht, um zu begründen, dass Vertrauensschutz im Grundsatz auch zu berücksichtigen ist, wenn es um die Rücknahme eines unionsrechtswidrigen Verwaltungsaktes geht. Bei der Frage des Wie dieses Vertrauensschutzes argumentiert dann aber das BVerwG nicht mit Verfassungsrecht, sondern mit dem Gesetzesrecht, mit Richterrecht und mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

<sup>19</sup> BVerwGE 9, 251 (255) stellt ab auf Verantwortungsbereiche. Das gilt – verpackt als Einzelfallrechtsprechung (und nicht als verfassungskonforme Auslegung!) – auch nach der Kodifizierung, vgl. BVerwGE 74, 357 (364): „Eine solche Mitverantwortung der Behörde kann allenfalls im Einzelfall dazu führen, daß die Rücknahme des Verwaltungsaktes entsprechend den Grundsätzen des § 242 BGB als eine unzulässige Rechtsausübung bewertet wird.“

<sup>20</sup> Eine verfassungsrechtliche Betrachtung legte nahe, zwischen dem für die jederzeitige Änderbarkeit staatlicher Entscheidungen streitenden Demokratieprinzip (bei rechtswidrigen Verwaltungsakten zudem der Gesetzmäßigkeit) und der Rechtssicherheit einen Ausgleich zu schaffen. Während für die Rechtskraft richterlicher Entscheidungen einerseits und die Änderbarkeit von Gesetzen andererseits wenigstens ein Ausgangspunkt greifbar scheint, scheitert eine verfassungsrechtlich überzeugende Rekonstruktion des verwaltungsrechtlichen Vertrauensschutzes meist schon daran, dass der Verwaltungsakt selbst einerseits dem

Mindeststandard<sup>21</sup> des Vertrauensschutzes kommt in der Rechtsprechung<sup>22</sup> nur ins Spiel, wenn spezielle Vorschriften hinter diesem Vertrauensschutzstandard des Allgemeinen Verwaltungsrechts zurückbleiben.<sup>23</sup>

Eine verfassungskonforme Auslegung des besonderen Verwaltungsrechts ist aber nicht mit jenen Maßstäben des Allgemeinen Verwaltungsrechts identisch.<sup>24</sup> Die verfassungsunmittelbare Grundrechtsbindung der Verwaltung ist kein bloßer Teilaspekt des Allgemeinen Verwaltungsrechts, sondern von eigener Natur. Sie gehört nicht zum Thema.<sup>25</sup> Hier soll es um

---

Urteil angelehnt ist, andererseits aber auch flexibler Erfüllung von Staatsaufgaben dient. Prägend für den Vertrauensschutz ist dann letztlich die Frage der Angewiesenheit des Einzelnen auf den Bestand von Verwaltungsakten. Vgl. dazu *Forsthoff* Lehrbuch (Fn. 18), 8. Aufl. 1961, 242, 10. Aufl. 1973, 265; darauf stützt sich der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVfG 1963), 2. Aufl. 1968 mit Anh. „Münchener Fassung“, zu § 38 EVwVfG 1963, 176.

<sup>21</sup> Von einer verfassungsrechtlichen „Sockelgarantie“ der Rechtssicherheit spricht *A. v. Arnauld* Rechtssicherheit, 2006, 678, 682, der eine „Reservefunktion“ (692) zukomme. Nach *Blanke* Vertrauensschutz (Fn. 17), 101 ist das Rechtsstaatsprinzip insoweit lediglich „Leitmotiv“, das erst durch die Grundrechte operabel werde.

<sup>22</sup> BVerfGE 59, 128 (167) bestätigt lediglich, dass auch die auf Treu und Glauben gestützte Systembildung des BVerwG im Rahmen des auch verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes liegt; E 60, 253 (269 ff.) bestätigt, dass auch eine Verschuldenszurechnung des Prozessbevollmächtigten dem verfassungsrechtlichen Mindeststandard des Vertrauensschutzes nicht widerspricht; bei BVerfGE 116, 24 geht es um die über das Allgemeine Verwaltungsrecht hinausreichende Frage, inwieweit es einer *spezialgesetzlichen* Ermächtigungsgrundlage bedarf.

<sup>23</sup> Zwei Entscheidungen des BVerwG (E 78, 101 (110); 91, 306 (312 ff.)) zu der spezialgesetzlichen Widerrufsregelung § 53 BAföG zeigen Folgendes: Erstens werden spezialgesetzliche Regelungen, die den Vertrauensschutz gegenüber den Regelungen des Allgemeinen Verwaltungsrechts (in diesem Falle § 48 SGB X) einschränken, eng ausgelegt und im Zweifel der Rückgriff auf das Allgemeine Verwaltungsrecht ermöglicht. Wenn der Gesetzgeber darauf reagiert und diesen Rückgriff explizit ausschließt, dann – man beachte: erst dann! – greift das BVerwG auf einen unmittelbar verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz zurück und geht dabei an die Grenze vertretbarer verfassungskonformer Auslegung. Die Verfassung erscheint hier also einerseits nicht „im Allgemeinen Verwaltungsrecht“, sondern als eine Auffangordnung jenseits des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Aber andererseits hat die Verfassung gleichsam zwischen dem Rückgriff auf das Allgemeine Verwaltungsrecht einerseits und der Unausweichlichkeit einer gegebenenfalls zwingenden Vorlage eines Gesetzes wegen seiner Verfassungswidrigkeit nach Art. 100 Abs. 1 GG an das BVerfG noch „Platz“.

<sup>24</sup> BVerwGE 91, 306 (312) stellt klar, dass der Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften über die Aufhebung von Verwaltungsakten (hier § 48 SGB X bzw. § 49 VwVfG – fragwürdig verweist das BVerwG auf § 48 VwVfG statt auf § 49 VwVfG) „durch den (insoweit) eindeutigen Wortlaut und Sinn des § 53 S. 2 BAföG ausgeschlossen“ ist und deshalb nicht nur grobe Fahrlässigkeit Vertrauen ausschließt.

<sup>25</sup> Es überrascht, dass die praktisch alltägliche Frage, ob die Verhältnismäßigkeit auch Korrektiv der so genannten gebundenen Verwaltung im Einzelfall ist, in der Lehrbuchliteratur vernachlässigt wird, und in Rechtsprechung und Literatur sehr uneinheitlich beant-

darüber hinausgehende Ausstrahlungswirkungen von Ordnungskonzepten gehen, um Rechtserkenntnisquellen.

Die prägende Bedeutung allgemeiner Rechtsgrundsätze<sup>26</sup> hat auch biographische Gründe. In der für das Allgemeine Verwaltungsrecht so prägenden Zeit wurden die Richter an den Oberverwaltungsgerichten und am BVerwG primär aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit rekrutiert.<sup>27</sup> Auch *Otto Mayer* begann als Zivilist.<sup>28</sup>

---

wortet wird und als allgemeine Frage des Verwaltungsrechts im Grunde genommen als ungeklärt gelten muss. Dieser Befund von *Forsthoff* Lehrbuch (Fn. 18), 10. Aufl. 1973, 71 gilt bei aller Fülle von Rechtsprechung und Literatur hierzu bis heute; dazu *T. Barczak* Der gebundene Verwaltungsakt unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, *VerwArch* 2014, 142 (155) mit umfangreichen Hinweisen und einem restriktiven Ansatz; für ein verhältnismäßigkeitskonformes Verständnis der Gesetzesbindung hingegen *L. Michael/M. Morlok* Grundrechte, 5. Aufl. 2016, Rn. 612. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt zudem als Beispiel dafür, dass nicht nur das Verfassungsrecht die Entwicklung des Verwaltungsrechts prägen kann, sondern dass auch umgekehrt Entwicklungen des Verwaltungsrechts auf Verfassungsebene rezipiert werden können: *Häberle* Auf dem Weg (Fn. 12), 662 Fn. 27.

<sup>26</sup> Zu deren systembildender Kraft *K. Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 474 ff.; zust. *F. Ossenbühl* Allgemeine Rechts- und Verwaltungsgrundsätze – eine verschüttete Rechtsfigur?, *FG 50 Jahre BVerwG*, 2003, 289 (297): „haben die allgemeinen Rechtsgrundsätze aber auch eine zentrale Bedeutung als Bausteine der Systembildung des Rechts“.

<sup>27</sup> Das gilt sogar für *Fritz Werner* und *August Bettermann* (die Mitglieder der Vereinigung wurden). Beachte auch, dass noch in der Weimarer Zeit das Reichsgericht die Instanz für die Bestätigung/Entwicklung gemeindeutscher Grundsätze des Verwaltungsrechts war; dazu: *B. Dennewitz* Die Systeme des Verwaltungsrechts, 1948, 137: Das Reichsgericht widersetzte sich erst „hartnäckig (...) mit einer betont zivilistischen Rechtsprechung, bis es schließlich im Jahre 1918 die Stellung zu *Otto Mayer* hinüberwechselte“. Entgegengesetzt dann die Motivation einer bereits etablierten Verwaltungsrechtswissenschaft, die ihre zivilrechtlichen Wurzeln vergessen machen will; statt aller als Beispiel: *N. Achterberg* Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982, § 22 Rn. 56, 470, der die Zurückführung des Vertrauensschutzes auf „Treu und Glauben“ bekämpft und lieber auf die – besonders wenig überzeugende – Verankerung in Art. 3 Abs. 1 GG setzt. Nach *F. Werner* Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, 1966, 8 ff. handelt es sich bei § 242 BGB um „gleichsam ‚selbstverständliches‘ Recht“, und er fragt: „Ist es nicht so, daß die Judikatur häufig auf das Problem der Unzumutbarkeit hinausläuft?“, um dann die Rechtsprechung zum Vertrauensschutz so zu relativieren: „Der die Rechtsprechung erfüllende Hinweis auf Treu und Glauben ist vielfach nur noch eine formelhafte Wortfassung. In Wirklichkeit hat sich der Begriff der Unzumutbarkeit mit seinem negierenden Akzent an die Stelle der positiv gefaßten Begriffe Treu und Glauben gesetzt.“ Damit bestätigt *Fritz Werner* die Eigenrationalität der Rechtsprechung, die auch seinen – hier bemerkenswerterweise nicht bemühten – Ansatz einer vermeintlichen Verfassungskonkretisierung relativiert. Zu seinem Selbstverständnis als Richter aufschlussreich: *ders.* Deutsche Richterzeitung 1956, 228 ff.; *ders.* Das Problem des Richterstaates (Fn. 9); alle drei Beiträge auch in *Bettermann/Uhle* (Hrsg.) Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971.

<sup>28</sup> Wissenschaftssoziologisch gilt hier mit *H. Dreier* Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts, in: *Walter* (Hrsg.) *Adolf J. Merkl*,

In heutigen Nacherzählungen<sup>29</sup> gehen die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Verfassungsrecht auf.<sup>30</sup> Das bekräftigt den umfassenden Herrschaftsanspruch der Verfassung und dessen Verallgemeinerungstendenz<sup>31</sup>. Erst erklären Staatsrechtslehrer den Zivilisten, sie müssten die Verfassung in die Generalklauseln hineinlesen und dann lesen sie die Generalklauseln in die Verfassung hinein. Der Konstitutionalist ist begeistert.<sup>32</sup>

Stattdessen ist die überkommene Dichotomie zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht zu überwinden. Allgemeinheit ist kein hinreichendes

---

Werk und Wirksamkeit, 1990, 55 (60): Das „Abstraktions- und Konstruktionsniveau des als vorbildlich geltenden Privatrechts“ half der Verwaltungsrechtswissenschaft sich in den Fakultäten zu behaupten. Freilich suchte *Otto Mayer* „terminologische Anlehnung an das Zivilrecht tunlichst zu vermeiden“ (*M. Friedrich* Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, 316, der fortfährt: „Auch die späteren Bereinigungen von zivilistischem Vokabular können es freilich nicht verdecken, daß das klassische Zivilrecht die Mutter auch des Otto Mayerschen Verwaltungsrechts ist.“).

<sup>29</sup> Die Interpretation auch des Verwaltungsverfahrenrechts als konkretisiertes Verfassungsrecht bekam erst nach dessen Teilkodifikation Aufschwung: Dazu *A.-B. Kaiser* Die Kommunikation der Verwaltung, 2007, 101 ff. mit Verweis auf den erst späten Bezug auf die Lüth-Rechtsprechung einerseits und auf *F. Kopp* Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, 1971 andererseits.

<sup>30</sup> Dies suggeriert, das Verwaltungsrecht habe sich nicht aus eigener Kraft vom disziplinfremden Zivilrecht emanzipieren können, sondern sich der Annexion durch das Verfassungsrecht ergeben. *Ossenbühl* FG 50 Jahre BVerwG, 2003, 289 (293): „Diese Methode der Gewinnung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Verwaltungsrechts durch Konkretisierung von Verfassungsprinzipien hat die früheren Methoden der Ableitung von Rechtsgrundsätzen weitgehend verdrängt“. *Blanke* Vertrauensschutz (Fn. 17), 20: „Die Befürworter einer Herleitung aus Treu und Glauben sehen dabei keine Bedenken, diesen Grundsatz auf der verfassungsrechtlichen Ebene anzusiedeln.“ Präzise jedoch BVerfGE 95, 48 (62): „Die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze gehört zur Rechtsfindung. Insbesondere in Entscheidungen der obersten Gerichte dienen sie der Einheit des Rechts und der Rechtssicherheit. Die Gerichte erfüllen damit eine legitime richterliche Aufgabe (vgl. BVerfGE 18, 224 (237 f.)), sofern die Grenzen herkömmlicher Gesetzesinterpretation und richterlicher Rechtsfortbildung beachtet werden.“ Vgl. auch *R. Mußgnug* Das allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht, FS 600 Jahre Universität Heidelberg, 1986, 203 (207).

<sup>31</sup> Verfassungsrecht tendiert zu einem hohen Abstraktionsgrad. Umgekehrt gilt: Ein hoher Abstraktionsgrad von Normen tendiert zu deren Vorrang oder jedenfalls zu einer prägenden Bedeutung. *F. Weyreuther* Bemerkenswertes über Grundsätzliches, DÖV 1989, 321 (324): „Tendenz zum Verfassungsrecht“; zustimmend *Ossenbühl* FG 50 Jahre BVerwG, 2003, 289 (290).

<sup>32</sup> In solchem Denken erscheint der Nichtrückgriff auf die Verfassung – ebenso wie der Zustand der Nichtkodifikation im Gesetzesstaat – als „Mangelscheinung“. So etwa im Rechtsvergleich mit dem französischen Verwaltungsrecht *M. Ruffert* Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: *GVwR* I, 2. Aufl. 2012, § 17 Rn. 95: „Die principes généraux de droits sind Maßstabnormen (...) in Ermangelung sowohl einer Kodifikation als auch verfassungsrechtlicher Vorgaben“.

Kriterium für den Verfassungsrang eines Rechtsgrundsatzes. Eine Anerkennung allgemeiner Rechtsgrundsätze als Tertium<sup>33</sup> sprengt unsere Rechtsordnung nicht. Wie bei so vielen binären Unterscheidungen im Recht, handelt es sich auch hier um eine Reduktion<sup>34</sup> von Komplexität, die in vielen Bereichen sinnvoll vereinfacht, deren verklärende Wirkung aber in eine Verzerrung umschlagen kann.

Das Grundgesetz ist – unbeschadet seines Vorranganspruchs<sup>35</sup> – offen für solche „Einstrahlungen“ – und zwar nicht nur aus dem Völker- und Europarecht, sondern auch von innen.

---

<sup>33</sup> Sie als „ebenenübergreifend“ (*Ruffert* GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 17 Rn. 96) einzuordnen ist zutreffend, reicht aber nicht, denn ihre Wirkung entfalten sie nicht nur innerhalb der Ebene, der wir sie (auch) zuordnen, sondern sie strahlen als Rechtskenntnisquellen vor allem auch „zwischen“ diesen Ebenen. Als Tertium lässt sich etwa auch die Bedeutung der EMRK im deutschen Recht rekonstruieren.

<sup>34</sup> Das gilt für zahlreiche, in der Rechtswissenschaft so beliebte Dichotomien: So etwa bezogen auf die binären Kodierungen rechtmäßig/rechtswidrig sowie oben/unten *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 16: „reduktionistisches Konzept“; bezüglich der Dichotomie rechtmäßig/zweckmäßig kritisch: *F. Schoch* Außerrechtliche Standards des Verwaltungshandelns als gerichtliche Kontrollmaßstäbe, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Fn. 14), 543 (543 f.); für überwunden erklärt die Dichotomie Innenrecht/Außenrecht *Dreier* Merkl's Verwaltungsrechtslehre (Fn. 28), 76; kritisch zur Dichotomie Verfassunggebung/Verfassungsänderung *L. Michael* in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.) Bonner Kommentar zum GG, Art. 146 GG (Zweitbearbeitung, 163. Aktualisierung November 2013) Rn. 423–523. Zu den Dichotomien der verwaltungsrechtlichen Systembildung *C. Bumke* Relative Rechtswidrigkeit, 2004 und *P. Reimer* Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, 2008, 93: „Daher findet die Kategorie der Richtigkeit hier keine Anwendung, sondern statt ihrer die der Brauchbarkeit.“ Fundamentalkritik auch bei *E. Yersin* Kritik der Lehre von den Staatsakten, Die herrschende Systematik, ihre Entstehung, ihre Unzulänglichkeit und ihre Überwindung, 1978.

<sup>35</sup> Der hierarchische Vorranganspruch des Verfassungsrechts wird überlagert durch eine nichthierarchische Ausstrahlungswirkung allgemeiner Rechtsgrundsätze auf die gesamte Rechtsordnung einschließlich des Verfassungsrechts. Dies können allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts, des Unionsrechts oder auch des nationalen Rechts sein und sie können kodifiziert oder als Gewohnheitsrecht anerkannt oder als Richterrecht anzuerkennen sein. Die Entwicklung, die Anerkennung und die Konkretisierung dieser allgemeinen Rechtsgrundsätze folgen keinem Modell hierarchischer Exklusivität der Institutionen. Vielmehr gilt hier das Prinzip des Institutionenpluralismus: Gerichte stehen hier in einem nicht-hierarchischen Dialogverhältnis zueinander und auch die Gesetzgeber verschiedener Ebenen tragen zur Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze (nur) bei. Nicht formale Rechtssetzung begründet für sich genommen die Anerkennung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Die Allgemeinheit als Eigenschaft der „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ folgt einem fiktiven Konsensmodell und nicht einem formalisierten Mehrheitsmodell. Strenger *H. Hofmann* Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, *JZ* 1999, 1065 (1072), der den Zusammenhang zwischen dem Vorrang der Verfassung, der Aufhebung der lex-posterior-Regel und der Zerteilung in einfaches Recht und Verfassungsrecht als „Logik des Konzepts“ bezeichnet.

### b) Bewährte Regelungsmodelle

Allgemeines Verwaltungsrecht ist induktiv offen für die Rezeption von Regelungsmodellen, die sich in der Praxis bereits bewährt<sup>36</sup> haben. So werden Elemente aus erprobten Rechtsregimen übertragen oder verallgemeinert. Im 19. Jahrhundert knüpfte die Wissenschaft an Modelle aus dem allgemeinen Zivil- und Zivilprozessrecht und an das französische<sup>37</sup> Verwaltungsrecht schöpferisch an. Heute sucht sie bewährte Regelungsmodelle in Referenzgebieten des besonderen Verwaltungsrechts. Was sich aus allgemeinen Rechts- oder Verfassungsprinzipien<sup>38</sup> schwerlich deduzieren lässt, wird induktiv gewonnen. So bleibt Systembildung offen und zugleich norm- und praxisbezogen.

Allgemeines Verwaltungsrecht als Prozess ist auf stetiger Suche nach eigenen<sup>39</sup> und immer neuen impulsgebenden Methoden mit hohem Reali-

<sup>36</sup> Zur Bedeutung der „Brauchbarkeit“ bei *Otto Mayer* eingehend *A. Hueber* *Otto Mayer*, Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, 1982, 24 ff.

<sup>37</sup> Für den rechtsvergleichenden Ansatz steht nicht nur *O. Mayer* *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, 1886, sondern zuvor bereits *v. Sarwey* *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Fn. 13); *Dennewitz* *Systeme* (Fn. 27), 115 über *O. v. Sarwey*: „statt positivistischer Erörterungen, rechtsvergleichend“.

<sup>38</sup> *C. Möllers* *Allgemeines Verwaltungsrecht in einer doppelt gegliederten Rechtsordnung*, FS *Battis* 2014, 101 (110): „erscheint das Verfassungsrecht oftmals zu grobkörnig, also zu allgemein für die Problemkonstellationen des Verwaltungsrechts“.

<sup>39</sup> Schon *O. Mayer* folgte einer eigenen Ausprägung des so genannten Positivismus. *O. Mayer* *Deutsches Verwaltungsrecht*, Band 1, 2. Aufl. 1914, S. VIII f.: „Auseinandersetzungen über Methodenfragen liebe ich nicht (...) Die meine (juristische Methode) beruht auf dem Glauben an die Macht allgemeiner Rechtsideen, die in den Mannigfaltigkeiten des wirklichen Rechts zur Erscheinung und Entfaltung kommen, zugleich aber auch ihrerseits in der Geschichte sich wandeln und fortschreiten (...) damit etwas Brauchbares herauskommt. Die wir daran arbeiten, unserem deutschen Verwaltungsrechte seine rechtswissenschaftliche Gestalt zu geben, müssen ja ein gewisses Maß von Freiheit beanspruchen: um auszuschneiden, was innerlich abgestorben oder wertlose Besonderheit ist, und dem, was lebendig und zukunftsreich, dann zum rechten Wort zu verhelfen.“; gerade dies – wörtlich zitierend – hält *W. Jellinek* *Verwaltungsrecht*, 1928, 100, 3. Aufl. 1931, 105 für „das Bewunderungswürdige“ an *O. Mayer*; dazu *Dreier* *Merkl's Verwaltungsrechtslehre* (Fn. 28), 60. *O. Mayer* und *P. Laband* selbst haben zu der großen Erzählung von der einheitlichen Entwicklung eines Öffentlichen Rechts beigetragen, indem sie sich zum Positivismus bekannten. Die Zuordnung *Mayers* zum Positivismus ist freilich eine „verfälschende Vereinfachung“ (*M. Stolleis* *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866–1914*, in: *Jeserich/Pohl/v. Unruh* (Hrsg.) *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Band 3, 1984, 85 (99)); zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden *Hueber* *Juristische Methode* (Fn. 36), 15 ff. Gemeinsam ist ihnen die Begriffs- und Systembildung. *Mayer* unterwarf sich aber nicht dem positiven Gesetz, sondern er unterwarf sich das positive Recht (*Stolleis* ebd.: *Mayer* „unterwarf sich den positiven Rechtsstoff, gliederte ihn nach Maßgabe von ‚Ideen‘“ und formte ein System daraus). Sein Leitbildpositivismus ist nicht Folge, sondern die Vorgeschichte einer viel später erst erfolgten Kodifikation. *Labands* *Verfassungstextpositivis-*

tätsbezug.<sup>40</sup> Die gesetzespositivistische Postkodifikationsstarre<sup>41</sup> ist nur die Oberfläche, unter der die neue Verwaltungsrechtswissenschaft eine Dynamik bewahrt, die ihrerseits die längere Tradition<sup>42</sup> hat. Es ist wie bei allen Emanzipationsphänomenen: Sie haben ihre Eigendynamik und wer diese erkennt, sollte sich nicht nur die Frage stellen, ob sie einem gefällt, sondern woher sie kommt und was ihr gutes Recht ist.

### c) Leitbilder

Von großer Bedeutung sind schließlich Leitbilder<sup>43</sup>. Als solche zu nennen wären Planung, Dienstleistungsorientierung, schlanker Staat und digitale Verwaltung. Leitbilder prägen Entwicklungsphasen des Verwaltungsrechts.<sup>44</sup> *Eberhard Schmidt-Aßmann* formulierte treffend: „In der verwaltungsrechtlichen Systembildung ist souverän, wer das Leitbild definiert.“<sup>45</sup>

---

mus hingegen ist die Folge eines Verfassungstextes. Vgl. zu den Unterschieden auch *Friedrich* Staatsrechtswissenschaft (Fn. 28), 313.

<sup>40</sup> *H. Bauer* Verwaltungsverträge, in: *GVwR* II, 2. Aufl. 2012, § 36 Rn. 18 bestreitet eine „Zäsur“ durch die neue Verwaltungsrechtswissenschaft und nennt „die zeitgemäße Entfaltung der Vertragsrechtslehre eher Teil jenes permanenten Modernisierungsprozesses, mit dem Verwaltung und Verwaltungsrecht immer wieder auf die Höhe der Zeit gebracht werden“ und betont dabei den Praxis- und Anwendungsbezug der „Bereitstellung einer leistungsfähigen Vertragslehre“.

<sup>41</sup> Gesetzespositivisten beschworen eine spezifisch deutsche Sehnsucht nach Kodifikation. Die Zeiten sind vorbei, in denen auch die Praxis auf große Lehrbücher zurückgriff, deren systembildender Anspruch schon bei der Gliederung begann.

<sup>42</sup> Eine Sonderstellung als im Grunde perfektionistisches, theoretisches Konstrukt verwaltungsrechtlicher Systembildung hat insoweit (auch in seiner Verschließung gegenüber außerrechtlichen Gesichtspunkten) *Merkl* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 6), V: „eine Lehre von der Verwaltung als ausschließlich rechtswissenschaftliche Disziplin“. Die Nichtrezeption dieses Werkes in Deutschland lässt sich aber damit allein nicht erklären.

<sup>43</sup> Zur „Prägung“ des Allgemeinen Verwaltungsrechts „durch Leitideen“ bereits *T. Groß* Die Beziehung zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, in: *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, Die Verwaltung* Beiheft 2, 1999, 57 (74 ff.); zur Funktion *A. Voßkuhle* Der Dienstleistungsstaat, Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern, *Der Staat* 40 (2001), 495 ff.; *S. Baer* „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, 2006, 83 ff.; *U. Volkmann* Leitbildorientierte Verfassungsanwendung, *AöR* 2009, 157 ff.

<sup>44</sup> *Baer* „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht (Fn. 43), 85.

<sup>45</sup> *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 17.



Eines dieser Leitbilder – der autonome Bürger<sup>46</sup> – lässt sich auch als Leitbild des Verfassungsrechts<sup>47</sup> bezeichnen. Wenn die Rechtsprechung in diesem Falle die Verfassung *colorandi causa* zitiert, dient eine solche „*invocatio constitutionis*“ aber nur der rhetorischen Bekräftigung,<sup>48</sup> ohne dass es auf die Verfassungsqualität angekommen wäre. Andere Leitbilder werden auch ohne dies herangezogen. Spätestens an dieser Stelle ist die Legitimationsfrage aufzuwerfen, die eine verfassungsrechtliche ist: Darf die Systembildung das? Und es ist noch ein Schritt weiter zurück zu gehen: Wie finden wir auf diese Frage eine plausible Antwort?

<sup>46</sup> Markant für diesen Leitbildwechsel BVerwGE 1, 159 (161 f.); dazu *Schönberger* Verwaltungsrecht (Fn. 6), 71: „Man begründete diese grundlegende Umstellung nicht in erster Linie mit einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes (...). Vielmehr bewiesen sich die Gerichte auf ein durch das Grundgesetz als Ganzes unterworfenen Gesamtbild.“ Vgl. auch die zeitgenössische Wahrnehmung eines Senatspräsidenten am Bundesverwaltungsgericht bei *M. Baring* Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, JöR N.F. 9 (1960), 93 (95): Zur Begründung dienten „nicht so sehr die einzelnen Vorschriften des Grundgesetzes“, sondern „vielmehr die allgemeinen Leitgedanken der Verfassung“, das spiegelt sich auch in der Literatur: *O. Bachof* Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, GS Walter Jellinek, 1955, 287 (301): „Gesamtkonzeption des GG“; zustimmend *R. Schröder* Verfassungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, 74; *H. Wißmann* Generalklauseln, 2008, 105: „klar von Weimar abweichenden Grundentscheidungen der Verfassungsgeber“.

<sup>47</sup> Hierzu grundlegend *Volkman* AöR 134 (2009), 157 ff., wonach ein Leitbild einerseits „Bestandteil der positiven Rechtsordnung“ (173) und andererseits „selber zur Wirklichkeit offen und damit der Weiterverarbeitung zugänglich ist“ (182). Verfassung wird auch ihrerseits als „Leitbild“ des Verwaltungs(organisations)rechts verstanden: *H. Wißmann* Verwaltungsorganisation als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 15 Rn. 3.

<sup>48</sup> *H. C. Röhl* Verfassungsrecht als wissenschaftliche Strategie?, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Fn. 14), 821 (822): „verfassungsrechtliche Abstützung der Argumentation“. Aus der Rechtsprechung: Das BVerwG (exemplarisch E 1, 159 (161 f.)) bezeichnete die Aussage, der Einzelne sei „nicht Untertan sondern Bürger“ als „Leitidee“ und es behauptet nicht, diese sei aus der Verfassung zu deduzieren, sondern benennt deren bloße Bestätigungsfunktion: „Dieser Grundsatz spiegelt sich in mehreren Vorschriften des Grundgesetzes wider.“ Die Konzeption von „allgemeinen Grundsätzen und Leitideen“, die der Verfassung zugrunde liegen, geht zurück auf BVerfGE 2, 380 (403), wo das Rechtsstaatsprinzip als Leitidee bezeichnet wird. Zur Ambivalenz von prägender bzw. rhetorischer Bedeutung von Verfassungsprinzipien bereits in der Rspr. des Sächsischen OVG Anfang des 20. Jhd. vgl. *O. Bühler* Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, 100, der offen lässt, ob die Rechtslage vor der Schaffung des Sächsischen OVG (1901) verfassungswidrig war, ob also das Sächsische OVG – trotz seiner normativen Herleitung – das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes „nicht durchgeführt, sondern erst eingeführt“ hat. Auch dem EuGH ist solche „Verfassungsrhetorik“ (*P. M. Huber* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 194 (196) mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 23.4.1986 – Rs. 294/83 – Les Verts, Slg. 1986, 1339 (1365), Rn. 23: „Verfassungsurkunde der Gemeinschaft“) nicht fremd.

### III. Staatsrechtslehre als Denken in Prozessrelationen

#### 1. Grundlegung

Das Allgemeine Verwaltungsrecht gibt Anlass, eine primär textexegetisch-dogmatische Herangehensweise in Frage zu stellen und Staatsrechtslehre in Prozessrelationen zu denken.

Einigkeit dürfte darüber bestehen, dass Konstitutionalisierung ein Prozess ist. Ebenso wenig wird sich bestreiten lassen, dass das Allgemeine Verwaltungsrecht eine schrittweise Entwicklung vollzogen hat, die lange vor dem Grundgesetz wurzelt.

Denken in Prozessrelationen soll hier zweierlei bedeuten:

- dass wir erstens diese beiden Prozesse zueinander in Beziehung setzen, mit ihren je eigenen Inhalten und Geschwindigkeiten, mit ihren Akteuren und Verfahren und
- dass wir zweitens die Legitimation dieser beiden Prozesse nicht aus einem verfassungseinheitlichen Ordnungskonzept, sondern bereichsspezifisch begründen. Dazu sind die beiden Prozesse funktionell miteinander zu vergleichen und nicht nur der eine am anderen abzugleichen.

Die beiden Prozesse lassen sich wie folgt beschreiben:

Auf der einen Seite steht eine kontinuierliche Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts seit dem Kaiserreich<sup>49</sup>, die sich grob in drei Phasen gliedert: In einer ersten Phase hat v. a.<sup>50</sup> die Wissenschaft eine Systembildung vorgelegt. In einer zweiten Phase, die erst durch die Schaffung des BVerwG 1953 in Fahrt kam,<sup>51</sup> wurde diese Systembildung richterrechtlich

---

<sup>49</sup> Das erste Lehrbuch, das den Begriff definierte, zum Titel und Programm machte, stammt von v. Sarwey Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 13). Das hat freilich seine „Vorgeschichte“ nicht nur in den Schriften von F. Mayer Grundsätze des Verwaltungs-Rechts mit besonderer Rücksicht auf gemeinsames deutsches Recht, 1862 und G. Meyer Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Theil 1, 1883, 15 ff., sondern v.a. auch in der Verwaltungspraxis der monarchischen Verwaltung, deren rechtsrealgeschichtliche Betrachtung jedoch hier den Rahmen sprengen würde: vgl. dazu P. Cancik Verwaltung und Öffentlichkeit in Preußen, 2007, 393.

<sup>50</sup> Die Wissenschaft hat dabei freilich nicht aus einem Nichts geschöpft, sondern vielfältig angeknüpft. Zu verweisen ist auch auf Initiativen und Fragmente der Gesetzgebung, exemplarisch genannt seien die Reichsabgabenordnung (1919) und die Landesverwaltungsordnung Thüringen (1926) sowie der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg (1931); vgl. dazu M. Stolleis Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 4, 2012, 257 f.

<sup>51</sup> Beachte den jahrzehntelangen Vorsprung der Wissenschaft: *Dennewitz* Systeme (Fn. 27), 137 mit Verweis auf die Unterbelichtung eines eigenständigen Verwaltungsrechts bei P. Laband Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Band II, 1. Aufl. 1878, 205 f., 5. Aufl. 1911, 185 f. und v.a. auf die Rechtsprechung: Das Reichsgericht widersetzte sich erst „hartnäckig (...)“ mit einer betont zivilistischen Rechtsprechung, bis es schließlich im

bestätigt bzw. weiterentwickelt. Nunmehr befinden wir uns in einer dritten Phase eines immerhin teilkodifizierten Allgemeinen Verwaltungsrechts.<sup>52</sup>

Allein in die erste Phase dieser Entwicklung fallen auf der anderen Seite die Geltung einer monarchischen und einer republikanischen Verfassung, der Nationalsozialismus und die Entstehung des Grundgesetzes.

Diese Prozesse in Relation zu setzen bedeutet: Auch der Verfassungsgeber ist in dieser Entwicklung nur *ein* Akteur unter vielen und es ist zunächst (unter III. 2.) zu fragen, was ihn eigentlich funktionell dazu prädestiniert, seine unbestrittene Systemprägungsmacht mehr oder auch weniger auf das Allgemeine Verwaltungsrecht zu erstrecken.

Danach ist die weitere Entwicklung in Prozessrelationen zu erschließen (unter III. 3.). Sie hat u.a. ein VwVfG hervorgebracht, das viel seltener geändert wird als das Grundgesetz. Selbst wenn wir auch Verfassung als dynamischen Prozess begreifen, ist das eine atypische Geschwindigkeitsrelation.<sup>53</sup> Ein funktionelles Denken in Prozessrelationen zieht in Betracht, dass sich dadurch die Vorzeichen auch im institutionellen Gefüge ändern könnten.<sup>54</sup> Legitimation hängt nicht nur von der Ableitbarkeit<sup>55</sup> des Rechts,

---

Jahre 1918 die Stellung zu Otto Mayer hinüberwechselte<sup>52</sup>. *Mußnug* FS 600 Jahre Universität Heidelberg, 1986, 203 (208): Auch im seinerzeit führenden Preußischen Verwaltungsblatt wurde das Allgemeine Verwaltungsrecht „bis zum Ende des Ersten Weltkriegs mit Nichtbeachtung gestraft.“ Zu den gescheiterten Versuchen der Schaffung eines Reichsverwaltungsgerichts *W. Rißner* Die Entwicklung der Verwaltungsrechtsgerichtsbarkeit, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh (Hrsg.) Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band 4, 1985, 639 (640, 643 ff.).

<sup>52</sup> Freilich handelt es sich immer noch lediglich um eine Teilkodifikation, die jenseits des Verwaltungsaktes große Lücken lässt. Dabei hat der Gesetzgeber auch schon früher Elemente der verwaltungsrechtlichen Systembildung aufgegriffen, namentlich in der Reichsabgabenordnung von 1919 und in Landesgesetzen zum Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht.

<sup>53</sup> Der Entwicklungsmodus des Allgemeinen Verwaltungsrechts ist mit konsentierter Homogenisierung und Generalisierung aus eigenen Gründen „schwerfällig“. Vorschnell wäre es, jede Generalisierung und Beständigkeit als Konstitutionalisierung zu deuten. Hier gilt vielmehr, was *O. Bähr* Der Rechtsstaat, 1864, 194 der Entwicklung des Rechtsstaats zutreffend voraussagte: „Der menschliche Gedanke gleicht dem Gletscher; man sieht nicht seine Bewegung; aber er schreitet weiter, und ist in seinem Vorrücken so gewaltig, daß ihm keine Last widersteht.“

<sup>54</sup> Genau diesen Vorzeichenwechsel nicht erklären zu können (und zu wollen), ist ein zentrales Problem traditioneller Verfassungsinterpretation.

<sup>55</sup> Ableitungszusammenhänge finden wir im Anfangsdenken der Ableitung der Verfassung von einem Akt der Verfassungsgebung, in der Ableitung des einfachen Rechts aus dem Verfassungsrecht, in der Ableitung ungeschriebenen Rechts aus überpositivem Recht; zu diesem Legitimationskonzept allgemein *L. Michael* Verfassungen vom Ende her denken, in: Blankenagel (Hrsg.) Den Verfassungsstaat nachdenken, Eine Geburtstagsgabe für Peter Häberle zum 80. Geburtstag, 2014, 101 ff.

sondern vor allem von den verschiedenen Modi<sup>56</sup> seiner Änderbarkeit und Entwicklung ab.

Nicht der Anfang einer Verfassungsgebung ist das Maß aller Dinge. Auch die bloße Benennung alternativer Ordnungsbausteine der Systembildung reicht nicht. Die Quellen des Rechtsflusses determinieren noch nicht dessen Verlauf. Entscheidend in einer auf der Volkssouveränität bauenden Rechtsordnung sind die Fragen nach dem Wer und Wie und Wohin.

Dass das Allgemeine Verwaltungsrecht wesentlich durch Wissenschaft und Rechtsprechung geprägt wurde und nicht durch den Gesetzgeber, gibt Anlass, einmal in Frage zu stellen, ob dem Grundgesetz überhaupt das Konzept eines Gesetzesstaates generell zugrunde liegt, in welchem richterliche Rechtsfortbildung die Ausnahme ist. Wieder ist zu fragen: Wer ist eigentlich für derartige Systembildung funktionell prädestiniert?<sup>57</sup> Im Bundesstaat stellen sich dabei zusätzliche Kompetenzfragen.

Im Folgenden seien zunächst die historischen Relationen (dazu 2.) und dann die institutionellen (dazu 3.) entfaltet.

## 2. *Historische Relationen: Constitutional moments und die Narrative des Allgemeinen Verwaltungsrechts*

Begreifen wir das Thema „Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht“ prozesshaft, ist auch Verfassungsgebung in diesem Prozess eine relative Größe, deren Funktion hinterfragt werden darf.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Aus dem hierarchischen Vorranganspruch des Verfassungsrechts folgt eine institutionelle Eigenständigkeit der verfassungsrevidierenden Gewalten und Verfahren: Verfassungsrevision kann – abgesehen von einem Akt der Verfassungsgebung – erfolgen in drei verschiedenen Modi, nämlich der Verfassungsablösung nach Art. 146 GG, der Verfassungsänderung nach Art. 79 GG und dem Verfassungswandel durch Verfassungsrechtsprechung. Auch eine offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten erkennt an, dass die verfassungsrevidierenden Gewalten Institutionen und Verfahren vorbehalten ist, die mit der Verfassungsrevision zugleich auch die vorrangige Geltung des revidierten Verfassungsrechts „in Kraft setzen“ können. Zu diesen Institutionen gehört auch die verfassungswandelnde Gewalt der Verfassungsgerichte (dazu *Michael* RW 2014, 426 ff.).

<sup>57</sup> Antworten darauf sollten soziologische, ökonomische und verfassungstheoretische Zusammenhänge berücksichtigen und die Bedeutung von Biographien nicht unterschätzen. Eine eigene Untersuchung wert wäre die Bedeutung von Strategien des Umgangs mit der eigenen Rolle im Nationalsozialismus bei der verwaltungsrechtlichen Systembildung nach 1945, insbesondere bei *Ernst Forsthoff*, *Hans Peters* und *Fritz Werner*.

<sup>58</sup> Das schließt nicht aus, Verfassungsgebung in ihrer Funktion als Narrativ der Geltungsbegründung des Grundgesetzes als ein Absolutes zu begreifen.

a) *Die vorgefundene Verwaltung und die Verfassungsgebung*

Nach *Josef Isensee* ist die Verwaltung der „revolutionsfeste Teil der Staatsgewalt“.<sup>59</sup> Auch Allgemeines Verwaltungsrecht ist für Verfassungsgeber kein Thema<sup>60</sup> – und zwar nicht nur aus Desinteresse, sondern auch aus Klugheit. Verfassungsgebung riskiert ihr Gelingen, wenn sie den ganzen Staat auf den Kopf stellt.<sup>61</sup> Sie tut gut daran, sich auf die Konstitution von Parlament und Regierung<sup>62</sup> zu konzentrieren und darauf zu setzen, dass sich die vorgefundene Verwaltung (und Rechtsprechung<sup>63</sup>) mitsamt ihren

---

<sup>59</sup> *J. Isensee* Verwaltung zwischen Sachgesetzlichkeit und Parteipolitik, in: Hrebek (Hrsg.) Personen und Institutionen in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland, Symposion aus Anlaß des 80. Geburtstages von Theodor Eschenburg, 1985, 67 (71); weniger zuspitzend *R. Wahl* Zur Lage der Verwaltung Ende des 20. Jahrhunderts, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh (Hrsg.) Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band 5, 1987, 1197 (1197): „Kontinuitätsgaranten“.

<sup>60</sup> Deutlich *A. Köttgen* Das BVerfG und die Organisation der öffentlichen Verwaltung, AöR 90 (1965), 205 (215): „Die Verwaltung und ihre Organisation gehören als solche nicht zu den eigentlichen Themen des Verfassungsrechts“.

<sup>61</sup> Daran reibt sich jede Euphorie einer postrevolutionären Verfassungsinterpretation. Den Autoren des Kaiserreichs fiel eine weniger revolutionäre, sondern evolutive Wahrnehmung nicht schwer: *Bühler* Subjektive Rechte (Fn. 48), 86: „ohne die Staatsverwaltung geradezu lahm zu legen“; *R. Thoma* Der Polizeibefehl im Badischen Recht, Dargestellt auf rechtsvergleichender Grundlage, 1906, 112 f. fordert ein „Stadium der Uebergangszeit“ und gesteht ein, dass „sich dieser Rechtssatz freilich mit keinem Paragraphen belegen“ lässt. Und es folgt: „Wohl aber entspricht er dem Geiste, in welchem die deutschen Verfassungen erlassen sind, einem Geiste nicht des Umsturzes und des Radikalismus, sondern des allmählichen Fortschritts und des geordneten Uebergangs von einer veralteten zu einer neuen, aber erst allmählich zu schaffenden und auszubauenden Staatsordnung“; *K. V. Fricker* Ueber die Einwirkung des Erscheinens einer Verfassungsurkunde auf das bestehende Recht, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1887, 1 (22): Es ist nicht zwingend, dass eine neue Verfassung die alte „in ihrer Totalität beseitigt“, ebd., 34: „Die Verfassungsurkunden haben nicht den jähen Abbruch aller Verfassungsverhältnisse in diesem weiteren Sinn beabsichtigt“.

<sup>62</sup> Diese sind schon wegen der Periodizität von Wahlen neu zu konstituieren – im Gegensatz zur Verwaltung und auch zur Rechtsprechung. Eine funktionelle Zuweisung von Aufgaben an das Parlament erfolgt danach, welche Entscheidungen und welche Kontrolle der parlamentarischen Mehrheitsbildung entsprechen sollen. Die viel gescholtene Wesentlichkeitstheorie ist nicht nur als ergänzendes Korrektiv zu verstehen, sondern führt zum Ausgangspunkt einer funktionellen Gewaltenverteilung.

<sup>63</sup> *W. Weber* Das Richtertum in der deutschen Verfassungsordnung (1953), in: *ders.* Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl. 1970, 84 (85).

bewährten Rechtsstrukturen<sup>64</sup> in das Verfassungsgefüge integrieren möge.<sup>65</sup> Damit erhöht sich die Chance, dass eine verfassungsbestätigte Verwaltung den neuen Karren zieht.<sup>66</sup> „Constitutional moments“ sind keine Zeitpunkte für Verwaltungs-<sup>67</sup> und Verwaltungsrechtsreformen.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> G. Schulz Triebkräfte und Ziele der Reichsreform nach der Weimarer Verfassung, in: Morsey (Hrsg.) Verwaltungsgeschichte, 1977, 71 (77): Etwa die Einheit der Länder als Staatswesen, die bis heute für den Föderalismus prägend ist, geht im Ursprung auf eine Verwaltungseinheit zurück, exemplarisch zu studieren etwa am Verwaltungsaufbau in Bayern durch Graf Montgelas.

<sup>65</sup> Für Weimar: W. Weber Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz (1949), in: ders. (Fn. 63), 9 (18 f.): „Die Weimarer Republik verdankte ihre relative Stabilität und Funktionsfähigkeit wesentlich dem Umstand, daß sie die Exekutive der konstitutionellen Monarchie übernommen hatte, eine hochqualifizierte Beamtenaristokratie, eine verlässlich arbeitende Verwaltungsapparatur, ein von hohem Dienstethos erfülltes Berufsbeamtentum und in allem die Dritte Kraft eines parteipolitisch neutralisierenden Wählers staatlicher Konsistenz.“; H. J. Wolff in: ders./Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 9 II. c), 45: „Das Verwaltungsrecht unterlag noch weniger wesentlichen Änderungen (als die Verwaltungsorganisation).“; Wißmann Generalklauseln (Fn. 46), 91 mit Bezug auf Weimar: „Die Verwaltung war eine vorkonstitutionelle Determinante des Staates, sie wurde lediglich domestiziert, aber nicht konstituiert durch den Rechtsstaat“; H.-J. Koch/R. Rubel/F. S. M. Heselhaus Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 22, 10: Verwaltungsrecht blieb von 1919 „fast unberührt“; gerne zitiert wird hingegen die Mythosversion bei Fritz Fleiner (s.o. Fn. 5); für die Zeit nach 1945: R. Wahl Die Organisation und Entwicklung der Verwaltung in den Ländern und in Berlin, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh (Fn. 59), 208 (216): „Neubeginn aber nicht grundlegende Neuorganisation“; Ossenbühl FG 50 Jahre BVerwG, 2003, 289 (301); ders. Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh (Fn. 59), 1143 (1145): „nach 1945 standen Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft in den Fußstapfen der Weimarer Tradition“; Wißmann Generalklauseln (Fn. 46), 91 und 103: „In seltsamem Kontrast dazu steht die teilweise weit gehende positivrechtliche Verwandtschaft zwischen den Verfassungen und auch zwischen dem Verwaltungsrecht vor und nach 1945.“ mit Verweis auf A. Vobkuhle Allgemeines Verwaltungs- und Verwaltungsprozeßrecht, FS Beck-Verlag, 2007, 935 (937 f.).

<sup>66</sup> Das gilt umso mehr, wenn es sich um eine funktionierende und durch ein Berufsbeamtentum auch personell emanzipierte Verwaltung handelt. Lesenswert Merkl Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 6), 341 mit dem Ergebnis, „daß die sogenannte autokratische Verwaltung (...) im System der Demokratie durchaus nicht so systemwidrig“ sei. Zum Beamten als „citoyen im Amt“ U. Hufeld Die Vertretung der Behörde, 2003, 11 f.

<sup>67</sup> An grundlegenden Reformvorschlägen zugunsten einer nicht hierarchischen Verwaltung mangelte es weder 1918 f. noch 1945 ff.: der Konzeption von Hugo Preuß entsprechend B. B. Drews Verwaltungsreform, DJZ 24 (1919), 361 ff. (Demokratisierung durch Wahl der Selbstverwaltungskörperschaften, die auch die Beamten wählen und die primär durch übergeordnete Selbstverwaltungskörper und nur subsidiär staatlich beaufsichtigt werden); dazu: M. Will Selbstverwaltung der Wirtschaft, Recht und Geschichte der Selbstverwaltung, 2010, 84 f.; F. Wagener Neubau der Verwaltung, 1969, 1066: „Dieser Plan, den bisherigen ‚Obrigkeitsstaat‘ in einen ‚Selbstverwaltungsstaat‘ umzuwandeln, war zu kühn, um Wirklichkeit zu werden“; dazu vgl. Forsthoff Lehrbuch (Fn. 18), 3. Aufl. 1953, § 24 I a, 368: Dann wäre der Staat „als eine Art Dachorganisation über einem System von Selbstver-

Es ist plausibel, dass der Verfassungsgeber die weitere Systembildung im Verwaltungsrecht anderen Akteuren überlässt. Der Konstitutionalist wittert in jedem Akt der Verfassunggebung einen vermeintlichen Kreuzungspunkt in einer pfadabhängigen Entwicklung und macht sich selbst zum Leitakteur. Er liest in so offene Prinzipien wie Rechtsstaat und Demokratie ein möglichst neues Ordnungskonzept für die Verwaltung hinein, das dann gegenüber allen anderen Akteuren der Entwicklung – einschließlich des Gesetzgebers<sup>69</sup> – für die weitere Systembildung Vorrang beansprucht.

Er muss sich fragen lassen, was *ihn* eigentlich prädestiniert, sich selbst an die Spitze der Systembildung zu setzen. Wer allein Verfassunggebung zum Anlass für Impulse der Systembildung nimmt, trägt die Argumentationslast dafür, dass ein Leitbild nicht nur im Rahmen der Verfassung mög-

---

waltungskörpern anzusehen“; *Anonymus (E. Forsthoff)* Sinn und Anrecht der Parteien, in: Union-Pressedienst 2. Jg. Nr. 26 (1947), 2: „Es könnte sein, daß die Verwirklichung der Demokratie heute weniger auf dem Wege über Parlament und Gesetzgebung als auf dem der Verbindung von Verwaltung und Volk zu geschehen habe.“; *ders.* Die Grundzüge der Verwaltungs-Demokratie, in: Pressedienst für undoktrinäre Politik Nr. 31 (1948), 4 ff.: „Jeder Aufriß einer aus den wirklichen Verhältnissen und nicht aus Ideologien entwickelten Verfassung wird von zwei Grundeinsichten auszugehen haben: er muß bei der Verwaltung beginnen, weil wir in einem Verwaltungsstaat leben und er muß unten ansetzen, weil der Verwaltungsaufbau in seinen unteren Gliederungen auf das reale Leben sozusagen aufgesetzt ist.“; ebd., 6: „Die Ausgliederung der Verwaltung durch weitgehende Überführung ihrer Obliegenheiten auf verselbständigte Träger würde es ermöglichen, den Staatsbürger in weitestem Umfang nicht nur kontrollierend, sondern verantwortlich handelnd in die Verwaltung einzuschalten und damit die Demokratisierung der Staatsfunktionen in einem Grade zu erreichen, der auf dem Wege einer parlamentarischen Verwaltungskontrolle, wie wir sie heute haben, nicht erreichbar ist.“; dazu *F. Meinel* Der Jurist in der industriellen Gesellschaft, Ernst Forsthoff und seine Zeit, 2011, 334 ff.

<sup>68</sup> Letztere erfolgen – wenn überhaupt – zeitversetzt und nach eigenen Regeln; *K. König/N. Füchtner* Von der Verwaltungsreform zur Verwaltungsmodernisierung, in: dies. (Hrsg.) „Schlanker Staat“, 1998, 3 (38) sprechen von „wind of change“ für Verwaltungsmodernisierung.

<sup>69</sup> Nach dem Motto: Geschriebenes Verwaltungsrecht vergeht, ungeschriebene Verfassungskonkretisierung besteht. Das Argument der Verfassungskonkretisierung kann auch instrumentalisiert werden, um eine eigene Auffassung zunächst rechtspolitisch zu propagieren und dann gegenüber dem Gesetzgeber zu immunisieren. Das lässt sich an der Literatur vor und nach Inkrafttreten des VwVfG beobachten. So heißt es zunächst bei *H.-U. Erichsen* in: *ders./Martens* (Fn. 7), 1. Aufl. 1975, § 17 III 2, 180 zu § 45 Abs. 2 EVwVfG 1973: „Die (...) in § 45 Abs. 2 EVwVfG 1973 aufgenommene Auffassung (...) vernachlässigt, daß das GG zur Lösung des Gegensatzes von individuellen und öffentlichen Interessen in den Grundrechten Direktiven bereitstellt.“ Und sodann in der 3. Aufl. 1978, § 17 II, 196: „Zur Lösung des Gegensatzes von individuellen und öffentlichen Interessen stellt das GG in den Grundrechten Direktiven bereit, die (...) für die diesbezüglichen Regelungen des VwVfG von Bedeutung sind.“ Und ebd., 198: „Ausgehend von diesen (überkommenen und verfassungsrechtlich fundierten) Überlegungen sind die Regelungen der VwVfGe über den Widerruf von Verwaltungsakten zu würdigen und zu interpretieren.“

lich, sondern seinerseits verfassungsgeprägt oder axiomatisch<sup>70</sup> ist. Dass Gerechtigkeitserwägungen auch konstitutionell rekonstruierbar sind, ersetzt nicht die Begründung dafür, ein prinzipiengeleitetes Systemdenken auf die Verfassungsebene zu heben. Dafür *kann* es bereichs- und inhaltspezifisch gute Gründe geben. Bausteine der Systembildung sind nicht nur legitim, wenn sie verfassungsgeprägt sind. Systembildung sollte alle sachgerechten Informationen verarbeiten und nicht nur die auch verfassungsableitbaren Rechtsquellen. Wer indes Spielräume der Rechtsentwicklung durch Berufung auf eine diffuse Verfassungskonkretisierung einschränkt, stärkt nicht, sondern schwächt die Legitimität der Systembildung.

Eine lediglich partiell verfassungsrechtliche Herleitung einzelner Ordnungsbausteine kann die Systembildung erschweren<sup>71</sup> und verzerren. Und dies ist kein guter Grund dafür, jeden verallgemeinerbaren und deshalb systembildenden Gesichtspunkt in die Verfassung hineinzulesen. Bei *Peter Häberle* lesen wir: „So bahnbrechend *Smends* Besinnung auf das ‚spezifisch Verfassungsrechtliche‘ geworden und geblieben ist, so notwendig erscheint die Erarbeitung des ‚spezifisch Verwaltungsrechtlichen‘“.<sup>72</sup>

### b) *Drei Erzählungen vom Allgemeinen Verwaltungsrecht*

Erzählungen von der Entwicklung des Verwaltungsrechts faszinieren durch die Grundspannung zwischen dem Moment der Diskontinuität der Verfassungsgebung und dem Moment der Kontinuität<sup>73</sup> der Verwaltung.

*Otto Mayer* verdanken wir eine der brilliantesten, weil auf einen Aphorismus verdichtete Erzählung zu diesem Thema: „Verfassungsrecht vergeht,

<sup>70</sup> Vorbildlich *Bühler* Subjektive Rechte (Fn. 48): Nur der Vorrang des Gesetzes sei „ein Axiom der konstitutionellen Staatsrechtslehre“ (80), der Vorbehalt hingegen lediglich ein gewohnheitsrechtlich anerkanntes „rechtsstaatliches Postulat“ (87); letzteres ist deshalb auch bis heute offen für Differenzierungen.

<sup>71</sup> *C. Möllers* Materielles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Fn. 14), 489 (506) bezweifelt die Fähigkeit des öffentlichen Rechts zur Systembildung, weil es maßgeblich ein Recht der Rechtserzeugung sei, eine „Ordnung gestufter und veränderungssensibler Rechtserzeugung“, in der Widerspruchsfreiheit sich weniger erreichen lasse als in dem eindimensionalen Zivilrecht. Aus eben diesem Grund bewahrt sich das Allgemeine Verwaltungsrecht – auch gegenüber dem Unionsrecht – eine gewisse Eindimensionalität.

<sup>72</sup> *Häberle* Auf dem Weg (Fn. 12), 660.

<sup>73</sup> *G.-C. v. Unruh* Verwaltungsreformen – Vorhaben und Ergebnisse seit dem Ausgang des 19. Jahrhunderts, in: *Morsey* (Fn. 64), 23 (24): „Traditionelle Züge trägt die öffentliche Verwaltung Deutschlands zunächst in sich selbst, d.h. in der Kontinuität ihres Bestehens seit dem Aufkommen der Staatlichkeit.“; *Wahl* (Fn. 59), 1198: Das Bild ist verfehlt, es habe 1918/19 oder 1945/1949 eine Stunde Null der Verwaltung gegeben.



Verwaltungsrecht besteht“<sup>74</sup>. So spitzte er provokativ<sup>75</sup> die im französischen Rechtsvergleich gewonnene<sup>76</sup> Beobachtung zu, dass Verfassungen das Allgemeine Verwaltungsrecht als „vorgefundenes Phänomen“ typischerweise unberührt lassen.

*Fritz Werner* hat die Gegenzählung auf den Punkt gebracht: „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“<sup>77</sup>. Sein Aphorismus lässt das Verwaltungsrecht am Mythos der Verfassungsgebung teilhaben.<sup>78</sup>

In einer dritten Version könnte die Entwicklung vom Allgemeinen Verwaltungsrecht als Emanzipationsgeschichte erzählt werden: „Allgemeines Verwaltungsrecht als emanzipierte Systembildung“. Auch Emanzipation ist ein Narrativ für Spannungsverhältnisse und es steht für eine Entwick-

---

<sup>74</sup> *O. Mayer* Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Aufl. 1924, Vorwort zur 3. Aufl.: „So mußte ich denn doch noch einmal an diese Arbeit gehen! Groß Neues ist ja seit 1914 und 1917 nicht nachzutragen. ‚Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht‘; dies hat man anderwärts schon längst beobachtet. Wir haben hier nur Anknüpfungspunkte entsprechend zu berichten.“

<sup>75</sup> Gerne wird dies abgetan als ein Beispiel „für obrigkeitsstaatliche Beharrungskräfte“ (*A. v. Bogdandy* Verwaltungsrecht im europäischen Rechtsraum – Perspektiven einer Disziplin, in: IPE IV, 2011, § 57 Rn. 58) oder als bloße „melancholische Selbsttröstung eines verdienten Autors“ (so *M. Stolleis* Entwicklungsstufen der Verwaltungswissenschaft, in: GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 2 Rn. 91).

<sup>76</sup> Das Phänomen beschäftigte *Mayer* bereits bevor er sein eigenes Grundlagenwerk schuf und lange bevor sich die Frage bezüglich der Weimarer Verfassung stellt: *O. Mayer* Französisches Verwaltungsrecht (Fn. 37), 3 unter Berufung auf *T. Ducrocq* Cours de droit administratif, 4. Aufl. 1874, 5 Rn. 4 (auch 5. Aufl. 1877, 13 Rn. 5): „vom französischen Standpunkt aus ist es ein ganz natürlicher Gegensatz, dass Verfassungsrecht wechselt, Verwaltungsrecht dauert.“; kritisch aus der Sicht des heutigen französischen Rechts: *G. Bigot* Introduction historique au droit administratif depuis 1789, 2002, 356; weitere Nachweise zur französischen Diskussion: *Heuschling* IPE III, 2010, § 54 Rn. 13; Konsequenz eines Zweifels an der These war eine Hinwendung zum Besonderen Verwaltungsrecht: *A. Hensel* Der Einfluss des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts, VVD-StRL 3 (1927), 63 (75 f.); auch *W. Pauly* Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Deutschland, in: IPE IV, 2011, § 58 Rn. 11 verweist i.Ü. nur auf die programmatisch geliebene Gegenzählung von *Fritz Fleiner*. *M. Stolleis* Verwaltungswissenschaft und Verwaltungslehre in der Weimarer Republik, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh (Fn. 51), 77 (89) bilanziert: „Das Fach als Ganzes ist diesen Herausforderungen (der Weimarer Verfassung für das Verwaltungsrecht) nicht gerecht geworden (...) So überdauerte in den Lehrbüchern das verfeinerte und ausgebaut System Otto Mayers, während an der ‚Basis‘ die Verunsicherungen und Neuorientierungen einsetzten. Ein schwankendes Gebäude also, kein geschlossenes System mehr“.

<sup>77</sup> *Werner* DVBl. 1959, 527 ff.

<sup>78</sup> Das lässt sich nur im besonderen Verwaltungsrecht dogmatisch belegen. Rechtliche Narrative sind indes erfolgreich, soweit sie dogmatisch nicht zu schließende Erklärungslücken überbrücken. Das gilt für den Mythos Verfassungsgebung ebenso wie für den Mythos der Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts. Besonders erfolgreich sind Erzählungen, die mehrere Mythen zusammenführen.

lung, die in *Otto Mayers* Beständigkeits-Erzählung fehlt und deren Eigenesgeschwindigkeit in *Fritz Werners* Ableitungs-Erzählung verkannt wird. Wie dies typisch für Emanzipationen ist, geht es um viele Dimensionen – hier um die Emanzipation gegenüber der Disziplin des Zivilrechts, die außerhalb des Ausstrahlungsradius der Verfassung bleibt und die der Gesetzgebung als sonst erster Gewalt voranschreitet.

### 3. *Institutionelle Relationen: Legitimation und Zusammenspiel der Akteure bei der Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts*

Auch die Weiterentwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts seit 1949 können wir mit dem explizit grundgesetzlich geregelten Modell der Rechtsetzung nicht erklären.

#### a) *Kodifikation als Rechtsfortbildung in Gesetzesform*

Vergleichen wir verschiedene Prozesse der Rechtsentwicklung miteinander, sind (Recht-)Setzungsakte einerseits und Rechtsfortbildung andererseits zu unterscheiden. Der Idealtypus des Setzungsaktes ist unter dem Grundgesetz die parlamentarische Gesetzgebung.<sup>79</sup> Das Allgemeine Verwaltungsrecht hingegen<sup>80</sup> hat sich in einem allmählichen Prozess entwickelt mit der Wissenschaft und Rechtsprechung<sup>81</sup> als Hauptakteuren<sup>82</sup>. Auch seine Teilkodifikation ist kein Setzungsakt im idealtypischen Sinne, sondern vor allem Vertextlichung dieser Entwicklung.

<sup>79</sup> Auch Verfassungsgebung ist ein solcher Setzungsakt und der Verfassungsgeber hat sich darauf konzentriert, die Recht-Setzung in diesem engen Sinne zu regeln.

<sup>80</sup> Es geht weniger um die Schriftlichkeit als um die Gesetztheit, die den formellen Gesetzesbegriff kennzeichnet: *E. Höhn* *Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht*, 1960; zust. *Ruffert* *GVwR* I, 2. Aufl. 2012, § 17 Rn. 94 Fn. 445.

<sup>81</sup> Das allgemeine Verwaltungsrecht gilt schlechthin „als Inbegriff der ‚ungeschriebenen Normen‘, die Rechtsprechung und Wissenschaft entwickelt haben“: *Häberle* *Auf dem Weg* (Fn. 12), 664 mit Verweis auf *H.-P. Ipsen* *VVDStRL* 28 (1970), 244 (Diskussion); *Dreier* *Merkls Verwaltungsrechtslehre* (Fn. 28), 62: „Gemeinschaftsprodukt aus Wissenschaft und Rechtsprechung“; *Schmidt-Aßmann* *Dogmatik* (Fn. 15), 3: „Gemeinschaftsleistung – vor allem der Judikatur und der Wissenschaft“. Diese Erzählung vom Zusammenwirken verklärt, dass *O. Mayer* (Fn. 39) (anders als *Otto von Gierke*) die Existenz von Richterrecht bzw. von richterlich geschaffenen Gewohnheitsrecht bestreitet. Für ihn ist eine ständige Rechtsprechung nur Folge eines „Standesbewußtsein(s)“ (94), „Das Verwaltungsgericht behält immer nur Recht für den einzelnen Fall.“ (95).

<sup>82</sup> Auch der Beitrag der Verwaltungspraxis und Anwaltschaft wiegt im Bereich des nicht bzw. nur unzureichend kodifizierten Rechts der informellen bzw. vertraglichen Kooperation schwer.

Das Allgemeine Verwaltungsrecht folgt dem vermeintlich überholten materiellen Gesetzesbegriff<sup>83</sup>, der seine Legitimation nicht in einer Entscheidung der Mehrheit, sondern in der Verallgemeinerbarkeit von Rechtsätzen<sup>84</sup> sucht. Der Gesetzespositivismus schließt solches Vernunftrecht<sup>85</sup> nicht aus, sondern verdrängt es nur insoweit, als Setzungsakte inhaltlich reichen.

Anders als der Stufenbau der Rechtsordnung suggeriert, ist nicht jede Entstehung rechtlicher Maßstäbe von einer gegebenen Verfassung und den auf ihrer Grundlage gegebenen Gesetzen abzuleiten. Im Grundgesetz<sup>86</sup> suchen wir vergeblich nach den für den Kodifikationsgesetzgeber passenden Kompetenztiteln<sup>87</sup> und Verfahren. Das VwVfG musste sich seinen Weg selbst bahnen. Kodifikationsgesetzgebung ist ein eigener Typus der Rechtsfortbildung in Gesetzesform.

Bund und Länder suchten mit einem gesamtstaatlichen Willen zur Rechtseinheit den Konsens, um diesen durch eine gleichsam ratifizierende

---

<sup>83</sup> *J. Isensee* Staat und Verfassung, in: HStR I, 2. Aufl. 1995, § 13 Rn. 127: „Die alte republikanische Idee, daß Gesetze herrschen sollen und nicht Menschen, reibt sich an der staatlichen Wirklichkeit.“ Die Lösung wird nicht in der Legende vom Totalvorbehalt des Parlamentsgesetzes zu finden sein, sondern in einem Wechselspiel zwischen formellem und materiellem Gesetzesbegriff.

<sup>84</sup> *Möllers* FS Battis, 2014, 101 (105): „Denn systematische Allgemeinheit ist im Prinzip kein Anliegen, das politisierungsfähig wäre.“

<sup>85</sup> Zur Bedeutung der „Vernünftigkeit“ bei Otto Mayer eingehend *Hueber* Juristische Methode (Fn. 36), 59.

<sup>86</sup> Diese Grundfrage in einer Schwebelage – zwischen einer föderalistischen Grundtendenz einerseits und der Akzeptanz von Bundesvereinheitlichungen jedenfalls im Ergebnis – zu halten, kann im Grunde als deutsche Verfassungstradition bezeichnet werden. Es besteht hier Kontinuität der Nichtentscheidung dieser Grundfragen durch die verfassungsgebende Gewalt. Zur Rechtslage im Kaiserreich *R. Mußgnug* Die Ausführung der Reichsgesetze durch die Länder und Reichsaufsicht, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh (Fn. 39), 186 (190 f.). Erst recht für ein europäisches Allgemeines Verwaltungsrecht sollten Fragen primärrechtlicher Kompetenzen nicht überschätzt werden, baut doch das Unionsrecht auf einer Ambivalenz zwischen formellem und materiellem Gesetzesbegriff auf. Dazu *J. Schwarze* Europäisches Verwaltungsrecht I, 1988, 47: Lückenschließungskompetenz nach ex Art. 235 EGV (Art. 352 AEUV); restriktiv *W. Kahl* Hat die EG die Kompetenz zur Regelung des Allgemeinen Verwaltungsrechts?, NVwZ 1996, 865 ff.; dagegen *Möllers* FS Battis, 2014, 101 (114); *A. Guckelberger* Gibt es bald ein unionsrechtliches Verwaltungsverfahrensgesetz?, NVwZ 2013, 601 (606 f.): Art. 298 Abs. 2 AEUV erstreckt sich nur auf den Direktvollzug.

<sup>87</sup> Vgl. einerseits *P. Lerche* in: Maunz/Dürig (Begr.) GG, Art. 84 (24. Lfg. Januar 1985) Rn. 43; *F. Kirchhof* in: Maunz/Dürig (Begr.) GG, Art. 84 (61. Lfg. Januar 2011) Rn. 13; *B. Pieroth* in: Jarass/Pieroth (Hrsg.) GG, 13. Aufl. 2014, Art. 84 Rn. 1 f. und andererseits *G. Hermes* in: Dreier (Hrsg.) GG, Band 2, 2. Aufl. 2006, Art. 84 Rn. 24; *T. Groß*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.) Berliner Kommentar zum GG, Art. 84 (2007) Rn. 16.

Parallelgesetzgebung in Kraft treten zu lassen.<sup>88</sup> Diese wird seither als Konsensmodell gelebt, was Änderungen erschwert. Es ist einfacher, eine Zweidrittelmehrheit für eine Verfassungsänderung zu finden, als im Konsens das VwVfG zu reformieren.<sup>89</sup>

Solche Konsensgesetzgebung ist dem Idealtypus der Gesetzgebung geradezu entgegengesetzt: Sie baut weder auf parlamentarische bzw. parteipolitische Kompromissfindung noch auf die jederzeitige Änderbarkeit bei wechselnden Mehrheiten.<sup>90</sup> Klassische Recht-Setzung äußert sich nicht in der Bestätigung Allgemeiner Rechtsgrundsätze, sondern in der Möglichkeit, von diesen abzuweichen, also v. a. im besonderen Verwaltungsrecht.<sup>91</sup>

### b) Die originäre Gewalt der Obergerichte zur Rechtsfortbildung

Die Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts lässt sich nur erklären, wenn wir nicht nur die Kodifikationsgesetzgebung als eigenen Typus begreifen, sondern auch die Rechtsfortbildung als eigenen Typus richterlicher Gewalt. Die Annahme, dem Grundgesetz liege pauschal die kontinentaleuropäische Gewaltenkonzeption eines Gesetzesstaates zu Grunde, ist unterkomplex<sup>92</sup>. Es ist verengend, lediglich drei Gewalten zu unterscheiden

<sup>88</sup> Erst im Vermittlungsausschuss wurde hierfür die Kompromissformel des § 1 Abs. 2 VwVfG gefunden. Zur Genese vor dem Hintergrund der kompetenzrechtlichen Probleme C. H. Ule Das Verwaltungsverfahrensgesetz, DVBl. 1976, 421 (423 ff.).

<sup>89</sup> So nimmt es nicht wunder, dass das VwVfG wesentlich seltener als das GG geändert wird. Zur Erstarrung der Gesetzgebung nach 1976 M. Burgi Gesetzgebung im Verwaltungsverfahrenrecht zwischen europäischem Umsetzungsdruck und (fehlendem) nationalem Gestaltungswillen, in: ders./Schönenbroicher (Hrsg.) Die Zukunft des Verwaltungsverfahrenrechts 2009, 31 (32, 36).

<sup>90</sup> Hier sei keinesfalls einer wirklichkeitsfernen Idealisierung des Parlamentarismus das Wort geredet, sondern einer bereichsspezifischen Ausdifferenzierung, in der auch Kodifikationsgesetzgebung eine Kategorie ist. Das Grundgesetz regelt solche Kategorien besonderer Gesetzgebungsfunktionen partiell (insbesondere in Art. 23, 59, 79, 80 GG).

<sup>91</sup> Das typische Parlamentsgesetz ist sozusagen von mittlerer Abstraktionshöhe, weshalb die Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte und auch an Art. 3 Abs. 1 GG umso praktisch wichtiger ist. Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG hat im Blick, dass der Gesetzgeber sogar geneigt sein könnte, Einzelfälle zu regeln. Zum Gegensatz zwischen dem politisch von Verbänden und Parteien umkämpften Fachrecht und dem Allgemeinen Verwaltungsrecht auch *Mußgnug* FS 600 Jahre Universität Heidelberg, 1986, 203 (226).

<sup>92</sup> Unterkomplex ist ebenso die Gegenformel „vom Gesetzesstaat zum Verwaltungsstaat“: E. Forsthoff Der moderne Staat und die Tugend (1950), in: ders. Rechtsstaat im Wandel, 1964, 13 (23); diese Formel steht im Widerspruch zum ebenfalls unterkomplexen Gegensatz zwischen einer ursprünglich rechtsfreien Verwaltung und einer rechtsgebundenen Justiz (dazu *Merkel* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 6), 158); zum Begriff „Gesetzgebungsstaat“ C. Schmitt Legalität und Legitimität (1932), in: ders. Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 1958, 263 (268); zum Begriff „Verwaltungsstaat“ *Schmitt* ebd., 265; H. Peters Lehrbuch der Verwaltung, 1949, V (Vorwort); W. Weber Wei-

und dabei die Gerichte allein von ihrer Aufgabe der Einzelfall-Rechtsprechung zu konzipieren. Denn das führt dazu, dass richterliche Rechtsfortbildung eine zwar verbreitete, aber im Grunde rechtfertigungsbedürftige Ausnahme bliebe.<sup>93</sup> Sie reicht aber über die Kompensation von Defiziten einer nicht perfekten Rechtsordnung hinaus.<sup>94</sup> Als Systembildung ist sie von Lückenfüllung verschieden und ebenso vom Gewohnheitsrecht.<sup>95</sup>

Das Grundgesetz lässt all dies zu:<sup>96</sup> Statt die Gesetzgebungskompetenzen für das Allgemeine Verwaltungsrecht zu regeln, stellte der Verfassungsgeber die Schaffung des BVerwG sicher. Die rechtsfortbildende Gewalt ist bei der Systembildung und bei der Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze<sup>97</sup> als originär zu begreifen. Sie ist den Obergerichten und ins-

---

marer Verfassung und Bonner Grundgesetz (Fn. 65), 31; *W. Weber* Wandlungen und Formen des Staates (1963), in: *ders.* (Fn. 63), 225 (235); *Forsthoff* Der moderne Staat und die Tugend (1950), in: *ders.* Rechtsstaat im Wandel, 1964, 13 (23); *K. König* Verwaltungsstaat im Übergang, 1999, 9 ff. und passim; *K. Eichenberger* Hochleistungsverwaltung des entfalteten Sozialstaates, FS Häfelin, 1989, 442 (449): „Universalität, Ubiquität und Omnipräsenz der Verwaltung“.

<sup>93</sup> Die Zuspitzung der Position, dass allein der Gesetzgeber Spielräume der Maßstabsbildung haben solle, Gerichte lediglich das gesetzestvorgegebene Recht vollzögen und Rechtsfortbildung „nur dann“ zulässig sei, „wenn die vom Gericht geschöpfte Rechtsfolge tatsächlich von Verfassungen wegen unmittelbar und zwingend geboten erscheint“, finden wir bei *C. Hillgruber* Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, 118 (122).

<sup>94</sup> Ein Irrweg ist es auch zu meinen, die Unabhängigkeit der Gerichte solle und könne mit einer umso strengeren Verfassungs- und Gesetzesbindung kompensiert werden. Dagegen *S. Bredt* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, 2006, 85.

<sup>95</sup> *Forsthoff* Lehrbuch (Fn. 18), 3. Aufl. 1953, 51, 10. Aufl. 1973, 57: „schöpferische Rechtsprechung“. *Schack* FS Laun, 1948, 275 bezeichnet die richterliche Befugnis zur Lückenfüllung ihrerseits als Gewohnheitsrecht.

<sup>96</sup> Nach *Hillgruber* JZ 1996, 118 (119) ist selbsterklärend, dass „unter den grundlegend veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen des demokratischen Verfassungsstaates“ die Funktion der Rechtsprechung eine gesetzesakzessorische ist, und er wird nicht müde, der Gegenposition vorzuwerfen, dass sie nur auf Behauptungen beruhe. Dabei verengt er Gesichtspunkte der Kontinuität einer weit verstandenen Rechtsfortbildung auf deren unbestreitbare Perversion im Nationalsozialismus (*ders.* „Neue Methodik“ – Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, JZ 2008, 745 ff. und dagegen *R. Ogorek* Science Fiction, myops 7/2009, 59 ff.).

<sup>97</sup> *W. Schmidt* „Vertrauensschutz“ im öffentlichen Recht, JuS 1973, 529 (531): „Ebenso wie im Privatrecht hat diese Klausel (Treu und Glauben) keine andere Funktion als die der Ermächtigung zu richterlicher Institutionenbildung“; zustimmend: *Blanke* Vertrauensschutz (Fn. 17), 15. Das gilt unabhängig von der gegebenenfalls (auch) verfassungsrechtlichen Fundierung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Anders *O. Lepsius* Kritik der Dogmatik, in: *Kirchhof/Magen/Schneider* (Hrsg.) Was weiß Dogmatik?, 2012, 39 (43 f.), der hier eine Selbstermächtigung sieht, im Ausgangspunkt aber schlicht behauptet: „Dazu sind Gerichte aber eigentlich (sic!) nicht befugt“.

besondere dem BVerwG anvertraut,<sup>98</sup> die hierfür auch funktionell geeignet sind.<sup>99</sup> Es wäre dysfunktional, die maßstabsfortbildende Gewalt auf der hohen Abstraktionsebene der Systembildung und der folgerichtigen Konkretisierung Allgemeiner Rechtsgrundsätze als primäre Gestaltungsaufgabe des Gesetzgebers<sup>100</sup> zu verstehen.

Die erste Gewalt wendet sich bevorzugt anderen Themen zu und zieht sich in die sekundäre Rolle des Kodifikationsgesetzgebers zurück.<sup>101</sup> Selbstverständlich bleibt dem Gesetzgeber unbenommen, Richterrecht<sup>102</sup> jederzeit auch in allgemeiner Weise zu kodifizieren oder auch zu korrigieren.<sup>103</sup> Die Gesetzesbindung der Gerichte bleibt unberührt, auch wenn wir

---

<sup>98</sup> Rechtsgrundlage war zunächst § 56 BVerwGG, der Vorgänger des § 137 Abs. 1 VwGO; dazu BT-Drs. 1/3420, 2: „Einmütig war sich der Rechtsausschuß in der Anschauung, dass die Hauptaufgabe des Bundesverwaltungsgerichts darin liegt, uns die Einheit in den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts wie in der Auslegung des Bundesverwaltungsrechts zu gestalten.“ Nach BT-Drs. 1/1844, 2 sei wesentlich, dass das BVerwG „die einheitliche Zusammenfassung in der Niederlegung der gewonnenen Ergebnisse für das gesamte Verwaltungsrecht vornimmt. Das Ziel ist, einen allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu gestalten.“

<sup>99</sup> Aus den Einwänden von Möllers FS Battis, 2014, 101 (108) folgen primär Postulate an die Wissenschaft im Umgang mit Rechtsprechung. Schon Bachof Entwicklungstendenzen (Fn. 8), 8 erkannte die Rollenverteilung zwischen Rechtsprechung und Wissenschaft, wobei für erstere typischer sei „bedächtigt vorzugehen, nur Stück für Stück zu ändern, nicht mehr als das unbedingt Notwendige umzugestalten, der Rechtskontinuität den Vorrang (...) zu geben“ und letzterer, die Frage der „Systemreinheit“ zu stellen und sie als Fernziel anzustreben.

<sup>100</sup> Wenn wir zugrunde legen, dass bei Kodifikationsgesetzgebung die Parlamente lediglich beschließende Funktion haben, bliebe es bei der Ministerialbürokratie, die auf die Wissenschaft angewiesen wäre. Wer die Legitimation von Rechtsetzung steigern wollte, müsste die Mitwirkung der Wissenschaft an dieser Stelle prozeduralisieren.

<sup>101</sup> Als Beispiel für eine typisch konstitutionalistische Wahrnehmung auch der Kodifikation sei hier auf Ule DVBl. 1976, 421 (425 f.) verwiesen, der als einer der prägenden Mitgestalter in der Sachverständigenkommission einerseits einen „Verfassungsauftrag“ zur Kodifikation „aus dem Bekenntnis des Grundgesetzes zum demokratischen und sozialen Rechtsstaat“ herbeiredet und andererseits auf „die schleppende Behandlung im Bundestag“ verweist.

<sup>102</sup> Das überkommene Bestreiten des Richterrechts als echter Rechtsquelle (statt aller Ruffert GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 17 Rn. 109) beruht auf verzerrter Wahrnehmung: Nicht eine vermeintlich für eine Rechtsquelleneigenschaft gegebenenfalls notwendige strikte Präjudizienbindung ist der rein faktischen Orientierungswirkung gegenüberzustellen. Dass der Gesetzgeber die Gesetze und die Gerichte ihre Rechtsprechung ändern können, ist ein Gebot demokratischer Offenheit. Die spezifische Gesetzesunterwerfung des Richters ist nicht gleichzusetzen mit der Rechtsbindung und mit Rechtsquelleneigenschaft. Mußnug FS 600 Jahre Universität Heidelberg, 1986, 203 (204): Allgemeines Verwaltungsrecht als „Paradebeispiel für die rechtsgestaltende Kraft des Richterrechts“.

<sup>103</sup> Auch die Rechtsprechung trennt sauber zwischen Möglichkeit und Notwendigkeit einer Regelung: BVerfGE 40, 237 (252): „die Möglichkeit einer Regelung durch die Legislative begründet aber noch keinen Gesetzesvorbehalt“.

deren rechtsfortbildende Gewalt dauerhaft<sup>104</sup> anerkennen und für die Auslegung einer Kodifikation eigene Methoden gelten.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> Schon *Bachof* Entwicklungstendenzen (Fn. 8), 18 erkannte die „entscheidende Rolle der Rechtsprechung, vor allem der Verwaltungsgerichte, für die Fortbildung des (im wesentlichen unkodifizierten) allgemeinen Verwaltungsrechts“ und schränkte dies auch für die Zukunft allenfalls graduell ein: „Vielleicht wird diese Rolle künftig eine gewisse Einbuße erleiden“. Zur fortbestehenden, nicht zu unterschätzenden Bedeutung des Richterrechts bereits 10 Jahre nach der Teilkodifikation: *Mußnug* FS 600 Jahre Universität Heidelberg, 1986, 203 (217): Das VwVfG „hält dem Richterrecht im Gegenteil nach wie vor ein breites Betätigungsfeld offen“. Der Regierungsentwurf geht so weit, dass durch das VwVfG, das „eine Reihe von Zweifelsfragen“ offen lasse „die maßstabbildende Kraft der Rechtsprechung in höherem Maß als bisher gefördert wird. Damit trägt auch die Rechtsprechung dazu bei, daß sich das Recht des Verwaltungsverfahrens auf einheitlichen Bahnen weiter entwickeln kann.“ (BT-Drucks. 7/910, 29 (5.3)).

<sup>105</sup> Weil Kodifikationsgesetzgebung eine eigene Kategorie ist, geht auch nach der Kodifikation die Systembildung ihre eigenen Wege. Die faktisch erschwerte Änderbarkeit des VwVfG ruft nach einer umso dynamischeren Auslegung. Kodifikationen sind Momentaufnahmen (*Ossenbühl* FG 50 Jahre BVerwG, 2003, 289 (301): Sie ist keine „originäre Neuschöpfung, sondern (...) Aufzeichnung des Rechtszustandes, der im Zusammenspiel von Rechtsprechung und Lehre entwickelt worden war. Für diese Entwicklungsarbeit bildete der Rückgriff auf die ‚allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts‘ die entscheidende Grundlage.“) Ein Kodifikationsgesetzgeber zieht nicht die weitere Entwicklung an sich, sondern hält deren vorläufige Ergebnisse fest und bestätigt auch ihre Dynamik. Nur wenn sich Wissenschaft und richterliche Rechtsfortbildung zur weiteren Systembildung ermutigt fühlen, wird sich wieder einmal die Frage der Kodifikationsreife, d.h. einer grundlegenden Reform der gesetzlichen Grundlagen stellen. Dazu Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), 2. Aufl. 1968 mit Anh. „Münchener Fassung“, 62: „es wäre falsch zu glauben, daß eine Kodifikation des Verfahrensrechts die klärende rechtschöpferische Funktion, die die Rechtsprechung auf allen Rechtsgebieten ausübt, gerade hier (sic!) überflüssig machen könnte“. Das große Lager der Kodifikationsgegner hätte sich nicht nur eine vorhersehbare Niederlage ersparen können, sondern seine Energie auf eine eigene Methode im Umgang mit Kodifikationen konzentrieren sollen. Gegen Kodifikationen spricht ebenso wenig wie gegen geschriebene Verfassungen. Als Beispiel genannt sei der Beitrag von *Bauer* GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 36 Rn. 69, der explizit nicht die rudimentären Regelungen der §§ 54 ff. VwVfG zum alleinigen Ausgangspunkt macht. Richtig verstanden wertet eine solche eigene Methodik Kodifikation nicht ab, sondern auf. Mit der Verfassung hat sie auch gemeinsam, dass sie Ausstrahlungswirkung entfaltet. Diese Ausstrahlungswirkung auf das Besondere Verwaltungsrecht äußert sich darin, dass solche Abweichungen mit hinreichender Deutlichkeit erfolgen müssen. Es besteht also bei der Auslegung des besonderen Verwaltungsrechts eine Vermutungswirkung zugunsten des allgemeinen Standards (vgl. etwa BVerwGE 118, 216 (219): „Indes sah er (der Gesetzgeber) auch keine Notwendigkeit, die von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur bejahte Anwendbarkeit von § 48 VwVfG auszuschließen“). Hier hat der oft schon totesagte Grundsatz „*singularia non sunt extenda*“ seine Berechtigung (zu dessen heute begrenzter Bedeutung *K. Muscheler* *Singularia non sunt extendenda*, FS Kruse, 2001, 135 ff.).

c) *Das Verbundmodell als legitimierendes Setting der Rechtsfortbildung*

Dem Zusammenspiel der Akteure auf Bundes- und Landesebene bei der Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts liegt ein Verbundmodell zugrunde. Die rechtsfortbildende Gewalt wurde von einem „Verwaltungsgerichtsverbund“ zwischen den Oberverwaltungsgerichten und dem Bundesverwaltungsgericht wahrgenommen – mit wechselseitiger Ausstrahlungs- und Orientierungswirkung. Das BVerwG erlag nicht der Versuchung, das Grundgesetz als bundesrechtlichen Anknüpfungspunkt für seine Zuständigkeit im Allgemeinen Verwaltungsrecht zu instrumentalisieren. Es hat vielmehr in einer umstrittenen<sup>106</sup> Rechtsprechung<sup>107</sup> seine Revisionskompetenz hinsichtlich des Allgemeinen Verwaltungsrechts beschränkt auf Fälle des Vollzugs von Bundesrecht. Das führte im Ergebnis dazu, dass beim Vollzug von Landesrecht die Oberverwaltungsgerichte letztinstanzlich zuständig blieben – auch für das allgemeine Verwaltungsrecht.<sup>108</sup> Jene haben durch gewichtige Entscheidungen<sup>109</sup> dessen Entwicklung mit geprägt. Das BVerwG hat sich in einen konsensgerichteten Dialog mit ihnen begeben, statt alle Revisionskompetenz an sich zu reißen.

An dieser Rechtsprechung orientiert haben sich auch die VwVfG-Gesetzgeber.<sup>110</sup> Ihre Parallelgesetzgebung kann ihrerseits als „Gesetzge-

<sup>106</sup> Für eine umfassende Revisibilität allgemeiner Rechtsgrundsätze durch das BVerwG: *H. Schleifenbaum* Die Revisibilität des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verwaltungsprozeß, DVBl. 1969, 350 (351); *H.-J. Hardt* Die Revisibilität der allgemeinen Rechtsgrundsätze, DVBl. 1973, 325 (335) gegen *P. Schwerdtner* Das reversible Recht im Verwaltungsprozeß, 1967, 82. Versuche, die Rechtsprechung für erledigt zu erklären (so *P. Kirchhof* Revisibles Verwaltungsrecht, FS Menger, 1985, 813 (822)), sind verhallt.

<sup>107</sup> BVerwGE 2, 22 (24 f.); E 111, 165 (172 f.); zustimmend *Ossenbühl* FG 50 Jahre BVerwG, 2003, 289 (303).

<sup>108</sup> Das gilt bis heute für die Weiterentwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts über die Teilkodifikation des VwVfG hinaus (und im Bereich des geschriebenen Rechts z.B. bei Fragen des Vollstreckungsrechts), während Fragen der Auslegung gleichlautender Vorschriften der VwVfGe heute in allen Konstellationen nach § 137 Abs. 1 Nr. 2 VwGO revisibel sind (letzterer ist nicht auf das Vollstreckungsrecht analog anzuwenden: BVerwG, NVwZ 1988, 82; zustimmend *M. Eichberger/J. Buchheister* in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.) VwGO, § 137 (EL 25 April 2013) Rn. 61). Zur Vorgeschichte der Rechtsprechung des BVerwG gehört RGZ 144, 339 (345): Das RG sei „nicht gehindert, seiner Beurteilung einen allgemeinen Rechtssatz als auch dem Landesrecht angehörig dann zugrunde zu legen, wenn das Berufungsgericht eine gegenteilige Feststellung in betreff des Landesrechts nicht getroffen hat.“

<sup>109</sup> So etwa zum Vertrauensschutz bei der Rücknahme von Verwaltungsakten OVG Berlin, DVBl. 1957, 503. Die Entscheidung wird in ihrer Tragweite mit dem Kreuzberg-Urteil des ProVG verglichen: *W.-R. Schenke* Probleme der Bestandskraft von Verwaltungsakten, DÖV 1983, 320 (321) und zustimmend *Blanke* Vertrauensschutz (Fn. 17), 15.

<sup>110</sup> *P. Häberle* Verfassungsprinzipien „im“ Verwaltungsverfahrensgesetz, FS Boorberg Verlag 1977, 47 (54) spricht von „vorbildlichem ‚konzertierten‘ Zusammenwirken des Gesetzgebers mit Wissenschaft und Rechtsprechung“.



berverbund“ bezeichnet werden.<sup>111</sup> Der Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts liegt kein Modell hierarchischer Unitarisierung durch Bundes(verfassungs)recht, sondern ein Modell der konsentierten Homogenisierung des Rechts zu Grunde. Dieses Verbundmodell trägt die organisationsrechtliche Legitimation einer vernunftrechtlichen Rechtsverallgemeinerung.

Ihm entspricht nicht nur der Europäische Verfassungs- und Verfassungsgerichtsverbund,<sup>112</sup> sondern auch die innerstaatliche Systembildung. Im Allgemeinen Verwaltungsrecht ist sie nicht konstruktivistische<sup>113</sup> „Selbstermächtigung“<sup>114</sup>, sondern sie dient der Überschaubarkeit<sup>115</sup> und pragmatischer Effektivität und folgt einer „generalisierenden Tendenz der Gerechtigkeit“<sup>116</sup>. Diese Rationalität wird im bundesstaatlichen Verbundmodell institutionalisiert mit einer Vorreiterrolle der rechtsfortbildenden Gewalt der Verwaltungsgerichte. Unter der Oberfläche des geschriebenen Verfassungstextes verbirgt sich ein Konzept rechtlicher Maßstabsetzung und -entwicklung, das offen ist für ein Verbundmodell der Akteure rechtlicher Systembildung.

---

<sup>111</sup> Das führte auch zu einem schwerfälligen Prozess. Dazu *M. Baring* Die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts als Aufgabe, in: Kütz/Naumann (Fn. 8), 31 (38): „obwohl unser Schiff keinen Kommandanten hat, wohl aber 12 – gleichberechtigte – I. Offiziere.“ Nicht zu vernachlässigen sind die Beiträge der Landesgesetzgeber vor 1976: In seinem Geleitwort zum EVwVfG 1963 verweist Bundesinnenminister *Hermann Höcherl* auf die Traditionen einzelner Kodifikationen in den Ländern und in Österreich (Thüringen 1926, AVG Österreich 1925, Entwürfe einer Verwaltungsrechtsordnung Württemberg 1931). Diese ihrerseits „konnten auf dem festgefühten Gewohnheitsrecht des allgemeinen deutschen Verwaltungsverfahrens aufbauen“ (in: Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), 2. Aufl. 1968 mit Anh. „Münchener Fassung“, zu § 38 EVwVfG 1963, VII). Auch *W. Jellinek* Verwaltungsrecht (Fn. 39), 1928, 276 ff., 3. Aufl. 1931, 286 ff. setzt sich maßgeblich mit den Regelungen des § 78 AO (1919) und der §§ 141 ff. Thüringische Verwaltungsordnung v. 10.6.1926 auseinander und fordert rechtsvergleichende Rechtswissenschaft.

<sup>112</sup> Auch die Entwicklung eines europäischen Allgemeinen Verwaltungsrechts ist wissenschaftlich geprägt. Auf der Entwicklungsstufe, die das Verwaltungsrecht in den nationalen Rechtsordnungen erreicht hat, ist hier die Kodifikationsreife greifbar. Das Europäische Verfassungsrecht folgt dabei mangels eines Aktes der Verfassungsgebung seinerseits einer Rationalität der Verallgemeinerung und weniger der Setzung.

<sup>113</sup> *M. Rosenfeld* The role of constitutional scholarship in comparative perspective, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), 361; differenzierend hierzu: *M. Kumm* On the past and future of European constitutional scholarship, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), 401; v. *Bogdandy* IPE IV, 2011, § 57 Rn. 58.

<sup>114</sup> *Lepsius* Dogmatik (Fn. 97), 43 f.; dagegen *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 4 Fn. 8.

<sup>115</sup> *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 3.

<sup>116</sup> *C.-W. Canaris* Systemdenken und Systembegriff, 2. Aufl. 1983, 12 ff.; ebenso *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 4; *C. Bumke* Rechtsdogmatik, JZ 2014, 641 (648).

Im Falle des Staatshaftungsrechts wagte der Bund, von diesem Verbundmodell abzuweichen und versuchte es im parlamentarischen Alleingang nach den Regeln des Grundgesetzes von 1949. Das konnte nicht gutgehen: Die Akteure erließen erst ein Gesetz, befragten dazu das BVerfG<sup>117</sup>, schufen dann die Kompetenzgrundlage und betrachten seither den Scherbenhaufen.

Ansonsten fällt auf, dass das BVerfG in kaum einem Rechtsgebiet – das Zivilrecht eingeschlossen – so wenig präsent ist wie im Allgemeinen Verwaltungsrecht. Das ist nicht nur ein weiteres Indiz für das Fehlen inhaltlicher Maßstäbe. Dass das BVerfG nicht geneigt ist, solche zu entwickeln, hat noch andere Ursachen: Das BVerfG, das dem Gesetzgeber gegenüber Folgerichtigkeit einfordert, findet in wissenschaftlich-richterrechtlicher Systembildung wenig Angriffspunkte. Außerdem übt das BVerfG große Zurückhaltung gegenüber verfassungsvorgefundenem Recht. Seinen Normverwerfungskompetenzen entspricht ein „Jagdinstinkt“, der auf Bewegung reagiert und nicht auf „Kriechosaurier“.

#### **IV. Verfassungsrechtsdogmatik in Relation zur Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts**

Erst jetzt sind (exemplarisch) dogmatische Fragen aufzuwerfen, nachdem geklärt ist: Die Begründungslast bei der Suche nach der Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht liegt beim Systembildner, der als professioneller Verfassungskonkretisierer einen Machtvorsprung in der offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten erheischt. Das systembildende Juristenrecht<sup>118</sup> ist kein Anlass für ein schlechtes Gewissen. Es ist legitim, auch ohne zu beschwören, jede bestätigende „*invocatio constitutionis*“ sei eine prägende Ausstrahlung der Verfassung.<sup>119</sup>

Eine Dogmatik unter diesen Vorzeichen sei hier mit drei Beispielen illustriert:

---

<sup>117</sup> BVerfGE 61, 149. Selten haben die beiden Akteure, denen die Rolle der Maßstabsetzung zusteht bzw. nachgesagt wird, einen solchen Scherbenhaufen hinterlassen. Im Rückblick erweckt diese Geschichte den Verdacht, die den Deutschen nachgesagte Sehnsucht nach Kodifikation habe die Akteure liebesblind gemacht. Das sollte die Fachgerichte ermutigen, ihre Kompetenz zu richterrechtlicher Rechtsfortbildung weit zu verstehen.

<sup>118</sup> Schon *Bähr* Der Rechtsstaat (Fn. 53), 193 f. erkannte die verwaltungsrechtliche Systembildung als primäre Aufgabe der Rechtswissenschaft, die „der Gesetzgebung vorzuarbeiten“ habe; *Schulz* Reichsreform (Fn. 64), 98 bezeichnet das 19. Jahrhundert als das „Jahrhundert der Juristen“; weitere Nachweise bei v. *Unruh* Verwaltungsreformen (Fn. 73), 33.

<sup>119</sup> Und in der Tat kann Verfassungskonkretisierung die Spielräume richterlicher Rechtsfortbildung zusätzlich erweitern: BVerfG, Beschl. v. 24.2.2015, 1 BvR 472/14, Abs.-Nr. 42.

### 1. Das vorgefundene Rechtsstaatsprinzip und die verwaltungsrechtliche Systembildung

Am Anfang war der Rechtsstaat eine Idee<sup>120</sup>. Aus ihr formte *Otto Mayer* ein Allgemeines Verwaltungsrecht. Der Rechtsstaat verhält sich zum Verwaltungsrecht bei ihm selbstreferenziell. Er definiert ihn sogar so: „Der Rechtsstaat ist der Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts.“<sup>121</sup> Heute ist die Rechtsstaatlichkeit der Verwaltung i. S. d. Grundgesetzes<sup>122</sup> das Extrakt einer fortgeschrittenen und weiter fortschreitenden<sup>123</sup> verwaltungsrechtlichen Systembildung,<sup>124</sup> die nicht durch Verfassungsgebung aufgelöst wurde.

Dort wo Staatsrechtslehrer aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes ein radikales<sup>125</sup> Umdenken im Allgemeinen Verwaltungsrecht abgeleitet haben, sind ihre Postulate akademische<sup>126</sup> geblieben. Dazu nur ein<sup>127</sup> Bei-

<sup>120</sup> Zur konstruktiven Funktion von Ideen bei *Otto Mayer* eingehend *Hueber* Juristische Methode (Fn. 36), 45 ff.; *E. V. Heyen* *Otto Mayer, Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981, 163.

<sup>121</sup> *O. Mayer* (Fn. 39), 60.

<sup>122</sup> Das Rechtsstaatsprinzip als solches wurde auch vom BVerfG den „allgemeinen Grundsätzen und Leitideen“ zugeordnet: BVerfGE 2, 380 (403).

<sup>123</sup> BVerfGE 1, 321: „Der Rechtsstaat der Gegenwart...“.

<sup>124</sup> Lesenswert die ausführliche, das Recht und die Rechtsprechung in den Ländern vergleichende Analyse zum Vorbehalt des Gesetzes bei *Bühler* Subjektive Rechte (Fn. 48), 87: „Das Resultat (...) für Preussen ist also, dass sich in der Verfassung nur Ansätze desselben finden, die Grundrechte, dass diese dann aber durch ein Gewohnheitsrecht überholt worden sind, das sich ohne Anknüpfung an sie gebildet hat und jetzt logisch, aber nicht historisch, eine Verallgemeinerung derselben darstellt“.

<sup>125</sup> „Noch radikaler“ nannte *Bachof* Entwicklungstendenzen (Fn. 8), 6 die noch unveröffentlichte Habilitationsschrift von *H. H. Rupp*.

<sup>126</sup> *Merkl* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 6), 102: „Mit der rechtlichen Wirklichkeit ist die Vorstellung vom Vorbehalt des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen“. Seine Welt eines Stufenbaus der Rechtsordnung wäre im Reinen, wenn es entsprechende Blankettgesetze gäbe (105). Im Ergebnis ähnlich *R. Schmidt-De Caluwe* Der Verwaltungsakt in der Lehre *Otto Mayers*, Staatstheoretische Grundlagen, dogmatische Ausgestaltung und deren verfassungsbedingte Vergänglichkeit, 1999, 306 f.: „Genau damit wird auch der demokratische Verfassungsstaat und die veränderte Rechtsstellung des nicht mehr untertänigen Bürgers ernst genommen. Bei solcher Herangehensweise erhält der Blick auf das aktuelle Recht des Verwaltungsakts wie von selbst (sic!) eine andere Perspektive. (...) Die bisherige Praxis und Lehre des Verwaltungsakts steht dazu in einem deutlichen Kontrast.“.

<sup>127</sup> Ob sich Ansätze einer Konstitutionalisierung der Rechtsmäßigerestitution (*M. Mortok* Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988; *H. Sauer* Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen – Theorie und Dogmatik des öffentlichen Reaktionsrechts, Habilitationsschrift 2014) durchsetzen werden, ist offen. Sie sind als Verschärfungen eines gewandelten Verfassungsrechts begründungsbedürftig und nur in Prozessrelationen legitimationsfähig. *C. Enders* Abwehr und Beseitigung rechtswidriger hoheitlicher Beeinträchtigungen, in: *GVwR* III, 2. Aufl. 2013, § 53 Rn. 82 f. warnt

spiel: Mit dem von *Hans Heinrich Rupp*<sup>128</sup> geforderten umfassenden Vorbehalt des Gesetzes wurde in Fragen des Allgemeinen Verwaltungsrechts<sup>129</sup> nie Ernst gemacht: weder im Organisations-<sup>130</sup> und Verfahrensrecht<sup>131</sup>, noch in der Leistungsverwaltung, noch bei den Warnungsfällen<sup>132</sup>, noch bei der Rückforderung von Beihilfen<sup>133</sup>. Der Vorbehalt des Gesetzes gilt inzwi-

---

vor einer „Überanstrengung des Grundrechtsgedankens“ und fordert, einen umfassenden „Schutz der (zivilen) Eigenrechtssphäre (...) an den Maßstäben der allgemeinen Rechtsordnung zu orientieren.“

<sup>128</sup> *H. H. Rupp* Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre (1965), 2. Aufl. 1991, 113 ff. Grundlegend: *Merkel* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 6), 167 f.: „In seiner radikalsten Fassung bedeutet der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung, daß die gesamte Verwaltung nur auf Grund von Gesetzen ausgeübt werden kann. Bietet nach dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung nur ein Rechtssatz, gleich welcher Form, so schafft im Falle der Herrschaft des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nur ein Gesetzesrechtssatz die Möglichkeit, die Verwaltungshandlung als solche zu erkennen und dem Staate zuzurechnen. Der so verstandene Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung emanzipiert sich also völlig vom Inhalt der Verwaltungshandlungen und fordert für sie lediglich um ihres Charakters als Verwaltungshandlungen willen eine gesetzliche Grundlage. Erst diesen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit kann man mit vollem Recht den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nennen, denn erst er macht das Gesetz zur Bedingung jeder einzelnen Verwaltungshandlung und damit der ganzen Verwaltung. Der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung ist kein Gegenstand der Kodifikation, der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung muß dagegen kodifiziert sein, wenn und soweit er gelten soll. Da die Einsicht in diese kodifikationstechnische Notwendigkeit meistens fehlt, ist es allerdings meist nur ein Zufall, wenn sich interpretativ für den / ganzen Bereich der Verwaltung die Geltung unseres Grundsatzes ermitteln läßt“; im Ergebnis ähnlich *Schmidt-De Caluwe* Verwaltungsakt (Fn. 126), 285: „Notwendigkeit gesetzlicher Grundlagen als dem allein möglichen Geltungsgrund der verwaltungsaktlichen Regelung“.

<sup>129</sup> Zwar wird die Ausweitung des Vorbehaltes des Gesetzes gerne in diesem Zusammenhang genannt, aber soweit Beispiele genannt werden, entstammen sie dem besonderen Verwaltungsrecht: statt aller *Vofßkuhle* FS Beck-Verlag, 2007, 935 (939).

<sup>130</sup> BVerfGE 8, 155 (166 f.); aus der Literatur *Bull* Verwaltungsrecht (Fn. 7), 74 f., Rn. 154.

<sup>131</sup> BVerfGE 40, 237 (250).

<sup>132</sup> BVerfGE 105, 252 (271); E 105, 279 (303 ff.); in der Literatur wird diese Rechtsprechung freilich heftig kritisiert (statt aller *J. Kersten* Realakte und Praxen, FS Battis, 2014, 239 (248): „verfassungsrechtliche Verunsicherung“). Auch die Erstreckung gesetzlicher Ermächtigungen auf informelles Handeln unterliegt nicht einem Vorbehalt des Gesetzes: *M. Fehling* Informelles Verwaltungshandeln, in: *GVwR* II, 2. Aufl. 2012, § 38 Rn. 71.

<sup>133</sup> OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2006, 104; akademische Bedenken: *M. Ludwigs* Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht, NVwZ 2015, 1327 (1332): „frappante Kappung verfassungsrechtlicher Direktiven“; der Rechtsprechung zustimmend: *M. Ruffert* Europäisiertes Allgemeines Verwaltungsrecht im Verwaltungsverbund, DV 41 (2008), 543 (556 f.).

schen<sup>134</sup> im besonderen Verwaltungsrecht<sup>135</sup>, macht aber vor dem Allgemeinen Verwaltungsrecht halt.<sup>136</sup> Auch dort zu gelten, wird freilich als Legende überliefert.<sup>137</sup> Seit 1977 widerspricht niemand, wenn in § 49 VwVfG<sup>138</sup>

<sup>134</sup> Zur Prozesshaftigkeit der allmählichen Einlösung „programmatischer“ Forderungen nach gesetzlicher Determinierung und zur Notwendigkeit eines „Übergangsrechts“: *Thoma* Der Polizeibefehl im Badischen Recht, dargestellt auf rechtsvergleichender Grundlage (Fn. 61), 111 f.; *Bühler* Subjektive Rechte (Fn. 48), 89. Dazu mit Blick auf Art. 178 Abs. 2 WRV *Fleiner* Institutionen (Fn. 5), 134: „Notbehelf“. Zum Vorbehalt des Gesetzes *G. Meyer* Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl. 1891, § 178, 531 f.: „Die Verwaltung darf nicht bloß dasjenige thun, wozu sie durch Gesetz ausdrücklich ermächtigt, sondern alles, was ihr nicht durch Gesetz untersagt ist (...) Diese Auffassung rechtfertigt sich auch durch die geschichtliche Entwicklung des Verwaltungsrechtes. (...) Der Uebergang vom sogenannten Polizeistaate zum Rechtsstaate hat sich nicht mit einem Schläge, sondern durch die allmählich fortschreitende Verwaltungsgesetzgebung dieses Jahrhunderts vollzogen. Die Aufgabe dieser Gesetzgebung war nicht die Begründung neuer Befugnisse der Polizeibehörden, sondern die Einschränkung der vorhandenen.“; VGH Württ. v. 13.11.1901, Württ. Jahrb. Band 14, 108: „Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung kommt in einem geordneten Gemeinwesen der Polizei kraft ihres Amtes die Aufgabe zu, die Gesamtheit, das Publikum gegen Gefahren aller Art (...) zu schützen.“

<sup>135</sup> BVerfGE 116, 24 zieht in Zweifel, ob eine im Allgemeinen Verwaltungsrecht inzwischen geregelte Ermächtigung zur Rücknahme eines Verwaltungsaktes überhaupt für die Frage des Vorbehalts des Gesetzes relevant sein, d.h. eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage entbehrlich machen kann.

<sup>136</sup> *Forsthoff* Lehrbuch (Fn. 18), 3. Aufl. 1953, 226, 10. Aufl. 1973, 277. Für einen insgesamt differenzierten Umgang mit dem Vorbehalt des Gesetzes: *Wißmann* Generalklauseln (Fn. 46), 298 f.; *Ossenbühl* (Fn. 7), § 5 II, 55; diffus *Fleiner* Institutionen (Fn. 5), 131; bereits *Bühler* Subjektive Rechte (Fn. 48), 100 fiel auf, dass das Sächsische OVG Entsch. Jahrb. I, 292 zwar einerseits den Vorbehalt des Gesetzes forderte (s.o. Fn. 48), andererseits aber selbst Kosten ohne gesetzliche Grundlage erhob.

<sup>137</sup> So die „überwiegende Lehre“ nach Einschätzung von *Koch/Rubel/Heselhaus* Verwaltungsrecht (Fn. 65), § 5 Rn. 24, 192 mit Verweis auf *K. Hesse* Grundzüge, 20. Aufl. 1995, Rn. 201; *E. Stein/G. Frank* Staatsrecht, 18. Aufl. 2002, § 20 III 3.

<sup>138</sup> Historisch betrachtet sind die §§ 48 f. VwVfG so zu deuten: Sie beenden die Diskussion darüber, ob Vertrauen auch in rechtswidrige Verwaltungsakte schützenswert ist, verweisen die in der Literatur aufgekommene verfassungsrechtliche Diskussion über den Vertrauensschutz (die von der Rechtsprechung nach Treu und Glauben gelöst wurde) in die Subsumtion unter die einfachrechtlich geregelten Abwägungsgesichtspunkte, sie ermöglichen für rechtswidrige Verwaltungsakte grundsätzlich auch die rückwirkende Rücknahme und sie legen die Entscheidung über die Aufhebung von Verwaltungsakten in das Ermessen der Behörde. In der Kodifikation wird damit nicht lediglich ungeschriebenes Recht auf den Text gebracht, sondern vielmehr werden widerstrebende Ansätze (von der freien Rücknahme, die sich im Ermessen spiegelt, bis zu Vertrauensschutzgesichtspunkten, die als Abwägungsgesichtspunkte geregelt werden) kumulativ zusammengeführt. Das Abwägungsprogramm bleibt dabei offen für Einzelfallgerechtigkeit ebenso wie für eine Weiterentwicklung der Dogmatik, die sich in Fallgruppen niederschlagen kann. Das Enumerationsprinzip des § 49 Abs. 2 VwVfG ist auf den Widerruf beschränkt und nicht zu erstrecken auf die einstweilige Aussetzung der Vollziehung.

die vermeintlich<sup>139</sup> notwendige gesetzliche Ermächtigungen zum Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsaktes gesehen wird. Vor 1977 wurde diese Frage kaum<sup>140</sup> gestellt. Plausibel wäre es, den verfassungsrechtlichen

<sup>139</sup> Dass es sich beim Vorbehalt des Gesetzes um einen zahnlosen Tiger handelt, zeigt sich auch daran, dass gegen die analoge Anwendung des § 49 VwVfG auf rechtswidrige Verwaltungsakte zulasten des Bürgers allenfalls rhetorisch Einwände erhoben werden, etwa bei *Koch/Rubel/Heselhaus* Verwaltungsrecht (Fn. 65), § 6 Rn. 63, 271: „setzt man sich allerdings über den klaren Wortsinn des § 49 VwVfG hinweg, ein methodisches Vorgehen, das zur Gewinnung einer Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Rechte der Bürger verfassungsrechtlich fragwürdig ist.“

<sup>140</sup> Bereits *Merkel* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 6), 224 erkannte und rügte, es fehle „der herrschenden Verwaltungslehre fast das Bewußtsein dafür“, dass es für die Rücknahme von Verwaltungsakten einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf, die das österreichische AVG 1925 nunmehr geschaffen habe. Ausgangspunkt der dogmatischen Entwicklung in Deutschland war der Grundsatz der freien Widerruflichkeit (statt aller: *Peters* Lehrbuch (Fn. 92), 10 ff.; BVerfGE 2, 380 (395); *Forsthoff* Lehrbuch (Fn. 18), 1. Aufl. 1950, 201, 3. Aufl. 1953, 214), der freilich überwiegend nur mit Wirkung ex nunc angenommen wurde (so auch *Forsthoff* Lehrbuch (Fn. 18), 10. Aufl. 1973, 272). Dass die Rückwirkung von Verwaltungsakten grundsätzlich einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf, erkennt BVerfGE 1, 174 im Anschluss an OVG Münster OVG 5, 170 an – letzteres allerdings vorbehaltlich einer aus dem Wesen des Verwaltungsaktes folgenden Rückwirkung und jenseits der Konstellation rückwirkender Rücknahme. Keine Bedenken gegen eine auch rückwirkende Rücknahme ohne gesetzliche Grundlage hatte mit einem Bekenntnis zum Pragmatismus *W. Weber* Der fehlerhafte Verwaltungsakt als Gegenstand der Gesetzgebung, AöR 73 = n. F. 34 (1944), 60 (80): „Hier im voraus zwingende Regeln aufzustellen, ist bei der Verschiedenartigkeit und Unvorhersehbarkeit der Fälle in hohem Grade unzweckmäßig“. Aus diesem Blickwinkel stellten sich Spezialregelungen zur Aufhebung von Verwaltungsakten nicht als konstitutive Ermächtigung, sondern als Einschränkung freien Ermessens dar (vgl. *Peters* Lehrbuch (Fn. 92), 168). Außerdem wurde dogmatisch darum gerungen, unter welchen Voraussetzungen ein begünstigender Verwaltungsakt subjektive Rechte begründe und ob Verwaltungsakte eine dem Gerichtsurteil entsprechende Rechtskraft entfalten. Die Antworten blieben häufig ambivalent – nicht zuletzt wohl auch, um weiterer Systembildung nicht entgegenzustehen. *W. Jellinek* Verwaltungsrecht (Fn. 39), 1928, 271, 3. Aufl. 1931, 280: Die „Schranke des freien Widerrufs (ist) das durch den Verwaltungsakt geschaffene subjektive öffentliche Recht. Allerdings liegt vielfach ein Fehlzirkel vor, wenn man sagt, ein Verwaltungsakt könne deshalb nicht zurückgenommen werden, weil er ein subjektives Recht geschaffen habe (...)“. Nach einer restriktiv-abwehrrechtlichen Konstruktion waren begünstigende Verwaltungsakte lediglich Gewährungen über das Recht hinaus, die ihrerseits einer gesetzlichen Grundlage bedürften (*Fleiner* Institutionen (Fn. 5), 201). So wurde der „Dispens“ diskutiert als der im Kaiserreich umkämpfte und letztlich gefallene monarchische Vorbehalt, von Gesetzen befreien zu dürfen (dazu *R. Mußgnug* Die rechtlichen und pragmatischen Beziehungen zwischen Regierung, Parlament und Verwaltung, in: *Jeserich/Pohl/v. Unruh* (Fn. 39), 109 (125); *ders.* Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, 1964, passim; die heutige Sichtweise findet sich dann unter dem Eindruck der Entwürfe zu einer gesetzlichen Regelung bei *Erichsen/Martens* in: dies. (Fn. 7), 1. Aufl. 1975, 182). *Forsthoff* Lehrbuch (Fn. 18), 10. Aufl. 1973, 264 hielt es für „abwegig, darin (in der Rücknahme eines (rechtswidrigen) begünstigenden Verwaltungsaktes) einen belastenden

Vorbehalt des Gesetzes insoweit als Rückschrittsverbot<sup>141</sup> zu interpretieren. Aber geprägt hat er das Allgemeine Verwaltungsrecht nie.<sup>142</sup>

## 2. *Mythos und Dogmatik des Art. 19 Abs. 4 GG*

Mein zweites dogmatisches Beispiel betrifft Art. 19 Abs. 4 GG: Wenn dieser verfassungsrechtlich als „Schlußstein im *Gewölbe* des Rechtsstaates“<sup>143</sup> und zugleich verwaltungsrechtlich als „*Gravitationspunkt* der Rechtsentwicklung“<sup>144</sup> begriffen wird, dann äußert sich darin eine

---

Verwaltungsakt zu erblicken.“ Ebd., 263: „In Wahrheit gibt der Rechtsstaat sich selbst auf, wenn er nicht daran festhält, daß die Gesetzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit seines Handelns den Vorrang vor allen sonstigen denkbaren rechtlichen Erwägungen haben muß, wenn er insbesondere zugibt, daß es einen Vertrauensschutz *contra legem* geben könnte.“ V.a. eine heftige Debatte um die materiellen Gründe und Grenzen des Vertrauensschutzes wurde aufgelöst durch die grundlegende Abkehr der Rechtsprechung vom Grundsatz der freien Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte (OVG Berlin, DVBl. 1957, 503, bestätigt durch BVerwGE 9, 251, wo auch bereits die Einwände *Forsthoffs* pariert werden (256 f.): „Bedenken, die im neueren Schrifttum dagegen geäußert worden sind, daß das Vertrauen des Bürgers in den Fortbestand einer durch die Behörde geschaffenen Rechtslage dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vorgeordnet werde – der Rechtsstaat gebe sich dadurch selbst auf und werde im Kern aufgelöst (Forsthoff ebd.) –, greifen hier jedenfalls nicht durch. Denn der Senat stellt – wie schon früher in seiner Rechtsprechung (vgl. BVerwGE 8, 296) – nicht auf das Vertrauensinteresse des Bürgers schlechthin, sondern entscheidend darauf ab, ob das Außerachtlassen des Vertrauensinteresses im einzelnen Fall gegen Treu und Glauben verstößt.“) Wie nahe im Ergebnis sich beide Ansätze schon damals waren, zeigt *Forsthoff* Lehrbuch (Fn. 18), 10. Aufl. 1973, 272: „Normalerweise bringen Rücknahme und Widerruf den Verwaltungsakt *ex nunc* zum Erlöschen. Etwas anderes zu bestimmen, wird der Behörde grundsätzlich (*sic!*) durch den von ihr zu beachtenden Vertrauensschutz (*sic!*) verwehrt sein, auf den der Betroffene einen Anspruch hat. Diese Rücksicht entfällt, wenn der Betroffene den Verwaltungsakt erschlichen hat. Die Behörde kann in diesem Falle *ex tunc* zurücknehmen.“

<sup>141</sup> Im Ergebnis ähnlich *M. Kloepfer* JZ 1984, 685 (688 f.): „Das typische Gesetz ist heute (...) nicht mehr die erstmalige Vergesetzlichung (...), sondern vielmehr das Änderungsgesetz (...). Daraus folgt ein derivativer *Gesetzesänderungsvorbehalt*“.

<sup>142</sup> *G. Meyer* (Fn. 134), § 178, 532: „Die Aufgabe der Gesetzgebung war nicht die Begründung neuer Befugnisse, sondern die Einschränkung der vorhandenen.“ Es ist eine akademische Behauptung geblieben, dass sich das kategorisch geändert und nicht nur graduell gewandelt hat. Auch der im besonderen Verwaltungsrecht greifende Vorbehalt des Gesetzes ist in der Rechtsprechung des BVerfG mit der Wesentlichkeitstheorie eine graduelle Kategorie.

<sup>143</sup> *R. Thoma* Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: Wandersleb (Hrsg.) Recht – Staat – Wirtschaft, Band 3, 1951, 9.

<sup>144</sup> *E. Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig (Fn. 87), Art. 19 Abs. 4 GG (72. Lfg. Juli 2014) Rn. 1, der seinerseits kritisch anmerkt: „aber auch manche Überzogenheiten haben sich, im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG“ entwickelt“.

Sehnsucht, die Dogmatik möge in der Einheit<sup>145</sup> des öffentlichen Rechts dank wechselseitiger<sup>146</sup> Bestätigung der idealen Ordnung nahe kommen.

Anders als behauptet wird, hat Art. 19 Abs. 4 GG keine „kopernikanische Wende“<sup>147</sup> ausgelöst und ist weder ein „Novum“<sup>148</sup> noch prägend<sup>149</sup>, geschweige denn nicht wegzudenken<sup>150</sup> aus dem Allgemeinen Verwaltungsrecht.

<sup>145</sup> Konstitutionalisierung – Einheit – Ordnung bilden eine beliebte rhetorische Trias, metaphorisch etwa im „organischen Staatsbegriff“ bei *L. v. Stein* Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland, 1870, 4: Die vollziehende Gewalt „ist der große selbständige Organismus, durch welchen die Grundsätze der Verfassung in die Verwaltung übergehen (...) So tritt uns in Verfassung, Vollziehung und Verwaltung der lebendige Staat entgegen.“; vgl. etwa in anderem Zusammenhang jüngst *D. Thym* Vereinigt die Grundrechte, JZ 2015, 53 (56): „Wer am Ziel einer verfassungsrechtlichen Systembildung im Sinn einer geordneten Einheit festhalten möchte (...)“; zur Vorstellung des Rechts „als einem geordneten Ganzen“ als Prämisse der Dogmatik *Bumke* JZ 2014, 641 (647). Wissenschaftssoziologisch bemerkenswert ist, dass auch die Identität der Staatsrechtslehrervereinigung dadurch geprägt wird, „einen Theoriebedarf nach disziplinärer Gemeinsamkeit auf der Basis des Verfassungsrechts und des Allgemeinen Verwaltungsrechts“ voraussetzen und „die Gemeinsamkeiten des Staats- und Verwaltungsrechts rechtsdogmatisch und systematisch in den Blick“ zu nehmen (*H. Schulze-Fielitz* Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, 9 bzw. 151). Nach hier vertretener Auffassung wird intradisziplinäre Rechtswissenschaft umso ergiebiger, wenn Konstitutionalisierung nicht der einzig mögliche Bezugspunkt einer solchen Betrachtung bleibt.

<sup>146</sup> *Häberle* Auf dem Weg (Fn. 12), 660: „Die ‚Verwaltungsabhängigkeit‘ des Verfassungsrechts (...) ist das unverzichtbare Gegenstück zu *F. Werners* berühmter Devise.“; *Röhl* (Fn. 48), 822: „Wechselbezüglichkeit zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht“; *J. Kersten* Was kann das Verfassungsrecht vom Verwaltungsrecht lernen?, DVBl. 2011, 585 ff.; *C. Waldhoff* Kann das Verfassungsrecht vom Verwaltungsrecht lernen?, FS Kloepfer, 2013, 261 ff.

<sup>147</sup> *Ossenbühl* Verwaltungswissenschaft (Fn. 65), 1146; zutreffend ohne Bezug auf die Verfassung ebd., 1145: „Eine systemprägende und systemscheidende Tat war der Ausbau des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Damit war institutionell der Motor für die Fortentwicklung des Verwaltungsrechts angeworfen.“

<sup>148</sup> *H. Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.) GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 19 IV Rn. 1: „Novum in der deutschen Verfassungsgeschichte und ohne Vorbild in ausländischen Verfassungsordnungen“.

<sup>149</sup> *Schulze-Fielitz* (Fn. 148), Art. 19 IV Rn. 1 hebt als Gegensatz hervor, „keine prägende Kraft“ habe § 15 Verf. Bremen vom 21.2.1854 entfaltet, der bestimmte: „Jedem, der sich durch eine Verwaltungsmaßregel in seinen Privatreechten gekränkt glaubt, steht der Rechtsweg offen.“

<sup>150</sup> *Schmidt-Aßmann* (Fn. 144), Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 1: „Das hohe Maß systematischen Denkens (...) wäre ohne den von Art. 19 Abs. 4 GG ausgehenden Zwang zur Klarheit der Distinktionen und Bezüge so nicht erreicht worden.“



Der Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung wurde schon im Kaiserreich „zum Bestandteil des Staatsverständnisses“<sup>151</sup>. Um seine Lückenlosigkeit wurde gerungen. Das in Preußen geltende Enumerationsprinzip war ein politischer Übergangskompromiss.<sup>152</sup> Mit ihm wurde den Monarchen die Unterwerfung ihrer Verwaltung unter eine Verwaltungsgerichtsbarkeit abgerungen. Nach dem Ende der Monarchie war es nur eine Frage der Zeit, bis sich die Generalklausel flächendeckend in Deutschland durchsetzen konnte. Dem Vorbild von Hamburg, Bremen, Lübeck und Württemberg, folgten namentlich Thüringen<sup>153</sup> und Sachsen<sup>154</sup>.

Die vereinigte Staatsrechtslehre, allen voran *Walter Jellinek*<sup>155</sup> und *Fritz Fleiner*, forderte geschlossen<sup>156</sup> die Generalklausel, wie die Tagung 1925<sup>157</sup> und die führenden Lehrbücher der Weimarer Zeit belegen. *Fritz Fleiner* prognostizierte 1928, der Generalklausel falle „in der neuern Gesetz-

<sup>151</sup> v. *Unruh* Verwaltungsreformen (Fn. 73), 36.

<sup>152</sup> Eine – in Deutschland nie rezipierte – konzeptionelle Infragestellung des gerichtlichen Rechtsschutzes findet sich bei *Merkl* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 6), 369 ff.: Danach hat sich umgekehrt die Bändigung einer monarchischen Verwaltung durch einen unabhängigen Richter in der Republik erledigt. Die Verwaltung könne entsprechende Verfahren organisieren und ein Gegensatz zwischen Staat (öffentliches Interesse, verkörpert durch die Verwaltung) und Recht (öffentliches Recht verkörpert durch die Justiz) sei überkommen. Danach ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit heute „das rechtstechnische Mittel, die Tätigkeit abhängiger Organe der Kontrolle unabhängiger Organe zu unterstellen, sie bietet die Gelegenheit, die Einflüsse, die infolge der rechtlichen und politischen Abhängigkeit des Verwaltungsbeamten zulässiger- oder unzulässigerweise auf den Verwaltungsakt eingewirkt haben, durch den Spruch eines unabhängigen Gerichtes auszuschalten“ (372). Daraus würde folgen, dass die Unabhängigkeit von Behörden gegebenenfalls nicht durch Rechtsschutz zu kompensieren wäre (so *Möllers* Materielles Recht (Fn. 71), 508), sondern letzteren entbehrlich machte. Indes geht *Merkl's* Theorie, so frappierend sie auch die Brüche zwischen einem jeweils lückenlosen Rechtsschutz- und Demokratiekonzept aufzeigt, nur in einem strengen Konzept des Stufenbaus der Rechtsordnung auf, das seinerseits zu Verengungen führt, die das geltende Rechte nicht abbilden.

<sup>153</sup> *C. H. Ule* Die geschichtliche Entwicklung des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes in der Nachkriegszeit, FS Menger, 1985, 81 (101): Die dort nach § 128 Landesverwaltungsordnung v. 10.6.1926, GS 177, bis 1933 geltende Generalklausel wurde 1947 wieder eingeführt, allerdings 1948 wieder abgeschafft.

<sup>154</sup> *W. Jellinek* Verwaltungsrecht (Fn. 39), 1928, 93, 3. Aufl. 1931, 97, diese wiederabgedruckt als 4. Aufl. 1948; *Forsthoff* Lehrbuch (Fn. 18), 3. Aufl. 1953, 439.

<sup>155</sup> *W. Jellinek* Verwaltungsrecht (Fn. 39), 1928, 93, 3. Aufl. 1931, 97, diese wiederabgedruckt als 4. Aufl. 1948.

<sup>156</sup> *W. Jellinek* Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte (Fortschritte, Rückschritte und Entwicklungstendenzen seit der Revolution), VVDStRL 2 (1925), 8 (58); der Gründungsvorsitzende *H. Triepel* schloss die Aussprache mit der zusammenfassenden Bemerkung: „Fast alle Redner waren für die Generalklausel“. Zum Ganzen *Rüfner* (Fn. 51), 641 f., 648.

<sup>157</sup> *W. Jellinek* VVDStRL 2 (1925), 8 (58).

gebung in steigendem Maße der Sieg zu. Der Generalklausel gehört die Zukunft.<sup>158</sup>

Der Nationalsozialismus hat diese Entwicklung vorübergehend<sup>159</sup> unterbrochen. Nach dem Krieg beeilte man sich umso mehr, ab 1945<sup>160</sup> in der amerikanischen und in der britischen Besatzungszone flächendeckend die Generalklausel, d. h. einen lückenlosen Verwaltungsrechtsschutz einzuführen. Das geht zurück auf *Walter Jellinek*, den die amerikanischen Alliierten zum Vorsitzenden einer Kommission für Fragen des Verwaltungsprozessrechts machten.<sup>161</sup> Im selben Jahr 1946 finden wir die umfassende Rechtsschutzgarantie in Art. 2 Abs. 3 der Hessischen Verfassung. *Walter Jellinek* war auch dominantes Mitglied des „Vorbereitenden Landesausschusses“ der Hessischen Verfassung.<sup>162</sup> Art. 19 Abs. 4 GG übernimmt diese Bestimmung fast wörtlich.

Er ist das bestätigende Extrakt der Entwicklung des einfachen Rechts.<sup>163</sup> *Walter Jellinek* nannte Art. 19 Abs. 4 GG einen „königlichen“ Artikel. Ja: Dieser Artikel ist nicht revolutionär, sondern die reife Frucht einer kontinuierlichen<sup>164</sup> Entwicklung. Auch die oft und eben schon zitierte Metapher

<sup>158</sup> *Fleiner* Institutionen (Fn. 5), 255; nicht einmal die insoweit restriktive zeitgenössischen Diskussion in der Schweiz konnte *Fleiner* von dieser insoweit trotzigen Behauptung abbringen; dazu *R. Müller* Verwaltungsrecht als Wissenschaft, Fritz Fleiner 1867–1937, 2006, 305 ff.; rückblickend *H. Klinger* Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 1950, 64 f.: „eine von Vertretern der Wissenschaft und auch der Praxis seit langem gestellte Forderung.“

<sup>159</sup> *W. Rüfner* Die Entwicklung der Verwaltungsrechtsgerichtsbarkeit, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh (Hrsg.) Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band 4, 1985, 1099 (1100) zur Entwicklung bis 1933: „Über die Richtung der wünschenswerten Weiterentwicklung bestand jedoch kein Zweifel: Die Verwaltungsgerichte sollten vollwertige unabhängige Gerichte mit umfassenden Kompetenzen werden. Am Ende sollte eine Verwaltungsgerichtsbarkeit stehen, die etwa der heutigen entsprochen hätte“; zur Literatur nach 1933 ebd., 1104.

<sup>160</sup> Den einschlägigen Gesetzen von 1946 gingen bereits Anordnungen der Militärregierung vom 19. November bzw. vom 19. Dezember 1945 voraus: *Klinger* Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 158), Einleitung 1 f.; *Ule* FS Menger, 1985, 81 (82).

<sup>161</sup> Dazu einschließlich persönlichen Annehmlichkeiten, die mit diesem Amt verbunden waren *K. Kempter* Die Jellineks 1820–1955, 1998, 529. Zur Mitwirkung auch von *F. Genzmer* und *W. Laforet* vgl. *Ule* FS Menger, 1985, 81 (82 f.).

<sup>162</sup> Berufen wurde er durch seinen früheren Heidelberger Fachkollegen und damaligen hessischen Ministerpräsidenten *Karl Geiler*, dazu *Kempter* Die Jellineks (Fn. 161), 529.

<sup>163</sup> Aus dem zeitgenössischen Schrifttum *Klinger* Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 158), 65 findet sich ein Fußnotenhinweis in der Kommentierung zu § 22 VO Nr. 165 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone: „Inzwischen ist die Generalklausel auch verfassungsrechtlich geschützt worden.“

<sup>164</sup> Paradoxerweise ist Art. 19 Abs. 4 GG antithetische Reaktion auf den Nationalsozialismus insoweit, als er den längst überfälligen Schritt zu einer umfassenden Zuweisung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten an die Verwaltungsgerichte nicht wagt und Art. 14 und 34 GG sogar das Gegenteil festschreiben – nicht zuletzt weil dieser Schritt seine Befürwor-

vom „*Schlufstein* im Gewölbe des Rechtsstaates“<sup>165</sup> erhält so einen völlig anderen Sinn.

Art. 19 Abs. 4 GG ist ein Rückschrittsverbot und sein darüber hinausgehender Mehrwert frappierend gering. Soweit es dogmatisch einmal auf die verfassungsrechtliche Absicherung eines lückenlosen Rechtsschutzes angekommen wäre,<sup>166</sup> etwa bei den Gnadenakten, hat das BVerfG seine Konsequenzen nicht gezogen und ausgerechnet auf den monarchischen Ursprung des Gnadenrechts verwiesen.

Ebenfalls seit dem 19. Jahrhundert wird darüber gestritten, ob gerichtliche Kontrolle der Verwaltung auch objektivrechtliche Funktionen haben soll. Die Konzeption eines rein subjektiven Rechtsschutzes hat sich seinerzeit<sup>167</sup> durchgesetzt, nicht zuletzt orientiert am Zivil(prozess)recht<sup>168</sup> und sie ist das Leitbild bis heute. Indes: Das Unionsrecht, einzelne Bestimmungen des besonderen Verwaltungsrechts und die jüngere Rechtsprechung zu Verbandsklagen<sup>169</sup> deuten darauf hin, dass es zumindest Tendenzen in die Richtung eines anderen oder jedenfalls modifizierten Leitbildes gibt.

---

ter nach 1933 hatte und deshalb mit dem Motiv einer Schwächung der gerichtlichen Kontrolle konnotiert wurde (dazu *Rüfner* (Fn. 159), 1104). Insoweit lässt sich sagen, dass das Grundgesetz die Weiterentwicklung eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes sogar hemmt.

<sup>165</sup> *Thoma* Grundrechte (Fn. 143), 9 (Hervorhebung nicht im Original).

<sup>166</sup> Ob Art. 19 Abs. 4 GG für transnationale Verwaltungsakte die Relevanz haben wird, die *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 126 f. fordert, wird sich erweisen. Das wird einmal mehr maßgeblich davon abhängen, ob sich Leitbilder ändern und ob das Unionsrecht hier Schübe gibt.

<sup>167</sup> *M. v. Seydel/R. Piloty* Bayerisches Staatsrecht, Erster Band: Die Staatsverfassung nebst geschichtlicher Einleitung, 3. Aufl. 1913, 420: „Verletzung eines bloßen Interesses, welches nicht durch eine Rechtssatzung geschützt ist, begründet keine verwaltungsgerichtliche Klage.“ BayVGH 11, 563: „Die Rechtsprechung der verwaltungsrechtlichen Instanz kann daher auf Anrufen eines Beteiligten nur dann tätig werden, wenn sie zum Schutz eines subjektiven Rechts, welches nach gesetzlichen Bestimmungen durch die Beschwerde vor den Verwaltungsgerichten geschützt ist, von dem Verletzten verlangt wird.“ (zit. nach *Bühler* Subjektive Rechte (Fn. 48), 378).

<sup>168</sup> *G. Jellinek* System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919, 44 f. stützt sich auf die Interessentheorie von *Iherings*; lesenswert der Verweis auf die Übertragung zivilrechtlicher Rechtsinstitute auf das öffentliche Recht im Grundlagenwerk zu einer umfassenden Systematik subjektiv öffentlicher Rechte von *Bühler* Subjektive Rechte (Fn. 48), 9; *H. Bauer* Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, 73 ff.: „Orientierung am subjektiven Privatrecht bei der Grundlegung der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht“; v. *Seydel/Piloty* Bayerisches Staatsrecht (Fn. 167), 420: „Auch für das öffentliche Recht gilt der Satz: Qui iure suo utitur neminem laedit“.

<sup>169</sup> BVerwG, NVwZ 2014, 64 (67), Tz. 43: „Das Unionsrecht gebietet indessen eine erweiternde Auslegung der aus dem Luftqualitätsrecht folgenden subjektiven Rechtsposi-

Art. 19 Abs. 4 GG verhält sich zu dieser Frage nicht. Über seine Interpretation als „Systementscheidung für den Individualrechtsschutz“<sup>170</sup> wird vielleicht einmal erzählt werden,<sup>171</sup> sie habe die Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts zwar vorübergehend gebremst, nicht aber aufhalten können. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert die Existenz des subjektiven Rechtsschutzes ohne einer auch objektivrechtliche Kontrolle eine verfassungsrechtliche Begründungslast aufzuerlegen.<sup>172</sup> Er sollte nicht zur Verengung von Leitbildern instrumentalisiert werden.

Dass die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte unter dem Blankett der so genannten Schutznormtheorie<sup>173</sup> subjektive Rechte gefunden und

---

onen“. Damit bleibt die Rechtsprechung zwar im Modell des subjektiven Rechtsschutzes, gibt diesem aber – wie seit je her – eine dynamisch-richterrechtliche Gestalt.

<sup>170</sup> *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 8; *Schulze-Fielitz* (Fn. 148), Art. 19 IV Rn. 8: „Strukturentscheidung für den Individualrechtsschutz“; *F. Schoch* Gerichtliche Verwaltungskontrolle, in: *GVwR* III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 5: „Systementscheidung“ einerseits und „verfassungsrechtliche Mindestgarantie“ andererseits. Aus der Rechtsprechung: *BVerfG-K*, *NVwZ* 2009, 1426 (1427): „Systementscheidung für den Individualrechtsschutz“; *BVerfG*, *NVwZ* 2012, 567 (568), Tz. 15: „in der durch die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG vorgegebenen subjektiv-rechtlichen Konzeption des Rechtsschutzes gegen die öffentliche Gewalt“.

<sup>171</sup> *Dreier* Merkl's Verwaltungsrechtslehre (Fn. 28), 84 fordert, „daß sich eine moderne Theorie des Verwaltungsrechts von der Fixierung auf den individuellen Rechtsschutz lösen muß (und sich nicht) auf den Aspekt der Wahrung des Grundrechtsschutzes verengt“.

<sup>172</sup> Ein Vorbehalt des Gesetzes insoweit ist aber eine verbreitete Auffassung: *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 109, 112 f.; dass Art. 19 Abs. 4 GG objektive Kontrolle nicht erwähnt, erschließt sich schon daraus, dass ein hierauf gerichtetes Grundrecht fern liegt. Auch existiert kein Grundrecht darauf, dass es keine objektivrechtliche Kontrolle soll geben können (in diese Richtung aber *K. F. Gärditz* in: ders. (Hrsg.) *VwGO*, 2013, § 42 Rn. 64: „Klagerechte als grundrechtliches Risiko“ mit Verweis auf die „Anfechtungslast“ Dritter). Auch § 42 Abs. 2 *VwGO* ist nicht so zu lesen, dass nur eine explizite gesetzliche Ausnahme objektive Kontrolle ermöglicht. Der Verweis auf entgegenstehende gesetzliche Regelungen stellt einerseits klar, dass Spezialgesetze vor 1960 unberührt bleiben, § 42 Abs. 2 *VwGO* also lediglich eine subsidiäre Auffangklausel darstellt, und er steht auch nicht einer Weiterentwicklung des ungeschriebenen allgemeinen Verwaltungsrechts entgegen, verweist also gleichsam auch auf Gesetze im materiellen Sinne; eine im Ergebnis offene Lesart findet sich bei *T. Groß* Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugangs, *DV* 43 (2010), 349 ff.

<sup>173</sup> Vgl. bereits *Bühler* Subjektive Rechte (Fn. 48), 21: „Ein Rechtssatz bringt subjektive öffentliche Rechte für den Untertanen dann und nur dann zur Entstehung, wenn er 1. zwingenden Charakter trägt, d.h. das freie Ermessen der Verwaltung bei seiner Anwendung ausschließt, 2. zugunsten bestimmter Personen oder Personenkreise, zur Befriedigung ihrer Individualinteressen und nicht nur im Interesse der Allgemeinheit erlassen ist, und er 3. im Interesse dieser Personen mit der Wirkung erlassen ist, dass sich diese auf ihn sollen berufen, mittels desselben ein bestimmtes Verhalten von der Verwaltungsbehörde sollen herbeiführen können.“.

erfunden hat, entspricht der seit dem 19. Jahrhundert zu beobachtenden kontinuierlichen Ausweitung der gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung.<sup>174</sup>

Auch die These, dass Art. 19 Abs. 4 GG zugunsten eines effektiven Rechtsschutzes Vorwirkungen auf das Verwaltungsverfahren hat, fällt ins Reich der Legenden- und nicht der Systembildung. Ihre dogmatische Bedeutung beschränkt sich zusammen mit der These von der verfahrensrechtlichen Seite der Grundrechte<sup>175</sup> einmal mehr auf Beispiele des besonderen Verwaltungsrechts. Die Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts in Deutschland hingegen zeichnet sich dadurch aus, dass die Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten wegen Verfahrensfehlern sogar schrittweise<sup>176</sup> abgebaut wurde.

Das Schrifttum reagiert darauf mit einem verfassungsdogmatischen Offenbarungseid<sup>177</sup>, der zeigt, dass sich der Konstitutionalismus im Allgemeinen Verwaltungsrecht auf ein Bekenntnisritual reduzieren lässt: Wurde seit 1977 über die Vorschriften der Unbeachtlichkeit bzw. Heilung

---

<sup>174</sup> Sie ist die Alternative der auf der Staatsrechtslehrertagung 1949 vertretenen These von *F. Klein*, dass mit eigenen Rechten iSd Art. 19 Abs. 4 GG auch Interessen gemeint sein könnten. Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass Art. 19 Abs. 4 GG mit subjektiven Rechten nicht nur Grundrechte meint und schon insoweit offen ist. Das Leitbild des subjektiven Rechtsschutzes ist ein offenes. Wer subjektive Rechte iSd § 42 Abs. 2 VwGO weit auslegen möchte, muss nicht auf eine Ausstrahlungswirkung des Art. 19 Abs. 4 GG verweisen.

<sup>175</sup> *P. Häberle* Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 43 (81, 86 ff.); BVerfGE 53, 30 (65 f.).

<sup>176</sup> Dies erfolgte in vier Phasen: Im Ausgangspunkt wurde in den 1950er Jahren nur zwischen Nichtigkeit und Aufhebbarkeit verfahrensfehlerhafter Verwaltungsakte unterschieden: *W. Jellinek* Verwaltungsrecht (Fn. 39), 1928, 271, 3. Aufl. 1931, 279: „im Zweifel alle unterlaufenen Fehler Anfechtungsgründe (...). Formfehler, Verfahrensmängel (...) führen demnach zur Aufhebung des Verwaltungsaktes auf Anfechtung hin.“; *Forsthoff* Lehrbuch (Fn. 18), 3. Aufl. 1953, 189 ff., 10. Aufl. 1973, 229 ff.; in den 1960er Jahren setzte sich allmählich die These von der nur dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens durch: *O. Bachof* in: *Wolff/Bachof* (Fn. 65), § 51 IV. e), 434: „Dagegen sollen Form- und Verfahrensfehler (...) nach einer in der Rechtsprechung und neuerdings auch in der Gesetzgebung zunehmenden Tendenz nicht als zur Rücknehmbarkeit und Aufhebbarkeit eines Verwaltungsaktes führende Mängel anzusehen sein, sofern auch ohne einen solchen Fehler ‚keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können‘; solche Fehler sollen den Verwaltungsakt demnach nur unrichtig machen. (...) Diese Entwicklung ist bedenklich. Ein rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechendes Verwaltungsverfahren ist nicht gewährleistet...“; dann folgte 1976 die Vereinheitlichung der bunten und umstrittenen Rechtsprechung auf deren unterstem Niveau (dazu *W. Klappstein* in: *Knack* (Hrsg.) VwVfG, 1. Aufl. 1976, § 45 Rn. 2: Heilungsmöglichkeiten „wesentlich erweitert worden“; anders *P. Badura* in: *Erichsen/Martens* (Fn. 7), 3. Aufl. 1978, § 41 III, 319: „ist gegenüber der früheren Rechtslage restriktiv“) und schließlich 1996 die zeitliche Ausdehnung der Heilungsmöglichkeit.

<sup>177</sup> Geradezu erfrischend demgegenüber *Merkl* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 6), 218: „Das Recht kann in dieser Richtung ungehindert beliebigen Forderungen der Zweckmäßigkeit folgen.“

von Fehlern stirnrundelnd geschrieben, sie gingen an die Grenze des verfassungsrechtlich noch Vertretbaren,<sup>178</sup> winden sich seit der Verschärfung 1996 die Autoren geradezu, „das Verdikt der Verfassungswidrigkeit (zu) vermeiden“<sup>179</sup>. So heißt es, die Vorschriften seien jedenfalls „nicht von vornherein verfassungswidrig“<sup>180</sup>. Wenn sich die Ausstrahlung der Verfassung in bloßer Bedenkenrhetorik bzw. Bestätigungsrhetorik erschöpft, kann von einer dogmatisch prägenden Bedeutung nicht gesprochen werden.<sup>181</sup>

Schließlich ist auch die intensive Inhaltskontrolle keine zwingende Konsequenz des Art. 19 Abs. 4 GG, sondern kompensiert eine Vernachlässigung des Organisations-<sup>182</sup> und Verfahrensrechts. Für Inhaltskontrolle mag als Leitbild vieles sprechen. Verfassungsrechtlich wäre indes denkbar,<sup>183</sup> sie im Gegenzug zu einer stärkeren Verfahrensfehlerkontrolle<sup>184</sup> zu reduzieren, und ökonomische Gründe streiten dafür.

<sup>178</sup> *M. Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 18), § 45 Rn. 13: „Die §§ 45 f. hielten sich urspr. i. R. des rechtsstaatlich Vertretbaren“; zu § 46 Rn. 5: „...war § 46 in seiner Erstfassung trotz erheblicher Bedenken verfassungsgemäß“.

<sup>179</sup> *K.-A. Schwarz* in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.) Hk-VerwR, 4. Aufl. 2016, § 45 VwVfG Rn. 9.

<sup>180</sup> *Sachs* (Fn. 178), § 45 Rn. 15, Rn. 17 zieht das Résumé, dass insbesondere auch nach der Rechtsprechung von „nur sehr begrenzt verbindlich determinierenden Verfassungsvorgaben“ zu sprechen ist; s. auch zu § 46 Rn. 8–9. Ernüchternd auch *K.-A. Schwarz* in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 179), § 46 VwVfG Rn. 9 in Fn. 23: „Auf der anderen Seite hat die Rechtsprechung die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung auch im grundrechtsrelevanten Bereich zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt.“ Die ebd., Rn. 10 geforderte „restriktive, verfassungskonforme Auslegung und Anwendung“ geht nicht über das hinaus, was sich auch aus Zweck und Wortlaut der Norm entnehmen ließe.

<sup>181</sup> Im dem einschlägigen Handbuch-Kapitel wirft *M. Sachs* Verfahrensfehler im Verwaltungsverfahren, in: GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 31 Rn. 26 die Frage einer vermeintlich prägenden Bedeutung der Grundrechte gar nicht auf, sondern beschränkt sich darauf, die „Grenzen des (weiten) Gestaltungsspielraums“ zu erwähnen, um dann fast schon resignierend festzustellen, selbst diese seien „nur schwer zu erfassen.“

<sup>182</sup> Hier schlägt sich abermals nieder, dass das Grundgesetz zwar die unmittelbare Grundrechtsbindung der Verwaltung, weniger aber ihr Organisationsrecht im Blick hat. Gegen dessen Vernachlässigung auch *Möllers* (Fn. 71), 491. Seit dem Ende der Monarchie kämpft die Verwaltungsrechtswissenschaft darum, das ehemals „freie Ermessen“ einer grundsätzlich – d.h. lediglich durch das besondere Verwaltungsrecht widerlegbar – „gesetzesungebundenen Verwaltung“ in den Griff zu bekommen und sie hat sich dabei auf den Vorbehalt des Gesetzes und die verwaltungsgerichtliche Kontrolle konzentriert, statt auch zu fragen, wie die dann immer noch verbleibende Ermessensausübung verfahrens- und organisationsrechtlich besser legitimiert werden kann; zur historischen Rekonstruktion der Ermessenslehre *U. Held-Daab* Das freie Ermessen, 1996.

<sup>183</sup> Zutreffend bemerkt *Wißmann* Generalklauseln (Fn. 46), 321, dass Art. 19 Abs. 4 GG „über die Art der Kontrollansätze grundsätzlich keine Aussage trifft“.

<sup>184</sup> Schon *Bühler* Subjektive Rechte (Fn. 48), 49 f. konstatiert die Neigung deutscher – im Gegensatz zu französischen – Verwaltungsgerichte, Verfahrensfehler nicht als Verletzungen subjektiver Rechte zu deuten und fordert auch hier eine Differenzierung nach dem

Zusammengefasst: Die prägende Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG für den subjektiven und inhaltsfokussierten Rechtsschutz ist Mythos und seine Auslegung als Entscheidung gegen eine objektive Kontrolle ist Politik. Das Grundgesetz bleibt offen für verschiedene Leitbilder, die ihrerseits die Entwicklung prägen.

### 3. *Entwicklung des Demokratiekonzeptes für die Verwaltungsorganisation als Leitbildwechsel auf Verfassungsebene?*

Seit alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht, ist die Demokratisierung der Verwaltung eine lange verdrängte<sup>185</sup> und bis heute ungelöste Verfassungsfrage. Im Grundgesetz und in Landesverfassungen finden wir drei Ansätze vor, die kein geschlossenes Konzept<sup>186</sup> ergeben und für eine Leitbildentwicklung offen stehen.

Ein Ansatz ist die kommunale Selbstverwaltung. Sie wird verfassungsrechtlich nicht nur ermöglicht, sondern garantiert. Daraus wird zu Recht nicht geschlossen, dass es die ebenfalls verfassungsvorgefundene<sup>187</sup> funktionale Selbstverwaltung nicht soll geben dürfen.<sup>188</sup> Vielmehr wurde Selbstverwaltung insgesamt zu einem Leitbild.<sup>189</sup>

---

Zweck der Verfahrensvorschrift. Lesenswert das Postulat einer ergebnisunabhängigen Ermessenskontrolle verstanden als Verfahrenskontrolle bei *W. Jellinek* Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitprüfung, zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen, 1913, 331 ff. einerseits und die Rekonstruktion als ergebnisorientierte Verhältnismäßigkeitprüfung bei *Bühler* Subjektive Rechte (Fn. 48), 212 ff.

<sup>185</sup> *H.-H. Trute* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *GVwR* I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 3.

<sup>186</sup> Deutlich *Köttgen* *AöR* 90 (1965), 205 (215): „Die Verwaltung und ihre Organisation gehören als solche nicht zu den eigentlichen Themen des Verfassungsrechts“; auch *M. Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 302 ff. erkennt die „Regelungsabstrenzung des Grundgesetzes“, meint aber, ein „systembedingtes“ Modell entwickeln zu können; *W. Kahl* Der Europäische Verwaltungsverbund: Strukturen – Typen – Phänomene, *Der Staat* 50 (2011), 353 (386 f.) erkennt zutreffend, dass auch das Primärrecht keine Konzeption vorgibt und fordert deshalb eine „nachholende Konstitutionalisierung“.

<sup>187</sup> Zur Vorgefundenheit einer pluralisierten Verwaltung, deren Teil die Ministerialverwaltung ist *Trute* *GVwR* I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 37.

<sup>188</sup> Freilich ist unter einer Prämisse eines „doppelten Verfassungsvorbehalts“ der Begründungsaufwand hierfür hoch: *Jestaedt* Demokratieprinzip (Fn. 186), 523 ff.

<sup>189</sup> Die demokratische Ambivalenz dieses Leitbildes hat am klarsten erkannt *Merkl* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 6): „Unter Demokratisierung der Verwaltung stellt man sich somit vorzugsweise den Übergang vom Berufungswege der Ernennung zum Berufungswege der Wahl vor.“ (337). „Als Vorzug der autokratischen Verwaltung ist im allgemeinen größere Gesetzestreue, mitunter freilich verbunden mit Lebensfremdheit, als Vorzug der demokratischen Verwaltung größere Beweglichkeit, Anpassung an die sogenannten Bedürfnisse des Lebens, mitunter freilich auf Kosten der Gesetzestreue, festzustellen.“

Ein zweiter Ansatz ist das Modell der hierarchischen Staatsverwaltung mit der Regierung an der Spitze. Dieser Ansatz ist für die Landesverwaltung landesverfassungsrechtlich weitgehend vorgegeben, wurde aber darüber hinaus als *das* Leitbild demokratischer Verwaltung begriffen,<sup>190</sup> mehr noch: als Generalkonzept in das grundgesetzliche Demokratieprinzip hineingelesen. Danach ist jede Abweichung von einem Modell der Legitimationssketten<sup>191</sup> mindestens rechtfertigungsbedürftig, wenn überhaupt zulässig.

Die Unabhängigkeit der Gerichte und erst recht jene der Bundesbank und der Rechnungshöfe wären dann verfassungsvorbehaltene Ausnahmen. Indes eignet sich auch die partiell garantierte Unabhängigkeit von Behörden als ein drittes Leitbild, dem das Grundgesetz nicht entgegensteht.<sup>192</sup> Wie bei der Selbstverwaltung ist auch hier kein Umkehrschluss zu ziehen, dass Unabhängigkeit verboten wäre, wo sie nicht garantiert wird.

Wieder gilt es, sich von der Vorstellung einer lediglich dreigeteilten Staatsgewalt<sup>193</sup> zu lösen. Das parlamentarische<sup>194</sup> Regierungssystem, auf

---

(338). „Es ist die paradoxeste Eigenschaft der demokratischen Verwaltungsorganisation, daß sie in ihren letzten Konsequenzen die Demokratie zu gefährden geneigt ist, wogegen sich ihr Widerpart, die autokratische Verwaltung, in ihren Konsequenzen geradezu als Hort der Demokratie bewähren kann. (...) Man muß sich daran erinnern, daß der immanente Sinn der Verwaltung Vollziehung und im besonderen in der Demokratie Vollziehung des im Gesetze geformten Volkswillens ist.“ (339) *Merkl* erkennt auch: „So repräsentiert im politischen Ergebnis der Unterschied zwischen sogenannter autokratischer und demokratischer Verwaltungsorganisation nicht so sehr den Unterschied zwischen Autokratie und Demokratie überhaupt als vielmehr den Gegensatz zwischen zentralistischer und dezentralistischer Demokratie“ (341).

<sup>190</sup> *Trute* GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 4 ff.: „Das klassische Modell“. Idealisierung bereits bei *H. Kelsen* Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1. Aufl. 1920, 22, 2. Aufl. 1929, 73 und *M. Weber* Wirtschaft und Gesellschaft (1922), 5. Aufl. 1972, 126 ff.; dieses Modell „und seine unübersehbaren Risse und Verwerfungen“ referiert *G. F. Schuppert* Verwaltungsorganisation als Steuerungsfaktor, GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 16 Rn. 38 ff.; tief gehende Begründung dieses Modells bei *H. Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991.

<sup>191</sup> Zur begrenzten Tragfähigkeit dieses Modells: *M. Ruffert* Verselbständigte Verwaltungseinheiten: Ein europäischer Megatrend im Vergleich, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Fn. 14), 431 (454); enger *G. Haverkate* Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, VVDStRL 46 (1988), 217 (223 ff.).

<sup>192</sup> Keine verfassungsunmittelbare Rechtfertigung fordern: *Trute* GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 66: „Sachgründe“, „Output-Dimension“; *W. Hoffmann-Riem* Eigenständigkeit der Verwaltung, in: GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 10 Rn. 54: „sonstige Legitimationsbausteine“.

<sup>193</sup> Noch reduktionistischer ist die Zuspitzung, Legislative und Exekutive seien als „eine Gewalt“ zu verstehen und stünden dem „Vakuum“ der Judikative gegenüber: *W. Weber* Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz (Fn. 65), 25.

<sup>194</sup> Auch *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 154 fordert eine Öffnung der „parlamentarisch ansetzenden deutschen Legitimationslehre“; pointiert *Anonymus* (*E. Forsthoff*) Sinn und Anrecht der Parteien (Fn. 67), 2: „Es könnte sein, daß die Verwirklichung



dessen Ausgestaltung sich das Grundgesetz konzentriert, wird überinterpretiert, wenn wir von ihm auf eine Ausgangsvermutung<sup>195</sup> zugunsten eines hierarchischen<sup>196</sup> Ableitungszusammenhangs der Verwaltung schließen.<sup>197</sup>

Das Grundgesetz gebietet kein Ideal der „Einheit der Verwaltung“<sup>198</sup>, das mit „Einheit der Exekutive“<sup>199</sup> gleichzusetzen wäre und aus der die Ein-

---

der Demokratie heute weniger auf dem Wege über Parlament und Gesetzgebung als auf dem der Verbindung von Verwaltung und Volk zu geschehen habe.“; *ders.* Die Grundzüge der Verwaltungs-Demokratie (Fn. 67), 6: „Die Ausgliederung der Verwaltung durch weitgehende Überführung ihrer Obliegenheiten auf verselbständigte Träger würde es ermöglichen, den Staatsbürger in weitestem Umfang nicht nur kontrollierend, sondern verantwortlich handelnd in die Verwaltung einzuschalten und damit die Demokratisierung der Staatsfunktionen in einem Grade zu erreichen, der auf dem Wege einer parlamentarischen Verwaltungskontrolle, wie wir sie heute haben, nicht erreichbar ist“.

<sup>195</sup> Anders die französische Lehre: *J. Masing* Organisationsdifferenzierung im Zentralstaat – unabhängige Verwaltungsbehörden in Frankreich, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Fn. 14), 399 (409 f., 423 f.).

<sup>196</sup> *U. Mager* Die europäische Verwaltung zwischen Hierarchie und Netzwerk, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Fn. 14), 369 (372): „Hierarchie bedeutet griechisch heilige Ordnung“ und bedeutet hier: Einheit, Ordnung, Ableitungszusammenhang in Über-/Unterordnung. Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Hierarchieprinzips bei *B.-O. Bryde* Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, *VVDStRL* 46 (1988), 181 (197 f.); für einen Primat hierarchischer Ministerialverwaltung: *W. Loschelder* Weisungshierarchie und persönliche Verantwortung in der Exekutive, in: *HStR* V, 3. Aufl. 2007, § 107 Rn. 22; dagegen: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 79 Rn. 63: „deutliche Absage an eine vordergründig verstandene Einheit der Verwaltung (...) durch Pluralität gekennzeichnet (...) kein Primat des Organisationstypus der hierarchischen Ministerialverwaltung“; *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 17 f.: „Die Reformdiskussion und die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (...) zeigen, dass das Grundgesetz und die EU-Verträge nicht von der Verwaltungseinheit sondern der Verwaltungsvielfalt ausgehen, für die ein mehrgliedriges, keineswegs nur hierarchisch geprägtes Legitimationssystem entfaltet werden muss.“; *Trute* *GVwR* I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 15 ff.; differenzierend *B. Grzeszick* in: *Maunz/Dürig* (Fn. 87), Art. 20 (57. Lfg. Januar 2010) Rn. 139: Ministerialverwaltung als „Grundmodell“, ohne dass „das gesamte (...) Konzept (...) zwingend für sämtlich Verwaltungstätigkeiten vorgesehen“ sei.

<sup>197</sup> Großbritannien als Mutterland des parlamentarischen Regierungssystems war lange von einer dezentralen Kommunalverwaltung geprägt und hat erst später einen Prozess allmählicher Zentralisierung der Verwaltung durchlaufen; dazu *M. Loughlin* Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Großbritannien, in: *IPE* III, 2010, § 44 Rn. 29 ff.

<sup>198</sup> Statt aller: *Haverkate* (Fn. 191), 223 ff.; kritisch *Trute* *GVwR* I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 32: „monistische Konzeption“; *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 16, 166 ff., 167: als solche nicht Verfassungspostulat; *T. Groß* Die öffentliche Verwaltung als normative Konstruktion, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Fn. 14), 349 (367) kann zwei „gegenläufige Prozesse feststellen. Während die Verwaltung als Organisation immer pluralistischer und polyzentraler wird, wird in ihren normativen Grundlagen im Verfassungsrecht wie im allgemeinen Verwaltungsrecht die funktionale Einheitsvorstellung eher noch deutlich.“

<sup>199</sup> Bemerkenswert benennt *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 18 die „Exekutive (...) als eigenständige Gewalt“.

heit<sup>200</sup> parlamentarischer Legitimation folgte. Die Verwaltung kann auch auf eigenen Füßen stehen und ist mehr als der beschränkt geschäftsfähige Spross<sup>201</sup> innerhalb der Familie der Exekutive. Für den Bereich der Bundesverwaltung gibt es sogar dogmatische Indizien gegen eine Verfassungsvermutung hierarchischer Verwaltung: Anders als viele Landesverfassungen enthält das Grundgesetz Regelungen für alle drei Leitbilder der Verwaltung und keine Generalregelung zugunsten der hierarchischen Verwaltung. Für letztere lockert es die Legitimationskette noch dadurch, dass es anders als in vielen Landesverfassungen kein Misstrauensvotum gegen einzelne Bundesminister gibt.

Nach Art. 298 Abs. 1 AEUV ist „eine offene, effiziente und unabhängige europäische Verwaltung“ das Leitbild des Unionsrechts, dessen Ausstrahlungswirkung auf das deutsche Recht es zu entfalten gilt. Die Frage ist nicht, ob dieses Leitbild einen Bedeutungsverlust der Verfassung besorgen lässt,<sup>202</sup> sondern in welchen Bereichen und mit welcher Ausgestaltung<sup>203</sup> es

---

<sup>200</sup> Solches Einheitsdenken wird z.T. verfassungsgeschichtlich auch als Erlösung gefeiert: *H. H. Rupp* Grundfragen (Fn. 128), 1 ff. charakterisiert das gespaltene Fundament der Verwaltung im 19. Jahrhundert (Monarchisches Prinzip und Konstitutionalisierung) als unerträgliche Spannung, die durch die Überwindung des monarchischen Prinzips überwunden wurde; entgegengesetzt *Anonymus (E. Forsthoff)* Die Grundzüge der Verwaltungs-Demokratie (Fn. 67), 5: „Stattdessen klammert man sich an den politischen Gemeinwillen Rousseauscher Prägung, den Treibsand der modernen Massendemokratie (...)“.

<sup>201</sup> Dagegen, die Verwaltung „als blosses Geschöpf einer andern Staatsgewalt, als Summe einzelner Aufträge oder Ermächtigungen“ zu sehen *K. V. Fricker* Ueber die Einwirkung des Erscheinens einer Verfassungsurkunde auf das bestehende Recht, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1887, 1 (31).

<sup>202</sup> Die verbreitete akademische Kritik beruht auf der Prämisse eines sich auf die Verwaltung erstreckenden, geschlossenen Demokratiekonzeptes (*Ludwigs NVwZ* 2015, 1327 (1330): „Stein des Anstoßes ist das Demokratieprinzip des Grundgesetzes“); dieser Ansatz wird konsequent in die Sackgasse des Identitätsvorbehalts des Grundgesetzes fortgeführt: *K. F. Gärditz* Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen, *AöR* 135 (2010), 251 (286): „Die hierarchische Eingliederung nationaler Verwaltungsbehörden unter einen parlamentarisch verantwortlichen Ressortminister ist in diesem Kontext dem Kernbestand der nationalen Identität zuzurechnen“. *K. F. Gärditz* Regulierungsrechtliche Grundfragen des Legislativpakets für die europäischen Strom- und Gasbinnenmärkte, in: Löwer (Hrsg.) Neuere europäische Vorgaben für den Energiebinnenmarkt, 2010, 47 (50): „zumal das Demokratieprinzip berührt ist, das zum integrationsfesten Verfassungskern (Art. 23 Abs. 1 Satz 3, Art. 79 GG) gehört.“; vgl. auch *W. Kahl* Kooperative Rechtsangleichung, *FS Spellenberg*, 2010, 697 (711); dagegen im Ergebnis auch *M. Ruffert* Die neue Unabhängigkeit, *FS Scheuing*, 2011, 399 (413 f.).

<sup>203</sup> Das Unionsrecht will verhindern, dass durch eine hierarchische Verwaltung nationalstaatliche (aus Sicht der EU: Sonder-)Interessen zu einem uneinheitlichen Vollzug führen. Das deutsche Recht vertraut seit jeher auf eine dezentrale Legitimation der kommunalen Selbstverwaltung auch beim Vollzug von Bundesrecht. Dabei sind die Fragen zu trennen, in

zum Baustein eines umfassenden Konzeptes demokratischer Verwaltung<sup>204</sup> beitragen kann.<sup>205</sup>

Regierungsverantwortung für die Verwaltung ist nicht Selbstzweck. Sie erhöht das „Legitimationsniveau“<sup>206</sup> insbesondere dort, wo Planungen und Programme zu koordinieren sowie Ziele und Schwerpunkte vorzugeben sind. Angesichts der in jeder Legislaturperiode wachsenden gesetzlichen Aufgaben steigt das Problem der Vollzugsdefizite, für das nur eine Regierung die Verantwortung sinnvoll tragen kann. Denn ein Minister könnte sowohl auf die Schaffung oder Umverteilung der Verwaltungsressourcen als auch auf die Streichung gesetzlicher Aufgaben hinwirken. Werden hingegen begrenzte Aufgaben einer hinreichend ausgestatteten unabhängigen Behörde übertragen und wird die Unparteilichkeit<sup>207</sup> und Transparenz<sup>208</sup> gewährleistet, dann wird das Legitimationsniveau nicht dadurch geschmälert, dass kein Minister der gegebenenfalls hochspezialisierten Behörde

---

welchem Modus und auf welcher Ebene eine demokratische Legitimation der Verwaltung zu erreichen ist.

<sup>204</sup> Dieses zu entwickeln ist ein zentrales Desiderat. *Ruffert* (Fn. 191), 448: „In der Summe gibt es jedenfalls kein übergreifendes verfassungsrechtliches Verselbständigungskonzept.“; es fehlt auch in Frankreich: *Masing* Organisationsdifferenzierung (Fn. 195), 408. Auch insoweit ist das Grundgesetz offen. Zu den unterschiedlichen Konzepten einer ex-post-Kontrolle (accountability) über Output-Legitimation bis hin zu verfahrensbezogenen Ansätzen vgl. *T. Groß* Unabhängige EU-Agenturen – eine Gefahr für die Demokratie?, JZ 2012, 1087 (1090).

<sup>205</sup> Ein offenes bzw. weniger striktes Demokratiekonzept postulieren insoweit *Hoffmann-Riem* GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 10 Rn. 54 („Auskoppelung aus dem üblichen Modus zur Sicherung demokratischer Legitimation“); *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 163 („kann, soweit es bei Einzelvorgängen bleibt, noch toleriert werden“); *C. D. Classen* Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der Verwaltung, FS Scheuing, 2011, 293 ff.; *Ruffert* FS Scheuing, 2011, 399 (414) sieht hier allerdings im Ansatz einen Gegensatz zwischen Unionsrecht und Grundgesetz: „Das Hierarchieprinzip der Verwaltung – bestens verkörpert im Weisungsrecht – mag ein spezifisch deutsches Prinzip sein“; zu den politischen, rechtlichen und finanziellen Kontrollinstrumenten *T. Groß* Die Legitimation der polyzentralen EU-Verwaltung, 2015.

<sup>206</sup> Dieser nicht von einem Legitimationsmodus ausgehende, verschiedene Modi bilanzierende Ansatz der Rechtsprechung des BVerfG (E 83, 60 (72); 107, 59 (87)) verdient Zustimmung; wie hier: *Trute* GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 14, 56 ff.; *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 151, 156.

<sup>207</sup> Vertrauen der regulierten Marktteilnehmer durch Distanz (auch gegenüber nationaler Politik) schaffende Entkoppelung: *Trute* GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 68. Unabhängigkeit ist ein zentrales Argument in Frankreich: *Masing* Organisationsdifferenzierung (Fn. 195), 410.

<sup>208</sup> *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 162: „Eine der Grundforderungen des Demokratieprinzips ist die Transparenz hoheitlicher Entscheidungen.“; zu denken ist hier auch an externe Evaluation: *Ruffert* FS Scheuing, 2011, 399 (405).

Weisungen für Einzelfallentscheidungen erteilen kann.<sup>209</sup> Anzunehmen, Steuerungswissen sei primär zentral verfügbar, wäre wirklichkeitsfremd.<sup>210</sup> Beeinflussbarkeit lässt sich nicht nur durch Substituierbarkeit von Einzelakten und Amtsträgern, sondern vor allem durch Information der Kontrolleure und insbesondere auch des Parlaments<sup>211</sup> optimieren. Demokratie gebietet Lernfähigkeit einschließlich der Lernfähigkeit ihrer Ausgestaltung.<sup>212</sup>

## V. Betrachtung der europäischen Entwicklungen in Prozessrelationen

Thesenhaft seien noch die europäischen Entwicklungen im Allgemeinen Verwaltungsrecht aufgegriffen, die ebenfalls in Prozessrelationen (oben III.) zu betrachten sind.<sup>213</sup> Das Unionsrecht ist heute die primäre Impulsquelle für die verwaltungsrechtliche Systembildung. Es ist hierfür prädestiniert, weil es die Systembildung von „außen“ und ebenfalls inkrementell mit neuen Leitbildern und Regelungsmodellen herausfordert und weil seine Vorgaben per se länderübergreifend sind. Akteure sind vor allem der EuGH, der Unionsgesetzgeber bislang allenfalls über Einflüsse sekundärrechtlich geprägter Referenzgebiete auf das Allgemeine Verwaltungs-

---

<sup>209</sup> Nach *Bredt* Legitimation (Fn. 94), 202 schmälert ein reduktionistisches Konzept die Chancen einer Legitimationsoptimierung.

<sup>210</sup> *W. Brohm* Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 245 (293) mit Nachweisen aus der Organisationssoziologie; das Grundproblem wurde bereits von *M. Weber* Wirtschaft und Gesellschaft (Fn. 190), 129 erkannt und als „Schicksalhaftigkeit der Bürokratie“ bezeichnet; differenzierend *Trute* GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 32, 37 ff.; *Schmidt-Aßmann* FS Battis, 2014, 85 (97).

<sup>211</sup> Etwa durch Berichtspflichten gegenüber dem Parlament: *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 15), 161; *Groß* JZ 2012, 1087 (1092); hier wäre rechtsvergleichend anzusetzen: *B. Du Marais* Droit public de la régulation économique, 2004, 3 f.; dazu *Masing* Organisationsdifferenzierung (Fn. 195), 425 f. Zum Parliamentary and Health Service Ombudsman: <http://www.ombudsman.org.uk/>; dazu *Ruffert* (Fn. 191), 453. Ministerialfreiheit und parlamentarische Kontrollfreiheit sind nicht zu verwechseln: *Brohm* VVDStRL 30 (1972), 245 (294 f.); *W. Krebs* Verwaltungsorganisation, in: HStR III, 2. Aufl. 1996, § 69 Rn. 82 verweist auf „die vielfältigen Möglichkeiten parlamentarischer Kontrolle“; zust. *Trute* GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 37.

<sup>212</sup> *Trute* GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 2: „offen für Lernprozesse (...) offenes und dynamisches Prinzip“.

<sup>213</sup> Danach sind die Entwicklungsprozesse des nationalen Rechts ins Verhältnis zu drei europäischen Entwicklungen zu setzen, die wiederum durch je eigene Inhalte, Geschwindigkeiten, Akteure und Verfahren geprägt werden.

recht. In den schon genannten Beispielen<sup>214</sup> steht das Grundgesetz solchen Einflüssen nicht entgegen.<sup>215</sup> Die Frage ist vielmehr, ob die unionsrechtlichen Einflüsse ihrerseits eine verfassungsrechtliche Fundierung haben.

Während wir im nationalen Recht Verfassungsrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht als zwei voneinander zu trennende Entwicklungen mit je eigenen Inhalten und Geschwindigkeiten, Akteuren und Verfahren erkennen, beobachten wir auf Unionsebene einen weitgehend parallel verlaufenden Prozess.<sup>216</sup> Es gibt keine Anlässe der Verfassungsgebung, die uns in Versuchung brächten, einen radikalen Neubeginn zu fordern oder eine spezifische Verfassungsprägung gerade des europäischen Verwaltungsrechts zu unterstellen.<sup>217</sup> Der Gerichtshof wacht vor allem über die einheitliche und effektive Verwirklichung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten.

Es wäre zwar denkbar, ist aber nicht wünschenswert, Effektivitätskategorien umfassend in das Verfassungsrecht hineinzulesen. Verfassungsrecht als Gerechtigkeitsreserve sollte nicht Sammelbecken aller Abwägungsgesichtspunkte sein, die sich auch als Rechtsprinzipien rekonstruieren lassen. Die Verfassung lässt Raum für den Pragmatismus, der ein funktionierendes Verwaltungsrecht in besonderer Weise prägt, ohne selbst ökonomisiert zu werden. Und das Recht auf gute Verwaltung ist ein denkbar offener Systembildungsauftrag,<sup>218</sup> dessen Leitbilder vielleicht eines Tages Verfassungsqualität erlangen werden. Dass „constitutional moments“ der Verfassungsgebung das Allgemeine Verwaltungsrecht weitgehend unberührt lassen, schließt nicht aus, dass das Verfassungsrecht durch andere Modi seiner Entwicklung auch die verwaltungsrechtliche Systembildung ergreift. Es gibt Indizien, dass die Verfassung – weiteren Verfassungswandel vorausgesetzt – möglicherweise in Zukunft einen Bedeutungsgewinn im Allgemeinen Verwaltungsrecht erleben könnte.

---

<sup>214</sup> Des Vertrauensschutzes, objektivrechtlicher Kontrolle und unabhängiger Behörden.

<sup>215</sup> Weder stumpfe Bedenkenrhetorik noch überspitzte Verdikte können und sollten hier die Entwicklung aufhalten.

<sup>216</sup> Verallgemeinerung und Konstitutionalisierung des Rechts werden z.T. synonym verstanden: *Trute* GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 104 unter Verweis auf *P. Craig* The Constitutionalisation of Community Administration, EL Rev, Band 28 (2003), 830 ff.

<sup>217</sup> Auch gibt es keine institutionell getrennte Verfassungsgerichtsbarkeit.

<sup>218</sup> *M. Bullinger* Das Recht auf eine gute Verwaltung nach der Grundrechtecharta der EU, FS Brohm, 2002, 25 (33): „es bringt eine Weiterentwicklung der gemeinsamen Rechtsüberzeugungen in den Mitgliedstaaten zum Ausdruck, die in den nationalen Verfassungs- und Verwaltungsrechten noch nicht voll zum Ausdruck kommt.“

## **VI. Schluss**

In der juristischen Metaphorik wird die Verfassung gerne als zentrale Lichtquelle mit einer so genannten „Ausstrahlungswirkung“ bebildert. Das ist ein starkes Bild. Die Verfassung lässt das einfache Recht in einem anderen Licht erstrahlen, leuchtet dunkle Ecken aus und wirft freilich auch neue Schatten. Diese Phänomene beobachten wir vielfach, aber in keinem Rechtsgebiet so wenig wie im Allgemeinen Verwaltungsrecht.

Dieses ist selbst Lichtquelle und die Verfassung der Spiegel, in welchem sich das Allgemeine Verwaltungsrecht selbst gefällt – gerade auch wegen des würdigen Rahmens. Verfassung begegnet uns unterschiedlich, oft als Lichtquelle, hier als gerahmter Spiegel. Vor einer lediglich verfassungsgespiegelten Systembildung sollte uns nicht bange sein, solange sie nicht aus diesem Rahmen fällt. Und den Rahmen der Verfassung erkennen wir klarer, wenn wir uns von ihrer Ausstrahlungswirkung nicht blenden lassen.

*Leitsätze des 1. Referenten über:*

## **Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht – Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?**

### *I. Der Konstitutionalist und die Emanzipation*

*(1) Es ist eine Legende, dass alles Verwaltungsrecht und also auch das Allgemeine Verwaltungsrecht verfassungsgeprägt sei. Sie folgt entweder einer konstitutionalistischen Agenda oder dient der rhetorischen Selbstbestätigung der Systembildung.*

*(2) Die Rechtserkenntnisquellen, die als Ordnungsbausteine das Allgemeine Verwaltungsrecht stattdessen prägen, sind ein Tertium neben dem Verfassungsrecht und dem einfachen Recht.*

*(3) Der Befund einer emanzipierten verwaltungsrechtlichen Systembildung indiziert eine Neuinterpretation des grundgesetzlichen Ordnungskonzeptes.*

*(4) Verfassung ist als Prozess (Peter Häberle) zu verstehen und sie hat in unterschiedlichen Rechtsbereichen je eigene Funktionalität. Nationales Verfassungsrecht im hier verstandenen Sinne zeichnet sich dadurch aus, durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit als vorrangiges Recht durchsetzbar und nur durch die verfassungsrevidierenden Gewalten änderbar zu sein. Als Ordnungskonzept prägt es das Recht gegebenenfalls über die direkte Anwendbarkeit seiner Normen hinaus.*

### *II. Das Allgemeine Verwaltungsrecht und seine Ordnungsbausteine*

#### *1. Allgemeines Verwaltungsrecht als eigenständige Kategorie*

*(5) Allgemeines Verwaltungsrecht ist nicht als verfassungsgeprägte, sondern als eigenrationale Systembildung zu rekonstruieren. Diese bedarf einer Legitimation jenseits des Konstitutionalisierungsarguments.*

*(6) Allgemeines Verwaltungsrecht ist „allgemein“ i. S. von fachübergreifend und landesübergreifend. Von seiner Genese her ist es immer ein zu Suchendes gewesen, also „verallgemeinernd“.*

## 2. Die Ordnungsbausteine des Allgemeinen Verwaltungsrechts als Tertium neben dem Verfassungsrecht und dem einfachen Recht

(7) Die Ordnungsbausteine des Allgemeinen Verwaltungsrechts bestehen aus drei Rechtserkenntnisquellen: a) Allgemeinen Rechtsgrundsätzen, b) Bewährten Regelungsmodellen c) Leitbildern.

a) Beispiel: Die Grenzen der Aufhebung begünstigender Verwaltungsakte wurden in Fällen des Allgemeinen Verwaltungsrechts aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz „Treu und Glauben“ entwickelt. Ein verfassungsrechtlicher Mindeststandard des Vertrauensschutzes kommt in der Rechtsprechung nur im besonderen Verwaltungsrecht ins Spiel. Das Grundgesetz ist – unbeschadet seines Vorranganspruchs – offen für Einstrahlungen von allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

b) Allgemeines Verwaltungsrecht ist induktiv offen für die Rezeption von Regelungsmodellen, die sich in der Praxis bereits bewährt haben. Allgemeines Verwaltungsrecht als Prozess ist auf stetiger Suche nach immer neuen impulsgebenden Methoden. Die neue Verwaltungsrechtswissenschaft steht in dieser Tradition.

c) Wenn die Rechtsprechung die Verfassung *colorandi causa* zitiert, dient eine solche „*invocatio constitutionis*“ nur der rhetorischen Bekräftigung eines verfassungsbestätigten Leitbildes.

### III. Staatsrechtslehre als Denken in Prozessrelationen

#### 1. Grundlegung

(8) Das Allgemeine Verwaltungsrecht gibt Anlass, Staatsrechtslehre in Prozessrelationen zu denken, hier als Relation zwischen dem Konstitutionalisierungsprozess und dem Prozess der Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Dazu sind

1. diese beiden Prozesse zueinander in Beziehung zu setzen, mit ihren je eigenen Inhalten und Geschwindigkeiten, mit ihren Akteuren und Verfahren und
2. die Legitimation dieser beiden Prozesse nicht aus einem verfassungseinheitlichen Ordnungskonzept, sondern bereichsspezifisch – hier für das Allgemeine Verwaltungsrecht – zu begründen und d. h. im funktionellen Vergleich.

(9) Die beiden Prozesse lassen sich wie folgt beschreiben:

Auf der einen Seite steht eine kontinuierliche Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts seit dem Kaiserreich, die sich grob in drei Phasen gliedert: Erste Phase der wissenschaftlichen Systembildung, zweite Phase



*der richterrechtlichen Bestätigung bzw. Weiterentwicklung, dritte Phase der Teilkodifizierung Allgemeinen Verwaltungsrechts.*

*Allein in die erste Phase dieser Entwicklung fallen auf der anderen Seite die Geltung einer monarchischen und einer republikanischen Verfassung, der Nationalsozialismus und die Entstehung des Grundgesetzes.*

*(10) Legitimation hängt nicht nur von der Ableitbarkeit des Rechts, sondern vor allem von den verschiedenen Modi seiner Änderbarkeit und Entwicklung ab.*

## *2. Historische Relationen: Constitutional moments und die Narrative des Allgemeinen Verwaltungsrechts*

*(11) In einem Denken in Prozessrelationen ist Verfassungsgebung eine relative Größe, deren Funktion hinterfragt werden darf.*

*(12) „Constitutional moments“ sind keine Zeitpunkte für Verwaltungs- und Verwaltungsrechtsreformen.*

*(13) Es ist plausibel, dass der Verfassungsgeber die weitere Systembildung im Verwaltungsrecht anderen Akteuren überlässt. Der Konstitutionalist macht sich selbst zum Leitakteur.*

*(14) Wer allein den Akt der Verfassungsgebung zum Anlass nimmt, trägt die Argumentationslast dafür, dass ein Leitbild der Systembildung nicht nur im Rahmen der Verfassung möglich, sondern seinerseits verfassungsgeprägt ist. Wer Spielräume der Rechtsentwicklung durch Berufung auf eine diffuse Verfassungskonkretisierung einschränkt, stärkt nicht, sondern schwächt die Legitimität der Systembildung.*

*(15) Abweichend von Otto Mayer und Fritz Werner kann die Entwicklung vom Allgemeinen Verwaltungsrecht als Emanzipationsgeschichte erzählt werden („Allgemeines Verwaltungsrecht als emanzipierte Systembildung“): Sie handelt von einer Emanzipation gegenüber der Disziplin des Zivilrechts, die außerhalb des Ausstrahlungsradius der Verfassung bleibt und die der Gesetzgebung als sonst erster Gewalt voranschreitet.*

## *3. Institutionelle Relationen: Legitimation und Zusammenspiel der Akteure bei der Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts*

*(16) Die Teilkodifikation des Allgemeinen Verwaltungsrechts ist kein (Recht-)Setzungsakt der ersten Gewalt im idealtypischen Sinne des Grundgesetzes.*

*(17) Das Allgemeine Verwaltungsrecht folgt dem überkommen geglaubten materiellen Gesetzesbegriff, der seine Legitimation nicht in einer Entscheidung der Mehrheit, sondern in der Verallgemeinerbarkeit von Rechtsätzen sucht.*

(18) *Kodifikationsgesetzgebung ist ein eigener Typus der Rechtsfortbildung in Gesetzesform. Solche Konsensgesetzgebung ist dem Idealtypus der Gesetzgebung geradezu entgegengesetzt: Sie baut weder auf parlamentarische Kompromissfindung noch auf die jederzeitige Änderbarkeit bei wechselnden Mehrheiten. Klassische Gesetzgebung äußert sich nicht in der Bestätigung Allgemeiner Rechtsgrundsätze, sondern in der Möglichkeit, von diesen abzuweichen.*

(19) *Die Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts lässt sich institutionell nur erklären, wenn wir auch die Rechtsfortbildung als eigenen Typus richterlicher Gewalt anerkennen. Es ist verengend, lediglich drei Gewalten zu unterscheiden und dabei die Gerichte allein von ihrer Aufgabe der Einzelfall-Rechtsprechung zu konzipieren.*

(20) *Eine rechtsfortbildende Gewalt der Obergerichte ist als originär zu begreifen. Es wäre dysfunktional, die maßstabsfortbildende Gewalt auf der hohen Abstraktionsebene der Systembildung und der folgerichtigen Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze als originäre Aufgabe der Parlamente zu verstehen.*

(21) *Dem Zusammenspiel der Akteure auf Bundes- und Landesebene bei der Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts liegt ein Verbundmodell zugrunde. Das BVerwG hat sich in der Phase vor der Kodifikation des VwVfG in einen konsensgerichteten Dialog mit den Oberverwaltungsgerichten begeben, statt alle Revisionskompetenz für das Allgemeine Verwaltungsrecht an sich zu reißen („Verwaltungsgerichtsverbund“). Die Parallelgesetzgebung der VwVfG-Gesetzgeber kann als „Gesetzgeberverbund“ bezeichnet werden.*

(22) *Der Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts liegt kein Modell hierarchischer Unitarisierung durch Bundes(verfassungs)recht, sondern ein Modell konsentierter Homogenisierung des Rechts zu Grunde. Dieses Verbundmodell trägt die organisationsrechtliche Legitimation einer vernunftrechtlichen Rechtsverallgemeinerung und damit auch die innerstaatliche Systembildung.*

#### *IV. Verfassungsrechtsdogmatik in Relation zur Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts*

##### *1. Das vorgefundene Rechtsstaatsprinzip und die verwaltungsrechtliche Systembildung*

(23) *Die Rechtsstaatlichkeit der Verwaltung i. S. d. Grundgesetzes ist das Extrakt einer bereits weit fortgeschrittenen verwaltungsrechtlichen Systembildung. Der verfassungsrechtliche Vorbehalt des Gesetzes gilt im Allgemeinen Verwaltungsrecht allenfalls als Rückschrittsverbot.*

## 2. *Mythos und Dogmatik des Art. 19 Abs. 4 GG*

(24) *Es ist eine Legende, Art. 19 Abs. 4 GG habe eine „kopernikanische Wende“ ausgelöst und sei „neuartig“, „prägend“ und „nicht wegzudenken“ aus dem Allgemeinen Verwaltungsrecht. Er ist das bestätigende Extrakt der Entwicklung des einfachen Rechts und die reife Frucht einer kontinuierlichen Entwicklung.*

(25) *Art. 19 Abs. 4 GG ist offen gegenüber auch objektivrechtlicher oder weniger intensiver materiell-rechtlicher Kontrolle.*

## 3. *Entwicklung des Demokratiekonzeptes für die Verwaltungsorganisation als Leitbildwechsel auf Verfassungsebene?*

(26) *Im Grundgesetz und in Landesverfassungen finden wir drei Ansätze vor, die kein geschlossenes Konzept ergeben und für eine Leitbildentwicklung offen stehen: Selbstverwaltung, hierarchische Verwaltung und unabhängige Verwaltung.*

(27) *Aus dem Grundgesetz ist kein Umkehrschluss zu ziehen, dass Unabhängigkeit verboten wäre, wo sie nicht garantiert wird. Ihm kann keine Ausgangsvermutung zugunsten eines hierarchischen Ableitungszusammenhangs von Behörden entnommen werden. Es ist offen gegenüber unabhängigen Behörden, die dem unionsrechtlichen Leitbild entsprechen.*

## V. *Betrachtung der europäischen Entwicklungen in Prozessrelationen*

(28) *Das Unionsrecht ist heute die primäre Impulsquelle für die verwaltungsrechtliche Systembildung.*

(29) *Während wir im nationalen Recht Verfassungsrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht als zwei voneinander zu trennende Entwicklungen erkennen, beobachten wir auf Unionsebene einen weitgehend parallel verlaufenden Prozess.*

(30) *Es wäre zwar denkbar, ist aber nicht wünschenswert, Effektivitätskategorien umfassend in das Verfassungsrecht hineinzulesen.*

Zweiter Beratungsgegenstand:

**Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht:  
Bedeutungsverlust durch Europäisierung  
und Emanzipation?**

2. Referat von Professor Dr. *Ferdinand Wollenschläger\**, Augsburg

Inhalt

	Seite
I. Allgemeines Verwaltungsrecht, Konstitutionalisierung, Entkonstitutionalisierung . . . . .	188
II. Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht!?. . . . .	190
1. Allgemeines Verwaltungsrecht im Verfassungsrecht: Verwaltungsverfassungsrecht . . . . .	195
2. Mehr als konkretisiertes Verfassungsrecht I: Biperspektivität verwaltungsrechtlicher Systembildung . . . . .	202
3. Mehr als konkretisiertes Verfassungsrecht II: Rahmencharakter der Verfassung . . . . .	207
4. Umkehr der Perspektive: Rückwirkungen auf das Verfassungsrecht . . . . .	210
III. Relativierung und Behauptung des Grundgesetzes im Zeichen der Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts . . . . .	213
1. Relativierung des Grundgesetzes . . . . .	217
a) Verlust der Maßstabfunktion . . . . .	218
b) Ergänzung der Maßstabfunktion . . . . .	222
c) Verdrängung der systemprägenden Leitbildfunktion . . . . .	224
d) Überformung des Verwaltungsverfassungsrechts . . . . .	230
2. Behauptung des Grundgesetzes . . . . .	230
a) Allbezüglichkeit und Erosionstendenzen . . . . .	230
b) Gewinn an Maßstäblichkeit qua Ausstrahlung nach außen . . . . .	236

---

\* Unter den kritischen Lesern meines Referats bin ich besonders *Ino Augsburg* und *Sebastian Unger* zu Dank verpflichtet. An meinem Augsburger Lehrstuhl hat sich namentlich *Lukas Krönke* um die Betreuung des Referats verdient gemacht.

c)	Gewinn an Maßstäblichkeit qua Modernisierungschancen im Inneren . . . . .	240
IV.	Relativierung und Behauptung des Grundgesetzes im Zeichen der Emanzipation des Allgemeinen Verwaltungsrechts . . . . .	243
1.	Relativierung des Grundgesetzes . . . . .	244
a)	Emanzipation des Allgemeinen Verwaltungsrechts . . . . .	244
b)	Emanzipation in der Wissenschaft vom Allgemeinen Verwaltungsrecht . . . . .	244
c)	Emanzipation der Verwaltung . . . . .	246
2.	Behauptung des Grundgesetzes . . . . .	247
a)	Unverbrüchlichkeit des allbezüglichen Verwaltungsverfassungsrechts . . . . .	247
b)	Verwaltungsverfassungsrecht als Auffangordnung . . . . .	250
c)	Gewinn an Maßstäblichkeit qua Modernisierungschancen im Inneren . . . . .	251
V.	Fazit: Relativierung des Grundgesetzes, aber kein konstitutioneller Verfallsbefund . . . . .	256

## I. Allgemeines Verwaltungsrecht, Konstitutionalisierung, Entkonstitutionalisierung

Das Verhältnis von Allgemeinem Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht ist spannungsreich. Galt *Fritz Werner* die Ausrichtung des Verwaltungsrechts am Grundgesetz Ende der 1950er Jahre noch als Verheißung,<sup>1</sup> sahen sich schon wenig später verfassungsrechtlich fundierte (und teils realisierte) Forderungen nach einer Stärkung des Gesetzesvorbehalts im Verwaltungsrecht mit dem Vorwurf eines „maßlosen Verfassungspurismus“ konfrontiert,<sup>2</sup> Bedenken, die in der Konstitutionalisierungskritik bis heute fortwirken<sup>3</sup>. Umgekehrt zieht aber auch ein Zuwenig an Verfassung

<sup>1</sup> *F. Werner* DVBl. 1959, 527 (528 f.).

<sup>2</sup> *H. Schneider* NJW 1962, 1273 (1275): Von jüngeren Autoren erhobene Forderungen nach einer Stärkung des Gesetzesvorbehalts, die sich dann teils durchgesetzt haben (z.B. Schusswaffeneinsatz der Polizei) und teils nicht (z.B. Leistungsverwaltung), seien Ausdruck einer „Legalitätswütigkeit jüngerer Autoren, die in ihren Doktorschriften und Zeitschriftenaufsätzen einem maßlosen Verfassungspurismus huldig[t]en“, der „besonders bemerkenswert [sei], denn bei der Jugend würde man eher Protest als Konformismus vermuten. Unsere ‚zornigen‘ Jungjuristen [verhielten] sich aber verfassungskonform.“

<sup>3</sup> Deutlich *R. Breuer* FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 223 (224). Siehe ferner *P. Badura* Verwaltungsrecht im Umbruch, in: *Z. Kitagawa/J. Murakami/K. W. Nörr/T. Oppermann/H. Shiono* (Hrsg.) Das Recht vor den Herausforderungen eines neuen Jahrhunderts: Erwartungen in Japan und Deutschland, 1998, 147 (157 ff.); *C. Möllers* Methoden, GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 13; *C. Schönberger* Verwaltungsrecht als

im Allgemeinen Verwaltungsrecht Kritik auf sich. Diese entzündet sich nicht nur an der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft,<sup>4</sup> sondern auch an einer angesichts von Informalisierungs-, Verselbstständigungs- und Privatisierungsprozessen konstitutionell „entfesselten Verwaltung“ (*Peter M. Huber*<sup>5</sup>)<sup>6</sup>. Die dem zugrunde liegende Emanzipationsthese illustriert überdies, dass der schon von *Otto Bachof* auf der Bonner Tagung 1953 betonte<sup>7</sup> und nach wie vor geteilte<sup>8</sup> Befund einer Verfassungsprägung des Verwaltungsrechts nicht mehr außer Frage steht. Dies gilt gerade auch mit Blick auf die fortschreitende Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, die als (partielle) Marginalisierung und Neutralisierung der Konstitutionalisierung,<sup>9</sup> gar als „Entkonstitutionalisierung“<sup>10</sup> gedeutet wird.<sup>11</sup>

Es lohnt sich daher, die These der Verfassungsabhängigkeit des Allgemeinen Verwaltungsrechts angesichts behaupteter Erosionstendenzen nach innen und außen auf den Prüfstand zu stellen. Als Basis sei in einem ers-

---

konkretisiertes Verfassungsrecht, in: M. Stolleis (Hrsg.) Das Bonner Grundgesetz, 2006, 53 (57).

<sup>4</sup> Siehe etwa *B. Grzeszick* Die Verwaltung 42 (2009), 105 (112 ff.); *P. M. Huber* Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, IPE V, § 73 Rn. 49; *O. Lepsius* Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 7; *S. Rixen* Die Verwaltung 42 (2009), 309 (334 ff.); ferner die Diskussionsbeiträge auf der Freiburger Tagung von *O. Lepsius* VVDStRL 67 (2008), 349 (350) und *C. Starck* ebd., 334 (335).

<sup>5</sup> Nach dem Titel des Aufsatzes von *P. M. Huber* Die entfesselte Verwaltung, StWStP 8 (1997), 423.

<sup>6</sup> Siehe etwa *D. Grimm* Ursprung und Wandel der Verfassung, HStR I, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 72; *H. Hofmann* JöR n.F. 51 (2003), 1 (15 ff.).

<sup>7</sup> *O. Bachof* Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), 37 (37): „evidente Abhängigkeit der Verwaltung und des Verwaltungsrechts von der Verfassung“; ferner *ders.* Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 193 (195); *F. Werner* DVBl. 1959, 527.

<sup>8</sup> Siehe nur *E. Schmidt-Aßmann* Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, GVwR I (Fn. 3), § 5 Rn. 1: „Die Anforderungen demokratischer Rechtsstaatlichkeit, Grundrechts- und Gesetzesbindung der Exekutive und der Verwaltungsschutz bilden seither die wichtigsten Richtpunkte des verwaltungsrechtlichen Denkens“; ferner *W. Kahl* Die Verwaltung 42 (2009), 463 (469 Fn. 42); *R. Wahl* Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, 31 ff. Zurückhaltend demgegenüber *M. Ruffert* Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, GVwR I (Fn. 3), § 17 Rn. 175: nur punktueller Anpassungsdruck (z.B. Datenschutzrecht, Polizeirecht im Bereich informationeller Eingriffe), Unionsrecht gewichtiger.

<sup>9</sup> *M. Jestaedt* Verfassungsgerichtsbarkeit und Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts. Eine deutsche Perspektive, in: O. Jouanjan/J. Masing (Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit, 2011, 37 (64).

<sup>10</sup> *H. Hofmann* JöR n.F. 51 (2003), 1 (15).

<sup>11</sup> Siehe für gleichlautende Einschätzungen noch unten, III. m. Fn. 112 ff.

ten Teil das spannungsreiche Verhältnis von Grundgesetz und Allgemeinem Verwaltungsrecht entfaltet (II.). Sodann gilt es, Relativierung, aber auch Behauptung des Grundgesetzes im Zeichen von Europäisierung (III.) und Emanzipation (IV.) nachzuspüren.

## II. Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht!?

„Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ – dieses Diktum *Fritz Werners*<sup>12</sup> steht für die Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts, gerade in der herkömmlichen,<sup>13</sup> wiewohl zweifelhaften<sup>14</sup> Kontrastierung mit *Otto Mayers* „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht

<sup>12</sup> *F. Werner* DVBl. 1959, 527. Zur Kritik Fn. 32.

<sup>13</sup> Siehe nur *D. Ehlers* Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, in: H.-U. Erichsen/ders. (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 6 Rn. 1; *J. Ipsen* Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 71 ff.

<sup>14</sup> Die (freilich in Anführungszeichen gesetzte) Aussage erfolgte im Kontext der Neubearbeitung des Lehrbuchs mit Blick auf die Verfassungsumbrüche 1914 und 1917 und mag für eine (gewisse und vorübergehende) Kontinuität des Verwaltungsrechts bei Verfassungsumbrüchen zutreffen [*Bachof* Dogmatik (Fn. 7), 204; *L. Heuschling* Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht, IPE III, 2011, § 54 Rn. 15 f. – man denke etwa an das (zeitlich beschränkte) Fortleben der Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses unter dem GG, vgl. *Ipsen* Verwaltungsrecht (Fn. 13), Rn. 75] und Traditionslinien reflektieren [*Heuschling* ebd.; *E. Kaufmann* VerwArch 30 (1925), 378 (390)], widerspricht, absolut verstanden, jedoch der Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts [*Bachof* ebd., 204 f.; *Heuschling* ebd., Rn. 11 ff.; *Ipsen* ebd., Rn. 71 ff.; *M. Stolleis* Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: D. Simon (Hrsg.) Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, 227 (227): „schon damals bestenfalls eine Teilwahrheit, im Grunde eher eine Verweigerung der Wahrnehmung einer dramatisch veränderten Realität“; *R. Schmidt-De Caluwe* Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers. Staatstheoretische Grundlagen, dogmatische Ausgestaltung und deren verfassungsbedingte Vergänglichkeit, 1999, 114 ff., 262 ff. Zur zeitgenössischen Kritik: *M. Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 1999, 203 f.]. Bei einer Kontextualisierung kann freilich nicht davon ausgegangen werden, dass *Otto Mayer* eine radikale Trennung vertreten hat, siehe etwa *Bachof* ebd., 204 f.: „Wer ihm ... etwas anderes unterstellt, muß sich den Verdacht gefallen lassen, von seinem ganzen Werk nichts als diesen einen Satz zu kennen“ (204). Relativierend auch *Heuschling* ebd., Rn. 15 f.; *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1328); *H. Reuß* DÖV 1959, 321 (321 f.); *Schönberger* Verwaltungsrecht (Fn. 3), 59; *F. Werner* DVBl. 1959, 527 (527). Siehe für eine Betonung der Verfassungsabhängigkeit bei *Otto Mayer* ders. Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1. Aufl. 1895, 3 f.: „Der Inbegriff der Regeln, nach welchen [der gewaltenteilende Verfassungsstaat] eingerichtet ist, heißt Verfassungsrecht. Wir werden sehen, wie gerade an den damit gegebenen Unterscheidungen innerhalb der obersten Gewalt unser ganzes Verwaltungsrecht hängt“ (auch 3. Aufl. 1924, 1 f., 18, 55).

besteht“<sup>15</sup>. Hierbei handelt es sich zwar weder um einen unter dem Grundgesetz neuen Befund, wie Werke von Autoren der konstitutionellen Monarchie und der Weimarer Republik belegen,<sup>16</sup> noch um einen bundesrepublikanischen Sonderweg<sup>17</sup>; allerdings ist eine besonders intensive Prägung

<sup>15</sup> O. Mayer Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1924, Vorwort zur dritten Auflage; vgl. bereits ders. Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886, 3 m. Fn. 6. Siehe auch (vor dem Hintergrund der Unbeständigkeit des Staatsrechts) L. von Stein Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, 1876, 25: „Es liegt tief im Wesen der Verwaltung, daß ihre großen Kategorien nicht wie die der Verfassung wechseln, weder an sich noch im positiven Recht. Ob Absolutismus oder Republik, ob Freiheit oder Unfreiheit der Gesetzgebung, Wege, Bahnen, Gesundheitspflege, Creditwesen, Post, Münze, Gewerbe und hundert andere elementare Verhältnisse des Gesamtlebens werden immer dieselben bleiben, immer dieselben Grundsätze fordern, immer dieselben Fragen und Aufgaben erzeugen. Es gibt daher eine Verwaltung, die von der Verfassung unabhängig ist und sein soll, und es gibt daher auch eine Verfassungslehre, die an und für sich selbständig neben der Verfassungslehre oder dem eigentlichen Staatsrecht dasteht.“ Ebenso E. Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1. Aufl. 1950, VI (Vorwort), 9 – knapp zum Hintergrund Stolleis Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 14), 235; F. W. Jerusalem Grundriß des Verwaltungsrechts, 1947, Vorwort: „Im übrigen gilt auch heute noch der Satz Otto Mayers: Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“. Kritisch K. J. Partsch Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen, 1958, 8.

<sup>16</sup> Siehe namentlich F. F. von Mayer Grundsätze des Verwaltungsrechts, 1862, 46 ff.; R. von Mohl Polizeywissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1833; ders. Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Bd. 2, 2. Aufl. 1846, § 142: „Das Ziel dieser Verwaltung muß notwendig seyn, die Zwecke eines Rechtsstaates in seiner Form als Einherrschaft mit Volksvertretung, so wie sie die Verfassungs-Urkunde und die zu ihrer Ausbildung dienenden Gesetze bestimmen, möglichst vollständig zu erreichen“; L. von Rönne Staatsrecht der preußischen Monarchie, Bd. 3. Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1883, 4; L. von Stein Handbuch der Verwaltungslehre, Bd. 1, 3. Aufl. 1887, 6 ff. (5: Verwaltung als „die tätig werdende Verfassung“) – siehe aber auch Fn. 15; F. Fleiner Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, Vorwort (V): „Die Neugestaltung des Verfassungsrechts hat in Deutschland einen starken Einfluß auch auf das Verwaltungsrecht ausgeübt. Alte Rechtsinstitute haben einen veränderten Sinn bekommen, und neue Probleme sind aufgetaucht, die eine selbständige wissenschaftliche Behandlung erfordern“; exemplarisch dann 130 ff. für den Gesetzesvorbehalt. Siehe ferner F. J. Goodnow Comparative Administrative Law, Bd. 1, 1897, III, 8 und 15. Im Überblick A. von Bogdandy/P. M. Huber Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland, IPE III (Fn. 14), § 42 Rn. 36 ff.; Schönberger Verwaltungsrecht (Fn. 3), 58 f.

<sup>17</sup> Zu Recht den gemeineuropäischen Konstitutionalisierungsbefund betonend Huber Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 17 f. Umfassend Heuschling Verwaltungsrecht (Fn. 14), § 54 Rn. 11 ff., mit dem Fazit seiner rechtsvergleichenden Studie: „Die Grundsatzidee der Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts ist gemeineuropäisch; ihre konkrete Ausgestaltung ist jedoch nach Land und Epoche verschieden“ (Rn. 44; im Detail Rn. 45 ff.: weitgehende Irrelevanz in Schweden, starke Prägung in Deutschland, ambivalenter Befund für Frankreich). Speziell zu Frankreich etwa Heuschling ebd., Rn. 17 ff., 49 ff.; E. Schmidt-Aßmann/S. Dagrón ZaöRV 2007, 395 (417 ff.). Demgegenüber eine Sonderstellung Deutschlands betonend Möllers Methoden (Fn. 3), § 3 Rn. 11, 13; H. C. Röhl Verfassungs-



unter dem Grundgesetz zu konstatieren<sup>18</sup>. Die Geschichte der vornehmlich rechtsstaatlich-grundrechtlich angeleiteten Konstitutionalisierung<sup>19</sup> des

---

recht als wissenschaftliche Strategie?, in: H.-H. Trute/T. Groß/ders./C. Möllers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, 821 (825); F. Schoch Gerichtliche Verwaltungskontrollen, GVwR III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 106; Schönberger Verwaltungsrecht (Fn. 3), 53 (57): „[k]ein Aufschließen zu gemeinwesteuropäischen Standards ..., sondern vielmehr ein ganz und gar westdeutsches Binnenphänomen, ein erstaunlicher bundesdeutscher Sonderweg“ (Hervorhebung und Nachweis getilgt); Wahl Herausforderungen (Fn. 8), 25 Fn. 49, 35 f. (Grundrechtsprägung), 40 f.

<sup>18</sup> Siehe – neben den Nachweisen in Fn. 7 f. – allgemein, teils auch über das Verwaltungsrecht hinaus, R. Alexy Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 7 (8 ff.); von Bogdandy/Huber Staat (Fn. 16), § 42 Rn. 62 ff.; B.-O. Bryde FS Rottleuthner, 2001, 267; G. F. Schuppert/C. Bumke Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, 36; Stolleis Verwaltungswissenschaft (Fn. 14), 241 ff.; R. Wahl NVwZ 1984, 401 (401 ff.).

<sup>19</sup> Wirkmächtig Schuppert/Bumke Konstitutionalisierung (Fn. 18). Diese definieren Konstitutionalisierung als „Durchdringung des einfachen Rechts und des dieses einfache Recht erzeugenden politischen Prozesses mit verfassungsrechtlichen Inhalten“ [25, ferner Wahl Herausforderungen (Fn. 8), 32], als „Anpassung, Ausrichtung und Umbildung der einfachen Rechtsordnung an den sich nicht in strikten wie schlichten Geboten und Verboten erschöpfenden Vorgaben der Verfassung“ (57). R. Wahl [FS Brohm, 2002, 191 (193 f. m. Fn. 8); ebenso Jestaedt Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 9), 39] unterscheidet Konstitutionalisierung als Prozess („Entfaltung der Grundrechte im einfachen Gesetzesrecht“) sowie als Ergebnis („Gesetzesrecht [als] konkretisiertes Verfassungsrecht“), stellt aber den innovativen Charakter des Begriffs der Konstitutionalisierung infrage. **Siehe zur Konstitutionalisierung ferner** M. Gerhard Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Parameter der Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 17), 735 (735); Heuschling Verwaltungsrecht (Fn. 14), § 54 Rn. 49; Jestaedt Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 9), 38; M. Knauff ZaöRV 68 (2008), 453 (476 ff.); Schmidt-Aßmann Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 1 f.; U. Volkmann Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, 317 ff. Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung ist **nicht auf das Verwaltungsrecht beschränkt** [siehe etwa für das Privatrecht: C. W. Canaris AcP 184 (1984), 201; ders. Grundrechte und Privatrecht, 1999; U. Diederichsen AcP 198 (1998), 171; F. Maultzsch JZ 2012, 1040], gleichwohl betont Jestaedt Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 9), 51 ff. eine „[g]esteigert[e] Konstitutionalisierungsoffenheit des Verwaltungsrechts“; ferner Volkmann ebd., 318 f. Neben dieser innerstaatlichen Verwendung wird der Begriff der Konstitutionalisierung namentlich für Verfassungsgebungsprozesse auf **überstaatlicher Ebene** verwendet, dazu mit unterschiedlicher Akzentsetzung nur M. Knauff ZaöRV 68 (2008), 453 (456 ff.), R. Wahl FS Brohm, 2002, 191 (194 ff.), sowie die Referate von A. Tschentscher und H. Krieger zur „Verfassung im Völkerrecht: Konstitutionelle Elemente jenseits des Staates?“ in diesem Band. Schließlich findet der Begriff der Konstitutionalisierung auch **außerhalb Deutschlands** Verwendung, siehe etwa P. P. Craig The Constitutionalisation of Community Administration, EL Rev. 28 (2003), 840; L. Favoreu La constitutionnalisation du droit, Mélanges Roland Drago, 1996, 25; ders. La constitutionnalisation de l'ordre juridique: Considérations générales, Revue belge de droit constitutionnel 1998, 233; J. Steyn The Constitutionalisation of Public Law, 1999.

Verwaltungsrechts wurde oft erzählt und bedarf keiner Vertiefung: Weichenstellungen im Grundgesetz, namentlich der durch eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>20</sup> abgesicherte Vorrang der Verfassung (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG),<sup>21</sup> aber auch eine alles andere als selbstverständliche Verfassungsentwicklung entsprechend des eröffneten Weges<sup>22</sup> haben eine vornehmlich rechtsstaatlich-grundrechtliche Durchdringung des Verwaltungsrechts bewirkt.<sup>23</sup> Befördert haben diese ein im Sinne der Elfes-Doktrin lückenloser,<sup>24</sup> nicht mehr an klassische Eingriffe gekoppelter<sup>25</sup> und nach der Lüth-Doktrin über die Abwehrfunktion hinausgehender multidimensionaler Grundrechtsschutz,<sup>26</sup> ein damit korrespondierendes weites Verständnis

---

<sup>20</sup> Hervorzuheben ist – siehe nur *H. D. Jarass* Kolloquium P. Lerche, 2008, 75 (77 ff.); umfassend zum „Bundesverfassungsgericht als Verwaltungskontrollinstanz“ *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 104 ff. – die Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts auch hinsichtlich Parlamentsgesetzen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a; Art. 100 Abs. 1 GG) sowie die jedermann offen stehende Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG). Gerade die Möglichkeit einer Urteilsverfassungsbeschwerde hält die Fachgerichtsbarkeit an, verfassungsrechtliche Implikationen bei der Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts zu berücksichtigen – dazu *Jestaedt* Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 9), 46 ff.; *Schuppert/Bumke* Konstitutionalisierung (Fn. 18), 23, 55 f.

<sup>21</sup> Zur Entwicklung *T. Kingreen* Vorrang und Vorbehalt der Verfassung, HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 263 Rn. 21 ff.

<sup>22</sup> Denn Vieles, etwa die umfassende Grundrechtsbindung, war neu, in seiner Bedeutung daher ungewiss und entwicklungs offen – dazu nur *Schönberger* Verwaltungsrecht (Fn. 3), 59 f.

<sup>23</sup> Siehe nur *von Bogdandy/Huber* Staat (Fn. 16), § 42 Rn. 62 ff.; *Jestaedt* Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 9), 37; *E. Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 1. Kap. Rn. 17 ff.; *F. Schoch* Die Verwaltung Beih. 7 (2007), 177 (199 ff.); *Schönberger* Verwaltungsrecht (Fn. 3), 53; *Stolleis* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 14), 227; *Wahl* Herausforderungen (Fn. 8), insb. 16 ff., 35 ff. Im Überblick *W. Pauly* Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Deutschland, IPE IV, 2011, § 58 Rn. 16.

<sup>24</sup> BVerfGE 6, 32. Dazu *Schuppert/Bumke* Konstitutionalisierung (Fn. 18), 60 f. Relativierend *J. Masing* Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, GVwR I (Fn. 3), § 7 Rn. 62.

<sup>25</sup> Siehe im Einzelnen und mit unterschiedlicher Akzentsetzung BVerfGE 105, 252 (273); E 105, 279 (300 f.); E 110, 177 (191); E 113, 63 (76); E 116, 202 (222); BVerwGE 71, 183 (191 f.); *A. von Arnould* Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999, 101 ff.; *W. Cremer* Freiheitsgrundrechte, 2004, 150 ff.; *H. Dreier* in: ders. (Hrsg.) GG I, Vorb. Rn. 126 f.; *R. Eckhoff* Der Grundrechtseingriff, 1992, 285 ff.; *H.-U. Gallwas* Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970, 41 ff.; *U. Ramsauer* Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, 1980; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 2. Kap. Rn. 47 ff.; *B. Weber-Dürler* Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), 57 (74 ff.); *F. Wollenschläger* Verteilungsverfahren, 2010, 58 ff.

<sup>26</sup> BVerfGE 7, 198 (205). Zu dessen Bedeutung statt vieler *R. Wahl* Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im int. Vergleich, HGR I, 2004, § 19. Siehe bereits zuvor BVerfGE 6, 55 (71 ff.).

des Gesetzesvorbehalts,<sup>27</sup> der Ausbau einklagbarer subjektiv-öffentlicher Rechte qua norminterner<sup>28</sup> und normexterner<sup>29</sup> Wirkung der Grundrechte<sup>30</sup> sowie eine im Sinne hoher Standards ausgelegte Rechtsschutzgarantie<sup>31</sup>.

Vier Qualifikationen bedarf indes die Rede vom „Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht“, stellt sich die Beziehung dieser Rechtsschichten doch als komplexer dar, als das Diktum *Fritz Werners* nahelegt.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> Zur beschränkten Erstreckung auf die **Leistungsverwaltung**: BVerfGE 8, 155 (165 ff.); *B. Grzeszick* in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.) GG, Art. 20 III Rn. 117 ff. (Stand: 12/2007) – weitergehend *D. Jesch* Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, 1961, 171 ff.; *H. H. Rupp* Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis, 1965, 113 ff. Zur Erstreckung auf **wesentliche Entscheidungen**: BVerfGE 40, 237 (249 f.); „grundsätzliche[n] Fragen“; E 47, 46 (78 f.); E 49, 89 (126 f.); E 95, 267 (307 f.) – kritisch zur Wesentlichkeitstheorie *G. Kisker* NJW 1977, 1313 (1317 ff.); *F. Reimer* Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, GVwR I (Fn. 3), § 9 Rn. 57 ff. Zur Erstreckung auf **mittelbar-faktische Eingriffe** BVerfGE 105, 279 (303 ff.); E 105, 252 (268 ff.); *Gallwas* Faktische Beeinträchtigungen (Fn. 25), 94 ff.; *P. M. Huber* JZ 2003, 290 (294 f.). Differenziert *E. Schmidt-Aßmann* FS Redeker, 1993, 225 (234 ff.).

<sup>28</sup> Zur sog. norminternen Wirkung der Grundrechte BVerfGE 15, 275 (281 f.); NJW 2005, 273 (273 ff.); BVerfGE 101, 364 (371); E 132, 64 (68 f.) – trotz einfach-gesetzlichen Ausschlusses (§ 8 Abs. 2 KHG); E 133, 347 (350 ff.). Differenziert *E. Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 19 IV Rn. 121 ff. (Stand: 07/2014); *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 138.

<sup>29</sup> Zur sog. normexternen Wirkung der Grundrechte BVerfGE 96, 110 (114 f.); E 113, 273 (310); E 116, 1 (11 ff.); E 116, 135 (150, 153 f.); inzident auch E 78, 214 (226, 229); E 83, 182 (195); *U. Ramsauer* JuS 2012, 769 (772 f.). Zur nur ausnahmsweisen Möglichkeit einer Begründung subjektiv-öffentlicher Rechte qua normexterner Wirkung der Grundrechte bei gesetzlicher Vorstrukturierung *H. Dreier* Die Verwaltung 36 (2003), 105 (121 f.); *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 2. Kap. Rn. 61 f. Differenziert auch *A. Scherzberg* Subjektiv-öffentliche Rechte, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 13), § 12 Rn. 14 ff.

<sup>30</sup> Kulminierend im Verständnis als „kopernikanische Wende im Verwaltungsrechtssystem“: *F. Ossenbühl* Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft, in: K. G. A. Jeserich ua (Hrsg.) Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 5, 1987, 1143 (1146); ferner *ders.* DVBl. 1993, 753 (756); *A. K. Mangold/R.* Wahl Die Verwaltung 48 (2015), 1 (1 ff., 24 ff.). Ähnlich stark *C. Bumke* Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.) Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 73 (95): „stille Revolution“. Zur Entwicklung auch *Stolleis* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 14), 242 f.

<sup>31</sup> Siehe im Überblick *C. Bumke* Die Verwaltung 45 (2012), 81 (97 f.); *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 108 f.; *ders.* Die Verwaltung Beih. 7 (2007), 177 (200).

<sup>32</sup> Zu kritisch *Möllers* Methoden (Fn. 3), § 3 Rn. 13: „Der viel zitierte Satz Fritz Werners sollte daher als weder zutreffend noch wünschenswert zu den Akten der Verwaltungsgeschichte gelegt werden.“ Kritisch schon *ders.* VerwArch 90 (1999), 187 (196). Ebenfalls ablehnend mit Blick auf den Charakter der Verfassung als Rahmenordnung (Tätigkeit von Verwaltung und Gesetzgeber nicht Verfassungskonkretisierung, sondern Realisierung politischer Ziele im Rahmen der Verfassung) *Masing* Rechtsstatus (Fn. 24), § 7 Rn. 63 m. Fn. 136: „Das viel zitierte Diktum von *Fritz Werner* ... ist ein Beispiel für die Gefahr von

Denn Allgemeines Verwaltungsrecht findet sich erstens bereits im Grundgesetz (*Verwaltungsverfassungsrecht*), ist zweitens angesichts der Biperspektivität verwaltungsrechtlicher Systembildung und drittens angesichts des Rahmencharakters der Verfassung mehr als konkretisiertes Verfassungsrecht und wirkt viertens auf das Verfassungsrecht zurück.

### 1. *Allgemeines Verwaltungsrecht im Verfassungsrecht: Verwaltungsverfassungsrecht*

Die Kontrastierung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht blendet aus, dass bereits das Grundgesetz selbst ein Korpus verwaltungsbezogener Vorgaben enthält. Diese lassen sich als *Verwaltungsverfassungsrecht*<sup>33</sup> bezeich-

---

Irreführungen durch rhetorisch einprägsame Floskeln; *Werner* meinte das, was sein Titel behauptete, schon selbst nicht, sondern wandte sich vielmehr nur gegen eine Immunisierung des Verwaltungsrechts gegenüber der Verfassung.“ Dem wegen der Bedeutung der Verfassung für das Verwaltungsrecht entgegentretend *U. Battis* FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, 1315 (1318); ferner *M. Kloepfer* ZG 1988, 289 (294): Gesetzgebung hat „nicht nur die Verfassung zu beachten, sondern [ist] zu einem relevanten (wenn auch in aller Regel nicht zum größten) Teil auch Verfassungskonkretisierung“. Positiv auch *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 30 ff.; *ders.* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 1; *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 105 f. Als gegenüber der Alternative „Konkretisierung“ oder „Rahmenordnung“ neutralen Begriff schlägt *R. Wahl* NVwZ 1984, 401 (403), den Begriff der „Verfassungsabhängigkeit des Gesetzesrechts“ vor. Siehe auch noch Fn. 85.

<sup>33</sup> Soweit ersichtlich findet sich dieser Terminus für das Grundgesetz nur – ohne weitere Entfaltung – im Untertitel des Beitrags von *M. Burgi* Privat vorbereitete Verwaltungsentscheidungen und staatliche Strukturschaffungspflicht. Verwaltungsverfassungsrecht im Kooperationspektrum zwischen Staat und Gesellschaft, *Die Verwaltung* 33 (2000), 183. Analog auf Unionsebene: *M. Ruffert* EuR Beih. 1 (2009), 31 (43); *ders.* in: C. Calliess/*ders.* (Hrsg.) EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 197 EUV Rn. 1 ff.; *ders.* Europäisierung des Verwaltungsrechts, *IPE V* (Fn. 4), § 94 Rn. 16 ff. (dies aufgreifend *A. Glaser* Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre, 2013, 13 Fn. 60, 621, 643). Expliziert indes für das Schweizerische Recht von *P. Moor* Droit administratif, Bd. 1, 2. Aufl. 1994, 29: «Parmi les règles de droit constitutionnel, il y en a qui lient l'administration directement ... Il y a donc un droit constitutionnel de l'administration, ou un droit administratif constitutionnel. En d'autres termes, sous cet angle, une partie des règles de droit constitutionnel relève en même temps du droit administratif». Siehe zu Überschneidungen von Verfassungs- und Verwaltungsrecht auch *Heuschling* Verwaltungsrecht (Fn. 14), § 54 Rn. 4 ff., 7. Siehe zum Terminus des Verfassungsverwaltungsrechts, nämlich iSe Übernahme von Gehalten (z.B. Art. 13 Abs. 3–6, Art. 16a Abs. 2–5 GG), Techniken (Fristsetzung, Art. 76 Abs. 2 f. GG) und Dogmatik (Verhältnismäßigkeit) des Verwaltungsrechts in das Verfassungsrecht und kritisch wegen der freiheitsverkürzenden Nivellierung der unterschiedlichen Funktionen und Methodik von Verfassungs- und Verwaltungsrecht: *J. Kersten* DVBl. 2011, 585 (587 ff.). Ein «droit constitutionnel administratif» anders akzentuierend *Moor* ebd., 29: «Inversement, le développement du droit administratif remplit, dans une certaine mesure, les concepts de droit constitutionnel, les concrétise, les fait évoluer ...

nen.<sup>34</sup> In ihm spiegeln sich die vielfältigen Funktionen der Verfassung, namentlich Herrschaft zu organisieren, zu legitimieren und einzuhegen, stabilisierend zu wirken sowie Leitbilder und Handlungsaufträge zu formulieren.<sup>35</sup> Wesentliche Elemente<sup>36</sup> sind die Grundrechts- (Art. 1 Abs. 3 GG) und Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG)<sup>37</sup> der Verwaltung, die Rechts-

---

Plus généralement, le droit administratif porte une réalité de l'Etat – ici l'administration de prestation et de gestion – qui est, ou devrait être aussi celle du droit constitutionnel. Il y a donc également un droit administratif de la Constitution, ou un droit constitutionnel administratif. En d'autres termes, sous cet angle, une partie des règles de droit administratif relève en même temps du droit constitutionnel»; ferner zum Konzept der «administrativisation» du droit constitutionnel» *G. Vedel* Vorwort, in: *B. Stirn* Les sources constitutionnelles du droit administratif, 7. Aufl. 2011, VIII.

<sup>34</sup> Diese Begriffsbildung entspricht der in der deutschen Verfassungsrechtslehre etablierten Identifikation und Bündelung sektorspezifischer Verfassungsvorgaben, siehe etwa *J. H. Kaiser* FS Scheuner, 1973, 241 (242 ff.), und – für die Wirtschaftsverfassung – *F. Wollenschläger* Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Öffentliche Wirtschaftsrecht, in: *R. Schmidt/ders.* (Hrsg.) Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 3 ff. Ablehnend gegenüber dem Konzept der Teilverfassungen *R. Wahl* Der Staat 20 (1981), 485 (508 ff.), mit Blick auf die drohende Verwischung der Grenzziehung von einfachem Recht und Verfassungsrecht sowie auf Verselbstständigungstendenzen, in deren Folge das Ganze (Teilverfassung) mehr als die Summe seiner Teile ist [ferner *H. Lang* Funktionen der Verfassung, HStR XII (Fn. 21), § 266 Rn. 20]; widersagt man diesen Versuchen, spricht indes nichts gegen die Bündelung von Verfassungsvorgaben für die Verwaltung als „Verwaltungsverfassungsrecht“, was zudem den Rang als Verfassungsrecht zum Ausdruck bringt.

<sup>35</sup> Siehe zu den Verfassungsfunktionen nur *Lang* Funktionen (Fn. 34), § 266 Rn. 5 ff.; *Volkman* Verfassungslehre (Fn. 19), 15 ff., 39 ff.; *H. Wißmann* Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, GVwR I (Fn. 3), § 15 Rn. 3, 3a.

<sup>36</sup> Analog zur Differenzierung zwischen Allgemeinem und Besonderem Verwaltungsrecht ließe sich auch entsprechend weiter auf Verfassungsebene differenzieren (vgl. den unterschiedlichen Allgemeinheitsgrad von Art. 1 Abs. 3 GG einerseits und Art. 16a Abs. 4 GG andererseits sowie exemplarisch die Rede vom „Sicherheitsverfassungsrecht“, siehe nur *T. Würtenberger* FS Schröder, 2012, 285), was angesichts des Fokus des Referats auf das Allgemeine Verwaltungsrecht indes nicht weiter verfolgt werden soll; vielmehr stehen hier die allgemeinen Vorgaben im Vordergrund, wenn vom Verwaltungsverfassungsrecht die Rede ist. Im Besonderen Verwaltungsrecht wirken in erster Linie spezifische grundrechtliche Vorgaben sowie verfassungsrechtliche Zielvorgaben. Zu Recht daher die Konstitutionalisierung sowohl des Allgemeinen und des Besonderen Verwaltungsrechts betonend *J. Kersten/S.-C. Lenski* Die Verwaltung 42 (2009), 501 (528 f.); im Überblick zum Besonderen Verwaltungsrecht *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 110 ff. Für eine Auflistung allgemeiner Prinzipien des EU-Verwaltungsverfassungsrechts *D.-U. Galetta/H. C. H. Hofmann/O. Mir Puigpelat/J. Ziller* The General Principles of EU Administrative Procedural Law, 2015, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/519224/IPOL\\_IDA%282015%29519224\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/519224/IPOL_IDA%282015%29519224_EN.pdf) (9.9.2015), 15 ff.

<sup>37</sup> Zu Gesetz und Gesetzesbindung als „unersetzbarer Eckpfeiler des Verwaltungsrechts“ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 2. Kap. Rn. 68.

schutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG)<sup>38</sup> sowie rechtsstaatlich-grundrechtliche Anforderungen materieller und prozeduraler Art, vor allem die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit, ferner Verfahrensstandards wie Anhörung und Begründung<sup>39</sup>. Hinzu kommen die lange Zeit vernachlässigten,<sup>40</sup> aber zunehmend in den Fokus geratenden kompetenziellen, grundrechtlich-rechtsstaatlichen, demokratischen und personellen Vorgaben für die Verwaltungsorganisation (Art. 20 Abs. 2, Art. 28, Art. 33 Abs. 2 ff., Art. 83 ff. GG)<sup>41</sup> und für die exekutive Rechtsetzung (Art. 80 GG)<sup>42</sup>. Mit seiner Fokussierung auf den Einzelnen (Art. 1 Abs. 1 f. GG),<sup>43</sup> der nicht spannungsfreien Verfassung Deutschlands als demokratischer und sozialer Rechtsstaat (Art. 20 Abs. 1 und 3 GG, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG),<sup>44</sup> der Systementscheidung für den Individualrechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG)<sup>45</sup> oder dem in den 1990er Jahren verankerten Modell

<sup>38</sup> Angesichts der Ausklammerung zumindest des Fiskalhandelns aus Art. 19 Abs. 4 GG mangels Ausübung öffentlicher Gewalt durch BVerfGE 116, 135 (149 f.) – zu Recht kritisch P. M. Huber FS Stober, 2008, 547 (554 f.); F. Wollenschläger DVBl. 2007, 589 (592) – ist auch der insoweit lückenfüllende, im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde und über Art. 2 Abs. 1 GG subjektiviert allgemeine Justizgewährleistungsanspruch zu nennen [zu diesem BVerfGE 116, 135 (150)].

<sup>39</sup> Siehe BVerfGE 53, 30 (59 ff.); E 116, 135 (150 ff.); Ehlers Verfassungsrecht (Fn. 13), § 6 Rn. 23.

<sup>40</sup> A. Köttgen AöR 90 (1965), 205 (215), klammerte das Verwaltungsorganisationsrecht gar aus dem Verwaltungsverfassungsrecht aus. Dagegen W. Krebs Verwaltungsorganisation, HStR V, 3. Aufl. 2007, § 108 Rn. 60; Wißmann Verfassungsrechtliche Vorgaben (Fn. 35), § 15 Rn. 6 ff. Zur geringen verfassungsrechtlichen Durchdringung des Organisationsrechts H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober/W. Kluth Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 80 Rn. 54.

<sup>41</sup> Zu den Vorgaben im Einzelnen Krebs Verwaltungsorganisation (Fn. 40), § 108 Rn. 60 ff.; Wißmann Verwaltungsorganisation (Fn. 35), § 15 Rn. 6 ff.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth Verwaltungsrecht (Fn. 40), § 80.

<sup>42</sup> Siehe zu dieser nur die Referate von U. Stelkens und V. Mehde (Rechtsetzung der europäischen und nationalen Verwaltungen) auf der Münsteraner Tagung, VVDStRL 71 (2012), 369/418.

<sup>43</sup> Siehe nur BVerfGE 1, 159 (161 f.); W. Kahl Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, IPE V (Fn. 4), § 74 Rn. 9.

<sup>44</sup> Siehe hierzu nur Bachof Begriff (Fn. 7), 37 ff., insb. 44 ff.; ferner im Überblick R. Schröder Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, 55 ff.

<sup>45</sup> Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG erschöpft sich nicht in einer Rechtsschutzgarantie bei Verletzung subjektiver Rechte; vielmehr kommt ihm auch Bedeutung für das verwaltungsrechtliche System zu, indem er im Streit um die Ausgestaltung des Verwaltungsrechtsschutzes zwischen dem preußischen Modell einer primär objektiven Rechtskontrolle der Verwaltung und dem süddeutschen Modell des Individualrechtsschutzes Position bezieht, und zwar zugunsten des letzteren [dazu F. Weyreuther Verwaltungskontrolle durch Verbände?, 1975, 82 f.; siehe für eine Gegenüberstellung beider Modelle nur Schoch Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 5, wobei freilich zunehmend Konvergenztendenzen festgestellt werden (und auch ein objektiv-rechtliches System keine Popularklage impliziert, sondern auf der Interessenklage basiert): R. Breuer FS Kloepfer, 2013, 315 (320 f.);

des Gewährleistungsstaates (Art. 87e, f GG) hat das Grundgesetz überdies wirkmächtige Leitbilder formuliert.<sup>46</sup>

*A. Schwerdtfeger* Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluß der Aarhus-Konvention. Zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der subjektiven öffentlichen Rechte unter besonderer Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts, 2010, 52 ff., 67 f.]

Zur „**Systementscheidung für den subjektiven Rechtsschutz**“: BVerfG, NVwZ 2009, 1426 (1427): „Allerdings eröffnet Art. 19 IV GG nur demjenigen den Rechtsweg, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt ist. Es genügt weder die Verletzung nur wirtschaftlicher Interessen noch die Verletzung von Rechtssätzen, in denen der Einzelne nur aus Gründen des Interesses der Allgemeinheit begünstigt wird, die also reine Reflexwirkung haben ... Denn Art. 19 IV GG garantiert dem Bürger keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle der Verwaltung, sondern trifft eine Systementscheidung für den Individualrechtsschutz“; BVerwGE 147, 312 (316): „[I]n § 42 Abs. 2 VwGO kommt ein allgemeines Strukturprinzip des Verwaltungsrechtsschutzes zum Ausdruck. Vor dem Hintergrund von Art. 19 Abs. 4 GG ist er, wenn auch nicht ausschließlich (siehe § 42 Abs. 2 Halbs. 1 VwGO), so doch in erster Linie, auf den Individualrechtsschutz ausgerichtet“; NVwZ 2012, 567 (568); *von Bogdandy/Huber* Staat (Fn. 16), § 42 Rn. 77; *J. Krüper* Gemeinwohl im Prozess. Elemente eines funktionalen subjektiven Rechts auf Umweltvorsorge, 2009, 143; *S. Schlacke* Überindividueller Rechtsschutz, 2008, 54 ff.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 4. Kap. Rn. 59; *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 2, 5; *H. Schulze-Fielitz* in: Dreier (Fn. 25), Art. 19 IV Rn. 8 f., 60. Gegen die Annahme einer derartigen Systementscheidung *O. Lepsius* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 179 (186 f.): Stilisierung „durch eine konzertierte Aktion von Rechtsprechung, Wissenschaft und nicht zuletzt der VwGO-Änderungsgesetzgebung“. Zur Genese des deutschen Rechtsschutzsystems statt vieler *Schlacke* ebd., 31 ff.

Siehe für **konkrete Folgen** etwa die entsprechende Ausrichtung des einfachen Prozessrechts [vgl. § 42 Abs. 2, § 47 Abs. 2 VwGO; § 40 Abs. 2 FGO; § 54 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 SGG; ersterer sogar über seinen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus ausgedehnt, siehe für die Feststellungsklage (§ 43 VwGO) nur st. Rspr. BVerwG, etwa E 130, 52 (56): Analogie zur „Vermeidung einer dem Verwaltungsprozess fremden Popularklage“ geboten – näher und kritisch *A. Glaser* in: K. F. Gärditz (Hrsg.) VwGO, 2013, § 43 Rn. 84 ff.] oder die Art. 19 Abs. 4 GG entnommene Zweifelsregelung zugunsten einer Individualbegünstigung [BVerfGE 15, 275 (281 f.); vgl. ferner E 113, 273 (311)]; *O. Bachof* DVBl. 1961, 128 (131); *Masing* Rechtsstatus (Fn. 24), § 7 Rn. 100, 111. Differenzierend *Schmidt-Aßmann* (Fn. 28), Art. 19 IV Rn. 143 ff. Ablehnend *H. Schulze-Fielitz* in: Dreier (Fn. 25), Art. 19 IV Rn. 62]. Insofern blieb Art. 19 Abs. 4 GG auch hinsichtlich der Subjektivierung nicht folgenlos und erschöpfte sich nicht in einer Verweisungsnorm auf anderweitig begründete subjektive Rechte, vgl. ferner *Schönberger* Verwaltungsrecht (Fn. 3), 66 f.

Auch Widerstände gegen unionsrechtliche Modifikationen lassen sich so (mit)erklären: So hat die Systementscheidung für den Individualrechtsschutz zu einer „Denksperre“ geführt, die die Rezeption der ihr fremden unionsrechtlichen Vorgaben erschwerte und erst Vertragsverletzungsverfahren erforderte [zur Trianel-Rechtsprechung im Kontext von Verbandsklagen Fn. 157; zum Vergaberecht *F. Wollenschläger* Europäisches Vergabeverwaltungsrecht, in: J. P. Terhechte (Hrsg.) Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 19 Rn. 80 ff.], siehe *M. Hong* JZ 2012, 380 (388).

<sup>46</sup> Siehe zur Leitbildfunktion des Verfassungsrechts spezifisch für das Verwaltungsrecht *Moor* Droit administratif (Fn. 33), 29: «Plus généralement encore, le droit constitutionnel porte une image de l’Etat – ici, l’Etat social fondé sur le droit – qui est, ou devrait être aussi

Das Verwaltungsverfassungsrecht enthält teils geschriebene, teils ungeschriebene Sätze, hat selten Regel-, meist Prinzipiencharakter;<sup>47</sup> teils ist es, wie die Anforderungen des Vertrauensschutzes oder der demokratischen Legitimation, auch erst Ergebnis einer Konkretisierung allgemeiner (mitunter auch gegenläufiger<sup>48</sup>) Verfassungsvorgaben. Dies erhellt, dass schon auf Verfassungsebene eine Konkretisierungsleistung zu erbringen ist.<sup>49</sup> Als Verfassungsrahmen der Verwaltung und als bundesverfassungs- respektive bundesverwaltungsgerichtlicher Prüfungsmaßstab<sup>50</sup> steht es für sich. Auf

---

celle du droit administratif», und *Wißmann* Verwaltungsorganisation (Fn. 35), § 15 Rn. 3a, sowie allgemein BVerfGE 34, 269 (287); *Lang* Funktionen (Fn. 34), § 266 Rn. 13, 17; *Schuppert/Bumke* Konstitutionalisierung (Fn. 18), 27 ff., 39 f.: „Verfassungstext als ... Ausdruck eines ‚großen‘ Strukturplans“ (39); *U. Volkmann* Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), 57 (67 ff.).

<sup>47</sup> Man kontrastiere im Verwaltungsorganisationsrecht etwa die tatbestandlich präzise gefassten Vorgaben für die Bundesverwaltung (Art. 87 ff. GG) mit der Anforderung hinreichender demokratischer Legitimation (Art. 20 Abs. 2 GG). Überdies unterscheiden sich die Direktivkraft der einzelnen Sätze des Verwaltungsverfassungsrechts, man kontrastiere etwa Verfassungsaufträge mit Abwehrrechten, allg. dazu *P. Badura* Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz, HStR XII (Fn. 21), § 265 Rn. 44.

<sup>48</sup> Dazu *F. Reimer* Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz, 2001, 495 ff.

<sup>49</sup> *P. Lerche* Facetten der „Konkretisierung“ von Verfassungsrecht, in: I. Koller/J. Hager/M. Junker/R. Singer/J. Neuner (Hrsg.) Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken, 1998, 7 (9) – mit Unterscheidung zwischen Verfassungskonkretisierung auf Verfassungsebene und verfassungskonkretisierender Gesetzgebung, die keine Verfassungsrechtsätze generiert, sondern einfaches Verwaltungsrecht, das Verfassungsrecht umsetzt, beachtet oder ausfüllt (7 ff.); in diese Richtung ferner *Jestaedt* Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 9), 39 ff., der – mit weiterer Feindifferenzierung – die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Konkretisierung einführt, mithin danach, ob das „Mehr an Verfassung“ ein „Mehr an Verfassungsrecht“ oder eine „Verfassungskompatibilisierung des Unterverfassungsrechts bewirkt“. Siehe zur Verfassungskonkretisierung – neben Fn. 85 – *R. Breuer* FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 223 (227); *Reimer* Verfassungsprinzipien (Fn. 48), 458 ff. – insb. 484 ff. zur Bildung von „Subprinzipien“. Siehe mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip nur *E. Schmidt-Aßmann* Der Rechtsstaat, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 2 ff., 69 ff. Zur Verfassungskonkretisierung als Rechtsprechungsrecht *M. Albers* Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), 257 (286 f.); *M. Jestaedt* Selbstand und Offenheit der Verfassung gegenüber nationalem, supranationalem und internationalem Recht, HStR XII (Fn. 21), § 264 Rn. 69.

<sup>50</sup> Dass sich der Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts – anders als etwa jener des US Supreme Courts (vgl. Art. III Sect. 2 US Const.) oder des Schweizerischen Bundesgerichts (vgl. Art. 189 f. BV) – auf die Verletzung von Verfassungsrecht beschränkt (s. nur Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, Art. 100 Abs. 1 GG), bedingte zudem die Entwicklung auf das einfache (Verwaltungs-)Recht bezogener verfassungsrechtlicher Figuren, da nur so ein Zugriff auf den zu beurteilenden Sachverhalt möglich war; mit *Rainer Wahl* entstand ein „materiell-rechtliche[r] Sog zugunsten der Ausdehnung des vorrangigen Verfassungsrechts“ [Dimension (Fn. 26), § 19 Rn. 20] und damit eine Durchdringung des einfachen Rechts



Anwendungsebene tritt es indes regelmäßig mediatisiert und konkretisiert im Gewande des einfachen Verwaltungsrechts zutage, das zudem Anwendungsvorrang genießt<sup>51</sup>; dann fungiert das Grundgesetz als Maßstab und Auslegungsdirektive<sup>52</sup>. Als Beispiel sei nur die Gesetzesbindung und Vertrauensschutz ausbalancierende Regelung der Aufhebung von Verwaltungsakten (§§ 48 ff. VwVfG) genannt. Unmittelbare Relevanz erlangt es als Auffangordnung bei lückenhafter einfach-gesetzlicher Normierung<sup>53</sup> sowie<sup>54</sup> als Leitbild- und Impulsgeber<sup>55</sup>.

---

durch jenes [B.-O. Bryde FS Rottleuthner, 2001, 267 (268 f., 271); H. D. Jarass Kolloquium P. Lerche, 2008, 75 (76 f.); Schönberger Verwaltungsrecht (Fn. 3), 63, 65. Siehe auch Schuppert/Bumke Konstitutionalisierung (Fn. 18), 58 ff. Zum Gegenbeispiel Frankreichs Heuschling Verwaltungsrecht (Fn. 14), § 54 Rn. 21]. Mutandis mutatis gilt dies auch für das Bundesverwaltungsgericht, dessen Prüfungskompetenz im Wesentlichen auf eine Verletzung von Bundesrecht beschränkt ist (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO), womit lediglich die Heranziehung von Bundesverfassungsrecht den Zugriff auf landesrechtlich geregelte Sachverhalte, etwa des Polizei- oder Schulrechts, ermöglichte [Exemplarisch: BVerwGE 1, 303; aus jüngerer Zeit: E 133, 347 (350)]; das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Weg konsequent beschritten und so wesentlich zur Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts beigetragen, näher Schönberger Verwaltungsrecht (Fn. 3), 61 ff. Auch Wissenschaft und Rechtspraxis haben diesen Effekt verstärkt, da die verfassungsrechtliche Durchleuchtung des Verwaltungsrechts nicht nur, wie eine rechtspolitische Betrachtung, Kritik an ihm ermöglichte, sondern es zugleich wirkmächtig zu orientieren, gar infrage zu stellen vermag, vgl. auch – mit prägnantem Titel – Röhl Verfassungsrecht (Fn. 17), 835 f.; ferner B.-O. Bryde FS Rottleuthner, 2001, 267 (271); ders. FS Röhl, 2003, 228 (239). Siehe auch die Betonung des engen Zusammenhangs zwischen rechtspolitischer und verfassungsrechtlicher Diskussion und einem Verständnis von Rechtspolitik als Frage nach und Entfaltung von Verfassungsvorgaben, z.B. mit Blick auf Privatisierungsgrenzen, Wahl Herausforderungen (Fn. 8), 90 f.

<sup>51</sup> Zum Anwendungsvorrang statt vieler G. Hermes Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 119 (131, 141); H. Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 4 Rn. 58, § 8 Rn. 11. Kritisch Heuschling Verwaltungsrecht (Fn. 14), § 54 Rn. 59. Anders als im Verhältnis von Besonderem und Allgemeinem Verwaltungsrecht begründet mithin nicht der Spezialitätsgrundsatz, sondern die Ausgestaltungsbefugnis des demokratisch legitimierten Gesetzgebers den Anwendungsvorrang der konkreteren Norm.

<sup>52</sup> Hierin gründet der Selbststand des Verwaltungsverfassungsrechts gegenüber dem (einfachen) Verwaltungsrecht und dem Verwaltungshandeln. Für eine Betonung der Maßstabklarheit als wichtige Funktion des Konzepts des Selbststands von Rechtsschichten *Jestaedt* Selbststand (Fn. 49), § 264 Rn. 40 f. Siehe des Weiteren zum Selbststand der Verfassung J. Isensee Verfassungsrecht als „politisches Recht“, HStR VII, 1. Aufl. 1992, § 162 Rn. 52.

<sup>53</sup> Siehe schon Bachof Begriff (Fn. 7), 53 f. Positiv zu dieser Rolle R. Mußgnug FS der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprechts-Karls-Universität Heidelberg, 1986, 203 (227). Allgemein zur „Reservefunktion“ von Verfassungsprinzipien Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 48), 458 ff.

<sup>54</sup> Zum Sonderproblem der verfassungsrechtlichen Regelung von dem einfachen Verwaltungsrecht zuzuordnenden Materien C. Waldhoff FS Kloepfer, 2013, 261 (268 f.). Ein Beispiel stellt Art. 16a GG dar. Kritisch J. Kersten DVBl. 2011, 585 (587 f.).

Ein wesentliches Charakteristikum des Verwaltungsverfassungsrechts ist seine Allbezüglichkeit, mithin sein umfassender, jedwedes Verwaltungshandeln erfassender Geltungsanspruch, einschließlich eines weit reichenden Normprogramms, das namentlich in der Multidimensionalität der Grundrechte zum Ausdruck kommt.<sup>56</sup> Obgleich im Rang von Verfassungsrecht, rechnet das Verwaltungsverfassungsrecht qua Vorrang und Allbezüglichkeit, aber auch wegen vergleichbarer Aufgaben, etwa seiner Rationalisierungs-, Disziplinierungs- und Auffangfunktion, funktional zum Allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts.<sup>57</sup> Schließlich hat das Verwaltungsverfassungsrecht angesichts seiner Auffang- und Orientierungsfunktion mitunter die Rolle der überkommenen allgemeinen Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts übernommen.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Für die Impulsfunktion steht etwa die Entwicklung des Datenschutzrechts infolge des Volkszählungsurteils (BVerfGE 65, 1).

<sup>56</sup> Zur Allbezüglichkeit des Grundgesetzes *H. Hofmann* JöR n.F. 51 (2003), 1 (4 ff.); *A. Hollerbach* Ideologie und Verfassung, in: W. Maihofer (Hrsg.) Ideologie und Recht, 1969, 37 (51 f.); *Isensee* Verfassungsrecht (Fn. 52), § 162 Rn. 42, ferner 51; *Schuppert/Bumke* Konstitutionalisierung (Fn. 18), 58 („allmaßstäbliche Grundordnung“); *Volkman* Verfassungsrecht (Fn. 46), 66. Spezifisch mit Blick auf Verwaltung und Verwaltungsrecht *Bachof* Begriff (Fn. 7), 51: „jeder Verwaltungsrechtsfall [ist] potentiell tatsächlich zugleich Verfassungsrechtsfall“; *Schröder* Verwaltungsrechtsdogmatik (Fn. 44), 61 f.

<sup>57</sup> Dazu *O. Lepsius* Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: M. Jestaedt/ders. (Hrsg.) Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 1 (28 f.) – gleichwohl [*ders.* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 179 (196)] gegen ein generelles Verständnis der Verfassung als Allgemeiner Teil des Öffentlichen Rechts wegen ihres rechtsgebietsübergreifenden Bezugs [siehe insoweit auch *T. Hollstein* Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 212 f.]; ferner *F. Schoch* Entformalisierung staatlichen Handelns, HStR III, 3. Aufl. 2005, § 37 Rn. 127. Für eine Zuordnung der „verfassungsrechtlich abgesicherten Grundsätze, die für alle Erscheinungsformen öffentlicher Verwaltung gelten“, zum Allgemeinen Verwaltungsrecht auch *T. Groß* Die Verwaltung Beih. 2 (1999), 57 (79). Siehe ferner *Moor* Droit administratif (Fn. 33), 29 f. Engführend, das Verwaltungsrecht aus dem Verfassungsrecht ausklammernd *F. Schoch* Die Verwaltung Beih. 7 (2007), 177 (182).

<sup>58</sup> Siehe etwa *E. Schmidt-Aßmann/S. Dagron* ZaöRV 2007, 395 (416); ferner *R. Mußgnug* FS der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprechts-Karls-Universität Heidelberg, 1986, 203 (207); *F. Ossenbühl* FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 289 (297 f.); *Ruffert* Rechtsquellen (Fn. 8), § 17 Rn. 53. Beide Rechtsschichten stellen indes sich nur teilweise überschneidende Kreise dar, da zum einen das Verwaltungsverfassungsrecht nicht als allgemeine Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts zu qualifizierende Regeln enthält, etwa die konkreten Kompetenzvorgaben, und zum anderen sich die allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht lediglich aus Verfassungsrecht speisen [zur satzabhängig differenzierten Einordnung: *K. Stern* JZ 1962, 265 (267 f.) mwN; ferner *Ruffert* ebd., Rn. 97 f.]. Näher zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen neben den eingangs zitierten Beiträgen von *Mußgnug*, *Ossenbühl* und *Ruffert* (Rn. 94 ff.) *E. Schmidt-Aßmann* Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben, 2013, 47 ff.

## 2. Mehr als konkretisiertes Verfassungsrecht I: Biperspektivität verwaltungsrechtlicher Systembildung

Die Biperspektivität<sup>59</sup> der verwaltungsrechtlichen Systembildung<sup>60</sup> bedingt, dass sich Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>61</sup> nicht in einer Verfas-

<sup>59</sup> Zu dieser *M. Burgi* Rechtsregime, GVwR I (Fn. 3), § 18 Rn. 107; *E. Schmidt-Aßmann* Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Reformbedarf und Reformansätze, in: *W. Hoffmann-Riem/ders./G. F. Schuppert* (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, 1993, 11 (15); *ders.* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 1 ff.; *R. Wahl* Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert* (Fn. 59), 177 (212); *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 13 ff.; *J. Ziekow* FS Bartlspenger, 2006, 247 (249 ff.).

<sup>60</sup> Dass die verwaltungsrechtliche **Systembildung** angesichts von Fragmentierungsprozessen und inhaltlichen Brüchen, die aus der Pluralität, Konkurrenz und Heterogenität der Rechtserzeuger sowie der auch nach unsystematischen Maßstäben vorgehenden Rechtserzeugung resultieren, nicht (mehr) auf der **materiellen Einheit allen Rechts** fußt – siehe für einen derartigen Systembegriff *F. C. von Savigny* System des heutigen römischen Rechts I, 1840, 214: Das juristische System besteht im „inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft“; ferner *Möllers* Methoden (Fn. 3), § 3 Rn. 36: „Als System wird man eine auf weitestgehende Widerspruchsfreiheit und axiomatische Reduzierbarkeit gerichtete Rekonstruktion des geltenden Rechts verstehen, die sich eines deduktiven Argumentationsmodus bedient“ –, schmälert ihre grundlegende Bedeutung für die verwaltungsrechtliche Dogmatik nicht, mag auch der **theoretische Anspruch zurückhaltender zu formulieren** sein [so zu Recht *A. von Bogdandy* Grundprinzipien, in: *ders./J. Bast* (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 13 (20); *P. Hilbert* Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015, 91 ff.; *Möllers* Methoden (Fn. 3), § 3 Rn. 36]. **Skeptisch aber:** *Lepsius* Rechtswissenschaftstheorie (Fn. 57), 36 ff.; ferner *ders.* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 179 (194 ff.); *M. Jestaedt* Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, 81 ff.; *C. Möllers* FS Battis, 2014, 101 (103 f.); *ders.* Methoden (Fn. 3), § 3 Rn. 36. Indes verlangt gerade ein disparater Rechtsstoff wie das Besondere Verwaltungsrecht nach Erfassung, Ordnung und kritischer Reflexion, worin die Aufgabe verwaltungsrechtlicher Systematisierung liegt: Für ein entsprechend „**pragmatisches Systemdenken**“ *Schmidt-Aßmann* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 2. Siehe auch *von Bogdandy* ebd., 19 f.; *T. von Danwitz* Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996, 27 ff.; *T. Groß* Die Verwaltung Beih. 2 (1999), 57 (72, 80); *W. Kahl* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 39 (44 ff., 51 ff.); *W. Krebs* Die Juristische Methode im Verwaltungsrecht, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Fn. 30), 209 (214); *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 1 ff. Richtig freilich die Mahnung bei *T. Groß* Die Verwaltung Beih. 2 (1999), 57 (78 f.), dass die Systembildung „nicht zum Instrument aktiver Rechtsänderung ohne demokratisches Mandat werden“ darf. Am Systembegriff festhaltend *Bachof* Dogmatik (Fn. 7), 224 ff.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 1; *F. Schoch* Die Verwaltung Beih. 7 (2007), 177 (191 f.). Monographisch und Perspektiven auf der Basis eines differenzierten Systemdenkens aufzeigend *Hilbert* ebd. Allgemein zum Ansatz der rechtsaktbezogenen Verwaltungsrechtswissenschaft *Bumke* Methodik (Fn. 30), 75 f., 88 f.; ferner *ders.* Relative Rechtswidrigkeit, 2004, 23 ff.

<sup>61</sup> Nach der herkömmlichen Unterscheidung umfasst das Allgemeine Verwaltungsrecht vor die Klammer gezogene Begriffe, Rechtsinstitute sowie Rechtsregeln und das Besondere

sungskonkretisierung erschöpft.<sup>62</sup> Vielmehr bilden die Referenzgebiete im Besonderen Verwaltungsrecht den Fundus, aus dem im Wege des Vergleichs und der Verallgemeinerung induktiv Begriffe, Institute und Regeln des Allgemeinen Verwaltungsrechts geschöpft werden.<sup>63</sup> Erwähnt seien nur das Umweltrecht mit seiner (auch) durch Vollzugsdefizite bedingten

---

Verwaltungsrecht deren bereichsspezifische Ausprägungen, siehe etwa *Burgi* Rechtsregime (Fn. 59), § 18 Rn. 97; *Kahl* Grundzüge (Fn. 43), § 74 Rn. 3; *M. Schmidt-Preuß* FS Maurer, 2001, 777 (778); *K. Stern* JZ 1962, 265 (267). Kritisch zur Klammermetaphorik, das Allgemeine Verwaltungsrecht als wissenschaftliches Projekt [so bereits *A. Merkl* Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, V f., 95 ff.] mit konkurrierenden Ansätzen verstehend, insgesamt aber zu bescheiden im Anspruch *C. Möllers* FS Battis, 2014, 101 (103 f.). Nach indirekter und direkter Steuerung differenzierend: *J. Ziekow* FS Bartlsperger, 2006, 247 (252 ff.). Für ein Mehrebenenmodell *T. Groß* Die Verwaltung Beih. 2 (1999), 57 (79 f.). Zur **Genese** der Scheidung von Allgemeinem und Besonderem Verwaltungsrecht im Überblick und unter Verweis auf den Pioniercharakter der Arbeiten *Friedrich Franz Mayers: Groß* ebd., 58 ff. Siehe ferner *M. Stolleis* Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft, GVwR I (Fn. 3), § 2 Rn. 53 ff.; *ders.* Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, 394 ff. Skeptisch hinsichtlich der Möglichkeit eines Allgemeinen Verwaltungsrechts *A. Hensel* Der Einfluss des Steuerrechts auf die Begriffsbildung im öffentlichen Recht, VVDStRL 3 (1927), 63 (74 f.).

<sup>62</sup> Freilich wird vielfach die – auch im Vergleich zum Fachrecht, insoweit kritisch *J. Kersten/S.-C. Lenski* Die Verwaltung 42 (2009), 501 (526 ff.) – besondere Verfassungsabhängigkeit des Allgemeinen Verwaltungsrechts betont und letzteres als „Transmissionsriemen“ des Verwaltungsverfassungsrechts qualifiziert, siehe *Wahl* Aufgabenabhängigkeit (Fn. 59), 212; ferner *ders.* Herausforderungen (Fn. 8), 38 f. Aufgegriffen von *Burgi* Rechtsregime (Fn. 59), § 18 Rn. 107; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 5; *ders.* FS Battis, 2014, 85 (88); *J. Ziekow* FS Bartlsperger, 2006, 247 (251 f.); ferner *Badura* Verwaltungsrecht (Fn. 3), 150, nach dem das „Allgemeine Verwaltungsrecht ... das Rechtsgebiet [darstellt], das von vornherein mit dem Ziel der wissenschaftlichen und von rechtsstaatlichen Anforderungen geleiteten Durchformung der Verwaltung und der Verwaltungstätigkeit entstanden ist.“ Bei alledem ist freilich zu berücksichtigen, dass die Institute und Regeln des Allgemeinen Verwaltungsrechts einen unterschiedlichen Grad an Verfassungsrelevanz aufweisen. So ist zwar die Handlungsformenlehre Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit, genauso wie Kompetenzordnung und Verfahrensanforderungen (namentlich Rationalisierung und Begrenzung staatlicher Machtausübung) – siehe dazu nur *Badura* ebd., 152; *Schmidt-Aßmann* Rechtsstaat (Fn. 49), § 26 Rn. 75 –, aber etwa das Institut des Verwaltungsakts als solches nicht verfassungsgeprägt, lediglich einzelne Ausprägungen, etwa die Fragen des Bestands- oder des Rechtsschutzes. Überdies findet sich das Verwaltungsverfassungsrecht nicht umfassend auf der Ebene des (einfachen) Allgemeinen Verwaltungsrechts kodifiziert.

<sup>63</sup> Siehe zur Arbeit mit Referenzgebieten nur *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 12 ff.; ferner *A. Voßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, GVwR I (Fn. 3), § 1 Rn. 43 ff.; *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 13 ff. Zur Bedeutung des Besonderen Verwaltungsrechts für die Systembildung im Allgemeinen Verwaltungsrecht bereits *K. Stern* JZ 1962, 265 (267): Allgemeines Verwaltungsrecht entwickelt „induktiv aus dem positiven Recht durch Abstrahieren, Reduzieren und Typisieren, Institutionen, Begriffe, Formen, Modi und Typen verwaltungsrechtlicher Gestaltungen“; ferner

Entwicklung informeller und kooperativer Strukturen oder Verteilungsverfahren, die den Umgang mit multipolaren Konkurrenzkonflikten lehren, ferner die nicht nur im Bau-, sondern auch etwa im Gesundheits- oder Telekommunikationsrecht anzutreffende Planung. Pointe der Systembildung im deutschen Verwaltungsrecht ist freilich, dass diese, anders als enzyklopädische Ansätze aus der Frühzeit der Verwaltungsrechtsentwicklung,<sup>64</sup> nicht auf der Ebene der Beobachtung, Systematisierung, Abstrahierung und rechtspolitischen Kritik des Besonderen Verwaltungsrechts verharrt; vielmehr werden die induktiv gewonnenen Erkenntnisse an allgemeinen Vorgaben und Lehren gespiegelt.<sup>65</sup> Hier erlangt das Grundgesetz entscheidende Bedeutung. Erstens bestimmt es Ausrichtung sowie Entwicklungstendenzen:<sup>66</sup> Schon die Herausbildung eines Allgemeinen

---

*K. F. Gärditz* Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, 4 ff., 267 ff.

<sup>64</sup> Siehe im Überblick *T. Groß* Die Verwaltung Beih. 2 (1999), 57 (58 ff.); ferner *Stolleis* Geschichte (Fn. 61), 395. Umgekehrt lag in der Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts aus der Rechtsstaatsidee und damit der Einnahme einer deduktiven Perspektive der innovative Ansatz *Otto Mayers*, vgl. dazu *Bumke* Methodik (Fn. 30), 86 ff.; *A. Hueber* Otto Mayer – Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, 1982, 61 ff.; *J. Kersten/S.-C. Lenski* Die Verwaltung 42 (2009), 501 (508 ff.); *Schmidt-De Caluwe* Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers (Fn. 14), 118 f.: „Das Verwaltungsrecht stellt sich ... als Ausdruck und Funktion Otto Mayers Staats- und Rechtsstaatsidee dar; es wird in seinen Grundzügen und Einzelausformungen – rechtsdogmatisch gesehen – aus den Ideen deduziert“; *Groß* ebd., 63, 75. Siehe auch, freilich die Notwendigkeit einer Synthese betonend, *E. Kaufmann* VerwArch 30 (1925), 377 (381, 388 ff.); des Weiteren *K. Stern* JZ 1962, 265 (265 f.).

<sup>65</sup> *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 1, 12 f.; *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 13 f. Die Irritation allgemeiner Lehren durch die Fortschreibung des Besonderen Verwaltungsrechts betonend *C. Möllers* FS Battis, 2014, 101 (107). Die **Entwicklungspfade** können unterschiedlich verlaufen: Ausgangspunkt kann das Besondere Verwaltungsrecht sein, das auf spezifische Regelungsbedürfnisse reagiert und punktuelle Lösungen schafft; diese bilden sich dann oftmals in Auseinandersetzung mit verfassungsrechtlichen Vorgaben fort, wobei auch das Verfassungsrecht lernen kann, und werden auch vom Allgemeinen Verwaltungsrecht rezipiert und reflektiert. Denkbar, wie etwa das Beispiel des erst durch die Europäisierung aus seinem Dornröschenschlaf geweckten Vergaberechts zeigt, ist aber auch eine weitgehende Ignorierung von Teilen des Besonderen Verwaltungsrechts durch Verfassungsrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht. Ausgangspunkt kann aber auch das Verfassungsrecht sein, das auf politisch-gesellschaftliche Entwicklungen reagiert, etwa durch die Anerkennung von Schutzpflichten, Leistungsrechten oder Verfahrens- und Organisationsanforderungen, die dann das Verwaltungsrecht kleinarbeiten muss. Auch hier ist ein Ignorieren denkbar. Schließlich können sich auch Verfassungs- und Verwaltungsrecht unter wechselseitiger Beeinflussung parallel entwickeln.

<sup>66</sup> Siehe *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 1, 21 ff.; *ders.* Reform (Fn. 59), 17 ff.: Determinierung des Grundverhältnisses des Bürgers zur Verwaltung wichtigste systemprägende Aufgabe des Verfassungsrechts (Bürger kein Objekt, Ausrichtung am Individuum). In diesem Kontext steht im Übrigen auch das vielzitierte Diktum vom Ver-

Verwaltungsrechts mit seinem Rationalität und Transparenz stiftenden Anliegen ist demokratisches und rechtsstaatliches Programm.<sup>67</sup> Sein Doppelauftrag besteht darin, Verwaltungshandeln nicht nur rechtsstaatlich zu disziplinieren, sondern auch zu ermöglichen<sup>68</sup>. Zweitens gibt das Verfassungsrecht Kategorien für die Begriffsbildung vor, etwa rechtsstaatliche Anforderungen oder demokratische Legitimation.<sup>69</sup> Drittens fungiert das Grundgesetz als Maßstab für Regeln und Institute des Allgemeinen Verwaltungsrechts.<sup>70</sup>

Diese Biperspektivität sei anhand der Stabilität illustriert, die einigen Verwaltungsentscheidungen in multipolaren Konfliktsituationen zukommt, etwa der Ernennung im Beamtenrecht oder dem Zuschlag im Vergaberecht. Diese Stabilität schließt eine nachträgliche gerichtliche Anfechtung aus.<sup>71</sup>

---

waltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht, vgl. *F. Werner* DVBl. 1959, 527 (528 f.): „Das Verwalten muß in seinem ‚Trend‘ an den Institutionen ausgerichtet sein, die die Verfassung in Gestalt von Leitbildern formuliert hat. Es ist geradezu die Aufgabe der Verwaltung, diese Leitbilder der Verfassung zu konkretisieren.“

<sup>67</sup> Vgl. *Möllers Methoden* (Fn. 3), § 3 Rn. 54; siehe zur Entwicklung des „Verwaltungsrecht[s] als Instrument des Rechtsstaats“ auch *C. Franzius* Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2000, 18 ff.; ferner *K. Hesse* FG Smend, 1962, 71 (73): „Im Rechtsstaat gibt das Recht dem Staat, der Wirksamkeit des Staates, dem Gesamtleben innerhalb des Staates Maß und Form.“

<sup>68</sup> Zum Doppelauftrag des Verwaltungsrechts, das Verwaltungshandeln sowohl zu effektuieren als auch zu disziplinieren, weshalb die Verfassung auch die Funktionsfähigkeit der Verwaltung sichern muss: *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 30 ff.; *ders.* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 6; *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 9. Zum Bewirkungsauftrag im Übrigen bereits *Bachof* Begriff (Fn. 7), 76: „Rechtsstaatlichkeit heißt zu einem ganz wesentlichen Teile: geordnetes, klares und übersichtliches, leicht zugängliches und mit größtmöglicher Beschleunigung zum Ziele führendes Verfahren“; ferner BVerfGE 61, 82 (116).

<sup>69</sup> Dazu *T. Groß* Die Verwaltung Beih. 2 (1999), 57 (74 ff.); *Möllers Methoden* (Fn. 3), § 3 Rn. 13, 54 – und ähnlich *ders.* FS Battis, 2014, 101 (111) –, der die verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien wie Demokratie und Rechtsstaat als Parameter für die Systematisierung begreift, gleichzeitig aber dieses wissenschaftliche Anliegen von der kritisch betrachteten Konstitutionalisierung unterscheidet. Zur Bedeutung *Otto Mayers* insoweit Fn. 64.

<sup>70</sup> Vgl. *Gärditz* Hochschulorganisation (Fn. 63), 3 („hierarchische Systemprägung durch höherrangiges Recht“), 6; *W. Kahl* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 39 (45); *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 2. Kap. Rn. 1 f., 19; *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 13 f. Allgemein auch *Schuppert/Bumke* Konstitutionalisierung (Fn. 18), 38 ff. Zur Vielgestaltigkeit der Einwirkungsformen: Strikte Regel oder offene Prinzipien, damit Spektrum „von der Durchsetzung des vorrangigen Verfassungsrechts über notwendige Anpassungen und präzise Aufträge bis zu gestaltungs- und interpretationsleitenden Vorgaben bei der Ausformulierung verwaltungsrechtlicher Prinzipien und der verfassungskonformen Auslegung des Verwaltungsrechts“ *Ruffert* Rechtsquellen (Fn. 8), § 17 Rn. 49 f.

<sup>71</sup> Dazu mwN nur *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 621 ff.

Spiegelt man sie an allgemeinen Lehren, erweist sie sich als Abweichung vom Standardmodell des repressiven Rechtsschutzes und damit als begründungsbedürftig. Zugleich aber als mehr als das: Sie stellt nämlich auch eine Einschränkung der Rechtsschutzgarantie dar, die einen Vorrang des Primärrechtsschutzes fordert,<sup>72</sup> und ist damit verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftig. Die entsprechende Reflexion der Stabilität hat dann zu materienabhängigen Ausdifferenzierungen geführt, etwa im Beamtenrecht zum Gebot der Vorabinformation unterlegener Bewerber und zum Modell eines präventiven (Primär-)Rechtsschutzes.<sup>73</sup> Die unterschiedlichen Modelle der Stabilität bilden nunmehr einen Bestandteil des Allgemeinen Verwaltungsrechts.<sup>74</sup>

Folglich verstärkt die Ausrichtung an der Verfassung die rationalisierende Kraft des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Sie diszipliniert, genauso wie im Übrigen die Anbindung des Besonderen an das Allgemeine Verwaltungsrecht,<sup>75</sup> Sonderinteressen, gewährleistet eine transparente, rationale und kohärente Ausgestaltung der Verwaltungsrechtsordnung<sup>76</sup> und wirkt stabilisierend<sup>77</sup>. Im höherrangigen Verfassungsrecht liegt schließlich eine auch für die Wissenschaft attraktive<sup>78</sup> Metaebene des Verwaltungs-

<sup>72</sup> Siehe insoweit nur mwN *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 89 ff.

<sup>73</sup> Im Einzelnen *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 621 ff.

<sup>74</sup> Siehe nur *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 625 ff. Als zwar materienübergreifendes, indes verteilungsverfahrenspezifisches Phänomen einzuordnen wäre es auf einer mittleren Ebene der verwaltungsrechtlichen Systembildung, dazu nur *R. Wahl* Vereinheitlichung oder bereichsspezifisches Verwaltungsrecht?, in: W. Blümel (Hrsg.) Die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts, 1994, 19 (30 ff., insb. 42 ff.); *ders.* Aufgabenabhängigkeit (Fn. 59), 209 ff.; ferner bereits *ders.* Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 151 (171 f., 173 ff.); *Burgi* Rechtsregime (Fn. 59), § 18 Rn. 113 f. („Allgemeiner Teil des Fachverwaltungsrechts“); *T. Groß* Die Verwaltung Beih. 2 (1999), 57 (79 f.); *Wollenschläger* ebd., 8 ff. Kritisch zur Separierung der Zwischenebene *J. Kersten/S.-C. Lenski* Die Verwaltung 42 (2009), 501 (523 ff., insb. 526 ff.).

<sup>75</sup> Allgemein zur rechtspraktischen, rechtsdogmatischen, rechtspolitischen und rezeptionsleitenden Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts *E. Schmidt-Aßmann* FS Winkler, 1997, 995 (998 ff.). Siehe auch *Burgi* Rechtsregime (Fn. 59), § 18 Rn. 107 f.; *von Danwitz* System (Fn. 60), 34 ff.; *Gärditz* Hochschulorganisation (Fn. 63), 3 f.; *T. Groß* Die Verwaltung Beih. 2 (1999), 57 (71 f.); *W. Kahl* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 39 (46 ff.); *C. Möllers* FS Battis, 2014, 101 (103); *M. Schmidt-Preuß* FS Maurer, 2001, 777 (778).

<sup>76</sup> *Schmidt-Aßmann* Ordnungs idee (Fn. 23), I. Kap. Rn. 9 ff.; *ders.* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 2: „Die wichtigste Aufgabe der Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts ist es heute, Rationalität, Transparenz und Kohärenz des Rechts durch Systembildung zu fördern.“

<sup>77</sup> *von Danwitz* System (Fn. 60), 58 f. Zur Stabilisierungsfunktion der Verfassung *Lang* Funktionen (Fn. 34), § 266 Rn. 27.

<sup>78</sup> *Röhl* Verfassungsrecht (Fn. 17), 835 f.: Die Entstehung einer Beobachtungs- und Reflexionsebene für das einfache Recht ermöglicht gerade auch der Wissenschaft, „über

rechts, die dessen fortlaufende Beobachtung, Überprüfung und Neuausrichtung ermöglicht.<sup>79</sup>

### 3. Mehr als konkretisiertes Verfassungsrecht II: Rahmencharakter der Verfassung

Die Rede von der Verfassungskonkretisierung darf nicht die Fehlvorstellung hervorrufen, Verwaltungsrechtsnormen ließen sich aus dem Grundgesetz ableiten und seien schlichter Verfassungsvollzug<sup>80,81</sup>. Ein derartiges Verständnis verkennt nicht nur die Distanz fordernde Maßstabfunktion des Grundgesetzes und dessen Rahmencharakter, sondern vor allem den Gestaltungsauftrag des demokratisch legitimierten Gesetzgebers.<sup>82</sup> Zwar umschließt das allbezügliche Verwaltungsverfassungs-

---

die Produktion normativer Thesen im Rechtssystem Beachtung zu finden. Verfassungsrecht bzw. verfassungsrechtlich fundierte Verwaltungsrechtsprinzipien als Ort legitimer Integration empirischer und theoretischer Erkenntnisse erfüllten die Funktion, allgemeine Entwicklungszusammenhänge im öffentlichen Recht begrifflich zu bestimmen und zu verarbeiten.“

<sup>79</sup> *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 19. Siehe auch *Schuppert/Bumke* Konstitutionalisierung (Fn. 18), 39, nach denen die Konstitutionalisierung die wichtige Aufgabe erfüllt, die (einfache) Rechtsordnung „aus einem Zustand produktiver Unruhe nie ganz zu entlassen“. Ähnlich *Gerhard* Konstitutionalisierung (Fn. 19), 737; ferner 748: Konstitutionalisierung als „Sensibilisierung“, um „den Trägheitsgesetzen in Verwaltung und Justiz entgegen zu wirken.“

<sup>80</sup> Siehe aber *Stolleis* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 14), 243: „Seit man gelernt hatte, jede Einzelnorm ‚im Lichte‘ des dahinterstehenden Grundrechts auszulegen, waren Verfassungs- und Verwaltungsrecht wieder eins“; zurückhaltender dann aber *ders.* Entwicklungsstufen (Fn. 61), § 2 Rn. 110: „Seit man ..., traten Verfassungs- und Verwaltungsrecht wieder näher zusammen“. Ähnlich *B.-O. Bryde* FS Röhl, 2003, 228 (229, aber auch *passim*), nach dem „[d]ie Unterscheidung von einfachem Recht und Verfassungsrecht ... unmöglich aber notwendig“ sei.

<sup>81</sup> *Badura* Verfassung (Fn. 47), § 265 Rn. 43: „Daß die Verfassung als ‚politische Form und Grundorientierung der gesellschaftlichen Ordnung‘ inhaltliche Grundlage der Politik im Sinne rechtlicher Gebundenheit an sachhaltige Richtlinien für das Staats- und Rechtsleben ist, bedeutet nicht, daß die Gesetzgebung als bloßer Verfassungsvollzug aufgefaßt werden darf. Die Funktion der Verfassung als rahmensetzende Direktive zu künftigen Gestaltungen aus der Hand des politisch urteilenden und handelnden Gesetzgebers ist von unverzichtbarem Gewicht für die sozialstaatlichen Aufgaben und die vielgestaltigen Eingriffe durch Lenkung, Umverteilung, Zuteilung von Bildungs- und Berufschancen usw., die der staatlichen Garantie der sozialen Gerechtigkeit und der Funktionsweise der parteien- und verbändestaatlichen Demokratie entspringen“ (Nachweise getilgt). Den Terminus „Verfassungsvollzug“ verwendet, obgleich nicht im hier kritisierten Sinne, *Bachof* Begriff (Fn. 7), 51 ff.

<sup>82</sup> *Bachof* Begriff (Fn. 7), 54; *Kingreen* Vorrang (Fn. 21), § 263 Rn. 29; *J. Kersten* DVBl. 2011, 585 (586 f.); *M. Kloepfer* ZG 1988, 289 (294 f.); *Lang* Funktionen (Fn. 34), § 266 Rn. 20 f.; *Lepsius* Rechtswissenschaftstheorie (Fn. 57), 30 f.; *Möllers* Methoden



recht das Allgemeine Verwaltungsrecht vollständig und ist daher mehr als bloße Rahmenordnung;<sup>83</sup> wegen seiner notwendigen Offenheit verbleiben dem Verwaltungsrechtskonkretisierer allerdings materienabhängig unterschiedlich weite Spielräume<sup>84</sup>. In diesem Sinne lassen sich Regelungen

---

(Fn. 3), § 3 Rn. 13; *F. Ossenbühl* FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 289 (299 f.); *Reimer* Verfassungsprinzipien (Fn. 48), 486 ff.; *G. F. Schuppert* AöR 120 (1995), 32 (48); *R. Wahl* NVwZ 1984, 401 (407 ff.); *ders.* FS Brohm, 2002, 191 (193 f. m. Fn. 8). Allgemein zur Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers *Badura* Verfassung (Fn. 47), § 265 Rn. 20 ff. – Überdies implizieren die Verfassungsentscheidungen für eine horizontale und vertikale Gewaltengliederung, für Föderalismus und Dezentralisierung unterschiedliche Konkretisierungsmöglichkeiten: *M. Kloepfer* ZG 1988, 289 (294); ferner *Badura* Verfassung (Fn. 47), § 265 Rn. 19, 30. Schließlich minderte eine zunehmende Verrechtlichung den Raum für nicht justiziable Verfassungsinhalte (programmatische und politisch-appellative Funktion der Verfassung), vgl. *R. Wahl* Der Staat 20 (1981), 485 (486 ff., 502 ff., 514 ff.); ferner *ders.* Die Rolle staatlicher Verfassungen angesichts der Europäisierung und der Internationalisierung, in: T. Vesting/S. Koriath (Hrsg.) Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?, 2011, 355 (361 ff.).

<sup>83</sup> Als **Rahmenordnung** „legt“ die Verfassung nach *E.-W. Böckenförde* NJW 1976, 2089, „typischerweise nur Rahmenbedingungen und Verfahrensregeln für den politischen Handlungs- und Entscheidungsprozeß fest und trifft Grundsatzentscheidungen für das Verhältnis einzelner, Gesellschaft und Staat, enthält aber keine in einem juristischen oder verwaltungsmäßigen Sinne schon vollzugsfähigen Einzelregelungen“ (2091). Damit wäre sie, „auch und gerade in ihren materiellrechtlichen Regelungen, einerseits als verbindliche Grenzfestlegung der politischen Entscheidungsgewalt – die klassische Ausgrenzungsfunktion – zu begreifen, andererseits als verbindliche Richtungsbestimmung für die politische Handlungs- und Entscheidungsgewalt durch Festlegung bestimmter Handlungsziele und Gestaltungsprinzipien, die in die gesetzliche Rechtsordnung und das Verwaltungshandeln einzugehen und es zu prägen haben (ohne freilich dafür schon ein hinreichendes Normprogramm zu enthalten)“ [2099; ähnlich *ders.* Der Staat 29 (1990), 1 (30 f.): keine „Grundlegung der Rechtsordnung insgesamt“]. Als **Grundordnung** enthält die Verfassung demgegenüber (ebd., 31) „alle Rechtsprinzipien und Ausgleichsmöglichkeiten für die Gestaltung der Rechtsordnung in nuce ... Sie ist dann eine dirigierende Verfassung, die auf Verwirklichung der in ihr enthaltenen Grundsätze drängt. Dem entspricht ein Verständnis der Grundrechte als objektive Grundsatznormen, die in alle Bereiche des Rechts hineinwirken.“

Zur Kontrastierung der Konzepte „Konkretisierung“ und „Rahmenordnung“ und für letzteres *R. Wahl* Der Staat 20 (1981), 485 (505 ff.); ebenfalls für ein Verständnis der Verfassung als Rahmenordnung zur Sicherung der „mit ihr begründete[n] politische[n] Freiheit in der demokratischen Ordnung“ *Masing* Rechtsstatus (Fn. 24), § 7 Rn. 76 (ferner 62 f., 77 f.). Gegen eine Preisgabe des liberal-rechtsstaatlichen Verfassungsverständnisses bereits *E. Forsthoff* FG Carl Schmitt, 1968, 185 (186 ff., 207 ff.); *ders.* Staat der Industriegesellschaft, 1971, 143 f.: kritisch gegenüber einem Verständnis der Verfassung als „juristisches Weltenei“. Offener *Isensee* Verfassungsrecht (Fn. 52), § 162 Rn. 43 ff. Siehe auch, den Gegensatz zwischen Rahmen- und Grundordnung auf der Basis eines auch möglichen Verständnisses des Grundordnungsbegriffes als qualitative (und nicht quantitative) Grundordnung auflösend *Alexy* Verfassungsrecht (Fn. 18), 14 f.

<sup>84</sup> *von Danwitz* System (Fn. 60), 58 f.; *Ehlers* Verfassungsrecht (Fn. 13), § 6 Rn. 3; *Schuppert/Bumke* Konstitutionalisierung (Fn. 18), 46 f.; *R. Wahl* FS Brohm, 2002, 191 (193 f. m. Fn. 8).

des Allgemeinen Verwaltungsrechts als gesetzgeberische Konkretisierung des Grundgesetzes begreifen,<sup>85</sup> etwa die Bestandsschutzregeln (§§ 48 ff.

Exemplarisch hierfür steht die Entfaltung des Rechtsstaatsprinzips durch das Bundesverfassungsgericht, siehe bereits E 7, 89 (92 f.): Jenes „enthält ... keine in allen Einzelheiten eindeutig bestimmte Gebote oder Verbote von Verfassungsrang, sondern ist ein Verfassungsgrundsatz, der der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten bedarf, wobei allerdings fundamentale Elemente des Rechtsstaats und die Rechtsstaatlichkeit im ganzen gewahrt bleiben müssen“; ferner E 57, 250 (276); E 65, 283 (290 f.); E 90, 60 (85); E 116, 24 (52 f.); ferner für die Rechtsschutzgarantie E 101, 106 (123 f.). Ebenso *Schmidt-Aßmann* Rechtsstaat (Fn. 49), § 26 Rn. 2; *ders.* Ordnungsidee (Fn. 23), Vorwort: Die „Verfassungsentscheidungen für Rechtsstaat und Demokratie“ erheben einen „Ordnungsanspruch“; in diesem sind sie „unverändert“, „wandelbar [sind sie] aber in ihren Einzelanforderungen an die Legitimation der Verwaltung und an die Rationalität ihres Handelns“; ferner 2. Kap. Rn. 1; *ders.* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 2; ferner am Beispiel des Art. 87f GG *M. Möstl* in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 87f Rn. 6: „Art. 87f ist insoweit offen für – dem Wandel der Zeit unterliegende – Gestaltungsentscheidungen des Gesetzgebers und (in den Grenzen des Vorbehalts des Gesetzes) auch der Verwaltung; er ist insoweit nicht auf ein bestimmtes Regulierungsmodell festgelegt. Diese – begrenzte – Offenheit zu erschließen, die richtige Balance von Beständigkeit und Flexibilität zu finden, ist die vorrangige Aufgabe der Verfassungsauslegung. Nicht hingegen sollte sich der Verfassungsinterpret zum Ziel setzen ... immer dort, wo das Verfassungsrecht offen erscheint und nur fragmentarische Festlegungen trifft, aus eigener Kraft eine angemessene ‚Selbstbeschreibung‘ für die neue Post- und Telekommunikationsordnung zu entwickeln; alles andere stünde unweigerlich in der Gefahr, das Verfassungsrecht zu überspannen und unnötig versteuern zu lassen.“

Der Spielraumfrage eignet eine **materiell-rechtliche und eine prozessuale Komponente**, was hier nicht weiter vertieft werden kann, vgl. dazu die Referate von *Alexy* (Fn. 18) und *Hermes* (Fn. 51) auf der Würzburger Tagung. Näher zu den Akteuren der Konstitutionalisierung *Schuppert/Bumke* Konstitutionalisierung (Fn. 18), 45 ff., und spezifisch zur Rolle der Verfassungsrechtsprechung *Gerhard* Konstitutionalisierung (Fn. 19), 735; *H. Hofmann* JöR n.F. 51 (2003), 1 (12 ff.); *Jestaedt* Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 9), 44 ff.; *P. Kunig* Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 34. Zur Konkretisierungskompetenz *Reimer* Verfassungsprinzipien (Fn. 48), 460 ff.

<sup>85</sup> Zum Prozess der Verfassungskonkretisierung: *R. Breuer* FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 223 (227); ferner 234): Konkretisierung kein „rein nachvollziehende[r] und deklaratorische[r]“, sondern „normative[r], zumindest normenausfüllende[r] und somit dezisionistische[r]“ Akt; *K. Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 45 f., 60 ff.; *W. Kahl* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 39 (57 f. m. Fn. 101); *P. Lerche* DVBl. 1961, 690 (692): Verfassung als „nicht so sehr konkretes wie konzentriertes Recht; sie verlangt nicht so sehr Auslegung wie Vermittlung, nicht so sehr nachvollziehende rechtslogische Interpretation wie nachvollziehbar geordnete ‚gekonnte‘ Konkretisierung“; *ders.* Facetten (Fn. 49), 15 ff.; *Reimer* Verfassungsprinzipien (Fn. 48), 458 ff.; *Schmidt-Aßmann* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 7: Konkretisierung als „Vorgang, der hierarchische und koordinativ bestimmte methodische Schritte verbindet und selbst rekursiv angelegt ist“; *ders.* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 18.

**Kritisch** zum Konzept der Konkretisierung (siehe bereits Fn. 32) – wobei es sich insoweit lediglich um eine Perspektivenfrage handelt – *Masing* Rechtsstatus (Fn. 24), § 7

VwVfG) als Ausgleich zwischen Gesetzesbindung und Vertrauensschutz,<sup>86</sup> ohne dass dem Gesetzgeber andere Gestaltungen versperrt wären.<sup>87</sup>

#### 4. Umkehr der Perspektive: Rückwirkungen auf das Verfassungsrecht

Entgegen der Rede vom Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht wirkt das Verwaltungsrecht schließlich invers zur Hierarchie auf das Verfassungsrecht zurück.<sup>88</sup> Unterscheiden, wenn auch nicht immer

---

Rn. 62 f. (ferner 76 ff.), der trotz des umfassenden Geltungsanspruchs der Grundrechte letztere als „Maß“ des Verwaltungsrechts versteht, nicht aber als von Verwaltungsrecht und Verwaltung konkretisierte Vorgaben; vielmehr setzten Verwaltungsrecht und Verwaltung politische Programme um: „Weder der Verwaltungsrechtsgesetzgeber noch die Verwaltung selbst entwickeln deshalb aber ihre Handlungsprogramme in Ausrichtung an individuellen Grundrechten. Vielmehr sind diese primär von überindividuellen Strategien und Zielsetzungen bestimmt. Die Grundrechte enthalten diesbezüglich in der Regel auch weder faktisch noch normativ eine relevante Direktionskraft. Sie geben keinen Inhalt und weithin auch keine Richtung von Verwaltungspolitiken an und sind für die Präferenzentscheidungen der Verwaltung nur gelegentlich die entscheidende Richtschnur. Die Verwaltung geht grundsätzlich vom Sachproblem aus. Sie knüpft an das, was als sicherheitspolitisch, sozial- oder wirtschaftspolitisch bzw. auch allgemeinpolitisch lösungsbedürftig erscheint.“ Für das gegenteilige Verständnis nur *W. Hoffmann-Riem* AöR 130 (2005), 5 (10 f.). Für ein Verständnis der Gesetzgebung als Verfassungskonkretisierung auch BVerfGE 7, 89 (92 f.); E 59, 128 (166 f.); E 69, 315 (372); E 116, 24 (52 f.); ferner E 49, 304 (319).

<sup>86</sup> Siehe zur verfassungsrechtlichen Vorprägung des § 48 VwVfG BVerfGE 116, 24 (55).

<sup>87</sup> Plastisch „veranschaulicht“ mit *M. Kloepfer* ZG 1988, 289 (297), das verfassungskonkretisierende Gesetz „ein abstraktes Verfassungsprinzip, angewandt für ein besonderes Regelungsproblem.“ So wird „eine Verfassungsaussage für einen Regelungsbereich greifbar“, ohne „andersartige Konkretisierungen für andere Regelungsbereiche, aber u.U. auch andere Konkretisierungsmöglichkeiten in gleichen Regelungsbereichen“ auszuschließen. Siehe auch *Jestaedt* Selbstand (Fn. 49), § 264 Rn. 75 f.: Konkretisierendes Gesetz ändert Verfassungsinhalt nicht, vielmehr leitet letzterer Konkretisierung, die auf einfach-gesetzlicher Ebene stattfindet, an; *R. Wahl* FS Brohm, 2002, 191 (193 f. m. Fn. 8). Anders akzentuierend – aber fraglich – *B.-O. Bryde* FS Röhl, 2003, 228 (238): Im Prozess der „Konstitutionalisierung ... wird ... die Distanz zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht eingeebnet. Immer mehr Recht ist gleichzeitig und in identischer Form sowohl Verfassungsrecht wie einfaches Recht“ (Nachweis entfernt).

<sup>88</sup> Siehe nur *von Bogdandy/Huber* Staat (Fn. 16), § 42 Rn. 68; *M. Eifert* FS Bryde, 2013, 355 (359 ff.), mit der Differenzierung zwischen Anpassung, Rezeption und Grundrechtsausgestaltung; *Gärditz* Hochschulorganisation (Fn. 63), 8 f., 623 ff.; *Heuschling* Verwaltungsrecht (Fn. 14), § 54 Rn. 44 (ebd., Rn. 49 f. zur starken Betonung in der französischen Konstitutionalisierungsdebatte); *J. Ipsen* Der Einfluß des Verfassungsrechts auf das Verwaltungsrecht, in: C. Starck (Hrsg.) Die Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft im demokratischen Verfassungsstaat, 2004, 177 (179); *J. Kersten* DVBl. 2011, 585 (587 ff.): zwischen einem rezipierenden und reagierenden Lernen des Verfassungsrechts vom Verwaltungsrecht (Übernahme von Gehalten, Techniken und Dogmatik des Verwaltungsrechts bzw. Rechtsfortbildung aufgrund neuer Entwicklungen des Verwaltungsrechts, etwa Eigentumsdogmatik, moderner Eingriffsbegriff oder Leistungsstaat) differenzierend; *J. H. Klement* Wettbe-

trennscharf, lassen sich eine Anstoß-, Modell- und interpretationsleitende Wirkung des Verwaltungsrechts.<sup>89</sup> Zunächst vermögen neue Entwicklungen im Verwaltungsrecht nicht nur das Verdikt der Verfassungswidrigkeit auf sich zu ziehen, sondern auch Weiterentwicklungen des Verfassungsrechts anzustoßen.<sup>90</sup> Verwiesen sei auf die Anerkennung leistungsrechtlicher Grundrechtsgehalte und eine entsprechende Reflexion des Gesetzesvorbehalts in Konfrontation mit dem Phänomen der Leistungsverwaltung,<sup>91</sup> ferner auf die Weiterführung der Anforderungen an die demokratische Legitimation von Verwaltungsbehörden angesichts des Phänomens der funktionalen Selbstverwaltung<sup>92</sup> oder die Fortentwicklung der Rechtsschutzgarantie in Auseinandersetzung mit multipolaren Verwaltungsverfahren<sup>93</sup>.<sup>94</sup> Mitunter können auch für verfassungswidrig erachtete oder erklärte

---

werbsfreiheit. Bausteine einer europäischen Grundrechtstheorie, 2015, 23 ff.; *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1328): Übernahme einfachrechtlicher Normbestände, Funktionsverlagerung zwischen den Ebenen, Rezeption verwaltungsrechtlicher Institute; *Maurer* Verwaltungsrecht (Fn. 51), § 2 Rn. 2; *C. Möllers* FS Battis, 2014, 101 (110); *Pauly* Wissenschaft (Fn. 23), § 58 Rn. 30; *F. Shirvani* BayVBl. 2012, 197; *Volkman* Verfassungslehre (Fn. 19), 80; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), I. Kap. Rn. 20: historisch (z.B. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; vgl. § 10 II 17 ALR), praktisch („Bewährungsfeld“) und dogmatisch (Formung der „Grundzüge für die ihrerseits normgeprägten Schutzbereiche vieler verfassungsrechtlicher Gewährleistungen“; z.B. Eigentumsgarantie); *Schuppert/Bumke* Konstitutionalisierung (Fn. 18), 38; *C. Waldhoff* FS Kloepfer, 2013, 261, mit einer Typologie von Lernprozessen (266 ff.). Plastisch für die französische Rechtsordnung: *Vedel* (Fn. 33), VII: «L'arbre généalogique se lit en sens contraire du schéma déductif» (siehe ferner ebd., VIII, zum Konzept der «administrativisation» du droit constitutionnel»).

<sup>89</sup> Zur Einordnung von Einrichtungsgarantien *C. Waldhoff* FS Kloepfer, 2013, 261 (266 f.).

<sup>90</sup> Dazu *Gerhard* Konstitutionalisierung (Fn. 19), 737: Verweis auf „die Dynamik verfassungsgerichtlicher Maßstabbildung und die Prozesshaftigkeit ihrer Durchsetzung und damit den sich gerade angesichts verändernder Umstände bewährenden Rückhalt des Verwaltungshandelns im Verfassungsrecht“ (ferner 741 ff., namentlich 743: Konstitutionalisierung als „kleinteiliger, wechselbezüglicher und kontinuierlicher Prozess“); *J. Kersten* DVBl. 2011, 585 (589 ff.): reagierendes Lernen; *Moor* Droit administratif (Fn. 33), 29 (Zitat in Fn. 33); *Schuppert/Bumke* Konstitutionalisierung (Fn. 18), 38; *Wißmann* Verwaltungsorganisation (Fn. 35), § 15 Rn. 6a: Die Einwirkung des vorrangigen Verfassungsrechts auf das Verwaltungsrecht kann „nicht aus abstrakten Deduktionen folgen ... Das Verfassungsrecht wird hier vielmehr zunächst notwendigerweise in Ansatz und Wirkung durch die vorfindliche (bzw. reformierte) Verwaltungsordnung mit ihren ausdifferenzierten Einrichtungen und Zusammenhängen bestimmt“; ferner 75. Siehe auch *Pauly* Wissenschaft (Fn. 23), § 58 Rn. 30.

<sup>91</sup> Dazu bereits oben, II.

<sup>92</sup> Siehe BVerfGE 107, 59 und dazu auch *J. Kersten* DVBl. 2011, 585 (590 f.).

<sup>93</sup> BVerfGE 115, 205 (234); E 116, 1 (19 ff.); E 116, 135 (154 ff.). Näher *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 89 ff.

<sup>94</sup> Siehe des Weiteren *Gärditz* Hochschulorganisation (Fn. 63), 626 ff., nach dem die Rezeption gewährleistungsstaatlicher Elemente die objektiv-rechtliche Grundrechtsdogma-

einfach-gesetzliche Regelungen eine Modifikation des Verfassungstexts oder seiner bundesverfassungsgerichtlichen Interpretation anstoßen, um diese (freilich in den Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG) abzusichern, so geschehen im Verwaltungsorganisationsrecht für das zunächst als verfassungswidrig erklärte Zusammenwirken von Bund und Ländern bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende (Art. 91e GG)<sup>95</sup>. Darüber hinaus kann das Verfassungsrecht bewährte Begriffe, Institute und Figuren des Allgemeinen Verwaltungsrechts konstitutionalisierend rezipieren, wofür allen voran der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz steht (vgl. § 10 II 17 ALR).<sup>96</sup> Schließlich vermag das Verwaltungsrecht die Interpretation notwendig abstrakter Vorgaben des Verfassungsrechts anzuleiten,<sup>97</sup> etwa die verwaltungsrechtlichen Neutralitätsregeln (s. etwa §§ 20 f. VwVfG, § 6 VgV) die Entfaltung des rechtsstaatlichen Neutralitätsgebots<sup>98</sup>. Gerade hierbei ist auf den Selbststand auch des Verfassungsrechts zu achten: Genauso wie es sich verbietet, jedwede Regelung des Allgemeinen Verwaltungsrechts als verfassungsgeboden anzusehen, verbietet es sich, den Inhalt der Verfassung mit Konkretisierungen im einfachen Allgemeinen Verwaltungsrecht gleichzusetzen.<sup>99</sup>

---

tik befördert, *J. Kersten* DVBl. 2011, 585 (589), für den modernen Eingriffsbegriff, und *C. Waldhoff* FS Kloepfer, 2013, 261 (271 ff.), für den Verfahrensgedanken.

<sup>95</sup> BVerfGE 119, 331 (363 ff.). Kritisch *Kingreen* Vorrang (Fn. 21), § 263 Rn. 37.

<sup>96</sup> Zum Konzept der Abstrahierung *M. Kloepfer* ZG 1988, 289 (295 ff.); ferner *ders.* FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 329 (330 f.); *Möllers* Methoden (Fn. 3), § 3 Rn. 13: Konzept „Verfassungsrecht als abstrahiertes Verwaltungsrecht“, das die Konstitutionalisierung zuvor im Verwaltungsrecht entwickelter, für „angemessen und verallgemeinerbar“ erachteter Lösungen beschreibt; Beispiele hierfür seien Art. 20a GG (Umweltrecht), Art. 87f GG (Telekommunikationsrecht) – indes fraglich, Dogmatik der Drittbetroffenheit, Entwicklung der Verhältnismäßigkeit; *C. Waldhoff* FS Kloepfer, 2013, 261 (266 – für den Steuerbegriff, 269). Differenziert zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz *J. Kersten* DVBl. 2011, 585 (588 f.).

<sup>97</sup> Erstmals *M. Kloepfer* ZG 1988, 289 (295 ff.), der in der „Abstrahierung aus gesetzlichen Verfassungskonkretisierungen“ eine Methode der Verfassungsinterpretation sieht, die sich der möglichen Verfassungswidrigkeit des einfachen Rechts sowie der fehlenden verfassungskonkretisierenden Funktion jedweder Einzelausprägung im einfachen Recht bewusst sein muss und eines Abgleichs auf verfassungsrechtlicher Ebene bedarf. Sie ermögliche „die Entdeckung bisher verborgener Verfassungsgehalte und auch Verfassungsfortbildungen“ und stelle eine zufriedenstellendere Alternative „als die eher dezisionistischen und letztlich unabgeleiteten Verfassungsinterpretationen, wie sie aber bisweilen in Rechtsprechung und Schrifttum anzutreffen sind“, dar. Siehe ferner *C. Möllers* FS Battis, 2014, 101 (110); *Reimer* Verfassungsprinzipien (Fn. 48), 482 ff.; *F. Wollenschläger* REALaw 8 (2015), 205 (245 f.).

<sup>98</sup> Siehe allg. *M. Fehling* Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, 444 ff.

<sup>99</sup> Zurückhaltend gegenüber der Zuerkennung einer „maßgebliche[n] Bedeutung [des Gesetzesrechts und seiner Grundgedanken] für die Auslegung und damit für den Inhalt des

### III. Relativierung und Behauptung des Grundgesetzes im Zeichen der Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts

Betonte *Scheuner* im Jahre 1963 noch die relative Geschlossenheit des nationalen Verwaltungsrechts, da dieses „zu denjenigen Rechtsmaterien [rechne], in denen die nationale Eigenart eines Volkes und Staates sich am stärksten ausprägt“,<sup>100</sup> so hat die weitere Entwicklung diese Einschätzung widerlegt.<sup>101</sup> Dies spiegelt auch die Geschichte unserer Vereinigung: Hielt *Bachof* auf der Regensburger Tagung des Jahres 1971 die Einbeziehung des Europarechts immerhin als „Merkposten“ für die künftige Entfaltung des Verwaltungsrechts fest,<sup>102</sup> widmete 22 Jahre später die Mainzer Tagung schon einen ganzen Themenblock den wechselseitigen Einwirkungen von deutschem und europäischem Verwaltungsrecht.<sup>103</sup> Und heute, wiederum 22 Jahre später, gilt es die Frage zu beantworten, ob die fortschreitende,<sup>104</sup> das Allgemeine Verwaltungsrecht in seiner ganzen materiellen, prozeduralen und organisatorischen Breite erfassende,<sup>105</sup> zunehmend systemrele-

---

Verfassungsrechts“ mit Blick auf die Sicherung von Vorrang und Selbststand der Verfassung und des Erhalts der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, gleichwohl aber Rückwirkungen aufgrund der Einbettung der Verfassung in den Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung betonend *Badura* Verfassung (Fn. 47), § 265 Rn. 58 f.; ferner, ebenfalls die Gefahren für den Vorrang betonend, *Isensee* Verfassungsrecht (Fn. 52), § 162 Rn. 52 (wie indes auch Interdependenzen, Rn. 50); *M. Kloepfer* ZG 1988, 289 (295 ff.); *W. Leisner* Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, 1964; *Reimer* Verfassungsprinzipien (Fn. 48), 483 f.; *R. Wahl* Der Staat 20 (1981), 485 (514).

<sup>100</sup> *U. Scheuner* DÖV 1963, 714 (714). Siehe auch *E. Schmidt-Aßmann/S. Dagron* ZaöRV 2007, 395. Anders bereits *O. Mayer* Le droit administratif allemand, Bd. 1, 1903, XIII: «Le droit administratif, dans les différentes nations qui représentent la vieille civilisation européenne, a pour base certains principes généraux qui sont partout les mêmes.» Zur Entwicklung unter Betonung von Gemeinsamkeiten *S. Cassese* Die Entfaltung des Verwaltungsstaates in Europa, IPE III (Fn. 14), § 41 Rn. 1 ff.

<sup>101</sup> Siehe auch *von Danwitz* System (Fn. 60), 1: „kopernikanische[r] Perspektivenwechsel“.

<sup>102</sup> *Bachof* Dogmatik (Fn. 7), 236 f.

<sup>103</sup> Siehe die Berichte von *M. Zuleeg* und *H.-W. Rengeling* Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1994), 154/202. Auch jenseits dessen stellte die Europäisierung des Verwaltungsrechts immer wieder einen Teilaspekt von Themen dar, siehe etwa *R. Streinz* und *A. Epiney* Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), 300/362.

<sup>104</sup> Für eine Periodisierung in drei Hauptphasen *W. Kahl* NVwZ 2011, 449 (449): Ab den 1960er Jahren Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze durch den EuGH, dann ab Mitte der 1980er/Anfang der 1990er Jahre quantitativ und qualitativ gesteigerter, strukturell relevanter Einfluss auf das nationale Verwaltungsrecht, schließlich Herausbildung eines europäischen Verwaltungsverbunds. Siehe auch *Pauly* Wissenschaft (Fn. 23), § 58 Rn. 40.

<sup>105</sup> Monographisch hierzu *J. H. Jans/S. Prechal/R. J. G. M. Widdershoven* (Hrsg.) Europeanisation of Public Law, 2. Aufl. 2015; *J. Schwarze* (Hrsg.) Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008; *ders.* (Hrsg.) Das Verwaltungsrecht unter europä-

vante<sup>106</sup> und in ihrer Bedeutung ranggleich mit der Konstitutionalisierung gesehene<sup>107</sup> Europäisierung<sup>108</sup> der allgemein für prägend erachteten Grundgesetzabhängigkeit des Allgemeinen Verwaltungsrechts ein Ende setzt.

---

ischem Einfluss, 1996; *ders.* Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005; *T. Siegel* Europäisierung des Öffentlichen Rechts, 2012; *J. Sirinelli* Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne, 2011; ferner – die in Folge der Mainzer Tagung (1993; Nachweis der Referate in Fn. 103) erschienenen Habilitationsschriften von – *M. Brenner* Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, 1996; *von Danwitz* System (Fn. 60); *A. Hatje* Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998; *S. Kadelbach* Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999. Aus der reichen Aufsatz- und Handbuchliteratur: *S. Hindelang* Die mittelbare Unionsverwaltung durch die Mitgliedstaaten, in: *S. Leible/J. Terhechte* (Hrsg.) Enzyklopädie Europarecht, Bd. 3, 2014, § 33; *W. Kahl* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 39; *K.-H. Ladewig* EuR 1995, 227; *O. Lepsius* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 179; *F. C. Mayer* FS Battis, 2014, 47; *Ruffert* Europäisierung (Fn. 33), § 94; *ders.* Die Verwaltung 41 (2008), 543; *E. Schmidt-Aßmann* DVBl. 1993, 924; *ders.* FS Lerche, 1993, 513; *ders.* ZÖR 55 (2000), 159; *ders.* FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 487; *ders.* FS Häberle, 2004, 395; *ders.* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 263; *F. Schoch* JZ 1995, 109; *ders.* Die Verwaltung Beih. 2 (1999), 135; *R. Wahl* Europäisierung: Die miteinander verbundene Entwicklung von Rechtsordnungen als ganzen, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Fn. 17), 869; *ders.* Herausforderungen (Fn. 8), 94 ff.

<sup>106</sup> Diese Europäisierungsdynamik entspricht auch der allgemeinen Wahrnehmung in der Wissenschaft, die zunächst punktuelle Einflüsse identifizierte [siehe *F. Rittner* JZ 1995, 849 (851): Bild der „Vielzahl von Inseln“ im nationalen Recht (für das Gemeinschaftsprivatrecht). Noch zurückhaltend auch *E. Schmidt-Aßmann* DVBl. 1993, 924 (928)], dann zunehmend aber nicht nur einen quantitativen, sondern auch qualitativen, namentlich systemprägenden Sprung betonte, vgl. *F. Schoch* JZ 1995, 109 (111): „Fundamente der nationalen Verwaltungsrechtsordnung tangiert“, „strukturelle Tiefenwirkung“ [ähnlich *ders.* Die Verwaltung Beih. 2 (1999), 135 (136 f.); *ders.* Die Verwaltung Beih. 7 (2007), 177 (194 f.)]; ferner *K.-H. Ladewig* Die Bedeutung eines Allgemeinen Verwaltungsrechts für ein Europäisches Verwaltungsrecht, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Fn. 17), 795 (796); *M. Pagenkopf* NVwZ 1993, 216 (216): „Ein weites Meer von [Europarecht] umspült allmählich das an sich festgezimmerte, in vielen Stürmen bewährte Schiff mit dem Namen ‚Deutsches Verwaltungsrecht‘. Die europäische Rechtsmasse ist gewaltig, gelegentlich schon erdrückend“; *E. Schmidt-Aßmann* FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 487 (487): vom „schmale[n] Rinnsal“ zum „stattliche[n] Strom“; *Wahl* Europäisierung (Fn. 105), 870 f., 877. Restriktiver *C. D. Classen* Die Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: *K. F. Kreuzer/D. H. Scheuing/U. Sieber* (Hrsg.) Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, 1997, 107 (124 ff.); *J. H. Jans/S. Prechal/R. J. G. M. Widdershoven* Summing Up, in: dies. (Hrsg.) Europeanisation (Fn. 105), 487 (489 ff.): weit reichender, aber kein systematisch-fundamentaler Einfluss; *W. Kahl* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 39 (91).

<sup>107</sup> Siehe das Verständnis der Europäisierung als „zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland“ und die Parallelisierung von Konstitutionalisierung und Europäisierung der Verwaltungsrechtsordnung als „markant[e] Kennzeichen der mehr als fünfzig Jahre Rechtsentwicklung“ (98) in Deutschland bei *Wahl* Herausforderungen (Fn. 8), 94 ff.; ferner *ders.* Der Staat 38 (1999), 495.

<sup>108</sup> **Begriffsprägend** *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 50: „Beeinflussung, Überlagerung und Umformung der nationalstaatlichen Verwaltungsrechtsordnun-

Eine positive Antwort liegt nahe, wachsen dem EU-Primärrecht, wir haben es heute Morgen diskutiert,<sup>109</sup> in zunehmendem Maße doch zumin-

---

gen durch europäisches Rechtsdenken und Rechtshandeln“; ähnlich bereits *ders.* FS Lerche, 1993, 513 (513). Für eine konzeptionelle Entfaltung: *C. Knill/D. Winkler* Der Staat 45 (2006), 215 (216 ff.). Für eine Weitung der Betrachtung über die Inhalte des Rechts hinaus hin zu allen Dimensionen der Rechtsordnung (Dogmatik, Methodik, Systematik, Theorie) *Wahl* Europäisierung (Fn. 105), 875 ff.; ähnlich *ders.* Herausforderungen (Fn. 8), 101 f. Siehe auch *A. K. Mangold* Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, 2011, 21 ff. Ein Überblick über Entwicklung und wesentliche Beiträge findet sich bei *F. C. Mayer* FS Battis, 2014, 47. Kritisch zur Arbeit mit dem Europäisierungs-Topos *Ruffert* Europäisierung (Fn. 33), § 94 Rn. 10 f.: So „ermöglicht jedenfalls der europäische Verwaltungsverbund eher als die undifferenziertere Denkfigur der Europäisierung eine Theorie des administrativen Föderalismus in Europa zu entwickeln und ihre dogmatischen Konsequenzen aufzuzeigen und zu verarbeiten“. Daher sei die Entwicklung eines Konzepts der „integrated administration“ geboten, was auch die „Dichotomie zwischen mitgliedstaatlicher Verwaltung und EU-Verwaltung“ beseitigen würde. In dieser Konzeptionalisierung spiegelt sich auch das Verständnis des Mehrebenensystems EU als Verfassungsverbund und das Zusammenwirken von nationaler und EU-Verfassung als „Phänomen aufeinander bezogener und verklammerter Teilverfassungen“ [siehe zu letzterem *P. M. Huber* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 194 (210)].

*D. H. Scheuing* [Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 289 (298)] unterscheidet zwei, sich teils überschneidende **Erscheinungsformen** der Einwirkung des EU-Rechts auf das nationale Verwaltungsrecht, nämlich dessen „Instrumentalisierung“ und dessen „Umorientierung“. Der „Instrumentalisierung“-Aspekt bezieht sich auf die Indienstnahme des nationalen Verwaltungsrechts zum Vollzug bzw. zur Durchsetzung unionsrechtlicher Vorgaben, wobei dem nationalen Verwaltungsrecht im Interesse eines effektiven Vollzugs eine neue Funktionsdynamik verliehen werden kann. Den wesentlichen Hebel stellen hier der Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz dar. Mit dem Aspekt der „Umorientierung“ wird das im Kontext der Europäisierung zu beobachtende Phänomen der Integration neuer Regelungsansätze in das nationale Verwaltungsrecht beschrieben. Dem folgend *E. Schmidt-Aßmann* [Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 27 Rn. 71, der darüber hinaus als dritte Dimension die „Umstrukturierung“ nennt, die sich auf die durch die Herausbildung eines Europäischen Verwaltungsverbundes bedingte Notwendigkeit, ein Verwaltungskooperationsrecht zu schaffen, bezieht; ferner *ders.* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 30 ff. Die Dimensionen horizontale/vertikale, direkte/indirekte, obligatorische/fakultative, innovative/stabilisierende Einwirkungen unterscheidend *ders.* DVBl. 1993, 924 (929)].

Naturgemäß variiert auch die **Bewertung des Europäisierungsvorgangs**. Grundsätzlich positiv: *Kahl* Grundzüge (Fn. 43), § 74 Rn. 7; *ders.* Die Verwaltung 42 (2009), 463 (475 f.); *Wahl* Herausforderungen (Fn. 8), 100, 103, 105. Zwei Phasen, nämlich den Übergang von einer „systembewahrenden Skepsis“ („Europäisierung als negative Kontrastschablone“) zu einer „systemöffnende[n] Neugier“ (Neuorientierung und produktiver Umgang mit Unionsrecht) unterscheidend: *O. Lepsius* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 179 (183 ff.). Kritisch: *F. Ossenbühl* DVBl. 1993, 753 (758): „Es kann ja nicht sein, daß durch pauschalierende Judikate aus Luxemburg die feinen Strukturen des Verwaltungsrechts, die das Bundesverwaltungsgericht herausgearbeitet hat und die ihren Sinn haben, wieder zerstört werden“; *J. Salzwedel/M. Reinhardt* NVwZ 1991, 946 (947): „Es wird höchste Zeit,



dest wesentliche Verfassungsfunktionen zu<sup>110,111</sup> So ist infolge der Europäisierung von einer „De-“<sup>112</sup> oder „Entkonstitutionalisierung“<sup>113</sup> die Rede, von „der Unmöglichkeit, den Prozeß der Konstitutionalisierung aufrechtzuerhalten“,<sup>114</sup> oder, in Abwandlung des Diktums von *Fritz Werner*, vom Verwaltungsrecht als konkretisiertem Unionsrecht<sup>115</sup>. Und in der Tat ist ein europäisierungsbedingter Bedeutungsverlust des Grundgesetzes nicht von der Hand zu weisen (1.). Gleichwohl vermag es sich zu behaupten (2.).

---

daß der rechtsmißbräuchlichen und besatzungsrechtsähnlichen Intervention in gewachsene und allein vollzugseffiziente Normstrukturen des nationalen Rechtes Einhalt geboten wird.“

Ausgeklammert bleibt in diesem Referat die **EMRK** [allgemein zu deren Bedeutung in der deutschen Rechtsordnung mwN *F. Wollenschläger* in: H. Dreier (Hrsg.) GG II, 3. Aufl. 2015, Art. 25 Rn. 27]. Dazu im Überblick und mwN *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 43 ff., 278; *U. Stelkens* Europäisches Verwaltungsrecht, Europäisierung des Verwaltungsrechts und Internationales Verwaltungsrecht, in: P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs (Hrsg.) *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl. 2014, Rn. 1 ff. Zu verfahrensrechtlichen Mindeststandards bei einer Einschränkung von Konventionsrechten nur EGMR, Urt. v. 15.9.2009, Nr. 10373/05, Rn. 51 – Moskal/Polen: “the principle of ‘good governance’ requires that where an issue in the general interest is at stake it is incumbent on the public authorities to act in good time, in an appropriate manner and with utmost consistency”. Erwähnung verdient ferner das Softlaw des Ministerkomitees des Europarats, namentlich die Empfehlung CM/Rec(2007)7 über gute Verwaltung.

<sup>109</sup> Siehe die Referate von *F. C. Mayer* und *H. M. Heinig* zur „Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?“ in diesem Band.

<sup>110</sup> Zur Diskussion um den Verfassungscharakter des EU-Primärrechts mwN nur *Wollenschläger* (Fn. 108), Art. 23 Rn. 10 f.

<sup>111</sup> Dass die Europäisierung die Steuerungskraft der (nationalen) Verfassung und damit auch die Konstitutionalisierung des (einfachen) Rechts zunehmend einschränkt, stellt keine neue Erkenntnis dar, siehe nur *Ehlers* Verfassungsrecht (Fn. 13), § 6 Rn. 2; *Gerhard* Konstitutionalisierung (Fn. 19), 736; *Hatje* Wirtschaftsverwaltung (Fn. 105), 354 f.; *Jestaedt* Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 9), 64 f.; *Möllers* Methoden (Fn. 3), § 3 Rn. 16; *Rengeling* Verwaltungsrecht (Fn. 103), 227; *Schuppert/Bumke* Konstitutionalisierung (Fn. 18), 67 ff.

<sup>112</sup> *Gerhard* Konstitutionalisierung (Fn. 19), 745.

<sup>113</sup> *H. Hofmann* JöR n.F. 51 (2003), I (15).

<sup>114</sup> *Schuppert/Bumke* Konstitutionalisierung (Fn. 18), 70. Siehe ferner *Jestaedt* Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 9), 64: Supranationalisierung hat Konstitutionalisierung partiell „neutralisiert oder marginalisiert“; „Verfassung durch das Gemeinschaftsrecht aus der ersten Reihe ins zweite Glied versetzt“ (65); *Ruffert* Rechtsquellen (Fn. 8), § 17 Rn. 175. Auch jenseits der Europäisierung des Verwaltungsrechts sieht *U. Volkmann* [Geltungsanspruch und Wirksamkeit des Grundgesetzes, HStR XII (Fn. 21), § 256 Rn. 27] die „derzeit größte Herausforderung“ für den Geltungsanspruch des Grundgesetzes in „der Konkurrenz mit den gegenläufigen Geltungsansprüchen der europäischen und inzwischen auch der internationalen Rechtsebenen.“

<sup>115</sup> Erstmals, soweit ersichtlich, von *Danwitz* System (Fn. 60), 7; ferner *R. Stober* in: H. J. Wolff/O. Bachof/ders. (Hrsg.) *Verwaltungsrecht* I, 11. Aufl. 1999, § 17 Rn. 6; aufgegriffen von *U. Battis* DÖV 2001, 988; *ders.* *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 2002, 16; *Ehlers* Verfassungsrecht (Fn. 13), § 6 Rn. 2; *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober/W. Kluth* *Verwaltungsrecht* I, 12. Aufl. 2007, § 17 Rn. 8; *J. Kersten* DVBl. 2011, 585 (590).

### 1. Relativierung des Grundgesetzes

Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts bedeutet einen Verlust (a) sowie eine oftmals zu einem faktischen Verlust führende Ergänzung (b) der Maßstabfunktion des Grundgesetzes und eine Verdrängung seiner systemprägenden Leitbildfunktion (c).<sup>116</sup> In dem Umfang, in dem das Grundgesetz nicht mehr maßstäblich ist, geht auch seine Auffangfunktion verloren.<sup>117</sup> Schließlich erfahren einzelne Institute eine Überformung (d).<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> Die im Referat zu thematisierende Frage nach dem Bedeutungsverlust des Grundgesetzes für das nationale Allgemeine Verwaltungsrecht infolge der Europäisierung bedingt vor dem Hintergrund der Vielschichtigkeit des EU-Verwaltungsrechts [zu den drei Schichten EU-Eigenverwaltung, mitgliedstaatliche Verwaltung in Vollzug von Unionsrecht und in Vollzug von nationalem Recht: *E. Schmidt-Aßmann* DVBl. 1993, 924 (924 ff.); zur Flankierung durch die Entstehung eines Europäischen Verwaltungsverbands *Kahl* Grundzüge (Fn. 43), § 74 Rn. 49 ff.; *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 58), 168 ff.] eine Beschränkung auf die zweite Schicht, mithin den **Vollzug von Unionsrecht durch nationale Behörden** [insoweit lässt sich ohne Unterschiede in der Sache für das Referat weiter differenzieren zwischen zu vollziehendem Unionsrecht (z.B. Agrarrecht) und bei der Durchführung nationaler Politiken zu beachtendem Unionsrecht (z.B. Beihilfenrecht), vgl. *von Danwitz* System (Fn. 60), 17 f.; *E. Schmidt-Aßmann* DVBl. 1993, 924 (926); *Stelkens* Verwaltungsrecht (Fn. 108), Rn. 121 ff.; *R. Streinz* Der Einfluß des Europäischen Verwaltungsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten – dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, in: M. Schweitzer (Hrsg.) Europäisches Verwaltungsrecht, 1991, 241 (262 ff.)]. Denn angesichts der Tätigkeit nationaler Behörden findet nationales Allgemeines Verwaltungsrecht und das Grundgesetz – neben konkurrierenden und vorrangigen unionalen Vorgaben – prinzipiell Anwendung [plastisch *S. Cassese* Der Staat 33 (1994), 25 (26): nationale Verwaltungsbehörden als „kodependente Organismen“; siehe ferner *Hatje* Wirtschaftsverwaltung (Fn. 105), 353 ff.: Einrichtungen mit „doppelter Loyalität“, nämlich Organ deutscher Staatsgewalt, aber Vollzugauftrag hinsichtlich Unionsrecht]. Anderes gilt für die **EU-Eigenverwaltung**: Hier führt die Übertragung von Verwaltungskompetenzen auf die EU dazu, dass die EU-Eigenverwaltung mit Wirkung für den deutschen Rechtsraum Verwaltungstätigkeit ausübt, für die das Grundgesetz mangels Ausübung deutscher Hoheitsgewalt seine unmittelbare Maßgeblichkeit verliert und auf die Struktursicherung (Art. 23 Abs. 1 GG) verwiesen ist. Nachdem für die EU-Eigenverwaltung kein nationales Allgemeines Verwaltungsrecht (sondern EU-Eigenverwaltungsrecht) maßgeblich ist, bleibt dieser Bereich im Referat ausgeklammert. Eine Zwischenstellung nimmt die **Verbundverwaltung** ein, da hier zum einen unionale Stellen tätig werden und zum anderen durch unionale Informations-, Kooperations- und Anerkennungspflichten gebundene nationale Behörden.

<sup>117</sup> Ein Beispiel hierfür stellt die Vergabe von nicht vom EU-Kartellvergaberecht (§§ 97 ff. GWB) erfassten öffentlichen Aufträgen dar. Angesichts der nur (jedenfalls in praxi) schwachen grundrechtlichen Durchdringung [zu den gleichwohl bestehenden Vorgaben nur *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 34 ff., 198 ff.] hat das aus den Marktfreiheiten abgeleitete primärrechtliche Vergaberegime [zu diesem *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 114 ff., 204 f.; *ders.* NVwZ 2007, 388; *ders.* REALaw 8 (2015), 205 (209 ff.)] die Leitrolle übernommen.

<sup>118</sup> Im Verfassungstext ist diese Überformung in Konsequenz des im Kontext der Europäisierung für nicht maßgeblich erklärten Textänderungsgebots des Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG

a) *Verlust der Maßstabfunktion*

Das Grundgesetz verliert infolge der Europäisierung insoweit seine Maßstabfunktion, wie zwingende Vorgaben des Unionsrechts eine bestimmte Ausgestaltung des nationalen Verwaltungsrechts gebieten.<sup>119</sup> Diese Immunisierung<sup>120</sup> hat strukturelle und punktuelle Konsequenzen. Strukturell steht die Grundrechtsbindung von Verwaltung sowie Verwaltungsrechtsgesetzgeber unter dem Vorbehalt entgegenstehender Vorgaben des Unionsrechts;<sup>121</sup> ferner unterliegen unionale Informations-, Kooperations- und Anerkennungspflichten im sich stetig verdichtenden Verwaltungsverbund<sup>122</sup> nicht mehr dem Grundgesetz. Aus den zahllosen Beispielen für punktuelle Konsequenzen zu nennen sind: die unionsrechtlich vorgezeichnete und daher nicht mehr am nationalen Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG) zu messende Verselbstständigung von Datenschutzaufsicht<sup>123</sup> und Regulierungsbehörden<sup>124</sup>, die EU-Vorgaben für den vor-

---

[vgl. Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG; dazu *Wollenschläger* (Fn. 108), Art. 23 Rn. 60] regelmäßig nicht zu erkennen – siehe punktuell aber Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG (Kommunalwahlrecht für Unionsbürger) und Art. 87d Abs. 1 S. 2 GG für die Luftverkehrsverwaltung.

<sup>119</sup> *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1329). Verfehlt erschiene es, die Kategorie „Verlust an Maßstäblichkeit“ unter Berufung darauf infrage zu stellen, dass weitgehende Maßstabkongruenz herrsche und ein europarechtsfreundlich ausgelegtes Grundgesetz die Europäisierung ohne Weiteres auffangen könne [vgl. *Röhl* Verfassungsrecht (Fn. 17), 834; *D. Thym* JZ 2015, 53 (57 ff.)]. Denn dieser Ansatz verdeckt den rechtstechnischen Maßstabverlust und beruht auf einem fragwürdigen Verständnis der Normativität des Grundgesetzes, stünde diese doch dann unter dem Vorbehalt der Unionsrechtskonformität. Nachdem das Grundgesetz nicht gänzlich seine Maßstabfunktion verliert, vielmehr der originäre Maßstab des Verwaltungsverfassungsrechts dem über Art. 23 Abs. 1 GG relativierten des Europaverfassungsrechts weicht, könnte man auch schlicht von einer Relativierung grundgesetzlicher Maßstäbe sprechen. Die Rede vom Verlust soll indes verdeutlichen, dass das Grundgesetz insoweit durch das EU-Verwaltungsverfassungsrecht als Primärmaßstab verdrängt wird, und mögliche Maßstabsänderungen kennzeichnen.

<sup>120</sup> Begriff auch bei *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1329).

<sup>121</sup> Siehe nur *F. Wollenschläger* Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft, in: A. Hatje/P.-C. Müller-Graff (Hrsg.) Enzyklopädie Europarecht, Bd. 3, 2014, § 8 Rn. 19, 24.

<sup>122</sup> Näher zum Europäischen Verwaltungsverbund statt vieler *W. Kahl* Der Staat 50 (2011), 353; *E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold* Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005; *J. P. Schneider/F. Velasco Caballero* (Hrsg.) Strukturen des Europäischen Verwaltungsverbunds, 2009; *G. Sydow* Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004; *W. Weiß* Der Europäische Verwaltungsverbund, 2010; ferner *L. De Lucia* Strumenti di cooperazione per l'esecuzione del diritto europeo, in: ders./B. Marchetti (Hrsg.) L'amministrazione europea e le sue regole, 2015, 171.

<sup>123</sup> Art. 28 Abs. 1 UAbs. 2 RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281/31, zul. geändert durch Anh. II Nr. 18 VO (EG) 1882/2003, ABl. L 284/1, in seiner Interpretation durch EuGH, Rs. C-518/07, Slg. 2010, I-1885, Rn. 17 ff. – Kommission/Deutschland; ferner Rs. C-614/10, EU:C:2012:631,

läufigen Rechtsschutz im Kontext des Vollzugs von Unionsrecht<sup>125</sup> sowie für die Einräumung von Entscheidungsspielräumen der Verwaltung<sup>126</sup>, welche die strengen Anforderungen der nationalen Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) außer Kraft setzen, oder der unionsrechtlich nur zurückhaltend gewährte Vertrauensschutz bei der Rückforderung unions-

---

Rn. 36 ff. – Kommission/Österreich; Rs. C-288/12, EU:C:2014:237, Rn. 50 ff. – Kommission/Ungarn. Kritik an diesem Urteil entzündet sich namentlich an der Relativierung demokratischer Einflussmöglichkeiten [H. P. Bull EuZW 2010, 488 (492); E. M. Frenzel DÖV 2010, 925 (929 ff.); J. Masing NJW 2012, 2305 (2311); I. Spieker gen. Döhmman JZ 2010, 787 (789 f.); H. A. Wolff FS Bull, 2011, 1071 (1077 ff.); aA T. Petri/M.-T. Tinnefeld MMR 2010, 157 (160 f.)] und an der pauschalen Annahme einer sachwidrigen Ausübung von Überwachungsbefugnissen [siehe Bull ebd., 491 f.; Frenzel ebd., 927 f., 930; eine solche ablehnend GA Mazák in ders. Rs., Rn. 34; anders A. Roßnagel EuZW 2010, 299 (299 f.); H.-H. Schild DuD 2010, 549 (550); siehe auch im Regulierungskontext, Defizite in einem Mitgliedstaat genügen lassend K. Stöger ZÖR 2010, 247 (260 f.)]. Zustimmend demgegenüber C. D. Classen FS Scheuing, 2011, 293 (300 ff.); Roßnagel ebd., 299; Schild ebd.; siehe ferner Petri/Tinnefeld ebd.

<sup>124</sup> Für die **TK-Regulierung**: Art. 3 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 108/33, zul. geändert durch Art. 1 RL 2009/140/EG, ABl. L 337/37, mit EG 13 RL 2009/140/EG – ambivalent durch Erfodernis einer Einzelweisungsfreiheit, die indes einer „Aufsicht im Einklang mit dem nationalen Verfassungsrecht nicht entgegen“ stehen soll; dies gleichwohl im Sinne eines Verbots von Weisungen verstehend und den Verfassungsvorbehalt ausschließlich auf eine parlamentarische und gerichtliche Kontrolle beziehend: M. Ludwigs Die Verwaltung 44 (2011), 41 (45 f.); ebenso H.-H. Trute Die demokratische Legitimation der Verwaltung, GVwR I (Fn. 3), § 6 Rn. 68 m. Fn. 364. Identisch – siehe Kahl Grundzüge (Fn. 43), § 74 Rn. 44; ferner („Autonomie“) M. Ludwigs DVBl. 2011, 61 (64); weniger streng J. Gundel/C. F. Germelmann EuZW 2009, 763 (768) – für die **Energieregulierung**: Art. 35 Abs. 4 und Abs. 5 lit. a RL 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. L 211/55, mit EG 33 S. 1 und 2 sowie EG 34 S. 1 und 2; Art. 39 Abs. 4 und Abs. 5 lit. a RL 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABl. L 211/9, mit EG 30.

<sup>125</sup> Zum Außerkraftsetzen des Suspensiveffekts bei Vollzug von Unionsrecht: EuGH, Rs. C-217/88, Slg. 1990, I-2879, Rn. 26 – Kommission/Deutschland; Rs. C-232/05, Slg. 2006, I-10071, Rn. 41 ff. – Kommission/Frankreich – relativierend F. Schoch in: ders./J.-P. Schneider/W. Bier (Hrsg.) Verwaltungsgerichtsordnung, § 80 Rn. 23, 218 ff.: kein Automatismus (Stand: 09/2011). Zu den strengen Anforderungen an die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes bei Außerkraftsetzen des Vollzugs von Unionsrecht: EuGH, verb. Rs. C-143/88 und C-92/89, Slg. 1991, I-415, Rn. 23 ff. – Zuckerfabrik Süderdithmarschen; Rs. C-465/93, Slg. 1995, I-3761, Rn. 32 ff. – Atlanta; näher F. Wollenschläger in: Gärditz (Fn. 45), § 123 Rn. 36 ff. Im Überblick auch von Danwitz System (Fn. 60), 297 ff.

<sup>126</sup> Siehe etwa BVerwGE 131, 41 (45 ff.); NVwZ 2012, 1047 (1050); M. Ludwigs NVwZ 2015, 1327 (1330 f.); Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 23), 4. Kap. Rn. 67.

rechtswidriger Beihilfen, der nicht mehr nationalen rechtsstaatlich-grundrechtlichen Anforderungen unterliegt<sup>127</sup>.

Dass das Grundgesetz seine Maßstäblichkeit verliert, bedeutet freilich nicht, dass keine Verfassungsmaßstäbe für das europäisierte Allgemeine Verwaltungsrecht mehr griffen; vielmehr hat das EU-Verwaltungsverfassungsrecht die Aufgabe des Primärmaßstabs übernommen. Ebenso wenig bedeutet der Verlust der Maßstabfunktion, dass auch zwingend Verfassungsmaßstäbe außer Kraft gesetzt werden. Angesichts vom Grundgesetz eröffneter Konkretisierungsspielräume lassen sich unionsrechtlich induzierte Überformungen des Allgemeinen Verwaltungsrechts zwar regelmäßig grundgesetzlich reflektieren und rekonstruieren, sie bereichern allerdings eher auf der Ebene des einfachen Verwaltungsrechts zu konkretisierende Spielräume an oder beschränken diese, als dass sie effektive Verfassungsinhalte<sup>128</sup> betreffen. So ist die Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) jenseits letzter Grenzen<sup>129</sup> offen für eine Einführung überindividueller Kla-

<sup>127</sup> Siehe namentlich EuGH, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 24 ff. – Alcan; verb. Rs. C-183/02 P und 187/02 P, Slg. 2004, I-10609, Rn. 44 ff. – Demesa; verb. Rs. C-346/03 und C-529/03, Slg. 2006, I-1875, Rn. 63 ff. – Atzeni; Rs. C-81/10 P, Slg. 2011, I-12899, Rn. 59 ff. – France Télécom. Positive Bewertung der Überformung bei *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 36: Zurücktreten des Legalitätsprinzips aus Zweckmäßigkeitserwägungen problematischer Sonderfall; *Schmidt-Aßmann* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 97: Unionsrecht „führt überzogene Vertrauensschutzvorstellungen des deutschen Rechts zutreffend auf ein vernünftiges Maß zurück“; ebenso *ders.* Ordnungsidee (Fn. 23), 6. Kap. Rn. 59; *ders.* FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 487 (496); ferner *U. Battis* DÖV 2001, 988 (995): Notwendigkeit des Binnenmarktes; *Kahl* Grundzüge (Fn. 43), § 74 Rn. 6: im Grundsatz zuzustimmen, im Ergebnis zu radikal. Kritisch *R. Breuer* FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 223 (251); *F. Schoch* JZ 1995, 109 (111).

<sup>128</sup> Zur Figur des effektiven Garantiebereichs (von Grundrechten) *G. Lübbe-Wolff* Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, 25 ff., 230 f.; ferner *P. M. Huber* Konkurrentenschutz im Verwaltungsrecht, 1991, 179 und passim.

<sup>129</sup> Die in Rechtsschutzgarantie und Grundrechten verortete Grenze, den Individualrechtsschutzauftrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht durch die Übertragung weiterer Aufgaben zu gefährden [siehe nur *Schlacke* Rechtsschutz (Fn. 45), 63 ff., 497 ff.; *dies.* NVwZ 2014, 11 (17); *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig (Fn. 27) Art. 19 IV, Rn. 9; *W. Krebs* Die Verwaltung 21 (1988), 155 (164 f.)], entfaltet nur sehr begrenzt Steuerungskraft [*T. Groß* Die Verwaltung 43 (2010), 349 (374); *S. Schlacke* NVwZ 2014, 11 (17): Gefährdung des durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotenen Individualrechtsschutzes; *B. W. Wegener* Rechte des Einzelnen. Die Interessentenklage im europäischen Umweltrecht, 1998, 271 f. Tendenziell strenger (Regel-Ausnahme-Verhältnis, ohne die Möglichkeit eines weiten Verständnisses subjektiver Rechtspositionen auszuschließen) *Krüper* Gemeinwohl (Fn. 45), 145 f., 167 ff.]; Selbiges gilt für die weiteren verfassungsrechtlichen Schranken (Verbot eines Übergriffs der Judikative in die Exekutive; unstatthafte Einbeziehung demokratisch nicht legitimer Privater in die öffentliche Aufgabenerledigung, die indes auf Kontrollinitiative beschränkt; Beeinträchtigung grundrechtlicher Positionen des Begünstigten der angegriffenen Entscheidung) – dazu *Schlacke* Rechtsschutz (Fn. 45), 490 ff.;

gemöglichkeiten<sup>130</sup> und sind die unionsrechtlich modifizierten Regelungen des Bestandsschutzes für Verwaltungsakte (§§ 48 ff. VwVfG) nicht mehr als ein möglicher Ausgleich von Vertrauensschutz und Gesetzesbindung<sup>131</sup>, modifizieren aber keinen Verfassungssatz. Selbst hinsichtlich des vermutlich intensivsten Eingriffs in das Verfassungsrecht, der unionsrechtlich gebotenen Verselbstständigung von Behörden, ist festzuhalten, dass deren Vereinbarkeit mit dem nationalen Demokratieprinzip kontrovers beurteilt wird.<sup>132</sup> Letztlich entscheidet der dem Grundgesetz beigemessene Gehalt über den Verlustbefund.<sup>133</sup> Die hitzige Debatte um den teils sogar dem unabänderlichen Verfassungskern (Art. 79 Abs. 3 GG) zugeordneten Vertrauensschutz bei der Aufhebung beihilfenrechtswidriger Subventionen<sup>134</sup> steht für manche Übertreibung.<sup>135</sup>

---

*Wegener* ebd., 271 f. Kritisch (hinsichtlich der Einbeziehung Privater) etwa *J. Ipsen* NdsVBl. 1999, 225 (228); *ders.* Einfluß (Fn. 88), 187.

<sup>130</sup> Siehe nur BVerwGE 87, 62 (72); *T. Groß* Die Verwaltung 43 (2010), 349 (374); *Masing* Rechtsstatus (Fn. 24), § 7 Rn. 95, 107; *Schlacke* Rechtsschutz (Fn. 45), 61 ff.; *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 58), 112; *ders.* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 74; *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 174; *Wegener* Interessentenklage (Fn. 129), 271 f. Restriktiv *Weyreuther* Verwaltungskontrolle (Fn. 45), 82 ff.

<sup>131</sup> Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Überformung anmeldend BVerfG, NJW 2000, 2015 (2015 f.). Allgemein zum Verfassungsgebot des Vertrauensschutzes BVerfGE 59, 126 (152).

<sup>132</sup> Ablehnend *K. Faßbender* RDV 2009, 96 (99 ff.); *K. F. Gärditz* AöR 135 (2010), 251 (284 f.); *W. Kahl* FS Spellenberg, 2010, 697 (711); *H. A. Wolff* FS Bull, 2011, 1071 (1077 ff.). Zweifelnd *H. P. Bull* EuZW 2010, 488 (489); *D. Couzinet* Die Legitimation unabhängiger Behörden an der Schnittstelle von unionalem und nationalem Verfassungsrecht – Zur Zulässigkeit der unionsrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Errichtung unabhängiger Behörden, in: A. Debus ua (Hrsg.) Verwaltungsrechtsraum Europa, 51. Assistententagung Öffentliches Recht, 2011, 213 (223; aber auch 215); *I. Spieker gen. Döhmman* JZ 2010, 787 (787, 790). Offen *J. Kersten* Die Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), 288 (328 ff.). Demgegenüber bejahend *T. Petri/M.-T. Tinnefeld* MMR 2010, 157 (160 f.); *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 58), 162. Zu Recht wird die „Verzichtbarkeit einzelner Legitimationsfaktoren“ als „Kulminationspunkt des verfassungsrechtlichen Streits“ identifiziert: *Wißmann* Verwaltungsorganisation (Fn. 35), § 15 Rn. 62 Fn. 341; ferner *Wolff/Bachoff/Stober/Kluth* Verwaltungsrecht (Fn. 40), § 80 Rn. 163 f.

<sup>133</sup> Vgl. zur „Relativität verfassungsrechtlicher Beurteilungen“ auch *C. Bunke* Die Verwaltung 45 (2012), 81 (113).

<sup>134</sup> Für einen Grundrechtsverstoß *R. Scholz* DÖV 1998, 261 (266 f.). Kritisch auch *C. D. Classen* JZ 1997, 724 (725 f.); *H. Müller* Die Aufhebung von Verwaltungsakten unter dem Einfluß des Europarechts, 2000, 277 ff.; *R. Scholz* FS Schmidt, 2006, 169 (173). Zur Verfassungskonformität BVerfG, NJW 2000, 2015 (2015 f.); BVerwGE 106, 328 (333 ff.); *D. Ehlers* DZWIR 1998, 491 (492 f.); *R. Winkler* DÖV 1999, 148 (149 ff.). Differenziert *C. Krönke* Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2013, 267 ff. Siehe zur Diskussion ferner Fn. 127.

<sup>135</sup> Insgesamt dazu *Ruffert* Europäisierung (Fn. 33), § 94 Rn. 17, ferner 30.

b) *Ergänzung der Maßstabfunktion*

Infolge der Europäisierung treten des Weiteren Maßstäbe des Unionsrechts neben solche des Grundgesetzes.<sup>136</sup> Erweist sich das Unionsrecht als strenger, verliert das Grundgesetz faktisch seine Maßstabfunktion.<sup>137</sup> Dies betrifft in erster Linie, aber nicht nur die Schutzfunktion der Verfassung und damit die nationalen Grundrechte.<sup>138</sup> Als konkurrierende unionsrechtliche Maßstäbe zu nennen sind die Grundfreiheiten, zumal in ihrem weiten Verständnis als Beschränkungsverbote<sup>139</sup> und in ihrer Multidimensionalität als nicht nur materielle, sondern auch als Verfahrens- und Rechtsschutzanforderungen;<sup>140</sup> ferner die zunehmend gegenüber den Mitgliedstaaten auch im Ermessensbereich in Stellung gebrachten EU-Grundrechte<sup>141</sup> sowie grundrechts- und grundfreiheitenkonkretisierendes Sekundärrecht, etwa die EU-Dienstleistungs- oder Vergaberichtlinien oder das EU-Datenschutzrecht<sup>142</sup>. Als Beispiele für folgenreiche Ergänzungen stehen die Domestizierung der Fiskalverwaltung, namentlich der öffentlichen Auftrags- und Subventionsvergabe sowie der unternehmerischen Betätigung der öffentlichen Hand, durch das unionale Vergabe- und Beihilfenrecht,<sup>143</sup> die Erweiterung klagefähiger Rechtspositionen, etwa im Kontext des Feinstaub,<sup>144</sup> oder die erhöhte Relevanz von Verfahrens-

<sup>136</sup> S. *Unger* DVBl. 2015, 1069 (1074 f.), spricht vom Phänomen der Parallelverfassung(en).

<sup>137</sup> Für eine Parallelanwendung mit identischem Ergebnis BVerwGE 124, 11 (17 f.); E 136, 231 (243 ff.); NVwZ 2011, 549 (552); E 140, 1 (6 ff.); in der Sache auch DVBl. 2011, 354 (355 ff.).

<sup>138</sup> Siehe auch S. *Unger* DVBl. 2015, 1069 (1074 f.).

<sup>139</sup> Siehe nur EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4291, Rn. 92 ff. – *Bosman*; ferner mwN F. *Wollenschläger* Grundfreiheit ohne Markt, 2007, 54 ff.

<sup>140</sup> Zur Multidimensionalität nur *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 126 ff.

<sup>141</sup> Zur Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten nur *Wollenschläger* Grundrechtsschutz (Fn. 121), § 8 Rn. 16 ff.

<sup>142</sup> RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376/36; RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. L 94/1, ber. ABl. 2015 L 114/24; RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe, ABl. L 94/65; RL 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. L 94/243; Datenschutz-RL 95/46/EG (Fn. 123).

<sup>143</sup> Siehe exemplarisch zur Europäisierung der Auftragsvergabe *Wollenschläger* Vergabeverwaltungsrecht (Fn. 45), § 19 Rn. 79 ff., und des Rechtsregimes für öffentliche Unternehmen *ders.* Wettbewerbliche Vorgaben für öffentliche Unternehmen, in: G. Kirchhof/S. Korte/S. Magen (Hrsg.) Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 6 Rn. 40 ff.

<sup>144</sup> Näher dazu, III.1.c. und die Nachweise in Fn. 159. Insoweit gar von einem erhebli-

fehlern<sup>145</sup>. In all diesen Fällen hat das Grundgesetz ganz oder partiell seinen Schutz versagt, etwa aufgrund einer nur schwachen grundrechtlichen Bindung der Fiskalverwaltung,<sup>146</sup> einem restriktiven Verständnis grundrechtlicher Schutzpflichten<sup>147</sup> oder der Auswirkungs-Doktrin trotz prinzipieller Anerkennung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren<sup>148</sup>. Überdies verschärft das Erfordernis eines Außenrechtssatzes für die Umsetzung von Richtlinien, die Einzelnen Rechte gewähren, den Gesetzesvorbehalt,<sup>149</sup> dem Grundgesetz hätte eine Verwaltungsvorschrift genügt<sup>150</sup>. Umgekehrt sollen großzügigere Standards hinsichtlich der Anforderungen an die VA-Befugnis<sup>151</sup> sowie der Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Rechtsverordnungen<sup>152</sup> gelten.

---

chen Bedeutungsverlust des nationalen Rechts ausgehend von *Bogdandy/Huber* Staat (Fn. 16), § 42 Rn. 91. Vorsichtiger *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 179.

<sup>145</sup> Siehe jüngst *S. Schlacke* NVwZ 2014, 11 (16 f.). Dazu die Nachweise in Fn. 163.

<sup>146</sup> Siehe für die öffentliche Auftragsvergabe BVerfGE 116, 135 (152); für die Subventionierung BVerwGE 30, 191 (197); E 65, 167 (174); für öffentliche Unternehmen BVerwGE 71, 183 (193); NJW 1995, 2938 (2939); *Wollenschläger* Wettbewerbliche Vorgaben (Fn. 143), § 6 Rn. 57 ff.

<sup>147</sup> Näher mwN *Scherzberg* Subjektiv-öffentliche Rechte (Fn. 29), § 12 Rn. 20. Siehe auch Fn. 159.

<sup>148</sup> Siehe zum Grundrechtsschutz durch Verfahren nur BVerfGE 53, 30 (65); ferner E 6, 32 (44); E 45, 422 (430 ff.); E 69, 315 (355); E 84, 34 (45 f.); E 118, 270 (275 f.); BVerwGE 118, 270 (274 f.); *Cremer* Freiheitsgrundrechte (Fn. 25), 394 ff.; *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 82 ff. Eine Grundrechtsverletzung liegt nach der Auswirkungs-Doktrin indes nur bei Auswirkung des Verfahrensfehlers auf das Verfahrensergebnis vor: BVerfGE 73, 280 (299); NVwZ-RR 2000, 487 (488). Näher *Wollenschläger* ebd.

<sup>149</sup> EuGH, Rs. C-131/08, Slg. 1991, I-825, Rn. 70 ff. – Kommission/Italien; Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567, Rn. 16 – Kommission/Deutschland; Rs. C-262/95, Slg. 1996, I-5729, Rn. 17 – Kommission/Deutschland; Rs. C-297/95, Slg. 1996, I-6739, Rn. 9 – Kommission/Deutschland; Rs. C-298/95, Slg. 1996, I-6747, Rn. 16 – Kommission/Deutschland. Im Überblick *T. von Danwitz* Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, 508 f. Zurückhaltend *F. Ossenbühl* DVBl. 1999, 1 (6). Kritisch von *Danwitz* System (Fn. 60), 220 ff.

<sup>150</sup> BVerfGE 129, 1 (21). Dazu *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1333).

<sup>151</sup> OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2006, 104 (105); aA OVG Weimar, DVBl. 2011, 242 (244 f.). Ablehnend etwa *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1332). Ausgewogen EuGH, Rs. C-527/12, EU:C:2014:2193, Rn. 55 – Kommission/Deutschland – dazu *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1332).

<sup>152</sup> Zur Lockerung des Bestimmtheitsgebots des Art. 80 Abs. 1 GG, wenn im EU-Recht hinreichend bestimmte Vorgaben bestehen (Beispiele: § 6a Abs. 1 WHG; § 16 Abs. 6 GenTG; § 48a Abs. 1 BImSchG; § 53 Abs. 1 BNatSchG; § 62 LFGB): BVerwGE 121, 382 (386 ff.); *I. Härtel* JZ 2007, 431 (432 ff.); *T. Klink* Pauschale Ermächtigung zur Umsetzung von Europäischem Gemeinschaftsrecht mittels Rechtsverordnung, 2005, 163 ff.; *F. Ossenbühl* DVBl. 1999, 1 (6 f.). AA *R. Breuer* ZfW 1999, 220 (225 ff.); *J. Saurer* JZ 2007, 1073 (1074 ff.).



c) *Verdrängung der systemprägenden Leitbildfunktion*

Die Überformung des Grundgesetzes setzt sich auf Systemebene fort und betrifft daher nicht nur seine Maßstäblichkeit für Einzelausprägungen. Die Europäisierung impliziert die Einwirkung nicht grundgesetzlich imprägnierten Verwaltungsrechts und führt damit neue Leitbilder ein. Als Beispiele genannt seien die unionsrechtlich gestärkte, grundgesetzlich indes unterbelichtete „demokratische“ Rolle des Bürgers im Verwaltungsverfahren,<sup>153</sup> die im Vergleich zum Grundgesetz folgenreichere Akzentuierung des Verfahrensgedankens durch das Unionsrecht<sup>154</sup> oder die Weitung der in Art. 19 Abs. 4 GG angelegten Systemscheidung für den Individualrechtsschutz<sup>155</sup> hin zu einer Betonung der objektiven Kontrollaufgabe der Gerichte,<sup>156</sup> namentlich durch Verbandsklagemöglichkeiten<sup>157</sup>

<sup>153</sup> von *Bogdandy* Grundprinzipien (Fn. 60), 66 ff.; *ders./Huber* Staat (Fn. 16), § 42 Rn. 92 ff.; *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 154 f.; *Masing* Rechtsstatus (Fn. 24), § 7 Rn. 95 f.

<sup>154</sup> Siehe nur *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 28, 130; *W. Kahl* Die Verwaltung 42 (2009), 463 (472 ff.); *ders.* Grundzüge (Fn. 43), § 74 Rn. 66 f.; *Schmidt-Aßmann* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 88 f.; *Schwerdtfeger* Verwaltungsrechtsschutz (Fn. 45), 92 ff.; *Wahl* Herausforderungen (Fn. 8), 102. Zum Ausdruck kommt dieses Verständnis etwa in der RL 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. 2012 L 26/1, zul. geändert durch Art. 1 ÄndRL 2014/52/EU, ABl. L 124/1, die zum Schutz der Umwelt im Wesentlichen auf Informations- und Beteiligungsrechte einer weit verstandenen Öffentlichkeit im Verwaltungsverfahren einschließlich der judikativen Absicherung setzt (dazu *Schwerdtfeger* ebd., 94 f.).

<sup>155</sup> Zu dieser oben, Fn. 45.

<sup>156</sup> Zum gewandelten Verständnis der Rolle des klagenden Einzelnen, der nicht nur als *bourgeois* seine Rechte gegenüber der Verwaltung verteidigt, sondern auch als *citoyen* zur Rechtsdurchsetzung im Interesse des Gemeinwohls beiträgt: *Masing* Rechtsstatus (Fn. 24), § 7 Rn. 95 f., 104. Siehe auch *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), I. Kap. Rn. 60.

<sup>157</sup> *A. K. Mangold/R. Wahl* Die Verwaltung 48 (2015), I (18 ff.); *Masing* Rechtsstatus (Fn. 24), § 7 Rn. 95 f., 112, 119; *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 174 ff. – Verbandsklagen kannte das deutsche Verwaltungsprozessrecht freilich schon vor seiner Europäisierung [auf Landesebene erstmals § 44 BremNatSchG (1979); siehe auf Bundesebene ab 2002 nur § 61 BNatSchG a.F. (= § 64 BNatSchG); § 13 BGG; § 3 Abs. 1 UKlagG. Zur Genese *Schlacke* Rechtsschutz (Fn. 45), 162 ff.], gerade in den Bereichen des Umwelt- und Verbraucherschutzes hat das Unionsrecht indes wichtige Impulse gezeitigt und – auch in der Individualschutzzentrierung begründete [so *T. von Danwitz* NVwZ 2004, 272 (278); dazu *M. Hong* JZ 2012, 380 (388)] – Widerstände gegen diese Rechtsschutzform gebrochen. So hat der EuGH die ursprünglich im deutschen Recht vorgesehene Beschränkung der Klagemöglichkeit von Umweltschutzverbänden auf Rechtspositionen, die subjektiv-öffentliche Rechte Einzelner begründen, in der Rs. Trianel (Rs. C-115/09, Slg. 2011, I-3673; siehe auch Schlussantrag GA Sharpston, Rn. 77: „Die deutsche Regierung hat ausgeführt, das deutsche System der gerichtlichen Kontrolle bestehe in einer sorgfältigen und umfassenden Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen und ergebe ein

und einen Subjektivierungsschub: Auf der Basis des unionalen Konzepts der funktionalen Subjektivierung<sup>158</sup> ist bei Betroffenheit individualbezogener Rechtsgüter nämlich eine fehlende besondere Individualisierung des Klägers oder ein überindividueller Schutzzweck (wie der Gesundheits-, Wettbewerbs- oder Verbraucherschutz) unschädlich.<sup>159</sup> Hinzu kommt eine

---

hohes Schutzniveau für die Rechte Einzelner. Ebenso wie ein Ferrari mit verschlossenen Türen hilft jedoch eine intensive Kontrolldichte in der Praxis wenig, wenn das System als solches für bestimmte Kategorien von Klagen nicht zugänglich ist ... Es gibt niemanden, der im Namen der Umwelt klagen kann. Gleichwohl gibt es Umstände – etwa wenn ein Projekt ... in einem unbewohnten Gelände fernab menschlicher Behausungen errichtet wird –, die für eine effektive Beteiligung an Entscheidungsverfahren im Umweltbereich und eine effektive Kontrolle der Durchführung der UVP-Richtlinie die Klagebefugnis einer nichtstaatlichen Umweltorganisation erforderlich machen“) für unionsrechtswidrig erklärt (s. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UmwRG a.F. und n.F.) – ebenso *T. Groß* Die Verwaltung 43 (2010), 349 (364 f.); anders von *Danwitz* Verwaltungsrecht (Fn. 149), 521 f.

<sup>158</sup> Plastisch *J. Masing* Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichem Recht, 1997. Zum Konzept der funktionalen Subjektivierung *M. Ruffert* Subjektive Rechte im Umweltrecht der EG, 1996, 220 ff.; ferner zum Funktionalisierungsgedanken EuGH, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297, Rn. 26 f. – *Courage* und *Crehan*: „Die volle Wirksamkeit des [Kartellverbots wäre] beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen [Wettbewerbsverstoß] entstanden ist. Ein solcher Schadensersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von – oft verschleierte – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können. Aus dieser Sicht können Schadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen.“ Ebenso Rs. C-557/12, EU:C:2014:1317, Rn. 23 – *Kone*. Grundlegend bereits Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 (26) – *van Gend en Loos*: „Die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen stellt eine wirksame Kontrolle dar, welche die durch die Kommission und die Mitgliedstaaten [mittels des Vertragsverletzungsverfahrens] ausgeübte Kontrolle ergänzt.“

<sup>159</sup> Zur Irrelevanz der „normative[n] Bündelung von Einzelinteressen in aggregierte Interessen“, was namentlich mit Blick auf Vorsorgebestimmungen von Relevanz ist: *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 155 ff.; ferner von *Danwitz* Verwaltungsrecht (Fn. 149), 513 f.; *Epiney* Primär- und Sekundärrechtsschutz (Fn. 103), 393 ff., 399 ff.; *A. K. Mangold/R. Wahl* Die Verwaltung 48 (2015), 1 (7 f.); *M. Nettesheim* AöR 132 (2007), 333 (373 f.); *Ruffert* Subjektive Rechte im Umweltrecht (Fn. 158), 224 ff.; *Scherzberg* Subjektiv-öffentliche Rechte (Fn. 29), § 12 Rn. 36; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 28), Art. 19 IV Rn. 117a; *Schwerdtfeger* Verwaltungsrechtsschutz (Fn. 45), 182 ff., 223 ff. (prägnant 185: „Die Besonderheit des gemeinschaftsrechtlichen normativen Ansatzes des EuGH liegt folglich in der dem deutschen Verständnis fremden Individualisierung und Versubjektivierung von Interessen einer Gesamtheit“).

Stellvertretend aus der **Rechtsprechung des EuGH** etwa das Feinstaub-Urteil (Rs. C-237/07, Slg. 2008, I-6221, Rn. 38 f. – *Janecek*): „Betroffen[e müssen] in allen Fällen, in denen die Nichtbeachtung der Maßnahmen, die in Richtlinien über die Qualität der Luft und des Trinkwassers zum Zweck des Schutzes der öffentlichen Gesundheit vorgegeben werden, die Gesundheit von Personen gefährden könnte, in der Lage sein ..., sich auf

entsprechende Subjektivierung von Verfahrenspositionen, wie auch das Beispiel der Umweltverträglichkeitsprüfung zeigt,<sup>160</sup> und von national ausschließlich objektiv-rechtlich gedeuteten Rechtsbereichen, wofür das Ver-

---

die in diesen Richtlinien enthaltenen zwingenden Vorschriften zu berufen ... Daraus folgt, dass natürliche oder juristische Personen, die unmittelbar von der Gefahr einer Überschreitung der Grenzwerte oder der Alarmschwellen betroffen sind, bei den zuständigen Behörden – gegebenenfalls unter Anrufung der zuständigen Gerichte – erwirken können müssen, dass beim Vorliegen einer solchen Gefahr ein Aktionsplan erstellt wird.“ Ebenso bereits Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825, Rn. 7 – Kommission/Deutschland (Grundwasser); Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567, Rn. 16 – Kommission/Deutschland (Grenzwerte und Leitwerte der Luftqualität für Schwefeldioxid und Schwebstaub); Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983, Rn. 14 – Kommission/Deutschland (Trinkwasser); Rs. C-59/89, Slg. 1991, I-2607, Rn. 19 – Kommission/Deutschland (Bleigehalt in der Luft); Rs. C-298/95, Slg. 1996, I-6747, Rn. 15 f. – Kommission/Deutschland (Süßwasser und Muschelgewässer); Rs. C-178/94, Slg. 1996, I-4845, Rn. 33 ff. – Dillenkofer (Verbraucherschutz). Großzügig hinsichtlich der erforderlichen Individualisierung Rs. C-97/96, Slg. 1997, I-6843, Rn. 17 ff. – Daihatsu (Antragsrecht hinsichtlich Maßregeln bei Verstößen gegen gesellschaftsrechtliche Offenlegungspflichten); ferner Rs. C-557/12, EU:C:2014:1317, Rn. 18 ff. – Kone (Wettbewerb).

Siehe demgegenüber zum **überkommenen deutschen Verständnis** BVerwGE 65, 313 (320): „Wie immer man den in [§ 5 Nr. 2 BImSchG] enthaltenen Vorsorgegrundsatz ausdeutet ... in jedem Fall werden individualrechtliche Positionen damit nicht begründet. Das ist bei einem ressourcenökonomischen und beim (auch) ökologisch begründeten Verständnis des Vorsorgeprinzips schon deshalb einsehbar, weil es beide Male nicht um Belange individualisierbarer Dritter geht. Soweit § 5 Nr. 2 BImSchG auch eine gefahren- und lästigkeitsunabhängige Risikovorsorge vorschreiben sollte, geschieht dies im Allgemeininteresse und nicht deshalb, um an sich zumutbare Lebensverhältnisse für die Nachbarn risikoloser oder angenehmer zu machen“; E 119, 329 (332). Indes zeigen sich auch **Öffnungen**, etwa hinsichtlich des weiten Kreises der Klageberechtigten gegen Verkehrszeichen [BVerwGE 27, 181 (185); E 92, 32 (35); NJW 2004, 698 (698)] oder jüngst im Atomrecht, siehe BVerwGE 131, 129 (139 f.): „Das Individualrisiko wird durch die Zahl der von diesem Risiko betroffenen Personen weder erhöht noch vermindert“ und (146): „Die drittschützende Wirkung der Vorschriften über die erforderliche Schadensvorsorge lässt sich auch nicht mit dem Argument verneinen, Maßnahmen gegen Risiken durch auslegungsüberschreitende Ereignisse dienen der Abwehr eines Kollektivrisikos. Erforderlich, aber auch ausreichend für den Drittschutz ist, dass die einschlägige Vorschrift auch die Rechte des Einzelnen schützt. Dass sie vorrangig den Interessen des Allgemeinwohls dient, ändert daran nichts“ [ferner BVerfG, NVwZ 2009, 515 (517 f.) – siehe insoweit auch *T. Groß* Die Verwaltung 43 (2010), 349 (357 f.)].

<sup>160</sup> EuGH, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825, Rn. 61 – Kommission/Deutschland (Grundwasser); ferner – im Kontext der prozedural gedeuteten Pflicht zur Durchführung einer UVP – Rs. C-201/02, Slg. 2004 I-723, Rn. 54 ff., 61 – Wells; Rs. C-420/11, EU:C:2013:166, Rn. 32 – Leth. Näher *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 170 ff.; ferner *A. K. Mangold/R. Wahl* Die Verwaltung 48 (2015), 1 (11); *S. Neidhardt* Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts, 2008, 75; *Schwerdtfeger* Verwaltungsrechtsschutz (Fn. 45), 185; *Wegener* Interessentenklage (Fn. 129), 189 ff.

gaberecht steht<sup>161, 162</sup>. Die Unterschiede dürfen freilich nicht überzeichnet werden.<sup>163</sup>

<sup>161</sup> EuGH, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2303, Rn. 19 – Kommission/Deutschland. Dazu *Wollenschläger* Vergabeverwaltungsrecht (Fn. 45), § 19 Rn. 80 ff.

<sup>162</sup> Je nach Betrachtungsweise mag man eine weitere Objektivierung des Gerichtszugangs in Informationsfreiheitsrechten sehen, vgl. in diese Richtung *M. Ibler* FS Brohm, 2002, 405 (410 ff.). Ausgewogen mwN *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 165 ff.

<sup>163</sup> So kennt auch das **unionale Rechtsschutzkonzept** trotz funktionaler Subjektivierung und Weitung der Klagebefugnisse zum einen **keine Popular- oder Interessenklage** [für die eine Geltendmachung faktischer, nicht aber rechtlicher Betroffenheit genügt: *Epiney* Primär- und Sekundärrechtsschutz (Fn. 103), 397 f.; *M. Schmidt-Preuß* FS Maurer, 2001, 777 (799 f.); *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 153; *Schwerdtfeger* Verwaltungsrechtsschutz (Fn. 45), 230 f.; aA *von Danwitz* System (Fn. 60), 176, 230 ff., 364 ff.; *F. Ekardt* Der Staat 44 (2005), 622 (624); *W. Frenz* VerwArch 102 (2011), 134 (137 f.); *Schlacke* Rechtsschutz (Fn. 45), 94], sondern beruht auf konturierten klagefähigen Rechtspositionen (vgl. auch Art. 263 Abs. 4, Art. 340 Abs. 2 AEUV), vgl. *von Danwitz* Verwaltungsrecht (Fn. 149), 513 ff., 586 f.; *K. F. Gärditz* NVwZ 2014, 1 (1); *A. K. Mangold/R. Wahl* Die Verwaltung 48 (2015), 1 (26 f.); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 28), Art. 19 IV Rn. 152; *Schoch* ebd., § 50 Rn. 153. Zum anderen ist ein kontinuierliches Bemühen um eine **Konturierung klagefähiger Rechtspositionen** zu konstatieren, namentlich durch eine Differenzierung zwischen im Allgemein- und im Individualinteresse liegender Anforderungen materieller und prozeduraler Art: EuGH, Rs. C-222/02, Slg. 2004, I-9425, Rn. 25 ff. – Paul: Keine über Einlagensicherung hinausgehenden subjektiven Rechte im Kontext der (im Allgemeininteresse liegenden) Bankenaufsicht; Rs. C-209/98, Slg. 2000, I-3743, Rn. 96 ff. – Entreprenörforeningens Affälds/Miljøsektion (FFAD): Notifikationspflicht der Mitgliedstaaten gegenüber Kommission im Abfallrecht nicht individualschützend, da auf Verhältnis EK/MS bezogen. Siehe ferner Rs. C-201/02, Slg. 2004, I-723, Rn. 57 – Wells: keine bloßen Auswirkungen auf Rechte ausreichend; Rs. C-510/13, EU:C:2015:189, Rn. 37 ff. – E.ON Földgáz Trade: Drittschutz im Regulierungsrecht. Ebenso wenig ordnet es den Einzelnen einer **Integrationssteleologie** unter: So kennzeichnet die Unionsrechtsordnung von Anfang an, wie schon die Rs. van Gend und Loos belegt [EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 (26): Bei Versagung der unmittelbaren Anwendbarkeit „wäre jeder unmittelbare gerichtliche Schutz der individuellen Rechte der Einzelnen ausgeschlossen“], und gerade in jüngerer Zeit vermehrt eine Betonung der Rolle des Einzelnen [so auch *von Bogdandy* Grundprinzipien (Fn. 60), 39 f.; *Epiney* ebd., 391 ff.; *K. F. Gärditz* NVwZ 2014, 1 (2): Funktionalisierung und Abbau von Vollzugsdefiziten „Motive, die sich jedenfalls nicht in die Regelungsstruktur des europä-isierten Drittschutzes eingepägt haben“; *Hatje* Wirtschaftsverwaltung (Fn. 105), 376 f. m. Fn. 110; *M. Nettesheim* AöR 132 (2007), 333 (353 ff.) – wiewohl einen Wandel erst in jüngerer Zeit annehmend (334 ff.); demgegenüber sehr stark den Instrumentalisierungsaspekt betonend *von Danwitz* System (Fn. 60), 230 ff., 364 ff.; ferner *Scherzberg* Subjektiv-öffentliche Rechte (Fn. 29), § 12 Rn. 45]. Als Beispiel aus dem Bereich der Klageberechtigung genannt sei, dass sich auch auf unionaler Ebene die **norminterne Wirkung von Grundrechten** abzeichnet, vgl. EuGH, Rs. C-104/13, EU:C:2014:2316, Rn. 35 ff. – Olainfarm; dazu *U. Gassner* EuZW 2015, 33 (34). Auch in der Geltendmachung **prokuratorischer Rechte** liegt keine Instrumentalisierung des Einzelnen, da sie auf einer Entscheidung des Einzelnen beruht, siehe *M. Hong* JZ 2012, 380 (381) – anders *M. Ibler* FS Brohm, 2002, 405 (412). Es ist auch ein Missverständnis, den Verwaltungs-

Trotz dieser Modernisierungsimpulse des Unionsrechts erscheint es schließlich verfehlt, hieraus einen Verfallsbefund mangelnder Innovationskraft für das Grundgesetz zu konstruieren.<sup>164</sup> Schon der Vergleich des konkretisierungsbedürftigen (und zudem mittlerweile relativ konsolidierten<sup>165</sup>) Verwaltungsverfassungsrechts mit primär feinsteuernenden Vorgaben

---

rechtsschutz als primär im Dienste der Sicherung der Gesetzesbindung stehend zu sehen; dass vielmehr auch die Unionsrechtsordnung auf der „Anerkennung der individuellen Rechtsmacht als eines zentralen Gestaltungselements der Rechtsordnung“ beruht, belegen mit *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 2. Kap. Rn. 55, das Verständnis der Grundfreiheiten als subjektive Rechte und die Entfaltung des unionalen Grundrechtsschutzes (siehe Abs. 2 der Präambel und Art. 47 GRC) – gleichwohl die unterschiedliche Akzentsetzung betonend ebd., 1. Kap. Rn. 58 ff. Siehe auch *Schoch* ebd., § 50 Rn. 22.

Überdies kennt auch das Unionsverwaltungsrecht das Gebot eines **ausgewogenen Fehlerfolgenregimes** [zu Recht differenziert *C. D. Classen* Die Verwaltung 27 (1998), 307 (318 ff.); *Hindelang* Unionsverwaltung (Fn. 105), § 33 Rn. 52 ff.; *W. Kahl* NVwZ 2011, 449 (451); *Stelkens* Verwaltungsrecht (Fn. 108), Rn. 221 f.; *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 601 ff., 692 ff.; *J. Ziekow* NuR 2014, 229 (230): scharfe Kontrastierung des deutschen und europäischen Verfahrenskonzepts Folge von „Überakzentuierungen der Ergebnisorientierung und der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht im deutschen Recht“]. Dies illustriert zunächst das **Erfordernis der Ergebnisrelevanz von Verfahrensfehlern** [allg. *J. Gundel* Verwaltung, in: R. Schulze/M. Zuleeg/S. Kadelbach (Hrsg.) Europarecht, 3. Aufl. 2015, § 3 Rn. 178], das sich – anders als mitunter vertreten [vgl. *Kadelbach* Verwaltungsrecht (Fn. 105), 425 („nichtakzessorische Verfahrensrechte“; aber auch 424); *A. K. Mangold/R. Wahl* Die Verwaltung 48 (2015), 1 (11 f.); *H. C. Röhl* Ausgewählte Verwaltungsverfahren, GVwR II (Fn. 108), § 30 Rn. 8: Vergaberechtschutz „gerade zur Durchsetzung von Verfahrensrechten (§ 97 Abs. 7 GWB) vorgesehen und mit einer rigiden Nichtigkeitsfolge bewehrt“] – etwa im EU-Vergaberecht findet, siehe nur EuGH, Rs. C-249/01, Slg. 2003, I-6319, Rn. 18 – Hackermüller; Rs. C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 39 f. – eVigilo; *Wollenschläger* ebd., 692 f.; aus dem UVP-Kontext stellt die Altrip-Rechtsprechung [EuGH, Rs. C-72/12 (LS 3), EU:C:2013:712 – Altrip] ein weiteres Beispiel dar, vgl. dazu *Schmidt-Aßmann* (Fn. 28), Art. 19 IV Rn. 158b. Strenger zuvor noch etwa *F. Schoch* VBIBW 2013, 361 (369 f.); *Schwerdtfeger* ebd., 132 ff., 201 ff., 231 ff., 245 ff. (s. aber auch 282 f.). Strenger auch GA Wathelet, in: Rs. C-137/14, EU:C:2015:683, Rn. 88 ff. – Kommission/Deutschland. Siehe im Übrigen EuGH, verb. Rs. C-129/13 und C-130/13, EU:C:2014:2041, Rn. 78 ff. – Kamino (ebenso Rs. T-44/00, Slg. 2004, II-2223, Rn. 55 – Mannesmannröhren-Werke). Des Weiteren zu nennen ist die auch dem Unionsrecht bekannte **Differenzierung zwischen individualschützenden und lediglich im Allgemeininteresse stehenden Verfahrensanforderungen**, so in den soeben zitierten Rs. Paul und FFAD; ferner *Epiney* ebd., 404. Freilich schlägt sich das weite Verständnis individual-schützender Rechtspositionen auch hier nieder, siehe Fn. 159.

<sup>164</sup> So aber *O. Lepsius* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 179 (190 f.): Alle bedeutsamen Reformanstöße der jüngeren Zeit gehen auf Unionsrecht zurück (Einbeziehung des Bürgers; Stärkung des Verfahrensgedankens; Organisationsrecht; Finalprogrammierung; Informationsverwaltungs-, Vergabe- und Regulierungsrecht). Ähnlich im Übrigen für das Verhältnis von Verwaltungs- und Verfassungsrecht: *C. Waldhoff* FS Kloepfer, 2013, 261 (263 f., 275).

<sup>165</sup> So kennzeichnet die reformatorische Kraft höherrangigen Rechts vor allem Umbruchsituationen und betrifft damit eher den unvermindert fortschreitenden Prozess der

des EU-Sekundärrechts hinkt;<sup>166</sup> entsprechend innovative Verfassungsinterpretationen bürden die Gefahr von Übergriffen in den Konkretisierungsspielraum des Gesetzgebers durch Bundesverfassungsgericht respektive Wissenschaft<sup>167</sup>. Überdies sendet das Grundgesetz nach wie vor Impulse, so – neben der fortwährenden grundrechtlich-rechtsstaatlichen Orientierung<sup>168</sup> – etwa die in jüngerer Zeit verstärkte grundrechtliche Einhegung der Fiskalverwaltung,<sup>169</sup> das Einfordern von Verantwortungsklarheit im Kontext der Verwaltungs Kooperation,<sup>170</sup> die grundrechtliche Verarbeitung multipolarer Verwaltungsrechtsverhältnisse,<sup>171</sup> die Entwicklung von Privatisierungsgrenzen<sup>172</sup> oder den in Art. 87e, f GG zum Ausdruck kommenden (wiewohl zunehmend unionsrechtlich unterfütterten) Paradigmenwechsel hin zum Gewährleistungsstaat<sup>173, 174</sup>

---

Europäisierung als die nach fast 70 Jahren Geltung des Grundgesetzes relativ konsolidierte Konstitutionalisierung, die nunmehr eher stabilisierend wirkt. Siehe auch *Bumke* Methodik (Fn. 30), 109; *Jestaedt* Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 9), 38, der als Erklärung für das Phänomen der Konstitutionalisierung das – unterschiedlich starke Anpassungsreaktionen hervorrufende – „Aufeinandertreffen von altem Gesetzesrecht und neuem Verfassungsrecht“, die Notwendigkeit, den Vorrang der Verfassung mit dem Anwendungsvorrang des einfachen Rechts zu harmonisieren, sowie die Anpassung des einfachen Rechts an das sich wandelnde Verfassungsrecht sieht.

<sup>166</sup> Vgl. auch *von Danwitz* System (Fn. 60), 358; *Röhl* Verfassungsrecht (Fn. 17), 830 f.: „Anstelle abstrakter Prinzipien, die im Gegenstromprinzip mit den Erfahrungen des einfachen Rechts aufgefüllt werden könnten, bietet das Gemeinschaftsrecht in ständig zunehmendem Umfang konkrete Detailregelungen, die nicht zur Systematisierung des nationalen Rechts anregen, sondern es schlichtweg verdrängen.“

<sup>167</sup> Man denke nur an das aus Art. 3, 9 und 20a GG abgeleitete Gebot der Einführung einer Verbandsklage [vgl. hierzu die bei *Schlacke* Rechtsschutz (Fn. 45), 65 ff., nachgewiesenen und abgelehnten Ansätze; ebenfalls gegen ein Verfassungsgebot überindividuellen Rechtsschutzes: BVerfG, NVwZ 2001, 1148 (1149); BVerwGE 101, 73 (81 f.)]. Vgl. insgesamt auch *Masing* Rechtsstatus (Fn. 24), § 7 Rn. 77.

<sup>168</sup> Siehe etwa zu jüngeren Subjektivierungsimpulsen: BVerfGE 116, 135 (150, 153 f.); BVerwGE 132, 64 (68 f.); E 133, 347 (349 ff.). Zur Aktualität der Rechtsschutzgarantie etwa mit Blick auf Rechtsmittel im Verwaltungsprozess (Berufungszulassung) BVerfG, DVBl. 2000, 1458 (1458 f.); NVwZ-RR 2011, 963 (964), oder auf das Gebot einer Normenkontrolle gegenüber Rechtsverordnungen qua Feststellungsklage BVerfGE 115, 81 (91 ff.).

<sup>169</sup> BVerfGE 116, 135 (151, 153), und vor allem E 128, 226 (244 ff.).

<sup>170</sup> BVerfGE 119, 331 (366).

<sup>171</sup> BVerfGE 115, 205 (232 ff.); E 116, 1 (15 f.); E 116, 135 (155 ff.).

<sup>172</sup> BVerfGE 130, 76 (123 ff.). Sehr weitgehend BVerwG, NVwZ 2009, 1305 (1306 ff.); kritisch etwa *F. Schoch* DVBl. 2009, 1533 (1534 ff.).

<sup>173</sup> *Mörtl* (Fn. 84), Art. 87f Rn. 4: Art. 87f GG „muss ... als der wohl klarste verfassungsrechtliche Ausdruck eines Paradigmenwechsels begriffen werden, der in der Literatur als Entwicklung hin zum sog. Gewährleistungsstaat beschrieben worden ist.“

<sup>174</sup> Des Weiteren zu nennen wäre der Anstoß zur Entwicklung des Datenschutzrechts im Volkszählungsurteil BVerfGE 65, 1.

### d) Überformung des Verwaltungsverfassungsrechts

Schließlich ist eine Überformung von Instituten des Grundgesetzes zu verzeichnen. Als Konsequenz ergibt dieses nur in Zusammenschau mit dem Unionsrecht ein treffendes Bild der Verwaltungsverfassung.<sup>175</sup> So geht mit der Bindung der Verwaltung an vorrangiges Unionsrecht eine entsprechende Weitung der Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) – einschließlich einer strengen Normverwerfungspflicht<sup>176</sup> – einher.<sup>177</sup> Ferner bedarf ein adäquates Verständnis der Organisationsverfassung der Einbeziehung ihrer unionsrechtlichen Überformung, gerade angesichts der sich zunehmend verdichtenden Verbundstrukturen.<sup>178</sup>

## 2. Behauptung des Grundgesetzes

Trotz der skizzierten Relativierung und Erosionstendenzen verbleibt Raum für ein allbezügliches Grundgesetz (a). Seine Ausstrahlung nach außen (b) und Modernisierungschancen im Inneren (c) stehen überdies für einen europäisierungsbedingten Bedeutungsgewinn.

### a) Allbezüglichkeit und Erosionstendenzen

Namentlich Vorrang sowie die auch durch ein starkes Obergericht und seine Weichenstellungen beförderte Prägekraft der vorrangigen Rechtschicht<sup>179</sup> lassen Europäisierung und Konstitutionalisierung als strukturell

<sup>175</sup> Allgemein zu diesem Verbundbefund *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 108), 208 ff., nach dem „sich die Grundordnung des sozialen und politischen Lebens in der EU“ nur aus einer „Zusammenschau“ von unialem und nationalem Verfassungsrecht „erschließt“.

<sup>176</sup> Für die Exekutive: EuGH, Rs. C-103/88, Slg. 1989, 1839, Rn. 28 ff. – Fratelli Costanzo. Für die Judikative: Rs. C-106/77, Slg. 1978, 629, Rn. 24 – Simmenthal; Rs. C-103/88, Slg. 1989, 1839, Rn. 28 ff. – Fratelli Costanzo. Zustimmung *Kahl* Grundzüge (Fn. 43), § 74 Rn. 112. Ablehnend *R. Breuer* FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 223 (239). Zur Gefahr „selektiver Gesetzesmäßigkeit“ wegen der Nichtanwendungsbefugnis unionsrechtswidrigen nationalen Rechts *E. Schmidt-Aßmann* DVBl. 1993, 924 (932 ff.).

<sup>177</sup> *H. Dreier* DÖV 2002, 537 (540 f.); *Hatje* Wirtschaftsverwaltung (Fn. 105), 357 ff., 369 ff.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 57; 2. Kap. Rn. 12; 4. Kap. Rn. 8; mit kritischem Unterton *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 139; *ders.* StWSP 8 (1997), 423 (444 f.); *ders.* DVBl. 2009, 574 (575).

<sup>178</sup> Siehe dazu nur *J. A. Kämmerer* NVwZ 2015, 1321 (1323 f.). Allgemein zum Europäischen Verwaltungsverbund bereits oben Fn. 122.

<sup>179</sup> *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 26; *Jestaedt* Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 9), 64 f.; *W. Kahl* Die Verwaltung 42 (2009), 463 (469); *ders.* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 39 (49); *Mangold* Gemeinschaftsrecht (Fn. 108), 11, 235; *dies./R. Wahl* Die Verwaltung 48 (2015), 1 (4 f.); *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 106; *Wahl* Herausforderungen (Fn. 8), 96 ff.; *ders.* Europäisierung (Fn. 105), 881.

vergleichbare Prozesse erscheinen.<sup>180</sup> Es wäre nun aber verfehlt, aus dem Vorrang des Unionsrechts auch vor nationalem Verfassungsrecht einfach eine Ablösung der Konstitutionalisierung durch die Europäisierung zu folgern. Denn während der Prozess der Konstitutionalisierung von abstrakten Verfassungsprinzipien ausgeht, die einen Allbezüglichkeitsanspruch erheben, erfolgt die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts ausgehend von punktuellen Vorgaben, nicht aber von einem allbezüglichen EU-Verwaltungsverfassungsrecht.<sup>181</sup> Zwar kennt auch das Unionsrecht entsprechende Vorgaben der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie oder des Grundrechtsschutzes (vgl. Art. 2 EUV); auf mitgliedstaatlicher Ebene greifen diese indes – sieht man einmal von den freilich nicht mehr als einen Minimalstandard fordernden Homogenitätsanforderungen (Art. 7 i.V.m. Art. 2 EUV) ab<sup>182</sup> – nicht isoliert, sondern weithin nur akzessorisch bei anderweitigem EU-Bezug.<sup>183</sup> So folgen weder aus dem unionalen Demokratieprinzip allgemeine Anforderungen an die Legitimation nationaler Verwaltungsbehörden noch binden die Unionsgrundrechte das nationale Verwaltungshandeln umfassend (vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC). Ebenso wenig existiert ein kodifiziertes allgemeines Unionsverwaltungsrecht, das als „Transmissionsriemen“ eines EU-Verwaltungsverfassungsrechts<sup>184</sup> an die Stelle des nationalen Allgemeinen Verwaltungsrechts tritt – für ersteres besteht auch keine EU-Kompetenz<sup>185</sup>. Damit setzt das EU-Verwaltungs-

---

<sup>180</sup> Siehe zur Europäisierung als „weitere Konstitutionalisierung der gesamten Rechtsordnung“ *Kunig* Verfassungsrecht (Fn. 84), 59 f.; ferner *Gärditz* Hochschulorganisation (Fn. 63), 3; *Jestaedt* Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 9), 64 f.; *Wahl* Herausforderungen (Fn. 8), 98 ff.

<sup>181</sup> *Röhl* Verfassungsrecht (Fn. 17), 830 f.; *J. Schwarze* Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts, in: ders. (Hrsg.) Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss (Fn. 105), 798 (823). Siehe auch *Ladeur* Bedeutung (Fn. 106), 803 f.; *Möllers* Methoden (Fn. 3), § 3 Rn. 31. Dies tendenziell zu wenig berücksichtigend *Jestaedt* Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 9), 64, der Vorrang und Allbezüglichkeit parallelisiert.

<sup>182</sup> Den Ausgestaltungsspielraum betonend *W. Hoffmann-Riem* Kohärenzvorsorge hinsichtlich verfassungsrechtlicher Maßstäbe für die Verwaltung in Europa, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Fn. 17), 749 (761 ff.).

<sup>183</sup> Ebenfalls den insoweit beschränkten Anwendungsbereich der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts betonend *J. van den Brink/W. den Ouden/S. Prechal/R. J. G. M. Widdershoven/J. H. Jans*, General Principles of Law, in: *Jans/Prechal/Widdershoven* (Hrsg.) Europeanisation (Fn. 105), 133 (161); *Galetta/Hofmann/Mir Puigpelat/Ziller* Principles (Fn. 36), 8. Siehe ferner *M. Eifert* FS Bryde, 2013, 355 (359); *C. Waldhoff* FS Kloepfer, 2013, 261 (263 f.).

<sup>184</sup> Zum Allgemeinen Verwaltungsrecht als „Transmissionsriemen“ des Verwaltungsverfassungsrechts *Wahl* Aufgabenabhängigkeit (Fn. 59), 212. Siehe ferner bereits oben Fn. 62 und *J.-P. Schneider* Single case decision-making and the ReNEUAL codification project: Book III in particular, in: *M. Ruffert* (Hrsg.) The Model Rules on EU Administrative Procedures: Adjudication, 2016, iE, A.

<sup>185</sup> Siehe nur *W. Kahl* Die Verwaltung *Beih.* 10 (2010), 39 (59 ff.); *Krönke* Verfahrensaunomie (Fn. 134), 49 ff.; *J. Schwarze* Formen, Standards und Zukunftsperspektiven des



verfassungsrecht aufgrund seiner Akzessorietät das Grundgesetz nicht pauschal außer Kraft. Vielmehr bleibt, zusätzlich zur Existenz kaum europäisierter Materien, Raum für die Konstitutionalisierung auch in europäisierten Bereichen. Hinzu kommen vom Unionsrecht belassene Spielräume.

So bestimmt etwa die grundgesetzliche Selbstverwaltungsgarantie die staatsorganisatorische Stellung von Kommunen auch, wenn diese Unionsrecht vollziehen, oder bleibt jenseits zwingender unions(grund)rechtlicher Vorgaben Raum für eine Anwendung der nationalen Grundrechte. Überdies verpflichtet die unionsrechtlich gebotene Verselbstständigung von Behörden nach dem EuGH die „Mitgliedstaaten keineswegs ..., dem Parlament jede Einflussmöglichkeit vorzuenthalten“,<sup>186</sup> was das nationale Demokratieprinzip im Spiel lässt. Auch bleibt die grundgesetzliche Rechtsschutzgarantie für Eilverfahren, die den Vollzug von Unionsrecht betreffen, jenseits der unionsrechtlich vorgegebenen strengen Standards für die Außervollzugsetzung relevant, sogar hinsichtlich der Interessenabwägung selbst.<sup>187</sup> Schließlich manifestieren sich auch fragwürdige Beharrungskräfte zugunsten einer Ausblendung unionsrechtlicher Überformungen, oftmals

---

Europäischen Verwaltungsrechts, in: ders. (Hrsg.) Bestand und Perspektiven (Fn. 105), 11 (24 f.). Offen: *Stelkens* Verwaltungsrecht (Fn. 108), Rn. 143. Freilich deckt eine **EU-Sachkompetenz** auch (materienspezifische) verwaltungsorganisatorische und verwaltungs-verfahrensrechtliche Regelungen, statt vieler EuGH, Rs. C-518/07, Slg. 2010, I-1885, Rn. 47 ff. – Kommission/Deutschland; *Gundel* Verwaltung (Fn. 163), § 3 Rn. 111, unter Betonung des Subsidiaritätsgrundsatzes; *Hatje* Wirtschaftsverwaltung (Fn. 105), 100 ff.; *Krönke* ebd., 49 ff.; *Stelkens* ebd., Rn. 141. Restriktiv mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip *Rengeling* Verwaltungsrecht (Fn. 103), 231 f.; ferner *T. von Danwitz* DVBl. 1998, 421 (428 ff.); *K. F. Gärditz* Regulierungsrechtliche Grundfragen des Legislativpakets für die europäischen Strom- und Gasmärkte, in: W. Löwer (Hrsg.) Bonner Gespräche zum Energierecht, Bd. 5, 2010, 23 (50 ff.); weiter demgegenüber *D. Kugelmann* VerwArch 98 (2007), 78 (82). Für ein nunmehr **durch Art. 291 Abs. 1 AEUV begründetes „Regel-Ausnahme-Verhältnis** im Sinne des Subsidiaritätsprinzips“ *Ruffert* Europäisierung (Fn. 33), § 94 Rn. 20. AA mwN *Stelkens* ebd., Rn. 133 ff. Zurückhaltend auch *Hindelang* Unionsverwaltung (Fn. 105), § 33 Rn. 5 ff.

<sup>186</sup> EuGH, Rs. C-518/07, Slg. 2010, I-1885, Rn. 43 – Kommission/Deutschland. Zu entsprechenden nationalen Bestrebungen *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 148.

<sup>187</sup> BVerfGK 3, 331 (335). Siehe auch *Wollenschläger* (Fn. 125), § 123 Rn. 51; BVerwGE 124, 47 (61 f.); ferner – zu Beurteilungsspielräumen – E 148, 48 (61 f.): „Das Unionsrecht gibt der Regulierungsbehörde lediglich einen Entscheidungsspielraum vor, macht darüber hinaus jedoch keine Vorgaben für den Umfang der gerichtlichen Kontrolle. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist es allein Sache der Mitgliedstaaten, im Rahmen ihrer Verfahrensautonomie unter Wahrung der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes das zuständige Gericht, die Verfahrensart und damit die Art und Weise der richterlichen Kontrolle von Entscheidungen ... zu bestimmen“; ebenso NVwZ 2012, 1047 (1050 f.).

zur Vermeidung einer Vorlage zum EuGH.<sup>188</sup> Die Existenz von Parallelverfassungen<sup>189</sup> mag ein Leben in Parallelwelten befördern.

Dies ist freilich nur die halbe Wahrheit: Denn die Allbezüglichkeit des Grundgesetzes erodiert mit der stetigen Verbreiterung, Verdichtung und Potenzierung der Europäisierung. Diese bedingen eine zunehmende Durchlöcherung des grundgesetzlichen Mantels<sup>190</sup>. Verbreiterung, da die fortschreitende Kompetenzübertragung und -aktualisierung auf Unionsebene eine zunehmende Europäisierung des Fachrechts bedeutet. Verdichtung, da sich das Regelungsprogramm zahlreicher Sekundärrechtsakte nicht mehr nur auf materielle Vorgaben, sondern auch auf Aspekte des Organisations- und Verfahrensrechts sowie des Rechtsschutzes erstreckt und Verbundstrukturen etabliert. Hierfür stehen die EU-Vergaberichtlinien, das Netzregulierungsrecht, das Datenschutzrecht oder die Dienstleistungsrichtlinie.<sup>191</sup> Potenzierung, da die unionsrechtliche Regelung eines Sachverhalts die Tür für die Anwendbarkeit des EU-Verwaltungsverfassungsrechts im nationalen Kontext öffnet. Hier treten neben die beiden Grundprinzipien der Äquiva-

---

<sup>188</sup> Robust BVerwGE 129, 27 (37): „Inwiefern sich aus dem Gemeinschaftsgrundrecht auf effektiven Rechtsschutz auch Schranken für den Gemeinschaftsgesetzgeber selbst ergeben, ist bislang nicht geklärt. Deswegen braucht die Sache aber nicht dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt zu werden. Die Gemeinschaftsgrundrechte speisen sich vor allem aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten (Art. 6 Abs. 2 EUV). Es spricht daher alles dafür, dass das Gemeinschaftsgrundrecht auf effektiven Rechtsschutz jedenfalls nicht weiter reicht als das deutsche Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG. Die Einräumung eines gerichtlich nur eingeschränkt überprüfaren Beurteilungsspielraums für die Sinnenprüfung von Wein (allein) durch den deutschen Gesetzgeber wäre aber mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar.“ Siehe auch E 131, 41 (47 f.). Undeutlich im Maßstab (Art. 19 Abs. 4 GG oder Identitätskontrolle, von der indes keine Rede ist) bleibt BVerfGK 3, 331 (335) – zur gebotenen Differenzierung *Wollenschläger* (Fn. 125), § 123 Rn. 49. Demgegenüber grundgesetzliche Maßstäbe ausblendend BVerwGE 124, 47 (56 f.).

<sup>189</sup> Begriff nach S. *Unger* DVBl. 2015, 1069 (1074).

<sup>190</sup> Siehe nur *Lang* Funktionen (Fn. 34), § 266 Rn. 43.

<sup>191</sup> Siehe zum Organisationsrecht nur Art. 28 Abs. 1 UAbs. 2 Datenschutz-RL 95/46/EG (Fn. 123) in seiner Interpretation durch EuGH, Rs. C-518/07, Slg. 2010, I-1885, Rn. 17 ff. – Kommission/Deutschland oder Art. 3 Abs. 3a UAbs. 1 TK-Rahmen-RL 2002/21/EG (Fn. 124) mit EG 13 RL 2009/140/EG; zu Verfahrensvorgaben Art. 5 Dienstleistungs-RL 2006/123/EG (Fn. 142); zum Rechtsschutz die Vorgaben der RL 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. L 395/33, zul. geändert durch Art. 46 RL 2014/23/EU, ABl. L 94/1; zu Verbundstrukturen Art. 7 ff., 15 ff. TK-Rahmen-RL 2002/21/EG (Fn. 124).

lenz und Effektivität<sup>192</sup> mitunter nivellierende Kohärenzanforderungen<sup>193</sup> sowie in zunehmendem und teils auch expansivem<sup>194</sup> Maße allgemeine Rechtsgrundsätze,<sup>195</sup> etwa der EU-Grundrechtsschutz.<sup>196</sup> Erhebliches Unitarisierungspotential schlummert auch im EU-Grundrecht auf gute Verwaltung (Art. 41 GRG),<sup>197</sup> zumal es Teile der Literatur schon *contra legem* auf die Mitgliedstaaten erstrecken<sup>198</sup>. Überdies können verwaltungsrecht-

<sup>192</sup> Zu diesen EuGH, verb. Rs. C-205–215/82, Slg. 1983, 2633, Rn. 30 ff. – Deutsche Milchkontor, und statt aller *Krönke* Verfahrensautonomie (Fn. 134), 228 ff. Die Unterschiede der Einwirkung qua Effektivitätsgrundsatz gegenüber einem Zurücktreten qua Anwendungsvorrang bei Kollisionen betonend *Ladeur* Bedeutung (Fn. 106), 803 f.

<sup>193</sup> Kritisch zur über Äquivalenz- und Effektivitätsanliegen hinausgehenden Rechtsprechung, die unter Berufung auf Kohärenzerwägungen ohne Kompetenzgrundlage rechtsvereinheitlichend hin zu den EU-Standards wirke (einstweiliger Rechtsschutz: EuGH, verb. Rs. C-143/88 und C-92/89, Slg. 1991, I-415, Rn. 33 – Zuckerrfabrik Süderdithmarschen; Rs. C-465/93, Slg. 1995, I-3761, Rn. 32 ff. – Atlanta; Sekundärrechtsschutz: Rs. C-46/93, Slg. 1996, I-1029, Rn. 71 f. – Brasserie du Pêcheur) *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 30; *ders.* FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 507 (512 f., 529). Ausgewogen *Streinz* Primär- und Sekundärrechtsschutz (Fn. 103), 337 ff. Diese Kritik zurückweisend auch *Wollenschläger* (Fn. 125), § 123 Rn. 42 ff.

<sup>194</sup> Siehe einerseits EuGH, Rs. C-617/10, EU:C:2013:280, Rn. 17 ff. – Fransson, andererseits aber auch Rs. C-206/13, EU:C:2014:126, Rn. 26 f. – Siragusa, Rs. C-198/13, EU:C:2014:2055, Rn. 35 – Hernández, Rs. C-333/13, EU:C:2014:2358, Rn. 87 ff. – Dano und Rs. C-117/14, ECLI:EU:C:2015:60, Rn. 27 ff. – Nisttahuz Poclava. Allgemein dazu *Wollenschläger* Grundrechtsschutz (Fn. 121), § 8 Rn. 29 ff.

<sup>195</sup> Für einen Überblick über die vom EuGH anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze: *Stelkens* Verwaltungsrecht (Fn. 108), Rn. 91 ff.; ferner *Galetta/Hofmann/Mir Puigpelat/Ziller* Principles (Fn. 36), 22; *Kadelbach* Verwaltungsrecht (Fn. 105), 115 ff.

<sup>196</sup> Siehe für eine Dynamisierung angesichts der Grundrechtsgeltung EuGH, Rs. C-12/08, Slg. 2009, I-6653, Rn. 49 – Mono Car Styling; Rs. C-510/13, EU:C:2015:189, Rn. 50 – E.ON Földgáz Trade. Auf die potentielle Weite, aber auch auf eine moderate Aktivierung verweisend von *Danwitz* Verwaltungsrecht (Fn. 149), 227 ff.; ferner – im Überblick und für einen ausgewogenen Befund – *ders.* ebd., 476 ff. Siehe auch *Kadelbach* Verwaltungsrecht (Fn. 105), 108 ff.; *Schwarze* Europäisierung (Fn. 181), 824 f.

<sup>197</sup> Siehe namentlich den nicht abschließenden Charakter des Art. 41 GRG (Abs. 2: „insbesondere“), das weite Konzept „gute Verwaltung“ und das in Abs. 1 apostrophierte, auch nicht normative Maßstäbe konstitutionalisierende Recht auf gerechte Behandlung von Verwaltungsangelegenheiten. Für ein weites Verständnis *P.-M. Efstratiou* Der Grundsatz der guten Verwaltung als Herausforderung an die Dogmatik des nationalen und europäischen Verwaltungsrechts, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 17), 281 (299 ff.); ferner zum Potential *W. Hoffmann-Riem* Juristische Verwaltungswissenschaft – multi-, trans- und interdisziplinär, in: J. Ziekow (Hrsg.) Verwaltungswissenschaften und Verwaltungswissenschaft, 2003, 45 (49); *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 223 f. Restriktiv (beschränkte Garantie individueller Verfahrensrechte) *Hoffmann-Riem* Kohärenzvorsorge (Fn. 182), 763 f.; *H.-W. Laubinger* FS Bull, 2011, 659 (665 ff.). Zur zentralen Rolle des Art. 41 GRG im EU-Verwaltungsverfassungsrecht *Ruffert* Europäisierung (Fn. 33), § 94 Rn. 21 ff.

<sup>198</sup> Für eine Bindung auch der Mitgliedstaaten beim indirekten Vollzug *K. F. Gärditz* DÖV 2010, 453 (464); *D.-U. Galetta* EuR 2007, 57 (79 ff.); *Schmidt-Abmann* Verfassungs-

liche Kodifikationsbestrebungen auf EU-Ebene, in jüngerer Zeit etwa das ReNEUAL-Projekt,<sup>199</sup> als besagter „Transmissionsriemen“ eines EU-Verwaltungsverfassungsrechts potentiell folgenreich sein und sind teils auch so angelegt.<sup>200</sup> Schließlich erzeugen gemeineuropäische Verfassungsgrundsätze und punktuelle Vorgaben Spill-over-Effekte, sei es im Wege der freiwilligen Rezeption einer für vorzugswürdig erachteten EU-Regelung,<sup>201</sup> sei es aber auch, um ein doppelspuriges Verwaltungsrecht zu vermeiden.<sup>202, 203</sup>

---

prinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 17, 37; vgl auch EuGH, Rs. C-277/11, EU:C:2012:744, Rn. 83 ff. – M. AA (nur EU) *Gundel* Verwaltung (Fn. 163), § 3 Rn. 183 (indes die Inhaltsgleichheit der Grundsätze betonend); *W. Kahl* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 39 (60 f.) mwN; *Ruffert* Europäisierung (Fn. 33), § 94 Rn. 28 – aber Mitgliedstaaten über weitere Grundrechte; *Stelkens* Verwaltungsrecht (Fn. 108), Rn. 113 f.: Bindung über allgemeine Rechtsgrundsätze. Partiiell weiter *Hindelang* Unionsverwaltung (Fn. 105), § 33 Rn. 43, 47 f. Zur „Gefahr, dass unter Berufung auf das diffuse („tentakelartige“) Konzept der guten Verwaltung die Grenzen der Anpassungsfähigkeit der nationalen Verwaltungsrechtsordnungen aus dem Blick geraten und der Wandel des Verwaltungsrechts, seiner Institutionen und Systemerfordernisse nicht mehr in einem Sinne bewältigt werden kann, der Freiheit, Gleichheit und Selbstbestimmung aller Bürger gewährleistet“: *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 224.

<sup>199</sup> Zur Kodifikationsfrage auch *A. Guckelberger* NVwZ 2013, 601; *W. Kahl* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 39 (55 ff., 82 ff.); *Ruffert* Europäisierung (Fn. 33), § 94 Rn. 54 ff.; *R. Widderhofen* REALaw 7 (2014), 5. Speziell zum ReNEUAL-Entwurf [vgl. [www.reneual.eu](http://www.reneual.eu) (10.11.2015)] *H. C. H. Hofmann/J.-P. Schneider/J. Ziller* REALaw 7 (2014), 45.

<sup>200</sup> Siehe EP, Resolution vom 15.1.2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union (2012/2024(INL)), lit. S: “a European Law of Administrative Procedure could strengthen a spontaneous convergence of national administrative law, with regard to general principles of procedure and the fundamental rights of citizens vis-à-vis the administration, and thus strengthen the process of integration”; sehr deutlich in diese Richtung auch *Galetta/Hofmann/Mir Puigpelat/Ziller* Principles (Fn. 36), 13.

<sup>201</sup> Hierzu nur *Wahl* Europäisierung (Fn. 105), 876, 886 ff. Ferner zu „ungesteuerten Anpassungsprozessen“ *Mangold* Gemeinschaftsrecht (Fn. 108), 480 ff. Zurückhaltend hinsichtlich der Bedeutung *J. Schwarze* Deutscher Landesbericht, in: ders. (Hrsg.) Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss (Fn. 105), 123 (209 f.).

<sup>202</sup> Hierzu *E. Schmidt-Aßmann* ZÖR 55 (2000), 159 (165 f.); *Wahl* Europäisierung (Fn. 105), 875, 885 f. Befürwortend *Brenner* Gestaltungsauftrag (Fn. 105), 225 ff. (aus Gründen der Praktikabilität und der Kohärenz); *C. Engel* Die Verwaltung 25 (1992), 437 (475 f.); *K.-P. Sommermann* Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluß – Analyse aus deutscher Sicht, in: Schwarze (Hrsg.) Bestand und Perspektiven (Fn. 105), 181 (192 f., 195 f.); *Schwarze* Europäisches Verwaltungsrecht (Fn. 105), CXXXIII; *Zuleeg* Verwaltungsrecht (Fn. 103), 178. Ablehnend *Classen* Europäisierung (Fn. 106), 129 f.

<sup>203</sup> Beispiele aus dem deutschen Allgemeinen Verwaltungsrecht sind die über den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie hinaus ausgedehnten Regelungen zur Europäischen Verwaltungszusammenarbeit (§§ 8a ff. VwVfG) – dazu *Gundel* Verwaltung (Fn. 163), § 3 Rn. 145 ff.; *Kahl* Grundzüge (Fn. 43), § 74 Rn. 51 ff.; *Ruffert* Europäisierung (Fn. 33), § 94 Rn. 31 –, zur Genehmigungsfiktion (§ 42a VwVfG) und zum Verfahren über

Dies kann zu einem faktischen Bedeutungsverlust des Verwaltungsverfassungsrechts führen.

*b) Gewinn an Maßstäblichkeit qua Ausstrahlung nach außen*

Jenseits aller Relativierung gewinnt das Grundgesetz auch an Maßstäblichkeit: Es zieht über seine – freilich nur Mindestverfassungsstandards fordernde<sup>204</sup> – Struktursicherungsklausel (Art. 23 Abs. 1 GG)<sup>205</sup> und im Schatten derselben nicht nur der Europäisierung defensiv letzte Grenzen, sondern erhebt auch aktiv Anspruch auf Mitgestaltung des Integrationsprozesses.<sup>206</sup> Hieran ist zwar noch keine Überformung gescheitert;<sup>207</sup> für grundgesetzliche Strahlkraft steht allerdings die Solange-Rechtsprechung, die der Entfaltung des EU-Grundrechtsschutzes Schub verliehen hat.<sup>208</sup> Sogar dem schwach begründeten EuGH-Urteil zur Verselbstständigung der Datenschutzaufsicht über Private lässt sich insoweit eine positive Seite abgewinnen: In Konfrontation mit den grundgesetzlichen Legitimationsvorstellungen hat der EuGH nämlich im Rechtsvergleich nicht selbstverständliche<sup>209</sup> normative Folgerungen aus dem unionalen Demokratieprinzip

---

eine einheitliche Stelle (§§ 71a ff. VwVfG). Selbiges mag sich auch für die Fehlerfolgenregelung der §§ 45 f. VwVfG abzeichnen.

<sup>204</sup> *Hatje* Wirtschaftsverwaltung (Fn. 105), 424; *Rengeling* Verwaltungsrecht (Fn. 103), 204, 217; *Schmidt-Aßmann* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 4; *Wollenschläger* (Fn. 108), Art. 23 Rn. 63. Siehe auch, die mangelnde Kompensation „des bereichsbezogenen Steuerungsverlustes“ durch den Verfassungsvorbehalt des Art. 23 Abs. 1 GG wegen der strengeren verfassungsrechtlichen Standards betonend *Schuppert/Bumke* Konstitutionalisierung (Fn. 18), 68 f. (siehe dann aber den Konvergenzbefund auf 70). Die unterschiedlichen Standards unter Verweis auf eine an Art. 23 Abs. 1 GG ausgerichtete, den Steuerungsanspruch des GG sichernde (Art. 20 GG) Lernverpflichtung des Grundgesetzes tendenziell überspielend *J. Kersten* DVBl. 2011, 585 (590).

<sup>205</sup> Zu dieser nur *Wollenschläger* (Fn. 108), Art. 23 Rn. 61 ff.

<sup>206</sup> Siehe zum Grundgesetz als „Projektionsfläche, von der aus der Gesamtvorgang der europäischen Integration beurteilt wird“: *Volkman* Verfassungslehre (Fn. 19), 78; ferner zur „Ordnung von Herrschaft durch Struktursicherung“ auch *S. Unger* DVBl. 2015, 1069 (1072 f., 1075 f.).

<sup>207</sup> Siehe für die Verfassungskonformität der unionsrechtlich vorgegebenen strengen Anforderungen an die (vorläufige) Außervollzugsetzung von Unionsrecht durch Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte BVerfGK 3, 331 (335 f.); ferner für den reduzierten Vertrauensschutz bei der Aufhebung EU-beihilfenrechtswidriger Verwaltungsakte BVerfG, NJW 2000, 2015 (2015 f.), und BVerwGE 106, 328 (333 ff.). Siehe aber auch BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14.

<sup>208</sup> Hierzu statt vieler mwN *Wollenschläger* Grundrechtsschutz (Fn. 121), § 8 Rn. 13; ferner *Zuleeg* Verwaltungsrecht (Fn. 103), 169 ff.

<sup>209</sup> Siehe *J. Masing* Organisationsdifferenzierung im Zentralstaat – unabhängige Verwaltungsbehörden in Frankreich, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 17), 399 (423 f.); ferner *E. Schmidt-Aßmann/S. Dagrö* ZaöRV 2007, 395 (430 ff., 447 ff.).

gezogen und Grenzen für die Verselbstständigung markiert.<sup>210</sup> Zwangsläufig führt dies nicht zu einer vollumfänglichen Spiegelung grundgesetzlicher Vorgaben, zumal zahlreiche andere Mitgliedstaaten verselbstständigte Verwaltungsbehörden kennen.<sup>211</sup> Immerhin hat der EuGH mit dem Erfordernis eines hinreichenden parlamentarischen Einflusses<sup>212</sup> Pflöcke eingerammt; zudem klingt ein Rechtfertigungsbedürfnis an.<sup>213, 214</sup>

Auch jenseits potentieller Drohkulissen inspiriert das Grundgesetz qua sachlicher Überzeugungskraft seiner Institute und der sie vermittelnden Wissenschaft und Rechtspraxis die Entwicklung des EU-Verwaltungsverfassungsrechts, stellen die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten doch eine maßgebliche Rechtserkenntnisquelle dar (vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV).<sup>215</sup> Hierfür steht der Siegeszug des Verhältnismä-

<sup>210</sup> Zu Grenzen für eine Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf EU-Agenturen: EuGH, Rs. 9/56 und Rs. 10/56, Slg. 1958, Rn. 11/53 – Meroni; Rs. C-301/02P, Slg. 2005, I-4071, Rn. 41, 44 – Tralli/EZB; Rs. C-270/12, EU:C:2014:18, Rn. 41 ff. – Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat. Zur Problematik statt vieler *M. Ruffert* FS Scheuing, 2011, 399 (403 f.).

<sup>211</sup> Siehe die Relativierung im Rechtsvergleich in EuGH, Rs. C-518/07, Slg. 2010, I-1885, Rn. 42 – Kommission/Deutschland: „Dieser Grundsatz bedeutet nicht, dass es außerhalb des klassischen hierarchischen Verwaltungsaufbaus keine öffentlichen Stellen geben kann, die von der Regierung mehr oder weniger unabhängig sind. Das Bestehen und die Bedingungen für das Funktionieren solcher Stellen sind in den Mitgliedstaaten durch Gesetz und in einigen Mitgliedstaaten sogar in der Verfassung geregelt, und diese Stellen sind an das Gesetz gebunden und unterliegen der Kontrolle durch die zuständigen Gerichte.“ Für einen rechtsvergleichenden Überblick: R. Caranta/M. Andenas/D. Fairgrieve (Hrsg.) *Independent Administrative Authorities*, 2004; *T. Groß* JZ 2012, 1087 (1090 f.); C. Hood/G. F. Schuppert (Hrsg.) *Verselbständigte Verwaltungseinheiten in Westeuropa*, 1988; *M. Ruffert* *Verselbständigte Verwaltungseinheiten: Ein europäischer Megatrend im Vergleich*, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 17), 431 (433 ff.). Speziell zu Frankreich: *Masing* *Organisationsdifferenzierung* (Fn. 209).

<sup>212</sup> EuGH, Rs. C-518/07, Slg. 2010, I-1885, Rn. 43 ff. – Kommission/Deutschland.

<sup>213</sup> EuGH, Rs. C-518/07, Slg. 2010, I-1885, Rn. 42 – Kommission/Deutschland: „Solche unabhängigen öffentlichen Stellen, wie es sie im Übrigen auch im deutschen Rechtssystem gibt, haben häufig Regulierungsfunktion oder nehmen Aufgaben wahr, die der politischen Einflussnahme entzogen sein müssen, bleiben dabei aber an das Gesetz gebunden und der Kontrolle durch die zuständigen Gerichte unterworfen. Eben dies ist bei den Aufgaben der Kontrollstellen für den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten der Fall.“

<sup>214</sup> Eine Annäherung an das etablierte deutsche Modell konstatierend: *K. F. Gärditz* AöR 135 (2010), 251 (281).

<sup>215</sup> Siehe allgemein zur „Anstoßfunktion nach außen“ *Volkman* *Verfassungslehre* (Fn. 19), 79, und zu „Transkulturationsprozesse[n]“ *Ruffert* *Europäisierung* (Fn. 33), § 94 Rn. 46; ferner 48, 51. Siehe auch *Sommermann* *Veränderungen* (Fn. 202), 197 f.; ferner mit Beispielen *Neidhardt* *Rechtseinstitute* (Fn. 160), 18 ff. So hat der EuGH das Recht auf Anhörung aufgrund eines gemeineuropäischen Rechtsvergleichs entwickelt, siehe GA Warner, in: Rs. 17/74, Slg. 1974, 1063 (1090 f.) – *Transocean Marine Paint Association/Kom-*

Bigkeitsgrundsatzes, aber auch die Ausstrahlung grundgesetzlich geprägter Institute, Lehren und Begriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts in das europäische Verwaltungsrecht. Ein aktuelles Beispiel stellt die Frage nach der Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern im UVP-Kontext dar: Hier hat der EuGH im Altrip-Urteil in Konfrontation mit dem Kausalitätserfordernis des § 46 VwVfG und dem hinter ihm stehenden verfassungsrechtlichen Leitbild einer dienenden Funktion des Verfahrens immerhin die Auswirkungslehre als Teil des Unionsverwaltungsrechts anerkannt, wenn auch mit für das deutsche Verwaltungsrecht heilsamen Vorbehalten.<sup>216</sup>

Vor diesem Hintergrund besteht die Herausforderung darin, eine mit der Europäisierung schritthaltende Binnenkonstitutionalisierung des Unionsrechts sicherzustellen, die nicht einseitig auf Effektivität setzen darf.<sup>217</sup> Hier setzt oftmals Kritik an.<sup>218</sup> Der Befund fällt freilich differenzierter aus, als oftmals gebrandmarkt:<sup>219</sup> Denn mitunter bot das Unionsrecht schon

---

mission, ferner das Urteil, Rn. 15; ähnlich für den Vertrauensschutz beim Widerruf begünstigender Verwaltungsakte verb. Rs. 7/56 und 3–7/57, Slg. 1957, 81 (118 f.) – Algera.

<sup>216</sup> EuGH, Rs. C-72/12, EU:C:2013:712, LS 3 – Altrip. Diese Entscheidung warnt vor einer Überbetonung des dem Unionsrecht zugrunde liegenden Verfahrenskonzepts, indem sie unterstreicht, dass auch das unionale Verwaltungsrecht für eine ausgewogene Verfahrensfehlerfolgenlehre offen ist [dazu bereits oben, Fn. 163; siehe auch *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1334); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 28), Art. 19 IV Rn. 158b. Strenger zuvor noch etwa *W. Kahl* NVwZ 2011, 449 (451); *M. Kment* NVwZ 2012, 481 (482 f.); *F. Schoch* VBIBW 2013, 361 (369 f.); *Schwerdtfeger* Verwaltungsrechtsschutz (Fn. 45), 132 ff., 201 ff., 231 ff., 245 ff. (s. aber auch 282 f.). Insoweit ist die Entscheidung auch verallgemeinerbar – vorsichtig befürwortend *Schmidt-Aßmann* (Fn. 28), Art. 19 IV Rn. 158b; ferner *S. Schlacke* NVwZ 2014, 11 (17); tendenziell zurückhaltend *K. F. Gärditz* NVwZ 2014, 1 (10). Restriktiv nunmehr GA Wathelet, in: Rs. C-137/14, EU:C:2015:683, Rn. 94 ff. – Kommission/Deutschland; siehe auch das Urteil des EuGH, Rn. 54 ff.

<sup>217</sup> *U. Battis* DÖV 2001, 988 (989); *von Bogdandy* Grundprinzipien (Fn. 60), 19 f.; *A. K. Mangold/R. Wahl* Die Verwaltung 48 (2015), 1 (4 f.); *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 7. Kap. Rn. 20 ff.; *ders.* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 11 ff. Zurückhaltend hinsichtlich deren Möglichkeit *Röhl* Verfassungsrecht (Fn. 17), 830 ff. Am Beispiel der Rechtsschutzgarantie: *Streinz* Primär- und Sekundärrechtsschutz (Fn. 103), 342.

<sup>218</sup> Siehe *F. Schoch* Die Verwaltung Beih. 2, 1999, 135 (142 f.): „relative Eindimensionalität des Gemeinschaftsrechts“, d.h. inhaltliche Maßstabsarmut kombiniert mit einer hohen Rechtsdurchsetzungseffektivität; ähnlich *ders.* JZ 1995, 109 (117); *F. Ossenbühl* DVBl. 1993, 753 (761 f.); *E. Schmidt-Aßmann* DVBl. 1993, 924 (931); *Scherzberg* Subjektiv-öffentliche Rechte (Fn. 29), § 12 Rn. 45. Dieses besondere Augenmerk auf die Effektivität des Unionsrechts ist durch den erst zu sichernden Vorrang des Unionsrechts und Durchsetzungsdefizite erklärbar [vgl. *E. Schmidt-Aßmann* FS Häberle, 2004, 395 (405); *D. Thym* JZ 2015, 53 (58)], ohne dass dies freilich defizitäre Verfassungsstandards zu rechtfertigen vermag.

<sup>219</sup> Dies resultiert schon aus dem strukturell vergleichbaren konstitutionellen Gerüst auf EU- und nationaler Ebene (vgl. Art. 2 EUV). Siehe dazu auch *Bumke* Methodik (Fn. 30), 112 f.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 65: trotz mitunter unterschied-

immer einen stärkeren Schutz als das Grundgesetz,<sup>220</sup> mitunter beruht die Kritik auf einer überzogenen Aufladung des Grundgesetzes,<sup>221</sup> mitunter lässt sich ein höherer Verfassungsstandard schon gar nicht bestimmen<sup>222</sup>; hinzu kommt die gerade in letzter Zeit fortschreitende Binnenkonstitutionalisierung des unionalen Verwaltungsrechts, ablesbar am gestärkten Grundrechtsschutz,<sup>223</sup> an der zunehmenden Anerkennung von Belangen der Rechtssicherheit bei der Aufhebung unionsrechtswidriger Verwaltungsentscheidungen<sup>224</sup> oder an der Entfaltung demokratischer Anforderungen an die Behördenlegitimation<sup>225</sup>. Defizite verbleiben, punktuell etwa noch im

---

licher Wertungen auch EU Rechtsgemeinschaft, weshalb keine „kategoriale Zäsur“; ferner *ders.* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 49 ff.; *F. Hoffmeister* Die Wirkweise des europäischen Rechtsstaatsprinzips in der Verwaltungspraxis, in: C. Calliess (Hrsg.) Verfassungswandel im europäischem Staaten- und Verfassungsverbund, 2007, 141 (141 ff.); *Kahl* Grundzüge (Fn. 43), § 74 Rn. 7 f.; *S. Unger* DVBl. 2015, 1069 (1070 Fn. 14).

<sup>220</sup> Dies gilt etwa hinsichtlich des Konkurrentenschutzes bei der öffentlichen Auftragsvergabe und der unternehmerischen Betätigung der öffentlichen Hand, siehe oben III.1.b.

<sup>221</sup> Dies gilt namentlich für den Vertrauensschutz bei der Aufhebung beihilfenrechtswidriger Verwaltungsakte, dazu bereits oben III.1.a.

<sup>222</sup> Bedenkt man nämlich, dass verwaltungs(verfassungs)rechtliche Sätze oftmals auf einem Ausgleich konfligierender Verfassungspositionen beruhen, so ist ein höherer Verfassungsstandard schon gar nicht zu bestimmen. Dies bedeutet, am Beispiel des Vertrauensschutzes bei Aufhebung von Verwaltungsakten illustriert, dass dessen Absenkung zugleich mit einer Stärkung der Gesetzesbindung der Verwaltung einhergeht und umgekehrt. Wo liegt hier der höhere Verfassungsstandard?

<sup>223</sup> Namentlich seit Inkrafttreten der Grundrechte-Charta sind Fortschritte zu verzeichnen, vgl. nur EuGH, Rs. C-283/11, EU:C:2013:28, Rn. 48 ff. – Sky Österreich; Rs. C-101/12, EU:C:2013:661, Rn. 29 ff. – Schaible; ferner EuG, Rs. T-629/13, EU:T:2014:834, Rn. 57 ff. – Molda/Kommission. Für eine positive Bewertung *Wollenschläger* Grundrechtsschutz (Fn. 121), § 8 Rn. 96; *T. von Danwitz* Rechtsschutz in der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Fn. 121), § 13 Rn. 34; ambivalent *M. Cornils* Schrankendogmatik, in: C. Grabenwarter (Hrsg.) Enzyklopädie Europarecht, Bd. 2, 2014, § 5 Rn. 6 ff., 10 ff. Freilich finden sich auch schon in der Zeit vor Inkrafttreten der Charta Beispiele für eine Sensibilität in Grundrechtsfragen, vgl. nur EuGH, Rs. C-5/88, Slg. 1989, 2609, Rn. 22 – Wachauf; Rs. C-68/95, Slg. 1996, I-6065, Rn. 40 ff. – T. Port; verb. Rs. C-37/02 und C-38/02, Slg. 2004, I-6911, Rn. 83 ff. – Di Lenardo und Dilexport; verb. Rs. C-154/04 und C-155/04, Slg. 2005, I-6451, Rn. 127 f. – Alliance for Natural Health ua; EuG, Rs. T-82/99, Slg. 2000, FP-I-A-00155, Rn. 50 ff. – Cwik/Kommission.

<sup>224</sup> Positives Fazit bei *W. Kahl* NVwZ 2011, 449 (451), und *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1331). Siehe überdies hinsichtlich des an der Rechtsschutzgarantie gemessenen Ausschlusses des Suspensiveffekts: EuGH, Rs. C-232/05, Slg. 2006, I-10071, Rn. 55 ff. – Kommission/Frankreich; ferner hinsichtlich Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Rückforderungsentscheidungen Rs. C-527/12, EU:C:2014:2193, Rn. 44 f. – Kommission/Deutschland.

<sup>225</sup> Siehe EuGH, Rs. C-518/07, Slg. 2010, I-1885, Rn. 39 ff. – Kommission/Deutschland. Dazu weiter oben in diesem Abschnitt, III.2.b.



Grundrechtsschutz<sup>226,227</sup> ferner verdient die Verselbstständigung von Verwaltungsbehörden eine Reflexion<sup>228</sup>. Eine besondere Herausforderung stellt schließlich die Einhegung der Verbundverwaltung dar, in der es gilt, klare Verantwortungs- und Legitimationsstrukturen sowie effektiven Rechtsschutz zu sichern.<sup>229</sup>

c) *Gewinn an Maßstäblichkeit qua Modernisierungschancen im Inneren*

Schließlich vermag die Europäisierung Lernprozesse anzustoßen, so den grundgesetzlichen Acquis zu modernisieren und damit auch dessen künftige Bedeutung zu sichern.<sup>230</sup> Angesichts der Schwierigkeit, Pfadabhängigkeiten aufzubrechen, erweisen sich Reformimpulse von außen als besonders bedeutsam.<sup>231</sup>

In der Sache irritiert das Unionsrecht mit gegenläufigen Wertungen<sup>232</sup> die hohe Gewichtung des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung begünstigender Verwaltungsakte (§§ 48 f. VwVfG),<sup>233</sup> die starren Anforderungen an die demokratische Legitimation,<sup>234</sup> Engführungen der

<sup>226</sup> Bilanzierend dazu *Wollenschläger* Grundrechtsschutz (Fn. 121), § 8 Rn. 94 ff.; *ders.* EuZW 2015, 285 (287 f.).

<sup>227</sup> Kritik zieht auch die unbedingte Pflicht von Verwaltungsbehörden zur Verwerfung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts auf sich, siehe etwa *von Danwitz* System (Fn. 60), 209 ff.; positiv: *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1331 f.).

<sup>228</sup> Siehe auch *K. F. Gärditz* AöR 135 (2010), 251 (277 f., 282).

<sup>229</sup> Siehe auch *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 58), 157 f., 163 f.; *ders.* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 54, 80 ff.; *ders.* FS Häberle, 2004, 395 (404 ff.); ferner *E. Pache* und *T. Groß* Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), 106 (136 ff.) bzw. 152 (169 ff.).

<sup>230</sup> Siehe allg. positiv auch *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1332 ff.); *Rengeling* Verwaltungsrecht (Fn. 103), 209, ferner 221: Europäisierung als Mittel zur Beseitigung von Auswüchsen der Konstitutionalisierung.

<sup>231</sup> Zur Beharrungskraft des etablierten Verfassungsverständnisses *U. Volkman* Der Staat 54 (2015), 35 (62). Grundlegend zu Pfadabhängigkeiten *W. B. Arthur* The Economic Journal 99 (1989), 116.

<sup>232</sup> Siehe dazu oben, III.1.a, b, c und d.

<sup>233</sup> Zum deutschen Sonderweg eines hohen Vertrauensschutzes: *C. Engel* Die Verwaltung 25 (1992), 437 (476); *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 131; *Ruffert* Europäisierung (Fn. 33), § 94 Rn. 41; *Schmidt-Aßmann* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 97. Siehe ferner Fn. 127.

<sup>234</sup> Siehe BVerfGE 83, 60 (71 ff.): Die Volkssouveränität „setzt voraus, daß das Volk einen effektiven Einfluß auf die Ausübung der Staatsgewalt durch diese Organe hat. Deren Akte müssen sich daher auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortet werden. Dieser Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft wird vor allem durch die Wahl des Parlaments, durch die von ihm beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt, durch den parlamentarischen Einfluß auf die Politik der Regierung sowie durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Ver-

Schutznormlehre namentlich im Kontext aggregierter Interessen,<sup>235</sup> die Konstitutionalisierung des Suspensiveffekts,<sup>236</sup> das primär individualzentrierte Rechtsschutzkonzept,<sup>237</sup> die schwache Bindung der Fiskalverwaltung (etwa bei der Subventions- und Auftragsvergabe oder bei öffentlichen Unternehmen),<sup>238</sup> die relative Konsequenzlosigkeit von Verfahrensfehlern<sup>239</sup> oder das ausbaufähige Verständnis von Verwaltungstransparenz<sup>240</sup> sowie von Effizienzorientierung<sup>241</sup>.

Damit sind Bereiche auf den Prüfstand gestellt, die oftmals schon aus nationaler Perspektive in der Diskussion stehen. Als Beispiel sei auf die Infragestellung der überkommenen Legitimationslehre verwiesen.<sup>242</sup> Manche Reform ließe sich als konsequente Fortsetzung im Grundgesetz angelegter, indes auf halber Strecke stecken gebliebener Konstitutionalisierungsprozesse lesen, etwa das Aufbrechen von Engführungen der Schutznormlehre als Fortsetzung des grundgesetzlichen Subjektivierungsschubs,<sup>243</sup> die Stärkung einer objektiven Verwaltungskon-

---

waltung gegenüber der Regierung hergestellt“; E 83, 37 (50 ff.); E 93, 37 (66 ff.); E 107, 59 (87 f.); E 111, 191 (217 ff.); E 130, 76 (123 f.); *E.-W. Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR I (Fn. 6), § 24 Rn. 11 ff. Grundsatzkritik über *B. O. Bryde* StWStP 5 (1994), 305 (insb. 314 ff.; 324: „Legitimationskettenfetischismus“), und *Trute* Demokratische Legitimation (Fn. 124), § 6 Rn. 15 ff. Differenziert *Wißmann* Verwaltungsorganisation (Fn. 35), § 15 Rn. 59 ff.

<sup>235</sup> Siehe dazu bereits III.1.c. und die Nachweise in Fn. 159.

<sup>236</sup> Zum Regel-Ausnahme-Verhältnis von aufschiebender Wirkung und Sofortvollzug für die Verwaltungspraxis BVerfGE 35, 382 (401 f.); E 35, 263 (273); E 51, 268 (284 f.); NVwZ 1996, 58 (59). Kritisch *K. A. Bettermann* A6R 96 (1971), 528 (554); *H.-J. Papier* Rechtsfragen des Sofortvollzugs, in: J. Burmeister (Hrsg.) Rechtsfragen der Genehmigung von Kraftwerken, 1978, 76 (110): „Glorifizierung“; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 28), Art. 19 IV Rn. 274 ff.; *Schoch* (Fn. 125), § 80 Rn. 23.

<sup>237</sup> Siehe dazu II.1. m. Fn. 45.

<sup>238</sup> Siehe dazu III.1.b. m. Fn. 146.

<sup>239</sup> Siehe dazu III.1.b. m. Fn. 148.

<sup>240</sup> Siehe dazu III.1.c. m. Fn. 153.

<sup>241</sup> Als Beispiele für die Effizienzorientierung im Unionsverwaltungsrecht zu nennen sind Beschleunigungsgebote [siehe Art. 13 Abs. 3 Dienstleistungs-RL 2006/123/EG (Fn. 142) und seine Umsetzung in § 42a VwVfG] oder das Erfordernis einer für die Aufgabenerfüllung angemessenen Finanzausstattung [siehe zum Gebot einer unabhängigkeitssichernden, angemessenen Finanz- und Personalausstattung Art. 3 Abs. 3 S. 2 TK-Rahmen-RL 2002/21/EG (Fn. 124) und Art. 35 Abs. 5 S. 1 lit. a Elektrizitäts-Binnenmarkt-RL 2009/72/EG (Fn. 124)].

<sup>242</sup> Siehe Fn. 234.

<sup>243</sup> Allg. *K. F. Gärditz* NVwZ 2014, 1 (1 f.); *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1333 f.); *A. K. Mangold/R. Wahl* Die Verwaltung 48 (2015), 1 (8); *Scherzberg* Subjektiv-öffentliche Rechte (Fn. 29), § 12 Rn. 9, 20; *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 161; *Schönberger* Verwaltungsrecht (Fn. 3), 75; *Schwerdtfeger* Verwaltungsrechtsschutz (Fn. 45), 226 ff. Für ein Plädoyer zugunsten der Fruchtbarmachung staatlicher Schutzpflichten zur

trolle als in der Gesetzesbindung der Verwaltung angelegte Konkretisierung des Gewaltenteilungsgrundsatzes,<sup>244</sup> Modifikationen in der Legitimationslehre als Weiterdenken allmählicher, namentlich für die funktionale Selbstverwaltung schon vollzogener Öffnungen,<sup>245</sup> das Einfangen der Fiskalverwaltung als Effektivierung der Fiskalgeltung der Grundrechte,<sup>246</sup> die Effizienzorientierung als Betonung der rechtsstaatlich fundierten, effektuierenden Dimension des Verwaltungsrechts im Sinne seines Doppelauftrags<sup>247</sup> oder die Stärkung des Verfahrensgedankens als Abrundung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren<sup>248</sup>. Manche Reformschritte mögen auch als Wiederherstellung einer grundgesetzkonformen Rechtslage aufgefasst werden, so der Abschied von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften als Konsequenz der verfassungsrechtlichen Rechtsquellensystematik (Art. 80 Abs. 1 GG)<sup>249</sup> oder die Reduktion des Vertrauensschutzes als Ausfluss der Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG)<sup>250</sup>. Die Bewertung ist freilich Frage der für richtig erachteten Verfassungsauslegung. So sind in jedem Einzelfall Gewinn und Kosten einer Neuinterpretation sorgfältig abzuwägen, etwa bei einer Stärkung des Verfahrensgedankens gegenläufige Effizienz Anliegen,<sup>251</sup> bei einer Weitung des Gerichtszugangs Rechts-

---

Begründung einer Klagebefugnis *F. Ekardt* Der Staat 44 (2005), 622. Zurückhaltend mit Blick auf künftige Generationen *Krüper* Gemeinwohl (Fn. 45), 188 ff. Zu autonomen Weitungen bereits oben, Fn. 159.

<sup>244</sup> *T. Groß* Die Verwaltung 43 (2010), 349 (375).

<sup>245</sup> Zur Entwicklungsoffenheit des Demokratieprinzips (auch ohne unionale Anstöße): BVerfGE 107, 59 (91), allerdings bezogen auf die funktionale Selbstverwaltung und unter expliziter Ausklammerung der unmittelbaren Staatsverwaltung und der kommunalen Selbstverwaltung (92 ff.). Gleichwohl etabliert sich hier ein neben die Hierarchie tretendes weiteres Modell, da mit dem Gebot der Herrschaft des Gesamtvolks gebrochen wird, siehe nur *Wißmann* Verwaltungsorganisation (Fn. 35), § 15 Rn. 60 m. Fn. 334. Siehe ferner das Sondervotum in BVerfGE 119, 331 (392 f.).

<sup>246</sup> Zu entsprechenden Tendenzen III.1.c. m. Fn. 169.

<sup>247</sup> *von Bogdandy* Grundprinzipien (Fn. 60), 38 f. So bereits *Bachof* Begriff (Fn. 7), 76.

<sup>248</sup> Vgl. *O. Lepsius* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 179 (184 ff.); *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1334). Zu Recht wird betont, dass die verfassungsrechtlich anerkannte Bedeutung von Verfahren (und Organisation) nicht immer konsequent auf einfach-gesetzlicher Ebene umgesetzt wurde: *Gärditz* Hochschulorganisation (Fn. 63), 151 f. m. Fn. 406.

<sup>249</sup> Kritisch *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1333); ferner *Zuleeg* Verwaltungsrecht (Fn. 103), 175 ff. Für die Verfassungskonformität dagegen BVerfGE 129, 1 (21); *F. Ossenhühl* DVBl. 1999, 1 (4 ff.).

<sup>250</sup> Für entsprechende Plädoyers *E. Forsthoff* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. 1973, 263; *M. Bullinger* JZ 1999, 905 (911). Gegen eine entsprechende verfassungsrechtliche Pflicht BVerfGE 20, 230 (235); E 117, 302 (315); vgl. auch E 116, 24 (55).

<sup>251</sup> Siehe nur *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1334); *E. Schmidt-Aßmann* FS Redeker 1993, 225 (231); *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 82 ff., 601 f., 692 ff.

schutzlasten<sup>252</sup> oder bei einer Verselbstständigung von Behörden Einflussknicks<sup>253</sup>. Vor einer Überzeichnung des Unionsrechts – etwa einer Verabsolutierung des Verfahrensgedankens – ist zu warnen.<sup>254</sup>

#### IV. Relativierung und Behauptung des Grundgesetzes im Zeichen der Emanzipation des Allgemeinen Verwaltungsrechts

Während die soeben erörterte Europäisierung ein zwar facettenreiches, aber etabliertes Phänomen beschreibt, ist nur selten<sup>255</sup> von einer Emanzipation des Allgemeinen Verwaltungsrechts die Rede. Aufgerufen ist damit die Frage nach einer Befreiung des Allgemeinen Verwaltungsrechts aus dem Zustand der Verfassungsabhängigkeit.<sup>256</sup> Derartige Emanzipationsten-

<sup>252</sup> K. F. Gärditz EurUP 2014, 39 (43 f.); ders. NVwZ 2014, 1 (6) – kritisch zu diesem Ansatz F. Ekardt Der Staat 44 (2005), 622 (639 f.). Positiv auch M. Ludwigs NVwZ 2015, 1327 (1333 f.).

<sup>253</sup> Siehe zunächst, das Grundanliegen der überkommenen Konzeption betonend: Böckenförde Demokratie (Fn. 234), § 24 Rn. 23: „Es geht nicht um einen Legitimationsfetischismus, sondern um den Bestand und Erhalt eines strukturellen Rahmens für staatlich-amtliches Handeln, der dessen effektive, nicht nur virtuelle, Rückbeziehbarkeit auf den Willen nicht bestimmter einzelner oder Gruppen, sondern auf den Willen der Gesamtheit der einzelnen, also auf das Volk, ermöglicht“. Insgesamt kritisch zur Unabhängigkeit von Verwaltungsbehörden H. P. Bull EuZW 2010, 488 (491 ff.); K. Faßbender RDV 2009, 96 (99 ff.); E. M. Frenzel DÖV 2010, 925 (929 f.); Huber Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 213; I. Spieker gen. Döhmann JZ 2010, 787 (789 ff.). Positiv demgegenüber C. D. Classen FS Scheuing, 2011, 293; J. Masing Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? Gutachten 66. Deutscher Juristentag, D, 73 ff.; A. Roßnagel EuZW 2010, 299 (299 ff.). Zur Debatte aus politikwissenschaftlicher Sicht nur M. Döhler Die Verwaltung 34 (2001), 59; K. Heine/K. Mause Delegation und demokratische Kontrolle: Können Behörden politisch zu unabhängig sein?, in: T. Theurl (Hrsg.) Unabhängige staatliche Institutionen in der Demokratie, 2013, 85; J. Kruse Unabhängige staatliche Institutionen: Funktionalität und demokratische Legitimation, in: Theurl (Hrsg.) ebd., 19.

<sup>254</sup> Dazu bereits oben, III.1.c. m. Fn. 163.

<sup>255</sup> Für eine explizite Verwendung dieses Terminus im Kontext der Neuen Verwaltungswissenschaft O. Lepsius Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 179 (183 f. Fn. 21): Spezifisch die Neue Verwaltungswissenschaft suche keine „Anbindung der Neukonzeption an das Verfassungsrecht ...; insofern teilt die ‚Reformbewegung‘ die auch sonst in der Verwaltungswissenschaft spürbare Tendenz zur Eigenständigkeit und einer Emanzipation des Rechtsgebiets von höherrangigen Normprägungen“.

<sup>256</sup> Siehe zum allgemeinen Begriffsverständnis die Brockhaus Online-Datenbank, Eintrag „Emanzipation“ (<https://augzburg-ub.brockhaus-wissensservice.com/sites/brockhaus-wissensservice.com/files/pdfpermlink/emanzipation-9a584c8f.pdf>, 9.9.2015). Diese definiert Emanzipation als „die Befreiung aus einem Zustand der Abhängigkeit, Entrechtung oder Unterdrückung, besonders die rechtliche und gesellschaftliche Gleichstellung benachteiligter Gruppen vor dem Hintergrund der mit der Moderne seit dem 18. Jahrhundert in Erscheinung tretenden Gleichheits- und Gleichberechtigungsvorstellungen.“

denzen manifestieren sich (1.); indes vermag sich das Grundgesetz ihnen gegenüber nicht nur zu behaupten, sondern in Konfrontation mit ihnen neue Maßstäblichkeit zu gewinnen (2.).

### 1. *Relativierung des Grundgesetzes*

#### a) *Emanzipation des Allgemeinen Verwaltungsrechts*

Bereits der einleitend herausgearbeitete Rahmencharakter der Verfassung und der verfassungsrechtlich anerkannte Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers emanzipieren das Allgemeine Verwaltungsrecht.<sup>257</sup> Überdies emanzipiert sich auch das Allgemeine Verwaltungsrecht: zum einen durch seine Biperspektivität, aufgrund derer sich seine Begriffe, Institute und Regeln nicht nur als Verfassungskonkretisierungen darstellen, sondern sich auch wesentlich aus dem Fundus des Besonderen Verwaltungsrechts speisen. Zum anderen führt das Allgemeine Verwaltungsrecht infolge seiner Teilkodifikation ein einfach-gesetzliches Eigenleben.<sup>258</sup> Dies befördert, schon angesichts zahlreicher zu beantwortender Einzelfragen, die Einnahme einer Binnenperspektive in Wissenschaft und Praxis.<sup>259</sup> So bestimmt sich etwa das Erfordernis einer Anhörung Entscheidungsbetroffener nach der ausdifferenzierten Regelung des § 28 VwVfG, nicht aber verfassungsunmittelbar in Konkretisierung grundrechtlich-rechtsstaatlicher Anforderungen. Hinzu kommt, dass Entwicklungen im Verwaltungsrecht selbst Fortentwicklungen des Verfassungsrechts anstoßen und somit das Hierarchieverhältnis relativieren.<sup>260</sup>

#### b) *Emanzipation in der Wissenschaft vom Allgemeinen Verwaltungsrecht*

Ferner setzt sich die am Anfang der Etablierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts als eigenständige Disziplin im 19. Jahrhundert stehende

<sup>257</sup> Siehe dazu auch *M. Ludwigs* NVwZ 2015, 1327 (1328 ff.).

<sup>258</sup> *Jestaedt* Selbstand (Fn. 49), § 264 Rn. 10: „Wiewohl nachrangig zur Verfassung und dem Anspruch zur Befolgung der verfassungsrechtlichen Vorgaben ausgesetzt, entfaltet das Gesetz eine Art normatives ‚Eigenleben‘, eine – im wahrsten Sinne des Wortes – Eigengesetzlichkeit, welche es als mehr und anderes erscheinen läßt als vollständig fremdprogrammiertes, in Bestand und Inhalt verfassungsakzessorisches Verfassungsvollzugsrecht. Die Eigenständigkeit des Gesetzesrechts gegenüber der Verfassung ist in dieser Lesart Ausdruck und Folge der ‚politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers‘“.

<sup>259</sup> *O. Lepsius* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 179 (180 ff.); ferner *C. Waldhoff* FS Kloepfer, 2013, 261 (263 f., 275).

<sup>260</sup> Siehe insgesamt auch *J. Kersten* DVBl. 2011, 585 (586 f.), der Verfassungs- und Verwaltungsrecht funktional und methodisch gleichzeitig in einem Nähe- und Distanzverhältnis sieht (Nähe: Wechselbezüglichkeit; Distanz: unterschiedliche Funktion und Methode).

wissenschaftliche Emanzipation<sup>261</sup> auch unter dem Grundgesetz fort<sup>262</sup>: Als Befreiungsbewegung hat zunächst die seit Beginn der 1960er Jahre artikulierten Konstitutionalisierungskritik gewirkt. Diese wandte sich allgemein gegen eine Beschneidung gesetzgeberischer Spielräume und im Besonderen gegen Überspitzungen der rechtsstaatlich-grundrechtlichen Durchdringung des Verwaltungsrechts, namentlich in Gestalt hypertropher Verständnisse von Gesetzesvorbehalt, Spielraumgrenzen und Rechtsschutz.<sup>263</sup> In jüngerer Zeit ist die bereits auf der Freiburger Tagung differenziert gewürdigte<sup>264</sup> Neue Verwaltungsrechtswissenschaft hinzugetreten mit ihrer methodischen Neuausrichtung<sup>265</sup> des Fachs „von einer anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft hin zu einer rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“<sup>266</sup>. Ihre steuerungstheoretischen

---

<sup>261</sup> Zu entsprechenden Ansätzen in der Gründungsphase des Verwaltungsrechts *O. Mayer* AöR 3 (1888), 3 (3): „Soll die Verwaltungsrechtswissenschaft als gleichberechtigte juristische Disziplin neben die älteren Schwestern treten, so muss sie ein System von eigenthümlichen Rechtsinstituten der staatlichen Verwaltung sein“; *F. Fleiner* Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das Öffentliche Recht, 1906, 8; im Überblick: *Stolleis* Entwicklungsstufen (Fn. 61), § 2 Rn. 53 ff.; *ders.* Geschichte (Fn. 61), 380 ff.

<sup>262</sup> Überzeichnend aber *O. Lepsius* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 179 (182): Um eine Profilierung des Verwaltungsrechts in Abgrenzung zum Verfassungsrecht zu befördern, habe sich die wissenschaftliche Debatte von der zunächst in den 1950er und 1960er Jahren betonten Verfassungsabhängigkeit abgewandt und Selbststand entfaltet. Aktuelle Konzeptionen des Allgemeinen Verwaltungsrechts sind sich jedenfalls seiner Verfassungsabhängigkeit – freilich in ihren entfalteten Differenzierungen – bewusst, siehe nur *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 17 ff.; aus der verwaltungsrechtlichen Lehrbuchliteratur: *Ehlers* Verfassungsrecht (Fn. 13), § 6 Rn. 1 ff.; *Ipsen* Verwaltungsrecht (Fn. 13), Rn. 71 ff.; *Maurer* Verwaltungsrecht (Fn. 51), § 2 Rn. 1 ff.

<sup>263</sup> Siehe nur *O. Lepsius* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 179 (182). Für Forderungen nach einem Selbststand des Verwaltungsrechts *Klement* Wettbewerbsfreiheit (Fn. 88), 294; *R. Wahl* NVwZ 1984, 401.

<sup>264</sup> Siehe die Referate zum Thema „Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch“ von *I. Appel* und *M. Eifert* VVDStRL 67 (2008), 226/286.

<sup>265</sup> Zurückhaltend zur Bedeutung als fundamentale Neuausrichtung *Gärditz* Hochschulorganisation (Fn. 63), 95, 99 f.; *Wahl* Herausforderungen (Fn. 8), 87 ff.

<sup>266</sup> *Vobkühle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 63), § 1 Rn. 15. Weiter differenzierend *G. F. Schuppert* AöR 133 (2008), 79 (99): „von der normtextorientierten Interpretations- und Entscheidungswissenschaft zur rechtserzeugungs- und problemlösungsorientierten Handlungswissenschaft“. Siehe zum Anliegen einer Konzeption der Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft auch *Appel* Verwaltungsrecht (Fn. 264), 241 ff.; *Bumke* Methodik (Fn. 30), 103 ff.; *ders.* Rechtswidrigkeit (Fn. 60), 259 ff.; *C. Franzius* Die Verwaltung 39 (2006), 335; *W. Hoffmann-Riem* Eigenständigkeit der Verwaltung, GVwR I (Fn. 3), § 10 Rn. 11 ff.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 1. Kap. Rn. 34 ff. Zu Konsequenzen *A. Scherzberg* Das Allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Praxis und Reflexion, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Fn. 17), 837 (840): Infragestellung verschiedener traditioneller Grundannahmen, nämlich „zweiwertige Logik des Rechts im Sinne der Redu-

sche Perspektive auf das Recht, die damit einhergehende Notwendigkeit einer Realbereichsanalyse, ihre Wirkungs- und Folgenorientierung, die Öffnung zu Nachbarwissenschaften, das Arbeiten mit Referenzgebieten und ihr Interesse an nicht normativen Maßstäben des Verwaltungshandelns<sup>267</sup> lenken nämlich Aufmerksamkeit über den Verfassungshorizont hinaus.<sup>268</sup>

### c) *Emanzipation der Verwaltung*

Schließlich lässt sich bei einem weiten, die Frage nach dem Verhältnis der beiden Rechtsschichten transzendierenden Verständnis als weitere Emanzipationstendenz der seit Ende der 1970er Jahre zunehmend betonte Gewinn der Verwaltung an Eigenständigkeit gegenüber Gesetzgeber und Judikative verstehen.<sup>269</sup> Dies betrifft das Allgemeine Verwaltungsrecht in seiner ganzen Breite: Hierfür stehen materiell-rechtlich Spielräume,<sup>270</sup> die

---

zierbarkeit jeder Rechtsfrage auf die Differenz rechtmäßig/rechtswidrig, seine grundsätzliche, wenn auch begrenzte Subsumtionsrationalität, seine unbeschränkte Normativität im Sinne der zumindest in nuce gedachten Vorgegebenheit einer ‚einzig richtigen‘ Entscheidung, die bloß heuristische Funktion der Dogmatik bei deren Ermittlung, ihre Einheitlichkeit gegenüber exekutiven und judikativen Adressaten, die Maßgeblichkeit der begrifflich-systematisch angelegten ‚juristischen Methode‘ und, damit zusammenhängend, die Irrelevanz außerrechtlicher Entscheidungsprämissen für die Analyse des Rechts.“

<sup>267</sup> Zu diesem Programm: *Vofskuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 63), § 1 Rn. 16 ff.

<sup>268</sup> Siehe für ein (überzeichnetes) Emanzipations-Verständnis *O. Lepsius* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 179 (183 f. Fn. 21) – Zitat in Fn. 255.

<sup>269</sup> Siehe nur *E. Schmidt-Aßmann* Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), 221 (229 ff.); ferner *H. Peters* Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, 1965; *U. Scheuner* DÖV 1969, 585 (585 ff., insb. 593). Bilanzierend *H. Dreier* Die Verwaltung 25 (1992), 137; ferner *Brenner* Gestaltungsauftrag (Fn. 105), 197 ff. – zu den Positionen von *Arnold Köttgen*, *Hans Peters*, *Ernst Forsthoff* und *Werner Weber* im Überblick; *Hoffmann-Riem* Eigenständigkeit (Fn. 266), § 10 Rn. 2 ff.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 4. Kap. Rn. 36 ff.

Die Eigenständigkeit findet überdies in der **spezifischen Aufgabe der Verwaltung im Gewaltengefüge** ihren Ausdruck [vgl. *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 44; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 4. Kap. Rn. 37]. Diese Aufgabe besteht in der „Vermittlung demokratisch gesetzten Rechts durch stufenweise Konkretisierung in einem vielschichtigen, auch rechtsschöpferischen Rechtsanwendungsprozess“ [*Kahl* Grundzüge (Fn. 43), § 74 Rn. 10, mit Verweis auf *C. Möllers* Gewaltengliederung, 2005, 112 ff.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 4. Kap. Rn. 38; ferner zur „konkreten Sachzugewandtheit“ der Verwaltung *R. Wahl* Zur Lage der Verwaltung Ende des 20. Jahrhunderts, in: Jeserich ua (Fn. 30), 1197 (1211)].

<sup>270</sup> Siehe zum „Wandel von einer vollziehenden zu einer stärker gestaltenden und regulierenden Verwaltung“ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), Vorwort; ferner *Hoffmann-Riem* Eigenständigkeit (Fn. 266), § 10 Rn. 9 ff.; *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 45 ff., 212 f.; *Kahl* Grundzüge (Fn. 43), § 74 Rn. 155 ff.; *C. Möllers* Verwaltungsrecht und Politik, IPE V (Fn. 4), § 93 Rn. 8 f.; *Ruffert* Europäisierung (Fn. 33), § 94 Rn. 58.

zunehmende Einsicht in den rechtskonkretisierenden Auftrag der Verwaltung<sup>271</sup> oder die im informellen Verwaltungshandeln liegende Überwindung der überkommenen Handlungsformen, prozedural die Aufwertung des Verfahrens, organisationsrechtlich die Verselbstständigung von Behörden sowie Privatisierungsvorgänge einschließlich der Einbindung in Netzwerk- und Governance-Strukturen und auf Rechtsschutzebene Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung.

## 2. *Behauptung des Grundgesetzes*

Trotz dieser Emanzipationsbefunde bedingen der Vorrang eines thematisch breiten Verwaltungsverfassungsrechts einerseits (a) und einfach-gesetzliche Regelungsdefizite andererseits (b) einen nur relativen Selbststand des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Freilich fordern Emanzipationsprozesse die Verfassung heraus, bieten aber auch Modernisierungschancen (c).

### a) *Unverbrüchlichkeit des allbezüglichen Verwaltungsverfassungsrechts*

Die Eigenständigkeit des Allgemeinen Verwaltungsrechts gegenüber der Verfassung kann wegen deren Vorrangs (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) von vornherein nur eine relative sein.<sup>272</sup> So vermögen sich aus normativer Perspektive<sup>273</sup> weder ein eigenständiges Verwaltungsrecht noch eine steue-

---

<sup>271</sup> Siehe nur *H. Dreier* Die Verwaltung 25 (1992), 137 (155) – Nachweise getilgt: Mit Gesetzesvollzug ist „eben nicht wertneutrale Willensumsetzung oder ein gewissermaßen vollautomatisierter Subsumtionsprozeß, sondern ein durchaus kreativer, gesetzeskomplementärer Vorgang gemeint ..., der bei der Anwendung der oft nur schwach programmierten Gesetze Normkonkretisierung, Alternativenwahl, Wertpräferenzierung, Abwägungsvorgänge und praktischen Interessenausgleich einschließt.“ Siehe ferner *Gärditz* Hochschulorganisation (Fn. 63), 150; *M. Jestaedt* Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 13), § 11 Rn. 7 f.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 4. Kap. Rn. 42; *H.-H. Trute* Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Fn. 30), 293 (303 ff.). Zur Konsequenz der Eigenständigkeit für die Gesetzesbindung *Dreier* ebd., 151: Gesetz kein „in sich abgeschlossenes Endprodukt der Staatswillensbildung“ mehr; *Gärditz* ebd., 126 ff.

<sup>272</sup> *Jestaedt* Selbstand (Fn. 49), § 264 Rn. 10, 33.

<sup>273</sup> Eine andere, hier nicht zu thematisierende Frage betrifft faktische Emanzipationsprozesse. Erwähnt sei etwa das von *Max Weber* thematisierte Bürokratieproblem (Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1976, 825 ff.), illustriert von *Wahl* Lage (Fn. 269), 1199 f.; ferner 1206 ff. mit Blick auf die Parteipolitisation: „Verwaltung als – im Idealfall – sachverständige, fachkundige, effektive und dauerhafte Wahrnehmung der Staatsaufgaben soll bloßes Instrument sein; Verwaltung als Großorganisation und -apparat hat jedoch notwendigerweise beträchtliches Eigengewicht, genauso wie der große Personalkörper selbstverständlich Eigeninteressen hat. Gemäß der bekannten Dialektik von Herr und Knecht kann sie



rungsorientierte Verwaltungsrechtswissenschaft<sup>274</sup> noch eine eigenständige Verwaltung<sup>275</sup> gegen das Grundgesetz zu emanzipieren. Dementsprechend verbietet sich etwa, die Gesetzesbindung unter den Vorbehalt der Wahrung des nicht normativen Maßstabs der Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen zu stellen.<sup>276</sup>

Emanzipationshemmend tritt zum Vorrang die – im Übrigen nicht als selbstneutralisierende „Konstitutionalisierungsfälle“<sup>277</sup> misszuverstehende –

---

faktisch nie bloßes Instrument sein, sondern sie kann sich in unterschiedlicher Intensität und unterschiedlichem Ausmaß verselbständigen, Vorhaben der verfassungsmäßig legitimierten Auftraggeber ‚entgleisen‘ und versanden lassen oder die Abhängigkeit des ‚Herrn‘ von Informationen und vom Sachverstand zu dessen inhaltlicher Steuerung benutzen.“

<sup>274</sup> Siehe nur *W. Kahl* Die Verwaltung 42 (2009), 463 (493); *F. Rottmann* FS Müller, 2008, 207 (214); *F. Schoch* Außerrechtliche Standards des Verwaltungshandelns als gerichtliche Kontrollmaßstäbe, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 17), 543 (546); *ders.* Gerichtliche Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 107, 110.

<sup>275</sup> Treffend *H. Dreier* Die Verwaltung 25 (1992), 137 (155): „Ein solcherart geläuterter Begriff der ‚Eigenständigkeit‘ faßt die Verwaltung nicht im Sinne einer solitären, dem demokratischen Konstitutions- und Legitimationszusammenhang entrückten, in sich selbst ruhenden Größe. Dieses Konzept ist vielmehr funktional begründet. Es nimmt die arbeitsteiligen Zwänge der modernen Industriegesellschaft mit ihrem großen staatlichen Aufgabenbereich ernst; zugleich anerkennt es das der durch Daueraktivität, Omnipräsenz und Ubiquität gekennzeichneten Exekutive verbleibende und durch kein noch so weitreichendes legislatives Zugriffsrecht auszumerkendes Potential an eigener Rechtsgestaltung wie das darin unausweichlich beschlossene ‚politische‘ Element.“ Ebenso *Möllers* Verwaltungsrecht (Fn. 270), § 93 Rn. 15; *Schmidt-Abmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 4. Kap. Rn. 37: „Verfassungsbegründete Eigenständigkeit ... ist kein naturwüchsiger Zustand einer vorverfassungsmäßigen Legitimität, sondern durch das Recht konstituiert. Die grundgesetzliche Gewaltenteilung muß nicht präexistente, souveräne Gewalten nachträglich bändigen. Sie kann vielmehr ihre unterschiedlichen Organisationsstrukturen und Arbeitsweisen nutzen, um daraus ein Gefüge zu bilden, in dem staatliche Entscheidungen stufenweise abgeschichtet, öffentlich verantwortet und kontrolliert getroffen werden.“ Anders *Forsthoft* Industriegesellschaft (Fn. 83), 105: „Die Vielfältigkeit des staatlichen Wesens geht in dem rechtsstaatlichen Normativsystem nicht auf. Auf dieser Tatsache beruht die Eigenständigkeit von Regierung und Verwaltung, die dadurch nicht aufgehoben wird, daß beide unter Kontrolle des Parlaments gestellt und an den Haushaltsplan gebunden sind. Diese Eigenständigkeit ist keine absolute Größe, sie kann größer oder geringer sein und daran, ob sie das eine oder das andere ist, läßt sich Stärke und Schwäche der Staatlichkeit ablesen. Denn dort, wo Regierung und Verwaltung in dieser Eigenständigkeit ohne den Vollzugsbefehl eines Gesetzes auftreten, sind sie ‚der Staat‘ und nichts weiter.“

<sup>276</sup> Dies bekräftigend *W. Hoffmann-Riem* Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schmidt-Abmann/*ders.* (Fn. 30), 9 (47 f.).

<sup>277</sup> Diese Metapher von *Jestaedt* Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 9), 58, steht dafür, dass eine Vervielfachung grundrechtlich geschützter Positionen eine Minimierung des grundrechtlichen Schutzes bedingt; ferner *Eifert* Verwaltungsrecht (Fn. 264), 291 f., nach dem die verfassungsrechtlichen Kategorien für die Systembildung im Verwaltungsrecht (Grundrechte und Rechtsstaatsprinzip) ihre „Eindeutigkeit“ infolge der Einsicht in die Multipolarität und in die Notwendigkeit von Gestaltungsspielräumen des Gesetzgebers verloren haben:

Allbezüglichkeit des vorrangigen Verfassungsrechts hinzu. Diese fasst das Allgemeine Verwaltungsrecht thematisch ein, das ohnehin eine Verfassungsdimension und inhaltlich eine besondere Verfassungsnähe aufweist<sup>278</sup>. So determiniert das Grundgesetz Grund und Grenze der Eigenständigkeit, etwa der Vorbehalt eines hinreichend bestimmten Gesetzes den Raum für Spielräume oder die Rechtsschutzgarantie die Zulässigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse. Selbst der Blick der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft über das Recht hinaus auf Realbereiche, Nachbarwissenschaften und nicht normative Maßstäbe erweist sich als nur scheinbar verfassungsblind. Denn der erhobene normative Anspruch impliziert eine Integration dieser Erkenntnisse in das Recht. So ruft die geforderte Öffnung zu Nachbarwissenschaften die Verfassung auf den Plan, kommt ihr doch eine Filterfunktion zu, gerade angesichts der Vielfalt der auf das Recht einströmenden Maßstäbe<sup>279</sup>. Sie muss den Inkorporationsvorgang rechtsstaatlich-demokratisch anleiten, namentlich angesichts der oftmals notwendigen Delegation von Rechtsetzungsmacht, und die inkorporierten Standards vornehmlich grundrechtlich reflektieren.<sup>280</sup> In Einklang damit betonen methodische Entwürfe der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft trotz der Perspektivenweitung das Primat der Verfassungs- und Rechtsbindung.<sup>281</sup> Dies hat, mögen bei einer Arbeit mit rechtsnormativem

---

„Alle Verwaltungsrechtsentwicklungen sind verfassungsrechtlich thematisierbar, immer weniger verwaltungsrechtliche Fragen aber verfassungsrechtlich entscheidbar.“

<sup>278</sup> Siehe dazu bereits oben, Fn. 62.

<sup>279</sup> Siehe nur *Bunke* Methodik (Fn. 30), 127 ff.; *B. Grzeszick* Die Verwaltung 42 (2009), 105 (113); *Schoch* Standards (Fn. 274), 554 ff. Siehe allg. zum Gebot eines „differenziert integrativen Methodenverständnisses“ *A. Voßkuhle* FS Reiner Schmidt, 2002, 171 (188 ff.).

<sup>280</sup> Siehe auch *Gärditz* Hochschulorganisation (Fn. 63), 108 ff., 116 ff., 134 ff.; *Hoffmann-Riem* Verwaltungswissenschaft (Fn. 197), 56, 59 f.; *W. Kahl* Die Verwaltung 42 (2009), 463 (494 f.); *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 58), 116 f.; *Schoch* Standards (Fn. 274), 555: Recht fixiert „Grund, Grenzen und Bedingungen der Rezeption“. Konkret [vgl. *F. Wollenschläger/A. Schmidl* VSSR 2014, 117 (158 ff.)]: So determinieren rechtsstaatlich-demokratische Anforderungen zunächst, wie die oftmals in medizinischen Leitlinien formulierten Qualitätsstandards in die Rechtsordnung technisch einbezogen werden können, etwa mittels Verweis oder Inkorporation. Grundrechtliche Vorgaben determinieren sodann, welche wissenschaftliche Fundierung für die Rezeptionsfähigkeit einzelner Leitlinien zu fordern ist, und sorgen für einen Ausgleich mit konfligierenden Belangen, etwa unternehmerischen Interessen der Leistungserbringer oder Versorgungsbedürfnissen der Bevölkerung. Für ein Parallelbeispiel mit Blick auf die Wissenschaftsfreiheit *M. Fehling* Das Verhältnis von Recht und außerrechtlichen Maßstäben, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 17), 461 (467 f.); *Gärditz* ebd., 107, 117. Siehe schließlich mit Blick auf Kooperationsbeziehungen *Volkman* Verfassungsrecht (Fn. 46), 77.

<sup>281</sup> Siehe namentlich *Voßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 63), § 1 Rn. 15 (ferner Rn. 24, 71): So bedeutet die Neuausrichtung „keineswegs, dass die dogmatische Arbeit in der Tradition der Juristischen Methode überflüssig wird. Im demokratischen Ver-

und rechtspolitischem Anspruch auch Grenzüberschreitungen drohen,<sup>282</sup> die Kritik zu berücksichtigen.<sup>283</sup>

b) *Verwaltungsverfassungsrecht als Auffangordnung*

Dem thematisch umfassenden grundgesetzlichen Überbau des Allgemeinen Verwaltungsrechts steht des Weiteren eine lückenhafte, da nur teilkodifikatorische und mitunter defizitäre gesetzliche Regelung gegenüber. Damit hat der Gesetzgeber den für die Emanzipation frei nach *Kant* unerlässlichen „Ausgang des Verwaltungsrechts aus seiner selbst verschuldeten Ummün-

---

fassungsstaat bleibt Recht der maßgebliche Bestimmungsfaktor für das Entscheidungssystem der Verwaltung. Jede Veränderung der Systemkoordinaten (Handlungsmaßstab, Organisation, Verfahren, Personal etc.) muss deshalb durch die Verfassung legitimierbar sein. Folglich muss auch jede Entscheidung und jeder Entscheidungsvorschlag dahingehend überprüft werden, ob er mit dem geltenden Recht vereinbar ist.“ Siehe ferner *Eifert* Verwaltungsrecht (Fn. 264), 300 f.; *Hoffmann-Riem* Methoden (Fn. 276), 47 f.

<sup>282</sup> Plastisch *Masing* Rechtsstatus (Fn. 24), § 7 Rn. 17, nach dem rechtsnormative und steuerungswissenschaftliche Perspektive in einem Spannungsverhältnis stehen, das „auszuhalten ... anspruchsvoll“ sei, bestehe doch die Gefahr, beide Perspektiven ineinzusetzen: „Die Versuchung, aus dem elitären Anspruch besserer Erkenntnis das Recht – an den Mühlen politischer Meinungsfindung vorbei – unmittelbar zu gestalten und umzugestalten ist ebenso groß wie die Neigung, von Realitätsanalysen aus auf rechtliche Strukturen zu schließen.“ Siehe auch *Bumke* Rechtswidrigkeit (Fn. 60), 261 f.; *B. Grzeszick* Die Verwaltung 42 (2009), 105 (119 f.); *F. Ossenbühl* Die Verwaltung 40 (2007), 125 (128, 130); *S. Rixen* Die Verwaltung 42 (2009), 309 (312); im Übrigen bereits *W. Brohm* Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 245 (251 ff. m. Fn. 24). Derartige Gefahren sehen freilich auch die Vertreter der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, vgl. *Vofßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 63), § 1 Rn. 28: So bestehe die Gefahr, dass „[d]ie der Steuerungsperspektive immanente aufgaben- und wirksamkeitsorientierte Betrachtungsweise des Verwaltungsrechts ... mitunter dazu [verleitet], die (vermeintlichen) Vollzugsbedürfnisse der Praxis in all den Fällen gegen das Primat demokratischer Rechtsstaatlichkeit auszuspielen, in denen das Gesetz zwick, drückt und Aufwand verursacht.“

<sup>283</sup> Problematisch offen, wenn auch undeutlich in der Konsequenz *C. Franzius* Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, GVwR I (Fn. 3), § 4 Rn. 68 [ähnlich offen auch *ders.* Die Verwaltung 39 (2006), 335 (346 f.)]: „In dem Maße, wie der demokratische Verfassungsstaat eine Verantwortung für die Sozialgestaltung übernommen hat und neben die Rechtmäßigkeit auch Richtigkeitsmaßstäbe treten, muss das Verwaltungsrecht seine Folgenorientierung (auch) zum Thema machen. Dabei ist die Vorstellung leitend, dass juristische Entscheidungen nicht (allein) durch die Verarbeitung vergangener Tatsachen mit Hilfe vorgegebener Regeln, sondern durch die Erwartung der von der Entscheidung beeinflussten Wirkung gesteuert werden“. Entschiedener liest sich noch die Vorauflage: „... rückt die Folgenorientierung in den Vordergrund des Verwaltungsrechts“ – kritisch wegen der Infragestellung der Gesetzesbindung: *K. Lange* Die Verwaltung 40 (2007), 135 (136 f.); *Schoch* Standards (Fn. 274), 546. Zu kritisch mit Blick auf die in Bezug genommene Literatur aber etwa *B. Grzeszick* Die Verwaltung 42 (2009), 105 (110), und *Masing* Rechtsstatus (Fn. 24), § 7 Rn. 17.

digkeit“ nicht immer bewältigt.<sup>284</sup> Dies ruft die Auffangfunktion des Grundgesetzes auf den Plan, wie wiederum das Anhörungserfordernis illustriert: Dessen auf belastende Verwaltungsakte beschränkter Anwendungsbereich (§ 28 Abs. 1 VwVfG) wirft die Frage nach verfassungsunmittelbaren Anhörungspflichten etwa im Kontext von Realakten auf,<sup>285</sup> und die für zu weit erachteten Heilungsmöglichkeiten bei Fehlern (§ 45 VwVfG) verlangen eine verfassungsgebote strenge Handhabung<sup>286</sup>.

### c) Gewinn an Maßstäblichkeit qua Modernisierungschancen im Inneren

Schließlich vermögen Emanzipationsprozesse Lernprozesse anzustoßen: So hat die Konstitutionalisierungskritik ein Überdenken von Engführungen und überspitzten rechtsstaatlich-grundrechtlichen Anforderungen bewirkt. Genauso verspricht die der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft zugrunde und in der Transzendierung der Analyse des rechtlichen Rahmens liegende Perspektivenweitung<sup>287</sup> Modernisierungsimpulse.<sup>288</sup> Verlangt das Demo-

<sup>284</sup> Die Notwendigkeit eines Rekurses auf verfassungsrechtliche Vorgaben stellt mit *R. Wahl* NVwZ 1984, 401 (407), den Gradmesser für die (fehlende) Eigenständigkeit des Gesetzesrechts dar und indiziert eine nicht sachgerechte (und verfassungskonforme) Problemlösung durch den einfachen Gesetzgeber. Siehe auch *H. Schulze-Fielitz* Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, GVwR I (Fn. 3), § 12 Rn. 138; *Bachof* Begriff (Fn. 7), 50 ff.

<sup>285</sup> Siehe nur *D. Kallerhoff* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 108), § 28 Rn. 25; *F. Kopp/U. Ramsauer* VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 28 Rn. 4a; *H. Pünder* in: Erichsen/Ehlers (Fn. 13), § 14 Rn. 27. Als nicht entscheidungserheblich offen gelassen in BVerwGE 82, 76 (96); NVwZ 1991, 1770 (1771 f.). Zurückhaltend auch BayVGh, NVwZ 2003, 998 (999).

<sup>286</sup> Siehe nur *F. Hufen/T. Siegel* Fehler im Verwaltungsverfahren, 5. Aufl. 2013, Rn. 287 f.; *D. Kallerhoff* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 108), § 28 Rn. 23, 66 ff.; *M. Sachs* in: Stelkens/Bonk/ders. (Fn. 108), § 45 Rn. 13 ff.

<sup>287</sup> Zum Ansatz *Voßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 63), § 1 Rn. 15: „Diese Rahmenanalyse, seit jeher das originäre Betätigungsfeld des Juristen, stellt aber aus Sicht einer rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft lediglich eine (zentrale) Stufe in einem komplexen Erkenntnisprozess dar, dessen andere Stufen nicht (mehr) einfach ausgeblendet werden dürfen. Das haben freilich auch diejenigen Verwaltungsrechtswissenschaftler, die sich der Juristischen Methode verpflichtet fühlen, nie ganz getan; Reanalysen, (theoretische) Vorverständnisse, Folgenbetrachtungen, Alltagswissen und rechtspolitische Wertungen fließen bei ihnen aber häufig verdeckt und methodisch unreflektiert in die eigene Argumentation mit ein. Gerade in der (wissenschaftlichen) Rationalisierung nicht normativer Entscheidungsfaktoren liegt denn auch ein zentrales Anliegen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft.“ Zur Folgeproblematik der Methodik einer rechtspolitischen Weitung *Wahl* Herausforderungen (Fn. 8), 91 f.

<sup>288</sup> Erkennt man diese Lernchance, verbietet sich ein Verfallsbefund, was im Übrigen mit dem allgemeinen Desiderat der Freiburger Tagung korrespondiert, nämlich das Beste der beiden Welten zu verbinden, mithin „klassisches dogmatisches Verständnis und steuerungswissenschaftlichen Ansatz, rechtsaktbezogene und verhaltensbezogene Perspektive möglichst gewinnbringend zueinander ins Verhältnis zu setzen“, und nicht beide Ansätze gegeneinander auszuspielen, siehe *Appel* Verwaltungsrecht (Fn. 264), 254. Ebenso *Bumke*

kratierprinzip ein hinreichendes Legitimationsniveau,<sup>289</sup> vermögen verwaltungswissenschaftliche Analysen die Leistungsfähigkeit unterschiedlicher Arrangements aufzuschlüsseln und etwa zu reflektieren, inwieweit Annahmen der Weisungskette wie die Informationsbasis zutreffen.<sup>290</sup> Selbiges gilt mit Blick auf die Generierung von Erkenntnissen über Kooperationsstrukturen.<sup>291</sup> Mit der zunehmenden Einsicht in den Doppelauftrag des Verwaltungsrechts, Verwaltungshandeln nicht nur zu disziplinieren, sondern auch zu ermöglichen,<sup>292</sup> sowie in Eigenständigkeit und Gestaltungsauftrag der Verwaltung<sup>293</sup> setzt sich die Modernisierung auf Leitbildebene fort: Einseitige Verfassungsverständnisse sehen sich infrage gestellt, namentlich dasjenige einer rein gesetzsvollziehenden und fremdgesteuerten Verwaltung<sup>294</sup> sowie dasjenige der an der Lösung verwaltungsrechtlicher Einzelfälle am Maßstab des Rechts interessierten<sup>295</sup> und damit Gesetzesbindung sowie

---

Methodik (Fn. 30), 107, 127 f.; *ders.* Rechtswidrigkeit (Fn. 60), 262 ff.; *Eifert* Verwaltungsrecht (Fn. 264), 314 ff.; *Gärditz* Hochschulorganisation (Fn. 63), 150 ff., 265 ff. (unter Betonung der Zentralität der Kontrollperspektive); *W. Kahl* Die Verwaltung 42 (2009), 463 (498 f.); *Masing* Rechtsstatus (Fn. 24), § 7 Rn. 18 ff.; *R. Pitschas* Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schuppert* (Fn. 59), 219 (222 ff.); *Scherzberg* (Fn. 266) 868; *F. Schoch* Die Verwaltung Beih. 7 (2007), 177 (203).

<sup>289</sup> Siehe nur BVerfGE 83, 60 (71 f.).

<sup>290</sup> *Schmidt-Abmann* Dogmatik (Fn. 58), 151; *ders.* FS Battis, 2014, 85 (97 f.).

<sup>291</sup> Dazu *S. Rixen* Die Verwaltung 42 (2009), 309 (319 f.); *Volkmann* Verfassungsrecht (Fn. 46), 77.

<sup>292</sup> Zum Doppelauftrag oben, II.2.

<sup>293</sup> Dazu oben, IV.1.c.

<sup>294</sup> *Plastisch H. Dreier* Die Verwaltung 25 (1992), 137 (145 f.): „Es ist dieser Gesamtzusammenhang zwischen demokratischer Staatsform, parlamentarischem Regierungssystem, gesetzgebender Exekutive und weitreichendem gerichtlichen Individualrechtsschutz, der die Verwaltung nicht als eigenständige Organisation, sondern ... als Instrument des im Gesetz authentisch interpretierten Volkswillens erscheinen läßt. Vermeintlich aller politischen und gestalterischen Elemente beraubt, mußte sich die Exekutive in dieser sowohl demokratiethoretisch wie rechtsstaatlich stringenten Perspektive als hierarchisch organisierter, gesetzlich programmierter, aufsichtlich wie judikativ kontrollierter, von der Welt der Politik vollständig isolierter bürokratischer Apparat ohne eigene Willensbildungskompetenz darstellen.“ Siehe auch *Schmidt-Abmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 4. Kap. Rn. 37; *Trute* Methodik (Fn. 271), 303 f. Zur Fremdbestimmtheit der Verwaltung *Wahl* Lage (Fn. 269), 1199. – Wird freilich der „Wandel von einer vollziehenden zu einer stärker gestaltenden und regulierenden Verwaltung“ konstatiert (dazu bereits oben, IV.1.c. m. Fn. 270), so ist in Rechnung zu stellen, dass weder die Vorstellung einer nur gesetzsvollziehenden Verwaltung jemals der Realität entsprach [siehe nur *von Bogdandy/Huber* Staat (Fn. 16), § 42 Rn. 40; *Hoffmann-Riem* Eigenständigkeit (Fn. 266), § 10 Rn. 9 ff.] noch sich die heutige Verwaltungstätigkeit in politischen Gestaltungsaufgaben erschöpft, vgl. *Möllers* Verwaltungsrecht (Fn. 270), § 93 Rn. 10.

<sup>295</sup> Zur Verwaltungsrechtswissenschaft als praktischer Falllösungswissenschaft *Appel* Verwaltungsrecht (Fn. 264), 233 f.

Rechtsschutz als zwei Eckpfeiler des Verfassungsrechts in den Mittelpunkt rückenden<sup>296</sup> Juristischen Methode<sup>297</sup> als idealtypische Erfüllung des von der Verfassung vorgezeichneten Leitbilds des Allgemeinen Verwaltungsrechts<sup>298</sup>.

Offenheit gegenüber neuen Entwicklungen und deren Integration in das Verfassungsrecht stellen freilich eine Gratwanderung dar: Einerseits trägt ein Verständnis der Emanzipationsprozesse ausschließlich als Verfallsgeschichte nur wenig zu deren adäquater verfassungsrechtlicher Verarbeitung bei.<sup>299</sup> Andererseits führt die Emanzipationskritik den im Raum stehenden Verlust an Bindungen vor Augen: Denn sie betont grundrechtlich-rechtsstaatlich-demokratisches Konfliktpotential einer Ausrichtung des Verwaltungshandelns an einer effektiven Aufgabenerfüllung, gar auf der Basis sozialwissenschaftlich determinierter Parameter.<sup>300</sup> Ferner identifi-

<sup>296</sup> Vgl. *Appel* Verwaltungsrecht (Fn. 264), 238 m. Fn. 43; ferner, auch mit der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft kontrastierend, *B. Grzeszick* Die Verwaltung 42 (2009), 105 (112 f.).

<sup>297</sup> Zusammenfassend zu dieser *Vofßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 63), § 1 Rn. 2 ff. Zu ihrer Genese als Abgrenzung von einem staatswissenschaftlichen Ansatz: *Bunke* Methodik (Fn. 30), 75 ff.; zu ihrem Wert *Stelkens* Verwaltungsrecht (Fn. 108), Rn. 220: „Kernerrungenschaft der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft“.

<sup>298</sup> Treffend *Wißmann* Verwaltungsorganisation (Fn. 35), § 15 Rn. 8a: „Gegenüber Reformen der Verwaltungsorganisation hat das Verfassungsrecht so nicht (nur) die Aufgabe defensiver Grenzziehung, sondern primär die positiv-konstruktive Verpflichtung, Wirkungsvoraussetzungen einer freiheitlichen, auf das Recht verpflichteten Verwaltung herauszuarbeiten; insofern wirkt es notwendig auch rechtspolitisch orientierend.“ Zu kurz greift freilich ein ausschließlich steuerungsorientiertes Verständnis des Verwaltungsrechts, siehe nur *Vofßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 63), § 1 Rn. 28.

<sup>299</sup> Treffend *Schmidt-Aßmann* Rechtsstaat (Fn. 49), § 26 Rn. 111: „Gefährdungen lassen sich auch als Herausforderungen verstehen. Nicht das Beschwören von Krisensymptomen, sondern die Bereitschaft zur Auseinandersetzung mit andrängenden Veränderungen in Wirtschaft und Gesellschaft ist geboten.“ Und weiter: „Recht und Rechtsstaat werden nur dann ihre prägende Kraft verlieren, wenn sie sich nicht bemühen, die Rationalitätskriterien der aufgezeigten Entwicklungen in rechtliche Ordnungskategorien rückzuübersetzen.“ Siehe ferner von *Bogdandy/Huber* Staat (Fn. 16), § 42 Rn. 40: Der Idealtypus einer nach der juristischen Methode gesetzesvollziehenden Verwaltung „steht einem angemessenen Verständnis zeitgenössischer Herrschaft im europäischen Rechtsraum im Wege, da sie die gegenwärtige Situation, in der Regierungen und Bürokratien gestaltend tätig werden, nur als ‚verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Verfallsprozess‘ diagnostizieren kann“; *K.-H. Ladewig* Normqualität und Verbindlichkeit der Verfassungssätze, HStR XII (Fn. 21), § 261 Rn. 54 ff.

<sup>300</sup> *Badura* Verwaltungsrecht (Fn. 3), 152; *B. Grzeszick* Die Verwaltung 42 (2009), 105 (112 f.); *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 49; *Lepsius* Steuerungsdiskussion (Fn. 4), 7; *S. Rixen* Die Verwaltung 42 (2009), 309 (335 f.); *C. Starck* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 67 (2008), 334 (335). Dies gilt auch für ein Verständnis des Einzelnen als Kooperationspartner der Verwaltung, vgl. zusammenfassend *Masing* Rechtsstatus (Fn. 24), § 7 Rn. 1 ff.

ziert sie Risse im „kunstvolle[n] Gebilde des Rechtsstaats“<sup>301</sup> infolge der abnehmenden gesetzlichen Determinierung und damit reduzierten gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten, eine „Entkonstitutionalisierung“ im Ausfransen der „parlamentarische[n] Steuerung des Verfassungsstaates“,<sup>302</sup> eine unwiederbringliche Einbuße des normativen Anspruchs der Verfassung in Informalisierungsprozessen,<sup>303</sup> eine „prekäre Exklave im Bereich der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“ in Ermessensspielräumen<sup>304</sup> oder das Risiko eines demokratisch nicht mehr steuerbaren Systems in der Abkehr vom bürokratischen Legitimationsmodell<sup>305</sup>.

Ob und inwieweit verfassungsrechtlich relevante Grenzüberschreitungen vorliegen, lässt sich freilich nur auf der Basis konkreter Einzelthemen beurteilen und kann hier nicht vertieft werden.<sup>306</sup> Allgemein gesprochen besteht die Herausforderung darin, den Steuerungsanspruch des Grundgesetzes gerade in Ansehung neuer Entwicklungen zu behaupten. Mit seinem allbezüglichen Rahmen ist es hierfür bestens gerüstet.<sup>307</sup> Es gilt, Emanzipationsprozesse, namentlich eine mit ihnen einhergehende Lockerung von Bindungen, zunächst in ihrer verfassungsrechtlichen Dimension zu erfassen und sodann am Grundgesetz zu messen. Hierbei sind dessen unverbrüchlicher Gehalt, (ggf. kompensatorischer) Fortentwicklungsbedarf und der Konkretisierungsspielraum des Gesetzgebers im Blick zu behalten. Gerade die von der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft generierten komplexen Realbefunde bedürfen einer verfassungsrechtlichen Rückkoppelung; nicht aber

<sup>301</sup> *Grimm* Ursprung (Fn. 6), § 1 Rn. 72.

<sup>302</sup> *H. Hofmann* JöR n.F. 51 (2003), 1 (15 ff.).

<sup>303</sup> *Grimm* Ursprung (Fn. 6), § 1 Rn. 86. Siehe auch *L. Helms* ZSE 2005, 70 (95 f.).

<sup>304</sup> *H. Faber* Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1995, 100.

<sup>305</sup> *Huber* Grundzüge (Fn. 4), § 73 Rn. 213.

<sup>306</sup> Mehrere Tagungen unserer Vereinigung haben sich bereits verschiedenen Aspekten der Eigenständigkeit und ihren verfassungsrechtlichen Determinanten gewidmet, etwa dem skeptisch beäugten Verwaltungsvorbehalt [Göttingen, 1984: *H. Maurer* und *F. E. Schnapp* Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43 (1985), 135/172], Privatisierungen [Halle, 1994: *J. Hengstschläger* und *H. Bauer* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), 165/243; Dresden, 1996: *M. Schmidt-Preuß* und *U. Di Fabio* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160/235; St. Gallen, 2002: *M. Heintzen* und *A. Voßkuhle* Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 220/266] oder dem informellen Verwaltungshandeln [St. Gallen, 2002: *M. Herdegen* und *M. Morlok* Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts. Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, VVDStRL 62 (2003), 7/37]. Zur Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft bereits oben IV.2.a m. Fn. 281 ff.

<sup>307</sup> Siehe im Kontext des informalen Verwaltungshandelns auch *Schoch* Entformalisierung (Fn. 57), § 37 Rn. 115 ff., 127.

darf in einem Kurzschluss vom Sein auf das Sollen an ihnen die Rechtsanwendung ausgerichtet werden.<sup>308</sup>

So gewährleistet das Grundgesetz hinsichtlich Spielräumen, dass diese auf einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung beruhen, eine hinreichende parlamentarische Steuerung besteht (Gesetzesvorbehalt, Bestimmtheit) und die Lockerung von Gesetzesbindung und Rechtsschutz nicht unter Verweis auf vermeintliche Sachnotwendigkeiten erfolgt, sondern verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist.<sup>309</sup> In diesem Kontext entwickelte Konzeptpflichten der Verwaltung, die eine gleichheitskonforme und rechtsschutzwahrende Handhabung von Spielräumen sichern und folglich die mit diesen einhergehende Lockerung der Gesetzesbindung kompensieren,<sup>310</sup> stehen für Fortentwicklungen im Verfassungsrecht.

Nicht immer gelingt es freilich, adäquat oder auch zeitnah zu reagieren, Lernprozesse benötigen Zeit und können misslingen. So vermochte zwar die Anerkennung eingriffsgleicher mittelbar-faktischer Beeinträchtigung das Realhandeln grundrechtlich einzufangen; allerdings bleibt die Einhegung des informationellen Verwaltungshandelns durch die Glykol-Recht-

---

<sup>308</sup> Treffend identifiziert *P. M. Huber* [FS Stober, 2008, 547 (556) – Nachweis getilgt; siehe auch *Bumke* Methodik (Fn. 30), 127 ff.] die gesteuerte Einpassung der Realbefunde als Kernaufgabe des Öffentlichen Rechts: So „wird auch die Frage gestellt, wie sich die mit dem Recht verbundenen Steuerungsziele auch unter den Bedingungen einer kaum mehr überschaubaren Verantwortungsdiversifizierung zwischen unterschiedlichen politischen Ebenen und in der Dichotomie von Staat und Gesellschaft erreichen lassen. Dabei werden die höchst komplexen Realbefunde, organisationssoziologische, entscheidungstheoretische und politikwissenschaftliche Einsichten ... allerdings häufig nach Art einer wirklichkeitswissenschaftlichen Betrachtung zum Nennwert genommen und die Rechtsauslegung und -anwendung fälschlicherweise daran ausgerichtet. Hier beginnt jedoch erst die eigentliche Aufgabe des Öffentlichen Rechts. Realbefunde und Einsichten der Nachbardisziplinen müssen an die normativen Steuerungsvorgaben angebunden und in rechtlich belastbare, abstraktions- und typisierungsfähige Handlungsformen, Institute und Verfahren umgesetzt werden. Dem Wesen des Rechts entsprechend muss dabei in Abgrenzungen, nicht in Übergängen gedacht und das diversifizierte Handeln unter dem spezifisch juristischen Code von ‚Recht – Unrecht‘ domestiziert werden. Von der Dichotomie von Staat und Gesellschaft ausgehend gilt es, alles dem Staat zurechenbare Handeln als kompetenzgebundenes und rechtfertigungsbedürftiges Handeln zu erkennen und dafür zu sorgen, dass es gegenüber dem Bürger effektiv verantwortet werden kann.“ Ähnlich hinsichtlich Kooperationsverhältnissen *Masing* Rechtsstatus (Fn. 24), § 7 Rn. 17. Siehe ferner *A. Blankenagel* AöR 124 (2000), 70 (104 f.); *T. Kingreen* Die Verwaltung 42 (2009), 339 (362 ff.); *S. Rixen* Die Verwaltung 42 (2009), 309 (319 f.); *E. Schmidt-Aßmann* FS Battis, 2014, 85 (97 f.); *Vofßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 63), § 1 Rn. 28.

<sup>309</sup> Siehe auch *Jestaedt* Maßstäbe des Verwaltungshandelns (Fn. 271), § 11 Rn. 30.

<sup>310</sup> Siehe nur *Eifert* Verwaltungsrecht (Fn. 264), 317 ff.; *Hoffmann-Riem* Eigenständigkeit (Fn. 266), § 10 Rn. 115 ff.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 23), 2. Kap. Rn. 24; *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, 202 ff.; *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 25), 538 ff., 691, 695.



sprechung unbefriedigend,<sup>311</sup> genauso wie im Übrigen die langwierige Anerkennung der Fiskalgeltung der Grundrechte, zumal deren Schlagkraft ausbaufähig ist<sup>312</sup>.

## V. Fazit: Relativierung des Grundgesetzes, aber kein konstitutioneller Verfallsbefund

Dass zur Bändigung der Fiskalverwaltung das Unionsrecht eingesprungen ist, erhellt, dass Europäisierung und Emanzipation zusammenhängen: Nicht nur lässt sich die Europäisierung als Emanzipationsprozess deuten; vielmehr hemmt und fördert sie die Emanzipation zugleich. Hemmend wirkt die erwähnte unionsrechtliche Einhegung der Fiskalverwaltung, aber auch die im EU-Grundrecht auf gute Verwaltung angelegte Konstitutionalisierung des nicht nur rechtsnormativen Gebots einer gerechten Sachbehandlung,<sup>313</sup> fördernd der unionsrechtlich forcierte Selbststand der Verwaltung. Daneben existieren auch wechselseitig unbeeinflusste Bereiche.

Bedeutung und Bedeutungsverlust des Grundgesetzes im Allgemeinen Verwaltungsrecht lassen sich nicht auf schlichte Formeln bringen. Genauso wenig wie Verwaltungsrecht nur „konkretisiertes Verfassungsrecht“ ist, stellt es sich infolge der Europäisierung als „konkretisiertes Unionsrecht“ dar oder bedeutet Emanzipation Entkonstitutionalisierung. Am Ende des Referats steht vielmehr ein differenzierter Befund.<sup>314</sup>

Europäisierung und Emanzipation relativieren die Bedeutung des Grundgesetzes. Erstere, indem sie die Maßstab-, Auffang- sowie Leitbildfunktion des Grundgesetzes zugunsten des EU-Verwaltungsverfassungsrechts zurückdrängt, letztere, indem sie einen subkonstitutionellen Freiraum für das Allgemeine Verwaltungsrecht schafft und es für anderweitige

---

<sup>311</sup> Dies als partielle De-Konstitutionalisierung begreifend *W. Kahl* Die Verwaltung 42 (2009), 463 (469 Fn. 42). Kritisch auch *Schoch* Entformalisierung (Fn. 57), § 37 Rn. 111 ff.; *F. Wollenschläger* *VerwArch* 102 (2011), 20 (38 f.).

<sup>312</sup> Dazu oben, III.1.b. m. Fn. 146.

<sup>313</sup> Siehe dazu bereits oben, Fn. 197.

<sup>314</sup> Siehe für die Europäisierung allgemein *P. Häberle* FS Schiedermaier, 2001, 81 (92): „Erosionsvorgängen stehen Metamorphosen in Sachen ‚Verfassungsgemeinschaft Europa‘ gegenüber“; und zum daraus folgenden wissenschaftlichen Programm: *W. Kahl* *NVwZ* 2011, 449 (454): „wissenschaftliche Herausforderung, dogmatisch noch genauer zwischen den verschiedenen Modi der Einwirkung des Unionsrechts zu unterscheiden und die diesbezüglichen Begriffe weiter zu schärfen“.

Orientierungen öffnet. Diese Relativierung des Grundgesetzes stellt indes aus vier Gründen keinen konstitutionellen Verfallsbefund dar.<sup>315</sup>

Erstens zeichnet das Grundgesetz selbst sie vor: Hierfür stehen die vom Verfassungsgeber<sup>316</sup> und im Verfassungstext<sup>317</sup> angelegte Öffnung der grundgesetzlichen Ordnung für die europäische Integration sowie der Rahmencharakter des Grundgesetzes einschließlich der aus ihm folgenden Freiräume für die Entfaltung des Allgemeinen Verwaltungsrechts.<sup>318</sup>

Zweitens dankt das Grundgesetz im Zeichen von Europäisierung und Emanzipation nicht ab. Vielmehr bleibt es in Gestalt und im Schatten seiner Struktursicherungsklausel für den Europäisierungsprozess relevant, genauso wie sein Vorrang und unverbrüchlicher Gehalt einen nur relativen Selbststand des Allgemeinen Verwaltungsrechts begründen. Freilich können diese Sicherungen vor allem nach außen, aber auch nach innen versagen.<sup>319</sup> Dann hätte das Grundgesetz an Bedeutung verloren. Eine Herausforderung besteht daher darin, auf eine mit dem Fortschritt des EU-Verwaltungsrechts mithaltende Binnenkonstitutionalisierung des Unionsrechts hinzuwirken<sup>320</sup> und den Steuerungsanspruch gegenüber Emanzipationstendenzen zu behaupten. Hier fällt der Befund differenzierter aus, als Kritiker mitunter annehmen.<sup>321</sup>

Drittens bleibt beim derzeitigen Stand der Integration das Grundgesetz aufgrund seiner Allbezüglichkeit und der bloßen Akzessorietät des EU-Verwaltungsverfassungsrechts selbst im europäisierten Allgemeinen Verwal-

<sup>315</sup> Vgl. auch die Andeutung bei *E. Klein* Vereinheitlichung des Verwaltungsrechts im europäischen Integrationsprozeß, in: C. Starck (Hrsg.) Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, 1992, 117 (144; ferner 126 Fn. 45).

<sup>316</sup> Siehe Abg. *Katz* Parl. Rat XIV/1, 172: „Pointe“ der Integrationsklausel ist gerade die Verfassungsüberformung; ferner Abg. *Eberhard* Parl. Rat XIV/1, 862; *Schmid* Parl. Rat IX, 40f.; *H. P. Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 58; *Wollenschläger* (Fn. 108), Art. 24 Rn. 5.

<sup>317</sup> Siehe Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG: „im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz“; Verpflichtung auf „demokratisch[e], rechtsstaatlich[e], sozial[e] und föderativ[e] Grundsatz[e]“.

<sup>318</sup> Siehe auch *Gerhard* Konstitutionalisierung (Fn. 19), 745: „Die These eines ‚Zurückweichens‘ der nationalen Verfassungsordnung vernachlässigt indes den integrativen Ansatz des Grundgesetzes und scheint allzu sehr einem statisch-abstrakten Verständnis von Staatlichkeit verhaftet.“ Siehe ferner *S. Unger* DVBl. 2015, 1069 (1072). Angedeutet auch bei *Rengeling* Verwaltungsrecht (Fn. 103), 204, 217; *Ruffert* Rechtsquellen (Fn. 8), § 17 Rn. 54; *Schmidt-Aßmann* Verfassungsprinzipien (Fn. 8), § 5 Rn. 3, 14.

<sup>319</sup> Treffend *S. Unger* DVBl. 2015, 1069 (1072): Möglichkeit der Beeinflussung, nicht aber der Determinierung.

<sup>320</sup> Damit stehen zwei Konstitutionalisierungsprozesse im Raum, nämlich die konstitutionalisierungsähnliche Einwirkung auf das nationale Recht und die Konstitutionalisierung des Unionsrechts selbst – siehe auch *Mangold* Gemeinschaftsrecht (Fn. 108), 74.

<sup>321</sup> Näher dazu oben, III.2.b.

tungsrecht relevant. Hier sind freilich Erosionsprozesse am Werk.<sup>322</sup> Somit besteht eine weitere Herausforderung darin, sich dem Verbundbefund zu stellen, gerade auch in seiner Komplexität,<sup>323</sup> und das Mit- und Nebeneinander der Verfassungsschichten in Einklang mit den rechtlich gezogenen Grenzen zu organisieren<sup>324</sup>. So ist die Relativierung Konsequenz der Realisierung gemeinsamer Politikziele und damit unausweichlich; indes ist sie in ihrem Ausmaß über die Kompetenzaktualisierung beeinflussbar und durch autonomieschonende EU-Verfassungsprinzipien, wie die Pflicht zur Achtung der nationalen Identität (Art. 4 Abs. 2 EUV), auch begrenzt.<sup>325</sup>

Viertens vermögen Europäisierung und Emanzipation ihrerseits, Impulse für Fortentwicklungen des Grundgesetzes zu geben und so dessen Bedeutung zu sichern. Hieraus den Verfallsbefund verlorener Prägekraft des Grundgesetzes zu konstruieren,<sup>326</sup> verkennt freilich dessen Rahmencharakter und fortwährende Anstöße für die Verwaltungsrechtsentwicklung.<sup>327</sup>

Bei alledem ist schließlich im Auge zu behalten, dass die Normativität des Grundgesetzes sowohl bei einem rigiden, der Offenheit und Dynamik verfassungsrechtlicher Maßstäbe nicht Rechnung tragenden Verständnis<sup>328</sup> als auch bei einer vorschnellen Ausrichtung auf vermeintliche Sachnotwendigkeiten auf dem Spiel steht<sup>329</sup>. Hier die Balance zu wahren, zieht sich wie ein roter Faden durch die bisherigen Verhandlungen unserer Vereinigung, etwa hinsichtlich Privatisierungen oder dem informellen Verwaltungshandeln,<sup>330</sup> und wird uns auch weiter beschäftigen.

<sup>322</sup> Hierzu oben, III.2.a.

<sup>323</sup> Siehe auch – für den Grundrechtsschutz – *J. Masing* JZ 2015, 477 (485).

<sup>324</sup> Siehe auch *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 58), 54; *S. Unger* DVBl. 2015, 1069 (1074 ff.).

<sup>325</sup> Vgl. auch *J. Masing* JZ 2015, 477 (485 ff.); *M. Nettesheim* FS Isensee, 2007, 733 (751 ff.); *Rengeling* Verwaltungsrecht (Fn. 103), 231 f. Siehe für die Notwendigkeit einer Einhegung von Anwendungsvorrang und Effektivitätsgebot durch das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme *E. Schmidt-Aßmann* DVBl. 1993, 924 (931 f.); ferner *ders.* Dogmatik (Fn. 58), 64 f. Ebenfalls die nationale Autonomie betonend (Schranke: Anliegen der effektiven Durchsetzung): *Jans/Prechal/Widdershoven* Summing Up (Fn. 106), 487 (493 f.).

<sup>326</sup> So aber *O. Lepsius* Die Verwaltung Beih. 10 (2010), 179 (190 f.); für die zwischenzeitliche Modernität des Verwaltungsrechts im Vergleich zum Verfassungsrecht *C. Waldhoff* FS Kloepfer, 2013, 261 (263 f., 275).

<sup>327</sup> Näher dazu oben, III.1.c.

<sup>328</sup> *Gerhard* Konstitutionalisierung (Fn. 19), 737, 746; *D. Grimm* Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, 17; *Reimer* Verfassungsprinzipien (Fn. 48), 470; *Schoch* Verwaltungskontrollen (Fn. 17), § 50 Rn. 120.

<sup>329</sup> Zur Gefährdung der Normativität der Verfassung durch Missachtung ihrer Stabilisierungsfunktion *Reimer* Verfassungsprinzipien (Fn. 48), 464 f.

<sup>330</sup> Siehe Fn. 306.

*Leitsätze des 2. Referenten über:*

## **Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?**

I. *Allgemeines Verwaltungsrecht, Konstitutionalisierung,  
Entkonstitutionalisierung*

II. *Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht:  
Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht!?*

(1) *Die Verfassungsabhängigkeit des Allgemeinen Verwaltungsrechts stellt zwar weder einen unter dem Grundgesetz neuen Befund noch einen bundesrepublikanischen Sonderweg dar; allerdings ist eine besonders intensive Prägung unter dem Grundgesetz zu konstatieren.*

(2) *Das hierfür stehende geflügelte Wort vom „Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht“ (Fritz Werner) bedarf einer vierfachen Qualifikation: Allgemeines Verwaltungsrecht findet sich bereits im Grundgesetz (Verwaltungsverfassungsrecht), ist angesichts der Biperspektivität verwaltungsrechtlicher Systembildung sowie des Rahmencharakters der Verfassung mehr als konkretisiertes Verfassungsrecht und wirkt auf das Verfassungsrecht zurück.*

I. *Allgemeines Verwaltungsrecht im Verfassungsrecht:  
Verwaltungsverfassungsrecht*

(3) *Das Grundgesetz selbst enthält ein Korpus verwaltungsbezogener Vorgaben (z.B. Gesetzesbindung, Art. 20 Abs. 3 GG) und Leitbilder (z.B. Systementscheidung für den Individualrechtsschutz, Art. 19 Abs. 4 GG, oder Modell des Gewährleistungsstaates, Art. 87e, f GG).*

(4) *Dieses Verwaltungsverfassungsrecht umfasst teils geschriebene, teils ungeschriebene Sätze, hat selten Regel-, meist Prinzipiencharakter; teils ist es auch erst Ergebnis einer Konkretisierung allgemeiner (mitunter auch gegenläufiger) Verfassungsvorgaben. Als Verfassungsrahmen der*

*Verwaltung steht es für sich. Auf Anwendungsebene tritt es indes regelmäßig mediatisiert und konkretisiert im Gewande des einfachen Verwaltungsrechts zutage, das zudem Anwendungsvorrang genießt; dann fungiert das Grundgesetz als Maßstab und Auslegungsdirektive. Unmittelbare Relevanz erlangt es als Auffangordnung bei lückenhafter Normierung sowie als Leitbild- und Impulsgeber. Das Verwaltungsverfassungsrecht lässt sich qua Allbezüglichkeit, Vorrang und vergleichbarer Aufgaben funktional als Allgemeiner Teil des Verwaltungsrechts verstehen.*

2. *Mehr als konkretisiertes Verfassungsrecht I:  
Biperspektivität verwaltungsrechtlicher Systembildung*

*(5) Verwaltungsrechtliche Systembildung, mithin die Entfaltung der Begriffe, Rechtsinstitute und Rechtsregeln des Allgemeinen Verwaltungsrechts, erfolgt aus zwei Perspektiven, nämlich einer induktiven des Vergleichs und der Verallgemeinerung des Besonderen Verwaltungsrechts sowie einer deduktiven, an allgemeinen Vorgaben und Lehren ausgerichteten. Für letztere ist das Grundgesetz von entscheidender Bedeutung: Es bestimmt Ausrichtung sowie Entwicklungstendenzen, gibt Kategorien für die Begriffsbildung vor und fungiert als Maßstab für einzelne Regeln und Institute.*

*(6) Die Ausrichtung an der Verfassung verstärkt die disziplinierende, rationalisierende und stabilisierende Kraft des Allgemeinen Verwaltungsrechts und schafft eine Metaebene für seine fortlaufende Beobachtung, Überprüfung und Neuausrichtung.*

3. *Mehr als konkretisiertes Verfassungsrecht II:  
Rahmencharakter der Verfassung*

*(7) Die Distanz fordernde Maßstabfunktion des Grundgesetzes, dessen Rahmencharakter und der Gestaltungsauftrag des demokratisch legitimierten Gesetzgebers verbieten, Verwaltungsrechtsnormen als schlichte Verfassungsdeduktionen zu verstehen. Vielmehr verbleibt dem Verwaltungsrechtsetzgeber ein in seiner Reichweite materienabhängiger Gestaltungsspielraum.*

4. *Umkehr der Perspektive: Rückwirkungen auf das Verfassungsrecht*

*(8) Entgegen der Rede vom Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht wirkt das Verwaltungsrecht invers zur Hierarchie auf das Verfassungsrecht zurück. Unterscheiden lassen sich eine Anstoßwirkung für Fortentwicklungen, eine Modellwirkung (konstitutionalisierende Rezeption) und eine interpretationsleitende Wirkung.*

### III. *Relativierung und Behauptung des Grundgesetzes im Zeichen der Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts*

#### 1. *Relativierung des Grundgesetzes*

(9) *Das Grundgesetz verliert infolge der Europäisierung insoweit seine Maßstabfunktion, wie zwingende Vorgaben des Unionsrechts eine bestimmte Ausgestaltung des nationalen Verwaltungsrechts gebieten (z.B. Unabhängigkeit von Datenschutzaufsicht und Regulierungsbehörden).*

(10) *Der Verlust der Maßstabfunktion bedeutet kein zwingendes Außerkraftsetzen von Verfassungsmaßstäben. Regelmäßig erfolgt eine Anreicherung oder Beschneidung grundgesetzlich gelassener Spielräume, nicht aber eine Modifikation effektiver Verfassungsgehalte.*

(11) *Infolge der Europäisierung treten Maßstäbe des Unionsrechts neben das Grundgesetz. Erweist sich das Unionsrecht als strenger, verliert das Grundgesetz faktisch seine Maßstabfunktion. Dies betrifft in erster Linie die Schutzfunktion der Verfassung und damit die nationalen Grundrechte, mit denen ebenfalls multidimensional verstandene Grundfreiheiten, zunehmend EU-Grundrechte sowie grundrechts- und grundfreiheitenkonkretisierendes Sekundärrecht konkurrieren (z.B. Domestizierung der Fiskalverwaltung durch EU-Vergaberecht).*

(12) *Die Einwirkung nicht grundgesetzlich imprägnierten Verwaltungsrechts führt konkurrierende Leitbilder ein und ist folglich auch auf Systemebene relevant (z.B. stärkere Akzentuierung des Verfahrensgedankens; Weitung des individualzentrierten Rechtsschutzkonzepts).*

(13) *Einzelne Institute und Materien des Grundgesetzes haben eine Überformung erfahren. Als Konsequenz ergibt nur eine Zusammenschau von Grundgesetz und Unionsrecht ein treffendes Bild der Verwaltungsverfassung (z.B. Gesetzesbindung oder Organisationsverfassung).*

#### 2. *Behauptung des Grundgesetzes*

(14) *Anders als das allbezügliche GG-Verwaltungsverfassungsrecht greift das unionale weithin nur akzessorisch bei anderweitigem EU-Bezug (vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC). Somit bleibt Raum für die Konstitutionalisierung selbst in europäisierten Bereichen. Erosionstendenzen folgen aus der stetigen Verbreiterung, Verdichtung und Potenzierung der Europäisierung, mithin aus der fortschreitenden Kompetenzübertragung und -aktualisierung, einem zunehmend multidimensionalen Regelungsprogramm des EU-Sekundärrechts (materielle, Verfahrens-, Organisations- und Rechtsschutzvorgaben; Verwaltungsverbund) und einem Ausgriff von EU-Verfassungsprinzipien nach sekundärrechtlicher Türöffnung.*

(15) Das Grundgesetz gewinnt an Maßstäblichkeit: Es zieht über seine – freilich nur Mindestverfassungsstandards fordernde – Struktursicherungsklausel (Art. 23 Abs. 1 GG) und im Schatten derselben nicht nur der Europäisierung defensiv letzte Grenzen, sondern erhebt auch aktiv Anspruch auf Mitgestaltung des Integrationsprozesses, und strahlt darüber hinaus auf die Entwicklung des EU-Verwaltungsverfassungsrechts aus (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Behördenlegimation; Auswirkungslehre).

(16) Die Sicherung einer mit der Europäisierung schritthaltenden Binnenkonstitutionalisierung des Unionsrechts erweist sich angesichts des Übergangs der Maßstabfunktion für das europäisierte Allgemeine Verwaltungsrecht vom grundgesetzlichen auf das EU-Verwaltungsverfassungsrecht als besonders bedeutsam. Trotz aller Kritik fällt der Befund differenzierter aus, als mitunter gebrandmarkt.

(17) Die Europäisierung irritiert durch mitunter gegenläufige Wertungen den grundgesetzlichen Acquis, vermag so – zumeist schon im nationalen Diskurs angemahnte, aber in Pfadabhängigkeiten verstrickte, überdies als konsequente Fortsetzung von Konstitutionalisierungsprozessen deutbare – Lern- und Modernisierungsprozesse anzustoßen und damit die künftige Bedeutung des Grundgesetzes zu sichern (z.B. Stärkung des Verfahrensgedankens als Abrundung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren). In jedem Einzelfall bedürfen freilich Gewinn und Kosten einer Neuinterpretation einer sorgfältigen Abwägung (z.B. mit Stärkung des Verfahrensgedankens konkurrierende Effizienz Anliegen). Einer Überzeichnung des Unionsrechts – etwa einer Verabsolutierung des Verfahrensgedankens – ist entgegenzutreten.

#### IV. Relativierung und Behauptung des Grundgesetzes im Zeichen der Emanzipation des Allgemeinen Verwaltungsrechts

(18) Die Emanzipation des Allgemeinen Verwaltungsrechts steht für dessen fremd- oder selbstbestimmte Befreiung aus einem Zustand der Verfassungsabhängigkeit.

##### 1. Relativierung des Grundgesetzes

(19) Zum einen emanzipiert das Grundgesetz das Allgemeine Verwaltungsrecht, indem es Gestaltungsspielräume belässt. Zum anderen emanzipiert sich das Allgemeine Verwaltungsrecht vom Grundgesetz aufgrund seiner Orientierung auch am Besonderen Verwaltungsrecht sowie seines kodifikationsbedingten einfach-gesetzlichen Eigenlebens. Mit der Konstitutionalisierungskritik und der den Blick über den Verfassungshorizont

*hinaus auf Realbefunde oder Nachbarwissenschaften richtenden Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft manifestieren sich auch wissenschaftliche Befreiungsbewegungen. In einem weiten, die Frage nach dem Verhältnis der beiden Rechtsschichten transzendierenden Verständnis lässt sich auch die Eigenständigkeit der Verwaltung gegenüber Gesetzgeber und Judikative als Emanzipationstendenz verstehen.*

## 2. Behauptung des Grundgesetzes

(20) *Schon angesichts des Vorrangs der Verfassung (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) scheidet eine vollständige Befreiung des Allgemeinen Verwaltungsrechts aus dem Zustand der Verfassungsabhängigkeit aus und kann der Selbststand nur ein relativer sein. Emanzipationshemmend wirkt überdies der thematisch umfassende Einschluss des ohnehin verfassungsaffinen Allgemeinen Verwaltungsrechts durch ein allbezügliches Verwaltungsverfassungsrecht. Letzteres bleibt auch als Auffangordnung von Bedeutung, da der Gesetzgeber namentlich durch die bloße Teilkodifikation des Allgemeinen Verwaltungsrechts den für die Emanzipation unerlässlichen „Ausgang des Verwaltungsrechts aus seiner selbst verschuldeten Unmündigkeit“ mitunter nicht bewältigt hat.*

(21) *Emanzipationsprozesse vermögen Lernprozesse im Grundgesetz anzustoßen, so dessen Acquis zu modernisieren und damit auch dessen künftige Bedeutung zu sichern (z.B. durch Realbefunde angestoßene Reflexion überkommener Verfassungsinterpretationen).*

(22) *Offenheit gegenüber neuen Entwicklungen und deren Integration in das Verfassungsrecht stellen freilich eine Gratwanderung dar, gefährdet die Normativität der Verfassung doch sowohl eine Verabsolutierung überkommener Maßstäbe als auch deren vorschnelle Preisgabe. Das Vorliegen von Grenzüberschreitungen lässt sich nur im Einzelfall beurteilen. Allgemein besteht die Herausforderung darin, Emanzipationsbefunde, namentlich eine mit ihnen einhergehende Lockerung von Bindungen, zunächst in ihrer verfassungsrechtlichen Dimension zu erfassen und sodann am Grundgesetz zu messen. Hierbei sind dessen unverbrüchlicher Gehalt, (ggf. kompensatorischer) Fortentwicklungsbedarf und der Konkretisierungsspielraum des Gesetzgebers im Blick zu behalten.*

## V. Fazit: Relativierung, aber kein konstitutioneller Verfallsbefund

(23) *Europäisierung und Emanzipation relativieren die Bedeutung des Grundgesetzes im Allgemeinen Verwaltungsrecht. Dies stellt indes keinen konstitutionellen Verfallsbefund dar; zeichnet das Grundgesetz doch selbst*



*seine Relativierung vor (Öffnung der grundgesetzlichen Ordnung für die europäische Integration; der Freiräume für die Entfaltung des Allgemeinen Verwaltungsrechts schaffende Rahmencharakter des Grundgesetzes). Zudem vermag es sich zu behaupten.*

### *3. Aussprache und Schlussworte*

## **Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht – Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?**

**Volkmann:** Wir beginnen dann mit dieser Diskussion, wir haben erneut über 20 Wortmeldungen. Einige Diskussionsteilnehmer haben heute morgen die Fragestellung des Vorstands als möglicherweise unterkomplex bezeichnet oder ganz zurückgewiesen. Es ist aber jedenfalls eine Fragestellung, die erheblichen Diskussionsbedarf zeitigt, davon zeugt die Zahl der Anmeldungen. Deshalb erneut die Bitte, sich kurz zu fassen. Es eröffnet die Diskussion Herr Lepsius, der uns erneut erklären wird, was denn das Allgemeine am allgemeinen Verwaltungsrecht ist.

**Lepsius:** Herr Michael und Herr Wollenschläger, haben Sie vielen Dank für zwei Referate, die uns hervorragend in die Themen eingeführt haben, ihren erhellenden wie auch unterhaltenden Wert hatten. Ich glaube, wir haben beide Vorträge sehr genossen. Mich beschäftigt die Frage, was eigentlich das Allgemeine am allgemeinen Verwaltungsrecht ist oder heute noch sein kann. Wenn ich die Diagnose von Herrn Wollenschläger ernst nehme, dann haben wir es heute mit einem ausdifferenzierten Verwaltungsrecht zu tun, in dem die Eingriffsverwaltung, auf die das allgemeine Verwaltungsrecht einmal zugeschnitten war, nur noch ein Segment des Verwaltungshandelns im Konzert mit Planungsrecht, Leistungsrecht, Informations- und Risikoverwaltungsrecht darstellt. Es erhebt sich die Frage, ob das allgemeine Verwaltungsrecht angesichts dieser Ausdifferenzierung noch eine systemprägende Funktion besitzen kann? Und wenn wir vom Europarecht her denken, also einen fragmentarischen Zugriff über Politiken auf bestimmte Fragen des Verwaltungsrechts versuchen, stellt sich umso mehr die Frage, was dann noch vom Allgemeinen übrig bleibt. Müssten Sie nicht im Grunde, wenn wir Ihre Diagnose ernst nehmen, das Allgemeine verabschieden und sagen, dass die Zeit des Allgemeinen angesichts der Vervielfältigung und Spezialisierung der Verwaltungsaufgaben in einer ausdifferenzierten Mehrebenenrechtsordnung vorüber ist? Mit dem Allgemeinen verbindet sich doch letztlich ein Fortschrittsgedanke des 19. Jahrhunderts. Das bringt mich zu dem Ansatz von Herrn Michael. Sie haben sich

für das Allgemeine sehr stark gemacht. Müssten Sie dies heute nicht anders begründen als Sie es getan haben? Sie haben sehr stark auf die Entwicklung des Rechtsstaats im 19. Jahrhundert abgestellt, und für die Zeit von Otto Mayer ist eine allgemeine Systematisierung natürlich auch prägend gewesen. Es gab kein Denken von der Verfassung her, Otto Mayer musste sich an Strukturen orientieren, die er auch rechtsvergleichend ermittelt hat. Aber das ist eben ein Kontext gewesen, der nicht mehr unserer ist. Fragen wir indes heute, welche Strukturierungsleistung eigentlich die Idee des Allgemeinen erbringt, dann ist doch auffällig, dass diese Strukturierungsleistung einen entweder strafrechtlichen oder zivilrechtlichen Ursprung hat. Dort sind die Allgemeinen Teile zu Hause. Das Allgemeine schichtet dann auf derselben Normenhierarchieebene ab. Aber das ist eigentlich nicht die öffentlich-rechtliche Grundidee einer Strukturierung – denn wir schichten nicht auf der Ebene der gleichen Normenhierarchie, sondern auf höheren und niederen Schichten ab: Verordnung, Gesetz, Verfassung, Supranationale Ordnung. Insofern leuchtet mir Ihr Plädoyer für das Allgemeine nicht ein, denn im Grunde genommen ist das Plädoyer für das Allgemeine ein anti-öffentlich-rechtliches Plädoyer, ja, ein zivilrechtsakzessorisches Plädoyer. Und wenn Sie dies befürworten, dann müssen Sie sozusagen dem Zivilrecht die Fortschrittsprärogative zubilligen. Insofern bin ich neugierig, wie Sie Ihre positiv gesehene Funktion des Allgemeinen vielleicht noch ein wenig näher vor dem Hintergrund der Normenhierarchie begründen könnten. Danke.

**Volkmann:** Es folgt Herr Kotzur mit einer alternativen Vorstellung vom allgemeinen Verwaltungsrechts, dann kommen Herr Ruffert und schließlich Frau Cancik mit historischen Bemerkungen.

**Kotzur:** Ich möchte gerne an die brilliansten Provokationen von Herrn Michael und vielleicht auch an den Gedanken des „Allgemeinen“ und des „Gemeinen“ anknüpfen. Die Idee des allgemeinen Verwaltungsrechts, die Herr Michael uns vorgestellt hat, hat mich ein bisschen an die Idee des common law erinnert. Allgemeines Verwaltungsrecht ist ein Stückchen wie common law entstanden und auch seine Kodifikation ist ganz common-law-typisch, letztendlich eine Art „restatement“ dessen, was längst schon dagewesen ist. Dieser Gedanke des common law ist für den Europarechtler vielleicht deutlich ermutigender als für den Verfassungsrechtler oder den Verwaltungsrechtler, weil er das Gemeinsame an diesen allgemeinen Verwaltungsrechtsprinzipien im europäischen Verfassungsverbund zu erhehlen vermag. Vielleicht könnte man Ihre These, lieber Herr Michael, weiter zuspitzen und sagen, im Prinzipienreichtum dieses „common administrative law“ schlummert ein Stückchen weit ein legitimatorischer Keim des-

sen, was später – jedenfalls in historischer Entwicklung – die Verfassung aufgreift. Ich meine „Verfassungsrecht als konkretisiertes allgemeines Verwaltungsrecht“. Und wenn das noch nicht provokativ genug war, denke ich, wird die weitere Diskussion sicherlich noch vieles bringen. Vielen Dank.

**Ruffert:** Wenn der EuGH in einem gegen die Bundesrepublik anhängigen Vertragsverletzungsverfahren dem Generalanwalt folgt, wird nächste Woche um diese Zeit § 113 Abs. 1 VwGO für europarechtswidrig erklärt worden sein (EuGH, Rs. C-137/14, Urt. v. 15.10.2015, ist dem Generalanwalt *nicht* gefolgt. M.R.). Das ist vordergründig ein technischer Europäisierungsvorgang mit allen Rückwirkungen auf das allgemeine Verwaltungsrecht, vor allem den Begriff des subjektiv öffentlichen Rechts; ihm geht aber eine politische Auseinandersetzung um Verbandsklagen, um die Verteilung von Klagemöglichkeiten im Umweltrecht voraus. Ich würde meinen, dass beide Konzepte Schwierigkeiten haben, so etwas zu verarbeiten. Herrn Michael wird es vielleicht noch etwas schwerer fallen als Herrn Wollenschläger, weil Ihre beiden Ansätze nicht den politischen Charakter des Verwaltungsrechts zum Ausdruck bringen. Insbesondere das, was Du, Lothar, ausgeführt hast, ist sehr unpolitisch. Ich glaube, dass da etwas fehlt. Danke.

**Cancik:** Ich möchte gerne eine historische Anmerkung zum Referat von Lothar Michael machen. Ich bedanke mich sehr für diese historische Gegenerzählung, die ich ganz weitgehend teilen würde. Ich glaube allerdings, dass man sie ergänzen kann und sollte: Ihre Gegenerzählung bleibt nämlich insoweit klassisch, als Sie zeitlich zum Ende des 19. Jahrhunderts ansetzen und da gewissermaßen den Beginn des allgemeinen Verwaltungsrechts situieren und dass Sie als wesentlichen Akteur die Wissenschaft identifizieren. Wenn man den Blick noch ein bisschen weitert, dann kann man entscheidende Anfänge deutlich früher sehen. Diese Anfänge werden von anderen Akteuren geprägt, das sind vor allem die Verwaltungspraxis, die eben Verfahren übt und dann auch verregelt. Und es sind diejenigen Regelungen, die man heute als besonderes Verwaltungsrecht bezeichnen würde, also besonderes Verwaltungsrecht *avant la lettre*. Das heißt, die Gerichte als Akteure und vor allem aber auch die Wissenschaft als Akteur treten deutlich später ein. Das ist für eine Gegenerzählung, die die These von der gleichsam natürlichen Verfassungsgeprägtheit des Verwaltungsrechts etwas relativieren will, vielleicht auch nicht uninteressant.

Warum sind Gegenerzählungen überhaupt irgendwie wichtig? Ich möchte nur einen Grund nennen: Juristen benutzen Geschichte als Argumentationspool. Sie instrumentalisieren Geschichte. Das ist nicht nur irgendwie üblich, sondern das ist manchmal auch gut – vorausgesetzt, dass

diese Geschichte(n) der historischen Überprüfung standhalten können und dass die Grenzen des historischen Begründens eingehalten werden. Das führt mich zu meinem letzten Punkt, der Frage, was aus der Gegenerzählung folgt. Die Frage, ob das allgemeine Verwaltungsrecht heute so verfassungsemanzipiert konzipiert werden sollte, wie es damals geschehen ist, kann Ihre Geschichte, meine ich, nicht beantworten. Vielen Dank.

**Volkmann:** Die nächsten Beiträge befassen sich allgemein mit dem Thema des Selbststandes des Verwaltungsrechts und der Abhängigkeit vom Verfassungsrecht, es beginnt Herr Engel.

**Engel:** Ich möchte Herrn Michaels kraftvolle Rede ein wenig umformulieren: das Verfassungsrecht hat das allgemeine Verwaltungsrecht offensichtlich nicht erschüttern können. Diesen Befund würde ich teilen und mich verwundert fragen, warum das so ist. Immerhin hat das Verfassungsrecht das allgemeine Zivilrecht ziemlich heftig erschüttert, und unsere zivilistischen Kollegen gehen aus diesem Grund auch ganz gerne auf die Barrikaden. Was könnte der Grund für diesen Unterschied sein? Eine erste Möglichkeit wäre, dass es einfach keine guten Anlässe für solch eine Intervention des Verfassungsrechts gab. Man braucht dafür nicht nur einen guten Fall, sondern etwas, das man zum Skandal aufbauschen kann. Im Zivilrecht war das zu allererst die Gleichberechtigung, die man von oben erzwingen musste. Aber wollen wir wirklich behaupten, dass es im Allgemeinen Verwaltungsrecht keinerlei Gegenstände gibt, die man hätte skandalisieren können? Da bin ich durchaus unsicher. Ein denkbarer Gegenstand ist vorher schon angeklungen: nämlich die doch im Wesentlichen historisch kontingente Entscheidung, wer Zugang zur Verwaltung und wer Zugang zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolle haben soll. Wir sind in Deutschland sehr restriktiv, untersuchen dafür aber die konkreten Fälle sehr genau. Andere Rechtsordnungen – wie die französische – entscheiden genau andersherum. Das könnte man mit guten Gründen skandalisieren. Es ist einfach nur nicht passiert.

Also brauchen wir vielleicht eine andere, mehr soziologische Erklärung. Man könnte fragen: Warum hat es im Zivilrecht funktioniert? Meine Intuition wäre: weil die Zivilrechtler und die Öffentlichrechtler nicht so viel miteinander reden. Wenn man die Entscheidung auf die Ebene des Verfassungsrechts hob, hatte man plötzlich eine andere konzeptionelle Sprache, andere Diskursgemeinschaften. Deshalb konnte ziemlich frei von den Konventionen der Ursprungsdisziplin über den Gegenstand entscheiden werden. Dann wäre unsere Vereinigung der Grund, warum sich vergleichbare Verstörungen im allgemeinen Verwaltungsrecht nicht finden: Weil Ver-

waltungsrechtler und die Verfassungsrechtler sich als eine Diskursgemeinschaft verstehen, streiten sie auch nicht miteinander.

**Volkmann:** Vielen Dank, Herr Engel, die Diskursgemeinschaft erteilt nun zum selben Thema noch Herrn Stelkens und Herrn Pitschas das Wort.

**Stelkens:** Ich will nur zwei Punkte ergänzen. Zum einen: Ein Verständnis des Verwaltungsrechts vor allem als Konkretisierung des Verfassungsrechts habe ich immer auch als Fortentwicklungsbremse empfunden: Jedenfalls nach Erlass des VwVfG hat dies oft dazu geführt, dass eine Rechtsfortbildung des Verwaltungsrechts nur für möglich gehalten wurde, wenn dies als verfassungsrechtlich zwingend geboten ausgewiesen werden konnte. Das hat man insbesondere beim Vergaberechtsschutz gesehen. Nachdem das BVerfG – zu Unrecht – im Vergaberechtsschutz Art. 19 Abs. 4 GG für unanwendbar gehalten und einen primärrechtlichen Vergaberechtsschutz verfassungsrechtlich nur eingeschränkt für geboten erachtet hat, wurde dies sowohl vom BVerwG wie auch in Teilen der Wissenschaft als Aufforderung verstanden, Überlegungen einer sinnvollen systemgerechten Weiterentwicklung des Vergaberechts jenseits des Anwendungsbereichs der einschlägigen EU-Richtlinien einzustellen. Ähnlich lief die Diskussion zur Informationsfreiheit: Hier hat man zunächst nur untersucht, ob sich ein Informationsfreiheitsanspruch aus Art. 5 Abs. 1 GG oder dem Demokratieprinzip herleiten lasse, was im Ergebnis verneint wurde. Ein Zivilrechtler hätte dann vielleicht dennoch nach einer Basis für eine Analogie auf einfachrechtlicher Ebene gesucht, überlegt ob § 29 VwVfG vielleicht ein Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist, der – wenn auch nicht verfassungsrechtlich geboten – auch jenseits des unmittelbaren Anwendungsbereichs des § 29 VwVfG Anwendung finden könnte. Denn immerhin gibt es auch keine klare einfachgesetzliche Regelung, die ausdrücklich das Amtsgeheimnis festschreibt. Dass derartige Überlegungen von Verwaltungsrechtlern oft nach Feststellung des Verfassungsrechtlichen-Nicht-Gebotenseins einer Regelung gar nicht mehr angestellt werden – das meine ich, wenn ich das Reden vom „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ als Rechtsfortbildungsbremse bezeichne. Zum anderen möchte ich Herrn Wollenschläger in einem Aspekt ausdrücklich zustimmen: Verfassungsrecht spielt als unmittelbar anwendbare Rechtsquelle im allgemeinen Verwaltungsrecht eine ganz große Rolle. Insoweit wird – weil wir es für so selbstverständlich halten – oft die unmittelbare Wirkung von Grundrechten gegenüber der Verwaltung übersehen, die vor allem dann wichtig ist, wenn keine einfachrechtlichen Regelungen bestehen. Alle Überlegungen zur Selbstbindung der Verwaltung bis einschließlich der Ermessenslehre gehen z. B. nicht nur vom Verhältnismäßigkeitsprinzip aus, sondern

vor allem auch vom – unmittelbar anwendbaren – Gleichheitsgrundsatz. Insoweit bin ich mir nicht ganz sicher, ob dies von Herrn Michael hinreichend berücksichtigt wurde.

**Pitschas:** Beide Referate stehen in einem inneren Zusammenhang. Er erschließt sich erst, wenn man intensiv über die „Emanzipation“ des Verwaltungsrechts nachdenkt. Die bisherigen Diskussionsbeiträge dazu heben allerdings auf eine etwas abstrakte Ebene ab. Ich möchte eher die Beziehung beider Referate zueinander in das Auge fassen und ihre konträren Aussagen anhand der Thesen der Referenten zueinander in Bezug setzen: Zunächst wollte ich Herrn Michael zu These 8 etwas fragen. Er behauptet, Staatsrechtslehre sei in Prozessrelationen zu denken. Ich aber meine: Staatsrechtslehre als solche eher doch wohl nicht, sondern das Verhältnis von Staatsrecht bzw. Grundrechten zu den einzelnen Regelungen im allgemeinen Verwaltungsrecht. Es geht auch nicht um jeweils voneinander unabhängige „Prozesse“ oder um Prozessrelationen, sondern es geht um die Frage, ob beide miteinander eine Einheit bilden. Wenn Sie aber in dieser These die beiden Prozesse voneinander trennen, dann fehlt mir die Konkretisierung. Ich kann über allgemeines Verwaltungsrecht sehr konkret nachdenken, brauche aber Beispiele, wie Sie in den „Prozessrelationen“ vorgehen. In Beziehung zueinander setzen, ist doch etwas undeutlich.

Das rächt sich in der späteren These 27 über das Demokratieprinzip in seiner Konkretisierung durch das allgemeine Verwaltungsrecht: Da kommen Sie zu der Aussage, dass wir unabhängige Verwaltungsagenturen dulden müssen, die dem unionsrechtlichen Leitbild ersprießen. Man könnte dementgegen auch zu der Feststellung kommen, dass gerade in diesem Punkt deren Unabhängigkeit, nachdem wir schon den ministerialfreien Raum aufgegeben haben, nicht zu akzeptieren ist.

Ich will einen zweiten kritischen Aspekt noch hinzufügen. Das ist der Punkt „Emanzipation“. Mir gefällt das Rechtsschichtenmodell, das Herr Wollenschläger als Anlass, weiter nachzudenken gewählt hat, sehr gut, weil es deutlich macht, dass man nicht wie bei der „Emanzipation“ von einem Widerspruch zu dem ausgeht, was das allgemeine Verwaltungsrecht konstruktiv in seiner Verschmelzung mit dem Staatsrecht bisher ausmacht, sondern dass man versucht, diesen gemeinsamen wechselweisen Prozess der gegenseitigen Einflussnahme zu denken. „Emanzipation“ ist hierfür ein irreführender Begriff. Die Verortung als „geschichtete“ Wechselseitigkeit von „Rechtsschichten“ finde ich in ihrer einheitsstiftenden Dynamik passender.

**Volkmann:** Die nächsten Redner sind Herr Wißmann, Herr Huber, Herr Funke und Herr Schoch, die alle, wenn ich es recht sehe, doch die Rolle der

Verfassung etwas stärker machen wollen. Danach werden wir eine kleine Zwischenrunde mit den Referenten einlegen.

**Wißmann:** Ich möchte mich auch vorwiegend an Lothar Michael wenden und ihn zunächst beglückwünschen, dass er die innere Schönheit des Verwaltungsrechts für sich entdeckt hat. Für die These einer originären Unabhängigkeit des Verwaltungsrechts gegenüber der Verfassung hätte ich zunächst einmal eine Grundsympathie und stimme zu, dass einfache Deduktionsmodelle sicher nicht helfen. Ich möchte auf der anderen Seite aber auch davor warnen, jetzt in eine Überhöhung des Allgemeinen Verwaltungsrechts zurückzufallen. Ich würde das zunächst historisch daran fest machen, dass das Allgemeine Verwaltungsrecht bereits von Otto Mayer nicht auf der grünen Wiese formuliert wurde, sondern im frühen Verfassungsstaat. Der Rechtsstaat, um den es da ging, ist mit unserem Grundrechtstaat heutiger Zeit natürlich in vielerlei Hinsicht nicht vergleichbar. Aber er war politisch erkämpft, er war rechtlich relevant und er sollte nicht als unmaßgeblich für das Denken der damaligen Verwaltungsrechtslehre hinwegdefiniert werden.

In der Sache würde ich darauf bestehen wollen, dass es in der gesamten Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts – es ist ja eben kein statisches Rechtsgebiet – immer wieder in Wellen gut ablesbare Einflüsse des Verfassungsrechts gegeben hat. Ich nenne ein paar Stichworte: Die Abwägungslehre, die Lehre vom Beurteilungsspielraum, die Umstellung der Perspektive von den Handlungsformen auf die Belastungswirkung beim Bürger sind in den letzten Dekaden solche Einflüsse des Verfassungsrechts auf Gestalt und Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts.

Insgesamt scheint es mir bei beiden Vorträgen so zu sein, dass sie zurecht danach suchten, welche Schnittstellen zwischen der Rechtsmaterie Allgemeines Verwaltungsrecht und dem Verfassungsrecht zu identifizieren und zu bearbeiten sind. Und das ist eigentlich unsere Aufgabe für ein Allgemeines Verwaltungsrecht im Verfassungsstaat: Die Verfassung als Rahmenordnung an den Schnittstellen zur Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts effektiv zu machen. Vielen Dank.

**Huber:** Lieber Herr Michael, ich weiß nicht, ob Sie uns mit dem Kristallspiegel nicht doch ein bisschen geblendet haben. Mein Eindruck ist, dass Sie eine faszinierende historische Nacherzählung der Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts geliefert haben. Aber die Frage, welche normativen Vorgaben und Direktiven sich aus der Verfassung für das allgemeine Verwaltungsrecht ergeben, haben Sie eher stiefmütterlich, wenn überhaupt behandelt. Ein bisschen hatten wir heute Morgen ja auch die Diskussion, ob die Referate nur eine Deskription geliefert oder auch die



Wendung ins Normative geschafft haben; mein Eindruck ist, dass das Normative bei Ihnen keine so große Rolle gespielt hat. Deswegen haben Sie auch Ihre Beispiele so ausgewählt, dass sie die These von der weitgehenden Bedeutungslosigkeit des Verfassungsrechts stützen, während sie all die anderen weggelassen haben, die dazu nicht passen. Herr Stelkens hat etwa die ubiquitäre und unmittelbare Geltung der Grundrechte angesprochen, die schon in den 1950er Jahren zum Verwaltungsprivatrecht geführt hat und vielleicht, so Gott will, auch noch einmal die Fiskalgeltung der Grundrechte bringen wird. Das Regime für das informale Verwaltungshandeln – das wurde auch schon angesprochen – haben wir unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet, weil es keine verwaltungsrechtlichen Vorgaben dafür gegeben hat. Wir finden in der Verfassung zudem eine ganze Reihe von Vorgaben für die Organisation der Verwaltung, etwa die Mischverwaltung in den 91a ff. GG, von den Gemeinschaftsaufgaben bis zu den Optionskommunen – da können Sie doch schlechterdings nicht sagen, dass es keine verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Organisation und den Aufbau der Verwaltung gäbe. Und was die Legitimationsanforderungen, die Anforderung an Privatisierung angeht: es gibt jedenfalls Rechtsprechung, die sich mit der Mitbestimmung von Beschäftigten beschäftigt – auch wenn Sie einwenden mögen, dass das Personalvertretungsrecht eine Frage des besonderen Verwaltungsrecht ist, so betrifft es letzten Endes doch die Organisation der Verwaltung als solche. Es gibt Privatisierungsgrenzen bei Justizvollzugsanstalten, die durchaus praktisch relevant geworden sind, u. a. m. Also, ich habe gewisse Zweifel an dieser schönen neuen Welt, die Sie uns hier beschrieben haben.

**Funke:** Mein Beitrag bezieht sich vor allem auf das Referat von Herrn Michael, mit einer Bemerkung und zwei Fragen. In der Tendenz würde ich es wagen, Ihnen mit ein paar Nuancierungen zuzustimmen. Aber ich will versuchen, zwei oder drei Dinge etwas konkreter zu fassen, um es anschaulicher zu machen. Zunächst eine Bemerkung, die diese Zustimmung an einem konkreten Beispiel verstärken soll. Eines der großen Lehrbücher des Verwaltungsrechts der 60er Jahre war das von Hans Julius Wolff. Es war in Praxis und Studium sehr erfolgreich, sehr wichtig, und wie sich im Einzelnen belegen ließe – das kann ich hier nicht tun – hat Wolff sein verwaltungsrechtliches System im Wesentlichen in der Weimarer Republik entwickelt. Als er das Lehrbuch schrieb, hat er auf dieses Vorwissen zurückgegriffen. Dieses System wiederum ist nicht etwa unter dem Verfassungsrecht der Weimarer Republik entstanden, sondern setzt sich aus einer ganzen Reihe von Versatzstücken – Pandektistik, Rechtstheorie (vor allem kelsenianischer Herkunft), Max Webers Soziologie und einer sehr spezifischen Rechtsethik – zusammen. Das alles hat Hans Julius Wolff in die 60er

Jahre der Bundesrepublik hineingetragen. Um noch konkreter zu werden: Das Verwaltungsprivatrecht etwa, ein Gedanke, den wir diesem Lehrbuch verdanken, hat er, wie ich meine und Sie auch belegen, aus seiner eigenartigen Rechtstheorie, einer Theorie von Rechtszuordnung und Zurechnungssubjektivität, entwickelt. Die erste Frage: Muss man nicht trotzdem ein klein wenig mehr differenzieren, etwa wenn man konkret in die 50er, 60er Jahre schaut und was dort unter dem Stichwort Konstitutionalisierung passiert ist? Viele jüngere Juristen haben sich nun einmal auf das Grundgesetz berufen. Nehmen wir Rupp, nehmen wir Dieter Jesch, die sich unter Berufung auf das Rechtsstaats-, auf das Demokratieprinzip des Grundgesetzes etwa über den Vorbehalt des Gesetzes Gedanken gemacht haben. Nun war – und deswegen finde ich Ihre Prozessperspektive interessant und weiterführend – das Rechtsstaatsprinzip in den 60er Jahren blass und vage, genauso das Demokratieprinzip. Man konnte nicht auf 20, 30 oder mehr Bände verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung und die entsprechende Anzahl von Monografien zurückgreifen. Hier gibt es also Wirkungen zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, nach denen Sie zu Recht fragen; aber man unterschätzt vielleicht die Bedeutung, die das Grundgesetz dabei gespielt hat, wenn man eine völlige Abkopplung annimmt. Wenn ich es richtig verstanden habe, ging es in Ihrem Vortrag um Wirkungen in der Dimension der Geltung, der Kausalität. Ich würde eher interpretative Wirkungen annehmen, und zwar Wechselwirkungen: Es hat das Grundgesetz auf die Frage gewirkt, was allgemeines Verwaltungsrecht ist, wie es aussieht; es hat aber das allgemeine Verwaltungsrecht auch interpretativ auf die Auslegung des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips zurückgewirkt, so dass wir heute im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip Gehalte haben, die vielleicht zu Recht als Verfassungsverwaltungsrecht bezeichnet wurden.

Die zweite Frage, ganz kurz, anhand eines konkreten Beispiels: Ist die Verfassung wirklich nur ein Spiegelbild – was machen wir mit dem grundrechtlichen beziehungsweise allgemeinen Unterlassungs-, Beseitigungs- und Folgenbeseitigungsanspruch? Folgen von Rechtsverletzungen müssen beseitigt werden, genauer gesagt dürfen die Rechtsverletzungen gar nicht erst eintreten. Wo verorten wir diesen Anspruch eigentlich? Das ist eine klassische Frage, die früher zivilistisch analog § 1004 BGB beantwortet wurde, bis heute aber ungelöst ist. Es gibt verschiedene Ansätze, zum Beispiel das Demokratieprinzip oder einzelne Grundrechte. Letzteres passt aber nicht, weil dieser Grundsatz auch bei einfachen subjektiven Rechten zum Tragen kommt. Wohin also damit? Am plausibelsten ist vielleicht das Rechtsstaatsprinzip. Meine Frage an Sie, wo würden Sie den Anspruch ansiedeln? Kann man ihn vielleicht in dieser dritten Schicht, die Sie angeedeutet hatten, in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, verorten? Auch inso-

fern fand ich es spannend, mit dem Referat über diese Fragen nachzudenken. Danke schön.

**Schoch:** Um nicht in die von Herrn Lepsius aufgestellte Falle zu tappen, dass das Zivilrecht als Vorbild für das Allgemeine Verwaltungsrecht fungiert, müssen wir die mitunter künstliche Trennung zwischen Allgemeinem Verwaltungsrecht, Besonderem Verwaltungsrecht und auch Verwaltungsprozessrecht aufgeben. Dann erkennen wir die Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Es ist eine Art Rezeptionsspeicher für die Systembildung, verarbeitet auch Verfassungsrecht und Europarecht, bildet Dogmen aus und transferiert diese in das Besondere Verwaltungsrecht. Dies ist ein etwas anderer Zugang zum Thema, als er im ersten Referat geboten wurde.

Wenn man diesen Ansatz nimmt, habe ich – wie einige Vorredner – Zweifel, ob die Grundthese des Erstreferenten stimmt. Ich verdeutliche dies anhand praktischer Beispiele, zunächst anhand des Parlamentsvorbehalts. Der Parlamentsvorbehalt hat etwa die Handlungsformen der Verwaltung regelrecht „aufgemischt“; das hat im Schulrecht angefangen, ist dann weiter gegangen und endet beispielsweise im Beamtenrecht. Da sehen wir die angedeutete Transferleistung des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Zweiter Punkt: Demokratieprinzip; das Stichwort „funktionale Selbstverwaltung“ ist ja gefallen. Die Thematik verarbeiten wir zunächst im Allgemeinen Verwaltungsrecht unter dem Begriff „mittelbare Staatsverwaltung“, transferieren dann bestimmte Erkenntnisse zum Beispiel zu Wasser- und Bodenverbänden oder Personalkörperschaften und so weiter. Erneut erkennen wir den „Brückenbau“ im Allgemeinen Verwaltungsrecht.

Art. 19 Abs. 4 GG ist im Erstreferat „kleingeredet“ worden. Demgegenüber sei nur an den Disput zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Bundesverwaltungsgericht zur Frage der behördlichen Beurteilungsspielräume im Prüfungsrecht hingewiesen; Art. 19 Abs. 4 GG hat insoweit begrenzend im Verwaltungsrecht gewirkt. Auch andere Bereiche sind betroffen. So eröffnet eine Prognoseentscheidung der Verwaltung als solche noch keinen Beurteilungsspielraum; auch hier sehen wir Ergebnisse der Einwirkung des Verfassungsrechts in das Verwaltungsrecht. Zu Art. 1 Abs. 3 GG nur der Hinweis, dass die Grundrechtsbindung nicht allein die genannten Aufgabenbereiche betrifft, auch auf die Handlungsformen der vollziehenden Gewalt kommt es für die Bindung nicht an; erneut sehen wir die Einwirkung des Verfassungsrechts auf das Verwaltungsrecht. Schließlich der Disput zwischen Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof zum Stichwort „Nassauskiesung“: Das Verfassungsrecht hat bewirkt, dass eine jahrzehntelange Rechtsprechung zum enteignungsgleichen Eingriff und zum enteignenden Eingriff so nicht mehr aufrechtzuerhalten war. Man muss also schon genauer hinschauen.

Globalbegriffe wie „Konstitutionalisierung“ oder „Legende von Konstitutionalisierung“ helfen in der Sache nicht weiter. Interessant ist, was etwas zu kurz kam, die Europäisierung. Von daher müssen wir das Verwaltungsverfahrenrecht und das Prozessrecht mit in den Blick nehmen. Dort, wo das deutsche Verfassungsrecht – zugespitzt formuliert – nichts zu bieten hat, also keine Impulse setzt, tritt das Europarecht auf den Plan. Stichworte sind schon genannt worden: das subjektive öffentliche Recht, aber auch das verfahrensrechtliche Denken. Vergessen wir aber das Staatshaftungsrecht nicht, bis hin zu unserer Amtshaftung, wo das Europarecht wirkt, weil wir vom Verfassungsrecht keine Impulse erhalten.

Wenn man alles zusammennimmt, ist zu erkennen, dass übergeordnete Rechtsordnungen, das Verfassungsrecht und das Europarecht, sehr wohl auf das Verwaltungsrecht einwirken und dort zu Fortentwicklungen führen. Vielen Dank!

**Volkman:** Nun unsere kurze Zwischenrunde mit den Referenten; es beginnt Herr Wollenschläger.

**Wollenschläger:** Vielen Dank für Ihre Fragen, für wohlthuende Zustimmung, aber natürlich vor allem auch für weiterführende Kritik. Zunächst zur Frage, die den letzten und den ersten Beitrag verbindet, nämlich zur Frage, ob die Zeit des Allgemeinen vorbei ist. Hierauf möchte ich zunächst im Prinzip ähnlich wie Herr Schoch antworten: Wenn man das Allgemeine Verwaltungsrecht so sehr verallgemeinert, dass es am Ende kaum mehr Substanz hat, dann führt das Allgemeine Verwaltungsrecht in der Tat nicht weiter; dem bin ich indes entgegengetreten. Ich möchte des Weiteren das Allgemeine Verwaltungsrecht den Fragmentierungstendenzen, die angesprochen wurden, wie etwa Privatisierung, Risikoverwaltungsrecht oder Regulierungsverwaltungsrecht, entgegensetzen. Dies habe ich am Beispiel der Stabilität von Entscheidungen zu illustrieren versucht, nämlich der Ernennung im Beamtenrecht oder dem Zuschlag im Vergaberecht, die europarechtlich und auch verfassungsrechtlich relativiert wurde. Wenn man diese Prozesse nur als solche des Besonderen Verwaltungsrechts versteht, bleibt für das Allgemeine Verwaltungsrecht kaum mehr Raum. Das stellt aber nicht mein Verständnis des Allgemeinen Verwaltungsrechts dar, sondern mein Ansatz sieht dessen Aufgabe gerade in der Ordnung auch disparater Rechtsmaterien durch bereichsübergreifenden Vergleich und Verallgemeinerung des Besonderen Verwaltungsrechts, ferner durch den Rückbezug des Besonderen auf allgemeine Lehren und auch auf verfassungs- und unionsrechtliche Vorgaben. Auf dieser Basis lässt sich Systembildung betreiben, so dass die Zeit des Allgemeinen Verwaltungsrechts – jedenfalls wenn man seine Aufgabe so versteht, wie ich es getan habe – nicht vorbei ist.

Die zweite Frage bezieht sich auf die Rolle des Politischen im Allgemeinen Verwaltungsrecht. Hier hat bereits Lothar Michael herausgearbeitet, dass politische Initiativen im Bereich des Allgemeinen Verwaltungsrechts Grenzen in der föderalen Kompetenzzersplitterung und im notwendigen Konsens in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Verwaltungsrecht finden. Überdies erweisen sich genuine Themen des Allgemeinen Verwaltungsrechts in der Regel – auch darauf hat Lothar Michael hingewiesen – für politische Debatten als nicht hinreichend interessant. Anderes gilt für das Besondere Verwaltungsrecht.

Eine weitere Frage richtete sich darauf, ob das Verfassungsrecht die Verwaltungsrechtsentwicklung bremst. Hier hat sich für das exemplarisch angeführte Vergaberecht zunächst gezeigt, dass sich Hoffnungen, die manche in das Verfassungsrecht gesetzt haben, nicht durchgesetzt und folglich auch nicht als Impulsgeber für die Fortentwicklung des Vergaberechts gewirkt haben. Dies entspricht freilich dem Stand eines verfassungsorientierten Vergaberechts, so wie es das Bundesverfassungsgericht versteht, wobei zu Recht auch auf Gegenentwürfe hingewiesen wurde. Vor allem aber illustriert dieses Beispiel sehr schön eine zentrale These meines Referats, dass nämlich das Grundgesetz durch das Unionsverfassungsrecht ergänzt wird und dadurch seine Maßstäblichkeit einschließlich einer etwaigen bremsenden Wirkung verliert. Denn mangels grundgesetzlicher Impulse werden Rechtsschutzfragen anhand des marktfreiheitlichen Vergaberegimes beantwortet werden, so dass das Grundgesetz insoweit kaum eine Rolle mehr spielt. Vielen Dank.

**Michael:** Herzlichen Dank. Ich möchte mit den Wortbeiträgen von Herrn Lepsius und Herrn Schoch zusammengekommen beginnen. Ich glaube an die Notwendigkeit, das Verständnis des Verfassungsrechts zu fragmentieren. Wir müssen danach fragen, ob es eine Verfassung, ein spezifisches Verfassungsrecht für spezifische Rechtsbereiche gibt. Das ist mein Ansatz. Wenn man die Verfassung nicht einheitlich versteht als das eine Ordnungskonzept, das sich auf alle Rechtsbereiche inklusive des Strafrechts und des Zivilrechts erstreckt, dann wird der Blick frei, die Hierarchisierung, die wir im öffentlichen Recht durch den Stufenbau der Rechtsordnung vielfach gewohnt sind, auch einmal in Frage zu stellen – jedenfalls bereichsspezifisch. Ich selbst halte den Stufenbau der Rechtsordnung für ein nur begrenzt tragfähiges Konzept. Systembildung erfolgt weniger hierarchisch, als es dieses Modell suggeriert. Die Einheit des Allgemeinen Verwaltungsrechts hängt von dem Begriff des Allgemeinen Verwaltungsrechts ab. Ich habe Allgemeines Verwaltungsrecht ganz bewusst eng definiert, um das Spezifische an dieser Systembildung zeigen zu können. Ich würde deshalb die Beispiele, die Sie genannt haben, gar nicht dazu zählen. Dass sich das

Verfassungsrecht auf das gesamte Verwaltungsrecht mit Bindungswirkungen erstreckt, stelle ich nicht in Frage. Ich frage stattdessen nach einem spezifisch Allgemeinen Verwaltungsrecht und nach darüber hinaus gehenden Ausstrahlungswirkungen der Verfassung auf die Systembildung.

Zu Herrn Kotzur: In der Tat ist es frappierend, dass wir im common law Parallelphänomene beobachten, aber ich habe ganz bewusst darauf verzichtet, diese als Modell zu nehmen und zu übertragen. Das würde meinem Denken in Prozessrelationen widersprechen, das uns auf die spezifischen Geschwindigkeiten in unserer Rechtsordnung verweist, auch wenn ich diese weniger von einem vermeintlich kontinentaleuropäischen Modell festgelegt sehe als andere.

Zu Herrn Ruffert: Wenn wir das Politische nicht auf das beschränken, wofür sich Parlamente besonders interessieren, dann ist auch Rechtsfortbildung, insbesondere soweit sie systembildend ist, sehr politisch weil rechtsprägend. Vielleicht ist sie sogar politischer als die Konsenskodifikation durch die Gesetzgeber. Die Vorstellung einer unpolitischen Rechtsfortbildung ist jedenfalls unterkomplex. Ich würde es aber für hinreichend halten, dass der Gesetzgeber bzw. die Gesetzgeber jederzeit die Möglichkeit haben, Richterrecht nicht nur zu kodifizieren, sondern zu korrigieren. Dies nur im Konsens zu tun, ist nicht verfassungsvorgegeben.

**Volkman:** Vielleicht besteht ja noch bei den Schlussworten die Gelegenheit, das weiter auszuführen, wenn wir noch ein bisschen Zeit haben. Wir arbeiten uns jetzt zu spezielleren Themen vor, zunächst wird es um Spielräume für Rechtsetzung gehen: Herr Groß zu den Spielräumen der Gesetzgebung und dann Herr Saurer zu denen exekutiver Rechtsetzung.

**Groß:** Ich möchte mich in der Kontroverse entschieden auf die Seite von Herrn Michael schlagen, finde allerdings, dass das eigentlich schief thematisiert ist, wenn so getan wird, als ginge es um eine Emanzipation oder, in der Wortwahl von Herrn Wollenschläger, sogar eine Befreiung vom Verfassungsrecht. Da assoziiere ich: der alte gewalttätige Leviathan wäre von heldenhaften Verfassungsrechtlern gefesselt worden und jetzt kämen verfassungsvergessene Anhänger der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft mit Unterstützung von ein paar Europarechtlern her und wollten diesen alten Leviathan wieder entfesseln, befreien. Darum geht es doch überhaupt nicht. Es geht darum, welche Spielräume die demokratische Gesetzgebung im Verhältnis zum Verfassungsgericht und der Kontrolle der Gesetzgebung auf der Basis der Verfassung hat. Hier gibt es in der Tat einige Entwicklungen, die Herr Michael skizziert hat, wo im Grunde genommen Institute aus dem Verwaltungsrecht in das Verfassungsrecht importiert und damit petrifiziert worden sind. Das betrifft etwa die Legitimationstheorie. Aber auch

die Unterscheidung zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum ist doch keine verfassungsrechtliche, sondern eine verwaltungsrechtliche Unterscheidung, die das Bundesverfassungsgericht dann bei der Interpretation von Art. 19 Abs. 4 GG in bestimmter Weise aufgegriffen hat. Man könnte auch weitere Beispiele nennen.

Es gibt einen einzigen Punkt, wo ich einen etwas anderen Akzent setzen würde: das allgemeine Verwaltungsrecht, wenn man es nur einfach technisch fasst als die Regeln, die für alle Bereiche der Verwaltung gelten, ist nicht in toto unpolitisch, wie auch schon angesprochen worden ist. Sicher gibt es da einen Kernbereich, der insbesondere richterrechtliche Vergangenheit hat, der weitgehend unstrittig ist. Es wird sicher schwer fallen, eine politische Grundsatzkontroverse über § 35 VwVfG zu entfesseln. Aber es gibt sehr viele andere Punkte wie die Heilungsvorschriften, wie die Präklusionsvorschriften, wie die Frage der weitgehenden oder teilweisen Abschaffung von Widerspruchsverfahren, wie den Komplex der Verbandsklage, die alle allgemeine Fragestellungen sind, die aber sehr wohl politisch kontrovers sind und wo sich genau die entscheidende Frage stellt, wie viel Spielraum der Gesetzgeber hat und wie groß auch die Spielräume zur Einwirkung des Europarechts sind.

**Volkman:** Der ewige Ehrenvorsitzende der Vereinigung, Helmuth Schulze-Fielitz, schlägt vor Verzweiflung über den lässlichen Umgang des Diskussionsleiters mit der Ampel bereits die Hände über dem Kopf zusammen. Aber wir sind wir noch gut in der Zeit und werden alle, die sich gemeldet haben, zu Wort kommen lassen können. Herr Saurer bitte.

**Saurer:** Ich möchte zunächst zu einer zentralen These von Herrn Wollenschläger meine Zustimmung äußern, nämlich, dass er das Verwaltungsverfassungsrecht aufgrund seiner Allbezüglichkeit als Gegenstand des allgemeinen Verwaltungsrechts erfasst und insbesondere auch die exekutive Rechtsetzung dazu zählt. Beide Referenten haben uns verschiedene Normen genannt, die den Kern des Verfassungsverwaltungsrechts ausmachen, Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 87 e) und f) GG wurden etwa genannt. Ich möchte noch eine Norm hinzufügen, nämlich Art. 80 GG, die Grundvorschrift über die Rechtsverordnung mit einem umfassenden Gesetzesvorbehalt. Das ist für sich genommen schon sehr interessant, weil genau hier ein Gesetzesvorbehalt als demokratische Errungenschaft des neuen Grundgesetzes auftaucht, was tatsächlich einen Neuzuschnitt, eine Neuordnung und in diesem Punkt auch eine Überwindung des Rechtsstaats des 19. Jahrhundert darstellt und das bricht ganz entscheidend die Kontinuitätsnarration, die bei Otto Mayer ansetzt. Der Verfassungsgeber hat durch die Ausgestaltung von Art. 80 GG zugleich, was den Diskurs

des allgemeinen Verwaltungsrechts angeht, andere denkbare Grundformen der exekutiven Normsetzung vom Tisch genommen. Das sieht man insbesondere im Verwaltungsrechtsvergleich, weil andere Rechtsordnungen den Komplex des „rulemaking“ als ganz zentralen Forschungsgegenstand des Verwaltungsrechts ansehen und das fehlt uns. Der extensive Zuschnitt des Verwaltungsverfassungsrechts hat mithin auch Defizite zur Folge. Ein Defizit, das in der Teilkodifikation des VwVfG sehr gut zu sehen ist, liegt darin, dass dieses sich im Anwendungsbereich bis heute sich auf Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichen Vertrag beschränkt; und ein anderes methodisches Defizit ist eben die Verknappung unseres verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskurses über Verfahren, Form und Fehler der Verwaltungsverfahrenrechtsetzung.

**Volkmann:** Die nächsten Beiträge werden sich – jedenfalls unter anderem – mit dem Einfluss der Grundrechte befassen, mit Fragen des Art. 19 Abs. 4 und des Verwaltungsprozessrechts. Das sind in dieser Reihenfolge Herr Bickenbach, Herr Dreier, Herr Classen und Herr Steiner.

**Bickenbach:** Herr Michael, ich schließe mich der Kritik von Herrn Schoch und Herrn Huber im Hinblick auf die Frage, ob Sie die Bedeutung der Grundrechte und der notwendigen demokratischen Legitimation des Verwaltungshandelns als Beispiele für den Einfluss der Verfassung auf das Allgemeine Verwaltungsrecht nicht zu gering geachtet haben, an. Sie haben Allgemeines Verwaltungsrecht als fachübergreifend und länderübergreifend definiert. In diesem Sinne sind das subjektiv-öffentliche Recht auf Beseitigung und das Verwaltungsermessen Teile des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Nun kennen wir das subjektiv-öffentliche Recht auf Beseitigung bzw. den status negativus seit Georg Jellinek. Die Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht ist weit älter als unser Grundgesetz, aber die Begründung des status negativus und des Beseitigungsanspruchs haben spätestens seit dem Gutachten von Felix Weyreuther für den 47. Deutschen Juristentag 1968 auf eine grundrechtliche Begründung übergewechselt, vor allem mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 GG. Ich denke auch an die Begründung des Rücknahmeanspruchs gemäß § 48 VwVfG in dem Beitrag von Herrn Schenke in der Festschrift für Maurer. Auch dort wird auf die Grundrechte, auf die Abwehrfunktion, rekurriert. Für mich ist das Einfluss des Grundgesetzes auf das Allgemeine Verwaltungsrecht. Bei Georg Jellinek war das ein Beseitigungsanspruch auf einfachgesetzlicher Grundlage, weil der Gesetzgeber dem Einzelnen diesen Anspruch durch die Eröffnung verwaltungsgewärtlichen Rechtsschutzes eingeräumt hatte. Beim Verwaltungsermessen ist das ähnlich. Auch die Lehre vom Verwaltungsermessen ist viel älter als das Grundgesetz. Aber das Verwaltungsermessen war zu Zeiten von Otto



Mayer jenseits des Gesetzes angesiedelt: gesetzesfreie Verwaltung. Rupp hat das „Das Recht ermächtigt sich zum Betreten rechtsleerer Räume“ genannt und das Münchhausen-Bild benutzt. Heute ist das Verwaltungsermessen, das zeigt nicht zuletzt § 40 VwVfG, gesetzesgebunden. Ermessen ist gesetzmäßig auszuüben und das ist letztlich eine Folge der notwendigen demokratischen Legitimation des Verwaltungshandelns. Insofern sehe ich einen Einfluss des Grundgesetzes auf das Allgemeine Verwaltungsrecht an mehr als nur einer Stelle.

**Dreier, Horst:** Ich habe den Eindruck, dass vieles von dem, was Herr Michael als Möglichkeit des Allgemeinen Verwaltungsrechts und seiner Konzeptualisierung bezeichnet hat, vielleicht einer etwas stärkeren Verankerung auch in den normativen verfassungsrechtlichen Grundlagen, namentlich des Grundgesetzes, bedurft hätte. Ich mache das beispielhaft fest an These 26. Da heißt es, dass wir im Grundgesetz und in den Landesverfassungen drei Ansätze vorfinden, die für eine Leitbildentwicklung offen stehen, und dann werden gleichwertig nebeneinander kommunale Selbstverwaltung, hierarchische Verwaltung und unabhängige Verwaltung aufgereiht. Ich glaube aber, so beliebig und austauschbar und auswählbar ist das nicht. Ich habe auch Zweifel, ob man das sinnvollerweise als Leitbilder bezeichnen kann. Bei der kommunalen Selbstverwaltung geht das schon gar nicht – die ist verfassungsrechtlich zwingend für einen bestimmten Bereich vorgesehen. Und bei der hierarchischen Verwaltung, die ich jetzt nicht näher skizzieren werde, weil das mit der Zeitbegrenzung durch die Ampel kollidieren würde, möchte ich doch wenigstens, damit man auch mal eine Norm hört, Art. 65 Satz 3 GG nennen, wo es heißt, die Minister führen ihren Geschäftsbereich selbständig und in eigener Verantwortung. Das meint die Verantwortung gegenüber dem Parlament. Die Verantwortung gegenüber dem Parlament kann ein Minister nur wahrnehmen, wenn er in seinem Geschäftsbereich durchgreifen und gestalten kann. Das kann er nur, wenn er dafür Mittel und Instrumente zur Verfügung hat wie Weisungsrecht und Aufsicht. Neben dieser streng hierarchischen Ministerialverwaltung bleibt natürlich noch eine ganze Menge Raum für funktionale Selbstverwaltung, die mittlerweile vom Bundesverfassungsgericht begrüßenswerterweise längst nicht mehr so eng geführt wird wie noch vor 30 Jahren. Dann haben wir noch Einflüsse etwa aus dem Europarecht und aus anderen Überlegungen, die viel Spielraum für Varianten bieten, die aber trotzdem den grundlegenden funktionellen Zusammenhang zwischen Demokratieprinzip und hierarchischer Verwaltung nicht auflösen. Dieser Zusammenhang ist übrigens eine Erkenntnis aus den Jahren nach dem Ersten Weltkrieg in der österreichischen Diskussion. Dies weckt vielleicht auch Zweifel an der These, nach Revolutionen wären keine Debatten

über Verwaltungsorganisation zu verzeichnen. Die österreichische Debatte beweist, glaube ich, das Gegenteil.

Zweiter Punkt, ganz kurz: seit etwa 20 Jahren läßt sich eine inflationäre Verwendung des Wortes Mythos im Staats- und Verfassungsrecht verzeichnen. Die Verfassung ist angeblich ein Mythos, desgleichen werden etwa Präambel und verfassungsgebende Gewalt als Mythos charakterisiert. Seit heute ist offenbar auch Art. 19 Abs. 4 ein Mythos. Mir ist das alles viel zu inflationär und zu beliebig, aber ich weiß natürlich, dass mein Plädoyer für eine sehr viel restriktivere Verwendung des Begriffs vermutlich wirkungslos bleiben wird. Doch sollten wir uns als Vertreter einer der Rationalität verpflichteten Disziplin bemühen, die Zahl der Mythen noch irgendwie beherrschbar zu halten. Vielen Dank.

**Classen:** Wenn man ausländische verwaltungsrechtliche gerichtliche Entscheidungen liest und mit deutschen vergleicht, fällt sofort ins Auge, in welchem Ausmaß Verfassungsrecht bei uns eine Rolle spielt. Fragt man sich, wo der Unterschied herkommt, dann ist sicherlich ein Punkt zentral, der schon angesprochen worden ist: die Grundrechte spielen eine grundlegende Rolle. Im Einzelfall sind es aber natürlich, weil es typischerweise um bereichsspezifische Fragen geht, die einzelnen Grundrechte, also Art. 5 GG für Meinungen usw. Diese haben jedenfalls in Ihrem Verständnis vom allgemeinen Verwaltungsrecht, Herr Michael, dort natürlich keine Auswirkungen, weil sie bereichsspezifisch bleiben. Das Grundphänomen bleibt trotzdem: das Ermessen, das ist verschiedentlich angesprochen worden, als allgemeine Kategorie wird dann doch grundrechtlich eingehegt.

Wo es dann interessanter wird, sind die Regelungen des Grundgesetzes, die nicht bereichsspezifischen Charakter, sondern Breitenwirkung haben. Sie haben die Dinge teilweise genannt: beispielsweise Rechtsstaat, Demokratie, 19 Abs. 4 GG, den allgemeinen grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt, Art. 3 Abs. 1 GG könnte man auch dazu nehmen. Da wird dann das Problem deutlich, dass die Dinge, über die man diskutiert, letztlich immer auf bestimmten Verfassungsinterpretationen beruhen. Je nachdem, wie man 19 Abs. 4 GG versteht, kommt man zu bestimmten Auswirkungen oder nicht. Wenn man sich das rechtsvergleichend anguckt, dann sieht man deutlich, dass sich die Garantie als solche zwar vielfach anderswo wiederfindet, dass das damit verbundene Verständnis einer vollen, nicht nur rechtlichen, sondern auch tatsächlichen Kontrolle durch ein Gericht dagegen deutlich seltener vorkommt. Es ist einfach die Frage, was von Art. 19 Abs. 4 GG an dieser Stelle garantiert oder eben auch nicht garantiert wird. Berücksichtigt man bei der Frage nach dem richterlichen Auftrag stärker oder weniger stark auch die Grenzen der Leistungsfähigkeit einer gerichtlichen Kontrolle, kommt man je nachdem zu unterschiedlichen Konsequenzen.

Bei der Demokratie ist das genauso. Wir haben viele demokratische Staaten auf der Welt, die auch unabhängige Verwaltungsbehörden kennen. Es ist dann einfach die Frage, ob man sagt, um an Herrn Dreier anzuknüpfen, dass bestimmte Dinge eben an Art. 65 GG vorbeilaufen, weil sie außerhalb des Anwendungsbereiches dieser Norm liegen. Dann hat man kein Problem mit dieser Bestimmung, weil, wie der EuGH sagt, eine parlamentsunmittelbare Legitimation in bestimmten Formen auch vorstellbar ist. Das heißt im Klartext: Je mehr man in das Verfassungsrecht hineinliest, desto intensiver wirkt dieses auf das allgemeine Verwaltungsrecht ein. Das ist irgendwie banal, aber letztlich keine Frage des Verhältnisses von allgemeinem Verwaltungsrecht und Verfassung, sondern danach, was man aus der Verfassung herausholen oder was man da eben nicht herausholen kann. Das ist dann eine etwas andere Frage. Vielen Dank.

**Steiner:** Ich will nur einen kurzen Beitrag zu einem Teilaspekt im Referat von Herrn Michael leisten. Sie, Herr Wollenschläger, haben es auch gerade angesprochen, es geht um das Phänomen des allgemeinen Verwaltungsrechts im besonderen Verwaltungsrecht. Seit Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrens nehmen wir zur Kenntnis, dass in einer ganz großen Zahl von Fachgesetzen Vorschriften des allgemeinen Verwaltungsrechts enthalten sind, die das VwVfG nicht unwesentlich modifizieren. Das hat vielleicht grundsätzliche Bedeutung. Sie haben ja, Herr Michael, sehr schön herausgearbeitet, dass die Verwaltungsverfahren in Bund und Ländern zum politischen Besitzstand der Innenminister von Bund und Ländern gehören. Kann man das eigentlich auch für diese Fachgesetze sagen? Natürlich sind das Ressorts, die diesen Sonderweg für richtig und gut halten, und es sich dann auch wünschen dürfen, aber ist das nicht irgendwann mal doch die Stunde des parlamentarischen Gesetzgebers, auch da politisch an der Entwicklung des allgemeinen Verwaltungsrechts mitzuwirken, ein Gesetzgeber, von dem Sie, Herr Michael, ja gesagt haben, dass er sich aus Ihrer Sicht zu sehr aus der Fortentwicklung des allgemeinen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsrechts heraushält? Danke.

**Volkmann:** Nun einige Beiträge zu relativ speziellen Fragen: Herr Winkler, Herr Pernice, Herr von Lewinski und Herr Tonio Klein, bis dann Herr Häberle ein Schlusswort sprechen wird. Zunächst Herr Winkler zum Problem des E-governments als – wenn ich die Ankündigung richtig lese – Produkt eines vernunftrechtlichen notwendigen Gesetzgebungskonsenses.

**Winkler, Markus:** Herr Michael, es kommt mir gelegen, dass die Ampel und Herr Volkmann als deren Vollstrecker Sie vorhin unterbrochen hatten, denn ich möchte an die historischen Anmerkungen gern mit einer aktuellen

Beobachtung aus der Praxis anknüpfen. Auch ich teile den Eindruck, dass Sie so eine Art Lehre von der Prädestination der Rechtsprechung und der Wissenschaft für die Fortentwicklung des allgemeinen Verwaltungsrechts vertreten und sie zu einer geradezu vernunftrechtlichen Notwendigkeit hochstilisiert haben. Ein Beispiel, wo das ganz aktuell nicht passt, ist die Ergänzung der Verwaltungsverfahrensgesetze um die Einführung der elektronischen Form anstelle der Schriftform des Verwaltungsakts. Hier – das Stichwort Ministerialbürokratie ist gerade schon gefallen, Herr Steiner hat auch schon den Hausmachtbereich der Innenministerien angesprochen – ist nach meiner Erfahrung mit den Kontakten zwischen Bundesministerien und Landesministerien das ganze so gelaufen, dass ein Bundesministerium den Gesetzentwurf ausgearbeitet und den Landesinnenministerien übersandt hat. Die haben wiederum die Fachministerien in ihren Ländern gefragt, was sie davon halten; die Fachministerien haben großenteils gesagt, dass sie davon ganz wenig halten, weil in bestimmten Bereichen die elektronische Form einfach nicht passt. Die Landesinnenministerien haben das aber nicht weitergemeldet oder das Bundesministerium hat es ignoriert. Jedenfalls taucht von diesen kritischen Stellungnahmen nichts in der Begründung des Regierungsentwurfs auf. Die elektronische Form wird ins Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes übernommen und von dort in die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder. Was man hier beobachten kann, ist doch nicht die List der Vernunft, sondern vielmehr ein Phänomen, das, nachdem vorhin Fritz Werner zitiert worden ist und Otto Mayer – in Speyer muss man ja fast dann auch noch Frido Wagner dazu zitieren –, nur mit dem Stichwort von den versäulten Fachbruderschaften in der Verwaltung beschrieben werden kann.

**Pernice:** Vielen Dank. Ich sehe das Verhältnis von Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht als etwas, was so oder so betrachtet werden kann. Dabei wären drei Stichworte wichtig, auf die ich gerne Ihre Reaktion hören würde, von beiden Referenten: das Stichwort Verbandsklage, das schon genannt worden ist, das Stichwort Freiheit des Informationszugangs oder des Informationszugangsgesetzes und das Stichwort digitale Verwaltung – das hat Herr Michael heute auch schon genannt. Die ersten beiden Stichworte sehe ich als Ausdruck von Krisensymptomen für die Verwaltung, eines Absinkens des Vertrauens in die Verwaltung, aber auch in die Sicherung, die das allgemeine Verwaltungsrecht gibt. Das Thema Verbandsklage steht dafür, dass der individuelle Rechtsschutz angesichts des Verzugsdefizits der Verwaltung nicht das erreicht, was man eigentlich will: eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit, die über die individuellen Klagen hinausgehen. Der Informationszugang – hier wirkt der Einfluss des europäischen Umweltrechts –, also die Transparenz und Öffentlichkeit der Verwaltung,

ist eine Reaktion darauf, dass die geltenden Methoden der Kontrolle der Verwaltung nicht funktionieren, verbunden mit der Erwartung, dass die Öffentlichkeit auch ein Stück Legitimation spendet. Der Verwaltung hat ihre Legitimation nicht allein aus dem Grundgesetz und dank der Kontrolle durch die gewählten Regierungen, sondern braucht in dem täglichen Handeln im Rahmen der Ermessensspielräume und auch des freien Verwaltungshandelns andere Arten von Legitimation oder jedenfalls Kontrolle durch die Öffentlichkeit. Zum Thema digitale Verwaltung, man spricht auch von e-government oder e-justice, und zu den Bürgerhaushalten, bei denen es gewisse erste Versuche einer unmittelbaren Beteiligung der Bürger in Entscheidungen gibt, jedenfalls auf Gemeindeebene, ist die Frage: Wie wird die mehr oder weniger eigenständige Verwaltung, die sicher an die Verfassung gebunden ist, aber doch im Alltagsdialog mit den Bürgern auch anderen Leitbildern folgt und andere Leitbilder entwickelt, welche dann auf die Verfassung zurückwirken, in den theoretischen Ansätzen, die Sie vorgetragen haben, aufgefangen? Oder: Inwieweit sind diese Erscheinungen, die Verbandsklage, der freie Zugang zu Informationen oder die neue Öffentlichkeit und Formen der direkten Bürgerverwaltung, auch als Konkretisierung der Verfassung zu verstehen? Danke.

**von Lewinski:** Meine Anmerkung knüpft an der These 27 von Herr Michael, also zur Unabhängigkeit, an, greift aber auch ein Beispiel von Herrn Wollenschläger zu den Regulierungsbehörden und zur Datenschutzaufsicht auf. Herr Michael, Sie haben in Ihrer These 27 die Unabhängigkeit, die im europäischen Verwaltungsrecht möglich ist, sehr freihändig auf das deutsche mitgliedstaatliche Recht übertragen. Auch Herr Wollenschläger hat gesagt: „Naja, im europäischen Recht, da ist das halt so, und dann ist es eben etwa auch bei den Datenschutzbehörden hinzunehmen.“ Das, meine ich, verkennt oder unterbelichtet jedenfalls die unterschiedliche Funktion von parlamentarischer Legitimation auf der mitgliedstaatlichen und der europäischen Ebene. Denn während wir nach dem Grundgesetz eine durchgehende Parlamentskontrolle haben, ist es auf der europäischen Ebene deutlich anders. Natürlich kann es auch eine unabhängige Verwaltung nach deutschem Verwaltungsrecht geben – das ist ja auch vorhin schon näher ausgeführt worden –, allerdings kann es nach deutschem Verfassungsrecht keine ganz parlamentsfreie Verwaltung geben. Das mag auf der europäischen Ebene wiederum anders sein; die Unabhängigkeit von Regulierungsverwaltung ist angedeutet worden. Das führt nun zu einem methodischen Problem und damit zu meiner methodischen Frage: Wenn wir auf der europäischen Ebene andere Möglichkeiten hinsichtlich der Unabhängigkeit von Verwaltung haben, als es nach der mitgliedstaatlichen deutschen Verfassungsordnung möglich ist, dann müssen wir doch Krite-

rien entwickeln, nach denen wir beurteilen können, wann wir nun diese europäischen Maßstäbe für die Unabhängigkeit anwenden, aber damit auch die europäischen Maßstäbe der Kontrolle dieser Unabhängigkeit, und wann wir uns in einem der Bereiche befinden, die noch einer mitgliedstaatlichen Form von Unabhängigkeit folgen und damit dann auch den mitgliedstaatlichen Maßstäben der Kontrolle von Unabhängigkeit (01:04:06). Also, ich meine, dass man ganz sicher kein europäisches Modell von Unabhängigkeit einfach auf das deutsche Recht übertragen kann. Auch zu sagen: „Naja, es ist irgendwie europäisch und deshalb können wir es übertragen“ scheint mir etwas unscharf.

**Klein, Tonio:** Herr Michael, in Anspielung auf Ihre biblische Einleitung: Es kam das Grundgesetz zu der Verwaltung und sprach, ich bin nicht gekommen, die Gesunden zu heilen, sondern die Kranken. Nun haben Sie eindrucksvoll ausgeführt, Herr Michael: Die Verwaltung ist gesund. Deswegen ist es aber doch nicht weniger wichtig, dass das Grundgesetz für den Fall des Falles, für den Fall der Krankheit da ist. Von daher könnte man vielleicht auch die verschiedenen Positionen ein bisschen versöhnen, auch wenn ich mich in die Reihe der Kritiker Ihrer Grundausrichtung einreihen möchte und denke, man sollte vielleicht noch einen weiteren Aspekt beisteuern, nämlich von der allgemeinen Verwaltung zu den Verwaltern, zu den Grundlagen des Beamtenrechts kommen. Da hat das BVerfG schon in der Frühzeit seiner Existenz der Kontinuität einen Riegel vorgeschoben und gesagt, alle Beamtenverhältnisse seien mit dem 8. Mai 1945 erloschen. Wir können also nicht weitermachen wie bisher, jedenfalls nicht in dieser Beziehung. Der Diensteid, das Dienst- und Treueverhältnis, die Grundpflichten der Beamten sind auf einen völlig neuen Staat, auf einen völlig neuen Souverän auszurichten. Das scheint mir doch ganz entscheidend zu sein für die Frage, wie Verwaltung und wie auch allgemeine Verwaltung vonstatten geht. Das Beamtenrecht stellt auch einige Vorfragen, notwendige Vorfragen des allgemeinen Verwaltungsrechts, zum Beispiel: Wann findet Verwaltung statt? Wann befindet man sich im privaten Bereich? Ich nenne nur die Erosion der sogenannten besonderen Gewaltverhältnisse, die Grundrechte von Beamten, die Frage also, wann sie ihr Amt ausüben oder wann sie bei Gelegenheit des Amtes, wie beispielsweise die Lehrerin mit Kopftuch, ihre Grundrechte ausüben dürfen, das scheint mir neben den bereits genannten, wo die Verfassung eine erhebliche Weichenstellungen zu sein. Lassen Sie mich mit einem Zitat aus Loriots Kochrezepten enden. Er schreibt dort: „Für die Zubereitung der Gürteltierklöße halte man sich genau an das Rezept für Kartoffelklöße. Nur dass man statt der Kartoffeln Gürteltiere verwende.“ Die Ironie ist offenkundig, der Grundstoff ist doch

vielleicht etwas wichtiger als in dieser Darstellung, die Grundordnung ist doch vielleicht etwas wichtiger, allen Kontinuitätsleistungen zum Trotz, wir sollten das Grundgesetz für die allgemeine Verwaltung nicht unterschätzen. Herzlichen Dank.

**Volkman:** Von Mythen zu Gürteltierklößen – wir können hier offenbar doch vieles zusammenbringen. Das Schlusswort, erneut ein ziemlicher Bruch: Vom Beamtenrecht zu Herrn Häberle, der uns eine kleine rechtsvergleichende Umschau präsentieren wird, von der wir schon jetzt gespannt sind, in welche Erdteile sie uns diesmal entführen wird.

**Häberle:** Ich kann leider kein „Schlusswort“ leisten, vielleicht aber ein Wort zum Schluss, im Sinne einer vergleichenden Umschau, sehr geehrter Herr Vorsitzender. Drei Stufen – Erstens: Der große Erich Kaufmann sagte auf der Staatsrechtslehrertagung 1966: „Die Verwaltung schläft nie.“ Er behauptete dies im Gegensatz zu den Parlamentsferien der ersten Gewalt und den Gerichtsferien der dritten Gewalt. Unser BVerfG hat vermutlich keine Ferien, sondern einen Bereitschaftsdienst für einstweilige Anordnungen. Die Tragweite des Klassikertextes von Erich Kaufmann habe ich erst vor vier Wochen begriffen: die Bewältigung des Flüchtlingsansturms in München als Ausdruck gemeineuropäischer Solidarität, als Aufgabe der dortigen Verwaltung und des Regierungspräsidenten – der übrigens in unseren Vorlesungen in Augsburg saß – und als Aufgabe überhaupt aller Kommunen in Deutschland. All diese Aktivitäten sind eine erstaunliche Legitimation der Verwaltung vor Ort und der öffentlichen Selbstverwaltung, die eben keine Ferien haben.

Zweitens: Das ebenso innovative wie kecke Referat von Herrn Michael muss sich schon die Frage gefallen lassen, wo das Allgemeine Verwaltungsrecht letztlich herkommt und wie es sich demokratisch legitimiert.

Drittens: Es fehlt als Merkposten, was ich nicht in der ganzen Breite leisten kann, eine vergleichende Umschau. Mir ist gegenwärtig, dass in Spanien, wohl auch in Frankreich und in Italien die Lehrstühle für Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht strikt getrennt sind. In unserer Vereinigung haben wir den Vorzug jeweils in derselben Person kompetente Verwaltungsrechtler und Verfassungsrechtler zu haben. Wenn ich im Ausland Fritz Werner zitiert habe („Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“) bzw. 1977 von Verfassungsprinzipien „im“ Verwaltungsverfahrenrecht sprach, erntete ich freundliches Staunen: Das allgemeine Verwaltungsrecht und seine Rechtsgrundsätze sind im Ausland „ein eigenes Gewächs“. Müssen wir nicht – dies zu den vortrefflichen Referaten – die rechtstheoretische Frage stellen: Was sind die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts beispielsweise in Frankreich? Wo kommen sie her und

wo gehen sie hin? Dort existiert eine große Lehre, eine Dissertation, eine Monographie aus den sechziger Jahren und lange Rechtsprechung über das Thema „Les principes généraux du droit administratif“. Wie aber steht es mit dem Vorrang der Verfassung? Vielen Dank, wie gesagt, kein Schlusswort sondern eine Bemerkung, eine Fußnote am Schluss.

**Volkmann:** Wir beginnen dann mit unserer Schlussrunde. Beide Referenten haben etwas mehr als drei Minuten.

**Wollenschläger:** Danke. Ich beginne mit Herrn Groß: Zunächst einmal habe ich mich schlicht auf den schillernden Begriff der Emanzipation eingelassen, der durch das Thema vorgegeben war, und ihn orientiert am allgemeinen Sprachgebrauch entfaltet; danach geht es um die Befreiung aus dem Zustand der Unterdrückung oder Abhängigkeit, in unserem Fall um die Befreiung des Allgemeinen Verwaltungsrechts aus seiner Verfassungsabhängigkeit. Die unterschiedlichen Antworten, die Lothar Michael und ich gegeben haben, beruhen auch auf den verschiedenen Prämissen unserer Referate. Lothar Michael hat stark auf die genetische Betrachtung, ein bestimmtes Verständnis von Ausstrahlung und ein sehr eng geführtes Allgemeines Verwaltungsrecht abgehoben. Versteht man, und damit komme ich auch auf Sie, Frau Cancik, zurück, verwaltungsrechtliche Systembildung mit Herrn Schmidt-Aßmann auch als Auftrag, richtet sich der Blick auf den gegenwärtigen Verfassungsrahmen. Daraus folgt das Bild der starken Verfassungsprägung, das ich gezeichnet habe. Ihre Intervention, Herr Groß, gibt mir auch nochmals Gelegenheit zur Bekräftigung meiner Thesen: Ich habe betont, dass der Gesetzgeber für die Gestaltung des Allgemeinen Verwaltungsrechts Freiräume hat. Ich habe einleitend ausgeführt: Allgemeines Verwaltungsrecht ist mehr als konkretisiertes Verfassungsrecht, namentlich wegen gesetzgeberischer Spielräume. Überdies habe ich keine Verfallsgeschichte mit Blick auf die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft erzählt, sondern habe mich, im Gegenteil, von dieser Verfallsgeschichte, die in der Tat bisweilen erzählt wird, distanziert: Ich habe darauf hingewiesen, dass die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft Perspektiven für die – verfassungsorientierte – Entfaltung des Allgemeinen Verwaltungsrechts eröffnet und natürlich auch Modernisierungschancen für das Verfassungsrecht selbst bietet; freilich ist bei all dem der Verfassungsrahmen im Blick zu behalten. Was die Konstitutionalisierungskritik betrifft: Natürlich gibt es immer Beispiele für Hypertrophien, genauso wie ich zahllose Beispiele für einen vernünftigen, mitunter sogar zurückhaltenden Umgang mit der Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht anführen könnte. Denkt man etwa an die Verfahrensdimension der Grundrechte, kann man schlecht sagen, dass das Bundesverfassungsgericht hier mit der Auswirkungslehre, aber auch mit



dem Untermaßverbot wirklich eine Hypertrophie des Verwaltungsverfahrens befördert hat. Auch die neuere Rechtsprechung zur Rechtsschutzgarantie in multipolaren Verwaltungsverfahren – sei es im Vergaberecht, sei es bei der Insolvenzverwalterauswahl, sei es im Bereich der Telekommunikationsregulierung – belegt, dass dem Verfassungsgericht nicht an einer Maximierung von Verfassungspositionen, sondern an einer Balance gelegen ist, stellt sich in multipolaren Verwaltungsverfahren doch die Rechtschutzfrage anders dar als in nur bipolaren Verfahren im Staat-Bürger-Verhältnis, wie etwa im Polizeirecht.

Zweiter Punkt. Herr Pernice hat die Themen Verbandsklage und Informationszugang als Krisensymptome angesprochen. Diese Perspektive möchte ich hinterfragen, obgleich Verbandsklagen im Umweltrecht natürlich auf Vollzugsdefizite in diesem Rechtsgebiet reagieren und Verwaltungstransparenz auch der Verwaltungskontrolle dient. Umgekehrt darf man aber nicht übersehen, dass Verwaltungstransparenz einem modernen Staatsverständnis entspricht und deswegen nicht primär als Verfallsbefund zu verstehen ist.

Die weitere Frage nach der Rechtsschutzgarantie erlaubt, eine Grundthese meines Referats, nämlich die Verfassungsprägung des Allgemeinen Verwaltungsrechts sowohl auf normativer als auch auf Leitbildebene, noch einmal zu illustrieren. Die Rechtsschutzgarantie fordert auf normativer Ebene einen effektiven Individualrechtsschutz, sperrt aber jenseits letzter Grenzen keine Verbandsklagen. Gleichwohl wäre es verkürzt zu sagen, dass die Rechtsschutzgarantie sich hierin erschöpft und als Systementscheidung darüber hinaus keine Wirkungen entfaltet (hätte): Betrachtet man das einfache Prozessrecht, so folgt dieses als Regelfall immer Art. 19 Abs. 4 GG; auch mag manche restriktive Auslegung dem stets perhorreszierten Gegenbild zu Art. 19 Abs. 4 GG geschuldet sein, nämlich der Popularklage. Freilich hat diese Systementscheidung auch gewisse Engführungen gezeitigt. Das schlägt den Bogen zu Herrn Ruffert und seinem Beispiel der Einführung von Verbandsklagerechten. Hier hat die Systementscheidung für den Individualrechtsschutz zu einer gewissen Hartnäckigkeit geführt, weshalb man gegenläufigen europarechtlichen Einflüssen reserviert gegenüberstand und es mehrerer Vertragsverletzungsverfahren zur Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben bedurfte.

Dann zu Herrn von Lewinski und der Unabhängigkeit von Datenschutzbehörden: Hier ist die Maßstabsfunktion für das Verwaltungsorganisationsrecht in der Tat auf das EU-Verwaltungsverfassungsrecht übergegangen, was indes nicht bedeutet, das habe ich ausgeführt, dass keine Schranken bestünden, namentlich auch das Unionsrecht eine hinreichende parlamentarische Rückkoppelung fordert. Diese Entwicklung hat den Raum für das

grundgesetzliche Demokratieprinzip reduziert, obgleich letzteres noch, wie gezeigt, infolge des Verbundbefunds im Spiel bleibt.

Zu Herrn Häberle und damit den rechtsvergleichenden Aspekten sowie den allgemeinen Perspektiven für die Zukunft eines verfassungsorientierten Verwaltungsrechts. Ich möchte namentlich Artikel 41 Grundrechte-Charta, das Grundrecht auf gute Verwaltung, herausstreichen, der hinsichtlich der Frage der Emanzipation und der Konstitutionalisierung im EU-Verwaltungsverfassungsrecht ein ganz deutliches Zeichen hin zu einer Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts auf Unionsebene setzt.

Ein letzter Gedanke zum etwaigen Bedeutungsverlust des Grundgesetzes im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Betrachtet man nochmals bilanzierend unsere Themen – etwa die Europäisierung, die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft oder Informalisierungsprozesse – fällt auf, dass wir all diese Themen – sogar die methodische Neuausrichtung des Fachs – unter den Auspizien des Grundgesetzes diskutieren. Dann kann es um die Bedeutung des Grundgesetzes im Allgemeinen Verwaltungsrecht doch gar nicht so schlecht bestellt sein. Die Herausforderung liegt darin, nicht dem Zerrbild eines Konstitutionalisten zu verfallen, der das Allgemeine Verwaltungsrecht ausschließlich grundgesetzfixiert betrachtet. Genauso verfehlt ist es aber auch, die namentlich rechtsstaatlichen Segnungen, die ein verfassungsgeprägtes Verwaltungsrecht bietet, kleinzureden.

Eine Herausforderung ist schließlich das Staatsrechtslehrerreferat, wenn natürlich auch eine Herausforderung ganz anderer Art. Mir hat es die Gelegenheit geboten, mich nach den Qualifikationsschriften wieder sehr intensiv mit einem Thema zu befassen, und mich hat die Diskussion heute, aber auch die Befassung mit dem Thema weiter gebracht. Dafür danke ich Ihnen als Diskutantinnen und Diskutanten und natürlich auch ganz herzlich dem Vorstand für die Überlassung des Themas.

**Michael:** Der Vorstand hat Ihnen verboten, sich zu bedanken, uns nicht. Ich möchte mich dem Kollegen anschließen und mich für zweierlei bedanken: einmal für die Übertragung eines Themas, das mich selbst, der ich ja einer weitreichenden Bedeutung der Verfassung und auch einer Ausstrahlungswirkung in vielen Rechtsbereichen sehr nahe stehe, zu vielen Überraschungen geführt hat. Die Diskussion hat mir bestätigt, dass meine Ergebnisse auch viele von Ihnen überrascht haben. Zweitens möchte ich mich dafür bedanken, dass der Vorstand klar zum Ausdruck gebracht hat, dass es nicht (mehr) um Berichterstattungen gehen soll, sondern um Referate mit Thesen und dass er uns ermutigt hat, auch Dinge weg zu lassen. Das habe ich bei den Aspekten getan, bei denen ich einen allgemeinen Konsens vermute. Die allgemeine Bindung der Verwaltung an die Grundrechte beispielsweise stelle ich natürlich nicht in Frage – die Reichweite des Vorbehalts des

Gesetzes aber schon. So sehr ich mich durch die vielen Anregungen und Nachfragen ermutigt und herausgefordert fühle, kann ich heute nicht auf sie im Einzelnen eingehen. Ich möchte stattdessen noch einmal meine Herangehensweise verdeutlichen und klar machen, was mich eigentlich methodisch dazu geführt hat, das Thema so zuzuschneiden, wie ich es getan habe. Ausgangspunkt ist das Denken in Prozessrelationen und die Suche nach besonderen normativen Momenten. An vermeintlichen Wendepunkten stellen sich Entwicklungen bisweilen anders dar, als sie gerne erzählt werden: Ich habe mir jeweils etwa angeschaut, was eigentlich vor 1919 und nach 1919 passierte, was das Spezifische des Allgemeinen Verwaltungsrechts in der Phase 1945 bis 1949 ist und wie es sich im Schrifttum und in der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht in den 1950er Jahren unterscheidet. Lohnend war, die Entwicklung einzelner Lehrbücher über die Zeit hinweg zu analysieren. Ich habe z. B. die letzten Auflagen vor 1976 und jene nach 1976 nebeneinander gelegt. Da ist mir vieles Überraschende aufgefallen, was ich in meinen Thesen hier zugespitzt habe: Momente der Verfassungsgebung und ebenso der Gesetzgebung werden im Allgemeinen Verwaltungsrecht überschätzt. Ich möchte mich aber deutlich dagegen verwehren, dass mein Ansatz nur ein beschreibender sein sollte, denn ich verstehe das, was ich hier als Thesen vertreten habe, durchaus als normativ. Mir geht es nämlich gerade darum, die Dignität des Verfassungsrechts zu bewahren. Dazu ist – anders als verbreitet – zwischen einer „*invocatio constitutionis*“ und den normativ wirklich prägenden Auswirkungen des Verfassungsrechts zu unterscheiden. Es ging mir gerade darum, dass sich diese wie jene Bedeutung der Verfassung nicht pauschalisieren lässt, sondern sich von Rechtsbereich zu Rechtsbereich unterscheidet und dass es legitime Gründe dafür gibt, sie für den Bereich des Allgemeinen Verwaltungsrechts viel stärker zu relativieren, als wir es gewohnt sind. Ich möchte noch einmal exemplarisch das von Herrn Huber angesprochene Beispiel des informellen Verwaltungshandelns aufgreifen. Das Problem bzw. Phänomen, dass dieses einfachrechtlich nicht geregelt ist, lässt sich nicht leicht mit einem Verweis auf das Verfassungsrecht lösen. Dort finde ich nämlich auch nichts Spezifisches. Es bedarf guter Gründe dafür, in die Verfassung entsprechende Maßstäbe hineinzulesen und diese sehe ich in vielen anderen Bereichen, über die ich hier gesprochen habe, noch viel weniger als in dem von Ihnen gewählten Beispiel. Noch eine Bemerkung zu dem, was mir bei der Bearbeitung dieses Themas auch aufgefallen ist: Die dogmatische Herangehensweise legt viel zu wenig Wert auf den historischen Kontext und auf biografische Vorgänge. Deren Einfluss wird ebenso unterschätzt wie die rhetorische Bezugnahme auf Verfassungen überschätzt wird. Dafür könnte ich viele Beispiele nennen. Herr Dreier hat völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass es in Österreich eine bemerkenswert eingepreßte Diskus-

sion um ein demokratisches Verwaltungsrecht gibt. Die Frage ist, warum sich das Allgemeine Verwaltungsrecht in der Weimarer Zeit in Deutschland eben nicht auf einen neuen Weg begeben hat, obwohl es ja sich aufgedrängt hätte, nach Otto Mayer zu sagen: wir müssen nochmal ganz von vorne anfangen. Adolf Merkel ist in höchst bemerkenswerter Weise mit seinem Lehrbuch von 1927 in Deutschland so gut wie nicht rezipiert worden. Dafür die Ursachen zu suchen und zu fragen, was Walter Jellineks und Fritz Fleiners 1928 erschienene Werke geprägt und was deren Erfolg in Deutschland bedingt hat, erscheint mir sehr lohnend. Letzte Bemerkung: ich habe den Eindruck, dass man mit einer Verfassungsverkörperung der Dignität der Verfassung eher schaden als nützen kann. Deshalb lege ich Wert auf die Verkörperung von Eigenrationalitäten der Systembildung, der Gesetzgebung, aber eben auch der Verfassungsentwicklung. Wer wünscht, dass in der Zukunft vermehrt auch die Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts eine verfassungsgeprägte werden könnte, muss sich fragen lassen, ob es gute Gründe für einen Verfassungswandel gibt und dafür, das in die Verfassung hinein zu lesen, was wir bislang dort vielleicht noch nicht gefunden haben. Vielen Dank.

**Volkmann:** Vielen Dank. Schlussworte sind ja immer die Stunde oder die Minute des Dankes. Der Vorstand dankt also auch pflichtschuldig allen, die sich an der Diskussion beteiligt haben, vor allem für die strenge Disziplin, die es uns ermöglicht hat, den Zeitplan exakt einzuhalten.



Dritter Beratungsgegenstand:

**Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen:  
Konstitutionalisierung und Gegenbewegungen  
im Sicherheitsrecht**

1. Referat von Professor Dr. *Bernhard W. Wegener*, Erlangen-Nürnberg

Inhalt

	Seite
I. Von der verfassungsrechtlichen Dystopie zur Realitätsbeschreibung . . . . .	294
1. Der verfassungsrechtliche Anspruch . . . . .	294
2. Die Realität elektronischer Kommunikation und ihrer Überwachung . . . . .	294
3. Reaktionen . . . . .	295
4. Ursachen . . . . .	297
a) Entgrenzte Sicherheit? . . . . .	297
b) Technologischer Wandel . . . . .	299
II. Verfassungsgerichtliche Rahmensetzung . . . . .	302
1. Bundesverfassungsgericht . . . . .	302
2. Europäische Verfassungsgerichte . . . . .	307
III. Neue verfassungsrechtliche Grenzsteine . . . . .	310
1. Verfassung als Rahmenordnung . . . . .	310
2. Die Deprivilegierung der Geheimdienste . . . . .	312
3. Transparenz und Kontrolle . . . . .	315
4. Verrechtlichung geheimdienstlichen Handelns . . . . .	320
5. Grenzen der Informationserhebung und -verwendung . . . . .	321
6. Technologische Antworten und ihre rechtlichen Grenzen . . . . .	324
IV. Fazit . . . . .	326

Das Sicherheitsrecht – genauer der Teil des Sicherheitsrechts auf den ich mich hier konzentrieren möchte: der sicherheitsrechtlich angeleitete staatliche Informationszugriff und Informationsgebrauch<sup>1</sup> – scheint als Referenzgebiet für eine Analyse der Wirkungsmacht verfassungsrechtlicher Vorgaben hervorragend geeignet.

## **I. Von der verfassungsrechtlichen Dystopie zur Realitätsbeschreibung**

Hier trifft ein hoch ambitionierter und streckenweise pathetisch formulierter verfassungsrechtlicher Begrenzungsanspruch auf eine Gegenbewegung, die diesen Anspruch massiv unterläuft und entwertet. Die Spannungslage zwischen verfassungsrechtlichem Anspruch und praktischer wie sicherheitsrechtlicher Realität ist hier so groß wie in kaum einem anderen Rechtsgebiet.

### *1. Der verfassungsrechtliche Anspruch*

Zur Veranschaulichung: Glaubt man dem Bundesverfassungsgericht, dann ist „eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung“ mit dem vom Grundgesetz garantierten „Recht auf informationelle Selbstbestimmung [...] nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.“<sup>2</sup>

### *2. Die Realität elektronischer Kommunikation und ihrer Überwachung*

Angesichts dieses Anspruchs genügt eine kurze Reflektion über unser aller tatsächliche Lage um festzustellen: wir leben – nach diesen Maßstäben – in verfassungswidrigen Zuständen, in einer verfassungswidrigen Gesellschafts- und Rechtsordnung.

Spätestens seit den Enthüllungen *Edward Snowdens* über die Informationszugriffe der US-amerikanischen National Security Agency und anderer – auch deutscher – Nachrichtendienste muss jedermann klar sein, dass wir nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit

---

<sup>1</sup> Für eine ebensolche Konzentration vgl. *F. Becker* Grundrechtliche Grenzen staatlicher Überwachung zur Gefahrenabwehr, NVwZ 2015, 1335 ff.; für einen weiteren Ansatz *H. A. Wolff* Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen: Konstitutionalisierung und Gegenbewegungen – Sicherheitsrecht, DVBl 2015, 1076 ff.

<sup>2</sup> BVerfGE 65, 1 (Rn. 154) – Volkszählung; ebenso: BVerfGE 115, 166 (188, Rn. 86) – Kommunikationsverbindungsdaten.

über uns weiß. Man muss nicht mehr paranoid, sondern nurmehr realistisch sein, um als halbwegs aktiver Internetnutzer davon auszugehen, dass Unbekannte – wenn sie nur wollen – weit mehr über einen wissen können als die Allgemeinheit, oft mehr als die engste persönliche Umgebung, ja vielleicht mehr oder zumindest anderes als man selbst von sich weiß oder sich eingesteht.

Diesbezügliche Naivität kann eine sträfliche – konkret auf staatliche Bloßstellung und Strafe hinauslaufende – Nachlässigkeit in eigenen Angelegenheiten sein, wie dies etwa der ehemalige Bundestagsabgeordnete *Edathy* schmerzhaft erfahren musste.

Eine weit gefasste politische Funktionselite wird heute von den Verfassungsschutzbehörden routinemäßig darüber aufgeklärt, dass ihre elektronische Kommunikation mit hoher Wahrscheinlichkeit umfänglich mitgeschnitten und ausgewertet wird. Spätestens seit dem im Frühsommer diesen Jahres bekannt gewordenen informationstechnischen Angriff auf das Netzwerk des Deutschen Bundestages muss auch den „einfachen“ Abgeordneten und ihren Mitarbeitern klar sein, wie ungeschützt ihre politische und private Kommunikation war und vermutlich immer noch ist.

Die dergestalt korrumpierte Vertraulichkeit der elektronischen Kommunikation wirkt umso dramatischer, als diese Form der Kommunikation heute praktisch unausweichlich geworden ist und sämtliche Lebensbereiche durchdringt. Die in der Debatte nicht selten mit bildungsbürgerlicher Attitüde angemahnte Selbstbeschränkung beim Gebrauch des Internets ist für die allermeisten keine realistische Option.<sup>3</sup> Erst recht gilt dies für die auf diese Kommunikationsformen existentiell angewiesene politische Klasse. Auch gesamtgesellschaftlich erscheint ein Verzicht auf die immensen praktischen Vorteile moderner Kommunikations- und Informationsmittel nicht diskutabel. Er wäre zudem seinerseits mit Freiheitseinschränkungen verbunden, die verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen wären.

### 3. Reaktionen

In dieser Situation einer wenigstens potentiell umfassenden staatlichen<sup>4</sup> Überwachung macht sich mancherorts Fatalismus breit. Kritisch gesehen

<sup>3</sup> *W. Hoffmann-Riem* Freiheitsschutz in den globalen Kommunikationsinfrastrukturen, JZ 2014, 53 (54). Im Ansatz ähnlich *M. Pöschl* Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, VVD-StRL 74 (2015), 405 (446), die allerdings zugleich für „Selbstdatenschutz, insb. Datenvermeidung und Datensparsamkeit“ plädiert.

<sup>4</sup> Der mit den neuen Kommunikationsmedien einhergehende Verlust an Privatsphäre resultiert zugleich aus Informationszugriffen und -sammlungen durch Private, die hier außer Betracht bleiben müssen; näher dazu *T. Marauhn* und *M. Pöschl* Sicherung grund-



wird weniger der Verlust an Privatheit, als vielmehr umgekehrt der gegenläufige menschenrechtliche Privatheitsanspruch. Flapsig aber mit jedenfalls zeitlich passender Einordnung ließe sich sagen: Informationelle Selbstbestimmung ist sowas von 80s. Berühmt sind entsprechende Äußerungen etwa des seinerzeitigen CEO von Sun Microsystems *Scott McNealy*: „You have zero privacy anyway – Get over it.“<sup>5</sup>

Die Konsequenz aus den hier als unabweisliche Tatsache unterstellten umfassenden Informationszugriffen zieht eine international wachsende Bewegung, die dem Leben in der „post-privacy“-Ära positives abzugewinnen versucht.<sup>6</sup> Informationelle Selbstbestimmung und „Privatheit“ sind für sie überkommene bürgerliche Konzepte, denen unter den Bedingungen moderner Kommunikation und Datenverarbeitung die tatsächlichen Möglichkeiten ihrer Existenz abhanden gekommen sind.

In Deutschland ist diese Bewegung noch vergleichsweise klein.<sup>7</sup> Verbreiteter ist die alarmierte Bürgerrechtsreaktion, die nach einer den neuen technischen Möglichkeiten entsprechenden Ergänzung und Nachsteuerung der bürgerlichen Abwehrrechte gegenüber dem staatlichen Informationszugriff ruft. „Angriff auf die Freiheit“ lautet der Titel einer der bekannteren der einschlägigen Streitschriften wider die staatliche Überwachung.<sup>8</sup> In

---

und menschenrechtlicher Standards (o. Fn. 3), VVDStRL 74 (2015), 373 (385 ff.) und 405 (430 ff.); C. Schertz Der Verlust der Privatsphäre in der modernen Mediengesellschaft – Ist das Individuum noch geschützt?, Vortrag im Rahmen der 56. Bitburger Gespräche 2013. Romanhaft: D. Eggers *The Circle*, 2013.

<sup>5</sup> Zitiert nach P. Sprenger in *Wired*, 26.1.1999, vgl. <http://archive.wired.com/politics/law/news/1999/01/17538>. In die gleiche Richtung scheint vielen auch die oft zitierte Aussage des seinerzeitigen Google CEO *Eric Schmidt* zu gehen: „If you have something that you don't want anyone to know, maybe you shouldn't be doing it in the first place.“ (im Interview mit *M. Bartiromo* auf CNBC am 3. Dezember 2009. *The Huffington Post* 7. Dezember 2009, [http://www.huffingtonpost.com/2009/12/07/google-ceo-on-privacy-if\\_n\\_383105.html](http://www.huffingtonpost.com/2009/12/07/google-ceo-on-privacy-if_n_383105.html)). Zur fairen Beurteilung muss erwähnt werden, dass es *Schmidt* vor allem darum ging, den Nutzern des Internets deutlich zu machen, dass Google nicht ihr „most trusted friend“ sein könne, sondern vielmehr unter den Bestimmungen des US-amerikanischen „Patriot Act“ u.U. verpflichtet sei, die Nutzerinformationen an staatliche Sicherheitsbehörden zu übermitteln: “But if you really need that kind of privacy, the reality is that search engines, including Google, do retain this information for some time. And [...] we're all subject, in the US, to the Patriot Act, and it is possible that that information could be made available to the authorities.”

<sup>6</sup> Vgl. etwa: C. Heller *Post Privacy: Prima leben ohne Privatsphäre*. 2011; M. Weber u.a., Kompetenzzentrum Öffentliche IT, Fraunhofer-Institut FOKUS, *Post Privacy* 10, <https://www.oeffentliche-it.de/documents/10181/15876/Post+Privacy>.

<sup>7</sup> Bezeichnenderweise ist das einschlägige blog der „datenschutzkritischen Spackeria“, <http://blog.spackeria.org/>, seit 2014 eingeschlafen.

<sup>8</sup> J. Zeh/I. Trojanow *Angriff auf die Freiheit: Sicherheitswahn, Überwachungsstaat und der Abbau bürgerlicher Rechte*, 2009; Kritisch dazu: M. Vec *Gefangen im Datennetz*,

Reaktion auf die Enthüllungen *Snowdens* forderten Schriftsteller und zigtausende Bürger Bundeskanzlerin *Angela Merkel* in einem offenen Brief zu Gegenmaßnahmen auf. Deutschland erlebe einen „historischen Angriff“ auf den demokratischen Rechtsstaat, der sich auch unter Mitwirkung deutscher Sicherheitsbehörden in einen „Überwachungsstaat“ verwandelt habe.<sup>9</sup> Eine Antwort blieb bemerkenswerter Weise bis heute aus.

#### 4. Ursachen

##### a) Entgrenzte Sicherheit?

Fragt man nach den Ursachen für die zugespitzte Spannungslage zwischen dem verfassungsrechtlichen Privatheitsanspruch einerseits und dem staatlichen Informationszugriff andererseits,<sup>10</sup> so stößt man schnell auf die auch in der juristischen Fachliteratur breit diskutierte These der „entgrenzten Sicherheit“.<sup>11</sup> Mit diesem hier gebrauchten Sammelbegriff werden Phänomene beschrieben wie die Ergänzung des Strafrechts um weit gefasste Vorfelddatbestände,<sup>12</sup> die Auflösung des Gefahrenbegriffs,<sup>13</sup> die Erweiterung der Adressaten sicherheitsbehördlicher Maßnahmen, die zu Tage tretenden Grenzziehungsschwächen der Verhältnismäßigkeit,<sup>14</sup> neue fließende Übergänge von Repression und Prävention und

---

FAZ 15.9.2009, <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/buecher/rezensionen/sachbuch/ilijatrojanow-juli-zeh-angriff-auf-die-freiheit-gefangen-im-datennetz-1622810.html>.

<sup>9</sup> Der ursprünglich von dreißig Schriftstellern und knapp 70.000 Bürgern unterzeichnete Brief findet sich unter <https://www.change.org/p/bundeskanzlerin-angela-merkel-angemessene-reaktion-auf-die-nsa-aff%C3%A4re>.

<sup>10</sup> Zum sicherheitspolitischen Hintergrund etwa *O. Lepsius* Die Grenzen der präventiv-polizeilichen Telefonüberwachung, Jura 2006, 929 ff.

<sup>11</sup> Meist bezogen auf das Sicherheitsrecht oder einzelne seiner Elemente: *M. Thiel* Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2011, 473 ff.; *M. Baldus* Entgrenzungen des Sicherheitsrechts – Neue Polizeirechtsdogmatik?, Die Verwaltung 2014, 1 ff.; *U. Volkmann* Polizeirecht als Sozialtechnologie, NVwZ 2009, 216 ff.; *O. Lepsius* Freiheit und Sicherheit – ein zunehmend asymmetrisches Verhältnis, in: G.F. Schuppert u. a. (Hrsg.) Der Rechtsstaat unter Bewährungsdruck, 2010, 23 ff.; *J. Saurer* Die Ausweitung sicherheitsrechtlicher Regelungsansprüche im Kontext der Terrorismusbekämpfung, NVwZ 2005, 275 ff. Allgemeiner zu Entgrenzungen im Sicherheitsdiskurs: *M. Kötter* Subjektive Sicherheit, Autonomie und Kontrolle – Eine Analyse der jüngeren Diskurse des Sicherheitsrechts, Der Staat 43 (2004), 371 (387 ff.).

<sup>12</sup> Zur Strafverfolgung im Internet: *U. Sieber* Straftaten und Strafverfolgung im Internet, Gutachten zum 69. DJT, 2012. *H. Kudlich* Strafverfolgung im Internet, GA 2011, 193 ff. Aus öffentlich-rechtlicher Sicht bereits frühzeitig: *M. Germann* Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000.

<sup>13</sup> Grundlegend: *T. Darnstädt* Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983.

<sup>14</sup> *O. Diggelmann* Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70 (2010), 50 (71 f.). *C. Gusy* Zur Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher

der immer weiter ausgebauten Präventionsanspruch,<sup>15</sup> die Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten und die Auflösung der ehemals territorialen Grenzen der sicherheitsbehördlichen Tätigkeit. Die allermeisten dieser Entgrenzungen bedingen zugleich eine Ausweitung des sicherheitsstaatlichen Zugriffs auf die private Kommunikation. Gerade die neuen sicherheitsbehördlichen Kompetenzen der Informationserhebung und Informationsverarbeitung gelten denn auch als das eigentlich entgrenzte Aufgabenfeld.<sup>16</sup>

Betrachtet man allein den Aufwuchs der normativen Grundlagen der staatlichen informationellen Überwachung in Deutschland, so stellt sich der Eindruck der Entgrenzung unmittelbar ein. In immer neuen Novellierungsrunden sind schon seit den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts die entsprechenden rechtlichen Ermächtigungen auf ein Vielfaches ihres ehemaligen Bestandes ausgebaut worden. Rückblickend erscheint es kaum glaublich, wie eng begrenzt die staatlichen Zugriffsbefugnisse auf die private Kommunikation einmal waren. Wie gerade jüngere historische Forschungen gezeigt haben,<sup>17</sup> darf der Blick auf die ehemals fehlenden normativen Grundlagen aber nicht den Blick auf die tatsächliche Praxis der massenhaften Kommunikationsüberwachung verstellen, die teils ohne, teils unter Überschreitung und Missachtung (verfassungs-) rechtlicher Befugnisse und Begrenzungen auch seinerzeit bereits stattfand.<sup>18</sup> Der Eindruck der „Entgrenzung“ rührt deshalb wenigstens teilweise auch daher, dass der

---

Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL 63 (2004), 151 (176). Jenseits der sicherheitsrechtlichen Debatte auch: *G. Lübke-Wolff* The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court, *Human Rights Law Journal* 2014, 12 ff.

<sup>15</sup> Zum Ganzen eingehend: *M. Bäcker* Kriminalpräventionsrecht – Eine rechtsetzungsorientierte Studie zum Polizeirecht, zum Strafrecht und zum Strafverfahrensrecht, 2015. Pointiert und mit Recht kritisch zur Verwendung des Risikobegriffs in diesem Zusammenhang: *J. Isensee* Aussprache zu Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit (o. Fn. 14), VVDStRL 63 (2004), 196 (197).

<sup>16</sup> *M. Baldus* (o. Fn. 11), *Die Verwaltung* 2014, 1 (2); ebenso im Befund *M. Möstl* Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, 198 ff.; *ders.* Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts – Thesen zur Integration eines modernen informationellen Vorfeldrechts in das klassische rechtsstaatliche Gefahrenabwehrrecht, DVBl. 2007, 581 (584 f.); der darin aber gerade einen Beleg für die nur relative Bedeutung der Entgrenzung erkennen will.

<sup>17</sup> Vgl. *J. Foschepoth* Überwachtes Deutschland – Post- und Telefonüberwachung in der alten Bundesrepublik, 2012, 42014; *ders.* Verfassung und Wirklichkeit: Die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, in: *H. Neuhaus* Datenschutz – aktuelle Fragen und Antworten, *Atzelsberger Gespräche* 2014, 11 ff., <http://www.university-press.fau.de/reihen/atzelsberger-gespraechе.php>.

<sup>18</sup> Zu den unklaren rechtlichen Grundlagen und Fortwirkungen dieser Überwachungspraxis: *D. Deiseroth* Alles legal? – Zu den rechtlichen Befugnissen und Grenzen der US-Nachrichtendienste in Deutschland, DVBl. 2015, 197 (200 ff.); vgl. auch *ders.* *Nachricht-*

Kanon der Ermächtigungsnormen gerade in Reaktion auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur informationellen Selbstbestimmung erheblich ausgeweitet wurde. Weil und soweit das Bundesverfassungsgericht hinreichend bestimmte, „normenklare“ Befugnisse der Datenerhebung und Datenverarbeitung verlangte, wuchs die einschlägige Normenlandschaft.<sup>19</sup>

Ungeachtet dieser einschränkenden Betrachtungen bleibt aber eine offenbare Erweiterung der sicherheitsbehördlichen Zwecksetzungen, des Handlungsrahmens und der Mittel festzuhalten.<sup>20</sup>

### b) Technologischer Wandel

Von ungleich größerer Relevanz ist allerdings auch hier der technologische Wandel, auf den die neue Sicherheitspolitik aufbaut. Dieser Wandel hat eine weitreichende Digitalisierung zwischenmenschlicher Kommunikation und Interaktion mit sich gebracht und diese zudem in wenigen Transportmedien zusammengeführt. Weil und soweit diese Kommunikation über das Internet stattfindet, haben sich auch die potentiellen Zugriffspunkte für staatliche Überwachung vervielfacht. Die technischen Möglichkeiten erlauben – entsprechende Ressourcen vorausgesetzt – Praktiken wie die unter maßgeblicher Beteiligung des vormaligen NSA-Direktors *Keith Alexander* entwickelte „Heuhaufen“-Strategie, die auf eine möglichst vollständige Erfassung, Speicherung und algorithmengestützte Auswertung der globalen Kommunikation abzielt.<sup>21</sup> Die Geheimdienste anderer Staaten – auch Deutschlands<sup>22</sup> – verfolgen Strategien und Konzepte, die diesem Vorbild – nach je eigenen technischen und finanziellen Möglichkeiten

---

tendenzstärkender Überwachung durch US-Stellen in Deutschland – Rechtspolitischer Handlungsbedarf?, ZRP 2013, 194 ff.

<sup>19</sup> Vgl. dazu mit Blick auf die Nachrichtendienste: *J. Lampe* Die Schwierigkeit der Rechtfertigung nachrichtendienstlicher Tätigkeit, NStZ 2015, 361 (362). Schließlich haben auch die neuen Techniken der Kommunikation und der Überwachung eine Ergänzung der Befugnisnormen mit sich gebracht. Zu den insoweit auch weiterhin entstehenden Notwendigkeiten beispielhaft: *C. Safferling/C. Rückert* TKÜ bei Bitcoins – Heimliche Datenauswertung bei virtuellen Währungen als Telekommunikationsüberwachung iSv § 100a StPO?, MMR 2015, 788 ff. Zur Problematik einer technikinduzierten erweiternden Auslegung strafprozessualer Ermittlungsbefugnisse: *F. Roggan* Die „Technikoffenheit“ von strafprozessualen Ermittlungsbefugnissen und ihre Grenzen, NJW 2015, 1995 ff.

<sup>20</sup> Ebenso *U. Volkmann* (o. Fn. 11), NVwZ 2009, 216 (217 ff.).

<sup>21</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Überwachung durch die NSA aus deutscher Perspektive: *T. Maruhn* und *M. Pöschl* Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards (o. Fn. 3), VVDStRL 74 (2015), 373 (390 ff.) und 405 (438 ff.).

<sup>22</sup> Vgl. dazu insbesondere das bei netzpolitik.org veröffentlichte BND-Konzept „Strategische Initiative Technik“, wonach es um die Sicherung eines „Gleichklangs“ mit den Konzeptionen der US-amerikanischen und europäischen Partner geht und „an die Stelle der Suche nach einer ‚Nadel im Heuhaufen‘ [...] die Suche nach den Bruchstücken dieser Nadel

abgestuft – nacheifern.<sup>23</sup> So wie der britische Geheimdienst die Kommunikation an den transatlantischen Brückenköpfen des Internets erfasst,<sup>24</sup> so spiegelt der Bundesnachrichtendienst wesentliche Teile der über den weltweit größten Internetknoten in Frankfurt laufenden Kommunikation.<sup>25</sup> Ähnliches gilt für die im Zuge der NSA-Affäre publik gewordene Zuarbeit des BND bei der Erfassung des satellitengestützten Telefon- und Datenverkehrs.<sup>26</sup> Soweit deutsche Behörden aus dieser flächenhaften Kommunikationserfassung deutsche Kommunikationsteilnehmer mit Rücksicht auf rechtliche Beschränkungen auszusortieren suchen,<sup>27</sup> werden entsprechende Erkenntnisse über Partnergeheimdienste zugeliefert.<sup>28</sup> Hinsichtlich der noch

---

getreten“ sei; <https://netzpolitik.org/2015/strategische-initiative-technik-wir-enthuellen-wie-der-bnd-fuer-300-millionen-euro-seine-technik-aufzuersten-will/#3-Original-Dokumente>.

<sup>23</sup> Verfassungsrechtlich bemerkenswert ist die Entwicklung in Finnland, wo sich die Regierung um eine Verfassungsänderung bemüht, die eine entsprechende Form der Vollerfassung der elektronischen Kommunikation ausdrücklich erlauben soll, vgl. dazu *J. Lavapuro* Finnish Government and the Desire to Constitutionalize Mass Surveillance: Toward Permanent State of Emergency?, VerfBlog, 2015/8/31, <http://www.verfassungsblog.de/finnish-government-and-the-desire-to-constitutionalize-mass-surveillance-toward-permanent-state-of-emergency/>.

<sup>24</sup> Eingehend zur britischen Praxis und Rechtslage: *I. Brown* Stellungnahme NSA-Untersuchungsausschuss, 2014, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/1untersuchungsausschuss/-/280848>; vgl. auch die entsprechende Begründung und die Stellungnahmen zu der vor dem EGMR (Az. 58170/13) anhängigen Beschwerde gegen die Überwachung durch den britischen Geheimdienst, abrufbar unter <https://www.privacynotprism.org.uk/news/2013/10/03/legal-challenge-to-uk-internet-surveillance/>.

<sup>25</sup> Vgl. dazu die Anhörung des Vorstands des Betreibers ECO des DE-CIX-Knotens *K. Landefeld* v. 25.3.2015 durch den NSA-Untersuchungsausschuss des Bundestages, [https://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/kw13\\_pa\\_lua/366118](https://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/kw13_pa_lua/366118). Der Betreiber übte scharfe Kritik an der aus seiner Sicht zu weit gehenden Überwachungspraxis des BND, die auch deutsche Kommunikation umfänglich erfasse. Er kündigte Klage gegen die Überwachungspraxis an, vgl. <http://www.zeit.de/digital/datenschutz/2015-04/de-cix-bundesverwaltungsgericht-klage-bnd-ueberwachung>.

<sup>26</sup> Insbesondere – aber keineswegs ausschließlich – wohl durch die Anlagen im bayerischen Bad Aibling.

<sup>27</sup> Wie wirksam diese Bemühungen tatsächlich sind, ist wegen der Geheimhaltung der entsprechenden Tätigkeiten (vgl. dazu die ablehnenden Aussagen der Bundesregierung, BT-Drs. 17/9640, 6; BT-Drs. 17/14739, 14 ff. „mehrstufiges Verfahren“) nur schwer zu beurteilen. Dass die technisch anspruchsvolle Aussonderung nicht perfekt funktioniert, zeigen einschlägige Bemerkungen im o. Fn. 22 zitierten BND-Strategiepapier: „Insbesondere die Erkennung von G-10-relevanten Internet-Verkehren muss verbessert werden, Systeme zur schnellen, unmittelbaren Steuerung der Erfassungssysteme, verbesserte Selektions- und Filtersysteme und Systeme zur Metadatenanalyse sind zu entwickeln.“

<sup>28</sup> Zwar ist in entsprechenden Einschätzungen regelmäßig davon die Rede, ein umfassender „Ringtausch“ der flächenhaft erfassten Kommunikation finde nicht statt, vgl. etwa SPD-Bundestagsfraktion, Rechtsstaat wahren – Sicherheit gewährleisten! – Erste Konse-

jenseits des Internets stattfindenden Kommunikation soll die Vorratsdatenspeicherung Lücken schließen, die mit dem Verzicht der Anbieter auf eine umfangreiche Speicherung der Verbindungsdaten entstanden sind.<sup>29</sup> Von beträchtlicher Bedeutung sind daneben die technologischen Entwicklungen, die den Sicherheitsbehörden eine unmittelbare Beobachtung von Personen erleichtern. Eine Liste des insoweit technisch und rechtlich Machbaren lässt sich in Deutschland etwa den §§ 20 ff. des BKA-Gesetzes entnehmen, das derzeit dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung auf seine Verfassungsmäßigkeit vorliegt.<sup>30</sup>

Der technologische Wandel ist dabei aus sicherheitspolitischer Sicht ein janusköpfiger. Während er einerseits Visionen einer vollständigen Überwachung und einer entsprechend verbesserten Sicherheitslage in greifbare Nähe zu rücken scheint, schafft er andererseits einen Raum von Kommunikation und Aktion<sup>31</sup> für kriminelle Aktivitäten neuer Art und neuer Qualität, in dem technologisch versierte Akteure in vormals unbekannter Leichtigkeit, Schnelligkeit und Grenzfreiheit miteinander kommunizieren und inter-

---

quenzen aus dem NSA-Skandal: Eckpunkte für eine grundlegende Reform der Strategischen Fernmeldeaufklärung des BND, 16.6.2015, 6, „wonach Anhaltspunkte für einen rechtswidrigen ‚Ringtausch‘, also eine wechselseitige Datenübermittlung befreundeter Dienste jeweils zur Umgehung der eigenen nationalen Restriktionen, [...] bisher nicht ersichtlich“ seien. Unsicherheiten werden aber auch hier deutlich, wenn zugleich (S. 3) ein entsprechendes ausdrückliches Verbot gefordert wird. Angesichts der Nachrichten über die umfassende Zulieferung von Informationen des BND an die NSA erscheinen die restriktiven Einschätzungen denn auch zumindest in dieser Richtung kaum plausibel. Unstreitig ist auch die Übermittlung von aus der strategischen Überwachung gewonnenen Einzelerkenntnissen der NSA an den BND. Der Fall der sog. „Sauerland-Gruppe“ ist dafür ein von den Sicherheitsbehörden selbst oft genanntes Beispiel, zu letzterem etwa die Feststellungen der Vertreter der Regierungskoalition im Abschlussbericht zum sog. BND-Untersuchungsausschuss: BT Drs. 16/13400, 351 f.: „Erinnert sei nur an die zum Glück rechtzeitig festgenommenen Attentäter aus dem Sauerland: Ohne einen umfangreichen Informationsaustausch mit dem Ausland wäre der von ihnen geplante verheerende Sprengstoffanschlag in Deutschland wohl kaum zu verhindern gewesen.“

<sup>29</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 27.5.2015 „Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten“, [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RegE\\_Hoehchstspeicherfrist.html](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RegE_Hoehchstspeicherfrist.html). Kritisch dazu Stellungnahme Nr. 25/2015 des Deutschen Anwalt Vereins v. 15.5.2015; vgl. auch die Stellungnahme der EU-Kommission, Mitteilung 317 – TRIS/(2015) 02810, veröffentlicht unter <https://netzpolitik.org/2015/wir-veroeffentlichen-stellungnahme-der-eu-kommission-zu-vorratsdatenspeicherung-noch-viele-weitere-maengel/#doc>.

<sup>30</sup> Zu wesentlichen Elementen der Diskussion in der mündlichen Verhandlung *D. Hipp* Karlsruher Konter, Ito-online v. 11.7.2015, <http://www.ito.de/recht/hintergruende/h/bverg-verhandlung-gesetzgebung-bka-ueberwachung-privatsphaere/>.

<sup>31</sup> Zu den Herausforderungen etwa durch die Schaffung virtueller Krypto-Währungen wie den sog. „Bitcoins“ und ihres Transfers in einem „peer-to-peer“-Netzwerk pseudonymisierter Nutzer: *C. Safferling/C. Rückert* (o. Fn. 19), MMR 2015, 788 ff.

agieren und sich mit Mitteln der Verschleierung und Verschlüsselung dem sicherheitsbehördlichen Zugriff zu entziehen suchen. Das Internet erscheint hier als eine Art „Wild Digital“, als von Rechtlosigkeit gekennzeichneter Raum, dessen Existenz seinerseits einen verstärkten staatlichen Zugriff legitimieren kann.

## II. Verfassungsgerichtliche Rahmensetzung

Angesichts des intensiven staatlichen Zugriffs auf die private Kommunikation erscheint der Ruf nach verfassungsrechtlichen Grenzsetzungen nur allzu verständlich.

### 1. Bundesverfassungsgericht

Entsprechende Erwartungen richten sich in Deutschland<sup>32</sup> in erster Linie an das Bundesverfassungsgericht. Glaubt man der sicherheitspolitischen Debatte, so ist das Gericht seiner Aufgabe des Schutzes der Privatsphäre denn auch gerecht geworden. Das Bundesverfassungsgericht gilt hier als „Champion“ der bürgerlichen Freiheitsrechte, der einen überzogenen Sicherheitsanspruch von Exekutive und Legislative regelmäßig in seine verfassungsmäßigen Schranken weist.<sup>33</sup>

Eine genauere Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vermittelt ein differenzierteres Bild. Zwar hat die Zahl der einschlägigen Entscheidungen seit dem Urteil zur strategischen Telekommunikationsüberwachung von 1999<sup>34</sup> erheblich zugenommen.<sup>35</sup> Vielfach hat

<sup>32</sup> In Frankreich hat der Conseil constitutionnel die erst unlängst gesetzlich erweiterten Überwachungsbefugnisse der Sicherheitsbehörden für im Wesentlichen verfassungskonform erklärt, vgl. Décision n° 2015-713 DC, v. 23.7.2015, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2015-713-dc/decision-n-2015-713-dc-du-23-juillet-2015.144138.html>, kritisch dazu T. de Jong Kein Grundrechtsschutz gegen Abhörsgesetz in Frankreich, Verfblog, 2015/8/18, <http://www.verfassungsblog.de/kein-grundrechtsschutz-gegen-abhoergesetz-in-frankreich/>.

<sup>33</sup> Vgl. etwa die Bewertung bei U. Volkmann (o. Fn. 11), NVwZ 2009, 216 (222): „mächtigste Stütze“; O. Diggelmann Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70 (2010), 50 (71 f.). „hohe Widerständigkeit“; F. Becker (o. Fn. 1), NVwZ 2015, 1335; vgl. auch Sondervotum der FDP-Fraktion zum sog. BND-Untersuchungsausschuss, BT Drs. 16/13400, 428. Kritisch zu dieser vom BVerfG eingenommenen Rolle: V. Götz § 41 Innere Sicherheit, in: H. Kube u.a. (Hrsg.) Leitgedanken des Rechts, FS Kirchhof, 2013, 457 (462 ff.).

<sup>34</sup> BVerfGE 100, 313 – Strategische Telekommunikationsüberwachung BND (G 10 II).

<sup>35</sup> Vgl. etwa BVerfGE 100, 313 – Strategische Telekommunikationsüberwachung BND (G 10 II); BVerfGE 109, 279 – Wohnraumüberwachung; BVerfGE 110, 33 – Telekommuni-

das Gericht die angegriffenen Normen auch als zumindest teilweise verfassungswidrig verworfen.<sup>36</sup> Die vom Bundesverfassungsgericht formulierten Grenzziehungen waren dabei aber – jedenfalls soweit sie operativ wirksam wurden – durchweg nur relativer und meist verfahrensrechtlicher Natur. Das Gericht verlangte tatbestandlich qualifizierte und hinreichend „normenklare“ Ermächtigungen und Grenzziehungen,<sup>37</sup> es suchte Eingriffsschwellen zu definieren<sup>38</sup> und formulierte Richtervorbehalte<sup>39</sup> oder ähnliche Prüfinstrumente,<sup>40</sup> es forderte einen relativen Schutz des „Kernbereichs privater Lebensgestaltung“<sup>41</sup> und präzise Zwecksetzungen hinsichtlich der gewonnenen Informationen,<sup>42</sup> es setzte dem Informationsaustausch zwischen Nachrichtendiensten und anderen Sicherheitsbehörden prinzipielle und dabei wiederum relative Grenzen<sup>43</sup> und es reklamierte Garan-

---

kationsüberwachung nach dem Außenwirtschaftsgesetz; BVerfGE 112, 304 – GPS-Ortung; BVerfGE 113, 29 – Sicherstellung von Datenträgern; BVerfGE 113, 348 – Telekommunikationsüberwachung nach dem niedersächsischen SOG; BVerfGE 115, 166 – Sicherstellung gespeicherter Telekommunikationsdaten; BVerfGE 115, 320 – Rasterfahndung; BVerfGE 118, 168 – Abfrage von Kontostammdaten; BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchung; BVerfGE 120, 378 – automatisierte Kfz-Kennzeichenerfassung; BVerfGE 124, 43 – Beschlagnahme von E-Mails; BVerfGE 125, 260 – Bevorratung von Telekommunikationsverkehrsdaten; BVerfGE 129, 208 – strafprozessuale Telekommunikationsüberwachung; BVerfGE 130, 151 – Bevorratung und Abfrage von Telekommunikations-Bestandsdaten; BVerfGE 133, 277 – Anti-Terror-Datei. Weitere Verfahren sind derzeit anhängig, eine Entscheidung zur Novelle des BKA-Gesetzes von 2009 steht weiter aus (Az. 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09).

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 100, 313; 109, 279; 110, 33; 113, 348; 120, 274; 120, 378; 125, 260; 130, 151; 133, 277.

<sup>37</sup> BVerfGE 125, 260 (338, Rn. 249) – Vorratsdatenspeicherung; BVerfGE 119, 33 (51, Rn. 97) – Telekommunikationsüberwachung nach dem Außenwirtschaftsgesetz; BVerfGE 112, 304 (315, Rn. 45) – GPS-Ortung; BVerfGE 113, 348 (375, Rn. 115) – Telekommunikationsüberwachung nach dem niedersächsischen SOG.

<sup>38</sup> BVerfGE 115, 320 (363, Rn. 141) – Rasterfahndung II; BVerfGE 112, 304 (316, Rn. 48) – GPS-Ortung; BVerfGE 113, 29 (52 f., Rn. 106 ff.) – Sicherstellung von Datenträgern; BVerfGE 115, 166 (191, Rn. 94; 197 f., Rn. 117 f.) – Sicherstellung gespeicherter Telekommunikationsdaten; BVerfGE 118, 168 (187, Rn. 97) – Abfrage von Kontostammdaten.

<sup>39</sup> BVerfGE 100, 313 (390, Rn. 262) – Strategische Telekommunikationsüberwachung BND (G 10 II), BVerfGE 115, 166 (196 f., Rn. 115) – Sicherstellung gespeicherter Telekommunikationsdaten.

<sup>40</sup> BVerfGE 100, 313 (395 ff., Rn. 280 ff.) – Strategische Telekommunikationsüberwachung BND (G 10 II).

<sup>41</sup> BVerfGE 120, 274 (335, Rn. 271) – Online-Durchsuchung; BVerfGE 109, 279 (314, Rn. 122) – Wohnraumüberwachung.

<sup>42</sup> BVerfGE 120, 378 (427, Rn. 163) – Automatisierte Kfz-Kennzeichenerfassung; BVerfGE 124, 43 (61, Rn. 64) – Beschlagnahme von E-Mails.

<sup>43</sup> BVerfGE 133, 277 (369, Rn. 213) – Anti-Terror-Datei; BVerfGE 130, 151 (194 f., Rn. 152 ff.) – Bevorratung und Abfrage von Telekommunikations-Bestandsdaten.



tien für die möglichst umfangliche nachträgliche Benachrichtigung der Betroffenen.<sup>44</sup>

Anders als dies mitunter – auch in Staatsrechtslehrevorträgen – eingefordert worden ist, hat das Bundesverfassungsgericht sich aber nicht dazu entschließen können, absolute Tabuzonen des staatlichen Informationszugriffs zu definieren.<sup>45</sup> Den Wendepunkt dürfte insoweit bereits die mit 4:4 Stimmen denkbar knapp ausgegangene Tagebuchentscheidung<sup>46</sup> von 1989 markieren, in der das Gericht einem abwägungsfesten Verbot des staatlichen Zugriffs auf höchstpersönliche private Aufzeichnungen eine Absage erteilte.<sup>47</sup> Auch anderen historisch überkommenen grundrechtlichen Tabuzonen wie etwa der der eigenen Wohnung hat das Bundesverfassungsgericht immer nur einen relativen, der Abwägung mit staatlichen Sicherheitsbelangen zugänglichen Schutz zugebilligt.<sup>48</sup> Entgegen anders lautenden Forderungen ist dem jedenfalls im Grundsatz<sup>49</sup> ausdrücklich zuzustimmen. Ein absoluter informationeller Schutz der Wohnung etwa erscheint angesichts der damit einhergehenden Gefährdungen für verfassungsrechtlich hochrangige individuelle und kollektive Schutzgüter und der insoweit ausdrücklichen gegenteiligen Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers<sup>50</sup> verfassungsrechtlich nicht geboten.<sup>51</sup>

<sup>44</sup> BVerfGE 125, 260 (Rn. 240 ff) – Vorratsdatenspeicherung; 129, 208 (251, Rn. 226) – strafprozessuale Telekommunikationsüberwachung. Zu den verfassungsrechtlichen Defiziten der einschlägigen gesetzlichen Regelungen im Bereich der strategischen Telekommunikationsüberwachung: *B. Huber* Die strategische Rasterfahndung des Bundesnachrichtendienstes – Eingriffsbefugnisse und Regelungsdefizite, NJW 2013, 2572 (2574 f.).

<sup>45</sup> Eine solche Tabuzone stellt auch der vom Bundesverfassungsgericht sog. „absolut geschützte Kernbereich privater Lebensgestaltung“ nicht dar. Zwar sollen staatliche Informationszugriffe auf diesen Kernbereich schlechthin ausgeschlossen sein und muss ein diesen Bereich erfassender Zugriff abgebrochen werden. Das Gericht definiert den Kernbereich aber ebenso wie der Gesetzgeber nicht formal, sondern – soweit überhaupt – eher materiell. Ein für die Überwachung „hinreichender Sozialbezug“ soll bei allen Äußerungen bestehen, „die sich unmittelbar auf eine konkrete Straftat beziehen“, BVerfGE 109, 279 (Rn. 137) – Großer Lauschangriff. Faktisch sind damit (fast) alle für die Sicherheitsbehörden interessanten Informationszugriffe möglich. Zu den im Ergebnis sehr geringen Zahlen (6) durchgeführter Wohnraumüberwachungen, vgl. Bericht der Bundesregierung gem. Art. 13 Abs. 6 S. 1 GG für das Jahr 2013, BT-Drs. 18/2495 v. 4.9.2014.

<sup>46</sup> BVerfGE 80, 367 – Tagebuch.

<sup>47</sup> Zur diesbezüglichen Bedeutung der Entscheidung eingehender *M. Nettesheim* Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70 (2010), 7 (20).

<sup>48</sup> BVerfGE, 103, 142 (151 f., Rn. 27 ff.) – Wohnungsdurchsuchung.

<sup>49</sup> Zweifel mögen allerdings bestehen hinsichtlich des relativ weit gefassten Kanons der Straftatbestände, die eine informationelle Überwachung des Wohnraums ermöglichen sollen.

<sup>50</sup> Neuregelung des Art. 13 Abs. 3–6 GG durch Gesetz v. 26.3.1998, BGBl. I, 610.

<sup>51</sup> Daran vermag auch der Menschenwürdegehalt des Schutzes der Wohnung im Ergebnis nichts Grundsätzliches zu ändern; so bereits BVerfGE 109, 279 (Rn. 113 ff.) – Großer

Mit einigem Recht kritisch gesehen wird dagegen der dogmatische Ausgangspunkt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das von ihm selbst aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>52</sup> In seiner eigentumsrechtlich anmutenden Konstruktion stecken zwar möglicherweise noch erhebliche Potentiale für den Ausgleich der Interessen des Einzelnen und den seine Daten kommerziell verwertenden privaten Informationsdienstleistern. Für die Grenzziehung im Bereich des staatlichen Informationszugriffs erschiene aber eine unmittelbar auf den Schutz der Privatheit abzielende Konzeption nicht nur konstruktiv überlegen, sondern auch mit Blick auf ihre potentiellen Ergebnisse und ihre europäische und internationale Anschlussfähigkeit vorzugswürdig.<sup>53</sup>

Problematisch erscheint die informationelle Selbstbestimmung auch deshalb, weil sie jedenfalls von ihrem konstruktiven Ausgangspunkt her kaum eine sinnvolle Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Sphäre erlaubt.<sup>54</sup> Im Gegenteil: die mit dem Konzept der informationellen Selbst-

---

Lauschangriff. Für einen solchen absoluten Schutz aber *O. Diggelmann* Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70 (2010), 50 (72); ähnlich auch *M. Nettesheim* Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70 (2010), 7 (24).

<sup>52</sup> Zur Kritik etwa: *G. Britz* Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des BVerfG, in: *W. Hoffmann-Riem* Offene Rechtswissenschaft, 2010, 561 ff. mwN.; *W. Hoffmann-Riem* Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 123 (1998), 513 ff.; *T. Vesting* Das Internet und die Notwendigkeit der Transformation des Datenschutzes, in: *K.-H. Ladeur* (Hrsg.) Innovationsoffene Regulierung des Internets, 2003, 155 ff.; *H. P. Bull* Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion?, 2009; *ders.* Zweifelsfragen um die informationelle Selbstbestimmung – Datenschutz als Datenaskese? NJW 2006, 1617 ff.; *K.-H. Ladeur* Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion? DÖV 2009, 45 ff.

<sup>53</sup> Zwar fehlt es im Grundgesetz wie in manchen anderen Grundrechtskatalogen an einer ausdrücklichen Gewährleistung der Privatheit. Eine entsprechende Garantie ließe sich aber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht kaum weniger leicht entnehmen, als die der informationellen Selbstbestimmung. Das Bundesverfassungsgericht selbst hat bereits vorsichtige Schritte hin zu einer stärker an den schutzwürdigen Sphären der Privatheit orientierten Dogmatik unternommen. Neben seiner ausgebauten Rechtsprechung zum Schutz der Wohnung und der Telekommunikation ist hier insbesondere seine Entscheidung zum Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme zu nennen, vgl. BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchung, vgl. dazu etwa *T. Böckenförde* Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre, JZ 2008, 925 ff. Die Entscheidung verdeutlicht zugleich aber ihrerseits die dogmatische Problematik der Konzeption der informationellen Selbstbestimmung, die zu Teilergänzungen und punktuellen Neuentwicklungen nötigt, die sich mit einer umfassenden Konzeption des grundrechtlichen Schutzes der Privatheit vermeiden ließen; kritisch deshalb etwa *M. Eifert* Informationelle Selbstbestimmung im Internet – Das BVerfG und die Online-Durchsuchungen, NVwZ 2008, 521 ff.

<sup>54</sup> Für den Versuch einer diese Unterscheidung erlaubenden Interpretation der informationellen Selbstbestimmung vgl. *T. Böckenförde* Die Ermittlung im Netz, 2003, 466.

bestimmung verbundene Ausdehnung des Datenschutzes über den Bereich einer räumlich und sozial eng umgrenzten Privatsphäre hinaus, kann als eine zu den sicherheitsrechtlichen Entwicklungen spiegelbildliche „Entgrenzung“ begriffen werden.<sup>55</sup> Dies hat zu nicht unerheblichen Friktionen, Überzeichnungen und fehlgehenden Erwartungen im Datenschutzrecht beigetragen. „Kein belangloses Datum“,<sup>56</sup> das (vermeintliche?) generelle Verbot staatlicher Datenerhebung und eine grundsätzlich technikskeptische Eingriffsdogmatik können hier genannt werden. Insoweit anders als etwa der US-amerikanischen Dogmatik des „rights to privacy“<sup>57</sup> fehlt der informationellen Selbstbestimmung im Ansatz die im Ergebnis dann doch unausweichliche oder jedenfalls gebotene Relativierung durch den öffentlichen Raum.<sup>58</sup>

Während hier in der Tendenz Überzeichnungen des Datenschutzes<sup>59</sup> angelegt sind, kennt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an anderer Stelle auch bemerkenswerte Blindstellen. Gemeint ist der Umgang mit der Informationserhebung durch die Nachrichtendienste, die das Bundesverfassungsgericht traditionell mit einer nachgerade erstaunlichen Zurückhaltung und Nachsicht behandelte.

<sup>55</sup> M. Nettesheim Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70 (2010), 7 (27 f.).

<sup>56</sup> BVerfGE 65, 1 (45, Rn. 158) – Volkszählung; E 118, 169 (185, Rn. 88) – Kontostammdaten; E 120, 378 (399, Rn. 66) – Automatisierter KFZ-Kennzeichenabgleich. Kritisch dazu K.-H. Ladeur (o. Fn. 52), DÖV 2009, 45 (49) „unglückliche Formulierung“.

<sup>57</sup> Vgl. dazu grundlegend: S. D. Warren/L. D. Brandeis The right to privacy, Harvard Law Review Vol. IV December 15, 1890 No. 5, übersetzt von M. Hansen/T. Weichert <https://www.datenschutzzentrum.de/allgemein/20111219-Warren-Brandeis-Recht-auf-Privatheit.html>. Näher dazu: R. A. Miller Stellungnahme NSA-Untersuchungsausschuss – Report on the Legal Situation in the United States, 2014, 20 ff., abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/1untersuchungsausschuss/-/280848>; D. J. Glancy The Invention of the Right to Privacy, Arizona Law Review, v. 21, n. 1, pp. 1–39 (1979). Für eine Erweiterung des US-amerikanischen Konzeptes: A. D. Moore Privacy Rights – Moral and Legal Foundations, 2010.

<sup>58</sup> Entsprechend eng sind denn auch die von den Gerichten gezogenen Grenzen des Einsatzes privater Aufzeichnungsgeräte. Für ein grundsätzliches Verwertungsverbot der Aufzeichnungen sog. Dash-Cams in KFZ wg. eines vermeintlichen Verstoßes gegen § 6b BDSG: AG München 345 C 5551/14 v. 13.8.2014, unter Berufung auf BVerfG NJW 2009, 3279. Zur Unzulässigkeit einer permanenten, verdachtslosen Überwachung des Zugangs zu einem Wohnhaus BGH NJW 1995, 1955 (1957); und zur Videoüberwachung in der Tiefgarage einer Wohnungseigentumsgemeinschaft LG München I, Urteil vom 11. 11. 2011, Az. 1 S 12752/11.

<sup>59</sup> Kritisch zum Volkszählungsurteil als der „Bergpredigt des Datenschutzrechts“: K. v. Lewinski Staat als Zensurhelfer – Staatliche Flanierung der Löschpflichten Privater nach dem Google-Urteil des EuGH, AfP 2015, 1, 3. Eingehender: H. P. Bull Sinn und Unsinn des Datenschutzes – Persönlichkeitsschutz und Kommunikationsfreiheit in der digitalen Gesellschaft, 2015.

## 2. Europäische Verfassungsgerichte

Eine zunehmende Rolle bei der verfassungsrechtlichen Grenzsetzung der sicherheitsbehördlichen Überwachung werden künftig die europäischen Verfassungsgerichte, der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)<sup>60</sup> spielen. Dafür spricht einerseits die technische Tatsache der alltäglich weltumspannenden Kommunikation, die nach übernationalen<sup>61</sup> Antworten verlangt. Dafür spricht andererseits der Umstand, dass die Europäische Union ihrerseits erhebliche Anstrengungen unternimmt, um das Spannungsverhältnis von Datenschutz und Sicherheitsrecht normativ zu gestalten.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Auch der EGMR ist normativ gut gerüstet für die Aufgabe der Freiheitssicherung gegenüber den Sicherheitsbehörden. Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält in Art. 8 ebenso wie die EU-Grundrechtecharta eine ausdrückliche Garantie des Privatlebens, der Wohnung und der Korrespondenz. Auch hat der EGMR diese Garantien in seiner Rechtsprechung schon früh und durchaus wirkmächtig entfaltet, vgl. den Rechtsprechungsüberblick bei *S. Schiedermaier* Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht, 2012, 422 ff.; weitere Rechtsprechung bei *U. Karpenstein/F. C. Mayer* EMRK, 2015, Art. 8, Rn. 61 ff. Zum Schutzbereich: *C. Grabenwarter/K. Pabel* Europäische Menschenrechtskonvention, 2012, 240 f. Gerade für Deutschland wird seine Funktion sich aber aller Voraussicht nach entsprechend dem Charakter der Konvention und angesichts des hier relativ stark ausgebauten nationalen und supranationalen Grundrechtsschutzes auf die Korrektur einzelner Fehlentwicklungen beschränken; für eine entspr. Einschätzung der deutschen Rechtslage insbesondere: EGMR, Az. 54934/00, 29.6.2006 – Weber und Saravia/D. Dafür spricht auch der Umstand, dass es dem EGMR als reinem Menschenrechtsgerichtshof an einer einfachgesetzlichen Grundlage für die vielfach technischen und komplexen Detailfragen des sicherheitsbehördlichen Informationszugriffs und des Datenschutzes fehlt. Zu der aktuell beim EGMR (Az. 58170/13) anhängigen Beschwerde gegen die Internetüberwachung durch den britischen Geheimdienst bereits o. Fn. 24. Zur Rechtsprechung des EGMR gerade im Hinblick auf die Überwachungspraxis der Geheimdienste: vgl. EGMR, Az. 47143/06, 4.12.2015 – Sacharow v. Russland; EGMR, Az. 37138/14, 12.1.2016 – Szabó und Vissy v. Ungarn; sowie *D. Korff* Stellungnahme NSA-Untersuchungsausschuss, 2014, 14 ff.; abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/1untersuchungsausschuss/-/280848>.

<sup>61</sup> Der Sache nach ist hier eine globale Regulierung angezeigt, die sich jenseits der Fragen technischer Normung aber erst in Ansätzen erkennen lässt. Vgl. insoweit etwa UN-General Assembly Resolution 68/167, 12/2013 on the right to privacy in the digital age. Dazu auch Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, The right to privacy in the digital age, 30.6.2014, A/HRC/27/37; *W. Hoffmann-Riem* (o. Fn. 3), JZ 2014, 53 ff.; *H. P. Aust* Sachverständigenutachten über völker- und europa-rechtliche Fragen der Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von Daten, Skeptisch zu entsprechenden Bestrebungen der Bundesregierung *M. Kotzur* Datenschutz als Menschenrecht?, ZRP 2015, 216 ff.

<sup>62</sup> Vgl. dazu die Vorschläge der EU-Kommission v. 25.1.2012 für eine neue EU-Datenschutz-Grundverordnung, KOM (2012) 11 endg. und für eine Richtlinie zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung von

Insbesondere der EuGH sieht sich denn auch mit erheblichen Erwartungen an eine möglichst freiheitssichernde Rechtsprechung konfrontiert. Mit der im internationalen Vergleich immer noch seltenen textlichen Grundlage einer ausdrücklichen doppelten grundrechtlichen Garantie des Schutzes des Privatlebens und der personenbezogenen Daten scheint er dafür gut gerüstet. Außerdem sollte nicht übersehen werden, dass die Europäische Union als solche derzeit noch so gut wie keine eigenen Polizei- und Strafverfolgungsbehörden sowie Nachrichtendienste unterhält; entsprechende Rücksichtnahmen von Seiten des Gerichtshofs liegen also nicht unbedingt nahe. So könnte etwa die soeben ergangene Entscheidung zu dem wegen der NSA-Zugriffe für nicht hinreichend sicher erklärten Datenaustausch mit den USA einschneidende Wirkungen entfalten.<sup>63</sup> Schon die erste große einschlägige Grundentscheidung,<sup>64</sup> mit der der Gerichtshof die EU-Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung als unverhältnismäßigen Grundrechtseingriff in Gänze verworfen hat, hat bei Datenschützern ein euphorisches Echo<sup>65</sup> gefunden.<sup>66</sup> Auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion wird der EuGH ange-

---

Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr, KOM (2012) 10 endg. Dazu aus dem laufenden Gesetzgebungsverfahren: legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12.3.2014 zur Datenschutz-Grundverordnung, P7\_TA (2014)0212; und Vorbereitung einer allgemeinen Ausrichtung, Ratsdokument 9565/15, 11.6.2015. Zu einer kritischen Einschätzung der Vorschläge aus datenschützerischer Sicht: Stellungnahme 3/2015 des Europäischen Datenschutzbeauftragten, Eine große Chance für Europa, [https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2015/15-07-27\\_GDPR\\_Recommendations\\_DE.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2015/15-07-27_GDPR_Recommendations_DE.pdf); vgl. auch die rechtlich eingehendere ältere Stellungnahme: [https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2012/12-03-07\\_EDPS\\_Reform\\_package\\_DE.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2012/12-03-07_EDPS_Reform_package_DE.pdf). Vgl. auch *J. Kühling* Europäisierung des Datenschutzrechts – Gefährdung deutscher Grundrechtsstandards?, 2014. Insbesondere für die im Folgenden im Vordergrund stehenden Fragen der geheimdienstlichen Überwachung darf allerdings nicht übersehen werden, dass schon das EU-Primärrecht in Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV und Art. 73 AEUV einen grundsätzlichen mitgliedstaatlichen Kompetenzvorbehalt für Aufgaben der „nationalen Sicherheit“ kennt. Diese Beschränkung setzt sich in den aktuell diskutierten Vorschlägen zur Sekundärrechtssetzung in nicht immer deutlicher Form fort.

<sup>63</sup> EuGH, Rs. C-362/14, Urt. v. 6.10.2015 – Schrems; vgl. dazu auch Schlussanträge des GA *Y. Bot* v. 23.9.2015. Eingehender zur Problematik: *J. Rauhofer/C. Bowden* Protecting Their Own: Fundamental Rights Implications for EU Data Sovereignty in the Cloud (June 21, 2013). Edinburgh School of Law Research Paper No. 2013/28, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=2283175> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2283175>.

<sup>64</sup> Vgl. im Übrigen den Überblick zur älteren Rechtsprechung der EU-Gerichte zum Schutz der Privatheit bei *S. Schiedermaier* (o. Fn. 60), 2012, 438 ff.

<sup>65</sup> Vgl. etwa *A. Roßnagel* MMR 2014, 372, 377 mwN auf die publizistischen und politischen Einschätzungen, die sich zwischen einer Einordnung als „Magna Charta für den Datenschutz“ und einem „Feiertag für das organisierte Verbrechen“ bewegen.

<sup>66</sup> EuGH, verb. Rs. C-293, 594/12, 8.4.2014 – Digital Rights Ireland.

sichts dieser Entscheidung als neuer Verteidiger bürgerlicher Freiheiten gefeiert, der über die entsprechenden Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts – das seinerseits eine begrenzte Vorratsdatenspeicherung ausdrücklich für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt hatte – noch deutlich hinausgegangen sei.

Eine nähere Betrachtung beider Urteile offenbart aber erhebliche Begründungsschwächen.

So mag man der Facebook-Entscheidung im Ergebnis zustimmen. Wegen der Informationszugriffe der NSA und anderer US-amerikanischer Behörden können die USA nicht als sicherer Datenhafen bewertet werden. Angesichts der weder durch das EU-Recht noch durch das Recht der meisten Mitgliedstaaten wirksam begrenzten Informationszugriffe europäischer Nachrichtendienste vermag der Hinweis auf das angeblich bessere EU-Datenschutzniveau aber kaum zu überzeugen.

Die Entscheidung zur Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung erscheint mir darüber hinaus auch im Ergebnis nicht überzeugend. Zwar rügte der EuGH vordergründig lediglich, dass die EU-Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung keine einschränkenden tatbestandlichen Voraussetzungen, keine Straftatenkataloge, keine hinreichend restriktiv definierten Speicherungszeiträume, keine richterlichen Vorbehalte und damit insgesamt „keine klaren und präzisen Regeln“ zur Tragweite der Eingriffe in Art. 7 und 8 der EU-Grundrechtecharta vorsah.<sup>67</sup> Das Fehlen entsprechender Regelungen hätte ein entsprechendes deutsches Gesetz auch vor dem Bundesverfassungsgericht zu Fall gebracht. Irritierend erscheint jedoch, mit welcher Selbstverständlichkeit der EuGH aus den Grundrechten eine Verpflichtung zu einer solchen Ausgestaltung auch einer EU-Richtlinie verlangt. Gegen solche Ausgestaltungserfordernisse spricht die Natur der Richtlinie<sup>68</sup> als einer jedenfalls potentiell bloßen Rahmengesetzgebung, die den Mitgliedstaaten lediglich Ziele vorgibt, ihnen aber die Wahl der Form und der Mittel und damit auch die Ausgestaltung im einzelnen überlassen kann. Unter der Hand mutiert hier der Grundrechtsschutz zu einer Vollregelungsverpflichtung, die sich mit der Grundregel der begrenzten, geteilten und subsidiären EU-Kompetenz nicht vereinbaren lässt. Diese Rechtspre-

<sup>67</sup> EuGH, verb. Rs. C-293, 594/12, 8.4.2014 – Digital Rights Ireland, Rn. 65.

<sup>68</sup> In der Sache ändert sich an der kompetenzrechtlichen Problematik auch dann nichts, wenn die EU – wie derzeit für die neue Datenschutz-Grundverordnung vorgesehen – vom Regelungsinstrument der Richtlinie zu dem der Verordnung wechselt. Zwar ist mit diesem Regelungsinstrument dem Charakter nach eine Vollharmonisierung möglich. Der konkrete Vorschlag ist davon aber mit Rücksicht auf die hoch verschiedenen mitgliedstaatlichen Regelungsansätze und -traditionen zu Recht weit entfernt. Eine weitere Harmonisierung soll erst durch eine weitere Konkretisierung der Grundverordnung im sog. „Kohärenzverfahren“ erreicht werden.

chung hat – sollte sie auf die anstehende neue EU-Datenschutzgesetzgebung und auf andere Regelungsbereiche übertragen werden – das Potential, weit größere als die schon in der Vergangenheit beobachteten Kompetenzverschiebungen zu Lasten der Mitgliedstaaten mit sich zu bringen.<sup>69</sup>

### III. Neue verfassungsrechtliche Grenzsteine

Angesichts der jedenfalls in vielen Ergebnissen<sup>70</sup> überzeugenden verfassungsgerichtlichen Rahmensetzung kann es im Folgenden nicht um eine grundsätzliche verfassungsrechtliche Neubestimmung staatlichen Informationszugriffs und Informationsgebrauchs gehen. Notwendig erscheinen eher evolutionäre Korrekturen und Ergänzungen.

#### 1. *Verfassung als Rahmenordnung*

Ausgangspunkt muss dabei das Verständnis der Verfassung als einer Rahmenordnung sein. Gerade Fragen des Ausgleichs von Freiheit und Sicherheit sind der Sache nach regelmäßig politischer Natur und damit weithin dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet.<sup>71</sup> Die spezifisch deutsche Sensibilität für den Datenschutz gibt Anlass, dies zu betonen und vor aus der historischen Erfahrung abgeleiteten Übertreibun-

<sup>69</sup> U. Haltern Das Machtspiel der Gerichte, NZZ Nr. 175, v. 31.7.2014; M. Ruffert Schlüsselfragen der europäischen Verfassung der Zukunft, EuR 2004, 165 (169 ff.); J. Kühling Datenschutz in einer künftigen Welt allgegenwärtiger Datenverarbeitung, Die Verwaltung, 2007, 153 ff.

<sup>70</sup> Die dogmatische Sicherheit des Bundesverfassungsgerichts wird dagegen in der sicherheitsrechtlichen Literatur vielfach skeptisch gesehen, vgl. etwa M. Baldus (o. Fn. 11), Die Verwaltung 2014, 1 (15) „Unsicherheiten und Schwächen der Rechtsprechung angesichts der Entgrenzungsvorgänge verfassungsrechtliche Grenzlinien zu bestimmen“.

<sup>71</sup> Vgl. SächsVerfGH, LKV 1996, 273, 280; M. Thiel Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2011, 184; H.-H. Trute Grenzen des präventionsorientierten Polizeirechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Die Verwaltung, Bd. 42 (2009) 85 (87 f.); F. Schoch Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats? – Vom Kreuzberg-Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts zu den Terrorismusbekämpfungsgesetzen unserer Tage, Der Staat Bd. 43 (2004) 347 (367). Zu den Grenzen, BVerfGE 115, 320 (360) – Rasterfahndung: „Die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit darf vom Gesetzgeber neu justiert, die Gewichte dürfen jedoch von ihm nicht grundlegend verschoben werden.“ Kritisch zu letzterem: V. Götz § 41 Innere Sicherheit, in: H. Kube u.a. (Hrsg.) Leitgedanken des Rechts, FS Kirchhof, 2013, 457 (462 ff.). Zur Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse: W. Brugger und C. Gusy Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit (o. Fn. 14), VVDStRL 63 (2004), 103 ff. und 151 ff.

gen zu warnen. Die immer wieder plakatierte Folie des totalitären NS-Staates und seiner GESTAPO etwa kann insoweit nur als eine angesichts der Realitäten und Institutionen des demokratischen Rechtsstaates zum Glück fern liegende Mahnung mit begrenzter Direktionskraft verstanden werden.<sup>72</sup> Hilfreicher erscheint der rechtsvergleichende Blick auf die staatliche Informationserfassung in anderen demokratischen Gemeinwesen. So wird etwa die internationale Auseinandersetzung um die Vorratsdatenspeicherung regelmäßig auf der Basis von Ausgestaltungen geführt, die deutlich weiter gehen, als der aktuelle Entwurf der Bundesregierung.<sup>73</sup> Dies kann Anlass bieten, die Frage der verfassungsrechtlichen Schranken dieser Form der Datenbevorratung und des Datenzugriffs auch hierzulande zurückhaltender zu beurteilen.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> Ähnlich: *M. Kötter* (o. Fn. 11), *Der Staat* 43 (2004), 371 (393 ff.).

<sup>73</sup> Vgl. dazu das Urt. des English High Court v. 17.7.2015, in *David Davis and Ors v The Secretary of State for the Home Department* [2015] EWHC 2092 (Admin) Case No: CO/3665/2014, CO/3667/2014, CO/3794/2014, in der das Gericht die britischen Bestimmungen zur Vorratsdatenspeicherung (nur) deshalb verwarf, weil diese einen Zugriff auch bei geringfügigen Straftaten vorsahen und nicht von der vorherigen Anordnung durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsbehörde abhängig machten. Vgl. auch das Urteil des Österreichischen VfGH v. 27.6.2014, Az. G 47/2012-49 u.a., Rn. 166 ff., mit dem der Verfassungsgerichtshof die Regelung zur Vorratsdatenspeicherung in Österreich zwar *in concreto* verworfen, zugleich aber eine verfassungs- und EMRK-konforme Ausgestaltung für möglich erklärt hat; dazu: *M. Flora* *The Unlawfulness of Data Retention confirmed by the Court of Justice of the European Union (CJEU) and the Austrian Constitutional Court (VfGH)*, *EuCML* 2015, 102 ff. Vgl. insoweit auch das Urteil der Rechtbank Den Haag v. 11.3.2015, Az. C/09/480009 / KG ZA 14/1575, mit dem dieses das niederländische Gesetz zur Vorratsspeicherung von TK-Verkehrs- und Standortdaten (*Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens – Wbt*) vorläufig außer Kraft gesetzt hat. Das Gericht hielt die Vorratsdatenspeicherung auch mit Blick auf die vom EuGH entwickelten Vorgaben für grundsätzlich mit dem grundrechtlichen Privatheitsanspruch vereinbar, rügte aber die fehlende Pflicht, die gespeicherten Daten innerhalb des Unionsgebiets zu speichern und eine hinreichend enge Fassung der Zugriffsbefugnisse. Näher zu der Entscheidung *S. Schweda* *Niederlande: Vorratsdatenspeicherung einstweilig gestoppt*, *ZD-Aktuell* 2015, 4624. In der US-amerikanischen Debatte wird eine wesentlich weitergehende Vorratsdatenspeicherung sogar als Instrument der Einhegung der informationellen Zugriffe der Sicherheitsbehörden verstanden, näher zum sog. *USA-Freedom-Act* v. 2.6.2015, <https://www.congress.gov/114/bills/hr2048/BILLS-114hr2048enr.pdf>. Kritisch dazu: *E. Berman* *The Two Faces of the Foreign Intelligence Surveillance Court* (August 7, 2015) abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=2250123> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2250123>.

<sup>74</sup> IdS auch *F. Wollenschläger* *Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 21.9.2015*, <https://www.bundestag.de/blob/388296/e7137f2ea57c528846b018e69104cfd3/wollenschlaeger-data.pdf>.



## 2. Die Deprivilegierung der Geheimdienste

Zugleich dürfen die im Zuge der NSA-BND-Affäre deutlich gewordenen Gefahren eines umfänglichen staatlichen Informationszugriffs nicht ignoriert werden. Im Vordergrund der nachfolgenden Reformüberlegungen steht deshalb die Tätigkeit der Geheimdienste.<sup>75</sup> Dafür spricht zum einen die besondere Dimension des geheimdienstlichen informationellen Zugriffs, der gegenüber selbst Vorhaben wie die Vorratsdatenspeicherung vergleichsweise geringfügig anmuten. Dafür spricht zum anderen der Umstand, dass es im geheimdienstlichen Bereich an Grenzziehungen noch weitgehend fehlt.<sup>76</sup> Aus sicherheitsrechtlicher Perspektive wird dies regelmäßig unter Hinweis auf die nicht vorhandenen operativen Möglichkeiten der Geheimdienste gerechtfertigt. Ihr Fehlen soll eine effektive Begrenzung der geheimdienstlichen informationellen Zugriffe zumindest weithin entbehrlich machen.<sup>77</sup>

In der Sache kann diese pauschale Privilegierung der Nachrichtendienste aber allenfalls sehr eingeschränkt überzeugen. Sie verkennt insbesondere den allgemeinen Charakter von Informationen. Diese können ganz unabhängig von eigentlich operativen Möglichkeiten eine Verwendung finden, die für Betroffene schwerste Konsequenzen zeitigen kann.<sup>78</sup> Hier droht eine

<sup>75</sup> Vgl. dazu aus übergreifender europäischer Perspektive auch das Thesenpapier 2/2015 des Menschenrechtskommissars des Europarates *N. Muižnieks* Demokratische und wirksame Aufsicht über die staatlichen Nachrichtendienste, v. 5.6.2015, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2796364&SecMode=1&DocId=2301362&Usage=2>.

<sup>76</sup> Zu den hier außer Betrachtung bleibenden besonderen Schwächen auch des Rechtsschutzes gegen die strategische Überwachung durch den BND: BVerwG, Urt. v. 28.5.2014 – 6 A 1/13, NVwZ 2014, 1666 ff.; ablehnend dazu: *P. Schantz* Rechtsschutz gegen die strategische Fernmeldeüberwachung: Ein „blinder Fleck“ im Rechtsstaat?, NVwZ 2015, 873 ff.; *H. Goerlich* E-Mail-Überwachung von Anwälten durch den BND – und kein Rechtsschutz?, AnwBl 2014, 979 ff.

<sup>77</sup> *H. A. Wolff* (o. Fn. 1), DVBl 2015, 1076 (1078). Diese Logik lag – und liegt zum Teil bis heute – auch der eher großzügigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, vgl. etwa BVerfGE 100, 313 (383, Rn. 240 ff.) – Strategische Telekommunikationsüberwachung BND (G 10 II); BVerfGE 133, 277 (325, Rn. 116 ff.) – Antiterrordatei. Dagegen betont BVerfGE 125, 260 (Rn. 233) – Vorratsdatenspeicherung, dass die fehlenden operativen Möglichkeiten der Geheimdienste zugleich „das Gewicht zur Rechtfertigung solcher Eingriffe“ verringerten, weil „durch bloße Informationen der Regierung [...] Rechtsgutverletzungen nicht verhindert werden“ könnten. Dies sei „erst möglich durch Folgemaßnahmen der für die Gefahrenabwehr zuständigen Behörden, deren verfassungsrechtliche Begrenzungen bei der Datenverwendung nicht durch weitergehende Verwendungsbefugnisse im Vorfeld unterlaufen werden“ dürften.

<sup>78</sup> Eine überlegene Informationsmacht staatlicher Sicherheitsbehörden kann auch in Demokratien zum Zwecke politischer Erpressung und Manipulation genutzt werden. Das historische Beispiel der Praktiken des langjährigen FBI-Direktors *J. Edgar Hoover* mag

Einschüchterung der Funktionsträger des demokratischen Gemeinwesens, die dessen elementare Funktionsbedingungen auch jenseits des Einzelfalls erheblich zu beeinträchtigen vermag.<sup>79</sup>

Im Übrigen ist die fehlende operative Funktionsweise der Nachrichtendienste ihrerseits auch in der Sache angesichts eines erweiterten Aufgabefeldes und der gerade in den letzten Jahren beständig erweiterten Zusammenarbeit von Nachrichtendiensten und sonstigen Sicherheitsbehörden in einem Erosionsprozess befangen.<sup>80</sup>

---

dies veranschaulichen; vgl. dazu *R. G. Powers Secrecy and Power: The life of J. Edgar Hoover*, 1987; *C. Gentry J. Edgar Hoover: The man and his secrets*, 1991; *R. Hack Puppetmaster: The Secret Life of J. Edgar Hoover*, 2007; *B. Medsger The Burglary: The Discovery of J. Edgar Hoover's Secret FBI*, 2014. Wesentliche Erkenntnisse zum Missbrauch geheimdienstlich gewonnener Erkenntnisse vermitteln auch die Berichte des Senate Select Committee to Study Governmental Operations with Respect to Intelligence Activities von 1975/1976 (sog. Church-Committee), näher dazu *R. A. Miller* (o. Fn. 57), 2014, 11 ff.; *ders.* US National Security, Intelligence and Democracy – From the Church Committee to the War on Terror, 2009. Zu der in den USA sog. „parallel construction“, dem verdeckten Gebrauch verdeckt (und illegal) erlangter Daten im unlängst bekannt gewordenen Fall der geheimen Vorratsdatenspeicherung durch die US-amerikanische Drug Enforcement Agency: *P. Beuth Die Vorratsdatenspeicherung der USA*, Zeit-Online v. 8.4.2015, <http://www.zeit.de/digital/datenschutz/2015-04/metadaten-geheime-vorratsdatenspeicherung-usa-dea>.

<sup>79</sup> Zutreffend zur gemeinwohlbezogenen Komponente des Schutzes der informationellen Selbstbestimmung insoweit bereits BVerfGE 65, 1 (54, Rn. 154) – Volkszählung; ebenso: BVerfGE 115, 166 (192, Rn. 87) – Kommunikationsverbindungsdaten. Zur Sorge vor dem sich einstellenden Gefühl des Überwachtwerdens auch EuGH, verb. Rs. C-293, 594/12, 8.4.2014 – Digital Rights Ireland, Rn. 37. Zum sog. „chilling effect“ bereits früh: US-Supreme Court, *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183 (1952).

<sup>80</sup> Diese Zusammenarbeit und der sie begleitende intensive Informationsaustausch werden sich mit der weiteren Ausgestaltung und Entfaltung immer neuer gemeinsamer Einrichtungen eher intensivieren denn abschwächen; vgl. dazu etwa: *N.-F. Weisser Das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ) – Rechtsprobleme, Rechtsform und Rechtsgrundlage*, NVwZ 2014, 142 ff. Wie insbesondere die Schwächen der Zusammenarbeit im Bereich der Bekämpfung der rechtsextremen NSU gezeigt haben, besteht dafür auch ein kaum abweisbarer Bedarf. Zur entsprechenden Einschätzung eines insoweit ungenügenden Informationsaustauschs und den sich daraus ergebenden Forderungen: Abschlussbericht des NSU-Untersuchungsausschusses, BT Drs. 17/14600, 853 ff.; *K. P. Bruch/B. Jost/E. Müller/H. Vahldieck* Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsextremismus v. 30.4.2013, 193 ff., Rn. 446 ff. Die deutsche Diskussion zeigt hier im kleineren Maßstab Parallelen zur US-amerikanischen Debatte um den ungenügenden Informationsaustausch zwischen den US-Sicherheitsbehörden im Vorfeld der Anschläge vom 11. September 2001, näher dazu *S. Büsching* Innere Sicherheit in der USA nach 9/11, ZFAS Sonderheft 2/2011, 80 (83 ff.). Zu gesetzgeberischen Konsequenzen aus der NSU-Affäre vor allem hinsichtlich einer besseren Koordination der Strafverfolgung: Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages v. 12. 6.2015, BGBl. I v. 19.6.2015, 925.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat deshalb die Notwendigkeit einer Einschränkung der Privilegierung der Nachrichtendienste<sup>81</sup> in einer bislang noch zu wenig beachteten Passage der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung ausdrücklich betont.<sup>82</sup> Die verfassungsrechtlichen Anforderungen für die Verwendung der hier gespeicherten Daten sollen danach für alle Eingriffsermächtigungen mit präventiver Zielsetzung und damit auch für die Verwendung durch die Nachrichtendienste gelten.<sup>83</sup> Dass mit diesen Vorgaben eine Verwendung der vorsorglich gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten von Seiten der Nachrichtendienste in vielen Fällen ausscheiden dürfte, begründe keinen verfassungsrechtlich hinnehmbaren Anlass, die sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergebenden Voraussetzungen abzumildern.<sup>84</sup>

Soweit das Bundesverfassungsgericht den prinzipiellen Gleichklang der Eingriffsanforderungen für alle staatlichen Behörden in der Vorratsdatenspeicherungsentscheidung<sup>85</sup> mit der besonderen Intensität des hier beurteilten informatorischen Zugriffs begründet hat, besteht aller Anlass, dies auch auf die Überwachung der Internetkommunikation durch die Nachrichtendienste zu übertragen. Anders als bei der Vorratsdatenspeicherung werden hier nämlich nicht allein Meta- oder Verkehrsdaten, sondern auch Kommunikationsinhalte großflächig erfasst und ausgewertet. Der staatliche Zugriff ist darüber hinaus ein auch in der Fläche unmittelbarer und nicht

---

<sup>81</sup> Den hier formulierten neueren verfassungsgerichtlichen Erkenntnissen ist auch deshalb ausdrücklich zuzustimmen, weil das Gericht selbst sie in seiner Antiterrordateientcheidung zugunsten eines letztlich untauglichen Versuchs der kategorialen Abgrenzung von Polizei und Nachrichtendiensten wieder verwischt hat, vgl. BVerfGE 133, 277 (325, Rn. 116 ff.) – Antiterrordatei; zu Recht kritisch hierzu: *M. Baldus* (o. Fn. 11) 1 (14).

<sup>82</sup> Ähnlich zuvor auch schon BVerfGE 120, 274 (328 ff., Rn. 246 ff.) – Online-Durchsuchung, wo das Gericht angesichts der potentiellen Schwere des grundrechtlichen Eingriffs durch Zugriff auf die privat genutzten informationstechnischen Systeme den grundsätzlichen Gleichklang der verfassungsrechtlichen Anforderungen aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für alle staatlichen Behörden betont und zugleich feststellt, dass insoweit u.U. auch der generelle Ausschluss des entsprechenden Instrumentariums für die Nachrichtendienste geboten sein kann: „Auch wenn es nicht gelingen sollte, speziell auf im Vorfeld tätige Behörden zugeschnittene gesetzliche Maßgaben für den Eingriffsanlass zu entwickeln, die dem Gewicht und der Intensität der Grundrechtsgefährdung in vergleichbarem Maße Rechnung tragen wie es der überkommene Gefahrenbegriff etwa im Polizeirecht leistet, wäre dies kein verfassungsrechtlich hinnehmbarer Anlass, die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Eingriff der hier vorliegenden Art abzumildern.“

<sup>83</sup> BVerfGE 125, 260 (331, Rn. 232) – Vorratsdatenspeicherung; unter Hinweis auf BVerfGE 120, 274 (329 f., Rn. 251 ff.) – Online-Durchsuchung.

<sup>84</sup> BVerfGE 125, 260 (332, Rn. 234) – Vorratsdatenspeicherung; unter Hinweis auf BVerfGE 120, 274 (331, Rn. 256 ff.) – Online-Durchsuchung.

<sup>85</sup> Ebenso auch in der vorangegangenen Entscheidung zur Online-Durchsuchung, vgl. die N. o. in Fn. 84.

lediglich ein anlass- und einzelfallbezogener. Die verfassungsgerichtlichen Anforderungen begründen deshalb für das Handeln der Nachrichtendienste einen substantiellen normativen Nachholbedarf, der gegenüber den eher punktuell erforderlichen weiteren verfassungsrechtlichen Korrekturen des informationellen Handelns der sonstigen Sicherheitsbehörden<sup>86</sup> vorrangig anzugehen ist.<sup>87</sup>

### 3. *Transparenz und Kontrolle*

Zu den strukturellen verfassungsrechtlichen Antworten auf die in jüngerer Zeit bekanntgewordenen staatlichen Informationszugriffe muss eine verstärkte Verpflichtung zur Transparenz<sup>88</sup> des Handelns auch der Geheimdienste gehören.<sup>89</sup> Die größtmögliche Transparenz staatlichen Handelns bei gleichzeitig größtmöglicher Rücksichtnahme auf die Privatheit des Einzelnen zeichnet den demokratischen Rechtsstaat aus und hebt ihn positiv von anderen Gesellschaftsordnungen ab.<sup>90</sup> Der staatliche informationelle Zugriff auf die bürgerliche Privatsphäre und ein geheimes Vorgehen der Staatsorgane sind hier nur ausnahmsweise gestattet und bedürfen stets einer verfassungsrechtlich tragfähigen Rechtfertigung. Der pauschale Hinweis auf die Natur der geheimdienstlichen Tätigkeit genügt dafür nicht.<sup>91</sup> Viel-

<sup>86</sup> Zu Neuordnungsvorstellungen im Kriminalpräventionsrecht auch jenseits verfassungsrechtlicher Vorgaben eingehend: *M. Bäcker* (o. Fn. 15), 2015, 379 ff.

<sup>87</sup> Dies auch deshalb, weil für die bislang anspruchsvolle deutsche Regulierung des informationellen Handelns der Sicherheitsbehörden angesichts der sich hier abzeichnenden europäischen Teilharmonisierung eher eine Relativierung denn eine Weiterentwicklung absehbar ist.

<sup>88</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat Transparenzverpflichtungen auch und gerade hinsichtlich geheimer staatlicher Informationszugriffe formuliert und konturiert, vgl. dazu BVerfGE, 103, 142 (151 f., Rn. 27 ff.) – Wohnungsdurchsuchung; vgl. auch BVerfGE, 109, 279 (360 ff., Rn. 277 ff.) – Großer Lauschangriff; BVerfGE 125, 260 (Rn. 240 ff.) – Vorratsdatenspeicherung. Die hier entwickelten Vorgaben gelten aber in erster Linie der durch regelmäßig nachträgliche Unterrichtung zu gewährleistenden Transparenz gegenüber den Betroffenen; vgl. dazu auch Schweizerisches Bundesgericht, 1C 653/2012 vom 1.10.2014, EuGRZ 2014, 683 (690). Vor allem hinsichtlich der Tätigkeit des Bundesnachrichtendienstes läuft eine solche Verpflichtung aus sachlichen Gründen jedoch regelmäßig leer.

<sup>89</sup> Zur Bedeutung der Transparenz im hier interessierenden Kontext, *G Greenwald* No Place to Hide: Edward Snowden, the NSA and the Surveillance State, 2014: „Transparency is the only real antidote.“

<sup>90</sup> *B. W. Wegener* Der geheime Staat, 2006, 387 ff., abrufbar unter <http://www.oer2.jura.uni-erlangen.de/lehrestuhlinhaber/habil.pdf>.

<sup>91</sup> Anders aber erneut der Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes, BR-Dr 123/15 33, der eine „höhere Regelungsdichte“ im Gesetz als „nicht nötig und auch unzulässig“ ablehnt, „da das Nähere nachrichtendienstlicher Methoden naturgemäß Geheimschutzanforderungen unterliege“. Zustimmend:

mehr ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob, inwieweit und gegenüber wem Geheimhaltung rechtfertigungsfähig ist. Der technisch induzierte Verlust an bürgerlicher Privatheit muss durch eine verfassungsrechtliche Einschränkung des geheimen staatlichen Handelns nach Möglichkeit kompensiert werden.

Die Geheimhaltung im Bereich der Nachrichtendienste muss deshalb unter verfassungsrechtlichen Vorzeichen durch eine deutlich intensivierte Kontrolle durch Öffentlichkeit und Parlament ergänzt und ganz allgemein zurückgeschnitten werden. Die NSA-BND-Affäre hat deutlich gemacht, dass wesentliche Strukturelemente des informationellen Zugriffs insbesondere des Bundesnachrichtendienstes weder den parlamentarischen<sup>92</sup> noch – jedenfalls soweit man bereit ist, den entsprechenden Bekundungen der Bundesregierung Glauben zu schenken – den exekutiven Aufsichtsorganen bekannt waren. Das hier erneut<sup>93</sup> offenbar gewordene Kontrollversagen<sup>94</sup> und das hierdurch ermöglichte geheime Eigenleben der Dienste widersprechen den Fundamentalbedingungen der viel beschworenen freiheitlich demokratischen Grundordnung.

Allgemeine, aggregierte Informationen über Art und Ausmaß der geheimdienstlichen Informationszugriffe müssen deshalb künftig weit mehr als bislang aus der Geheimhaltung herausgenommen und damit öffentlich diskutiert werden.<sup>95</sup> Die Geheimhaltungspflichten der Mitglieder der jewei-

---

*J. Lampe* (o. Fn. 19), NSTZ 2015, 361 (364 ff.), der zwar zunächst feststellt, die Konstruktion einer durch geheime Dienstvorschrift konkretisierten Ermächtigung sei „wohl einzigartig“, ihre „Einordnung in das rechtsstaatliche Normengefüge ‚bislang wenig diskutiert‘“ und „im demokratisch verfassten Rechtsstaat, der keine ‚Panzerschrankgesetze‘ kennt, an sich eine Unmöglichkeit“; die Konstruktion a.E. aber unter Heranziehung wenig klarer Maßstäbe doch für verfassungsrechtlich tragfähig erachtet und für die Tätigkeit des BND noch weitergehend als bislang nutzen will.

<sup>92</sup> Zu den insoweit fehlenden Kontrollrechten der G-10-Kommission und der ungenügenden Informationspraxis der Bundesregierung gegenüber dem Parlamentarischen Kontrollgremium bereits früh *B. Huber* (o. Fn. 44), NJW 2013, 2572 (2575).

<sup>93</sup> Vgl. dazu aus historischer Perspektive: *J. Foschepoth* Überwachtes Deutschland (o. Fn. 17), 42014. Schon 2009 sprach die Oppositionspartei Bündnis 90/DIE GRÜNEN im seinerzeitigen BND-Untersuchungsausschuss davon, Teile des BND seien außer Kontrolle geraten und hätten der US-Seite unbegrenzt und unkontrolliert Informationen über deutsche Terrorverdächtige gegeben, die für Verschleppungen und Verhöre unter Folter genutzt werden konnten und wurden, BT Drs. 16/13400, 889.

<sup>94</sup> Kritisch zu den Funktionsbedingungen der parlamentarischen Geheimdienstkontrolle: *J.-H. Dietrich* Reform der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste als rechtsstaatliches Gebot und sicherheitspolitische Notwendigkeit, ZRP 2014, 205 ff. mwN.

<sup>95</sup> Vgl. dazu auch BVerfGE 113, 348 (376, Rn. 117) – Präventive Telekommunikationsüberwachung: „Für Ermächtigungen zu Überwachungsmaßnahmen verlangt das Bestimmtheitsgebot zwar nicht, dass die konkrete Maßnahme vorhersehbar ist, wohl aber, dass die betroffene Person grundsätzlich erkennen kann, bei welchen Anlässen und unter welchen

ligen parlamentarischen Kontrollgremien sind entsprechend zu beschränken.<sup>96</sup> Wie der Fall der mittlerweile eingestellten Ermittlungsmaßnahmen gegen „netzpolitik.org“ veranschaulicht, darf es nicht der Exekutive selbst überlassen bleiben, Informationen über Art und Ausmaß der allgemeinen eigenen Überwachungspraxis als geheim einzustufen und damit der öffentlichen Auseinandersetzung zu entziehen.<sup>97</sup> Die einschlägige öffentliche Berichterstattung ist auch weiterhin verfassungsgerichtlich gegenüber exekutiven Zugriffen in Schutz zu nehmen.<sup>98</sup> Zu denken ist zudem an eine regelmäßige Berichtspflicht der Bundesregierung hinsichtlich der Tätigkeit der Geheimdienste, wie sie das Grundgesetz in ähnlichem Zusammenhang an anderer Stelle bereits vorsieht.<sup>99</sup>

Neben einer substantiellen personellen Stärkung der parlamentarischen Kontrollgremien<sup>100</sup> ist auch die Schaffung des Amtes eines vom Parlament

---

Voraussetzungen ein Verhalten mit dem Risiko der Überwachung verbunden ist.“ Zu den US-amerikanischen gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen dem Telekommunikationsanbieter Merrill und dem FBI über die Verpflichtung zur Verschwiegenheit hinsichtlich der sicherheitsbehördlichen Zugriffe: *N. Schnarrenberger Merrill vs. FBI: National Security Letter-Knebel erstmalig komplett aufgehoben*, 18.9.2015, <https://netzpolitik.org/2015/merrill-vs-fbi-national-security-letter-knebel-erstmalig-komplett-aufgehoben/>. Jedenfalls im Ansatz zu restriktiv deshalb BVerwG, Beschl. v. 20.7.2015, 6 VR 1.15 zum generell fehlenden Auskunftsanspruch der Presse hinsichtlich der Tätigkeit des BND.

<sup>96</sup> Dafür auch *D. Deiseroth* (o. Fn. 18), ZRP 2013, 194 (196 f.) m. weitergehenden Detailvorschlägen.

<sup>97</sup> Als Negativbeispiel für eine entsprechend weitgehende Geheimhaltung kann etwa die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage in BT Drs. 17/9640 gelten, in der die Bundesregierung bspw. auch die Antwort auf die allgemeine Frage nach der Überwachung des Frankfurter Internet-Netzknötens DE-CIX für „Geheim“ erklärte und damit der öffentlichen Diskussion zu entziehen suchte.

<sup>98</sup> Vgl. BVerfGE 20, 162 (178 ff.); 77, 65 (74 ff.); 117, 244 (258 ff.); BVerfG, Beschl. v. 10.12.2010 – 1 BvR 1739/04 –, NJW 2011, 1859 (1860); BVerfG, Beschl. v. 13.7.2015, 1 BvR 1089–1090, 2480/13. Zu einer möglichen Änderung des Straftatbestandes des Landesverrats, die die bloße journalistische Publikation von Informationen aus dem Begriff der Beihilfe ausklammerte: Bundesjustizminister *H. Maas* Presse und Zivilgesellschaft – Wer braucht wen?, Zeitungskongress 2015 des BDZV, [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2015/20150921\\_BDZV.html?nn=1477162](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2015/20150921_BDZV.html?nn=1477162). Zu Überlegungen zu einem auch internationalrechtlich zu stärkenden „Whistleblower“-Schutz: *D. Deiseroth* (o. Fn. 18), ZRP 2013, 194 (196 f.); *C. Bäcker* Whistleblower im Amt – Zwischen Verschwiegenheitspflicht und Verfassungstreue, Die Verwaltung 2015, (i.E.).

<sup>99</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 6 GG hinsichtlich des polizeilichen informationellen Zugriffs auf Wohnungen.

<sup>100</sup> Die Forderung nach einer substantiellen personellen und technologischen Stärkung der parlamentarischen Kontrolle insbesondere durch das Parlamentarische Kontrollgremium und die G 10-Kommission ist in der aktuellen Diskussion weit verbreitet, vgl. dazu bereits Bericht des Parlamentarischen Kontrollgremiums über die Kontrolltätigkeit gemäß § 13 PKGrG, BT Drs. 18/217, 19.12.2013, 14; Eckpunktepapier der SPD-Bundestagsfraktion, (o. Fn. 28), 14. Allen Bedenken hinsichtlich zu kleinteiliger Vorgaben zum Trotz kann auch

zu bestellenden Bundesbeauftragten für die Geheimdienste zu erwägen.<sup>101</sup> Dabei wird in der Sache vor allem darauf zu achten sein, dass die derzeit noch bestehenden kontrollfreien Tätigkeitsfelder – insbesondere der vom BND sog. „Routineverkehr“ – einer effektiven parlamentarischen Kontrolle unterstellt werden.<sup>102</sup> Dafür muss vorgesehen werden, dass die parlamentarischen Kontrollgremien nicht allein auf der Grundlage jeweils spezifisch zugeschnittener gesetzlicher Verpflichtungen informiert werden, sondern ein grundsätzlich freies Informationsbeschaffungsrecht eingeräumt bekommen.<sup>103</sup> Die entsprechenden Informationsrechte sind um ihrer Funktionsfähigkeit willen grundsätzlich als Minderheitenrechte auszugestalten.<sup>104</sup>

Anlässlich der Auseinandersetzungen um die parlamentarische Kontrolle des Bundesnachrichtendienstes und konkret um die Einsicht in die notorische NSA-BND-Selektorenliste<sup>105</sup> wird das Bundesverfassungsge-

---

diese Forderung als verfassungsrechtliche begriffen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat schon in seiner Entscheidung zur Telekommunikationsüberwachung von 1999 festgestellt, dass dafür Sorge zu tragen sei, dass die G 10-Kommission angesichts der seinerzeit erheblich ausgeweiteten Überwachungstätigkeit personell so ausgestattet sei, dass sie ihrer Kontrollaufgabe in effektiver Weise nachzukommen vermöge: vgl. BVerfGE 100, 313 (Rn. 306) – Strategische Telekommunikationsüberwachung BND (G 10 II), (gleiches soll danach auch für die Kontrolle der Landesbehörden gelten, soweit diesen unter Aufhebung des Fernmeldegeheimnisses erlangte Daten übermittelt werden). Vergleicht man den seinerzeit beurteilten Überwachungsumfang mit der aktuellen Überwachungssituation dürften verfassungsrechtlich substantielle Verbesserungen der parlamentarischen Kontrolle notwendig sein. Es erscheint auch verfassungsrechtlich fraglich, ob die entsprechende Kontrolltätigkeit wie bislang mit äußerst begrenztem personellen Einsatz und weithin ehrenamtlich geleistet werden kann.

<sup>101</sup> *J.-H. Dietrich* (o. Fn. 94), ZRP 2014, 205 (208) mwN. Dagegen aber: Eckpunktepapier der SPD-Bundestagsfraktion, (o. Fn. 28), 14.

<sup>102</sup> Für eine gesetzliche Verpflichtung des Bundeskanzleramts zur Bekanntgabe des BND-Auftragsprofils gegenüber der G 10-Kommission: Eckpunktepapier der SPD-Bundestagsfraktion, (o. Fn. 28), 10.

<sup>103</sup> Dafür auch: *J.-H. Dietrich* (o. Fn. 94), ZRP 2014, 205 ff. Vgl. dazu auch die Aussage des Vorstands des Betreibers des DE-CIX Internetknotens *K. Landefeld v. 25.3.2015* in der Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses des Bundestages, wonach die Betreibergesellschaft bereits 2008 wegen des nach ihrer Ansicht rechtswidrigen Zugriffs des BND auf die Internetkommunikation Kontakt mit der G 10-Kommission habe aufnehmen wollen, daran aber durch das Kanzleramt gehindert worden sei, <http://www.zeit.de/digital/datenschutz/2015-04/de-cix-bundesverwaltungsgericht-klage-bnd-ueberwachung>.

<sup>104</sup> Zu den aus diesem Gedanken resultierenden Schwächen des sog. „Vorsitzendenverfahrens“, vgl. BVerfGE 124, 78 (139, Rn. 166) – BND-Untersuchungsausschuss.

<sup>105</sup> Zu Recht kritisch zum verfassungsrechtlich untauglichen Versuch, das Untersuchungsrecht des NSA-Ausschusses durch einen von der Regierung bestellten Sonderermittler zu ersetzen: *E. Peters* Der Sonderermittler zum NSA-Untersuchungsausschuss – eine Mogelpackung?, VerfBlog, 2015/7/21, <http://www.verfassungsblog.de/der-sonderermittler-zum-nsa-untersuchungsausschuss-eine-mogelpackung/>.

richt Gelegenheit erhalten, die notwendige Transparenz des geheimdienstlichen Handelns im Verhältnis zur parlamentarischen Kontrolle neu zu definieren.<sup>106</sup> Es sollte sich dabei nicht von pauschalen Hinweisen auf vorgebliche außen- und sicherheitspolitische Notwendigkeiten beeindrucken lassen, hinter denen kaum mehr steht als der durchsichtige Versuch, sich der politischen Verantwortung zu entziehen.<sup>107</sup>

Bei dieser und nachfolgenden Entscheidungen zur Kontrolle der sachlichen Legitimation des exekutiven Geheimhaltungsverlangens muss das Bundesverfassungsgericht – wie es dies in seiner Rechtsprechung zu § 99 VwGO schon vor Jahren ganz allgemein als verfassungsrechtlich zwingend bezeichnet hat<sup>108</sup> – die einschlägigen Dokumente gegebenenfalls selbst kritisch durch eine eigene „in-camera“-Betrachtung prüfen.<sup>109</sup> Nur eine solche Praxis kann hinsichtlich des parlamentarischen wie des öffentlichen Informationsverlangens dem verfassungsrechtlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes gerecht werden.<sup>110</sup>

<sup>106</sup> Klageschrift von *W. Ewer* v. 16.9.2015 zu finden bei *A. Biselli* Grüne und Linke verklagen Bundesregierung wegen vorenthaltener Selektorenliste, 17.9.2015, <https://netzpolitik.org/2015/gruene-und-linke-verklagen-bundesregierung-wegen-vorenthaltener-selektorenliste/>. Näher zu dem für die Abwägung von parlamentarischer Kontrolle und exekutivem Geheimhaltungsverlangen zentralen Topos: *P. Cancik* Der „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ – zur Relativität eines suggestiven Topos, ZParl 2014, 885 ff.

<sup>107</sup> Treffend dazu bereits BVerfGE 124, 78 (134, Rn. 154) – BND-Untersuchungsausschuss: „In dem bloßen Umstand, dass das Bekanntwerden derartiger Informationen der Bundesregierung selbst im Hinblick auf ihren eigenen Umgang mit den betreffenden Erkenntnissen Unannehmlichkeiten bereiten könnte, läge keine Gefährdung des Staatswohls, sondern eine hinzunehmende verfassungsgewollte Folge der Ausübung des parlamentarischen Untersuchungsrechts.“

<sup>108</sup> BVerfGE, 101, 106 (128, Rn. 90) – in-camera-Verfahren. Siehe auch: *W.-R. Schenke* in: Kopp/Schenke (Hrsg.), VwGO, 2015, § 99, Rn. 1 ff.; *H. Posser* in: Posser/Wolff (Hrsg.) VwGO, 2014, § 99, Rn. 1 ff.; *H. Lang* in: Sodan/Ziekow (Hrsg.) VwGO, 2014, § 99, Rn. 2 ff.; *R. Rudisile* in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.) VwGO, 2015, § 99, Rn. 2a ff.; *A. Beutling* Neue Wege im Verwaltungsprozess – das „in camera“-Verfahren, DVBl 2001, 1252 ff.; *J. Margedant* Das „in camera“-Verfahren, NVwZ 2001, 795 ff.; *C. Bickenbach* Das „in camera“-Verfahren, BayVBl 2003, 295 ff.

<sup>109</sup> Eine entsprechende (Selbst-)Verpflichtung ist im Übrigen in der Rechtsprechung des EuGH allgemein anerkannt; vgl. dazu EuGH, C-300/11, 4.6.2013, Rn. 54 ff. (ZZ); verb. Rs. C-584, 593, 595/10 P, 18.7.2013, Rn. 126 ff. (Kadi II). Nach der Abgrenzung der Zuständigkeiten nach § 36 PUAG in seiner Auslegung durch das BVerfG (dazu etwa: BVerfG, 2 BvE 3/14, 4.12.2014, Rn. 37 – Zeugenvernehmung Edward Snowden) dürfte eine Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs für entsprechende Streitentscheidungen ausscheiden. Im Übrigen würde sich auch für ihn eine Verpflichtung zur „in-camera“-Entscheidung ergeben.

<sup>110</sup> Wie das Verfahren zur Aktenvorlage im Rahmen des BND-Untersuchungsausschuss gezeigt hat, ist die Effektivität entsprechender gerichtlicher Streitverfahren ohnehin prekär. Die Entscheidung des BVerfG, die den Antragstellern im Wesentlichen Recht gab und die restriktive Informationspraxis der Bundesregierung als verfassungswidrig verwarf



#### 4. Verrechtlichung geheimdienstlichen Handelns

Die Tätigkeit der Geheimdienste bedarf weiter einer nachholenden Verrechtlichung durch Ermächtigungsnormen, die die tatbestandlichen Voraussetzungen und Grenzen des nachrichtendienstlichen Handelns – in der Sprache des Bundesverfassungsgerichts – „normenklar“ bestimmen. Die hiergegen naheliegenden Einwände, dies widerspreche dem Charakter der nachrichtendienstlichen Tätigkeit und bringe außerdem Probleme mit sich, die schon hinsichtlich der sonstigen informationsbezogenen Tätigkeit der Sicherheitsbehörden mit dem Begriff der „Verrechtlichungsfälle“<sup>111</sup> umschrieben werden, verfangen im Ergebnis nicht.<sup>112</sup> Eine rechtliche Blankoermächtigung zu beliebigem grundrechtsrelevantem Handeln kann unter dem Grundgesetz keine Anerkennung finden.<sup>113</sup>

Dies gilt auch für die Auffassung der Bundesregierung und des Bundesnachrichtendienstes, wonach dessen gegen Ausländer gerichtete Informationszugriffe keinen grundrechtlichen und weitergehend auch keinen sonstigen rechtlichen Einschränkungen unterliegen, sondern vielmehr allein auf der Basis der inhaltlich sehr unbestimmten allgemeinen gesetzlichen Aufgabenbeschreibung zulässig sein sollen. Entsprechende Informationen sollen demnach schrankenlos erhoben, ausgewertet, gespeichert und an ausländische Partnergeheimdienste übermittelt werden können. Diese in Fachkreisen eher spöttisch als „Weltraumtheorie“<sup>114</sup> bekannt gewordene These ist mit Art. 10 GG nicht vereinbar.<sup>115</sup> Sie ist aber nach wie vor

---

(BVerfGE 124, 78 – BND-Untersuchungsausschuss), erfolgte erst nach Abschluss der Arbeiten des Untersuchungsausschusses. Weil und soweit sie – ohne „in-camera“-Einsicht in die betroffenen Unterlagen – lediglich eine unzureichende Begründung der Geheimhaltung feststellte, erlaubte sie zumindest theoretisch eine nachholende Begründung der Geheimhaltung und damit eine weitere zeitliche Verzögerung der Informationsbegehren.

<sup>111</sup> Allg. zum Begriff: *E. Gurlit* Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Datenschutzes, NJW 2010, 1035 (1041); *H.-P. Bull* Zweifelsfragen an die informationelle Selbstbestimmung – Datenschutz als Datenaskese, NJW 2006, 1617 (1617).

<sup>112</sup> Anders als im Bereich des allgemeinen Datenschutzes droht hier schon der Sache nach insbesondere nicht die Gefahr einer „Verrechtlichung des Alltäglichen“; zu dem Begriff *M. Thiel* „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2011, 264 f.

<sup>113</sup> Dies gilt auch in Fällen großer Gefahren: BVerfGE 100, 313 (383, Rn. 221, 242) – Strategische Telekommunikationsüberwachung BND (G 10 II).

<sup>114</sup> Vgl. Eckpunktepapier der SPD-Bundestagsfraktion, (o. Fn. 28), 15; *K. Biermann* Die Anarchos vom BND, zeit-online v. 14.11.2014, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2014-11/bnd-bundesnachrichtendienst-gesetz-grundrecht>. Frühere Bezeichnung: „offener Himmel“; ablehnend dazu bereits: *B. Huber* (o. Fn. 44), NJW 2013, 2572 (2575 f.).

<sup>115</sup> *B. Huber* (o. Fn. 44), NJW 2013, 2572 (2575 f.); ebenso auch *M. Bäcker* Stellungnahme NSA-Untersuchungsausschuss, 2014, 18 ff.; *W. Hoffmann-Riem* Stellungnahme NSA-Untersuchungsausschuss, 2014, 11 f.; *H.-J. Papier* Stellungnahme NSA-Untersuchungsausschuss, 2014, 7; die Stellungnahmen aller Sachverständigen sind abrufbar unter:

Grundlage der alltäglichen Praxis. Anders als dies die Bundesregierung und der BND zumindest implizit unterstellen, handelt es sich bei Art. 10 GG erkennbar nicht um ein Deutschengrundrecht.<sup>116</sup> Auch fehlt es – wie das Bundesverfassungsgericht bereits festgestellt hat – hinsichtlich des Handelns deutscher Behörden nicht an einem den Anwendungsbereich der Grundrechte eröffnenden unmittelbaren Bezug zu einer deutschen hoheitlichen Tätigkeit.<sup>117</sup>

### 5. Grenzen der Informationserhebung und -verwendung

Eine verfassungsrechtlich hinreichend bestimmte Grenzziehung fehlt der Informationserhebung und Informationsverwendung durch die Nachrichtendienste darüber hinaus ganz allgemein. Die im sonstigen Sicherheitsrecht teils freiwillig gesetzgeberisch gezogenen, teils verfassungsgerichtlich erzwungenen Grenzen lassen sich hier allenfalls in Ansätzen ausmachen. Sie setzen der Informationsgewinnung durch die Geheimdienste keine wirksamen Grenzen. Zur Veranschaulichung müssen hier Beispiele genügen.<sup>118</sup> So hat der Gesetzgeber etwa die sog. „strategische

---

<https://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/1untersuchungsausschuss/-/280848>; F. Becker (o. Fn. 1), NVwZ 2015, 1335 (1339). A.A. für eine Informationserhebung im Ausland über das Ausland: C. Gusy in: Schenke/Graulich/Ruthig Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, BNDG § 1, Rn. 51 ff.

<sup>116</sup> Ablehnend zu der in vielem parallelen Auffassung der US-Regierung, sie sei bei exterritorialen Tätigkeiten (oder bei solchen, die sich auf exterritoriale Kommunikationsvorgänge bezögen) nicht an die von ihr eingegangenen menschenrechtlichen Verpflichtungen gebunden: D. Korff (o. Fn. 60), 2014, 30 ff.

<sup>117</sup> Problematisch erscheinen deshalb nach geltender Verfassungslage auch die viel aber höchst ungenau diskutierten Abstufungen des hier zu gewährleistenden grundrechtlichen Schutzniveaus gegenüber Ausländern. Die entsprechenden Schwierigkeiten werden augenscheinlich, wenn insoweit eine Art grundrechtliche Binnenabstufung gegenüber Deutschen, EU-Ausländern, Staatsangehörigen verbündeter Staaten und sonstigen Ausländern diskutiert wird, vgl. insoweit Eckpunktepapier SPD-Bundestagsfraktion, (o. Fn. 28), 11. Mit der geltenden Verfassungslage scheinen diese Differenzierungen kaum vereinbar. Der zur Rechtfertigung eines eingeschränkten grundrechtlichen Schutzes angeführte Umstand, die betroffenen Ausländer unterlägen jenseits der Kommunikationsüberwachung regelmäßig nicht dem unmittelbaren operativen Zugriff deutscher Behörden, verfängt jedenfalls dann nur begrenzt, wenn – wie dies der Praxis der Nachrichtendienste entspricht – die Kommunikationsdaten auch großflächig mit Nachrichtendiensten anderer Staaten geteilt werden, denen ein solcher unmittelbarer Zugriff möglich ist. Vgl. dazu die Aussage des vormaligen NSA-Direktors M. Hayden: „We kill people based on Metadata“, <https://www.youtube.com/watch?v=UdQiz0Vavmc>. Zur Problematik auch Eckpunktepapier SPD-Bundestagsfraktion, (o. Fn. 28), 15.

<sup>118</sup> Zu weiteren Zweifeln an der Verfassungskonformität der Ermächtigungen zum Einsatz von Mitteln zur heimlichen Informationsbeschaffung nach § 3 BNDG und § 8 BVerfSchG bereits o. Fn. 91 und C. Gusy in: Schenke/Graulich/Ruthig Sicherheitsrecht des Bun-

Telekommunikationsüberwachung“ gegenüber dem vom Bundesverfassungsgericht 1999 beurteilten Sachverhalt allein dadurch beträchtlich ausgeweitet, dass er sie auf den zuvor ausgeklammerten Bereich<sup>119</sup> der leitungsgebundenen Kommunikation und damit auf die gesamte Internetkommunikation erstreckt hat. Zur Kompensation hat er in § 10 Abs. 4 S. 3 G 10 den Anteil der auf den leitungsgebundenen Übertragungswegen zu überwachenden Informationen auf höchstens 20% der jeweils zur Verfügung stehenden Übertragungskapazität beschränkt. In der Praxis ergeben sich aus dieser Bestimmung aber keine greifbaren Einschränkungen der Tätigkeit des Bundesnachrichtendienstes.<sup>120</sup> Bundesregierung und BND gehen vielmehr offenbar davon aus, dass auch eine vollständige Spiegelung<sup>121</sup> des auf dem jeweiligen Übertragungsweg anfallenden Datenstroms zulässig ist.<sup>122</sup>

Typisch für die fehlende Begrenzungsfunktion des geltenden Rechts sind auch die Regelungen zur Abgrenzung der strategischen von der einzelfallbezogenen Kommunikationsüberwachung. So verbietet § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 G 10 die Verwendung von Suchbegriffen die Identifizierungsmerkmale enthalten, die zu einer gezielten Erfassung bestimmter Telekommunikationsanschlüsse führen. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts

---

des, 2014, BNDG § 3, Rn. 4. Ablehnend zur Frage, inwieweit die entsprechenden Bestimmungen überhaupt als Ermächtigungsnormen verstanden werden können: OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.9.2013, 5 StS 5/10, NStZ 2013, 590; näher dazu *J. Lampe* (o. Fn. 19), NStZ 2015, 361 ff. mwN. Vgl. auch die beabsichtigte Neuregelung durch das Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes, BR Drs. 123/15 und BR Drs. 382/15.

<sup>119</sup> Vgl. dazu BVerfGE 100, 313 (376 f., Rn. 220 ff.) – Strategische Telekommunikationsüberwachung BND (G 10 II).

<sup>120</sup> Skeptisch dazu auch Eckpunktepapier der SPD-Bundestagsfraktion, (o. Fn. 28), 11.

<sup>121</sup> Vgl. die entsprechende Darstellung der Bundesregierung in BT Drs. 17/9640, 4 „vollständige Kopie der Telekommunikationen [...], die in den angeordneten Übertragungswegen vermittelt wird“; ebenso auch die Feststellung des BVerwG, Urt. v. 28.5.2014 – 6 A 1/13, NVwZ 2014, 1666 (1668, Rn. 24).

<sup>122</sup> Zum einen sei die gesetzliche Beschränkung auf die maximale Übertragungskapazität bezogen, die aber von den Telekommunikationsanbietern ihrerseits aus technischen Gründen im Schnitt kaum dauerhaft über 20% genutzt werde. Die gesetzlich bestimmte Beschränkung betreffe zum anderen erst die mittels inhaltlicher oder formaler Selektoren erfolgende Auswertung dieses Datenstroms, die unter diesen Rahmenbedingungen stets weniger als 20% der potentiellen Kapazität erfasse. Im Ergebnis muss man nach unwidersprochenen Medienberichten davon ausgehen, dass die entsprechende Informationserfassungspraxis des BND aktuell eher durch technische und finanzielle denn durch rechtliche Grenzen beschränkt wird. So soll der BND täglich allein etwa 220 Millionen Metadatenätze erfassen und speichern, von denen ihrerseits bis zu 1,3 Milliarden Daten pro Monat an die NSA weitergeleitet werden, vgl. *K. Biermann*, BND liefert NSA 1,3 Milliarden Metadaten – jeden Monat, 12.5.2015, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-05/bnd-nsa-milliarden-metadaten>.

ist die entsprechende Beschränkung verfassungsrechtlich zwingend, weil „ohne ein solches Verbot [...] die Verhältnismäßigkeit angesichts der Verdachtslosigkeit der Eingriffe, der Breite der erfassten Fernmeldekontakte und der Identifizierbarkeit der Beteiligten nicht gewahrt“ wäre.<sup>123</sup> Schon normativ gilt die Beschränkung aber zum einen regelmäßig nicht für Telekommunikationsanschlüsse im Ausland, ohne dass dafür eine hinreichende verfassungsrechtliche Rechtfertigung erkennbar wäre.<sup>124</sup> Zum anderen verfehlt die Norm auch insoweit ihr Ziel, als sie sich allein auf Telekommunikationsanschlüsse bezieht. Im Bereich der Internetkommunikation ist eine Identifizierung einzelner Teilnehmer regelmäßig auch ohne einen Bezug zu konkreten Anschlüssen – etwa über ihre E-Mail-Adresse – möglich.<sup>125</sup>

Jedenfalls in der Praxis kennen die deutschen Nachrichtendienste schließlich offensichtlich keine wirksamen Beschränkungen hinsichtlich der Weitergabe der durch die eigene großflächige Kommunikationsüberwachung gewonnenen Daten an Partnergeheimdienste.<sup>126</sup> Die in diesem Zusammenhang in Berichten immer wieder angeführten relativ kleinen Zahlen übermittelter Einzelerkenntnisse<sup>127</sup> dürfen die Tatsache nicht verschleiern, dass insbesondere der BND massenhaft Rohdaten oder Daten erster Aufarbeitungsstufen etwa an die NSA weitergibt.<sup>128</sup> Während in der Literatur weithin die Auffassung vorherrscht, der Übermittlung stünden rechtlich anspruchsvolle Hürden entgegen,<sup>129</sup> scheint dies in der Praxis

<sup>123</sup> BVerfGE 100, 313 (384, Rn. 243) – Strategische Telekommunikationsüberwachung BND (G 10 II).

<sup>124</sup> Ebenso *B. Huber* (o. Fn. 44), NJW 2013, 2572 (2574); *F. Becker* (o. Fn. 1), NVwZ 2015, 1335 (1339).

<sup>125</sup> Zu den weiteren Einzelheiten eingehend *M. Bäcker* (o. Fn. 115), 14.

<sup>126</sup> Vgl. die Hinweise o. in Fn. 122. Diese Praxis steht in einem immerhin bemerkenswerten Kontrast zu den verfassungsgerichtlich bereits vergleichsweise eng konturierten Anforderungen an die Weitergabe von Informationen an deutsche Sicherheitsbehörden. Ein Austausch von Informationen zwischen Polizeibehörden und Nachrichtendiensten soll danach gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen unterliegen und nur ausnahmsweise zulässig sein. Näher zu dem insoweit geltenden informationellen Trennungsprinzip: BVerfGE 133, 277 – Antiterrordatei. Nach den Erkenntnissen des Bundesverfassungsgerichts folgt es nicht aus dem verfassungsrechtlich ungesicherten allgemeinen Trennungsgebot, sondern aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Kritisch zur Debatte um das Trennungsgebot: *M. L. Fremuth* Wächst zusammen, was zusammen gehört? – Das Trennungsgebot zwischen Polizeibehörden und Nachrichtendiensten im Lichte der Reform der deutschen Sicherheitsarchitektur, AöR 2014, 32 (46 ff.) mwN.

<sup>127</sup> Vgl. BT-Dr 17/8639, 7; 17/12773, 8; BT Drs. 18/218, 9.

<sup>128</sup> Vgl. bereits: *B. Huber* (o. Fn. 44), NJW 2013, 2572 (2576): „Über das wahre Ausmaß des Datenaustauschs lassen sich jedoch aus den Angaben zur Praxis nach § 7 a G 10 keine Schlüsse ziehen.“

<sup>129</sup> *W. Hoffmann-Riem* (o. Fn. 115), 12 f.; *M. Bäcker* (o. Fn. 115), 15, vgl. dort auch die Kritik an der gegenläufigen Praxis.

grundlegend anders gesehen und gehandhabt zu werden. In der Tat sind die entsprechenden Übermittlungsbestimmungen<sup>130</sup> mit Begriffen wie der „Wahrung außen- oder sicherheitspolitischer Belange der Bundesrepublik Deutschland“ oder „erheblicher Sicherheitsinteressen ausländischer Staaten“ denn auch nur äußerst vage und interpretationsoffen bestimmt. Für die erfasste ausländische Kommunikation sollen nach der oben geschilderten verfassungswidrigen Rechtsauffassung der Dienste und der Bundesregierung diese Beschränkungen ohnehin nicht greifen.

## 6. *Technologische Antworten und ihre rechtlichen Grenzen*

Die angesichts all dessen erforderlichen – hier nur grob umrissenen – neuen verfassungsrechtlichen Grenzziehungen des staatlichen Informationszugriffs werden durch zukünftige Technikentwicklungen – anders als dies viele je nach Standpunkt erhoffen oder befürchten – kaum entbehrlich werden. Zwar lassen sich schon heute erhebliche Anstrengungen beobachten, die elektronische Kommunikation mit Mitteln der Verschlüsselung gegen Zugriffe staatlicher oder privater Provenienz abzuschirmen. Die staatlichen Sicherheitsbehörden stehen solchen Bestrebungen – jedenfalls soweit sie eine effektive Abschirmung der Kommunikation auch gegen die von ihnen intendierten Zugriffe bedeuten könnten – aber ablehnend gegenüber.<sup>131</sup> Eben deshalb hat die NSA – erlauben Sie mir den lokalpatriotischen Hinweis – die elektronische Kommunikation – einschließlich der Telefonate – eines Erlanger Studenten mitgeschnitten, der als Mitentwickler an der Verschlüsselungstechnik Tor<sup>132</sup> arbeitete. Insbesondere die NSA<sup>133</sup> hat sich immer bemüht, die Entwicklung ihr gegenüber sicherer elektronischer Kommunikation nach Möglichkeit zu verhindern. Der Sache nach handelt es sich vordergründig allein um eine Art technologischen Wettlauf, zwischen intelligenter und alltagstauglicher Verschlüsselung einerseits und sicherheitsbehördlichen Aufklärungsbestrebungen andererseits. Verfassungsrechtlich stellt sich aber die Frage, inwieweit es dem Staat erlaubt, geboten oder verboten ist, die Entwicklung und Anwendung auch ihm gegenüber sicherer Verschlüsselung zu untersagen und zu bekämp-

<sup>130</sup> Vgl. insbesondere § 7a G 10.

<sup>131</sup> Zu Bestrebungen der indischen Regierung, die Möglichkeiten der Verschlüsselung gegenüber Sicherheitsbehörden legislativ zu beschränken: *T. Rudl* Recht auf Verschlüsselung: Indien zieht umstrittenen Gesetzentwurf zurück, 22.9.2015, <https://netzpolitik.org/2015/recht-auf-verschluesselung-indien-zieht-umstrittenen-gesetzentwurf-zurueck/>.

<sup>132</sup> Überblick zum Tor Netzwerk bei *M. Thiesen* Wie hoch ist der Preis der Anonymität? – Haftungsrisiken beim Betrieb eines TOR-Servers, MMR 2014, 803 ff.

<sup>133</sup> In Deutschland bemüht sich der BND um entsprechende Entschlüsselungsfähigkeiten, vgl. dazu das o. Fn. 22 BND-Strategiepapier.

fen.<sup>134</sup> In der IT-nahen journalistischen Szene werden schon entsprechende staatliche Absichtserklärungen als totalitär wahrgenommen.<sup>135</sup>

Demgegenüber ist auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit entsprechender Einschränkungen zu verweisen.<sup>136</sup> Das Bundesverfassungsgericht betont in seiner Rechtsprechung zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlicher Informationszugriffe immer wieder die besondere Bedeutung der staatlichen Verantwortung für Sicherheit und Strafverfolgung.<sup>137</sup> Wie bereits skizziert anerkennt das Gericht dabei zu Recht keine absoluten

<sup>134</sup> Laut Medienberichten befindet sich etwa die US-Regierung derzeit bereits in entsprechenden rechtlichen Auseinandersetzungen mit Apple und anderen Kommunikations- bzw. Geräteanbietern. So soll Apple eine gerichtliche Anordnung zur Herausgabe von Kommunikationsdaten in einem Fall möglichen Waffen- und Drogenhandels mit dem Hinweis auf die Verschlüsselungstechnik seiner neuen Gerätegeneration als unmöglich verweigert haben, vgl. *M. Apuzzo/D. E. Sanger/M. S. Schmidt* Apple and Other Tech Companies Tangle With U.S. Over Data Access, *New York Times* v. 7.9.2015, [http://www.nytimes.com/2015/09/08/us/politics/apple-and-other-tech-companies-tangle-with-us-over-access-to-data.html?hp&action=click&pgtype=Homepage&module=first-column-region&region=top-news&WT.nav=top-news&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2015/09/08/us/politics/apple-and-other-tech-companies-tangle-with-us-over-access-to-data.html?hp&action=click&pgtype=Homepage&module=first-column-region&region=top-news&WT.nav=top-news&_r=0).

<sup>135</sup> Vgl. *S. Lobo* SPIEGEL-Online v. 15.7.2015: „Der gefährlichste Mann Europas, David Cameron, steht kurz davor, faktisch WhatsApp und iMessage zu verbieten sowie insgesamt Privatnachrichten, die die Bezeichnung ‚privat‘ auch verdienen. Das dazugehörige Zitat des britischen Premierministers lautet: ‚Wollen wir in unserem Land Kommunikationsmittel zwischen Menschen erlauben, die wir [als Staat] nicht lesen können? Meine Antwort auf diese Frage ist: Nein, wir dürfen das auf keinen Fall erlauben.‘ Das ist ein Zitat, das Stalin nicht totalitärer hätte formulieren können. Ich empfinde diese Aussage als Katastrophe, als Aufkündigung ungefähr jeden Wertes, den ich mit einem demokratischen Europa verbinde. Zu den sicherheitspolitischen Notwendigkeiten einer effektiven Verschlüsselung auch: *S. Lobo* SPIEGEL-Online v. 28.1.2015, <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/sascha-lobo-warum-verschlueselung-unverzichtbar-ist-a-1015398.html>. Am 4.11.2015 hat die britische Regierung die sog. „Draft Investigatory Powers Bill“ vorgestellt, die Serviceprovider u.a. zur Mitarbeit bei der Zugänglichmachung auch verschlüsselter Kommunikation verpflichten soll, vgl. [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/473770/Draft\\_Investigatory\\_Powers\\_Bill.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/473770/Draft_Investigatory_Powers_Bill.pdf), Rn. 61 ff.

<sup>136</sup> Ähnliches dürfte für Einschränkungen hinsichtlich einer möglichen Auslagerung der sicherheitsrelevanten Daten in Drittländer gelten. Auch insoweit steht das Verfassungsrecht der Einführung von Pflichten der Telekommunikationsanbieter zur Bevorratung oder Zugänglichmachung entsprechender Informationen nicht grundsätzlich entgegen. Zu entsprechenden Auseinandersetzungen zwischen Microsoft und der US-Regierung hinsichtlich der auf Firmenservern in Irland gespeicherten Daten: *M. Apuzzo/D. E. Sanger/M. S. Schmidt* Apple and Other Tech Companies Tangle With U.S. Over Data Access, *New York Times* v. 7.9.2015, [http://www.nytimes.com/2015/09/08/us/politics/apple-and-other-tech-companies-tangle-with-us-over-access-to-data.html?hp&action=click&pgtype=Homepage&module=first-column-region&region=top-news&WT.nav=top-news&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2015/09/08/us/politics/apple-and-other-tech-companies-tangle-with-us-over-access-to-data.html?hp&action=click&pgtype=Homepage&module=first-column-region&region=top-news&WT.nav=top-news&_r=0).

<sup>137</sup> Beispielhaft: BVerfGE 49, 24 (56 f., Rn. 115 ff.) – Kontaktsperre; BVerfGE 115, 320 (346, Rn. 91) – Rasterfahndung II; BVerfGE 120, 274 (319, Rn. 220) – Online-Durchsuchung. Vgl. auch Österreichischer VfGH v. 27.6.2014, Az. G 47/2012-49 u.a., Rn. 168.

Tabuzonen. Eine gegenüber staatlichen Zugriffen vollständig abgeschirmte elektronische Kommunikation und Aktion brächte aber unabweisbare und schwere Sicherheitsrisiken für Drittbetroffene wie für staatliche Einrichtungen mit sich. Schon heute ist das Internet eben nicht allein ein Raum gesteigerter staatlicher Informationszugriffe, sondern auch ein Raum, in dem es für manche leichter geworden ist, sich dem sicherheitsbehördlichen Zugriff zu entziehen.<sup>138</sup>

#### IV. Fazit

Die neue Technologie elektronischer Kommunikation und ihrer Überwachung verändert den Schutz der Privatheit fundamental. Sie ist heute in einem Maße gefährdet und korrumpiert, das – gemessen an den traditionellen Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts – das Verdikt der Verfassungswidrigkeit verdiente. Der seinerseits verfassungsrechtlich geschützte Gebrauch der Freiheit in der Anwendung der neuen Kommunikationsmittel und die verfassungsrechtlich legitime staatliche Sicherheitsverantwortung machen aber Relativierungen der Privatheit jenseits traditioneller Verfassungserwartungen<sup>139</sup> unausweichlich. Dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber steht hier ein größerer Spielraum zu als vielfach angenommen wird. Dennoch bleibt eine verfassungsrechtliche und verfassungsgerichtliche Grenzziehung zum Schutz der Privatheit weiter unabdingbar. Sie sollte vorrangig zentralen und bislang vernachlässigten staatlichen Zugriffen auf die Privatheit zu Teil werden, denen es an Transparenz, öffentlicher Kontrolle und normativer Begrenzung noch in verfassungsrechtlich inakzeptabler Weise mangelt.

---

<sup>138</sup> Vgl. dazu BVerfGE 125, 260 (Rn. 260) – Vorratsdatenspeicherung: „In einem Rechtsstaat darf auch das Internet keinen rechtsfreien Raum bilden.“ Diese einschränkenden verfassungsrechtlichen Überlegungen müssen nicht bedeuten, dass Technologie hinsichtlich der Einhegung staatlicher Informationszugriffe keine Rolle spielen kann oder spielen darf. Denkbar sind etwa mittlere Lösungen, die darauf hinauslaufen, den sicherheitsbehördlichen Zugriff wenn nicht auszuschließen, so doch zu hemmen und die so möglicherweise eine Abkehr von der Strategie der massenhaften Informationserfassung nahelegen. Nicht ohne Grund verheißt die aktuell wohl bekannteste Verschlüsselungssoftware einschränkend auch nur „PGP – pretty good privacy“. Nach Auskunft der Bundesregierung ist es dem BND grundsätzlich möglich entsprechende Verschlüsselungen zu überwinden, vgl. BT Drs. 17/9640, 3.

<sup>139</sup> Vgl. etwa P. Häberle Aussprache zu Grundrechtsschutz der Privatheit (o. Fn. 14), VVDStRL 70 (2010), 95.

*Leitsätze des 1. Referenten über:*

## **Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen: Konstitutionalisierung und Gegenbewegungen im Sicherheitsrecht**

### *I. Von der verfassungsrechtlichen Dystopie zur Realitätsbeschreibung*

*(1) Auf dem Feld des staatlichen Informationszugriffs und Informationsgebrauchs trifft ein hoch ambitionierter verfassungsrechtlicher Begrenzungsanspruch auf eine Gegenbewegung, die diesen Anspruch massiv unterläuft und entwertet.*

#### *a. Der verfassungsrechtliche Anspruch*

#### *b. Die Realität elektronischer Kommunikation und ihrer Überwachung*

*(2) Die Realität der elektronischen Kommunikation und ihrer Überwachung entspricht der verfassungsgerichtlichen Dystopie des Volkszählungsurteils.*

*(3) Dieser Realität lässt sich durch Selbstbeschränkung und Verzicht nicht effektiv begegnen.*

*(4) Entsprechende staatliche Kommunikationsbeschränkungen brächten überdies Freiheitseinschränkungen mit sich, die verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen wären.*

#### *c. Reaktionen*

*(5) Die Reaktionen auf die fundamental veränderte Lage der Privatheit oszillieren zwischen einer fundamentalen Relativierung des menschenrechtlichen Privatheitsanspruchs einerseits und der verfassungsrechtlichen Forderung nach einem substantiell nachgesteuerten Privatsphärenschutz andererseits.*



#### d. Ursachen

##### 1. Entgrenzte Sicherheit?

(6) „Entgrenzte Sicherheit“ gilt vielen als Ursache für die zugespitzte Spannungslage zwischen dem verfassungsrechtlichen Privatheitsanspruch und dem staatlichen Informationszugriff.

(7) Zu den Phänomenen entgrenzter Sicherheit zählen die Ergänzung des Strafrechts um weit gefasste Vorfeldtatbestände, die Auflösung des Gefahrenbegriffs, die Erweiterung der Adressaten sicherheitsbehördlicher Maßnahmen, die zu Tage tretenden Grenzziehungsschwächen der Verhältnismäßigkeit, neue fließende Übergänge von Repression und Prävention und der immer weiter ausgebauten Präventionsanspruch, die Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten und die Auflösung der ehemals territorialen Grenzen der sicherheitsbehördlichen Tätigkeit.

(8) Die allermeisten dieser Entgrenzungen bedingen zugleich eine Ausweitung des sicherheitsstaatlichen Zugriffs auf die private Kommunikation.

##### 2. Technologischer Wandel

(9) Von ungleich größerer Relevanz ist der technologische Wandel, auf den die neue Sicherheitspolitik aufbaut.

(10) Dieser Wandel erlaubt Strategien weitgehender Überwachung, die auch von deutschen Behörden verfolgt werden.

(11) Aus sicherheitspolitischer Sicht ist der technologische Wandel ein janusköpfiger.

#### II. Verfassungsgerichtliche Rahmensetzung

##### a. Bundesverfassungsgericht

(12) In der sicherheitspolitischen Debatte gilt das Bundesverfassungsgericht als „Champion“ der bürgerlichen Freiheitsrechte, der einen überzogenen Sicherheitsanspruch von Exekutive und Legislative regelmäßig in seine verfassungsmäßigen Schranken weist.

(13) Eine genauere Analyse der inhaltlich anspruchsvollen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vermittelt ein differenzierteres Bild eines zu Recht durchgängig nur relativen und gegenüber sicherheitspolitischen Erfordernissen abwägungsoffenen Schutzes der Privatsphäre.

(14) Problematisch ist der dogmatische Ausgangspunkt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das von ihm selbst aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entwickelte Recht auf informationelle

*Selbstbestimmung. Für die Grenzziehung im Bereich des staatlichen Informationszugriffs erschiene eine unmittelbar auf den Schutz der Privatheit abzielende Konzeption nicht nur konstruktiv überlegen, sondern auch mit Blick auf ihre potentiellen Ergebnisse und ihre europäische und internationale Anschlussfähigkeit vorzugswürdig. Problematisch erscheint die informationelle Selbstbestimmung auch deshalb, weil sie jedenfalls von ihrem konstruktiven Ausgangspunkt her kaum eine sinnvolle Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Sphäre erlaubt.*

*(15) Traditionelle Blindstellen kennt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Umgang mit der Informationserhebung durch die Nachrichtendienste.*

*b. Europäische Verfassungsgerichte*

*(16) Die Rechtsprechung des EuGH zum Schutz der Privatheit erscheint inhaltlich vielversprechend.*

*(17) Manche ihrer kompetenzrechtlichen Prämissen sind mit der EU-Rechtsordnung aber unvereinbar.*

*III. Neue verfassungsrechtliche Grenzsteine*

*a. Verfassung als Rahmenordnung*

*(18) Fragen des Ausgleichs von Freiheit und Sicherheit sind der Sache nach regelmäßig politischer Natur und damit weithin dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet.*

*b. Die Deprivilegierung der Geheimdienste*

*(19) Die traditionelle sicherheitsrechtliche Privilegierung der Nachrichtendienste überzeugt nicht.*

*(20) Aus verfassungsrechtlicher Sicht besteht hier ein substantieller normativer Nachholbedarf, der gegenüber den eher punktuell erforderlichen weiteren verfassungsrechtlichen Korrekturen des informationellen Handelns der sonstigen Sicherheitsbehörden vorrangig anzugehen ist.*

*c. Transparenz und Kontrolle*

*(21) Zu den strukturellen verfassungsrechtlichen Antworten auf die in jüngerer Zeit bekanntgewordenen staatlichen Informationszugriffe muss eine verstärkte Verpflichtung zur Transparenz des Handelns auch der Geheimdienste gehören.*

(22) *Allgemeine, aggregierte Informationen über Art und Ausmaß der geheimdienstlichen Informationszugriffe müssen deshalb künftig weit mehr als bislang aus der Geheimhaltung herausgenommen und damit öffentlich diskutiert werden.*

(23) *Die NSA-BND-Selektorenliste unterliegt dem parlamentarischen Untersuchungsrecht.*

(24) *Bei Entscheidungen zur Kontrolle der sachlichen Legitimation eines exekutiven Geheimhaltungsverlangens muss das Bundesverfassungsgericht die einschlägigen Dokumente gegebenenfalls selbst kritisch durch eine eigene „in-camera“-Betrachtung prüfen.*

d. *Verrechtlichung geheimdienstlichen Handelns*

(25) *Die Tätigkeit der Geheimdienste bedarf einer nachholenden Verrechtlichung durch Ermächtigungsnormen, die die tatbestandlichen Voraussetzungen und Grenzen des nachrichtendienstlichen Handelns – in der Sprache des Bundesverfassungsgerichts – „normenklar“ bestimmen.*

(26) *Die als „Weltraumtheorie“ bekannte Auffassung der Bundesregierung von der weitgehenden Schutzlosigkeit von Ausländern gegenüber dem Informationszugriff deutscher Behörden ist mit Art. 10 GG nicht vereinbar.*

e. *Grenzen der Informationserhebung und -verwendung*

(27) *Eine verfassungsrechtlich hinreichend bestimmte Grenzziehung fehlt der Informationserhebung und Informationsverwendung durch die Nachrichtendienste ganz allgemein.*

f. *Technologische Antworten und ihre rechtlichen Grenzen*

(29) *Verfassungsrechtliche Grenzziehungen des staatlichen Informationszugriffs werden durch zukünftige Entwicklungen der Verschlüsselungstechnik kaum entbehrlich werden. Entsprechende staatliche Einschränkungen sind verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig.*

IV. *Fazit*

(30) *Die neue Technologie elektronischer Kommunikation macht Relativierungen der Privatheit jenseits traditioneller Verfassungserwartungen unausweichlich. Dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber steht hier ein größerer Spielraum zu, als vielfach angenommen wird. Die Grenzziehung zum Schutz der Privatheit sollte vorrangig solchen staatlichen Zu-*

*griffen gelten, denen es an Transparenz, öffentlicher Kontrolle und normativer Begrenzung noch in verfassungsrechtlich inakzeptabler Weise mangelt.*



Dritter Beratungsgegenstand:

**Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen:  
Konstitutionalisierung und Gegenbewegungen  
im Steuerrecht**

2. Referat von Professor Dr. *Christian Seiler*, Tübingen

Inhalt

	Seite
I. Befund: Asymmetrische Verwirklichung der Grundrechtsbindung . . . . .	334
1. Verfassungs-, insbesondere Grundrechtsrelevanz der Besteuerung . . . . .	334
2. Entwicklungslinien einer gleichheitsdominierten Verfassungspraxis . . . . .	337
3. Probleme eines einseitigen Gleichheitsdenkens . . . . .	340
II. Folgerung: Rückbindung an allgemeine grundrechtliche Wertungen . . . . .	343
1. Freiheitsrelevanz und Rechtfertigungsbedarf . . . . .	343
2. Differenzierende Suche nach dem rechtfertigenden Grund . . . . .	346
3. Der Erfolg privaten Wirtschaftens als Objekt jeder Besteuerung . . . . .	349
III. Vertiefung: Blick auf einzelne Steuerarten . . . . .	355
1. Einkommen- und Körperschaftsteuer . . . . .	355
2. Noch fehlende Maßstäbe für andere Steuerarten . . . . .	356
3. Besteuerung der Einkommensverwendung . . . . .	357
4. Besteuerung des Vermögensbestandes . . . . .	359
5. Besteuerung von Erbschaften . . . . .	359
IV. Auftrag: Entwicklung einer Steuerkonkurrenzlehre . . . . .	362
1. Das noch ungelöste Problem der Steuermulierung . . . . .	362
2. Weiter verfassungsrechtlicher Rahmen einer Steuerkonkurrenzlehre . . . . .	363
3. Hauptverantwortung des Gesetzgebers . . . . .	364
4. Auftrag an die Steuerrechtswissenschaft . . . . .	365
V. Fazit: Erkenntnis- und Rationalitätsgewinne . . . . .	366

Das Grundgesetz bindet alle staatliche Gewalt. Folglich kann auch die Besteuerung nur verfassungsgebunden gedacht werden. Diese Selbstverständlichkeit weicht einer gewissen Unsicherheit, sobald man genauer nachfragt, welche konkrete Ordnungsfunktion das Verfassungs- für das Steuerrecht übernimmt. Der Vorstand unserer Vereinigung hat den Stand der hierzu geführten Diskussion zutreffend abgebildet: 66 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes befindet sich das Steuerrecht noch immer in einem Prozess der Konstitutionalisierung<sup>1</sup>, das heißt einer allmählichen Ausstrahlung des Verfassungsrechts auf das einfache Recht, der zugleich auf beachtliche Gegenbewegungen trifft.

Dieser Befund legt nahe, Art und Maß der Verfassungsbindung zu hinterfragen, um den Geltungsanspruch des Grundgesetzes mit dem nur vermeintlich widerstreitenden Anliegen politischer Gestaltbarkeit des Steuerrechts in Einklang bringen zu können. Die Lösung liegt, dies sei vorangestellt, in einer Balance von Freiheit und Gleichheit, verbunden mit weiten, aber richtig verorteten Gestaltungsräumen des Gesetzgebers.

In diesem Sinne scheint im Folgenden – I. – ein Blick auf den Stand der Konstitutionalisierung der Besteuerung angezeigt, der – II. – Anlass zu einer Rückbesinnung auf allgemeine grundrechtliche Wertungen geben wird, was dann – III. – anhand einzelner Steuerarten verdeutlicht und – IV. – zum rechtspolitischen Desiderat einer Steuerkonkurrenzlehre fortentwickelt werden soll. Als Ertrag winkt – V. – ein besseres Verständnis des geltenden Rechts, stellenweise auch ein Rationalitätsgewinn seiner künftigen Ausgestaltung.

## **I. Befund: Asymmetrische Verwirklichung der Grundrechtsbindung**

### *1. Verfassungs-, insbesondere Grundrechtsrelevanz der Besteuerung*

Primärer Bezugsrahmen des einfachen Steuerrechts bleibt einstweilen, weil seine wichtigsten Rechtsgrundlagen trotz wachsender Einflüsse des

---

<sup>1</sup> Der facettenreiche Begriff der „Konstitutionalisierung“ kann im hiesigen Kontext umschrieben werden als Vorgang allmählicher Entfaltung einer verfassungsrechtlichen Vorprägung des (partiell älteren) einfachen Rechts, das sich schließlich zum konkretisierten Verfassungsrecht entwickelt. Siehe auch *R. Wahl* Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff, FS Brohm, 2002, 191 (192 f.). Zu den gelegentlich „verschlungenen Wegen“ der Konstitutionalisierung *G. F. Schuppert/Ch. Bumke* Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, 9 ff. – Abzugrenzen ist eine (hier nicht gemeinte) völkerrechtliche Dimension des Begriffs; vgl. *M. Knauff* Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?, *ZaöRV* 68 (2008), 453 ff.

Europarechts<sup>2</sup> nach wie vor nationaler Herkunft sind, das Grundgesetz. Jedoch ist dessen Textbefund zu Steuerfragen eher dünn. Ausdrücklich regeln die Art. 105 ff. GG nur die föderale Aufteilung der Gesetzgebungs-, Ertrags- und Vollzugskompetenzen. Materielle Aussagen treffen diese Vorschriften kaum. Zwar normieren sie konkludent auch das Steuerstaatsprinzip<sup>3</sup>, das dem Verfassungsstaat aufgibt, sein Allgemeinwohlandeln vorrangig durch die Gemeinlast der Steuer<sup>4</sup> zu finanzieren. Auch geben die Bundes- oder Länderzuständigkeiten einzelne Gegenstände wie etwa

---

<sup>2</sup> Das Steuerrecht ist verglichen mit anderen Rechtsbereichen nur in geringerem Maße europäisiert worden, nicht zuletzt weil die Mitgliedstaaten ihre Kompetenzen auf diesem politisch wichtigen Feld – begünstigt durch das Einstimmigkeitserfordernis der einschlägigen Vertragsbestimmungen (insbesondere Art. 113, 115 AEUV) – nur ungern abgeben. Aber auch soweit das Europarecht auf die Besteuerung einwirkt, hat dies nicht zu eigenen EU-Steuern, sondern lediglich zu partiellen Harmonisierungen geführt. – Letztere finden sich vor allem auf dem Gebiet der **indirekten Steuern**, also der Umsatz- (siehe die Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie; RL 2006/112/EG des Rates v. 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. 2006, L 347/1; zuletzt geändert durch RL 2013/61/EU des Rates v. 17.12.2013, ABl. 2013, L 353/5) sowie der besonderen Verbrauchsteuern (siehe die Verbrauchsteuer-Systemrichtlinie; RL 2008/118/EG des Rates v. 16.12.2008 über das allgemeine Verbrauchsteuersystem und zur Aufhebung der Richtlinie 92/12/EWG, ABl. 2008, L 9/12; zuletzt geändert durch RL 2013/61/EU des Rates v. 17.12.2013, ABl. 2013, L 353/5). Inhaltlich treffen diese Richtlinien überwiegend keine eigenständigen Belastungsentscheidungen, sondern widmen sich eher technischen Aspekten des Binnenmarktzels, stehen also nicht im Mittelpunkt einer originär steuerlichen Betrachtung. Siehe *Ch. Seiler* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Art. 113, Rn. 33 ff., 43 ff. – Eine jedenfalls nicht strukturprägende Relevanz hat das Europarecht auch für die **direkten Steuern**, die (nur) einem punktuellen Einfluss einzelner EU-Richtlinien sowie der Grundfreiheiten unterliegen. Hierzu *Seiler* Ebenda, Rn. 50 ff.

<sup>3</sup> Grundlegend *J. Isensee* Steuerstaat als Staatsform, FS Ipsen, 1977, 409 ff.; siehe auch *K. Vogel/Ch. Waldhoff* in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, vor Art. 104a (1997), Rn. 327 ff.; *K. Vogel* Der Finanz- und Steuerstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HStR, Band II, 3. Aufl. 2004, § 30, Rn. 51 ff., 69 ff.; ferner *Ch. Seiler* Steuerstaat und Binnenmarkt, FS Isensee, 2007, 875 ff. – Das Bundesverfassungsgericht hat das Prinzip der Steuerstaatlichkeit ausdrücklich bestätigt in BVerfGE 78, 249 (266 f.); 93, 319 (342); gleichsinnig, aber ohne den Begriff BVerfGE 82, 159 (178 f.); 92, 91 (113); 101, 141 (147). – Geschichtlich, wenn auch noch nicht begrifflich geht das Konzept des Steuerstaates zurück auf *Lorenz von Stein*. Siehe *L. v. Stein* Lehrbuch der Finanzwissenschaft, Zweiter Teil, Erste Abteilung, 5. Aufl. 1885, 128 ff. (133 f.), 346 ff. (349). – Abgelehnt wird das Steuerstaatsprinzip hingegen von *U. Sacksofsky* Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben, 2000, 126 ff.; *A. Schmehl* Das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung, 2004, 68 ff.; kritisch auch *R. Hendl* Umweltabgaben und Steuerstaatsdoktrin, AöR 115 (1990), 577 (595 ff.); *W. Heun* Die Entwicklung des Steuerstaatskonzepts in theoretischer und tatsächlicher Hinsicht, in: Sacksofsky/Wieland (Hrsg.) Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat, 2000, 10 (21).

<sup>4</sup> Zum Begriff der – durch ihre Gegenleistungsfreiheit gekennzeichneten – Steuer *Vogel/Waldhoff* in: Kahl/Waldhoff/Walter (Fn. 3), vor Art. 104a (1997), Rn. 360 ff. (weitgehend



das „Einkommen“ oder den „Umsatz“ als taugliche Belastungsobjekte zu erkennen. Worauf genau der Steuerstaat zugreifen darf, bleibt dennoch offen.

Beachtung verdient indes nicht allein die Finanz-, sondern die ganze Verfassung. Allgemeine rechtsstaatliche Fragen veranlassen etwa die zum Steuerrecht besonders praxisrelevante, ihm gleichwohl nicht eigentümliche Rückwirkungsproblematik<sup>5</sup> oder der in Steuersachen oftmals unsensibel gehandhabte Schutz der Privatsphäre gegen behördliche Ausforschungen<sup>6</sup>. Auch stellen sich steuerspezifische Sonderfragen etwa zur Bewirkung an sich sachgesetzlich zu regelnder Zwecke durch verhaltenslenkende Steuernormen.<sup>7</sup> Im Mittelpunkt stehen jedoch die Grundrechte. Die Besteuerung

---

übernommen aus der Zweitbearbeitung von *K. Vogel/H. Walter*, Rn. 23 ff.). Siehe auch *H. Schaefer* Der verfassungsrechtliche Steuerbegriff, 1997.

<sup>5</sup> Zur – angesichts zahlreicher Gesetzesänderungen besonders praxisrelevanten – Rückwirkungsproblematik im Steuerrecht BVerfGE 72, 200 (240 ff.); 97, 67 (77 ff.); 127, 1 (16 ff.); 132, 302 (317 ff.); 135, 1 (12 ff.); siehe ferner *P. Kirchhof* Die verfassungsrechtlichen Grenzen rückwirkender Steuergesetze, DStR 2015, 717 ff. mit dem Vorschlag, die Abgrenzung zwischen „echter“ und „unechter“ Rückwirkung anhand des Veranlagungszeitraumes zugunsten eines Rückwirkungsverbotes bei verfestigten Rechtspositionen und eines Gebotes des schonenden Überganges aufzugeben. Vgl. auch die konträren Positionen von *O. Lepsius* Zur Neubegründung des Rückwirkungsverbots aus der Gewaltenteilung, JZ 2014, 488 ff.; *L. Michael* Das Verbot echter Rückwirkung als Schutz des abstrakten Vertrauens in die Geltung von Gesetzen und eines Kernbereichs der Judikative, JZ 2015, 425 ff., und nochmals *O. Lepsius* Brauchen wir einen Schutz des abstrakten Vertrauens in die Geltung von Gesetzen?, JZ 2015, 435 ff.

<sup>6</sup> Das Steuerverfahrensrecht hat die Privatsphäre und insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu achten. Siehe BVerfGE 120, 351 (359 ff.) zur – im Vergleich zu anderen Rechtsbereichen großzügig gestatteten – Sammlung und Verwendung personenbezogener Daten im Besteuerungsverfahren.

<sup>7</sup> Die Steuergesetzgebung ist in jüngerer Zeit vermehrt zur Verwirklichung eigentlich sachgesetzlicher Zielsetzungen (insbesondere wirtschafts-, umwelt- oder sozialpolitischer Natur) eingesetzt worden, indem positive oder negative finanzielle Anreize die Bürger – über die nicht beabsichtigten, aber unvermeidbaren verhaltenslenkenden Wirkungen jeder Besteuerung hinaus – zu einem Handeln oder Unterlassen veranlassen sollen. Neben bloßen Modifikationen an sich fiskalisch motivierter Steuern, die als Abweichungen von der Leistungsfähigkeit einer besonderen Rechtfertigung auf der Grundlage einer klar erkennbaren, zielgenau ausgestalteten Entscheidung des Gesetzgebers bedürfen (BVerfGE 93, 121 (147 f.); 105, 73 (112 f.); 110, 274 (293); 117, 1 (32 f., 35)), ohne in die Sachkompetenzen überzugreifen (vgl. BVerfGE 98, 106 (118 ff.)), kann bereits die Erhebung einer Steuer derartigen Sozialzwecken geschuldet sein. Dies gilt namentlich für Lenkungssteuern wie etwa die sogenannten „Öko-Steuern“, die – zumeist als Steuern auf die Einkommensverwendung – ein unerwünschtes Handeln verteuern und dadurch unattraktiv machen sollen (hierzu BVerfGE 98, 106 (117 ff.); 110, 274 (292 f., 296 f.); *J. Lang* Verwirklichung von Umweltschutzzwecken im Steuerrecht, DStJG 15 (1993), 115 ff.; *H. Sohn* Umweltsteuern und Finanzverfassung, FS Stern, 1997, 587 ff.; *M. Jachmann* Ökologie versus Leistungsfähigkeit – Gilt es neue Wege in der Steuerrechtfertigung zu gehen?, StuW 2000,

bildet als rechtsförmlicher und zielgerichteter Zugriff auf das Eigene der Bürger einen klassischen Eingriff in Freiheit und Eigentum<sup>8</sup>, der als solcher die zugehörigen rechtsstaatlichen Schutzvorkehrungen aufruft. Hieran ändert auch die systematische Sonderstellung der zu einem eigenen Abschnitt verselbständigten Finanzverfassung nichts. Denn diese ist (neben ihren staatsintern wirkenden Vorgaben zum Haushaltsrecht) rein bundesstaatlich motiviert<sup>9</sup>, entbindet jedoch nicht davon, den konkreten Steuerzugriff an den Freiheits- wie Gleichheitsrechten des Grundgesetzes zu messen.

## 2. *Entwicklungslinien einer gleichheitsdominierten Verfassungspraxis*

Freilich hat sich diese Einsicht erst in einem langen Prozess der Konstitutionalisierung durchsetzen können, dessen Konsequenzen noch immer nicht ganz zu Ende gedacht worden sind. Er traf und trifft<sup>10</sup> auf eine beharrliche Gegenwehr, die das Steuerrecht gegen verfassungsrechtliche und damit auch verfassungsgerichtliche Einflüsse zu immunisieren<sup>11</sup> sucht.

---

239 ff.). Verfassungsrechtlich erscheinen sie unbedenklich, solange sie lediglich eine (typischerweise im Konsum vermutete) Leistungsfähigkeit belasten (vgl. *P. Kirchhof* Verfassungsrechtliche Grenzen von Umweltabgaben, *DStJG* 15 (1993), 3, 20 ff.). Jedenfalls unzulässig wäre eine Steuer, die ihr Lenkungsziel vollständig erreichen und damit keine Erträge erzielen soll, weil der Gesetzgeber dann mangels begrifflichen Vorliegens einer Steuer die Sachkompetenzen der Art. 70 ff. GG für entsprechende Verbotsnormen hätte nutzen müssen. Hierin liegt auch der problematische Zielkonflikt jeder Lenkungssteuer: Sie darf ihre Ziele immer nur teilweise erfüllen und knüpft den Grad der Zielverwirklichung an die Finanzkraft der Bürger, die sich durch Steuerzahlung von der Zweckerreichung im Übrigen „freikaufen“ können. – Eingehend zum gesamten Fragenkreis *P. Selmer* Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1972; *R. Wernsmann* Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005.

<sup>8</sup> Die Besteuerung steht seit jeher – ebenso wie die Polizeigewalt – im Zentrum staatlichen Eingriffshandelns. Insbesondere bildete sie den Hintergrund der klassischen Formel vom „Eingriff in Freiheit und Eigentum“. Siehe *BVerfGE* 115, 97 (111) mwN. – Bemerkenswerterweise erörterte schon *O. Mayer* Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 1895, 245 ff., 378 ff., zwei Anwendungsgebiete der Eingriffsverwaltung: die Polizei- und die Finanzgewalt. Letztere trete „der Polizeigewalt als wesentlich gleich geartete Grundform und in ausgeprägter innerer Verwandtschaft zur Seite“ (378).

<sup>9</sup> *M. Rodi* Die Rechtfertigung von Steuern als Verfassungsproblem, 1994, 75. – Zur spezifisch bundesstaatlichen Ausrichtung der Finanzverfassung *Ch. Seiler* in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) Grundgesetz, Art. 105 (2015), Rn. 90 ff.

<sup>10</sup> Siehe namentlich *O. Lepsius* Urteilsanmerkung zu *BVerfG* v. 9.12.2008, 2 *BvL* 1/07, *JZ* 2009, 260 ff.; vgl. auch *M. Droege* Wie viel Verfassung braucht der Steuerstaat?, *StuW* 2011, 105 ff.

<sup>11</sup> Zu verschiedenen „Immunsierungsstrategien“ gegen eine Bindung des Steuergesetzgebers an die Freiheitsrechte *G. F. Schuppert* Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe bei der verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Steuergesetzen, *FS Zeidler*, 1987, 691 ff.

So formulierten maßgebliche Stimmen in der Frühzeit des Grundgesetzes einen Steuervorbehalt, der die Anwendung des Art. 14 GG versperren sollte.<sup>12</sup> Das Bundesverfassungsgericht fügte die oft zitierte Aussage hinzu, das Steuerrecht lebe aus dem „Diktum des Gesetzgebers“<sup>13</sup>, was mit Blick auf eine nur geringe sachgesetzliche Vorprägung<sup>14</sup> der Besteuerung zutrifft, jedoch auch im Sinne einer gewissen Beliebigkeit hinsichtlich Auswahl und Ausgestaltung der Steuerquellen missverstanden werden konnte. Erste Bemühungen um einen rechtsstaatlichen Schutz der Steuerbürger setzten nicht zufällig beim Gesetzesvorbehalt an<sup>15</sup>, der verfassungsgeschichtlich<sup>16</sup> auch eine steuerliche Wurzel aufweisen kann. Anders als im Konstitutionalismus dient das Steuergesetz jedoch heute eher als Eingriffsinstrument denn als rechtsstaatliche Schutzvorkehrung<sup>17</sup>, zumal der moderne Steuergesetzgeber ohnehin weit mehr als nur das „Wesentliche“ regelt. Diese Erkenntnis rückte allmählich die materiellen Gehalte der Grundrechte in den Vordergrund<sup>18</sup>, deren Anwen-

<sup>12</sup> Besonders wirkungsmächtig (mit Blick auf den damaligen, noch am Sonderopfer orientierten Enteignungsbegriff und dem Ziel, Entschädigungsansprüche auszuschließen) *E. Forsthoff* Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), 8 (32): „Der Rechtsstaat als Steuerstaat beruht auf einer spezifischen, in der rechtsstaatlichen Verfassung enthaltenen Voraussetzung: der scharfen Abgrenzung der Steuerhoheit von dem in den Grundrechten gewährleisteten Schutz des Eigentums.“ Zustimmend *K. Hettlage* Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung, VVDStRL 14 (1956), 2 (4 f.). Kritisch hierzu *Rodi* Die Rechtfertigung von Steuern als Verfassungsproblem (Fn. 9), 74 ff. – In der Frühzeit des Grundgesetzes wurden sogar, wenn auch primär bezogen auf den Finanzausgleich, Zweifel an der grundsätzlichen Bindungskraft und Justiziabilität der Finanzverfassung geäußert. Hiergegen nachdrücklich BVerfGE 72, 330 (388 ff.); vgl. aber noch BVerfGE 1, 117 (134).

<sup>13</sup> BVerfGE 13, 318 (328) im Anschluss an *O. Bühler/G. Strickrodt* Steuerrecht, Band 1, 3. Aufl. 1960, 658.

<sup>14</sup> Das Steuerrecht kann, anders etwa als das Polizei- und Ordnungsrecht, kaum an sachgesetzliche Vorprägungen anknüpfen, die aus sich heraus erkennen lassen, was rechtlich angemessen ist. Als Folge dessen schuldet der Gesetzgeber eine im Vergleich deutlichere Ausformung seiner Belastungsentscheidungen. Zu diesem Zusammenhang *Ch. Seiler* Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, 307 ff.

<sup>15</sup> Siehe *H.-J. Papier* Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, 1973, 11 ff.; zum Gesetzesvorbehalt im Steuerrecht ferner *Seiler* Der einheitliche Parlamentsvorbehalt (Fn. 14), 257 ff.; *K. Vogel* Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) HStR, Band IV, 2. Aufl. 1999, § 87, Rn. 68 ff.

<sup>16</sup> Zur – auch steuerrechtlichen – Herkunft der Lehre vom Gesetzesvorbehalt *Seiler* Der einheitliche Parlamentsvorbehalt (Fn. 14), 40 ff. (47 ff). Von besonderer Relevanz war hierbei die Integration des vormaligen ständischen Steuerbewilligungsrechts in die allgemeine Gesetzgebung in der Folge von Art. 100 der Preußischen Verfassung vom 31.1.1850.

<sup>17</sup> So bereits *K. H. Friauf* Eigentumsgarantie und Steuerrecht, DÖV 1980, 480 (483).

<sup>18</sup> Zur Entwicklung der Grundrechtsjudikatur zum Steuerrecht *K. Vogel* Die Steuergewalt und ihre Grenzen, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2. Band, 2001, 527 (529 ff.).

dung in der Praxis allerdings eine ungewöhnliche Asymmetrie offenbart. Der Gleichheitssatz<sup>19</sup> wird streng gehandhabt<sup>20</sup>, während die Freiheitsrechte allenfalls punktuell Relevanz gewinnen. Die in der allgemeinen Grundrechtsdogmatik anerkannte „Präponderanz der Freiheit“<sup>21</sup> kehrt sich im Steuerrecht um in eine Dominanz der Gleichheit. Dieser historische<sup>22</sup> und nach wie vor aktuelle Vorsprung des Art. 3 Abs. 1 GG gipfelte in seiner bereichsspezifischen Fortentwicklung zum Folgerichtigkeitsgebot.<sup>23</sup> Hiernach soll der Gesetzgeber bei der Wahl des Besteuerungsgegenstandes über einen weiten Gestaltungsraum verfügen. Seine einmal getroffene Belastungsentscheidung muss er dann jedoch folgerichtig bis ins

<sup>19</sup> Siehe aus der großen Zahl jüngerer Entscheidungen zum Gleichheitssatz im Ertragsteuerrecht (und seiner Entfaltung als Folgerichtigkeitsgebot) BVerfGE 84, 239 (268 ff.); 93, 121 (134 ff.); 99, 88 (94 ff.); 99, 280 (289 ff.); 105, 73 (110 ff.); 107, 27 (45 ff.); 110, 94 (111 ff.); 116, 164 (180 ff.); 122, 210 (230 ff.); 123, 111 (119 ff.); 126, 268 (277 ff.); 127, 224 (244 ff.). Vgl. auch BVerfGE 120, 1 (29 ff.) zur Gewerbesteuer, BVerfGE 117, 1 (30 ff.); 121, 108 (118 ff.); BVerfG, NJW 2015, 303 (306 ff.) zur Erbschaft- und Schenkungsteuer, BVerfGE 101, 132 (138 ff.); 101, 151 (155 ff.) zur Umsatzsteuer, BVerfGE 135, 126 (141 ff.) zu einer örtlichen Aufwandsteuer, BVerfGE 137, 350 (366 ff.) zur Luftverkehrsteuer sowie zuletzt BVerfG, DStR 2015, 1678 (1683 ff.) zur Grunderwerbsteuer. – Abstrakt gesprochen geht es in all diesen Entscheidungen um eine gerechte Lastenverteilung. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt dem Gleichheitssatz deshalb herkömmlich – bezogen auf die Einkommensteuer – ein Gebot horizontaler und vertikaler Steuergerechtigkeit; BVerfGE 82, 60 (89); 105, 73 (126); 112, 268 (279). In jüngerer Zeit findet sich der Begriff „Steuergerechtigkeit“ indes vor allem mit Bezug zur horizontalen Ebene, während im vertikalen Vergleich nur noch ein „angemessenes“ Verhältnis von größeren und kleineren Einkommen verlangt wird; BVerfGE 107, 27 (46 f.); 116, 164 (180); 122, 210 (231); 126, 268 (278); 127, 1 (28).

<sup>20</sup> Als weitere Besonderheit und Ausdruck strenger Gleichheitsbindung wird der Steuergesetzgebung über die Rechtsetzungsgleichheit hinaus auch eine legislative Absicherung der Vollzugsgleichheit abverlangt. Siehe BVerfGE 84, 239 (268 ff.); 110, 94 (111 ff.); 118, 168 (196). Hierzu *Ch. Seiler* Das Steuerrecht als Ausgangspunkt aktueller Fortentwicklungen der Gleichheitsdogmatik, JZ 2004, 481 ff.

<sup>21</sup> *G. Dürig* in: Maunz/Dürig (Hrsg.) Grundgesetz, Art. 3 Abs. 1, Rn. 120 ff. (135).

<sup>22</sup> So bestimmte Art. 134 WRV: „Alle Staatsbürger ohne Unterschied tragen im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze bei.“ Das zeitgenössische Schrifttum deutete diese Bestimmung als Gesetzgebungsauftrag zur gleichheitsgerechten Besteuerung nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit; siehe *A. Hensel* Verfassungsrechtliche Bindungen des Gesetzgebers, Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht (4) 1930, 441 ff.

<sup>23</sup> Ständige Rspr.; besonders nachdrücklich BVerfGE 122, 210 (230 ff.); 126, 268 (277 ff.) (Gebot der Folgerichtigkeit als zweite Leitlinie gleichmäßiger Besteuerung neben dem Leistungsfähigkeitsprinzip); zuletzt bestätigt in BVerfGE 137, 350 (366). – Weitere Nachweise und Kritik an dieser Rechtsprechung bei *J. D. Brückner* Folgerichtige Gesetzgebung im Steuerrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2014, 24 ff., 111 ff. – Grundsätzliche Kritik an dem mit dem Folgerichtigkeitskriterium verbundenen Anliegen, das Steuerrecht überhaupt verfassungsrechtlich zu binden, übt *Lepsius* (Fn. 10), JZ 2009, 260 ff.

Detail durchhalten. Dagegen wurden die Freiheitsrechte anfänglich nicht als generelle Schranke der Besteuerung bemüht. Das Bundesverfassungsgericht wollte sie zunächst nur im hypothetischen Fall einer erdrosselnden Wirkung der Besteuerung aktivieren.<sup>24</sup> Ein anderes galt nur punktuell für einzelne Freiheitsbereiche wie den Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG)<sup>25</sup> oder die Verschonung des Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip)<sup>26</sup>. Erst Jahrzehnte später anerkannte das Gericht im Einheitswertbeschluss<sup>27</sup> die Maßgeblichkeit der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) für die Besteuerung. Seither hat es dies zwar in modifizierter Form bestätigt<sup>28</sup>, hieraus jedoch keine weiteren Folgerungen gezogen. Vielmehr greift das Gericht gerade in jüngster Zeit wieder verstärkt auf den Gleichheitssatz zurück.<sup>29</sup>

### 3. Probleme eines einseitigen Gleichheitsdenkens

Die Diskussion ist damit aber noch nicht zu Ende geführt. Denn die asymmetrische Bevorzugung des Gleichheitssatzes begegnet einer grundsätzlichen Schwierigkeit: Die Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG bedarf externer Vergleichskriterien, die der Gleichheitssatz nicht selbst in sich trägt. Deutlich wird dies am hypothetischen Beispiel einer Kopfsteuer.<sup>30</sup> Zwar mag es allgemeiner Konsens sein, dass eine solche ungerecht wäre. Ohne externe Maßgaben ließe sie sich aber, solange sie unterschiedslos auf alle erstreckt wird, kaum als gleichheitswidrig beanstanden.

<sup>24</sup> BVerfGE 19, 119 (128 f.); 30, 250 (271 f.); 63, 312 (327); 68, 287 (310 f.). Die dortige Annahme, eine nicht übermäßige Besteuerung lasse die Eigentumsgarantie „grundsätzlich unberührt“, vermengt die Frage nach der tatbestandlichen Zuordnung der Zahlungspflicht zum einschlägigen Freiheitsrecht mit der Folgefrage seiner Verletzung; vgl. *Vogel/Waldhoff* in: Kahl/Waldhoff/Walter (Fn. 3), vor Art. 104a (1997), Rn. 542. Ein anderes gilt lediglich für den mittelbar verhaltenslenkenden Einfluss auf den Einsatz konkreter Vermögenswerte bei der Verwirklichung des im Steuertatbestand vorausgesetzten Sachverhalts, der bei nur geringen finanziellen Folgen vernachlässigbar sein mag.

<sup>25</sup> Grundlegend zur Bedeutung der Grundrechte für die nähere Ausgestaltung der Besteuerung bereits BVerfGE 6, 55 (70 ff.) (zur gleichheitsrechtlichen Dimension des Art. 6 Abs. 1 GG).

<sup>26</sup> BVerfGE 82, 60 (85 f.); 87, 153 (169 ff.); 99, 216 (233 f.); 120, 125 (154 ff.).

<sup>27</sup> BVerfGE 93, 121 (136 ff.).

<sup>28</sup> BVerfGE 115, 97 (110 ff.); dahingestellt in BVerfGE 105, 17 (32); 135, 126 (141).

<sup>29</sup> Siehe zuletzt die detaillierten Gleichheitsprüfungen in BVerfG, NJW 2015, 303 (306 ff.) zur Erbschaft- sowie in BVerfG, DStR 2015, 1678 (1683 ff.) zur Grunderwerbsteuer. In beiden Entscheidungen spielte, ohne dass dies zu einer reduzierten Kontrolldichte geführt hätte, das Folgerichtigkeitskriterium keine tragende Rolle.

<sup>30</sup> Das Beispiel liegt weniger fern, als es auf den ersten Blick scheinen mag. Vgl. *K Tipke* Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2. Aufl. 2000, 473 ff., zu historischen (USA, Großbritannien) und aktuellen ausländischen (Schweiz) Kopfsteuern.

Als somit erforderlicher Vergleichsmaßstab wird zumeist das ungeschriebene, heute allgemein anerkannte Leistungsfähigkeitsprinzip<sup>31</sup> genannt. Dem ist zuzustimmen, sofern man es mit weiteren Inhalten anfüllt. Hingegen ermangelte ein ausschließlich gleichheitsrechtlich<sup>32</sup> fundiertes Leistungsfähigkeitsprinzip eines eigenständigen Sinngehaltes, wäre es doch zirkulär, sowohl einerseits das Leistungsfähigkeitsprinzip aus Art. 3 GG herzuleiten als auch andererseits die Handhabung des Gleichheitssatzes an demselben Leistungsfähigkeitsprinzip auszurichten.<sup>33</sup> Der allgemein übliche Verweis auf die Leistungsfähigkeit als Differenzierungskriterium greift ins Leere, solange er nicht durch außerhalb des Art. 3 GG liegende Inhalte angereichert wird.

Diese Schwierigkeit überträgt sich auf die praktische Handhabung des bevorzugt herangezogenen Gleichheitssatzes. Ein konturenloser Leistungsfähigkeitsbegriff und sein Abbild kaum umgrenzter Gestaltungsräume bei der Auswahl des Belastungsgegenstandes erlauben dem Gesetzgeber im Ergebnis, überall dort eine Leistungsfähigkeit anzunehmen, wo er private Finanzmittel abschöpfen will. Die sich anschließende Gleichheitsprüfung

---

<sup>31</sup> Zum Leistungsfähigkeitsprinzip *D. Birk* Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983; *P. Kirchhof* Der verfassungsrechtliche Auftrag zur Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit, *StuW* 1985, 319 ff.; *derselbe* Staatliche Einnahmen, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) *HStR*, Band IV, 2. Aufl. 1999, § 88, Rn. 114 ff.; *J. Lang* Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, 1988, 97 ff.; *Vogel* Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: *HStR* IV, 2. Aufl., § 87 (Fn. 15), Rn. 90 ff. – Die Geltung des Leistungsfähigkeitsprinzips wird heute, auch wenn seine genaue Gestalt umstritten bleibt, nicht mehr in Zweifel gezogen. Siehe aber noch *W. Leisner* Von der Leistung zur Leistungsfähigkeit – die soziale Nivellierung, *StuW* 1983, 97 ff. – Die österreichische Steuerrechtswissenschaft steht dem Leistungsfähigkeitsprinzip hingegen nach wie vor kritisch gegenüber; siehe *W. Gassner/M. Lang*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht, *Verhandlungen des 14. Österreichischen Juristentages*, 2000, Band III/1, 7 ff.

<sup>32</sup> Der Gleichheitssatz wird nicht selten als alleiniger Geltungsgrund des Leistungsfähigkeitsprinzips benannt. Siehe etwa (jeweils zur Einkommen- oder Körperschaftsteuer) *BVerfGE* 43, 108 (120); 61, 319 (343 f.); 66, 214 (222 f.); 81, 228 (236); 82, 60 (86 f.); 127, 224 (247 f.); ferner (zur Besteuerung der Einkommensverwendung) *BVerfGE* 135, 126 (144). Auch im Schrifttum dürfte dieser Ansatz vorherrschen; exemplarisch *Tipke* Die Steuerrechtsordnung, Band I (Fn. 30), 479 ff. (480: „Prinzip gleichmäßiger Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit“); *Birk* Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen (Fn. 31), 155 ff.; *Lang* Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer (Fn. 31), 97 ff. (115 ff.).

<sup>33</sup> Kritik an diesem „eindimensionalen Ansatz“ üben *Vogel/Waldhoff* in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Fn. 3), vor Art. 104a (1997), Rn. 522: Eine Konkretisierung des Gleichheitssatzes „aus sich selbst heraus“ laufe auf eine *petitio principii* hinaus oder lasse Wertungen von außerhalb der Verfassung einfließen.

wird dann regelmäßig auf eine Kontrolle der Binnenlogik des Gesetzes zurückgenommen und damit auf die zweite oder dritte Konkretisierungsstufe verlagert. Häufig wird ein solches Anknüpfen an einfachgesetzliche Strukturen möglich und sinnvoll sein. An Grenzen stößt es jedoch in den ebenfalls nicht seltenen Fällen interpretationsbedürftiger Ausgangsentscheidungen. Bleibt nämlich eine folgerichtig fortzudenkende legislative Basisannahme undeutlich, wird sie de facto der richterlichen Definitionsmacht anvertraut, was letztlich die Entscheidungsbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts über die daraus zu ziehenden Folgerungen erweitert.

Im Ergebnis bewirkt die Asymmetrie der grundrechtlichen Maßstäbe eine Umkehrung der typischen verfassungsrechtlichen Bindung: Die Grundsatzfragen – also beispielsweise die Frage, ob überhaupt eine Einkommensteuer zu erheben ist – werden zur freien Disposition des Gesetzgebers gestellt. Über Detailfragen – also etwa die Abzugsfähigkeit von Fahrtkosten<sup>34</sup> oder der Aufwendungen für ein privates Arbeitszimmer<sup>35</sup> – entscheidet hingegen das Bundesverfassungsgericht. Da jedoch die Grundsatzfrage nur scheinbar ergebnisoffen ist, weil ein Verzicht auf die wichtigsten Steuerquellen politisch ohnehin nicht zur Diskussion steht und eine tatsächlich freie Auswahl der Besteuerungsgegenstände nur für Bagatellsteuern in Betracht kommt, bleibt die Betonung legislativer Gestaltungsräume nicht selten rhetorischer Natur. Im Gegenteil: Die Zurücknahme der unmittelbaren Verfassungsbindung führt in Kombination mit einem strengen Gleichheitsdenken wegen der damit eröffneten Definitionsmacht über die Vergleichsgrößen zu einem Bedeutungsgewinn der Rechtsprechung. Paradoxe Weise könnte gerade umgekehrt eine stärkere verfassungsrechtliche Vorprägung der Belastungsgründe bei gegenläufiger Ausweitung legislativer Ausgestaltungsräume die reale Gestaltungsmacht des Gesetzgebers stärken.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> BVerfGE 122, 210 (230 ff.).

<sup>35</sup> BVerfGE 126, 268 (276 ff.).

<sup>36</sup> Am Rande darf die Frage aufgeworfen werden, ob die notwendig punktuell und damit fragmentarisch urteilende Gerichtsbarkeit funktional-institutionell in jedem Fall besser als der abstrakt-generell entscheidende Gesetzgeber geeignet ist, dem Folgerichtigkeitsanliegen gerecht zu werden. Womöglich könnte sogar eine etwas zurückgenommene gleichheitsrechtliche Kontrolldichte judikativ veranlassten Überdifferenzierungen entgegenwirken und daher eine Rückkehr zur Allgemeinheit des Gesetzes erleichtern.

## II. Folgerung: Rückbindung an allgemeine grundrechtliche Wertungen

### 1. Freiheitsrelevanz und Rechtfertigungsbedarf

Woher lassen sich nun derartige Vorstrukturierungen des Leistungsfähigkeitsprinzips gewinnen? Für Teilaussagen finden sich bewährte Anknüpfungspunkte. Diese beschränken sich indes durchgängig auf die Einkommensteuer, etwa soweit das wegen Art. 1 Abs. 1 GG (in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip) zu verschonende Existenzminimum<sup>37</sup> den Kern des subjektiven Nettoprinzips bildet oder soweit Art. 6 Abs. 1 GG die Eigenschaft von Ehe und Familie als Wirtschaftsgemeinschaften<sup>38</sup> vorgibt. Weitergehende Festlegungen, etwa zur Frage eines Verfassungsrangs des einkommensteuerrechtlichen objektiven Nettoprinzips, hat die Rechtsprechung bislang vermieden<sup>39</sup>, was auf der Grundlage eines rein gleichheitsrechtlichen Leistungsfähigkeitsprinzips auch naheliegt. Für andere Steuerarten wird die Frage nach einer Definition der Leistungsfähigkeit ohnehin kaum gestellt. Die Verfassungslage ist damit erstaunlich offen, vor allem im Kontrast zu anderen Rechtsgebieten, in denen dem Staat deutlich engere Fesseln angelegt werden.

Als Antwort hierauf sollte das Steuerrecht stärker an das allgemeine Grundrechtsdenken herangeführt werden. Insbesondere sollte die vorgefundene Asymmetrie von Freiheit und Gleichheit abgemildert werden. Die freiheitsrechtlichen Vorgaben sollten stärker konturiert<sup>40</sup>, die gleichheitsrechtlichen Bindungen im Gegenzug tendenziell gelockert werden. Jeweils bleibt die Stellung des Gesetzgebers als Erstinterpret dieser Leitlinien zu betonen. Die Verfassung könnte auf diese Weise die ihr angemessene Funktion einer Grobsteuerung zurückgewinnen.

---

<sup>37</sup> BVerfGE 82, 60 (85 f.); 87, 153 (169 ff.); 99, 216 (233 f.); 120, 125 (154 ff.).

<sup>38</sup> Siehe – als ersten steuerrechtlichen Anwendungsfall der Freiheitsrechte bei wegweisender Entfaltung in gleichheitsrechtlicher Hinsicht – BVerfGE 6, 55 (70 ff.). Vgl. ferner BVerfGE 61, 319 (345 ff.) zur Besteuerung der Ehe sowie die in Fn. 37 genannten Belege zum Existenzminimum auch von Kindern. Allgemein zur Bedeutung des Art. 6 GG für das Steuerrecht *Ch. Seiler* in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6 Abs. 1 (2014), Rn. 207 ff. mwN.

<sup>39</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat den Verfassungsrang des objektiven Nettoprinzips bislang offen gelassen; siehe BVerfGE 122, 210 (234); 123, 111 (121); 126, 268 (279 f.); 127, 224 (248 f.). – Zu Geltungsgrund und Inhalt dieses (zusammen mit dem subjektiven Nettoprinzip) wesensprägenden Grundprinzips der Einkommensteuer *Ch. Seiler* Prinzipien der Einkünfteermittlung – Objektives Nettoprinzip, DStJG 34 (2011), 61 ff.

<sup>40</sup> Zur „Präponderanz der Freiheit“ auch im Steuerrecht *Rodi* Die Rechtfertigung von Steuern als Verfassungsproblem (Fn. 9), 45 f. mit Fn. 123.



Ansatzpunkt einer solchen Neuausrichtung sollte die Eigenschaft der Besteuerung als Eingriff in Freiheit und Eigentum sein. Die Steuer greift in den „Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich“<sup>41</sup> ein, der nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts<sup>42</sup> und der herrschenden Lehre<sup>43</sup> der Eigentumsgarantie unterfällt. Alternativ<sup>44</sup> ließe er sich auch auf Art. 2 Abs. 1 GG stützen, dessen Schutzniveau dann, wie das Gericht vorsorglich klargestellt hat<sup>45</sup>, nicht niedriger zu veranschlagen wäre.<sup>46</sup> Begleitend tre-

<sup>41</sup> BVerfGE 115, 97 (110). – Vgl. auch zuvor BVerfGE 87, 153 (169) sowie (in anderem Zusammenhang) BVerfGE 97, 350 (371): Geld als „geprägte Freiheit“.

<sup>42</sup> Siehe aus der jüngeren Judikatur (des Zweiten Senats) BVerfGE 93, 121 (136 ff.); 115, 97 (110 ff.); vgl. aber auch die Nachweise in Fn. 46. – Die ältere Rechtsprechung griff, häufig mit Blick auf indirekte Steuern und nichtsteuerliche Abgaben, noch nicht auf Art. 14 GG zurück (was folgerichtig zur Anwendung von Art. 2 Abs. 1 GG hätte führen müssen), der wohl erst im Fall einer erdrosselnden Besteuerung einschlägig sein sollte; vgl. allgemein zur Neutralität von Art. 14 GG gegenüber Geldleistungspflichten BVerfGE 4, 7 (17); 8, 274 (330); speziell zur Besteuerung BVerfGE 19, 119 (128 f.); 19, 253 (267 f.); 26, 327 (338); 29, 402 (413); 30, 250 (271 f.); 38, 61 (102); 63, 312 (327); 68, 287 (310 f.). – Gegen eine Maßstabsfunktion des Art. 14 GG sprechen auch einige jüngere Urteile (des Ersten Senats) zu sachverwandten Abgabenfragen. Siehe z.B. BVerfGE 75, 108 (154); vgl. ferner BVerfGE 95, 267 (300 f.).

<sup>43</sup> Im Schrifttum wurde Art. 14 GG schon vor dem Einheitswertbeschluss als Maßstab der Besteuerung angesehen. Grundlegend *P. Kirchhof* Besteuerungsgewalt und Grundgesetz, 1973, 20 ff.; *derselbe* Besteuerung und Eigentum, VVDStRL 39 (1981), 213 ff.; *derselbe* Der Grundrechtsschutz des Steuerpflichtigen, AöR 128 (2003), 1 (12 ff.); siehe auch die im Detail sehr verschiedenen Ansätze von *Selmer* Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht (Fn. 7), 313 ff.; *H. H. v. Arnim* Besteuerung und Eigentum, VVDStRL 39 (1981), 286 (299 ff.); *Friauf* (Fn. 17) DÖV 1980, 480 ff.; *derselbe* Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Gesetzgebung über die Steuern vom Einkommen und vom Ertrag, DSStJG 12 (1989), 3 (19 ff., 24); *Rodi* Die Rechtfertigung von Steuern als Verfassungsproblem (Fn. 9), 85 ff.; *Vogel/Waldhoff* in: Kahl/Waldhoff/Walter (Fn. 3), vor Art. 104a (1997), Rn. 541; *F. Kirchhof* Der Weg zur verfassungsgerechten Besteuerung, StuW 2002, 185 (191 ff.); vgl. ferner *H.-J. Papier* Die Beeinträchtigungen der Eigentums- und Berufsfreiheit durch Steuern vom Einkommen und Vermögen, Der Staat 11 (1972), 483 ff. – Einen Überblick über die unterschiedlichen Ansätze gibt *M. Pausenberger* Eigentum und Steuern in der Republik, 2008, 255 ff., 266 ff.

<sup>44</sup> Zum Verhältnis von Eigentumsschutz und Handlungsfreiheit in Steuerfragen *H.-J. Papier* in: Maunz/Dürig (Hrsg.) Grundgesetz, Art. 14 (2010), Rn. 165 ff. (175) mwN.

<sup>45</sup> BVerfGE 115, 97 (114 f.): „Soweit im Einzelfall keine vermögenswerte Rechtsposition betroffen ist, gilt der gleiche Maßstab zur Rechtfertigung einer Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 1 GG, der ebenfalls im Rahmen der Verhältnismäßigkeitskontrolle hinreichend Spielraum für die Gewichtung der Freiheitsbeeinträchtigung und des rechtfertigenden öffentlichen Interesses lässt (vgl. BVerfGE 105, 17 [32]). In jedem Fall geht es um die Frage, wie weit die öffentliche Gewalt den Einzelnen zur Finanzierung des Gemeinwesens heranziehen darf, was ihm also von seinem erzielten wirtschaftlichen Erfolg genommen werden darf und was ihm belassen bleiben muss.“

<sup>46</sup> Diese Maßstabsgleichheit hat das Gericht in anderen Fällen veranlasst, die ohnehin folgenlose Abgrenzung zwischen Art. 14 GG und Art. 2 Abs. 1 GG dahingestellt zu lassen; siehe BVerfGE 105, 17 (32); 135, 126 (141).

ten, soweit die Steuer das Erwerbshandeln oder ein sonstiges Verhalten lenkt, die Berufs- oder die allgemeine Handlungsfreiheit hinzu. Diese und weitere Grundrechte sind je nach Steuerart in unterschiedlicher Art und Weise berührt und häufig auch kumulativ oder jedenfalls in wechselnder Kombination einschlägig.<sup>47</sup> Eine übergreifende Betrachtung der Besteuerung sollte deshalb nicht bei einer Addition der Schutzbereichsdefinitionen stehen bleiben, sondern ihre Freiheitsrelevanz als solche thematisieren.

Der Eingriffscharakter der Besteuerung wirft, wie bei jedem Grundrechtseingriff, die Frage nach dem rechtfertigenden Grund der Belastung<sup>48</sup> auf.<sup>49</sup> Sie wird in Rechtsprechung<sup>50</sup> und Schrifttum zumeist stillschweigend übergangen oder jedenfalls nicht vertieft erörtert. Die Rechtspraxis bestätigt auf diese Weise die finanzwissenschaftliche Beobachtung, dass eingebürgerte Steuerarten nicht hinterfragt und nur neue Steuerlasten kritisch beargwöhnt werden.<sup>51</sup> Dennoch bleibt die Frage bedeutsam, weil der Belastungsgrund wichtige Erkenntnisse für die noch ausstehende Konkretisierung des Leistungsfähigkeitsprinzips liefern und damit Gegenstand und Ausgestaltung der Besteuerung vorzeichnen kann, überdies auch, weil sich ohne ihn nicht erkennen ließe, was nicht besteuert werden darf. Um das obige Beispiel aufzugreifen: Nur anhand der Rechtfertigungsfrage

---

<sup>47</sup> Vgl. die Darstellung der in der Rechtsprechung thematisierten Grundrechte bei *Vogel* Die Steuergewalt und ihre Grenzen (Fn. 18), 527 (531 ff.).

<sup>48</sup> Maßgeblich sind an dieser Stelle in erster Linie die typischerweise eintretenden Belastungswirkungen, nicht die äußere Gestalt einer Steuer. So ist namentlich im Fall der indirekten Steuern auf die tatsächliche Belastung des Steuerträgers, nicht auf die eher technische Inanspruchnahme des Steuerschuldners abzustellen.

<sup>49</sup> Hierzu grundlegend, wenn auch eher staatsphilosophisch *K. Vogel* Rechtfertigung der Steuern: eine vergessene Vorfrage, *Der Staat* 25 (1986), 481 ff.; stärker am positiven Recht ausgerichtet *P. Kirchhof* Die Steuern, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) *HStR*, Band V, 3. Aufl. 2007, § 118, Rn. 86 ff.; *Rodi* Die Rechtfertigung von Steuern als Verfassungsproblem (Fn. 9), 73 ff., 137 ff.; *Vogel* Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: *HStR* IV, 2. Aufl., § 87 (Fn. 15), Rn. 87 ff.; *Vogel/Waldhoff* in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Fn. 3), vor Art. 104a (1997), Rn. 402 f.

<sup>50</sup> Vgl. aus jüngster Zeit BVerfGE 137, 350 (366 ff.) zur Luftverkehrssteuer (Überprüfung der Auswahl des Steuerobjekts allein in gleichheitsrechtlicher Hinsicht). – Eine seltene Ausnahme enthält BVerfGE 120, 1 (24 ff.) zur Gewerbesteuer, deren im Kern vorkonstitutioneller Objektcharakter die Rechtfertigungsfrage geradezu provoziert. Siehe hierzu auch unten (Fn. 60).

<sup>51</sup> So die auf *Canard* zurückgehende, Traditionsargument und Opportunitätsdenken verbindende Klugheitsregel „alte Steuern, gute Steuern“. Siehe *N. F. Canard* *Principes d'économie politique*, 1801, 197 (zitiert nach der deutschen Ausgabe von 1958, 239): „Donc on peut avancer cette grande vérité, que *tout vieil impôt est bon, et tout nouvel impôt est mauvais*“ (Hervorhebung im Original). – Kritisch hierzu *Wernsmann* Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem (Fn. 7), 326 ff.

wird es möglich sein, eine gleichmäßig erhobene Kopfsteuer als unzulässig auszuweisen.<sup>52</sup>

## 2. Differenzierende Suche nach dem rechtfertigenden Grund

Bei der Suche nach dem tragenden Grund ist zwischen der Besteuerung an sich und der Auswahl einzelner Belastungsobjekte zu differenzieren.<sup>53</sup> Erstere wird bereits durch das in der Finanzverfassung konkludent mitge-regelte Steuerstaatsprinzip<sup>54</sup> legitimiert.<sup>55</sup> Es fordert, den Staat vorrangig durch Steuern zu finanzieren<sup>56</sup>, und billigt so deren Einsatz dem Grunde nach. Das Steuerstaatsprinzip trifft diese Entscheidung jedoch primär in Abgrenzung zu anderen Finanzierungsformen, insbesondere zu den nicht-steuerlichen Abgaben, die nur ausnahmsweise erhoben werden dürfen.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Zur Unzulässigkeit einer Besteuerung nach Köpfen als Konsequenz der „Präponde-ranz der Freiheit“ U. Palm Person im Ertragsteuerrecht, 2013, 412.

<sup>53</sup> Ebenso Vogel/Waldhoff in: Kahl/Waldhoff/Walter (Fn. 3), vor Art. 104a (1997), Rn. 402 f.: Differenzierung zwischen der mit dem Steuerstaatsprinzip geleisteten Rechtfertigung der Besteuerung „dem Grunde nach“ und der Rechtfertigung konkreter Einzelsteuern. Gleichsinnig Friauf DStJG 12 (1989) (Fn. 43), 3 (5); vgl. auch Tipke Die Steuerrechtsordnung, Band I (Fn. 30), 228 ff. („allgemeine“ und „besondere Steuerrechtfertigung“). – Siehe zum Folgenden auch bereits Seiler in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 105, Rn. 59 ff.

<sup>54</sup> Nachweise hierzu oben in Fn. 3.

<sup>55</sup> Siehe auch M. Jachmann Ökologie versus Leistungsfähigkeit – Gilt es neue Wege in der Steuerrechtfertigung zu gehen?, StuW 2000, 239: Die Steuerpflicht sei als „materielle Grundpflicht“ im Prinzip der Steuerstaatlichkeit angelegt.

<sup>56</sup> Das Vorhandensein differenzierter Vorgaben zur Steuergesetzgebung, -aufteilung und -verwaltung und das Fehlen entsprechender Regelungen zu anderen Finanzierungsmöglichkeiten geben die Grundsatzentscheidung der Verfassung zu erkennen, die gegenleistungs-unabhängige Gemeinlast der Steuer als Regelinstrument der Staatsfinanzierung einzusetzen (und so Staatseinnahmen und -ausgaben zu entkoppeln), andere Einnahmenquellen hingegen nur nachrangig zu nutzen. Siehe BVerfGE 78, 249 (266 f.): Der grundgesetzlichen Finanzverfassung „liegt die Vorstellung zugrunde, dass die Finanzierung der staatlichen Aufgaben in Bund und Ländern einschließlich der Gemeinden grundsätzlich aus dem Ertrag der in Art. 105 ff. GG geregelten Einnahmenquellen erfolgt (Prinzip des Steuerstaates, vgl. K. Vogel in: Inensee/Kirchhof [Hrsg.] Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, § 27 Rdnr. 70) und nur ausnahmsweise, d.h. unter besonde- ren Voraussetzungen, Einnahmen außerhalb des von der Finanzverfassung erfassten Bereichs erschlossen werden dürfen“.

<sup>57</sup> Die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zum Steuerstaatsprinzip entstammen bezeichnenderweise durchgängig Entscheidungen zu nichtsteuerlichen Abgaben und begründen deren Ausnahmecharakter; siehe nochmals BVerfGE 78, 249 (266 f.); 93, 319 (342). – Bedenken erwecken dabei vor allem die gruppenspezifische Zusatzlasten einfor- dernden Sonderabgaben, bei übermäßigem Einsatz aber auch die Vorzugslasten Gebühr und Beitrag.

Sein die konkrete Besteuerung anleitender Prinzipiengehalt bleibt hingegen gering. Vor allem schweigt es zur Auswahl und Ausgestaltung einzelner Steuerarten. Deutlich wird dies in der Verneinung: Das Steuerstaatsprinzip lässt weder erkennen, was kein tauglicher Steuergegenstand sein könnte, noch liefert es eine Handhabe gegen übermäßige Belastungen. Es verhält sich daher mit der Steuerstaatlichkeit wie mit der Friedensfunktion des Staates und dem seiner Erfüllung dienenden Gewaltmonopol. Diese schließen private Gewalt aus und beauftragen den Staat allgemein, die Sicherheit seiner Bürger zu garantieren, erübrigen aber nicht die Rechtfertigung konkreter polizeilicher Akte.

Die somit erforderliche Rechtfertigung auch der Auswahl einzelner Steuerobjekte folgt nicht bereits aus dem Finanzbedarf des Staates, schon weil er potenziell grenzenlos ist und keine inneren Belastungsmaßstäbe in sich trägt, also letztlich jede Besteuerung erlauben würde.<sup>58</sup> Spiegelbildlich rechtfertigt allein die Zahlungsfähigkeit des Steuerpflichtigen noch nicht seine Inanspruchnahme. Der Umstand, dass der Bürger in der Lage ist, eine Steuerschuld zu begleichen, begründet noch nicht ihre Berechtigung.<sup>59</sup>

Auch die Ertragskompetenzen des Art. 106 GG helfen hier nur bedingt weiter. Sie geben zwar einen eingebürgerten Bestand historisch überkommener Steuerarten zu erkennen und formulieren damit auch einen Katalog grundsätzlich tauglicher Belastungsobjekte.<sup>60</sup> Dennoch bleiben sie formelle

---

<sup>58</sup> Das Bundesverfassungsgericht betont mit Recht, dass das Ziel der Einnahmenvermehrung keine vom ausgewählten Belastungsgrund abweichende Mehrbelastung rechtfertigen kann; so BVerfGE 122, 210 (236 f.); 126, 268 (278, 281). Die Richtigkeit dieser Aussage beruht allerdings auf der unausgesprochenen Prämisse, dass sich bereits der Belastungsgrund nicht im Ziel der Einnahmenerzielung erschöpft.

<sup>59</sup> Entsprechendes gilt auch umgekehrt: Eine Entreicherung lässt, selbst wenn sie zur Zahlungsunfähigkeit führt, den Steueranspruch nicht erlöschen.

<sup>60</sup> In diesem Sinne sollte auch die in BVerfGE 120, 1 (24 ff.) angenommene „finanzverfassungsrechtliche Rechtfertigung“ der Gewerbesteuer verstanden werden. Das Gericht folgt hieraus lediglich eine „grundsätzliche verfassungsrechtliche Anerkennung“ (26 f.), lehnt es aber ausdrücklich ab, der Ertragskompetenz weitergehende grundrechtliche Folgerungen zu entnehmen (27 f.). Demgemäß schiebt das Gericht kurz darauf eine „innere Rechtfertigung“ der Gewerbesteuer als Maßstab der Gleichheitsprüfung nach; BVerfGE 120, 1 (37 ff., insbesondere 39). Diese wird dann in traditioneller Fortschreibung ihres vorkonstitutionellen Leitmotivs (das freilich kritisch zu hinterfragen wäre, außerdem durch den Verzicht auf Gewerbekapital und Lohnsumme als Bemessungsgrößen erheblich relativiert worden ist) der Äquivalenztheorie entnommen. Wäre die Gewerbesteuer jedoch bereits mit der Ertragszuständigkeit grundrechtlich gerechtfertigt, bedürfte es keiner zweiten Legitimation, sondern allein einer vertretbaren Ausgestaltung der kompetenzrechtlich überbrachten Vorgabe.

Einem derart gestuften Zugang ist, auch wenn der doppelte Rechtfertigungsbegriff missverständlich scheint, grundsätzlich zuzustimmen. Die „finanzverfassungsrechtliche Rechtfertigung“ hat zunächst eine bundesstaatliche Bedeutung: Der Katalog der Ertragskompe-

Organisationsregeln, die als bloße Zuständigkeiten nicht von den Grundrechten entbinden, insbesondere nicht selbst ihre Inanspruchnahme und damit die erst auf ihrer Grundlage zu treffenden konkreten Belastungsentscheidungen rechtfertigen.<sup>61</sup> Insofern gilt für die Steuer nichts anderes als für die Sachkompetenzen.<sup>62</sup> Ihre materiellen Gehalte nicht zu überdehnen beugt zudem einer Versteinerung des Steuerrechts vor. Denn anderenfalls dürfte dem bei Abfassung des Art. 106 GG vorgefundenen Bestand an Steuerarten eine ihre inhaltliche Neuausrichtung versperrende Bedeutung zukommen. So weichen heute etwa die Umsatz-<sup>63</sup> und die Körperschaftsteuer<sup>64</sup> wesentlich von ihrer ursprünglichen Gestalt ab<sup>65</sup>, was ihre materielle Herleitung aus der fortbestehenden Ertragskompetenz überfordern würde. Umgekehrt immunisiert die ältere Zuständigkeitsnorm eine unverändert erhobene Steuer nicht gegen ein zwischenzeitlich gewandeltes Grundrechtsverständnis, wie es namentlich die Eigentumsgarantie<sup>66</sup> erfahren hat.

---

tenzen begründet einen numerus clausus der Besteuerungsformen. Steuern, deren Aufkommen das Grundgesetz nicht einer Staatsebene zuordnet, dürfen nicht erhoben werden; hierzu *Seiler* in: *Maunz/Dürig* (Fn. 9), Art. 105, Rn. 121 ff. (mwN). Hieran knüpft die zugleich individuelle Schutzrichtung der föderalen Finanzverfassung an: Den Steuerpflichtigen dürfen keine anderen als die genannten Steuern auferlegt werden. Jedoch steht damit immer noch die positive Belastungsentscheidung in Gestalt der konkreten Steueraufgabe aus, die wie jeder staatliche Eingriff an den Grundrechten gemessen werden muss. Hierzu schweigt die Finanzverfassung.

<sup>61</sup> Spiegelbildlich verpflichten die Ertragskompetenzen nicht zur Erhebung der dort genannten Steuerarten. Eine Besonderheit gilt allein für die Umsatzsteuer (Art. 106 Abs. 3 GG), deren spezifische Funktion im Bund-Länder-Verhältnis die vorherige Erhebung einer unter diesen Kompetenzbegriff fallenden Steuer erforderlich macht. Siehe *Seiler* in: *Maunz/Dürig* (Fn. 9), Art. 105, Rn. 126 f.

<sup>62</sup> BVerfGE 120, 1 (27) beruft sich auf die Parallele zur Kernenergie, deren friedliche Nutzung mit der Gesetzgebungskompetenz des Bundes gebilligt sei. Die konkrete Ausgestaltung der Kernenergie muss gleichwohl an Art. 2 Abs. 2 GG gemessen werden.

<sup>63</sup> Die Umsatzsteuer wurde mit dem Übergang von der Allphasenbruttoumsatzsteuer zur Allphasennettoumsatzsteuer (Mehrwertsteuer) durch Gesetz vom 29.5.1967, BGBl. I 1967, S. 545 ff., grundlegend umgestaltet.

<sup>64</sup> Hervorgehoben seien der Systemwechsel von der Definitivbelastung der früheren Körperschaftsteuer hin zum Anrechnungsverfahren durch das Gesetz vom 31.8.1976, BGBl. I 1976, S. 2597 ff., und seine Fortentwicklung durch den Übergang zum Halbeinkünfteverfahren (zwischen Teileinkünfteverfahren) durch das Gesetz vom 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1433 ff.

<sup>65</sup> Auch die Gewerbesteuer hat erhebliche Wesensänderungen erfahren, dies allerdings begleitet von einer Textänderung des Grundgesetzes. So wurde das Wort „Realsteuern“ in Art. 106 Abs. 6 GG im Zusammenhang der Abschaffung der Gewerbekapitalsteuer durch die Worte „Grundsteuer und Gewerbesteuer“ ersetzt; siehe das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 20.10.1997, BGBl. I 1997, 2470.

<sup>66</sup> Zur nachkonstitutionellen Neuausrichtung der Eigentumsdogmatik siehe BVerfGE 58, 300 (330 ff.).

Schließlich eignet sich auch das Leistungsfähigkeitsprinzip nicht als selbsttragender Rechtfertigungsgrund.<sup>67</sup> Es liefert eine abhängig vom Belastungsgrund zu findende Bemessungsgröße, hilft also, die Steuerlast zu verteilen, legitimiert jedoch nicht den belastenden Eingriff als solchen.<sup>68</sup> Dies gilt vor allem, wenn man das Leistungsfähigkeitsprinzip rein gleichheitsrechtlich herleitet<sup>69</sup>, aber auch dann, wenn man die Freiheitsrechte als weitere Stütze hinzunimmt: Die Grundrechte rechtfertigen nicht ihre eigene Beschränkung.

### 3. *Der Erfolg privaten Wirtschaftens als Objekt jeder Besteuerung*

Angesichts dieser Schwierigkeiten empfiehlt es sich, grundsätzlicher anzusetzen. Ökonomisch knüpft jede Besteuerung an Vorgänge des Wirtschaftslebens an. Der Staat kann nur jenen Wohlstand abschöpfen, den seine Bürger zuvor – volkswirtschaftlich gesehen als Sozialprodukt, individuell betrachtet als Erfolg eigenen Wirtschaftens – erarbeitet haben. Die Besteuerung belastet damit stets etwas Erworbenes, im noch untechnischen Sinne ein Einkommen, mag es auch, weil der Erwerb schon länger zurückliegt, inzwischen zu Vermögen geronnen sein.<sup>70</sup> Anders gesagt greift die Besteuerung zwar auf Einkommen zu, dies aber in verschiedenen Aggregatzuständen, sei es beim Erwerb, als Bestand erworbenen Vermögens oder mit seiner Verwendung zu Konsumzwecken.<sup>71</sup>

Hieran anknüpfend lässt sich finanzwissenschaftlich eine Präferenz für das Einkommen als Indikator besteueringwürdiger Leistungsfähigkeit

---

<sup>67</sup> Vgl. jedoch stellvertretend für viele Autoren *K. Tipke* Die Steuerrechtsordnung, Band II, 2. Aufl. 2003, 576 ff. (598): „Steuern (Fiskalzwecksteuern) sind gerechtfertigt, wenn sie geeignet sind, zu einer gleichmäßigen Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit beizutragen.“ Die Gleichheit als belastungsausgestaltender Maßstab erscheint so als Belastungsgrund. Ähnlich z.B. *F. Kirchhof* (Fn. 43) *StuW* 2002, 185 (187): Leistungsfähigkeit als „typische Rechtfertigung von Finanzzwecksteuern“.

<sup>68</sup> Das Leistungsfähigkeitsprinzip konkretisiert, anders gewendet, zwar das „Was?“ und das „Wie?“ der Steuerbelastung, schweigt aber zum „Warum?“.

<sup>69</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 32.

<sup>70</sup> *Tipke* Die Steuerrechtsordnung, Band I (Fn. 30), 248, 326 f., 500; Band II (Fn. 67), 571 f., 580 ff., 597 f. (und öfter), sieht im (gespeicherten) Einkommen die einzig denkbare Steuerquelle. Vgl. auch hierzu bereits v. *Stein* Lehrbuch der Finanzwissenschaft, Zweiter Teil, Erste Abteilung (Fn. 3), 355: „...jede Steuer, möge sie sonst Namen und Form haben, welche sie wolle, (kann) nur eine Steuer auf das Einkommen sein“.

<sup>71</sup> Vgl. – bei geringfügig anderer, jedoch anschlussfähiger Formulierung – *BVerfGE* 93, 121 (134 f.): Besteuerung des Vermögenserwerbs, des Vermögensbestandes und der Vermögensverwendung.

erkennen.<sup>72</sup> Als solcher ist das Einkommen ideen-<sup>73</sup> wie realgeschichtlich an die Stelle des Vermögens getreten.<sup>74</sup> Schon die historisch ältere Vermögensbesteuerung übernahm eine der Ertragsbesteuerung ähnliche Funktion, belastete sie doch letztlich vermutete Erträge aus der Substanz, die zwar noch nicht ermittelt, aber doch als für die Steuerzahlung erforderlich vorausgesetzt wurden.<sup>75</sup> Seit dem Übergang vom 18. zum 19. Jahrhundert<sup>76</sup> und mit dem Ausbau einer zur Einkommensermittlung befähigten Finanzverwaltung verdrängte dann das Einkommen allmählich das Vermögen als bevorzugtes Belastungsobjekt.<sup>77</sup> Auch die ebenfalls althergebrachten

<sup>72</sup> Das Leistungsfähigkeitsprinzip ist originär finanzwissenschaftlicher Herkunft, aber rechtswissenschaftlich rezipiert worden; vgl. *Birk* Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen (Fn. 31), 6 ff. – Allerdings haben sich inzwischen weite Teile der Finanzwissenschaft vom Leistungsfähigkeitsgedanken ab- und dem Äquivalenzprinzip zugewandt, ohne dass die Rechtswissenschaft dem gefolgt wäre; siehe jedoch *Schmehl* Das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung (Fn. 3), 2 ff.

<sup>73</sup> Vgl. *R. Musgrave* Finanztheorie, Studienausgabe 1974, 76 ff., zum ideengeschichtlichen Übergang vom Vermögen zum Einkommen als Bezugsgröße der Leistungsfähigkeit. Nach wie vor lesenswert auch *E. H. Vogel* Die theoretischen Grundlagen der Vermögensbesitzsteuer im Systeme der Ertrags- und Einkommensbesteuerung, *FinArch* 27 (1910), 81 ff., zur historischen Bedeutung der Vermögens- als Ausgangspunkt aller Erwerbsbesteuerung.

<sup>74</sup> Hierzu wie zum Folgenden *D. Birk* Rechtfertigung der Besteuerung des Vermögens aus verfassungsrechtlicher Sicht, *DStJG* 22 (1999), 7 (10 ff.); vgl. auch *H. Kube* Erneuerung der Besteuerung von Vermögen aus deutscher Sicht, *DStJG* 37 (2014), 343 (350 f.).

<sup>75</sup> Vgl. *Birk* *DStJG* 22 (1999) (Fn. 74), 7 (10 f.).

<sup>76</sup> Die erste Einkommensteuer wurde 1799 in Großbritannien auf Betreiben des Premierministers *W. Pitt* zur Finanzierung des Krieges gegen das napoleonische Frankreich eingeführt. Sie wurde zwar 1802 wieder abgeschafft, aber schon 1803 folgte unter Premierminister *H. Addington* eine neue Einkommensteuer, die wiederum der Kriegsfinanzierung diene und daher nur bis 1816 in Kraft blieb, aber eine Vorbildfunktion für die Zukunft übernahm. 1842 kam es erneut zu einer Einkommensteuer, die ebenfalls befristet sein sollte, aber dann doch verstetigt wurde. Siehe *B. Großfeld* Die Einkommensteuer – Geschichtliche Grundlage und rechtsvergleichender Ansatz, 1981, 10 ff.; zur Rezeption in Deutschland *Großfeld* Ebenda, 26 ff.

<sup>77</sup> Ein Übergangsphänomen bildete die Fundustheorie, nach der Einkünfte aus Vermögen wegen ihrer größeren Beständigkeit als „fundiertes“ Einkommen einer zusätzlichen Belastung unterzogen werden sollten; vgl. *Birk* *DStJG* 22 (1999) (Fn. 74), 7 (11); *Kube* *DStJG* 37 (2014) (Fn. 74), 343 (350 f.). – Der Gedanke lebt in der Sonderbelastung gewerblicher Einkünfte durch die Gewerbesteuer fort; vgl. noch *BVerfGE* 13, 331 (348 ff.); nicht mehr enthalten in *BVerfGE* 120, 1 (24 ff.). Heute erscheint die Berechtigung dieses Ansatzes fragwürdig, weil nicht die Verlässlichkeit einer Steuerquelle, sondern allein der Umfang der aus ihr realisierten Leistungsfähigkeit steuerliche Differenzierungen rechtfertigen kann. Da die Gewerbesteuerlast jedoch inzwischen einfachgesetzlich kompensiert wird (§ 35 EStG; Tarifgestaltung der Körperschaftsteuer), die Höherbelastung also pauschalierend beseitigt worden ist, lässt sich hiergegen dem Grunde nach (wohl aber gegen die konkrete Umsetzung) nichts einwenden. Für die heute nicht mehr erhobene Vermögensteuer hat das Bundesverfassungsgericht den Gedanken des „fundierten“ Einkommens im Sinne

Konsumsteuern sind – freilich erst nachträglich – auf das Einkommen bezogen worden. So hat die Finanzwissenschaft<sup>78</sup> die Verbrauch- und Aufwandsteuern als Besteuerung der Einkommensverwendung qualifiziert. Die Rechtsprechung<sup>79</sup> hat sich dem ausdrücklich angeschlossen.<sup>80</sup> Im Ergebnis läuft all dies auf eine zweipolige Differenzierung hinaus, nach der Einkommenserzielung und -verwendung die alternativen Bezugsgrößen einer leistungsfähigkeitsgerechten Besteuerung bilden.<sup>81</sup>

Das Grundgesetz spricht in einer Gesamtschau mehrerer Einzelvorgaben ebenso dafür, die Leistungsfähigkeit am Erwerb und damit am Einkommen auszurichten. Den Ausgangspunkt bildet das Steuerstaatsprinzip, mit dem der Staat auf eigenes Wirtschaften als alternative Form der Mittelbeschaffung verzichtet und sich selbst auf eine Teilhabe am Erfolg privaten Wirtschaftens<sup>82</sup> zurücknimmt.<sup>83</sup> Im Einklang hiermit schützen die Grund-

---

eines Soll-Ertrags konkretisiert und mit dieser Maßgabe für verfassungskonform befunden; siehe BVerfGE 93, 121 (139 f.).

<sup>78</sup> Grundlegend *G. Schmolders* Das Verbrauch- und Aufwandsteuersystem, in: W. Gerloff/F. Neumark (Hrsg.) Handbuch der Finanzwissenschaft, 2. Band, 2. Aufl. 1956, 635 (652): „Steuern auf die in der Einkommensverwendung für den persönlichen Lebensbedarf zum Ausdruck kommende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“. Diese Definition beruht auf der vorherigen Bestimmung des Einkommens als Indikator von Leistungsfähigkeit (648).

<sup>79</sup> Eingehend im Anschluss an *G. Schmolders* BVerfGE 65, 325 (345 ff.): Steuern auf die Einkommensverwendung (in Abgrenzung zur Einkommensentstehung; Hervorhebungen im Original); bestätigt in BVerfGE 114, 316 (334); 123, 1 (15); 135, 126 (142, 145). Vgl. auch BVerfGE 110, 274 (297). Ebenso BVerwGE 110, 237 (240); 111, 122 (125); 115, 165 (168 f.); 120, 175 (178); 143, 301 (303 ff.); zur hieraus vom BVerwG gezogenen praktischen Konsequenz siehe unten III.3. mit Fn. 107.

<sup>80</sup> Siehe auch *Tipke* Die Steuerrechtsordnung, Band II (Fn. 67), 979 ff.

<sup>81</sup> *K. Vogel/H. Walter* in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 105 (2004), Rn. 97, erkennen nur diese eine „logisch erschöpfende Unterscheidung“ der Steuerarten. – Vgl. auch unten III.4. zur Integration namentlich der Vermögenssteuer in diese Differenzierung.

<sup>82</sup> Grundlegend BVerfGE 93, 121 (134): „In der freiheitlichen Ordnung des Grundgesetzes deckt der Staat seinen Finanzbedarf grundsätzlich durch steuerliche Teilhabe am Erfolg privaten Wirtschaftens.“ – Aus dem Schrifttum namentlich *P. Kirchhof* Besteuerung und Eigentum (Fn. 43), 213 (215 f., 233 f.); *derselbe* Die Steuern, in: HStR V, 3. Aufl., § 118 (Fn. 49), Rn. 1 ff., 86 ff. (Steuer als „Preis der Freiheit“); ebenso *Friauf* DSStJG 12 (1989) (Fn. 43), 3 (3 f.); *Ch. Gröpl* Staatseinnahmen und Staatsausgaben im demokratischen Verfassungsstaat, AöR 133 (2008), 1 (14 f.); *H. Kube* Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, 117 f.; *Vogel* Der Finanz- und Steuerstaat, in: HStR II, 3. Aufl., § 30 (Fn. 3), Rn. 51, 69 ff.

<sup>83</sup> Siehe *Isensee* Steuerstaat als Staatsform (Fn. 3), 409 (416 ff.). Der Steuerstaat fügt sich auf diese Weise in den staatsrechtlichen Dualismus von Staat und Gesellschaft, ohne hierdurch auf ein bestimmtes Wirtschaftskonzept festgelegt zu sein; siehe *Isensee* Ebenda, 409 (416). – Historisch lässt sich auch diese Verortung der Steuerstaatlichkeit auf *L. v. Stein* zurückführen; hierzu *Vogel* (Fn. 49) Der Staat 25 (1986), 481 (497 ff.).



rechte, insbesondere Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG, die Grundlagen einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung. Beides geschieht im Lichte der Sozialstaatlichkeit<sup>84</sup> und ihrer Entfaltung in den Grundrechtsschranken, die den Gebrauch<sup>85</sup> der Freiheit den immanenten Grenzen sozialer Einbindung unterwerfen.

Hieraus folgt für das Steuerrecht die primäre Maßgabe, die private Zuordnung der Eigentums- und Vermögenssubstanz zu respektieren.<sup>86</sup> Ein persönliches Einkommen und das aus ihm geronnene Vermögen sind in erster Linie Früchte individueller Freiheitsbetätigung und als solche gegen den Zugriff des Staates zu schützen. Eine besteuerswürdige Leistungsfähigkeit kann folglich nicht bereits mit dem bloßen Innehaben belastbarer Vermögenswerte gegeben sein.<sup>87</sup> Insbesondere wäre eine Steuer, deren Belastungsgrund sich im Ziel der Umverteilung<sup>88</sup> erschöpfte, kaum mit dem grundrechtlichen Schutz des Eigenen vereinbar.<sup>89</sup> Auch im Lichte des

<sup>84</sup> Zur Entfaltung des Sozialstaats im Steuerstaat bereits *Forsthoff* Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates (Fn. 12), 8 (31): „Der moderne Rechtsstaat ist Sozialstaat wesentlich in seiner Funktion als Steuerstaat.“ Siehe ferner *Isensee* Steuerstaat als Staatsform (Fn. 3), 409 (432 ff.); ablehnend *Heun* Die Entwicklung des Steuerstaatskonzepts in theoretischer und tatsächlicher Hinsicht (Fn. 3), 10 (19). – Siehe zum Verhältnis von Steuer- und Sozialrecht auch *M. Lehner* Einkommensteuerrecht und Sozialhilferecht, 1993; *Ch. Seiler* Staatliches Nehmen – Staatliches Geben. Zum wechselbezüglichen Selbststand von Steuer- und Sozialrecht, AöR 136 (2011), 95 ff.

<sup>85</sup> Vgl. auch den Wortlaut von Art. 14 Abs. 2 GG, der die Sozialpflichtigkeit des Eigentums primär auf seinen „Gebrauch“ bezieht. Der Bestand als solcher, das heißt die personelle Zuordnung der Eigentumssubstanz zum Inhaber wird hierdurch nicht zur Disposition gestellt. Ähnlich BVerfGE 93, 121 (137 f.); vgl. auch BVerfGE 115, 97 (114). – Siehe zum Ganzen *P. Kirchhof* Besteuerung und Eigentum (Fn. 43), 213 (242 f., zusammenfassend 243): „Die Sozialpflichtigkeit gestattet dem Staat eine Teilnahme am Erfolg des Eigentumsgebrauchs, grundsätzlich nicht eine Teilhabe am Eigentumsbestand“ (243).

<sup>86</sup> Vgl. BVerfGE 93, 121 (137): „Die Zuordnung der vermögenswerten Rechtsposition zum Eigentümer und die Substanz des Eigentums müssen gewahrt bleiben.“

<sup>87</sup> Ein anderes mag in historischen Ausnahmefällen gelten, in denen auch ein Zugriff auf die Vermögenssubstanz in Betracht kommen kann. Ebenso BVerfGE 93, 121 (138 f.) mit den Beispielen des Reichsnotopfergesetzes von 1919 und des Lastenausgleichsgesetzes von 1952.

<sup>88</sup> Zur Klarstellung: Gemeint ist an dieser Stelle ein Substanzentzug *allein* zum Zwecke einer Umgestaltung der Eigentums- und Vermögensordnung, das heißt *ungeachtet* einer Leistungsfähigkeit. Unberührt bleibt hingegen die Funktion des Leistungsfähigkeitsprinzips als steuerspezifische Ausformung sozialstaatlicher Verteilungsgerechtigkeit (Höherbelastung der Leistungsfähigen bei gegenläufiger Nichtbelastung der Nichtleistungsfähigen, deren Bedürftigkeit zudem Anlass steuerfinanzierter Sozialleistungen sein kann). Diese lässt sich je nach Auswahl und Ausgestaltung der Steuerarten sowie nicht zuletzt durch die Höhe der Steuersätze differenzierend verwirklichen.

<sup>89</sup> Prüfstein ist die Kontrollfrage, ob eine Überwindung der vorgefundenen Güterzuordnung im Rahmen eines auf Art. 70 ff. GG gestützten Sachgesetzes mit den Grundrechten

Sozialstaatsprinzips, das kein Gegenprinzip zur grundrechtlichen Freiheit normiert, sondern mit ihr in Einklang zu bringen ist, darf das Steuerrecht nicht zum Instrument staatlicher Güterzuordnung verfremdet werden.<sup>90</sup> An den Erfolgen individuellen Wirtschaftens teilzuhaben bleibt dem Staat gleichwohl gestattet, wenn und soweit sein Steuerrecht lediglich – als Schranke der Freiheitsausübung – die soziale Einbindung des Erwerbshandelns wie des Erworbenen nachzeichnet.

In diesem Sinne liefert die soziale Einbindung des Erfolgs privaten Wirtschaftens den legitimierenden Grund für die Auswahl eines Besteuerungsobjekts. Anders gesagt darf nicht jede, sondern nur die sozialpflichtige Zahlungsfähigkeit als Leistungsfähigkeit herangezogen werden.<sup>91</sup> Damit ist indes nur ein äußerer Rahmen gesetzt. Ihn mit konkreten Belastungsentscheidungen auszufüllen bleibt dem Gesetzgeber vorbehalten. Er hat dabei Belastungsgrund, Zugriffsart und Eingriffsintensität wertend auszubalancieren, um so eine angemessene Relation von Privatnützigkeit und Sozialbindung zu finden. Hierin liegt die bereichsspezifische Ausformung der Verhältnismäßigkeit, die im Steuerrecht kaum nach Eignung und Erforderlichkeit der Belastung differenzieren, wohl aber nach ihrer Angemessenheit fragen kann.<sup>92</sup> An die legislative Umsetzung dieser Vorga-

---

vereinbar wäre. Diese Überlegung bringt die Wertung aus Art. 14 Abs. 3 GG ins Spiel. Als abstrakt-generell auferlegte Zahlungspflicht zur Finanzierung allgemeiner öffentlicher Aufgaben ist die Steuer zwar begrifflich keine Enteignung, verstanden als Entzug konkreter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben; BVerfGE 115, 97 (111 f.). Dennoch liegen die materiellen Parallelen von allgemeiner Mittel- (Steuer) und konkreter Güterbeschaffung (Enteignung) auf der Hand. Demgemäß widerspricht eine Steuer, deren Belastungsgrund sich darin erschöpft, private Vermögen in öffentliches Eigentum zu überführen oder gar zwischen den Bürgern umzuverteilen, dem Rechtsgedanken des Art. 14 Abs. 3 GG, der eine vergleichbare Neuordnung vermögenswerter Güter nur gegen eine grundsätzlich werthaltige Entschädigung gestattet und gerade mit diesem Zusammenspiel von Bestands- und Wertgarantie verdeutlicht, dass der Finanzierungszweck für sich betrachtet noch keinen Entzug der Vermögenssubstanz rechtfertigt.

<sup>90</sup> Die im Sondervotum in BVerfG, NJW 2015, 303 (327 f.) vorausgesetzte Sichtweise der (Erbchaft-)Steuer als Instrument sozialstaatlicher Gestaltung der Vermögensverteilung hat im Mehrheitsvotum zu Recht keinen Niederschlag gefunden. Siehe hierzu auch unten III.5.

<sup>91</sup> Ausgeschlossen sind des Weiteren eine Besteuerung der Person als solcher („Kopfsteuer“) oder ihrer Erwerbsfähigkeit (in Gestalt eines vermuteten „Soll-Ertrags“ aus der Ausübung der Berufsfreiheit), ein Rückgriff auf vorkonstitutionelle Opfertheorien (wie sie namentlich die organische Staatslehre vertrat) oder ein äquivalenztheoretisches Verständnis der Steuer als Entgelt für konkrete Staatsleistungen.

<sup>92</sup> Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gilt auch im Steuerrecht, bedarf hier jedoch behutsamer Anwendung. Insbesondere ließe es sich nicht im Sinne einer engen Mittel-Zweck-Relation handhaben, welche die Zahlungspflicht als Mittel in ein Verhältnis zum in gleicher Höhe zu beziffernden Beitrag zur Staatsfinanzierung als angestrebtem Zweck setzt; siehe *Papier* Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche

ben kann dann der Gleichheitssatz als belastungsausgestaltender Maßstab anknüpfen.<sup>93</sup>

Eine Sozialbindung privaten Wohlstandes darf vor allem dort angenommen werden, wo Staat und Gesellschaft zu seinem Entstehen beigetragen haben. Dies liegt jedenfalls für das am allgemeinen Markt erzielte Einkommen nahe.<sup>94</sup> Das Einkommen ist zwar einerseits Produkt eigener Leistung und insofern gegen den staatlichen Zugriff abzuschirmen. Andererseits kann es nur unter Ausnutzung staatlich eröffneter Vorteile – in Gestalt etwa von Infrastruktur, Bildungswesen und Rechtsordnung – und nur in Begegnung mit der staatlich repräsentierten Allgemeinheit der Nachfrager erzielt werden. Staat und Gesellschaft setzen mithin notwendige Bedingungen des individuellen Erwerbs und veranlassen so eine andere Bewertung des Erworbenen, das lediglich zu einem nicht quantifizierbaren Teil auf Eigenleistung beruht, im Übrigen aber nur in sozialer Einbindung entstehen konnte und insofern auch eine Teilhabe des Staates am kollektiv begünstigten individuellen Erwerb rechtfertigt.<sup>95</sup>

Der Ansatz, das Einkommen als Produkt sozial eingebundenen Freiheitsgebrauchs zu belasten, lässt sich vielfältig ausgestalten. Vorsorglich bleibt klarzustellen, dass er die Besteuerung nicht äquivalenztheoretisch rechtfertigt.<sup>96</sup> Die Steuer wird damit nicht zum Entgelt konkreter staatlicher Gegenleistungen, sondern bleibt unspezifizierter Beitrag zur Finanzierung des gesamten Staatshandelns. Erst recht wird der Markt nicht als staatliche Veranstaltung missverstanden, dessen Nutzung abgegolten werden soll.

---

Demokratieprinzip (Fn. 15), 76 ff.; ferner *Rodi* Die Rechtfertigung von Steuern als Verfassungsproblem (Fn. 9), 49 ff. Dies erübrigt jedoch nicht eine wertende Bestimmung der Übermaßgrenze, die je nach Steuerart und abhängig vom konkreten Belastungsgrund differenziert; in diesem Sinne – bezogen auf Ertragsteuern – BVerfGE 115, 97 (113 ff.) in modifizierendem Anschluss an BVerfGE 93, 121 (138). Die Obergrenze zumutbarer Belastung greift damit nicht erst bei einer „erdrosselnden Wirkung“ der Besteuerung ein; vgl. aber noch BVerfGE 16, 147 (161); 29, 327 (331); 31, 8 (23).

<sup>93</sup> Dieses Zusammenwirken von freiheitsrechtlichem Rahmen und belastungsausgestaltender Gleichheit darf als steuerrechtstypisch angesehen werden. Siehe zur Einkommensteuer *Ch. Seiler* Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen, Gutachten F für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, F. 7 (10 ff.).

<sup>94</sup> Grundlegend zur Markt-, das heißt Sozialgebundenheit des Einkommens bereits *P. Kirchhof* Empfiehlt es sich, das Einkommensteuerrecht zur Beseitigung von Ungleichbehandlungen und zur Vereinfachung neu zu ordnen?, Gutachten F zum 57. Deutschen Juristentag, 1988, F 5 (16 ff.) im Anschluss an *F. Neumark*.

<sup>95</sup> Auch dieser Gedanke findet sich bereits bei *v. Stein* Lehrbuch der Finanzwissenschaft, Zweiter Teil, Erste Abteilung (Fn. 3), 348: Mit der Steuer gebe der Einzelne der Gemeinschaft „einen Theil der durch sie gewonnenen wirtschaftlichen Entwicklung zurück“.

<sup>96</sup> Vgl. jedoch die (für viele Stimmen repräsentative) Kritik von *Tipke* Die Steuerrechtsordnung, Band II (Fn. 67), 615 ff.

Vielmehr bildet der Gedanke nur eine von vornherein gegebene Sozialbindung freiheitlichen Wirtschaftens ab, welche die Privatnützigkeit des Eigenen relativiert, und verdeutlicht auf diese Weise die besondere Eignung des Einkommens als vielleicht nicht einziger, aber doch aussagekräftigster Indikator der zu belastenden Leistungsfähigkeit.

### III. Vertiefung: Blick auf einzelne Steuerarten

#### 1. Einkommen- und Körperschaftsteuer

Das im Sinne staatlicher Teilhabe am Erfolg privaten Wirtschaftens konkretisierte Leistungsfähigkeitsprinzip bietet sich zuvörderst als Maßstab der Einkommensteuer an.<sup>97</sup> Da sie die Leistungsfähigkeit am genauesten abbildet, sollte ihr eine besondere Bedeutung im Steuersystem zukommen. Ihr gleichgestellt werden darf die Körperschaftsteuer als Steuer auf das in der Organisationsform der juristischen Person erzielte Einkommen.<sup>98</sup> Der beiden Steuerarten wesenseigene Zugriff auf das am Markt Hinzu-erworbene beantwortet zugleich die noch offene Frage nach dem Geltungsgrund des objektiven Nettoprinzips: Da das die Sozialpflichtigkeit begründende Markthandeln ein einheitlicher Freiheitsgebrauch ist, trägt dem Grundsatz nach nur sein Reinerlös nach Abzug der zugehörigen erwerbsfördernden Aufwendungen dem gewählten Belastungsgrund angemessen Rechnung.<sup>99</sup> Der abstrakte Gedanke lässt indes Raum für verschiedene Ausgestaltungen.<sup>100</sup> Hinzu kommt das subjektive Nettoprinzip, das im Kern

---

<sup>97</sup> Siehe nochmals *P. Kirchhof* Gutachten F zum 57. Deutschen Juristentag (Fn. 94), F 5 (17 ff.); zustimmend *Friauf* DStJG 12 (1989) (Fn. 43), 3 (6 f.); vgl. ferner *R. Wittmann* Das Markteinkommen, 1992, 5 ff.

<sup>98</sup> Siehe § 8 Abs. 1 KStG. – Diese Parallele ist nicht zuletzt im Lichte von Art. 19 Abs. 3 GG zu würdigen, der die grundrechtliche Herleitung der wichtigsten Besteuerungsmaßstäbe auf die juristische Person überträgt. Da dies „ihrem Wesen nach“ um der hinter ihnen stehenden Menschen willen geschieht („personales Substrat“), sollte auch das Leistungsfähigkeitsprinzip letztlich nicht auf die Gesellschaft, sondern auf die an ihr beteiligte natürliche Person bezogen werden. Das geltende Recht belastet deshalb das Markteinkommen der Gesellschaft, stellt die hieraus folgende Vorbelastung ausgeschütteter Gewinne aber bei der Einkommensbesteuerung der Gesellschafter ausgleichend in Rechnung (siehe unten Fn. 144) und behandelt die Körperschaftsteuer so im ökonomischen Ergebnis wie eine Vorauszahlung auf die Einkommensteuer.

<sup>99</sup> Siehe hierzu *Seiler* DStJG 34 (2011) (Fn. 39), 61 (66 f.): Eine dem Grunde nach vom Kerngedanken des objektiven Nettoprinzips abweichende Belastungsentscheidung des Einkommensteuergesetzgebers wäre nicht mehr gerechtfertigt.

<sup>100</sup> So ließe sich die Abgrenzung zwischen Erwerbs- und Privatsphäre auch deutlich restriktiver ausgestalten, beispielsweise durch eine generelle Nichtabzugsfähigkeit „gemischter“, das heißt zugleich beruflich und privat veranlasster Aufwendungen. Ebenso könnte die

auf Art. 1 Abs. 1 GG und das Sozialstaatsprinzip gestützt werden kann und einen Abzug der zur Existenzsicherung benötigten, insofern „indisponiblen“ Einkommensbestandteile<sup>101</sup> fordert. Letzteres ist wegen Art. 6 Abs. 1 GG auf die gesamte familiäre Gemeinschaft zu erweitern.<sup>102</sup> Das Sozialstaatsprinzip rechtfertigt schließlich die im progressiven Tarifverlauf angelegte Ungleichbehandlung, ohne sie zu erzwingen. Der über weite Ausgestaltungsräume verfügende Gesetzgeber muss diese Vorgaben gleichheitsgerecht ausformen. Er hat dabei nach Maßgabe der vorgefundenen wirtschaftlichen Gegebenheiten der Steuerpflichtigen zu differenzieren, darf sich aber auch realitätsgerechter Typisierungen und Pauschalierungen<sup>103</sup> bedienen und außerfiskalische Erwägungen (Sozialzwecke) integrieren.

## 2. Noch fehlende Maßstäbe für andere Steuerarten

Für andere Steuerarten<sup>104</sup> sind Anwendbarkeit und genauer Inhalt des Leistungsfähigkeitsprinzips umstritten. Insbesondere ist es noch nicht gelungen, die besondere Sozialbindung ihres jeweiligen Steuersubstrates zu belegen. Mangels überzeugender sonstiger Rechtfertigungsgründe bietet sich an, sie ebenfalls als Besteuerung des Einkommens, wenn auch in späteren Phasen des Haltens und Verwendens, anzusehen. Es handelt sich dann um eine zweite Stufe der Einkommensbesteuerung, die den Belastungsgrund der ersten teilt, sich aber in der Belastungsart von ihr unterscheidet.

---

Abzugsfähigkeit von Verlusten eingeschränkt werden, etwa durch je gesonderte Verlustrechnungskreise für einzelne Einkunftsquellen. Vgl. *Seiler* DSTJG 34 (2011) (Fn. 39), 61 (69 ff.).

<sup>101</sup> BVerfGE 82, 60 (85 f.); 87, 153 (169 ff.); 99, 216 (233 f.); 120, 125 (154 ff.).

<sup>102</sup> Siehe oben Fn. 38 mwN. – Dieses verfassungsrechtliche Minimum schließt andere, familiengerechtere Ausgestaltungen nicht aus. Vgl. hierzu *Ch. Seiler* Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, 88 ff.

<sup>103</sup> Ständige Rspr.; z.B. BVerfGE 99, 280 (290); 105, 73 (127); 120, 1 (30); 122, 210 (232 f.); 127, 224 (245 f.).

<sup>104</sup> Zur Einteilung der Steuerarten *K.-D. Drüen* in: Tipke/Kruse (Hrsg.) AO, § 3, Rn. 56 ff.; *J. Hey* Einführung in das besondere Steuerschuldrecht, in: Tipke/Lang (Hrsg.) Steuerrecht, 15. Aufl. 2015, § 7, Rn. 20 ff.; *P. Kirchhof* Die Steuern, in: HStR V, 3. Aufl., § 118 (Fn. 49), Rn. 230 ff.; *R. Wernsmann* in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hrsg.) AO/FGO, § 3 AO, Rn. 360 ff. – Siehe auch die finanzwissenschaftliche Typologie der Steuerarten bei *S. Homburg* Allgemeine Steuerlehre, 7. Aufl. 2015, 11 ff.

### 3. Besteuerung der Einkommensverwendung

Dies mag man namentlich für die Umsatz- sowie für die besonderen Verbrauch- und Aufwandsteuern annehmen.<sup>105</sup> Sie belasten, so das Bundesverfassungs-<sup>106</sup> und besonders nachdrücklich das Bundesverwaltungsgericht<sup>107</sup>, die in der Verwendung von Einkommen zum Ausdruck gebrachte Leistungsfähigkeit. Die vielfältigen Konsumsteuern greifen damit auf dasselbe Steuersubstrat zu, das Einkommen, dessen wirtschaftlicher Wert bereits beim Erwerb in der Möglichkeit eines späteren Konsums liegt.<sup>108</sup> Sie erfassen es jedoch auf andere Art und Weise und folglich auch nur nach sinnentsprechend anzupassenden Maßstäben. Insbesondere verbleiben ihre Belastungswirkungen, soweit sie als indirekte Steuern auf eine Über-

---

<sup>105</sup> Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe der Konsumbesteuerung sind umstritten. Noch der Klärung bedürfen namentlich Geltung und konkrete Aussagen des Leistungsfähigkeitsprinzips. Für eine Anwendbarkeit des Leistungsfähigkeitsprinzips bei Abstellen auf die Einkommensverwendung als Indikator der Leistungsfähigkeit jüngst BVerfGE 135, 126 (143 ff.); ferner *Vogel* Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: HStR IV, 2. Aufl., § 87 (Fn. 15), Rn. 95. Vgl. aber *P. Kirchhof* Die Steuern, in: HStR V, 3. Aufl., § 118 (Fn. 49), Rn. 241 ff. (Belastung nach vermuteter Zahlungskraft).

<sup>106</sup> Grundlegend zur Qualifikation als Besteuerung der Einkommensverwendung (in ausdrücklicher Abgrenzung zur Einkommensentstehung; Hervorhebungen im Original) BVerfGE 65, 325 (345 ff.); bestätigt in BVerfGE 114, 316 (334); 123, 1 (15); 135, 126 (142, 145); vgl. auch BVerfGE 110, 274 (297). – Zur Klarstellung: Dies bedeutet (und ist auch vom BVerfG nicht so gemeint) keine Verengung auf den technischen Begriff des Einkommens im Sinne des EStG. Es geht vielmehr allgemeiner um eine Teilhabe am Erfolg privaten Wirtschaftens.

<sup>107</sup> Siehe BVerfGE 110, 237 (240); 111, 122 (125); 115, 165 (168 f.); 120, 175 (178); 143, 301 (303 ff.). – Das Bundesverwaltungsgericht geht dabei insoweit über das Bundesverfassungsgericht hinaus, als es die belastete Einkommensverwendung in eine strikte Alternativität zur Einkommenserzielung setzt. Hieraus folgert es eine notwendige Beschränkung auf den privaten Konsum, was zu Ausnahmen für typische Erwerbsaufwendungen zwingt. Beispielsweise dürfe eine Zweitwohnungsteuer nicht auf zu Anlagezwecken gehaltene Wohnungen erhoben werden; BVerfGE 111, 122 (126); 115, 165 (168). Ein vom Steuerpflichtigen gehaltener Hund müsse von der Hundesteuer freigestellt werden; BVerfG, NVwZ 2008, 91 (91 f.). Eine kommunale Steuer auf Übernachtungen müsse eine Ausnahme für berufsbedingte Übernachtungen vorsehen; BVerfGE 143, 301 (303 ff.). Diese Differenzierungen zwischen Einkommensentstehung und -verwendung verweisen auf das Grundsatzproblem einer legislativen Abgrenzung und Abstimmung der Einzelsteuern, das nicht ohne eine Steuerkonkurrenzlehre zu leisten ist (hier unten IV).

<sup>108</sup> Vgl. auch *P. Kirchhof* Bundessteuergesetzbuch, 2011, 3 f., der die Steuern auf die Einkommensverwendung durch die Teilhabe des Nachfragers am öffentlichen Angebot rechtfertigt. Der Gedanke kann verstärkend neben den hiesigen Ansatz treten, solange die im Konsum betätigte Kaufkraft dadurch nicht als eine andere Leistungsfähigkeit gewürdigt wird. Denn es handelt sich um eine zweite Belastung desselben Markterfolgs, dessen ökonomische Substanz schon beim Erwerb allein in seinem Tauschwert liegt.

wälzung der Steuerlast angelegt sind<sup>109</sup>, typischerweise in der Anonymität des Marktes.<sup>110</sup> Die vorauszusetzende Leistungsfähigkeit lässt sich daher nur ungenau vermuten. Auch können sie die sozialstaatlichen Elemente der Einkommensbesteuerung wie etwa die Verschonung des indisponiblen Existenzminimums<sup>111</sup> und die Niedrigbelastung unterer Einkommensbestandteile nicht sachgerecht abbilden. Berücksichtigt man zudem die bei größeren Einkommen regelmäßig höhere Sparquote, kommt den Konsumsteuern trotz nominell einheitlicher Steuersätze sogar eine – gemessen am Einkommen als Leistungsfähigkeitsindikator – faktisch degressive Wirkung zu.<sup>112</sup> All dies macht sie nicht grundgesetzwidrig, spricht aber doch dafür, sie nur ergänzend heranzuziehen.<sup>113</sup>

<sup>109</sup> Zur Überwälzung der Steuerlast als intendiertem Regelfall dieser Steuerarten BVerfGE 14, 76 (95 ff.); vgl. auch BVerfGE 69, 174 (183). – Eine Verbrauchsteuer kann sogar an ein Produktionsmittel anknüpfen, sofern der zunächst belastete gewerbliche Verbraucher die Steuerbelastung über eine oder mehrere Produktions- und Handelsstufen auf den Endverbraucher abwälzen kann; BVerfGE 110, 274 (295 f.). – Misslingt die Abwälzung strukturell, verfehlt sie die im getätigten Konsum zum Ausdruck gebrachte Leistungsfähigkeit generell und kann daher gleichheitswidrig sein; siehe BVerfGE 123, 1 (22 f.).

<sup>110</sup> Die wenigen Stellungnahmen des Bundesverfassungsgerichts zur Freiheitsrelevanz indirekter Steuern betreffen nicht zufällig vor allem deren mittelbare Auswirkungen auf den eigentlich nicht belasteten Steuerschuldner, insbesondere soweit sie ihm gegenüber eine objektiv berufsregelnde Tendenz annehmen; vgl. BVerfGE 13, 181 (184 ff.); 16, 147 (162 ff.); 29, 327 (333 f.); 98, 106 (117); vgl. auch BVerfGE 98, 83 (97). Insbesondere bezog sich die in der Frühzeit der Verfassungsrechtsprechung gängige Aussage, eine Steuer dürfe nicht „erdrosselnd“ wirken, häufig nicht auf die Vermögensbelastung als solche, sondern auf die mittelbaren Auswirkungen einer indirekten Besteuerung auf das den Steuertatbestand verwirklichende wirtschaftliche Handeln; vgl. BVerfGE 16, 147 (161); 29, 327 (331); 31, 8 (23). – Auch die ebenfalls seltenen gleichheitsrechtlichen Judikate zu indirekten Steuern ergingen zumeist nach Klagen von nicht durch die Steuerbelastung getroffenen, aber in ihrer Wettbewerbssituation benachteiligten Steuerschuldnern; vgl. BVerfGE 101, 132 (138 ff.); 101, 151 (155 ff.).

<sup>111</sup> Die mangelnde Verschonung existenznotwendiger Güter bleibt hier – im Unterschied zur Einkommensteuer – unschädlich, solange die Steuerbelastung aus indirekten Steuern in das Leistungsniveau der sozialrechtlichen Existenzsicherung und in die Mindesthöhe der ertragsteuerlichen Verschonung des Existenzminimums einberechnet wird. Vgl. BVerfG, NJW 1999, 3478 f.

<sup>112</sup> Siehe auch sogleich zur kompensierenden Funktion der Erbschaftsteuer.

<sup>113</sup> Nachfragen veranlasst hier namentlich die Grunderwerbsteuer, die typischerweise nicht eine aktuelle Einkommensverwendung, sondern eine darlehensfinanzierte Zahlungsfähigkeit belastet. Ob hierin eine vermutete Leistungsfähigkeit erkannt werden kann, welche die ebenso punktuellen wie intensiven Belastungswirkungen dieser Steuerart trägt, darf zumindest in Zweifel gezogen werden. Entkräften ließe sich dieser Einwand durch eine Ausrichtung an einer künftigen Einkommensverwendung. Zum Ausdruck gebracht werden könnte dies durch bewusst niedrige Steuersätze (gewissermaßen als Äquivalent einer kalkulatorischen Abzinsung) oder, falls diese weiter erhöht werden sollten, eine zeitlich gestreckte Steuerzahlung.

#### 4. Besteuerung des Vermögensbestandes

Näherer Betrachtung bedürfen die Steuern auf den Vermögensbestand. Sie sind historische Relikte eines älteren Steuerdenkens und bereits weitgehend durch die Einkommensteuer ersetzt worden.<sup>114</sup> Unter dem Grundgesetz lassen sie sich nur bedingt rechtfertigen. Als sich periodisch erneuernde Lasten können sie jedenfalls kaum als zweite Besteuerung des ursprünglichen Erwerbs erklärt werden. Unzulässig wäre es aber auch, das bloße Innehaben bestimmter Güter belasten zu wollen. Erst recht darf das Ziel einer Steuer nicht darin gesehen werden, die private Eigentumszuordnung zu überwinden, da die Güterverteilung als solche keine Aufgabe des Staates, sondern auch in ihrer Ungleichheit Folge eines je verschiedenen Freiheitsgebrauchs ist. Damit kann allein die private Verfügungsmacht über Vermögenswerte noch nicht ihren Entzug rechtfertigen. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb die vormalige Vermögensteuer (Art. 106 Abs. 2 Nr. 1 GG) zutreffend als Soll-Ertragsteuer gewürdigt, die nicht die Vermögenssubstanz, sondern einen typischerweise aus ihr zu erzielenden und daher zu vermutenden laufenden Ertrag besteuert.<sup>115</sup> Nur in dieser Lesart, nicht hingegen als funktionales Äquivalent zur Enteignung<sup>116</sup> sind Bestandsteuern mit Art. 14 GG vereinbar.

#### 5. Besteuerung von Erbschaften

Auch die Erbschaftsteuer ist, selbst wenn sie sozialpolitisch besondere Sympathien genießen mag<sup>117</sup>, nicht allein aus ihrer Umverteilungswirkung heraus zu rechtfertigen, zumal Art. 14 GG das Erbrecht<sup>118</sup> ebenso schützt

---

<sup>114</sup> Siehe oben II.3.

<sup>115</sup> BVerfGE 93, 121 (136 ff., 139 ff.). Vgl. auch bereits BVerfGE 40, 109 (119).

<sup>116</sup> In Erinnerung zu rufen ist die Parallelwertung des Art. 14 Abs. 3 GG, der eine Enteignung nur gegen eine grundsätzlich werthaltige Entschädigung gestattet und sich daher gerade nicht als Instrument zur Einebnung einer ungleichen Vermögensverteilung einsetzen lässt (vgl. bereits oben II.3. mit Fn. 89).

<sup>117</sup> Sozialpolitische Bedenken gegen ein als Folge hoher Kapitalerträge stetig wachsendes Erbvolumen, dem (unter anderem) eine hohe Erbschaftsteuer begegnen könne, erhebt in jüngerer Zeit vor allem *T. Piketty* Das Kapital im 21. Jahrhundert, 6. Auflage 2015, 501 ff.

<sup>118</sup> Das Grundgesetz unterscheidet sich an dieser Stelle erheblich von der (gesondert geregelten) Erbrechtsgarantie des Art. 154 WRV, deren zweiter Absatz – zusätzlich zur allgemeinen steuerlichen Lastentragung nach Art. 134 WRV – einen gesetzlich zu konkretisierenden „Anteil des Staates am Erbgut“ vorsah. Der Wegfall dieser verfassungsunmittelbaren Berechtigung steht einer Erbschaftsteuer nicht entgegen, verweist sie aber auf die allgemeinen Rechtfertigungsanforderungen einer Inhalts- und Schrankenbestimmung.



wie das Eigentum.<sup>119</sup> Soll die Leistungsfähigkeit mehr voraussetzen als nur eine Zahlungsfähigkeit, kann die bloße Rechtsnachfolge<sup>120</sup> in ein Vermögen nicht ohne Weiteres besteuert werden. Insofern ginge ein Vergleich zur Einkommensteuer fehl<sup>121</sup>, da das Ererbte gerade nicht in Begegnung mit der Allgemeinheit erworben wurde, sondern typischerweise sogar im engsten Familienkreis verbleibt. Der Staat hat hierzu jenseits der Erfüllung der Erbrechtsgarantie keinen Beitrag geleistet.<sup>122</sup> Die Rechtsnachfolge in die vererbten Vermögenspositionen erhöht folglich deren Sozialpflichtigkeit nicht, sondern schreibt sie im beim Erblasser vorhandenen Umfang fort.

<sup>119</sup> Bemerkenswerterweise ist das BVerfG in seiner jüngsten Entscheidung zur Erbschaftsteuer nicht auf die Erbrechtsgarantie und die Rechtfertigung ihrer Beschränkung eingegangen; siehe BVerfG, NJW 2015, 303 (306 ff.). Angesprochen wird die Erbrechtsgarantie erst im Sondervotum, dort aber nur mit entgegengesetzter Blickrichtung, indem die unterstellte sozialstaatliche Funktion der Erbschaftsteuer als Instrument zur Überwindung einer durch das Erbrecht verfestigten ungleichen Vermögensverteilung betont wird; BVerfG, NJW 2015, 303 (327 f.). Das Mehrheitsvotum hat diesen – an die Lehren *Pikettys* (Fn. 117) erinnernden – Ansatz mit Recht nicht aufgegriffen. Denn auch wenn der Gesetzgeber nicht gehindert ist, derartige Erwägungen als politische Motive in seine Kalkulation von Maß und Mischung der Einzelsteuern einschließlich einer Erbschaftsteuer einfließen zu lassen, liefern sie nicht deren tragenden Grund. Auch große Erbschaften sind grundrechtlich geschützt, also nicht aus sich heraus korrekturbedürftig, sondern nur nach Maßgabe ihrer legislativ zu konkretisierenden Sozialbindung zu besteuern.

<sup>120</sup> Technischer Anknüpfungspunkt dieser Steuerart ist der zivilrechtliche Vermögensübergang durch Gesamtrechtsnachfolge (Erbschaft), parallel auch durch Einzelübertragung (Schenkung); siehe BFH, BStBl. II 2010, 74 (75); 2010, 363 (ständige Rechtsprechung): Einordnung als *Verkehrssteuer*, das heißt Belastung gerade des *Vermögenstransfers*. Damit ist jedoch noch nichts über den – hier maßgeblichen – materiellen Belastungsgrund besagt.

<sup>121</sup> Die wohl herrschende Meinung im Schrifttum versteht die Erbschaftsteuer hingegen als *Einkommensteuer im weiteren Sinne* und verortet die belastete Leistungsfähigkeit in der Reinvermögensmehrung des Erben. Dem liegt jedoch in der Regel keine positive Definition der Leistungsfähigkeit voraus, die vielmehr unhinterfragt mit der durch den Erbanfall vermittelten Zahlungsfähigkeit gleichgesetzt wird. Siehe *Tipke* Die Steuerrechtsordnung, Band I (Fn. 30), 505; Band II (Fn. 67), 872 ff.; *R. Seer* Erbschaft- und Schenkungsteuer, in: *Tipke/Lang* (Hrsg.) Steuerrecht, 15. Aufl. 2015, § 15, Rn. 1 ff. – Zugleich wird der Erbschaftsteuer auch ein gewisser Objektcharakter zugeschrieben. Da sie einen Teil des Vermögensbestandes abschöpfe, sei sie „aus der Perspektive des übertragenen Vermögens“ eine *Substanzsteuer*, dieser Effekt sei auch „plangemäß intendiert“; so – unabgestimmt neben die Einordnung als Einkommensteuer gestellt – *Seer* Ebenda, Rn. 3. Auch zwingt ihre Ausgestaltung als Erbanfallsteuer folgerichtig zur Bewertung nach Substanzwerten (gemeiner Wert), nicht aber nach Ertragswerten; BVerfGE 117, 1 (33 f.); hierzu *J. Hey* BVerfG zur Erbschaftsteuer: Bewertungsmaßstab und Gemeinwohlzwecke, JZ 2007, 564 ff.

<sup>122</sup> Vgl. auch *P. Kirchhof* Bundessteuergesetzbuch (Fn. 108), 583, der die Erbschaftsteuer aus der Ermöglichung des Erwerbs durch die staatliche Rechtsordnung rechtfertigt. Jedoch liegt hierin bereits der Inhalt der normgeprägten Erbrechtsgarantie, deren bloße Beachtung nicht zugleich ihre Beschränkung rechtfertigen kann.

Unbeachtlich bleibt bei alledem, dass der Erbe sein Vermögen leistungslos erworben hat, weil nicht der Bürger sein Eigenes, sondern der Staat dessen Entzug rechtfertigen muss.

Die Erbschaftsteuer kann gleichwohl Bestand haben, schon weil Art. 106 Abs. 2 Nr. 2 GG sie kompetenzrechtlich voraussetzt, vor allem aber weil sie sich materiell als nachgeholte Einkommensbesteuerung deuten lässt, die eine beim Erblasser noch unvollständige Belastung beim Erben abrundet.<sup>123</sup> Dies zwingt nicht zur technischen Ausgestaltung der Erbschaft- als Nachlasssteuer, sondern ist angesichts des weiten legislativen Gestaltungsraumes und mit Blick auf das immanent subjektübergreifende Wesen dieser Steuerart<sup>124</sup> auch mit der derzeitigen Wahl einer Erbanfallsteuer<sup>125</sup> vereinbar.<sup>126</sup> Eine solche bringt sogar den rechtspolitischen Vorteil mit sich, die tatsächlichen Belastungswirkungen<sup>127</sup> sozialstaatlich differenzierend gestalten zu können, gestattet sie doch, sowohl die familiären Beziehungen zwischen Erblasser und Erben (Art. 6 Abs. 1 GG)<sup>128</sup> als auch die Zahl der Erben zu berücksichtigen, die ein je unterschiedliches Maß der Belastung rechtfertigen können.

Als nachlaufende Besteuerung des vom Erblasser Erworbenen schließt die Erbschaftsteuer eine faktische Besteuerungslücke im Vergleich des gesparten mit dem konsumierten Einkommen, das ebenfalls zweimal belas-

---

<sup>123</sup> Siehe aus finanzwissenschaftlicher Perspektive *Musgrave* Finanztheorie (Fn. 73): „Erbschaftsteuern (Nachlass- und Erbanfallsteuern)“ als „verspätete Einkommensteuern, die zum Zeitpunkt des Todes zahlbar sind“.

<sup>124</sup> Ein einfachrechtliches Element der Besteuerung noch des ursprünglichen Einkommensbeziehers und zugleich Indiz für die steuersubjektübergreifende Perspektive dieser Steuerart enthält die kumulative Steuerschuldnerschaft auch des Schenkers (§ 20 Abs. 1 S. 1 ErbStG). Ähnliches gilt etwa, soweit die unbeschränkte Steuerpflicht eines ausländischen Erwerbers auch durch den inländischen Wohnsitz des Erblassers oder Schenkers begründet wird (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG), was bei einer ausschließlich auf den Hinzuerwerb des Erben oder Beschenkten abstellenden Besteuerung kaum zu erklären wäre.

<sup>125</sup> Zur heutigen Ausgestaltung der Erbschaft- als Erbanfallsteuer BVerfGE 93, 165 (167); 117, 1 (33).

<sup>126</sup> Schon seit Einführung der Erbschaftsteuer war umstritten, ob diese als Erbanfall- oder als materielle Nachlassbesteuerung (verstanden als Belastung des fundierten Einkommens des Erblassers) einzuordnen ist. Eingehend zur Begründung der Erbschaftsteuer vom Erben wie vom Erblasser her *G. Schanz* Erbschaftssteuer, in: *Elster/Weber/Wieser* (Hrsg.) Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 1926, 794 (795 ff.).

<sup>127</sup> Diese Belastungswirkungen treffen auch bei einer nachgeholten Besteuerung des Erblassers notwendig einen anderen, den Erben, dessen individuelle Verhältnisse zu berücksichtigen grundrechtlich geboten (Art. 6 Abs. 1 GG) oder jedenfalls sozialstaatlich gerechtfertigt sein kann.

<sup>128</sup> Zur Verpflichtung des Gesetzgebers, den erbschaftsteuerlichen Zugriff bei Familienangehörigen zu mäßigen, BVerfGE 93, 165 (174 f.).

tet wird.<sup>129</sup> Diese Parallele bildet auch einen Indikator für die Belastungsintensität. Sie sollte nicht über das Niveau des Regelsteuersatzes der Umsatzsteuer (derzeit 19%) hinausgehen, sondern, weil das gesparte Einkommen später verausgabt und dann mit Konsumsteuern nachbelastet werden kann, eher hinter ihm zurückbleiben. Der aktuelle Spitzensteuersatz von 50%<sup>130</sup> auf das – schon um die Einkommensteuer geminderte, insofern ökonomisch vorbelastete<sup>131</sup> – Ererbte erscheint daher bedenklich<sup>132</sup>, zumal eine Rückkehr zu maßvolleren Sätzen die derzeitigen Ausnahmen für Betriebsvermögen<sup>133</sup> erübrigen würde, so dass das Steueraufkommen sogar steigen könnte.

#### IV. Auftrag: Entwicklung einer Steuerkonkurrenzlehre

##### 1. Das noch ungelöste Problem der Steuerkumulation

Die Steuerrechtfertigung auf einen gemeinsamen Belastungsgrund zurückzuführen hat Bedeutung nicht nur für die Einzelsteuern, bei denen, weil ihr status quo im Ergebnis weitgehend bestätigt wird<sup>134</sup>, eher Erkenntnisgewinne als praktische Konsequenzen zu erwarten sind. Zusätzlichen Ertrag verspricht der Blick auf ein bislang vernachlässigtes Feld der Konstitutionalisierung: das Zusammenwirken verschiedener Besteuerungsformen.<sup>135</sup> Diese können erst durch einen gemeinsamen Bezugspunkt, das einheitliche Leistungsfähigkeitskonzept als Ausfluss der geteilten Recht-

<sup>129</sup> Vgl. oben III.3.

<sup>130</sup> § 19 Abs. 1 ErbStG.

<sup>131</sup> Insofern sogar – vom Standpunkt dieser Autoren aus gesehen überraschend (vgl. Fn. 121) – für eine Verfassungspflicht zur Berücksichtigung der Vorbelastung mit Einkommensteuer. *R. Seer* Verfassungsrechtliche Gesamtbelastung von Unternehmen, *DStJG* 23 (2000), 87 (115) (da das übergegangene Vermögen „nichts anderes ist als gespeichertes Einkommen, das bereits der Erblasser bzw. Schenker regelmäßig versteuert hat“, müsse der Steuersatz „deutlich unter der 50%-Grenze“ verbleiben) sowie *Hey* (Fn. 121), *JZ* 2007, 564 (570 f.) (für die freiheitsrechtliche Vereinbarkeit der Erbschaftsteuer mit Art. 14 GG bedürfe es einer Gesamtschau der Belastung des Erblassers und des Erben).

<sup>132</sup> Dies gilt namentlich im gegenwärtigen System hoher Vorbelastung des zu Vererbenden mit Einkommensteuer. Im Fall einer (aus Anreizgründen) niedrigeren Einkommensschiene eine gegenläufig höhere Erbschaftsteuer leichter rechtfertigbar. Die Schwelle zur Verfassungswidrigkeit ist allerdings in beiden Konstellationen weit hinausgeschoben.

<sup>133</sup> §§ 13a, 13b ErbStG. Siehe hierzu *BVerfGE* 117, 1 (36 f.); *BVerfG*, *NJW* 2015, 303 (306 ff.).

<sup>134</sup> Dies gilt jedenfalls für die nach Belastungsintensität und Aufkommenshöhe wichtigsten Einzelsteuern. Eine differenzierende Betrachtung insbesondere von Bagatellsteuern ist damit nicht ausgeschlossen.

<sup>135</sup> Siehe zum Folgenden bereits *Seiler* in: *Maunz/Dürig* (Fn. 9), Art. 105, Rn. 73 ff.

fertigung, in ein Verhältnis zueinander gesetzt werden, aus dem sich dann eine Konkurrenzlehre der Steuern als eigentlicher Rationalitätsgewinn entwickeln lässt. Nur auf dieser Grundlage lässt sich das im bisherigen Nebeneinander historisch überkommener Steuerarten ungelöste Problem der Steuerkumulation sachgerecht erfassen. Verschiedene Zahlungspflichten addieren sich unabgestimmt, obwohl sie aus derselben Leistungsfähigkeit zu erbringen sind und demselben Endzweck der Staatsfinanzierung dienen. Sie begründen so die Gefahr unangemessener Gesamtlasten, ungleicher Mehrfachbelastungen oder – deutlich seltener – ungerechtfertigter Doppelverschonungen, die es zumindest aufzudecken, möglichst aber durch eine abgestimmte Steuergesetzgebung<sup>136</sup> zu vermeiden gilt.<sup>137</sup>

## 2. *Weiter verfassungsrechtlicher Rahmen einer Steuerkonkurrenzlehre*

Allerdings dürfte eine solche Konkurrenzlehre nicht im Sinne einer verfassungsfesten Großformel missverstanden werden. Die Erkenntnis, das Erworbene teils bei seiner Entstehung<sup>138</sup>, teils bei seiner späteren Verwendung zu belasten, besagt noch nichts über den genauen Zuschnitt, die Mischung sowie das Einzel- und Gesamtmaß der Besteuerungskomponenten. Die Aufteilung der Belastung auf einzelne Steuerarten und deren konkrete Ausformung unterliegen weiten legislativen Gestaltungsräumen, die der jeweils zuständige Bundes- oder Landesgesetzgeber unter Berücksichtigung auch finanzpolitischer, volkswirtschaftlicher, sozialpolitischer oder steuertechnischer Erwägungen ausfüllen darf.<sup>139</sup> Die hier vorgenommene Strukturierung gibt daher keine steuerpolitischen Richtungsentscheidungen vor, sondern hält lediglich die Bausteine eines flexiblen Gesamtsystems anschlussfähig.

---

<sup>136</sup> BVerfGE 93, 121 (135) verlangt vom Gesetzgeber, die Gesamtbelastung durch eine Besteuerung von Vermögenserwerb, -bestand und -verwendung „so aufeinander abzustimmen, dass das Belastungsgleichmaß gewahrt und eine übermäßige Last vermieden wird“. Auch BVerfGE 115, 97 (110 ff.) widmet sich der Gesamtbelastung durch Einkommen- und Gewerbesteuer, deren Zusammenschau damit konkludent vorausgesetzt wird.

<sup>137</sup> Zugespißt formuliert geht es darum, neben den oft kleineren Defiziten einzelner Steuerarten auch den größeren Missstand ihres unbedachten Nebeneinanders in den Griff zu bekommen.

<sup>138</sup> Hierunter fallen sowohl der Ist- als auch ein Soll-Ertrag.

<sup>139</sup> Diesen weiten legislativen Gestaltungsraum bei der Auswahl der Steuerquellen betonte namentlich die ältere Rechtsprechung; siehe BVerfGE 13, 181 (202 f.); 49, 343 (360 f.); 65, 325 (354). Bestätigt wird er aber ebenso in jüngeren Judikaten, dort indes oft verbunden mit weitreichenden verfassungsrechtlichen Bindungen im Detail; siehe etwa BVerfGE 122, 210 (230 f.); 126, 268 (277 f.); BVerfG, NJW 2015, 303 (306 f.) und BVerfG, DStR 2015, 1678 (1685).

Demgemäß findet die legislative Abstimmung verschiedener Steuerarten über die sehr allgemeine Klammer des Leistungsfähigkeitsgedankens hinaus nur wenige verfassungsrechtliche Fixpunkte vor. Insbesondere bleiben die Freiheits- und Gleichheitsrechte insofern, auch weil das Rechtsinstitut des kumulativen Grundrechtseingriffs<sup>140</sup> noch keine allgemeine Anerkennung gefunden hat, eher aussagearm.<sup>141</sup> Immerhin ließe sich unter Umständen eine ungleiche Doppelbelastung durch zwei wesensgleiche Einzelsteuern ausschließen. Soweit beide Steuern dem Zuständigkeitsbereich eines Gesetzgebers unterfallen, in der Regel jener des Bundes, kann hier Art. 3 Abs. 1 GG eingreifen. Im Verhältnis von Bund und Ländern als konkurrierend zuständigen Gesetzgebern kann das kompetenzrechtliche Kriterium der „Gleichartigkeit“<sup>142</sup> den Ländern eine nochmalige Belastung einer bereits bundesrechtlich abschließend erschlossenen Steuerquelle versperren.<sup>143</sup>

### 3. Hauptverantwortung des Gesetzgebers

Die Hauptlast der Steuerabstimmung trägt mithin der Gesetzgeber. An manchen Stellen hat er dies bereits erahnt, indem er etwa bei der Einkommensbesteuerung ausgeschütteter Dividenden die Vorbelastung mit

<sup>140</sup> Vgl. aber – außerhalb des Steuerrechts – BVerfGE 112, 304 (319 f.) zum „additiven Grundrechtseingriff“. Siehe ferner speziell aus steuerrechtlicher Sicht *M. Jachmann* Zur Kumulation von Ertragsteuern und (besonderen) Verbrauchsteuern, FS Reiß, 2008, 339 (353 ff.); ferner allgemein *J. Lücke* Der additive Grundrechtseingriff sowie das Verbot der übermäßigen Gesamtbelastung des Bürgers, DVBl. 2001, 1469 ff. (1475 f.: Gesamtsteuerbelastung als „additiver Grundrechtseingriff“); *G. Kirchhof* Grundrechte und Wirklichkeit, 2007, 27 ff.

<sup>141</sup> Siehe auch *H. Kube* Verhältnismäßigkeit einzelner und kumulierter Steuerlasten, FS Hufen, 2015, 191 ff.; vgl. des Weiteren *J. Hey* Saldierung von Vor- und Nachteilen in der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen und Ungleichbehandlungen, AöR 128 (2003), 226 (229 ff.) zur „Grundrechtskompensation“ im Steuerrecht.

<sup>142</sup> Siehe bereits BVerfGE 7, 244 (258 f.). Zum Kriterium der „Gleichartigkeit“ auch *Seiler* in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 105, Rn. 143 f.; ferner *M. Küssner* Die Abgrenzung der Kompetenzen des Bundes und der Länder im Bereich der Steuergesetzgebung sowie der Begriff der Gleichartigkeit von Steuern, 1992, 77 ff.

<sup>143</sup> Dem Verbot gleichartiger Landessteuern wird neben seiner föderalen Dimension zugleich eine individualschützende Zielrichtung zugeschrieben. So soll es den Steuerbürger sowohl vor einer übermäßigen als auch (und praktisch bedeutsamer) vor einer ungleichen Doppelbelastung bewahren. Das Kompetenzrecht übernimmt mithin an dieser Stelle eine grundrechtsähnliche Schutzfunktion, die das Anliegen einer Steuerabstimmung gleichlaufend verstärkt. – Siehe *M. Heintzen* in: v. Münch/Kunig (Hrsg.) Grundgesetz, Band 2, 6. Aufl. 2012, Art. 105, Rn. 52; *Seiler* in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 105, Rn. 143; *H. Siekmann* in: M. Sachs (Hrsg.) Grundgesetz, 7. Auflage 2014, Art. 105, Rn. 25.

Körperschaftsteuer berücksichtigt<sup>144</sup>, die Gewerbesteuerlast einkommensteuerrechtlich kompensiert<sup>145</sup>, die Einkommensteuer auf ererbte Einkünfte ermäßigt<sup>146</sup> oder vereinzelt sonstige Konkurrenzregeln<sup>147</sup> für die kumulative Belastung mit mehreren Steuerarten aufgestellt hat.<sup>148</sup> Jedoch muten diese punktuellen Abstimmungsbemühungen oft eher zufällig an, weil sie nicht auf einem übergeordneten Maßstab beruhen, sondern intuitiv gewählt wurden.

#### 4. Auftrag an die Steuerrechtswissenschaft

Angesprochen ist aber auch die Wissenschaft. Es ist ihre Aufgabe, all dies zu einer Steuerkonkurrenzlehre aufzuarbeiten, die *de lege ferenda* in eine bessere Abstimmung der historisch überkommenen Einzelsteuern

---

<sup>144</sup> Das Gesetz wählt drei verschiedene Kompensationswege: Hält der Dividendenempfänger seine Anteile im Privatvermögen, kommt er in den Genuss eines niedrigeren Steuersatzes (§ 32d EStG). Erlöse aus Beteiligungen im Betriebsvermögen eines Einkommensteuersubjekts werden durch das Teileinkünfteverfahren begünstigt (§ 3 Nr. 40 EStG). Von Körperschaftsteuersubjekten vereinnahmte Dividenden unterfallen (sofern es sich nicht um Beteiligungen im Streubesitz handelt) dem „Schachtelprivileg“ nach § 8b Abs. 1 KStG. Als Leitlinie der verfassungsrechtlichen Beurteilung und einfachrechtlichen Interpretation sollte dabei jeweils das Anliegen einer gleichmäßigen Gesamtbelastung der hinter der juristischen Person stehenden Individuen dienen.

<sup>145</sup> § 35 EStG kompensiert, wenn auch ungenau pauschalierend, die zur Einkommensbesteuerung hinzutretende Gewerbesteuerbelastung natürlicher Personen mit gewerblichen Einkünften. Obergrenze ist die „tatsächlich zu zahlende“ (nicht die „tatsächlich gezahlte“) Steuer. Für Körperschaftsteuersubjekte hat die Gewerbesteuer über die Tarifgestaltung Berücksichtigung gefunden. Siehe auch *Hey* AöR 128 (2003) (Fn. 141), 226 (249 ff.). – Diese Rechtslage ist nicht nur aus gleichheitsrechtlicher Sicht unbefriedigend, weil sie zu rein zufälligen Unter- oder sogar (seltener) Überentlastungen führt. Auch finanzverfassungsrechtlich tritt ein befremdendes Ergebnis ein: Die Gewerbesteuer dient zwar ihrem konkreten Steuergläubiger, der Kommune, zur Einnahmenerzielung. Ihre gesamtstaatliche Aufkommenswirkung wird jedoch durch gegenläufige Einbußen bei der Einkommensteuer weitgehend neutralisiert. Im praktischen Ergebnis hat sich die Gewerbesteuer in ein staatsinternes Finanzausgleichsinstrument zugunsten der Gemeinden verwandelt.

<sup>146</sup> § 35b EStG gewährt eine Steuerermäßigung für einkommensteuerpflichtige Einkünfte, die kumulativ mit Erbschaftsteuer belastet wurden. Zum Problemkreis *R. Mellingshoff* Das Verhältnis der Erbschaftsteuer zur Einkommen- und Körperschaftsteuer, DSStJG 22 (1999), 127 ff.; *F. Friz* Das Verhältnis der Erbschaft- und Schenkungsteuer zur Einkommensteuer, 2014.

<sup>147</sup> Beispielsweise ordnet § 12 Nr. 3 EStG an, dass Personensteuern nicht von der Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer abgezogen werden dürfen; hierzu *Ch. Seiler* in: Kirchhof (Hrsg.) EStG, 14. Aufl. 2015, § 12, Rn 10. Entsprechendes sieht § 10 Nr. 2 KStG vor.

<sup>148</sup> Vgl. auch § 9b EStG zum Ansatz gezahlter Umsatzsteuer als Anschaffungs- oder Herstellungskosten. Die Vorschrift enthält allerdings keine Konkurrenz-, sondern eine (sachgerechte) Bewertungsregel.

münden könnte. Wünschenswert wäre vor allem eine ordnende Gestaltung vergleichbarer Steuerarten. Als Fernziel könnten Einkommen-, Körperschaft- und auch Gewerbesteuer zu einer Einmalbelastung eines Markterfolgs zusammengeführt werden.<sup>149</sup> Auch ließe sich die Kumulation von allgemeiner und spezieller Konsumbesteuerung durch die Umsatz- und die zahlreichen Verbrauch- und Aufwandsteuern unter Beachtung der hierzu ergangenen EU-Richtlinien<sup>150</sup> in eine verbundene Besteuerung der Einkommensverwendung umwandeln, bei gestaffelten Steuersätzen für Grundbedürfnisse, Aufwendungen der allgemeinen Lebensführung und Luxusausgaben. Im Verhältnis der Steuern auf die Einkommensentstehung und -verwendung, bleibt zu bedenken, dass erstere die Leistungsfähigkeit genauer abbilden können<sup>151</sup> und daher den größeren Anteil an der Staatsfinanzierung haben sollten.

## V. Fazit: Erkenntnis- und Rationalitätsgewinne

Nach alledem könnte eine Rückbindung des Steuerrechts an das allgemeine Grundrechtsdenken in erster Linie helfen, das einfache Recht besser zu erklären. Die hinter dem Bemühen um eine dogmatische Sonderrolle des Steuerrechts stehende Sorge, die legislative Gestaltungsmacht über Gebühr zu beschränken, kann indessen entkräftet werden. Im Gegenteil: Eine stärkere Betonung des Belastungsgrundes könnte sogar Anlass geben, die bisweilen etwas kleinteilige Rechtsprechung zum Gleichheitssatz zu lockern, was dem Gesetzgeber im Ergebnis größere Gestaltungsräume bei der näheren Ausformung der Steuergesetze belassen könnte. Systeminterne Modifikationen und Differenzierungen um außersteuerlicher Ziele willen bleiben möglich. Erst recht wird kein festes Belastungsmaß vorgegeben.

Der eigentliche Hinzugewinn einer solchen Neuausrichtung betreffe jedoch nicht die einzelnen Steuerarten, sondern das noch immer vorkonstitutionelle Strukturen aufweisende Zusammenspiel vieler Teilakte der Besteuerung. Erst die verbindende Klammer eines nicht mehr situationsabhängig erahnten, sondern übergreifend definierten Konzepts der Leistungsfähigkeit, ausgerichtet am sozial eingebundenen Einkommen als Indikator, kann das Fundament für eine noch zu erarbeitende Konkurrenzlehre der

---

<sup>149</sup> Vgl. *Seiler* Gutachten F für den 66. Deutschen Juristentag (Fn. 93), F. 7 (45 ff.). – Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine Kombination der Besteuerung von Ist- (Einkommensteuer) und Soll-Erträgen (Vermögensteuer), ist deren kumulative Belastungswirkung in Rechnung zu stellen; siehe BVerfGE 93, 121 (137 f.).

<sup>150</sup> Siehe oben Fn. 2.

<sup>151</sup> Vgl. oben III.1. und 3.

Besteuerung bilden. Auch insoweit würde der Gesetzgeber nicht übermäßig eingengt. Als Erstinterpret der Verfassung könnte er seine an dieser Stelle weiten Gestaltungsräume nutzen, um auch die Mischung der Besteuerungsformen durchdachter zu gestalten und gerade dadurch seine politischen Prioritäten wirkungsvoller umzusetzen.

Es besteht mithin kein Anlass, einer Konstitutionalisierung des Steuerrechts entgegenzutreten, solange sie richtig ansetzt. Das Steuerrecht bildet kein Sonderrecht, sondern ein vom Vorstand unserer Vereinigung klug ausgewähltes und mit Bedacht neben das Sicherheitsrecht gestelltes Referenzgebiet für die allgemeinen Anforderungen der Verfassungsbindung staatlichen Handelns.



*Leitsätze des 2. Referenten über:*

## **Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen: Konstitutionalisierung und Gegenbewegungen im Steuerrecht**

### *I. Befund: asymmetrische Verwirklichung der Grundrechtsbindung*

#### *1. Verfassungs-, insbesondere Grundrechtsrelevanz der Besteuerung*

*Die Finanzverfassung enthält kaum materielle Vorgaben für das Steuerrecht. Als klassischer Eingriff in Freiheit und Eigentum ist die Besteuerung jedoch an die Grundrechte gebunden.*

#### *2. Entwicklungslinien einer gleichheitsdominierten Verfassungspraxis*

*Die Grundrechtsbindung der Besteuerung hat sich erst in einem langen Prozess der Konstitutionalisierung durchsetzen können, der auf eine beharrliche Gegenwehr traf und trifft. Dabei offenbart die Praxis eine ungewöhnliche Asymmetrie: Der Gleichheitssatz wird streng gehandhabt, während die Freiheitsrechte allenfalls punktuell Relevanz gewinnen.*

#### *3. Probleme eines einseitigen Gleichheitsdenkens*

*Die Anwendung des Gleichheitssatzes ist am Leistungsfähigkeitsprinzip als Vergleichsmaßstab auszurichten. Dieses ist jedoch durch externe Inhalte anzureichern. Es wäre hingegen zirkulär, das Leistungsfähigkeitsprinzip selbst aus Art. 3 GG herzuleiten.*

*Ein mangels externer Kriterien konturenloser Leistungsfähigkeitsbegriff beeinflusst die praktische Handhabung des Gleichheitssatzes. Insbesondere erweitert eine auf die Binnenlogik des Gesetzes beschränkte Gleichheitsprüfung in Fällen undeutlicher Basisannahmen die Entscheidungsbefugnisse des Verfassungsgerichts. Im Ergebnis kehrt sich die typische verfassungsrechtliche Bindung um: Grundsatzfragen stehen zur (politisch oft nicht ergebnisoffenen) Disposition des Gesetzgebers, über Details entscheidet das Verfassungsgericht.*

## II. *Folgerung: Rückbindung an allgemeine grundrechtliche Wertungen*

### 1. *Freiheitsrelevanz und Rechtfertigungsbedarf*

*Ansatzpunkt einer die Asymmetrie von Freiheit und Gleichheit abmildernden Neuausrichtung sollte die Eigenschaft der Besteuerung als Eingriff in Freiheit und Eigentum sein. Sie ruft die in der Praxis zumeist übergangene Frage nach dem rechtfertigenden Grund auf.*

### 2. *Differenzierende Suche nach dem rechtfertigenden Grund*

*Die Besteuerung als solche wird durch das in der Finanzverfassung mitgeregelte Steuerstaatsprinzip legitimiert. Es schweigt jedoch zur ebenfalls rechtfertigungsbedürftigen Auswahl einzelner Steuerobjekte und ihrer näheren Ausgestaltung. Diese sind nicht allein durch den maßstablosen Finanzbedarf des Staates oder die Zahlungsfähigkeit seiner Bürger gerechtfertigt. Auch die Ertragskompetenzen des Art. 106 GG formulieren zwar einen Katalog grundsätzlich tauglicher Belastungsobjekte, rechtfertigen aber nicht die erst auf ihrer Grundlage zu treffenden Belastungsentscheidungen. Schließlich liefert das Leistungsfähigkeitsprinzip nicht selbst den Belastungsgrund, sondern eine von ihm abhängige Bemessungsgröße.*

### 3. *Der Erfolg privaten Wirtschaftens als Objekt jeder Besteuerung*

*Der Staat kann nur jenen Wohlstand abschöpfen, den seine Bürger zuvor erarbeitet haben. Die Besteuerung belastet damit stets etwas Erworbenes, ein Einkommen, dies aber in verschiedenen Aggregatzuständen, sei es beim Erwerb, als Bestand erworbenen Vermögens oder mit seiner Verwendung zu Konsumzwecken.*

*Finanzwissenschaftlich lässt sich eine Präferenz für das Einkommen als Indikator der Leistungsfähigkeit erkennen. Als solcher ist das Einkommen geschichtlich an die Stelle des Vermögens getreten. Im Ergebnis bilden Einkommenserzielung und -verwendung die alternativen Bezugsgrößen einer leistungsfähigkeitsgerechten Besteuerung.*

*Das Grundgesetz spricht ebenso dafür, die Leistungsfähigkeit am Erwerb und damit am Einkommen auszurichten. Das Steuerstaatsprinzip beschränkt den Staat auf eine Teilhabe am Erfolg privaten Wirtschaftens. Die Freiheitsrechte schützen die Grundlagen einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung. Beides geschieht im Lichte der Sozialstaatlichkeit und ihrer Entfaltung in den Grundrechtsschranken, die den Gebrauch der Freiheit den immanenten Grenzen sozialer Einbindung unterwerfen.*

*Das Steuerrecht hat daher die Zuordnung der Eigentums- und Vermögenssubstanz zu respektieren. Das bloße Innehaben belastbarer Vermögenswerte begründet noch keine Leistungsfähigkeit. An den Erfolgen individuellen Wirtschaftens teilzuhaben bleibt dem Staat gleichwohl gestattet, soweit sein Steuerrecht die soziale Einbindung des Erwerbshandelns wie des Erworbenen nachzeichnet. Im Ergebnis darf nicht jede, sondern nur die sozialpflichtige Zahlungsfähigkeit als Leistungsfähigkeit herangezogen werden. Der Gesetzgeber hat den damit gesetzten Rahmen auszufüllen. Er hat dabei Belastungsgrund, Zugriffsart und Eingriffsintensität auszubalancieren, um so eine angemessene Relation von Privatnützigkeit und Sozialbindung als steuerspezifische Ausformung der Verhältnismäßigkeit zu finden.*

*Eine Sozialbindung privaten Wohlstandes darf dort angenommen werden, wo Staat und Gesellschaft zu seinem Entstehen beigetragen haben. Dies liegt jedenfalls für das Einkommen nahe, das zwar einerseits Produkt eigener Leistung ist, andererseits aber nur unter Ausnutzung staatlich eröffneter Vorteile und nur in Begegnung mit der Allgemeinheit erzielt werden kann.*

### *III. Vertiefung: Blick auf einzelne Steuerarten*

#### *1. Einkommen- und Körperschaftsteuer*

*Die Einkommensteuer bildet die Leistungsfähigkeit am genauesten ab (Ähnliches gilt für die Körperschaftsteuer). Ihr sollte daher eine besondere Bedeutung im Steuersystem zukommen. Im Einzelnen gelten das objektive und das subjektive Nettoprinzip. Letzteres ist wegen Art. 6 GG auf die gesamte familiäre Gemeinschaft zu erweitern. Der über weite Ausgestaltungsräume verfügende Gesetzgeber hat diese Vorgaben gleichheitsgerecht auszuformen.*

#### *2. Noch fehlende Maßstäbe für andere Steuerarten*

*Für andere Steuerarten sind Anwendbarkeit und Inhalt des Leistungsfähigkeitsprinzips umstritten. Insbesondere ist es noch nicht gelungen, die besondere Sozialbindung ihres Steuersubstrates zu belegen. Es bietet sich an, sie ebenfalls als Besteuerung des Einkommens, wenn auch in späteren Phasen des Haltens und Verwendens, anzusehen.*

### 3. Besteuerung der Einkommensverwendung

*Die Umsatz- sowie die besonderen Verbrauch- und Aufwandsteuern belasten die in der Verwendung von Einkommen zum Ausdruck gebrachte Leistungsfähigkeit. Ihre Belastungswirkungen verbleiben jedoch typischerweise in der Anonymität des Marktes. Die vorauszusetzende Leistungsfähigkeit lässt sich dadurch nur ungenau vermuten, weshalb Konsumsteuern nur ergänzend herangezogen werden sollten.*

### 4. Besteuerung des Vermögensbestandes

*Die Bestandssteuern sind historische Relikte eines älteren Steuerdenkens und bereits weitgehend durch die Einkommensteuer ersetzt worden. Rechtfertigen lassen sie sich als Soll-Ertragsteuern, die nicht die Vermögenssubstanz, sondern einen typischerweise aus ihr zu erzielenden Ertrag besteuern.*

### 5. Besteuerung von Erbschaften

*Die Rechtsnachfolge in ein Vermögen ist nicht ohne Weiteres bestuerungswürdig. Im Unterschied zur Einkommensteuer wurde das Ererbte nicht in Begegnung mit der Allgemeinheit erworben, sondern verbleibt typischerweise im engsten Familienkreis. Der Staat hat hierzu jenseits der Erfüllung der Erbrechtsgarantie keinen Beitrag geleistet. Unbeachtlich bleibt, dass der Erbe leistungslos erworben hat, weil nicht der Bürger sein Eigenes, sondern der Staat dessen Entzug rechtfertigen muss.*

*Die Erbschaftsteuer kann gleichwohl Bestand haben, wenn man sie als nachgeholte Einkommensbesteuerung deutet, die eine beim Erblasser noch unvollständige Belastung beim Erben abrundet. Dies zwingt nicht zur Ausgestaltung als Nachlasssteuer, sondern ist auch mit der Wahl einer Erb-anfallsteuer vereinbar. Als nachlaufende Besteuerung des vom Erblasser Erworbenen schließt die Erbschaftsteuer eine faktische Lücke im Vergleich des gesparten mit dem konsumierten Einkommen, das ebenfalls zweimal belastet wird.*

## IV. Auftrag: Entwicklung einer Steuerkonkurrenzlehre

### 1. Das noch ungelöste Problem der Steuerekumulation

*Der gemeinsame Bezugspunkt eines einheitlichen Leistungsfähigkeitskonzepts erlaubt, verschiedene Besteuerungsformen in ein Verhältnis zueinander zu setzen, aus dem sich eine Konkurrenzlehre der Steuern als eigent-*

licher Rationalitätsgewinn entwickeln lässt. Nur auf dieser Grundlage lässt sich das bislang ungelöste Problem der Steuerkumulation erfassen.

## 2. Weiter verfassungsrechtlicher Rahmen einer Steuerkonkurrenzlehre

Eine solche Konkurrenzlehre meint keine verfassungsfeste Großformel. Der genaue Zuschnitt, die Mischung sowie das Einzel- und Gesamtmaß der Besteuerungskomponenten unterliegen weiten legislativen Gestaltungsräumen. Das Verfassungsrecht gibt insofern nur wenige Fixpunkte vor. Innerhalb eines Zuständigkeitsbereichs kann Art. 3 GG eine ungleiche Doppelbelastung durch zwei wesensgleiche Einzelsteuern ausschließen. Im Verhältnis von Bund und Ländern als konkurrierend zuständigen Gesetzgebern kann das kompetenzrechtliche Kriterium der „Gleichartigkeit“ den Ländern eine nochmalige Belastung einer bereits bundesrechtlich erschlossenen Steuerquelle versperren.

## 3. Hauptverantwortung des Gesetzgebers

Die Hauptlast der Steuerabstimmung trägt der Gesetzgeber. An manchen Stellen hat er dies bereits erahnt. Jedoch muten seine punktuellen Abstimmungsversuche eher zufällig an, weil sie nicht auf einem übergeordneten Maßstab beruhen, sondern intuitiv gewählt wurden.

## 4. Auftrag an die Steuerrechtswissenschaft

Die Steuerrechtswissenschaft ist aufgerufen, all dies zu einer Steuerkonkurrenzlehre aufzuarbeiten, die de lege ferenda in eine bessere Abstimmung der Einzelsteuern münden könnte.

## V. Fazit: Erkenntnis- und Rationalitätsgewinne

Eine Rückbindung des Steuerrechts an das allgemeine Grundrechtsdenken könnte in erster Linie helfen, das einfache Recht besser zu erklären. Die hinter dem Bemühen um eine dogmatische Sonderrolle des Steuerrechts stehende Sorge, die legislative Gestaltungsmacht über Gebühr zu beschränken, kann entkräftet werden.

Der eigentliche Hinzugewinn beträfe jedoch nicht die einzelnen Steuerarten, sondern das noch immer vorkonstitutionelle Zusammenspiel vieler Teilakte der Besteuerung.

### *3. Aussprache und Schlussworte*

## **Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen: Konstitutionalisierung und Gegenbewegungen**

**Volkmann:** Liebe Kolleginnen und Kollegen, bevor wir einsteigen, zunächst von mir noch ein, zwei Vorbemerkungen, weil die Diskussion wahrscheinlich etwas anders ausfallen wird, als wir es sonst gewohnt sind; der Vorstand ist ja durchaus innovationsfreudig. Nach dem Anhören der Referate kann man vielleicht den Eindruck haben, es sei hier nicht ein Thema verhandelt, sondern es seien zwei ganz verschiedene gewesen. Aber es gibt natürlich einige gemeinsame Fragen, die sich durch beide hindurchziehen: Wie weit reicht der Steuerungsanspruch der Verfassung, wie tief und in welchen Modi wirkt die Verfassung in das einfache Recht hinein? Wie reagiert die Verfassung auf Fluchtbewegungen in der sozialen Wirklichkeit? Das ist ja ein Thema, das wir schon verschiedentlich behandelt haben. Oder wird dieser Steuerungsanspruch nicht einfach überschätzt, sind nicht die Erwartungen, die sich auf die Verfassung richten, generell überzogen? Allen, die sich zu diesem allgemeinen Teil zu Wort melden wollen, kann ich immerhin einen vorderen Platz auf der Rednerliste zusichern. Ich habe schon insgesamt dreißig Wortbeiträge; wir werden deshalb – anders als ursprünglich gedacht – auf die Zwischenworte der Referenten verzichten müssen. Herr Waldhoff hat sich mit dem Eintrag „guter Gedanke des Vorstands, beide Themen zu verbinden“ dafür qualifiziert, das Feld anzuführen. Danach folgen Herr Droege, Herr Hufen, Herr Engel und dann Herr Kirchhof, gleich zweifach.

**Waldhoff:** Es ist wirklich ein guter Gedanke des Vorstands gewesen, die beiden Hauptreferenzgebiete des Eingriffsverwaltungsrechts einmal zu kontrastieren, weil dies eher selten geschieht. Ein Teil der Fachvertreter widmet sich stets dem Steuerrecht während andere auf das Polizei- und Sicherheitsrecht spezialisiert sind. Ich will einmal versuchen, die Gemeinsamkeiten und Unterschiede und was daraus für unsere Fragestellung folgt, herauszuarbeiten: Das Sicherheitsrecht ist, nicht unbedingt in den Themen von Bernhard Wegener, aber insgesamt deutlich landesrechtlich determiniert. Das Steuerrecht ist wie kaum ein Rechtsgebiet von Bundesgesetzen beherrscht. Das Polizei- und Sicherheitsrecht lebt aus dem Ermessen – Ent-

schließungsermessen/Auswahlermessen – im Steuerrecht gibt es praktisch kein Ermessen, sondern eine strikte Gesetzesbindung. Das Sicherheitsrecht, das Polizeirecht, das Gefahrenabwehrrecht ist situationsbezogen, reagiert auf konkrete, meist punktuelle Vorfälle während das Steuerrecht der typische Fall des mit Pauschalierungen und Vereinfachungen arbeitenden Massenverwaltungsrechts ist. Man könnte es auch so ausdrücken: Wer mit der Polizei jenseits des Straßenverkehrsrechts Kontakt hat, hat ein Problem; wer mit der Finanzverwaltung keinen Kontakt hat, hat ebenfalls ein Problem, weil er keine Einkünfte hat. Ich glaube aber, der entscheidende Unterschied ist, dass das Gefahrenabwehrrecht – das Polizei- und Sicherheitsrecht – an Probleme, die aus der „Wirklichkeit“ stammen, die vorgegeben sind (und sei es die technische Entwicklung die Bernhard Wegener dargestellt hat), anknüpft und darauf reagiert, während das Steuerrecht mit dem außerordentlich abstrakten Zweck, die Staatsfinanzierung zu gewährleisten, im Grunde keine Wirklichkeitsanknüpfung im engeren Sinne findet, weil das Geld und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die dadurch zum Ausdruck kommt, so abstrakt sind. Daraus resultieren entscheidende Schlussfolgerungen für unsere Fragestellungen: Maßstabsbildung, verfassungsgerichtliche Kontrolle, Konstitutionalisierung. In der Situation des Gefahrenabwehrrechts sind Relationierungen zwischen Eingriffszweck und Eingriffsschaden, also die Verhältnismäßigkeitsprüfung, ohne weiteres möglich. Historisch stammen sie von dort. Demgegenüber ist im Steuerrecht, meiner Überzeugung nach, eine solche Relationierung nach wie vor – jenseits von Lenkungssteuern – nicht möglich, solange nicht das haushaltsrechtliche Gesamtdeckungsprinzip aufgegeben wird. Das führt zu meiner vorsichtigen Kritik oder kleinen Ergänzung zum Vortrag von Christian Seiler. Ich finde es im Prinzip immer sehr sympathisch, Sonderdogmatiken zu vermeiden, alles auf einheitliche Grundsätze zurück zu führen. Für eine solche Vorgehensweise spreche ich mich prinzipiell aus. Das stößt aber an Grenzen, wenn entsprechend große Strukturunterschiede vorhanden sind. Daher ist es, glaube ich, kein Zufall, dass die steuerverfassungsrechtliche Kontrolle nach wie vor primär am Gleichheitssatz anknüpft und die Funktion der Freiheitsrechte in diesem Zusammenhang zurückgenommen erscheint. Denn die „Hauptstellschraube“ jeder freiheitsrechtlichen Überprüfung von Steuergesetzen, nämlich die Verhältnismäßigkeitsprüfung, kann letztlich nicht funktionieren.

**Droege:** Vielen Dank für die schnelle Gelegenheit, reden zu dürfen. Ich habe eine vergleichende Frage, die sich vielleicht an Herrn Waldhoff anschließt und die die Unterschiedlichkeit dieser Konstitutionalisierungsbeobachtungen an einem kleinen dogmatischen Punkt festmachen möchte. Mit großer Freude habe ich gehört, dass Christian Seiler die Asymmetrie

von Gleichheit und Freiheit im Steuerrecht ein wenig ausgleichen möchte und hierbei auch stark den demokratischen Gestaltungsspielraum des Steuergesetzgebers hervorgehoben hat. Freilich um ihn, wenn ich das richtig sehe, hinterher doch auf die Abbildung der sozial vorfindlichen Vermögenslage zu reduzieren. Und ich frage mich, woran liegt das? Bei Bernhard Wegener habe ich gehört, dass der Zugriff der Sicherheitsbehörden auf mein Intimstes keinen absoluten Schranken unterliegen soll. Mein Vermögen ist aber scheinbar intimer als meine Intimsphäre. Hier scheint es eine absolute Schranke in der Ausprägung der Sozialpflichtigkeit oder in Gestalt des Kriteriums der Sozialpflichtigkeit des Erwerbs zu geben. Und das hat mich verwundert. Ich dachte bislang, staatliche Zugriffe würden in beiden Rechtsgebieten verfassungsrechtlich letztlich nichts anderes fordern als einen hinreichend tragfähigen Gemeinwohlbelang. Das Gemeinwohl im Steuerrecht wird jetzt aber nicht demokratisch konkretisiert, wie wir das sonst immer verstehen, sondern wird vermögensverfassungsrechtlich – vielleicht eigentumsrechtlich angeleitet – lediglich nachgezeichnet. Die Gründe der Beschränkung auf die Nachzeichnung sind mir noch nicht ersichtlich. In der anderen Dimension: Die Gründe des Verzichts auf die Nachzeichnung bei Dir, Bernhard, wären ja dann genauso begründungsbedürftig, wenn sie es auf der anderen Seite nicht sind. Vielen Dank.

**Hufen:** Auch ich möchte betonen, dass die beiden hervorragenden Referate die Vermutung des Vorstands bestätigt haben, dass man auch einmal zwei auf den ersten Blick disparate Themen verbinden kann. Ich möchte mich auch als Nicht-Steuerrechtler bemühen, diese beiden Themen zu verbinden und ich bin ganz zwanglos auf das Steuerverfahren und damit auf den Informationszugriff der Finanzverwaltung auf die Grundrechte der Bürger im Allgemeinen und den Ankauf der „Steuer-CD“ im Besonderen gekommen. Das ist ein Aspekt des Informationsverfahrens, der mir doch wichtig zu sein scheint. Wir haben ja, wenn ich das richtig verstanden habe, im Steuerrecht das Dogma, dass der Staat einen Anspruch auf alle relevanten Steuerinformation hat. Was er – wie auch immer erfährt – darauf hat er ohnehin einen Anspruch und wenn der Steuerbürger etwas verschweigt, dann ist das rechtswidrig. Hat der Staat aber auch einen Anspruch darauf, ungeachtet der Rechtmäßigkeit des Vorgehens alles, was er erfahren darf, zu ermitteln? Das ist das Thema der „Steuer-CD“. Darf der Staat auch in Deutschland strafbares Verhalten prämiieren – ob es Hehlerei ist oder nicht – und damit noch völkerrechtswidrig in die Rechte eines anderen Staates eingreifen? Wie Sie wissen, hat das Bundesverfassungsgericht in zwei Kammerentscheidungen das Verfahren scheinbar gebilligt, dabei allerdings nur zur Frage eines Verwertungsverbots Stellung bezogen. Das ist aber eine ganz andere Perspektive. Die verfassungsrechtlich eigent-



lich wichtige Frage betrifft die Art der Erhebung und damit mögliche Erhebungsverbote. Darf der Staat rechtswidrig auf Informationen zugreifen, auf die er in dieser Weise eigentlich keinen Zugriff haben darf? Der zarte Hinweis des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz dazu ist leider anscheinend ungehört verhallt. Das Gericht hat aber ganz bewusst auf die Schranken der Erhebung hingewiesen und ich finde es sehr wichtig, dass der Bürger einen Anspruch darauf hat, dass der Staat in jeder Weise rechtmäßig handelt und nicht nur groben Missbrauch vermeidet. Zweites Beispiel: Wir haben im Steuerrecht praktisch keine Individualverfahren mehr. Wenn ich es richtig verstanden habe, wendet die Finanzverwaltung neuerdings ein Verfahren an, das dem Heuhaufenprinzip entspricht. Alle Belege, alle Angaben, alle steuerrelevanten Daten werden erfasst und gespeichert. Alles läuft durch und wird digital auf mögliche Widersprüche geprüft. Treten Widersprüche auf, dann wird eine neue Prüfungsstufe eingeleitet und wenn das System eine Nadel im Heuhaufen gefunden hat, gerät man irgendwann auf eine „schwarze Liste“. Meine Damen und Herren Kollegen, ich bin mir ganz sicher, für Ihre Reise hier nach Speyer, werden die Fahrtenbücher stimmen, hauptberufliche und private Kilometer sind sorgfältig getrennt, auch die Bewirtungskosten sind in Ordnung. Und auch das Finanzamt Mainz wird mich nach meinem Beitrag wahrscheinlich nicht schärfer in die Rasterfahndung hineinnehmen als vorher, da habe ich Vertrauen. Aber ist es Ihnen nicht auch unheimlich, dass jede Information, die in irgendeiner Weise mit Steuer zu tun hat, irgendwo gescreent wird und dabei die Grenzen in die privaten Bereiche mühelos überschritten werden? Drittes und kurzes Beispiel: Nach dem Informations-Input kommen wir zum Informations-Output. Was die Steuerfahndung, aber auch die Staatsanwaltschaften gelegentlich mit Informationen über Prominente machen – Beispiel Zumwinkel, Beispiel Hoeneß – halte ich aus Sicht der Persönlichkeitsrechte, die auch Prominenten zukommen, für skandalös. Auch Prominente haben eine Privatsphäre, zufällig auftauchende Kamerateams, die von Staatsanwälten informiert worden sind, sind Informationseingriffe, die nicht hinzunehmen sind. Und wenn die Medien zur Befriedigung der nach Sensationen sabbernden Öffentlichkeit, schon nicht Herrn Hoeneß bei Brotsuppe in der Zelle von Landsberg zeigen können, dann wird die Zelle doch wenigstens vorher für die Medien geöffnet. Fazit; Wir sollten auch und gerade im Steuerverfahren wieder den Blick dafür schärfen, wie verletzlich die Grundrechte sind. Vielen Dank.

**Engel:** Gestern haben wir etwas verwundert, wenn nicht betroffen, festgestellt, dass das Verfassungsrecht das allgemeine Verwaltungsrecht eigentlich nicht erschüttert hat. Heute haben wir zwei Impulse für potentielle Erschütterungen des besonderen Verwaltungsrechts durch das Verfassungs-

recht erfahren. Was meine ich mit Erschütterungen? Dass eine definitivische Grundannahme eines Rechtsgebiets in Frage gerät. Und die definitivische Grundannahme ist in beiden Fällen, man könne einen Gegenstand gar nicht verrechtlichen oder konstitutionalisieren. Wir haben uns heute klar gemacht, dass man das vielleicht durchaus kann, und dass dabei die Welt auch nicht untergeht. Ich würde diesen Impuls für fruchtbar halten und deshalb dafür plädieren, etwas weiter zu gehen als Sie das tun, Herr Seiler. Sie sagen zum Schluss: „Eigentlich will ich gar nicht erschüttern. Ich will nur dafür sorgen, dass man in vernünftigeren Kategorien über das Thema redet.“ Ich glaube, wir sollten das Verstörungspotential der Verfassung ernst nehmen.

In diesem Sinne ein kleiner Punkt zu Ihrem sehr schönen Beitrag, Herr Wegener. Wenn man das Recht der Geheimdienste wirklich erschüttern will, müsste auch justitiabel werden, was Sie fordern. Wie soll man sich das praktisch vorstellen? Wir haben auf der einen Seite eine diffuse Betroffenheit, auf der anderen Seite eine massenhafte Betroffenheit. Da gäbe es zwei Optionen, die an anderen Teilen der Rechtsordnung ausprobiert worden sind, nämlich die *class action* oder die treuhänderische Wahrnehmung. Sie hatten ja einen Beauftragten des Bundestags vorgeschlagen. Dem könnte man ein Klagerecht geben. Das ist aber nur ein Denkanstoß dafür, möglichst in den Reformgedanken so weit zu gehen, dass das Verstörungspotential auch realisiert wird, das die Verfassung in sich birgt.

**Kirchhof, Gregor:** Ich habe zwei Fragen. Eine an Herrn Wegener und eine an Herrn Seiler. Bei Herrn Wegener muss man darüber nachdenken, ob es eine unzulässige Frage sein könnte, weil sie die Themeneinschränkung, die selbstredend notwendig ist, betrifft. Mich hat gewundert, dass Sie die Informationszugriffe privater Unternehmen nicht entfaltet haben. Ich frage mich, ob die Kontrollmechanismen, die Sie stärken wollen, helfen, die hier bestehenden schwerwiegenden Rechtsprobleme zu lösen? Meine Frage an Herrn Seiler knüpft an einen Punkt an, den Herr Engel bereits betont hat: In der Tat sind die Steuerkonkurrenzlehren allgemein und insbesondere mit Blick auf kumulative Belastungen weiter zu erforschen. Hier stellen sich viele ungeklärte Fragen. Doch wenn unsere aktive Wissenschaft den Impuls nun aufnimmt und anfängt, diesen Bereich tiefer zu durchdringen, könnte das zur Folge haben, dass wir den verfassungsrechtlichen Maßstab doch – insbesondere im Punkt der Erforderlichkeitsprüfung – verdichten? Herzlichen Dank.

**Kirchhof, Paul:** Den hier diskutierten beiden Rechtsbereichen – dem Sicherheitsrecht und dem Steuerrecht – ist gemeinsam, dass ihnen gegenwärtig ein Stück der Rationalität verloren zu gehen droht, die in der kon-

kreten Anfrage an das Recht liegt. Wenn im Polizeirecht eine Lawine droht, weiß der Beamte, was er zu tun hat. Er muss sie aufhalten oder dorthin lenken, wo sie keinen Schaden anrichten kann. Eine generalklauselartige Ermächtigung genügt. Handlungsauftrag und Handlungsmittel ergeben sich aus dem realen Problem. Bei dem Thema der Allgemeinheit einer Sicherheitsinformation und der Allgemeinheit der Teilhabe des Staates an dieser Information ist diese Rationalität des Konkreten völlig verloren gegangen. Der dadurch bedingte Verlust an Rationalität ist jedem Richter bewusst, der im Gerichtsverfahren rechtliches Gehör gewährt und damit das Sachverhalts- und Rechtsverständnis der Betroffenen gedanklich nachvollzieht. Im Steuerrecht geht die Rationalität des Konkreten verloren, wenn wir nach der verhältnismäßigen Steuerlast in Bezug auf den staatlichen Geldbedarf fragen und nicht die staatliche Teilhabe am konkreten Steuergegenstand – dem Einkommen, der Erbmasse, der im Umsatz eingesetzten Konsumkraft beurteilen. Das steuerlich beanspruchte Geld ist ein fungibles Gut, völlig konturenlos. Es verleugnet seine Herkunft und verschweigt seine Zukunft. Ob jemand sein Einkommen durch harte Arbeit verdient, an der Börse mit leichter Hand mitgenommen, als Bettler empfangen oder bei einem erfolgreichen Raubüberfall erbeutet hat, sieht man dem Geld nicht an. Euro ist gleich Euro. Und die zukünftige Verwendung des Geldes bleibt bei diesem Passepartout für beliebiges wirtschaftliches Handeln ebenfalls im Dunkeln. Prüfen wir hingegen, ob der Staat steuerlich am Einkommen in geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise teilhat, dann gewinnt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Schärfe und auch die Gleichheit vor dem differenzierenden Gesetz wird prägnant.

Meine zweite Bemerkung betrifft den verwaltungsrechtlichen Maßstab. Im Sicherheitsrecht haben wir grundsätzlich klare Maßstäbe: für den Eingriff in die Wohnung, in die körperliche Integrität, in die individuelle Bewegungsfreiheit. Dieser Maßstab ist bei dem großen und weiten Thema sicherheitsrechtlicher Informationsbeschaffung verloren gegangen. Im Steuerrecht beobachten wir eine Gegenentwicklung. Wir haben jetzt einen prägnanten verfassungsrechtlichen Maßstab gewonnen. Wir wissen heute, dass Geldeigentum Eigentum ist, in dem der Eigentümer sich die Anlage in konkrete Gegenstände – das Grundstück, das Auto oder das Buch – vorbehält. Wenn ein Grundstückseigentümer enteignet und entschädigt worden ist, hat er in der Entschädigungssumme immer noch Eigentum. In der modernen Gesellschaft ist die ökonomische Grundlage individueller Freiheit weniger der Gewerbebetrieb und das Grundstück, mehr der Lohn- und Sozialversicherungsanspruch, der den individuellen Schutz des Art. 14 GG beansprucht. Heute müssen wir aber darum ringen, dass wir den Finanzmarkt mit seinen strukturellen Irrationalitäten grundrechtlich und rechtsstaatlich nicht außer Acht lassen. Ein moderner Eigentumsbegriff ist auch

notwendig, wenn sich die Besteuerung gegenwärtig von den direkten zu den indirekten Steuern verschiebt. Bei den indirekten Steuern zahlen der Millionär und der Bettler die gleichen 19 Prozent USt, wenn sie sich ein Hemd kaufen, während bei den direkten Steuern eine tatbestandliche Unterscheidung nach den individuellen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen des Steuerpflichtigen möglich ist.

Das Steuerrecht steht zudem vor der Aufgabe, die Gleichheit vor dem Gesetz wiederherzustellen. Wir haben eine erfolgreiche Steuerberatung, die durch die rechtsformale Präsentation des Sachverhalts (Steuergestaltung) den tatsächlich erzielten Gewinn als Nichtgewinn deklariert. Das Steuergesetz muss sich alltäglich mit dieser organisierten Ungleichheit vor dem Gesetz auseinandersetzen. Hier liegt die vielleicht bedrängendste Grundsatfrage des Steuerrechts.

**Volkman:** Vielen Dank. Es folgen drei Beiträge, die sich im weitesten Sinne mit dem Einfluss des Europarechts und der möglichen Verdrängung der Verfassung durch das Europarecht beschäftigen. Das ist zunächst Herr Streinz und dann folgen Herr Wollenschläger und Herr Mayer.

**Streinz:** Vielen Dank. Das Thema war Verfassungskonstitutionalisierung und betraf damit natürlich das Grundgesetz. Daher ist es keine Kritik an den Referaten, sondern eine Ergänzung. Denn obwohl die betroffenen Materien an sich in der Kompetenz der Mitgliedstaaten verblieben sind – hinsichtlich der Steuern die Einkommensteuer sind beide Materien stärker von dem Europarecht beeinflusst als man denken mag. Bei dem Thema Sicherheitsrecht, wenn man allein die Vorratsdatenspeicherung betrachtet und dazu die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG vergleicht, wobei sich die Frage stellt, wie der EuGH vor Snowden entschieden hätte, aber das ist eine andere Frage und spekulativ. Und beim Steuerrecht ist es ja nicht nur so, dass, Sie haben das ja erwähnt, die Richtlinien umgesetzt worden sind, sondern dass der große Einfluss der Grundfreiheiten zu beachten ist. Das gilt natürlich auch für den Umsetzungsgesetzgeber – den sich an der Verfassung orientierenden Gesetzgeber – und das wirft eine Reihe von Fragen auf, wenn man allein daran denkt, wie viele Vorlagen in Steuerangelegenheiten an den EuGH ergangen sind. Das spricht ja nicht nur Bände, sondern die entsprechende Rechtsprechung füllt auch Bände.

Zwei Punkte nur dazu: Ein wichtiges Element im Steuerrecht ist der Gleichheitssatz. Dieser wird auch durch BEPS, also *base erosion and profit shifting* beeinträchtigt. Hier versucht man jetzt auf der europäischen und sogar darüber hinausgehend auf der internationalen Ebene Regelungen zu erreichen. Mich interessiert, wie Sie die Folgen der Einbeziehung dieser Ebenen für den deutschen Gesetzgeber sehen. Oder ein anderes Beispiel:

Sie haben die Erbschaftsteuer angesprochen. Da haben wir jetzt die EU-Erbrechtsverordnung, die an den regelmäßigen Aufenthaltsort anknüpft. Auch das beinhaltet Vorgaben für den deutschen Gesetzgeber, der sich somit auch an diesen Verfassungen, die wir ja hier im Mehrebenensystem behandeln, orientieren muss. Vielen Dank.

**Wollenschläger:** Vielen Dank. Ich möchte insbesondere an die Thesen 16 und 17 von Bernhard Wegener anknüpfen und dabei die Brücke zu gestern, namentlich zur Frage des Bedeutungsverlustes des Grundgesetzes angesichts der Europäisierung schlagen. In These 16 weist Herr Wegener darauf hin, dass die EuGH-Rechtsprechung zum Schutz der Privatheit inhaltlich vielversprechend sei. Sicherlich profiliert sich der EuGH als Grundrechtsgericht im Bereich des Datenschutzes und setzt oftmals höhere Standards als die nationale Ebene. Als Musterbeispiel hierfür steht, Herr Wegener hat es erwähnt, die Vorratsdatenspeicherung. In meiner gestrigen Terminologie führt diese Rechtsprechung zu einem faktischen Bedeutungsverlust des Grundgesetzes wegen konkurrierender strengerer EU-Standards. Freilich stellt sich die Frage, wie weit der Anwendungsbereich der EU-Grundrechte reicht. Zu Recht hat Herr Wegener in These 17 auf kompetentielle Grenzen hingewiesen. Angesprochen ist Art. 51 der Grundrechtecharta und die von ihm geregelte Frage des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte. Insoweit hat Herr Wegener auch zu Recht im Raum stehende Unitarisierungstendenzen thematisiert, die schon im EuGH-Urteil zur Vorratsdatenspeicherung sichtbar sind. Ich möchte ergänzen, dass sich die Problematik auch darüber hinaus stellt. Als Beispiel lässt sich wiederum die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie anführen. Denn auch nach ihrer Nichtigerklärung werden die Unionsgrundrechte insoweit nicht für irrelevant erachtet. Vielmehr wird vertreten, dass die Unionsgrundrechte nach wie vor Anwendung fänden. Warum? Weil neben der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie, die nicht mehr existiert, noch eine weitere Richtlinie, die E-Privacy-Richtlinie, existiert, die Datenschutzpflichten von Telekommunikationsunternehmen regelt und die als Anknüpfungspunkt dafür genommen wird, den Sachverhalt dem Anwendungsbereich des Unionsrechts zuzuordnen, obwohl dieselbe Richtlinie die Bereiche Polizei und Strafverfolgung von ihrem Anwendungsbereich ausschließt. Überdies: Nachdem sich diese Richtlinie mit der Vertraulichkeit der Telekommunikation auch im Übrigen befasst, wäre natürlich auch eine Extension derselben auf die Telekommunikationsüberwachung denkbar. Meines Erachtens muss sich hier die Siragusa-Rechtsprechung bewähren: Kann man hier noch von einem hinreichend unionsrechtlich determinierten Sachverhalt ausgehen? Meine Frage an Herrn Wegener lautet daher, inwieweit er überhaupt noch Raum für Art. 10 GG und weitere ebenfalls einschlägige nationale Grundrechte

sieht – zumal ja mit dem Entwurf der Datenschutzrichtlinie im polizeirechtlichen Bereich weitere Gewitterwolken über dem nationalen Grundrechtsschutz aufziehen. Danke.

**Mayer:** Vielen herzlichen Dank. Meine Frage richtet sich vorrangig an Bernhard Wegener, aber mir ist unterwegs eingefallen, dass ich auch Herrn Seiler ansprechen kann. Bernhard, was Du uns geschildert hast, ist ja doch eher beängstigend. Man kann sich dabei fragen, ob wir verfassungsrechtliche Ressourcen eigentlich angemessen einsetzen. Ich habe in gewissem Sinne, verkürzt formuliert, mehr Angst vor dem BND und vor Google als vor der Europäischen Zentralbank. Aber das wird jeder für sich individuell anders beantworten. Ich habe Dich so verstanden, dass Deine Antwort ist, die Strategie müsse mehr Kontrolle durch das BVerfG und mehr Rechtsbindung sein. Und meine Nachfrage wäre. Ist das realistisch?

Ich frage das deswegen, weil es das Argument gibt, dass Deutschland im Vergleich – und zwar schon im europäischen Vergleich, aber auch im weltweiten Vergleich – doch relativ hohe Standards habe. Danach sind wir hier doch schon sehr weit, was die Rechtsbindung angeht. Und mir scheint absehbar, dass sowohl in einem Streit vor dem BVerfG wie auch in den Debatten in einem Gesetzgebungsverfahren das Argument formuliert würde, wir könnten uns bestimmten Anforderungen, die von außen kommen, nicht entziehen. Es würde sicherlich auch übertrieben und behauptet, dass wenn Geheimdienste nicht mehr geheim sind, wir endgültig im „Hippie-Staat“ angelangt wären – was im Kontext der Flüchtlingskrise schon jetzt von kritischen auswärtigen Beobachtern so behauptet wird. Das vorhersehbare Argument der Dienste, sie wären im Vergleich zu den anderen blind und taub, dem würde sich das BVerfG aber möglicherweise nicht entziehen können. Was ich eigentlich fragen will: welchen Einfluss hat dieses Vergleichsargument, der Hinweis auf unsere im Vergleich hohen Standards an Rechtsbindung, eigentlich? Ein Hinweis bei der Suche nach Maßstäben, die im Vergleich europaweit anschlussfähig sein könnten, wäre natürlich der Hinweis auf die Europäische Union und das Europarecht als das richtige Forum für diese Frage. Vielleicht auch, um sich gegen amerikanische Vorstellungen von Privatheit abzugrenzen. Hier ist meine Anschlussfrage an Herrn Seiler: sehen Sie in Ihrem Bereich auch einen Veränderungsdruck durch Vergleich? Allgemein formuliert: Man sieht sich bestimmten Entwicklungen oder Standards in der Welt jenseits von Deutschland ausgesetzt und stellt auf dieser Grundlage bestimmte Anfragen an die rechtlichen Standards, die man entweder schon hat oder leitet daraus ab, was man gerne als Standard hätte. Vielen Dank.

**Volkmann:** Die nächsten Redner werden Herr Schoch und Herr Ladeur sein. Wir steigen damit jetzt in eine getrennte Behandlung der einzelnen Blöcke ein und beginnen mit Beiträgen zu Herrn Wegener.

**Schoch:** Vielen Dank, Herr Wegener, für Ihr Referat. Ich stimme weitgehend zu, äußere aber Kritik an Ihrem konzeptionellen Zugriff auf die Thematik. Der Begriff „staatliche Schutzpflicht“ kam bei Ihnen nicht vor. Daher sehe ich eine Asymmetrie zwischen dem Freiheitsschutz einerseits, den Sie stark gemacht haben, und der staatlichen Schutzpflicht andererseits. Wenn Sie die einschlägigen Verfassungsgerichtsentscheidungen nehmen, angefangen bei der Rasterfahndung bis hin zur Überwachung des öffentlichen Raumes, repräsentieren diese Entscheidungen die Perspektive des Bundesverfassungsgerichts aus der Abwehrfunktion der Grundrechte heraus. In Entscheidungen zu staatlichen Schutzpflichten sehen wir, dem Prozessrecht geschuldet, auf einmal, dass dem Gesetzgeber zur Gefahrenabwehr deutlich größere Spielräume eingeräumt werden. Mein Plädoyer geht dahin, die Konstitutionalisierung im Sicherheitsrecht aufrechtzuerhalten, die Perspektive aber umzustellen, nämlich die Schutzpflichtdimension einzubeziehen.

In Deutschland haben wir, Gott sei Dank, noch keine verheerende Terrorattacke erlebt. Ich stelle mir eine Diskussion vor einem solch fürchterlichen Hintergrund vor und frage, ob sich die Debatte dann stärker in Richtung „Schutzpflicht“ bewegen würde und wir fragten, ob der Gesetzgeber mehr Entscheidungsspielräume bräuchte. Ich vermag nicht zu erkennen, dass der Europäische Gerichtshof aus Art. 7 oder Art. 8 der Grundrechtecharta oder das Bundesverfassungsgericht aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung „Tag genau“ ablesen könnte, wie lange beispielsweise die Vorratsdatenspeicherung andauern darf; drei Monate oder sechs Monate? Aus der Diskussion vor Erlass der vormaligen Richtlinie wissen wir, dass es im Ausland Vorschläge zur Dauer der Speicherung von sogar 36 Monaten gab.

Die Umstellung des Konzepts auf die Schutzpflichtdimension bedingt die notwendige Stärkung parlamentarischer Kontrollrechte. Ich halte es für ein Ünding, dass bei der Selektorenliste ein Sachverständiger, und sei er auch ein ehemaliger Richter am Bundesverwaltungsgericht, parlamentarische Kontrollaufgaben wahrnimmt; es handelt sich um eine genuine Aufgabe des Parlaments. Wir müssen aber auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Rüstungsexportkontrolle sehen; das Gericht hat das parlamentarische Informationsrecht geschwächt und den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung gestärkt. Darin sehe ich eine verhängnisvolle Entwicklung zu den parlamentarischen Kontrollrechten im Parlamentsinformationsrecht.

Damit einher geht im Sicherheitsrecht bei der gerichtlichen Kontrolle die Schwäche des „in camera“-Verfahrens. Sie haben, Herr Wegener, nur zum Bundesverfassungsgericht gesprochen; insoweit Zustimmung. Ein Blick aber noch auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit. In meinem Nebenamt als Richter am VGH habe ich gerade einen Fall auf dem Tisch, in dem es um Geheimnisschutz geht. Kommt es zum „in camera“-Verfahren, entscheidet de facto der Fachsenat (§ 189 VwGO) und nicht der sachlich zuständige Richter. Nach dem Modell des § 138 TKG sollte das „in camera“-Verfahren in den sachlich zuständigen Spruchkörper verlagert werden. Funktional wäre dies im Sicherheitsrecht eine Ergänzung der Richtervorbehalte. Vielen Dank!

**Ladeur:** Zu Herrn Wegener: Ich gehe davon aus, dass das traditionelle, liberale Sicherheitsrecht von einem Denken in Grenzbegriffen bestimmt ist. Das Paradigma des Bezuges ist immer noch das bürgerliche Individuum, dem wir auch z.B. kriminelle Phantasien einräumen, ohne das zu sanktionieren. Erst dann, wenn die Grenze überschritten wird oder wenn das Individuum sich der Grenze nähert, z. B. beim Versuch im Strafrecht, durch Schaffung einer Gefahr im Polizeirecht, wird das rechtlich relevant. Ich glaube, dass das immer noch auch der Bezug für die gegenwärtige Diskussion ist und das ist, nach meiner Ansicht, irreführend. Ich glaube, man muss sehr viel stärker in Netzwerken denken. Ich glaube, das Hauptproblem, das nicht richtig konstruiert wird, besteht darin, dass wir in Risiken denken müssen. Das haben wir im Umweltrecht längst getan, denn hier weiß man, etwas, was nicht gefährlich ist, ist trotzdem nicht irrelevant, wie es früher gesehen worden ist. Und so ist das z. B. in diesen terroristischen Netzwerken auch, wo wir gar keine deutliche Unterscheidung mehr vornehmen können zwischen etwas, was sich einer Gefahrgrenze nähert, und dem, was völlig harmlos ist. Denken in Netzwerken, das bedeutet nicht, dass sich alles auflöst, aber ich glaube, dass wir dann andere Kategorien brauchen, um „riskante Netzwerke“ zu erfassen. Zum Beispiel lassen sich islamistische Gruppen so beschreiben, denn diesbezüglich können wir nicht mehr davon ausgehen, dass das klassische Modell des sich sozusagen selbst kontrollierenden und erst zu einem späteren Zeitpunkt – nach der Überschreitung einer Gefahrgrenze – der Fremdkontrolle (durch den Staat) zu unterwerfenden Individuum so funktioniert, sondern es sind diffuse Kausalitäten, wenn man mal diesen Begriff aus dem Umweltrecht übernimmt. Und darauf muss man das Recht einstellen. Ich glaube, dass man das auch kann, aber um das zu erklären, reicht die Zeit nicht. Vielen Dank.

**Volkmann:** Vielen Dank, Herr Ladeur, für diesen erneuten Beweis dafür, dass das Denken in Netzwerken dieser Vereinigung nicht ganz fremd ist.



Die nächsten Beiträge beschäftigen sich in dieser oder jener Weise mit der Konzeption von Privatheit, das sind zunächst Herr Müller-Terpitz, Herr Sydow und Herr Hoffmann-Riem.

**Müller-Terpitz:** Vielen Dank zunächst auch an Sie, Herr Wegener, für das schöne Referat. Ich habe zwei Anmerkungen, eine kritische und eine affirmative. Ich komme zunächst zu der kritischen Anmerkung, die sich auf Ihre These 14 bezieht. Dort plädieren Sie, wenn ich Sie recht verstanden habe, für eine neue Konzeption des Schutzes der Privatheit und Sie ziehen in Ihrem Fazit ja daraus die Schlussfolgerungen, dass sich der Gesetzgeber insbesondere auf solche Regelungsbereiche beschränken sollte, wo es an Transparenz und Kontrolle für bzw. durch den Bürger fehlt. Dem stellen Sie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber, so wie es vom BVerfG bislang als Datenschutzgrundrecht gehandhabt wurde, das Sie, was nicht unüblich ist, als eigentumsähnlich apostrophieren, und attestieren diesem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, wenn ich Sie richtig verstanden habe, sodann eine Schwäche dahingehend, dass es eine sinnvolle Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Sphäre nicht ermögliche. Ich muss ehrlich gestehen, ich habe Zweifel an der Leistungsfähigkeit Ihrer neuen Konzeption, weil diese ja voraussetzt, dass Sie definieren, was öffentlich und was privat ist. Und das wirft die Frage auf: Wer soll eigentlich diese Definition leisten? Der Gesetzgeber, die Exekutive, die Judikative? Wir wissen allerdings aus Beispielen und, Herr Volkmann, ich werde mich tatsächlich auf ein Beispiel, namentlich Google StreetView beschränken, dass das im Einzelfall sehr schwierig sein kann. Diesbezüglich ist sehr intensiv diskutiert worden: Gehört die Hausfassade, die nach außen hin sichtbar ist, zum privaten Bereich oder gehört sie zum öffentlichen Bereich? Es gab hunderttausende von Menschen in Deutschland und wahrscheinlich Millionen weltweit, die nicht wollten, dass ihre Fassade abgebildet wird, so dass meines Erachtens hier eine Definition durch eine externe staatliche Institution gar nicht möglich ist. Ich habe vielmehr den Eindruck, dass die Frage, was ein schützenswertes Datum ist und was nicht, vom Individuum zunächst einmal selbst beantwortet werden muss. Deshalb haben wir es hier im Grunde genommen mit einem Grundrecht zu tun, das insofern Parallelen zu Art. 4 GG aufweist, als es primär auf die Selbstdefinition bzw. das Selbstverständnis des Betroffenen ankommt. Was ist für mich eigentlich ein privates und schützenswertes Datum? Insofern scheint mir die die Dogmatik des BVerfG doch den leistungsfähigeren Ansatz zu liefern.

Jetzt zu meiner affirmativen Anmerkung; sie bezieht sich auf These 26. Dort geht es um die Frage des Grundrechtsschutzes. Ich bin völlig bei Ihnen: Es scheint mir fernliegend zu behaupten – Stichwort „Weltraumtheorie“ –

der Grundrechtsschutz folge nicht der Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt. Meines Erachtens ist es ja gerade Sinn und Zweck der Grundrechte, dem Betroffenen ein Gegengewicht für sein „Gewaltunterworfenensein“ an die Hand zu geben, ihn sozusagen in seinem *status subjectionis*, zu schützen. Von daher kann es meines Erachtens nicht darauf ankommen, ob ich als Grundrechtsträger in Deutschland, in Chile oder im Weltraum betroffen bin. Überall dort muss Grundrechtsschutz greifen, wo ich von deutscher Staatsgewalt betroffen bin. Hierfür kommt es meines Erachtens auch nicht auf einen territorialen Anknüpfungspunkt an. Das zeigt sehr schön die Entscheidung des OVG Münster – Stichwort Atalanta –, wo das Gericht auf solche Kriterien nicht rekurriert hat. Vielen Dank.

**Sydow:** Ich kann mich auf meinen Vorredner beziehen. Denn auch ich habe Zweifel an Ihrer These, Herr Wegener, dass es wirklich vorzugswürdig sei, die Dinge, die Sie verhandelt haben, grundrechtlich auf ein neu zu konturierendes Grundrecht – den Schutz der Privatheit – zu beziehen. Ohne Zweifel ist die Möglichkeit kommunikativer Abschottung gerade gegenüber dem Staat ein wichtiger Aspekt, und Sie haben deutlich unter Beweis gestellt, wie leistungsfähig hier ein grundrechtliches Denken sein kann. Aber in einer Gesamtperspektive des Informationsrechtes scheint mir neben dieser kommunikativen Abschottung doch Persönlichkeitsentfaltung gerade durch Kommunikation mindestens ebenso wichtig zu sein, nämlich dass ich als Individuum die Möglichkeit habe, darauf Einfluss zu nehmen, wie mich andere sehen. Dies erreiche ich nicht durch Abschottung, sondern indem ich meine Persönlichkeit konstruiere, indem ich ein Bild von mir präsentiere. Einfachgesetzlich heißt das, dass aus meiner Sicht etwa ein medienrechtlicher Gegendarstellungsanspruch mindestens dieselbe Bedeutung wie ein Löschananspruch gegenüber unzulässig erhobenen Informationen hat. Und wenn ich diesen Gedanken wieder auf verfassungsrechtlicher Ebene reformuliere, dann fürchte ich, dass ein neu zu konturierendes Grundrecht des Schutzes der Privatheit nur diesen Teilaspekt der kommunikativen Abschottung gegenüber staatlichem Informationshandeln erfassen kann. Ich glaube nicht, dass das vorzugswürdig ist. Denn die beiden, sich ergänzenden Aspekte der kommunikativen Abschottung wie der Grundrechtsentfaltung durch Kommunikation sind in einem Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung und unter Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht grundrechtlich gut abgebildet. Ein neues Grundrecht birgt eher die Gefahr, der Fehlvorstellung Vorschub zu leisten, dass es ganz primär um kommunikative Abschottung ginge. Wir sollten darauf verzichten. Danke.

**Hoffmann-Riem:** Ich möchte vier Stichworte ansprechen: Entgrenzung, Schutz von Privatheit, wer ist Gefährder und welche grundrechtsdogmatische Anknüpfung gibt es für den Schutz vor Gefahren? Inhaltlich beschränke ich mich auf die Ausführungen von Herrn Wegener. Zunächst: Der von ihm zu Recht näher beschriebene Befund der Entgrenzung kennt viele Dimensionen, so eine technologische, eine territoriale, eine soziale und eine Entgrenzung der Sphären zwischen Staat und Privaten. Soweit nichts mehr abgrenzbar ist, wird es schwer, mit Recht, das üblicherweise in Grenzen denkt und regelt und meist auch nur regeln kann, Gefährdungsphänomene zu bewältigen. Zweites Stichwort: Privatheit. Auch insofern herrscht Entgrenzung: Es gibt eine Fülle von gleitenden Übergängen zwischen privat, privat-öffentlich, rein-öffentlich. Vielen Menschen geht es bei der Nutzung des Internet offenbar nicht um einen umfassenden Schutz von Privatheit. Es bleibt aber bei vielen dennoch ein Bedürfnis nach Selbstbestimmung darüber, was öffentlich sein darf und was privat bleiben soll. Diese Möglichkeit zur Selbstbestimmung wird aber durch Unternehmen weitgehend beseitigt, wenn sie weit reichende, in den Folgen unübersehbare Einwilligungen in die Speicherung und Verwertung von persönlichen Daten fordern, und zwar als Voraussetzung der kommunikativen Teilhabe über das Internet. Wer als soziales Wesen in der heute üblichen elektronischen Form kommunizieren will, erkaufte dies mit einem weit gehenden Verzicht auf Selbstbestimmung über die weitere Nutzung seiner Verbindungs- und Inhaltsdaten. Hier besteht Anlass, die Möglichkeit zur Selbstbestimmung rechtlich besser als bisher abzusichern. Stattdessen – wie es Herr Wegener vorschlägt – primär vom Schutz der Privatheit auszugehen, überzeugt nicht. Nebenbei: ich glaube nicht, dass das BVerfG das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung weiterhin dem Eigentumsrecht nachbildet.

Dritter Punkt: Wer kann denn die Freiheit gefährden? Natürlich – und das war eine Einengung im Thema des Vorstands – der Staat. Für mich ist der Staat gegenwärtig aber nicht mehr der größte Gefährder der Freiheit im Feld der digitalen Kommunikation. Wenn ich daran denke, welche Datenberge bei den IT-Oligopolen global verfügbar sind, ohne wirksame rechtliche Grenzen der Datenerhebung und -speicherung, ohne Transparenz und ohne Möglichkeit demokratischer Kontrolle, auch ohne Grenzen der Nutzung und ohne wirksamen Schutz vor Cyberspionage und -sabotage, dann wird ein immenses Gefährdungspotential erkennbar. Niemals würden wir es in einem demokratischen Rechtsstaat erlauben, dass staatliche Stellen auch nur einen Anteil dessen erheben, aufbewahren und das auch noch fast nach Belieben nutzen, was diese Unternehmen verfügbar haben. Bekannt sind auch Möglichkeiten der Kombination beider Sphären – eine Art Bruderschaft zwischen privaten Oligopolen und Geheimdiensten, etwa der

NSA. Daran schließt sich die Frage an: Wie lässt sich das rechtlich einhegen, wie kommen wir verfassungs- und grundrechtsdogmatisch daran? Mit den Mitteln des Individualrechtsschutzes lässt sich das Recht auf Selbstbestimmung nicht mehr effektiv sichern. Insofern hat Herr Schoch schon richtig auf das Feld der hoheitlichen Schutzpflichten hingewiesen. Das Problem lässt sich allerdings nicht mehr rein national bewältigen. Also müssen wir objektivrechtliche Grundrechtsverbürgungen dahingehend befragen, wie weit sie auch in den transnationalen Bereich hinein reichen und unsere Staatsorgane, auch die Regierung, verpflichten, an effektiven Vorkehrungen zum Schutz vor privaten und staatlichen Machthabern und vor der Kombination ihrer Datenmacht mitzuwirken und dabei Schutz auch gegenüber transnational verwirklichten Gefährdungen zu gewährleisten. Vielen Dank.

**Volkmann:** Vielen Dank. Wir bleiben noch etwas bei der Konzeption von Privatheit mit Frau Seibert-Fohr und Herrn Mahlmann, dann Herr Wolff zu den Nachrichtendiensten und Herr Pernice und Herr Tonio Klein zum Einsatz von Verschlüsselungstechniken.

**Seibert-Fohr:** Ich danke den Rednern für die Vorträge. Mein Beitrag bezieht sich auf den von Herrn Wegener, wobei ich an die Vorredner anknüpfe. Auch ich habe gewisse Vorbehalte, was die Vorzugswürdigkeit des Rechts auf Privatheit angeht. Sie hatten in Ihrem Vortrag mit der internationalen Anschlussfähigkeit argumentiert und da drängen sich mir doch drei wichtige Punkte auf. Zunächst erlauben Sie mir vielleicht den Hinweis, dass die Bezugnahme auf Art. 8 der EMRK und Art. 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche politische Rechte – aus einer gewissen Binnenperspektive sei es mir hoffentlich erlaubt, dies zu sagen – an einer gewissen Konturlosigkeit leidet. Der EGMR hat sich in der Rechtsprechung sehr intensiv mit Art. 8 der EMRK auseinandergesetzt, aber ich sehe auch in meiner Praxis immer wieder, dass Art. 17 IPbpR häufig letztlich doch als Auffanggrundrecht fungiert, und hier mit einem höheren Schutzniveau zu argumentieren, scheint mir nicht überzeugend. Außerdem möchte ich gerne auf die Rechtsvergleichung zu sprechen kommen. Sie hatten auch das „right to privacy“ in den Vereinigten Staaten angesprochen. Wenn wir uns die „due-process“-Rechtsprechung des Supreme Court anschauen, insbesondere den Fall *Casey* und andere Entscheidungen, dann wird deutlich, dass das „right to privacy“ überaus umstritten ist; und selbst dort, wo es in abstracto akzeptiert wird, weist es aufgrund von „rationality review“ eigentlich gerade keinen besonders hohen Schutzstandard auf.

Ich möchte hier keine rechtssoziologische Überlegungen anstellen, sondern nur darauf hinweisen, dass das Verständnis von Privatheit in der jüngeren Generation in Zeiten von Facebook anders ist als das unsrige bzw.

zur Zeit der ersten Entscheidungen des BVerfG. Inhaltlich scheint mir ganz wichtig, worauf vorhin schon hingewiesen worden ist, dass nämlich die Herleitung aus dem Persönlichkeitsrecht, den Vorteil hat, die Implikationen für die Handlungsfreiheit des jeweils einzeln zu erfassen. Welche Implikationen hat der Datenzugriff auf den Freiheitsgebrauch des Einzelnen? Ich denke, dass das BVerfG auf dieser gedanklichen Grundlage das Grundrecht eigentlich schon sehr stark operationalisiert hat. Meines Erachtens ist dies auch gar nicht das Hauptproblem, sondern das Hauptproblem liegt in dem Befund der territorialen Entgrenzung durch die neu entstandenen Zugriffsmöglichkeiten – insbesondere aus dem Ausland. Und insoweit erscheint es mir als unzureichend, auf den politischen Prozess zu vertrauen. Ich denke, der politische Prozess taugt immer nur dann, wenn er sich der Aufgabe der Freiheitssicherung nicht nur bewusst ist, sondern sich ihr auch stellt. Vielen Dank.

**Mahlmann:** Ich habe eine Frage an Herrn Wegener zu dem grundrechtskonzeptionellen Grund für die Umstellung von informationeller Selbstbestimmung auf Privatheit. Sie haben funktionelle Gewinne genannt, nämlich Beschränkung des Schutzbereichs und internationale Anschlussfähigkeit, über die ja auch schon geredet wurden. Ich nehme an, diese funktionellen Gewinne sind nicht der grundrechtskonzeptionelle Grund, der letztendlich eine solche Umstellung legitimieren könnte. Mich würde interessieren, welcher es dann ist und in welchem Verhältnis dieser zu der bisherigen Fundierung dieses Schutzrechts steht?

**Wolff:** Vielen Dank. Ein paar Kleinigkeiten, solange die Zeit reicht. Erstens: Die Tatsachengrundlage Ihrer Wertungen im Bereich der Nachrichtendienste erscheint mir ein bisschen einseitig interpretiert. Es wäre etwas anders, wenn man die andere Seite stärker berücksichtigt hätte, dann hätte auch Franz Mayer weniger Angst bekommen. Zweitens: die Selektorenliste. Die Selektorenliste ist in der parlamentarischen Kontrollkommission bekannt. Der Innenausschuss erhält sie nur mit Mühen. Sie sagen, die Selektorenliste würde nicht publiziert werden, um die parlamentarische Kontrolle zu unterlaufen. Das ist Unfug. Diese Selektorenliste sind vor allem chemische Formeln und Telefonnummern. Für die parlamentarische Kontrolle hat die Selektorenliste deshalb in der Regel geringen Wert, sie hat aber enormen Wert für die so genannte Gegenseite, also diejenigen Personen und Organisationen, die eventuell tatsächlich einen Anschlag planen. Drittens: reine Auslandsaufklärung. Der Grundrechtsschutz, Art. 10 GG ist angesprochen worden, für den die Zeit aber nicht mehr reicht. Nehmen wir Art. 13 GG, der ist einfacher. Stellen wir uns folgenden Fall vor: Ein BND-Mitarbeiter geht im Irak in die Wohnung eines Ausländers. Der BND ist der

Auffassung, Art. 13 GG greife nicht unmittelbar, es gelte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Ich bin der Meinung: Das ist vertretbar. Wir können über den formalen Gesetzesvorbehalt streiten, aber diese Position ist vertretbar, das sind keine Wildwest-Methoden. Viertens: Sie sprechen von der Privilegierung der Nachrichtendienste. Man muss zwischen der Individualkontrolle und der strategischen Kontrolle differenzieren. Bei der Individualkontrolle gibt es keine strukturelle Privilegierung der Nachrichtendienste. Das BKA hat vergleichbare verdeckte Informationsbefugnisse, natürlich etwas anders formuliert, aber strukturell vergleichbar. Es gibt eine Privilegierung, diese beschränkt sich aber auf die strategische Fernmeldekontrolle. Nur der BND profitiert davon. Hier existieren tatsächlich Schutzgüter, von denen man vertretbarerweise sagen kann, dass sie sich möglicherweise doch ein bisschen anders seien. Sie sprechen von der Rechtsordnung. Ich finde, dass unsere Rechtsordnung deutlich besser ist, als sie dargestellt wird. Wir haben unbestreitbar Lücken im Sicherheitsbereich. Die Lücken sind bekannt, es sind drei an der Zahl. Wir brauchen erstens eine Rechtsgrundlage, keine Eingriffsgrundlage, für die so genannten reinen Auslandsaufklärungen. Diese ist in der Mache. Dafür gibt es Vorschläge, die noch nicht bekannt sind. Wir brauchen zweitens Normen zur Datenqualität beim Austausch der Nachrichtendienste. Auch das ist im Kommen. Und wir benötigen drittens eine Rechtsgrundlage für den Informationsfluss von ausländischen zu deutschen Nachrichtendiensten, in die entgegengesetzte Richtung haben wir sie schon. Auch das ist im Entstehen. Ganz schnell zur grundsätzlichen Datenschutzstruktur: Sie sagten, diese sei etwas widersprüchlich. Ich glaube, dass man beim grundrechtlichen Datenschutz vier Bereiche auseinander halten muss, dann wird es auch übersichtlicher als bisher. Die normalen Informationseingriffe, bei denen es darum geht, dass der Staat Informationen beschafft, die Informationen, die der Staat braucht, um eine Aufgabe zu erfüllen, die Informationen, die er braucht, um eine Persönlichkeit zu bilden, und den zivilen Bereich. Vielen Dank.

**Pernice:** Ich habe hier nur eine kleine Bemerkung. Herr Wegener: Ihre Bestandsaufnahme und Ihr Befund der Gefahren und Risiken, dürfte eine neue Dimension erreichen durch das Internet der Dinge. Wenn ich an selbstgesteuerte Autos denke, an die automatischen Kühlschränke und vieles andere, was da auf dem Wege der Entwicklung ist. Wie verhalten wir uns gegenüber der damit verbundenen Aufblähung des Datenbestandes, der dann erfasst werden kann? Gerade um Datenmassen bei den privaten Unternehmen geht es. Dazu kommt jetzt ein Zweites: Herr Schoch hat die staatlichen Schutzpflichten in Bezug auf Risiken des Internets für die Sicherheit angesprochen, Herr Hoffmann-Riem hat gleichfalls auch die

Schutzpflicht in Bezug auf den Schutz unserer Daten vor privaten Datensammlern betont. Einen Testfall würde ich gerne zur Diskussion stellen, den Sie auch schon angesprochen haben, nämlich die Verschlüsselung. Die Verschlüsselung wird in den USA von der Regierung sehr kritisch betrachtet, weil sie die Wahrnehmung der Schutzpflicht für die Sicherheit in Frage stellen könnte. Die Lösung, die vorgeschlagen wird, ist, dass man verschlüsseln darf, aber der Staat müsse einen Schlüssel erhalten. In Deutschland ist das noch nicht völlig klar. Äußerungen des Bundesinnenministers aus früherer Zeit gehen in die gleiche Richtung wie in den USA, in letzter Zeit jedoch tendiert man in die andere Richtung: Nein, wir brauchen den Schlüssel nicht. Mich würde jetzt das verfassungsrechtliche Kriterium interessieren, das uns für die Entscheidung zur Verfügung stehen könnte, ob der Staat den Schlüssel bekommt oder nicht. Wobei, Schluss- und Randbemerkung, die Fachleute aus der Informatik sagen, wenn der Staat den Schlüssel habe, dann haben die anderen den Schlüssel auch. Danke schön.

**Klein, Tonio:** Ich knüpfe direkt an die Frage meines Vorredners an, unter welchen Bedingungen der Staat den Schlüssel bekommen könnte. Sie haben das in These 29 ausgeführt. Vielleicht können Sie das ein bisschen unter der Fragestellung präzisieren, inwieweit das mit einem traditionellen Gefahrenbegriff, Herr Ladeur hat darüber gesprochen, überhaupt noch fassbar ist. Etwas überspitzt formuliert: Darf ich eigentlich die Entwicklung eines Automobils verbieten, weil man mit diesem Automobil einen Menschen totfahren könnte? Das scheint mir doch mit dem herkömmlichen Gefahrenbegriff nicht mehr erfassbar zu sein – also zu sehr ins Abstrakte vorzudringen. Und das scheint auf ein sehr grundsätzliches Problem der Grundrechte hinzuweisen – nämlich das klassische rechtstaatliche Verteilungsprinzip, nach dem die Ausübung von Grundrechten nicht rechtfertigungsbedürftig sei, nach dem wir sozusagen sogar, etwas überspitzt gesagt, ein Recht auf Irrationalität hätten. Sie haben die Metapher benutzt, „so was von Eighties“. Da denke ich an die Diskussion, die in den 80er Jahren geführt wurde, ob eigentlich der freiheitsberechtigte Bürger für sein Tun rechtfertigungsbedürftig ist. Nach dem Motto, „wenn Du etwas verschlüsseln möchtest, dann scheint es dafür Gründe zu geben, ansonsten, wenn Du ein rechtstreuer Bürger bist, brauchst Du ja die staatliche Überwachung nicht zu fürchten“. Aber gerade das widerspricht doch dem rechtstaatlichen Verteilungsprinzip, gerade das widerspricht doch der These, dass die Ausübung von Grundrechten eben nicht rechtfertigungsbedürftig sei, dass der Bürger nicht erklären müsse, warum er verschlüsseln will. Man kann sagen: „Dafür gibt es eigentlich objektiv keinen Grund, ich hab Vertrauen in den Rechtsstaat, aber ich möchte das einfach.“ Und das darf er als Freiheitsberechtigter. Würden Sie da also sagen, man müsse mit dieser grundsätzlichen

Freiheitsvermutung weiterhin arbeiten oder eher auch ein Denken etwa in Netzwerken favorisieren und wie sollte das operationalisiert werden? Herzlichen Dank.

**Volkman:** Wir wechseln jetzt auf den steuerrechtlichen Blick über und freuen uns zunächst über die Schweizer Perspektive, die uns Herr Müller nahebringen wird.

**Müller, Georg:** Ich melde mich auf Wunsch von Herrn Lepsius mit einem Hinweis auf die ziemlich unterschiedliche Rechtslage in der Schweiz. Er verzichtet dafür auf ein eigenes Votum. In der Schweiz braucht der Bund für die Erhebung jeder Steuer eine ausdrückliche Ermächtigung in der Bundesverfassung und das heißt nach unserem politischen System eine obligatorische Volksabstimmung, die nicht nur die Mehrheit der Stimmen erzielen muss, sondern auch die Mehrheit der Kantone. Sie können sich vorstellen, dass es in einem solchen System unerlässlich ist, in der Verfassung nicht nur den Gegenstand der Steuer zu umschreiben und das Subjekt, sondern natürlich auch die Höhe – zumindest in den Grundzügen. Das führt dann zum Teil zu sehr detaillierten Regelungen der Abgaben in der Verfassung, sodass sich für uns natürlich die Frage der Konstitutionalisierung viel weniger stellt. Das heißt auf der anderen Seite aber nicht, dass die Grundrechte gar keine Rolle spielen; vor allem bei der Rechtsanwendung kommt der Gleichheitssatz zum Zug. Seit 1999 haben wir auch eine Bestimmung in der Bundesverfassung, die die Prinzipien der Abgabenerhebung einschließlich des Leistungsfähigkeitsprinzips festlegt. Danke.

**Volkman:** Vielen Dank, Herr Müller. Jetzt folgen zwei Beiträge, die sich mit der grundsätzlichen Legitimität von Umverteilungszwecken befassen und das wohl etwas anders sehen als Herr Seiler: Herr Magen und Herr Fehling; danach Herr von Arnim.

**Magen:** Lieber Herr Seiler, ich war fasziniert von Ihrem Vortrag, auch weil er in mancher Hinsicht ökonomisch Sinn zu machen scheint. Fasziniert war ich zunächst auch als Verfassungsrechtler, weil Sie ihre freiheitsrechtliche Rechtfertigungslehre auch als Grundlage einer Systematisierung des Steuerrechts nutzen – vielleicht in ähnlicher Weise wie das Herr Michael am gestrigen Tage für das allgemeine Verwaltungsrecht beschrieben hat. Systematisierung des einfachen Steuerrechts insoweit, als Sie verschiedene Steuerarten im Lichte eines übergreifenden und gehaltvollen Leistungsfähigkeitskonzepts interpretieren und diese als Grundlage für die Entwicklung einer materiellen Steuerkonkurrenzlehre empfehlen. An dieser Stelle bin ich dann allerdings auch erschrocken. Denn so wie Sie ihre Rechtferti-



gungslehre inhaltlich anlegen, führt sie zu einer erheblichen Einschränkung des Gestaltungsspielraums des demokratischen Gesetzgebers. Nach Ihrer Interpretation des Leistungsfähigkeitsprinzips ist legitim nur die Besteuerung des Erwerbs aus der Teilnahme am Markt, weil Vermögen zu respektieren und anderer Erwerb nicht sozialpflichtig sei. Reine Umverteilung von Vermögen schließen Sie als Besteuerungszweck deswegen kategorisch aus. Das scheint mir eine merkwürdige Einschränkung der legitimen Besteuerungsziele zu sein in einer Zeit, wo wir weltweit darüber diskutieren, ob nicht extreme Vermögensungleichheiten die Möglichkeit der Teilnahme an demokratischen Prozessen oder sogar den sozialen Zusammenhalt gefährden. Man ist eben nicht nur Marktbürger, sondern auch Bürger eines politischen Gemeinwesens, und auch das mag eine Sozialpflichtigkeit begründen. Extreme Vermögensungleichheiten zu bekämpfen scheint mir jedenfalls kein von vornherein unzulässiges Gemeinwohlziel zu sein. Dabei ist auch zu bedenken, dass die Besteuerung von Körperschaftgewinnen massiv unter Ausgleichsbewegungen leidet, so dass Arbeitseinkommen überproportional belastet wird. Deshalb meine Frage: Beschränken wir nicht um den Gewinn der Systematisierung die sozialpolitischen Optionen des Steuergesetzgebers doch in etwas zu starker Art und Weise?

**Fehling:** Ich kann da gleich anschließen. Auch ich war sehr beeindruckt, Herr Seiler, von Ihrem intellektuellen Gedankengebäude. Doch habe ich eine stärkere Auseinandersetzung mit der Realität, mit dem Realbereich, vermisst. Ich kann ihren freiheitsrechtlichen Ansatz nachvollziehen und sehe auch, dass dieser Ansatz Verhältnismäßigkeitserwägungen selbstverständlich mit einzubeziehen hat. Aber muss man sich bei der Frage, welche steuerpolitischen Zwecke im Lichte des Sozialstaatsprinzips als legitim anzusehen sind, nicht auch mit der Realität der Einkommens- und Vermögensverteilung in dieser Gesellschaft auseinandersetzen? Mir ist selbstverständlich klar, dass man wahrscheinlich schon über die Fakten keinen Konsens erzielen wird, dass es insoweit unterschiedliche Deutungsmuster gibt, über die man politisch streiten kann und muss. Aber mein Petition wäre, sich damit zunächst einmal überhaupt auseinander zu setzen, weil eine Verhältnismäßigkeitsüberlegung gleichsam im luftleeren Raum, da würde ich Herrn Magen folgen, doch zu äußerst problematischen Schlüssen verleiten kann. Mit gutem Grund wird darüber debattiert, inwieweit, zugespitzt ausgedrückt, die Armen ärmer und die Reichen reicher werden, die reale Steuerlast von den theoretisch gesetzlich vorgegebenen Steuersätzen massiv abweicht und weiterhin in großem Stil Steuern über das Ausland umgangen werden. Sollten solche Beobachtungen zutreffen, müssten sie doch wohl bei der Belastung der Steuerpflichtigen in die Verhältnismäßigkeitsüberlegungen eingestellt und auch bei den legitimen sozialstaatlichen Zielen der

Steuerpolitik berücksichtigt werden. Dann erschienen Veränderungen im Steuerrecht, um diese Entwicklungen zu stoppen und gegebenenfalls auch in ihr Gegenteil umzukehren, als grundsätzlich legitim. Die Forderung, den Realbereich stärker zu berücksichtigen, führt mich noch zu einer weiteren Frage. Beim Steuerrecht haben wir bekanntlich immer das Problem der realen Durchsetzung. Vor diesem Hintergrund ist kritisch zu hinterfragen, inwieweit das Steuerrecht rein logisch konstruiert werden kann und muss. Möglicherweise gibt es verfassungsrechtliche Spielräume auch für weniger logische Lösungen, wenn das Steuerrecht dadurch vollzugsfähiger, leichter durchsetzbar wird. Inwieweit können also Vollzugerleichterungen bestimmte steuerrechtliche Gestaltungen rechtfertigen, die man vielleicht rein logisch gedacht für nicht angemessen erachten würde? Danke.

**von Arnim:** Ich möchte an das Wort von Paul Kirchhof anknüpfen, der vom Verlust der konkreten Rationalität im Steuerrecht sprach. Kann man diesen Verlust nicht vielleicht dadurch ein wenig kompensieren, dass man eine Begründung im Gesetzgebungsverfahren verlangt und die Kontrolle durch Öffentlichkeit und Verfassungsgericht erleichtert? Unser Problem ist ja, dass es hinsichtlich der Höhe von Steuern keine exakten inhaltlichen Maßstäbe gibt. In anderen Bereichen, wo ebenfalls inhaltliche Maßstäbe fehlen, etwa bei der Feststellung der Höhe des Existenzminimums (Urteil des BVerfG von 2010) und bei der Feststellung der Höhe der Besoldung (Urteil des BVerfG vom Mai 2015), hat das Gericht dem Gesetzgeber gewisse Darlegungslasten im Gesetzgebungsverfahren auferlegt. Herr Müller hat darauf hingewiesen, dass die Schweiz den Freiheitsschutz ebenfalls verfahrensmäßig sichert, nämlich dadurch, dass das Volk selbst über die Besteuerung entscheiden kann. Derartiges haben wir in Deutschland – jedenfalls auf Bundesebene – nicht. Aber auch bei uns geht es darum, durch Prozeduralisierung der Kontrolle einen höheren Schutz herbeizuführen. Man könnte also daran denken, auch dem parlamentarischen Steuergesetzgeber die erwähnte Begründungslast aufzuerlegen mit der Folge, dass, ohne sie das ganze Gesetz verfassungswidrig wäre. Oft nimmt der Gesetzgeber solche Begründungen ja auch vor, aber eben nicht immer in ausreichender Weise. Und meine Anregung wäre, eine solche Begründungslast für Steuergesetze einzuführen.

Und noch ein Wort zur Erbschaftsteuer. Herr Seiler hat gesagt, die Frage der Leistungsfähigkeit spiele keine Rolle, sondern es gehe ihm um die nachgelagerte Besteuerung beim Erblasser. Ist ein solcher Ansatz aber mit dem Grundsatz der Gerechtigkeit vereinbar? Es ist doch offensichtlich, dass dem Erben eines Vermögens ein Mehr an Leistungsfähigkeit zuwächst. Dass der Gedanke einer nachgelagerten Besteuerung beim Erblasser nicht richtig sein kann, ergibt sich meines Erachtens auch daraus, dass es dem

Erblasser freisteht, das Erbe zu verbrauchen oder gar zu verschleudern, so dass keine Erbschaftsteuer anfällt. Die Besteuerung kann in voller Weise aber schwerlich daran geknüpft werden, dass der Erblasser sein Vermögen sparsam und wirtschaftlich verwaltet hat. Stattdessen ist meines Erachtens auf den Erben abzustellen, und für ihn bedeutet es eben eine Steigerung seiner Leistungsfähigkeit, wenn ihm Vermögen durch die Erbschaft zuwächst.

**Volkmann:** Vielen Dank. Jetzt folgen zwei weitere Beiträge zu den Gestaltungsspielräumen des Gesetzgebers und der Rechtfertigung seiner Eingriffsbefugnisse, zunächst Herr Schenke und dann Herr Englisch.

**Schenke, Ralf P.:** Ich möchte Herrn Seiler zunächst für den sehr klaren und meinungsstarken Vortrag danken und dann zwei, drei kritische Anmerkungen machen. Zunächst zur Steuerekumulationslehre als Desiderat: Ich halte das für einen sehr wichtigen und weiterführenden Gedanken – aber nicht im nationalen Maßstab. Hier kann ich an das anknüpfen, was Herr Gregor Kirchhof schon gesagt hat. Ich befürchte tendenziell eine Überforderung der Verfassung. Warum? Steuerpolitik muss gerade mit Blick auf die internationalen Verflechtungen eine Politik von *trial and error* sein. Das verträgt sich nicht mit einer Gesamtkonzeption, die am verfassungsrechtlichen Reißbrett entworfen wird. Mein zweiter Punkt berührt ebenfalls die internationalen Aspekte: Aus dieser Perspektive mutet die Debatte doch seltsam lebensfremd an. Stichworte sind wieder Google, Apple und Amazon, also Unternehmen, bei denen zwischen den IRFS-Bilanzen und den Steuerbilanzen Welten liegen. Das Ziel der Steuergerechtigkeit wird doch nicht deshalb verfehlt, weil wir zu wenig Verfassungsrecht haben, sondern weil die Steuerrechtsordnungen im internationalen Maßstab nur unzureichend aufeinander abgestimmt sind. Und das führt mich zu einer dritten Anmerkung. Bei den bisherigen Bemühungen um eine solche Abstimmung hat sich das Verfassungsrecht als wenig hilfreich erwiesen. Vielmehr müssen wir beobachten, dass dem Gesetzgeber bei der Abwehr entsprechender Steuergestaltungen durch das Verfassungsrecht die Hände gebunden sind. Als Stichwort sei etwa das objektive Nettoprinzip genannt, das sich gegen Gewinnverlagerungsstrategien in Stellung bringen lässt. Davon können Sie, Herr Seiler, als Kommentator der Zinsschranke ein Lied singen. Daher möchte ich abschließend eine vielleicht etwas provokante Gegenthese formulieren: Können wir im internationalen Maßstab nicht möglicherweise ein Zugewinn an Steuergerechtigkeit eher durch Abstriche beim Steuerfassungsrecht erreichen? Vielen Dank.

**Englisch:** Die beiden aus meiner Sicht vorzüglichen Referate haben uns sehr schön das jeweilige Spannungsfeld zwischen Konstitutionalisierungs-

bestrebungen einerseits und Gegenbewegungen dazu andererseits aufgezeigt. Sie haben aber, so meine ich, auch zugleich deutlich gemacht, dass wir hier doch jeweils mit einem unterschiedlichen Entwicklungsstand der Debatte konfrontiert sind. Mir schien, dass im Sicherheitsrecht doch mehr die Gewichtung der durchaus bekannten und anerkannten Abwägungsfaktoren in Rede steht und dann vor allen Dingen, worauf Herr Engel ja schon hingewiesen hat, die Durchsetzung der hieraus zu ziehenden verfassungsrechtlichen Erkenntnisse. Ich glaube, dass wir demgegenüber im Steuerrecht durchaus noch etwas grundsätzlichere Debatten führen. Wir ringen nach wie vor um die Rolle von Freiheitsrechten, Gleichheitsrechten und Sozialstaatsprinzip, sowohl bei der Steuerrechtfertigungslehre als auch bei der Steuerkonkurrenzlehre. Was den ersten Punkt angeht – die Steuerrechtfertigungslehre – so macht sich das an der Frage fest, wie Sie, Herr Seiler, zu Recht herausgestellt haben, wie bestimme ich die Sozialpflichtigkeit des Eigentums, wenn es um den Eingriff durch die Besteuerung geht? Hier würde ich doch insofern etwas Skepsis gegenüber Ihrem Ansatz walten lassen, als dass es bei der gegenleistungslos erhobenen Steuer zumindest nicht unmittelbar einsichtig ist, weshalb wir für die Frage der Sozialpflichtigkeit darauf abstellen sollten, inwieweit der Staat zum Wohlstand, der abgeschöpft werden soll, beigetragen hat. Das ist letztlich ein Äquivalenztheoretischer Ansatz. Und aus meiner Sicht erscheint es durchaus erwägenswert, dass vielleicht doch auch die sozialstaatlich verorteten Prinzipien solidarischer Lastentragung und sozialstaatlichen Ausgleichs zur Rechtfertigung einer bestimmten Steuer ausreichen. Wenn man es anders sähe, wenn man die Freiheitsrechte stärker akzentuieren wollte, dann könnte man sogar auf die Idee kommen, ob nicht anders als Sie es vertreten haben, eher der Zugriff auf die Vermögensverwendung freiheitsrechtlich eigentlich schonender ist, weil dann vom Steuerpflichtigen selbst bestimmt werden kann, wann der Steuerzugriff erfolgt, wenn nämlich die Ressourcen der Gemeinschaft beansprucht werden. Ganz kurz noch zur Steuerrechtfertigungslehre: Hier würde ich die Freiheitsrechte eher noch stärker akzentuieren als Sie das getan haben. Ich meine, sie haben eine wichtige Reservefunktion, wenn es zu einer massiven Steuerkumulation kommt; denn nur sie können hier die übergreifende Klammer zwischen den verschiedenen Steuerarten bilden. Gleichheitssatz und auch Finanzverfassung können hier Beiträge leisten, das haben Sie ja überzeugend ausgeführt, aber wir brauchen diese zusätzliche Reservefunktion der Freiheitsrechte, die wir dann um ökonomische Erkenntnisse zu den Belastungswirkungen anreichern müssen und daraus dann die Grenzen der Besteuerung aufzuzeigen haben. Darum hat sich ja auch das Verfassungsgericht schon mehrfach bemüht. Vielen Dank.

**Volkmann:** Aus der Familie Kirchhof nun Herr Ferdinand Kirchhof zur wichtigen Rolle des Gleichheitssatzes; den Abschluss machen dann Herr Wernsmann und Herr Reimer.

**Kirchhof, Ferdinand:** Danke schön Herr Vorsitzender. Ich möchte den Gleichheitssatz wieder ein bisschen aufwerten und für das Steuerrecht konkretisieren.

Ich bedanke mich dafür, dass der Referent herausgestellt hat, dass der Gleichheitssatz immer zur Anwendung externe Kriterien, also Sachgründe der Differenzierung, benötigt. Er lebt aus dem konkreten Sachverhalt: je mehr externe Kriterien dort vorhanden sind, desto griffiger wird er. Der Referent ist dankenswerter Weise auch auf die Anwendung des Gleichheitssatzes im Steuerrecht eingegangen. Ich darf in diesem Zusammenhang auf die besondere Anwendungsweise des Gleichheitssatzes auf diesem Rechtsgebiet bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen aufmerksam machen. Wir stellen die Prüfungsreihenfolge und die eingesetzten Maßstäbe dort nämlich auf den Kopf. Ich nenne das die „inverse Anwendung“ des Gleichheitssatzes im Steuerrecht. Üblicherweise folgen wir dem Grundsatz, je schwerer die Belastung durch ein Gesetz wiegt, desto höhere Anforderungen sind an seine sachliche Rechtfertigung stellen; die grundlegenden Belastungsentscheidungen werden deshalb gleichheitsrechtlich streng geprüft. Die späteren Detaillierungen werden mangels Schwere großzügiger kontrolliert. Dabei schöpfen wir je nach Intensität des Eingriffs den gesamten Spannungsbogen vom Willkürverbot bis zur detaillierten Verhältnismäßigkeitsprüfung aus. Bei der Prüfung eines Steuergesetzes verfahren wir indessen genau umgekehrt. Wir lassen dem Gesetzgeber bei den Grundentscheidungen über Steuerobjekt, -subjekt und -tarif, also bei den schwerwiegenden Belastungsentscheidungen, freie Hand bis zur Willkürgrenze. Erst wenn er nach deren Bestimmung zur weniger gravierenden Detaillierung der Tatbestände und Rechtsfolgen schreitet, werden wir strenger und kontrollieren nach dem Grundsatz der Folgerichtigkeit anhand der gesetzlich vorgegebenen Belastungsgründe exakter.

Der Referent bedauert diese inverse Anwendung eher; Ich bin mit ihr sehr zufrieden und begrüße sie. Wenn wir im ersten Schritt der Grundentscheidungen dem Gesetzgeber breiten Spielraum lassen, regelt er aufgrund seiner demokratischen Legitimation nach seinem politischen Willen, welches Gut besteuert, wer Steuerpflichtiger sein und wie hoch der Steuertarif ausfallen soll. Es bleibt aus der Perspektive des Gleichheitssatzes auch gar keine andere Möglichkeit, denn es gibt keine externen Kriterien zur Prüfung der Sachgerechtigkeit von steuerlichen Grundentscheidungen. In anderen Regelungsbereichen existieren Sachgründe schon im zu normierenden Sachverhalt – im Polizeirecht Gefahr und Schutzgut, im Sozialhil-

ferecht eigene Leistungsfähigkeit und Menschenwürde etc. Im Steuerrecht fehlen sie zu Anfang völlig. Hier stehen sich jeweils nur der Finanzbedarf des Staates, der berechtigt ist, weil er Allgemeinwohlaufgaben erfüllen und finanzieren muss, auf der einen Seite und die Erzielung von partiell abschöpfungsfähigem Mehrwert, Ertrag oder Gewinn in der Gesellschaft auf der anderen Seite gegenüber. Die gerechte Aufteilung zwischen beiden kann und muss das demokratische Mandat des Parlaments mit breitem Spielraum bewerten. Dieser Befund rechtfertigt auch den Satz, das Steuerrecht lebe vom dictum des Gesetzgebers. Hat es aber einmal diese Grundentscheidungen für eine Steuer getroffen, hat es selbst die Kriterien der Sachprüfung gesetzt. Danach verlangt der Grundsatz der Folgerichtigkeit eine Kontrolle der konsequenten Durchführung dieser selbst vorgegebenen Sachgründe der Belastung. In diesem Schritt erhält der Gleichheitssatz bei den kleineren Folgeentscheidungen des Steuergesetzes wieder seine Konturenschärfe zurück. Der Preis für die gleichheitsrechtliche Zurückhaltung bei den Grundentscheidungen zu Anfang ist die spätere Prüfung am strengeren Maßstab der Folgerichtigkeit.

Die inverse Anwendung des Gleichheitssatzes im Steuerrecht verhindert zudem, das Steuerrecht als bloß pflichtgemäße Detaillierung bereits grundrechtlich abschließend vorgeprägter Entscheidungen misszuverstehen und dessen Ausformung letztlich in die Hand der Gerichte zum Schaden des Parlaments und des Wählers zu geben.

Im Recht der Sonderlasten kehren wir dann übrigens wieder zur üblichen Kontrolle durch den Gleichheitssatz zurück und richten die Strenge des Gleichheitssatzes wieder allein an der Intensität des gesetzlichen Eingriffs aus. Denn dort sind genügend externe Kriterien bereits im zu regelnden Sachverhalt für den Gleichheitssatz vorhanden, z. B. der Vorteil und der Nutzen bei der Gebühr, die gemeinsame Aufgabe einer homogenen Gruppe bei der Sonderabgabe oder die Mitgliedschaft bei der Verbandslast. Sie prägen schon die Grundentscheidungen und ermöglichen dadurch bereits an dieser Stelle eine strengere Gleichheitsprüfung. Bei den Sonderlasten kann sie sich dann im zweiten Schritt der Details wieder wie üblich mit einem großzügigeren Rahmen begnügen.

**Wernsmann:** Ich meine, es sollten beim Thema Konstitutionalisierung zwei Fragen auseinander gehalten werden. Zum einen: ob die Kontrollmaßstäbe verschärft werden sollten, ob die Kontrolldichte durch das BVerfG mit der Folge erhöht werden sollte, dass dann die Handlungsspielräume des einfachen Gesetzgebers reduziert werden würden. Die zweite Frage ist: Was steht inhaltlich in der Verfassung? Was steht tatsächlich im Grundgesetz, was sind die Aussagen der Verfassung? Ich möchte zu dem zweiten Punkt zwei eher kritische Anmerkungen machen. Die Erbschaftsteuer ist

in Art. 106 Abs. 2 GG genannt und deswegen – das ist ja auch eine Standardargumentation – spricht eine starke Vermutung dafür, dass sie auch verfassungskonform regelbar ist. Was steht darüber hinaus im Grundgesetz? Meiner Meinung nach ist es schwierig, ein theoretisches Konzept wie die Markteinkommenstheorie, die ja eigentlich aus dem Einkommensteuerrecht kommt, aber die Du auch aufs Erbschaftsteuerrecht übertragen hast – der Markt solle genutzt worden sein – zum Verfassungsmaßstab hochzuzonen. Die bayerische Verfassung, die älter ist als das Grundgesetz, enthält explizite Aussagen, freilich ganz anderen Inhalts. Sie formuliert zum Beispiel, dass eine Erbschaftsteuer zu erheben ist, die der Ansammlung von Riesenvermögen entgegenwirkt. Und es steht auch noch anderes zur Besteuerung darin, was alles nicht relevant geworden ist, weil die Steuern ganz überwiegend natürlich bundesgesetzlich geregelt wurden. Aber die Diskussion um den Halbteilungsgrundsatz zeigt, wie schwierig es ist, versucht man, Obergrenzen der Besteuerung konkret zu beziffern und aus der Verfassung abzuleiten. Das BVerfG hat ja seine Rechtsprechung dazu auch wieder geändert. Ich hätte zum Beispiel bei der Markteinkommenstheorie auch schon Probleme, diese als Maßstab der Einkommensteuer zu verstehen. Etwa der Geschiedenenunterhalt ist nicht in der Allgemeinheit der Nachfrager am Markt erwirtschaftet worden. Es gibt andere Gründe dafür, dass man den Geschiedenenunterhalt der Einkommensteuer unterwirft – aus systematischen Gründen – aber das hat nichts mit der Markteinkommenstheorie zu tun. Und meine zweite Anmerkung betrifft die Steuerkonkurrenzen: Zur Kumulation hast Du gesagt, dass primär der Gleichheitssatz Maßstab sei, wenn derselbe Rechtsetzer auf dasselbe Besteuerungsgut mehrfach zugreift. Es gibt Regeln zu möglichen Kumulationswirkungen im Grundgesetz: Art. 105 Abs. 2a sagt zum Beispiel, dass bei verschiedenen Rechtsetzern kommunale Verbrauch- und Aufwandsteuern nicht erhoben werden dürfen, soweit sie bundesgesetzlichen Steuern gleichartig sind. Dahinter steht die Gefahr, dass zwei unterschiedliche Rechtsetzer auf dasselbe Besteuerungsgut zugreifen und dass es dann zu einer Übermaßbesteuerung kommt. Daher meine ich, dass in dem Punkt dann eher die Freiheitsrechte der richtige Maßstab wären. Das geht in die Richtung, die aus Art. 105 Abs. 2a GG folgt. Der Gleichheitssatz ist nicht sehr ergiebig, wenn man sich zum Beispiel die besonderen Verbrauchsteuern anschaut, die auch ausdrücklich in Art. 106 GG genannt werden und die auf dieselben Steuergegenstände zugreifen wie die Umsatzsteuer als allgemeine Verbrauchsteuer, die derselbe Rechtsetzer regelt. Das kann gleichheitsrechtlich nicht problematisch sein. Danke schön.

**Reimer, Ekkehart:** Am Ende eines außerordentlich anregenden Vormittags lohnt es, einen kleinen Schritt zurückzutreten. Ich nehme aber auch

das Referat von Christian Seiler zum Ansatzpunkt. Wenn das Wort nicht schon besetzt wäre, wäre das, was wir von Dir gehört haben, eine Art Integrationslehre. Sie verklammert aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive sehr unterschiedliche Phänomene. Auf der einen Seite verklammert sie die verschiedenen Steuerarten in einer Steuerkonkurrenzlehre, andererseits die verschiedenen zeitlichen Phasen und Aggregatzustände im Leben eines Euro: den flüssigen Erwerb, den festen Bestand und dann die Wiederverflüssigung beim Konsum. Und zum Dritten will sie natürlich auch die unterschiedlichen Personen verklammern, die dieses Geldstück im Laufe seines Lebens in der Hand halten.

Hier setzt meine erste Frage, meine Kritik an: Ist die Erbschaftsteuer wirklich so auszugestalten, dass man auf alles Rücksicht nehmen muss, was zu Zeiten des Erblassers schon passiert ist? Dem würde ich als Gegenthese die Grundrechte entgegensetzen: Sie sind personenbezogen, wir nehmen immer nur das Individuum in den Blick. Natürlich genießt das Individuum unter bestimmten Voraussetzungen den Schutz aus Art. 6 Abs. 1 oder Art. 14 Abs. 1 GG – Erbrecht –. Aber es bleibt ein Individuum, so dass grundrechtlich gleichgültig ist, ob es bei anderen, beim Erblasser, schon zu einer Vorbelastung gekommen ist. Ich glaube, hier gehen die Verklammerung, die Integration der Personen, zu weit.

Und ich glaube, dass genau diese Verklammerungsfrage auch ein Ansatzpunkt wäre, mit der sich dann die vielen Fragen klären lassen, die vorhin zu der internationalen Seite gestellt worden sind: Hier geht es um die Verklammerung von unterschiedlichen Gläubigern der Steuer. Leistet das Grundgesetz auch dazu einen Beitrag? Das ist eine offene Frage, die oft diskutiert worden ist. Ich meine, dass im Lichte des Berichts von Christian Seiler nicht nur die Frage nach Doppelbesteuerung, sondern vor allem auch nach Doppelnichtbesteuerung noch einmal neu durchdekliniert werden müssten. Herr Hufen hat gesagt, wir sammelten viel zu viele Informationen über den Steuerpflichtigen. Ich glaube, mit Blick auf die grenzüberschreitenden Fälle ist das Gegenteil richtig: Wir sammeln zu wenig, wir wissen zu wenig. Deutschland bremst. Man könnte etwa in Europa die Beihilfekontrolle bei all diesen *derogative rulings* ansetzen, die nicht nur Luxemburg erteilt hat. Das Grundgesetz könnte geradezu darauf drängen, dass in stärkerer Weise als bisher die Verfassungen miteinander verbunden werden und die von den Verfassungen geprägten Steuerrechtsordnungen im Sinne eines Nebeneinanders jedenfalls auf der horizontalen Ebene, aber vielleicht auch vertikal verklammert werden. Soweit mein Desiderat.

**Volkmann:** Ja, vielen Dank, damit sind wir überraschend auch schon am Ende der Diskussionen angelangt. Alle Teilnehmer haben sich um bemerkenswerte Disziplin und Kürze bemüht. Mein erster Eindruck ist nicht,



dass das der Diskussion geschadet hat, wir haben deshalb die Gelegenheit zu etwas ausführlicheren Schlussworten. Beide Referenten haben etwa fünf bis sechs Minuten für die Schlussworte, das Anschalten der Ampel wird durch den Blick auf die Uhr ersetzt. Wir beginnen in umgekehrter Reihenfolge, zunächst also Herr Seiler.

**Seiler:** Das mir vom Vorstand zgedachte Thema lautet „Konstitutionalisierung und Gegenbewegungen“. Für das Steuerrecht heißt dies: Die Konstitutionalisierung bedient sich der Gleichheit, die Gegenbewegung versucht, die Freiheit aus dem Spiel zu halten. Ich habe mich bemüht, die aus diesem Befund resultierende Asymmetrie der Maßstäbe zunächst aufzuzeigen, um sie sodann abzumildern. Ich lege dabei Wert auf die auch im Vortrag benutzte Formulierung „abmildern“. Ich bin nicht so kühn, zu glauben, Freiheit und Gleichheit könnten im Steuerrecht eine gleichwertige praktische Relevanz erlangen. Daher sollte auch die in der Tat inverse Handhabung des Gleichheitssatzes nur an der einen oder anderen Stelle zurückgenommen werden, vor allem dort, wo die einfachgesetzlichen Vergleichsgrößen undeutlich bleiben. Zum Abmildern gehört aber auch eine behutsame Tendenz, die Freiheitsrechte, die bislang kaum zur praktischen Durchdringung des Steuerrechts beitragen, zu stärken. Dies verspricht einen Rationalitätsgewinn für verschiedene Fragen, nicht zuletzt weil wir so Maßstäbe erhalten, was überhaupt besteuert werden darf. Als Adressaten dieser Maßstäbe sehe ich aber, und ich glaube, das ist auch deutlich geworden, in erster Linie den Gesetzgeber an. Seine weiten Gestaltungsräume habe ich mehrfach betont. Man kann dies also nicht einfach in Verfassungsgerichtsurteile übersetzen. Dennoch wäre es bereits ein großer Gewinn, wenn wir als Wissenschaftler Maßstäbe erarbeiten könnten, die dem Gesetzgeber auch innerhalb seines Gestaltungsraumes als Orientierung dienen können. Dieser bewusst vorsichtige Zugang trägt zwei Besonderheiten des Steuerrechts Rechnung, die hier auch vorgetragen wurden. Zum einen, Paul Kirchhof hat dies hervorgehoben, ist eine geringere Sachgesetzlichkeit des Steuerrechts zu bedenken, die dazu zwingt, dem Gesetzgeber gegenläufig einen größeren Freiraum zur näheren Strukturierung seiner Belastungsentscheidung zu belassen. Auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip kann im Steuerrecht nicht gleichermaßen aussagekräftig sein wie in anderen Rechtsbereichen. So sehe ich noch nicht, wie wir die Kriterien der Geeignetheit und der Erforderlichkeit fruchtbar machen können. Nicht gänzlich ausgeschlossen ist es hingegen, die Angemessenheit einer Besteuerung zu würdigen. Neben dem Belastungsmaß bleibt hier insbesondere die konkrete Zugriffsart zu bedenken. Denn die verschiedenen Steuerarten greifen ganz unterschiedlich auf die Leistungsfähigkeit zu. Manche erfassen sie sehr genau, andere typisieren sie höchst ungenau. Zumindest als Klugheitsre-

gel, in Extremfällen auch als verfassungsrechtliche Grenze lässt sich hieraus folgern, dass eine Steuer die Bürger umso intensiver belasten darf, je genauer sie die Leistungsfähigkeit erfasst. Und je ungenauer sie ihrem Wesen nach auf die Leistungsfähigkeit zugreift, desto größer muss die Skepsis gegenüber hohen Steuersätzen sein. Insofern kann eine Steuerlast durchaus auch einmal unangemessen sein. Ich bleibe hier jedoch bewusst vorsichtig und betone die weiten Gestaltungsräume des Gesetzgebers. Andererseits sind selbst weite Gestaltungsräume nicht schrankenlos. Und wenn man die Existenz von Schranken grundsätzlich anerkennt, muss man auch die Maßstäbe benennen, um sie zu bestimmen. Deshalb benötigen wir auch im Steuerrecht eine freiheitsrechtliche Dogmatik, ohne dass dies die Besteuerung spürbar zurückdrängen müsste. Mein eigentliches Anliegen besteht demgemäß auch nicht darin, Schranken der Besteuerung zu errichten, sondern zielt darauf ab, den Begriff der Leistungsfähigkeit zu konkretisieren. Hierauf bezieht sich auch eine meiner Kernthesen: Es gibt nur eine Leistungsfähigkeit. Verschiedene Steuerarten wählen zwar einen anderen Zugriff auf die Leistungsfähigkeit, belasten damit aber keine andere Leistungsfähigkeit. Für diesen einen Maßstab gibt es indes zwei denkbare Indikatoren: das Einkommen oder das Vermögen. Aus mehreren Gründen eignet sich das Einkommen besser als Indikator der Leistungsfähigkeit. Dies entspricht der historischen Entwicklung, hat aber auch verfassungsrechtliche Gründe. Bemerkenswert ist doch, dass die Steuerrechtswissenschaft das Leistungsfähigkeitsprinzip eigentlich nur zur Einkommensteuer diskutiert. Zu den anderen Steuern wird, wenn überhaupt, lediglich behauptet, sie griffen auf Leistungsfähigkeit zu, ohne dass diese definiert oder konkretisiert würde. Vielleicht liegt dies daran, dass es dort keine originären Maßstäbe der Leistungsfähigkeit gibt. Dies legt nahe, die Besteuerung übergreifend zu betrachten und zwar aus der Perspektive des Trägers von Freiheit und Eigentum. Und dabei gehe ich von einer Freiheitsdogmatik aus, die den Bestand des Eigenen und seine Zuordnung als solche nicht zur Disposition stellt, aber den Gebrauch der Freiheit Schranken unterwirft. Die Eigentums- und Vermögenssubstanz ist damit als solche geschützt, aber ihr Erwerb und ihr Einsatz in Begegnung mit der Allgemeinheit können Anlass zur Besteuerung geben. Dabei ist Umverteilung nicht der eigentliche Zweck der Besteuerung. Das Steuerrecht soll lediglich die Last der Staatsfinanzierung freiheits- und gleichheitsgerecht auf alle Bürger verteilen, nicht aber die Eigentumszuordnung gewährleisten oder sogar überwinden. Das bedeutet aber nicht, dass Verteilungsgesichtspunkte keine Rolle spielen dürften. Im Gegenteil, der Gesetzgeber ist im Lichte der Sozialstaatlichkeit geradezu aufgerufen, auch auf Verteilungsgerechtigkeit hinzuwirken, dies aber eben nur in dem Rahmen, den die Freiheitsrechte eröffnen. Das Leistungsfähigkeitsprinzip differenziert diesen Ansatz steuerbezogen aus

und konkretisiert so bereichsspezifisch das Sozialstaatsprinzip. Allerdings lohnt hierzu auch ein Blick auf die Wirklichkeit der Besteuerung. Die politische Öffentlichkeit scheint mir insofern die falschen Stellschrauben in den Blick zu nehmen. Die oft sozialpolitisch bevorzugten Steuern, die Vermögensteuer und die Erbschaftsteuer, tragen gar nicht so viel zu einer Verteilungsgerechtigkeit bei, wie die Öffentlichkeit zu glauben meint. Das große sozialpolitische Problem liegt vielmehr im Verhältnis der Besteuerung von Einkommenserzielung und Einkommensverwendung. Die Erbschaftsteuer als Instrument zum Schließen dieser sozialpolitischen Lücke einzusetzen setzt indes voraus, dass man den gemeinsamen Bezugspunkt der Einzelsteuerarten erkennt. Demgemäß geht es mir auch nicht eigentlich um die Erbschaftsteuer, sondern darum, einen einheitlichen Leistungsfähigkeitsbegriff zu entwickeln – einen Leistungsfähigkeitsbegriff, der freiheitsfundiert eine gleichheitskonforme Belastung gestattet und damit einen Rahmen für eine ausgewogene legislative Ausformung sozial gerechter Lastenverteilung setzt. Hier Maßstäbe zu erarbeiten, soll in erster Linie als Hilfe für den Gesetzgeber dienen, in zweiter Linie auch als Unterstützung für uns Steuerjuristen, die wir uns mit dem einfachen Gesetzesrecht herumquälen müssen. Denn wir haben nicht immer klare Aussagen des Gesetzgebers, die man lediglich weiterdenken muss. Deshalb benötigen wir Leitlinien, um die Interpretation mehrdeutigen Gesetzesrechts auch verfassungsrechtlich fundieren zu können. Dass dabei neben der Gleichheit auch die Freiheit bedacht sein will, sollte angesichts des Eingriffscharakters der Besteuerung selbstverständlich sein. Ich möchte daran erinnern, dass bereits Otto Mayer in seinem Lehrbuch des Verwaltungsrechts zwei Formen der Eingriffsverwaltung hervorgehoben hat: die Polizeigewalt und die Finanzgewalt. Wir sollten nicht heute sagen „Verfassungsrecht vergeht, Steuerverwaltungsrecht besteht“, sondern die Erkenntnis der Grundrechtsbindung auch der Besteuerung nun endlich umsetzen. Sollte ich hierzu einen kleinen Beitrag geleistet haben, wäre ich sehr dankbar.

**Wegner:** Meine Damen und Herren, ich danke zunächst einmal für die vielfach geäußerte Zustimmung und das Lob und bitte um Verständnis darum, dass ich mich nur mit der Kritik auseinandersetzen möchte. Ich fange mit den letzten Stellungnahmen an und beginne mit Herrn Wolff. Herr Wolff, Sie haben mir vorgeworfen, ich hätte Unsinn erzählt. Ich habe aber das, was Sie mir als Unsinn unterstellt haben, gar nicht gesagt. Das war vermutlich ein Missverständnis. Darüber können wir uns vielleicht im Anschluss noch einmal unterhalten. Im Übrigen haben Sie gesagt, die Geheimdienste sollten weiter privilegiert werden. Sie haben die Argumentation dafür, die Sie schon in Ihrem Begleitaufratz vorgebracht hatten und die ich kritisch aufgegriffen hatte, gegen eine neue Argumentation ausge-

tauscht. Sie argumentieren jetzt nicht mehr mit der Nichtoperativität der Dienste, sondern mit den besonderen Schutzgütern, die die Geheimdienste verteidigen. Ich habe Zweifel auch an dieser neuen oder weiteren Begründung. So besonders sind die Güter, um deren Schutz sich die Geheimdienste bemühen, gar nicht. Dass die Geheimdienste grundlegend andere und höherrangigere Güter zu schützen suchten als die sonstigen Sicherheitsbehörden, kann ich nicht erkennen. Im Übrigen haben Sie dafür plädiert, dass man Ausländer vom Grundrechtsschutz freistellen sollte, wie das ja auch von Seiten des BND und der Bundesregierung zumindest implizit vertreten wird und Sie haben uns, das ist typisch für diese Diskussion, das Beispiel eines jemenitischen oder afghanischen Menschen vorgebracht. Das ist typisch, weil man immer Personen wählt, die möglichst weit weg sind und die uns als potentiell gefährlich erscheinen. Wenn Sie Ausländer schlechter behandeln wollen, dann müssten Sie das aber auch konsequent z.B. für Norweger, Schweden und Franzosen machen. Oder Sie nehmen Binnendifferenzierungen zwischen Ausländern erster, zweiter, dritter, vierter, fünfter Güte und Ordnung vor. Mir persönlich scheint das mit Art. 10 GG nicht vereinbar zu sein. Aber das hatte ich ja schon gesagt und da bleiben wir wahrscheinlich im Dissens.

Ich komme zur Frage der Verschlüsselung, Herr Pernice und Herr Klein. Die Verschlüsselung ist ein schwieriges Thema – die aktuelle Diskussion in den USA angesichts der neuen Apple-Technologie und der WhatsApp-Verschlüsselung veranschaulicht das. Hier beobachten wir aktuell intensive Auseinandersetzungen. Sie haben zu Recht auf das Internet der Dinge hingewiesen und dass die Dinge hier noch problematischer werden könnten. Ich habe mir auch Gedanken gemacht: ist Verschlüsselung nicht gewissermaßen ein Grundrecht, ein Freiheitsrecht, wie es uns Herr Klein vorgeführt hat? Ich glaube aber, dass die Risiken letztlich tatsächlich zu groß sind, gerade wenn man an das Internet der Dinge denkt. Das Internet ist eben nicht nur ein Mittel der Kommunikation, sondern auch der Aktion. Ein mit den Mitteln der Verschlüsselung gegenüber den Sicherheitsbehörden vollständig abgeschottetes Internet scheint mir schlicht zu gefährlich. Das heißt nicht, dass Verschlüsselung nicht eine Bedeutung haben kann. Sie kann sicherheitsbehördliche Zugriffe erschweren und reduzieren, aber eine vollständig abgeschirmte Kommunikation und Aktion erscheint mir angesichts der mit ihr einhergehenden Risiken jedenfalls nicht verfassungsrechtlich geboten – und ich habe mich ja auf die Fragen der verfassungsrechtlichen Rahmensetzung beschränkt.

Ich komme dann zu einem größeren Block von Fragen nach der Konzeption von Privatheit bzw. informationeller Selbstbestimmung. Herr Mahlmann, Frau Seibert-Fohr, Herr Hoffmann-Riem, Herr Sydow, Herr Müller-Terpitz, alle haben sich damit beschäftigt. Das tut mir ein wenig

leid, denn das wollte ich gar nicht zum großen Thema machen. Für mich spielt es nicht die Rolle, ob wir informationelle Selbstbestimmung sagen oder Schutz der Privatheit. Das war eigentlich mehr eine Randnotiz, aber das hat jetzt doch ein großes Echo gefunden. Ich bleibe dabei, dass ich eine alternative Konzeption, jedenfalls für meinen Bereich des sicherheitsbehördlichen Zugriffs, für vorzugswürdig halten würde. Ich wurde nach den Gründen gefragt und die Gründe liegen, ich habe auch schon versucht, dies deutlich zu machen, zum Teil darin, Frau Seibert-Fohr, dass ich insoweit für einen abgeschwächten Schutz plädiere. Sie haben mir das als Risiko vor Augen geführt, Sie haben gesagt: „Wenn Sie zu einem Schutz der Privatheit übergehen, dann wird es diffuser, dann wird es schwächer.“ Das ist aber wenigstens teilweise auch meine erklärte Absicht. Ich möchte den datenschutzrechtlichen Selbstbestimmungsanspruch im öffentlichen Raum zurückschneiden. Ich plädiere insoweit für eine Zurücknahme der verfassungsrechtlichen Grenzziehung. Herr Müller-Terpitz, Sie haben das Beispiel von Google Street-View gebracht. Herr Häberle hat vor einigen Jahren in dieser Vereinigung in einem Diskussionsbeitrag den bürgerlichen Vorgarten einmal als „Mitte des privaten Lebensraums“ bezeichnet und damit gewissermaßen zur Intimsphäre erklärt. Das sehe ich anders. Der bürgerliche Vorgarten ist für mich ein durchaus abbildbarer Raum. Ich habe mit Google Street-View kein verfassungsrechtliches Problem. Auch hier plädiere ich also für eine verfassungsrechtliche Abrüstung.

Herr Ladeur, Sie hatten dafür plädiert, stärker in Risiken zu denken. Das ist ein Plädoyer, das in dieser Diskussion häufig vorkommt und das mir als Umweltrechtler, der in Risiken und Risikobegriffen zu denken gewöhnt ist, scheinbar naheliegen sollte. Ich habe dazu aber in der Vorbereitung auf diesen Vortrag nachgelesen, was Josef Isensee in einem Beitrag zur Diskussion der Vereinigung im Anschluss an Referate von Brugger und Gusy zur Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit gesagt hat: Dem Begriff des Risikos fehle die innere Begrenztheit des Gefahrenbegriffs. Er taue deshalb nicht zur Definition von Freiheit und Sicherheit. Freiheit entbinde Risiken, und Sicherheit vor Risiken sei utopisch. Eine Utopie, die im Übrigen weder erreichbar noch wünschbar sei. Deswegen bin auch ich skeptisch, ob man das Sicherheitsrecht mit dem Risikobegriff bearbeiten sollte. Ich bin da ganz bei Isensee.

Zum Europarecht: Franz Mayer hat mit Recht gefragt, ob wir unsere hohen deutschen Schutzstandards in Europa eigentlich durchsetzen können. Für das allgemeine Datenschutzrecht ist das in der Tat eine naheliegende Frage. Für das Recht der Geheimdienste, um das ich mich vor allem gekümmert habe, scheint mir dies aus zwei Gründen weniger relevant: erstens sind unsere Standards hier überhaupt nicht hoch. Das ist ja gerade das, was ich moniert habe. Wir haben hier gewissermaßen eine 50er-Jahre-

Blindstelle. Wir befinden uns in einer Situation, die mir bemerkenswert unterentwickelt vorkommt. Da haben wir ein Raunen von Geheimhaltung, das man auch heute hier gelegentlich leise hören konnte. Hier fehlt es also schon an deutschen Standards. Zweitens fehlt es auf diesem Feld auch noch weitestgehend an europäischer Standardsetzung. Das europäische Datenschutzrecht macht derzeit schon um die normalen Sicherheitsbehörden noch einen großen Bogen. Für die Geheimdienste und ihre Tätigkeit gilt dies erst recht. Hier bestehen auch noch ganz grundsätzliche primärrechtliche Vorbehalte. Das ist dann auch der Grund, weshalb ich die Frage von Ferdinand Wollenschläger nach der weiteren Bedeutung des Art. 10 GG und den Einflüssen des Europarechts so beantworten möchte, dass jedenfalls beim derzeitigen Integrationsstand diese Einflüsse für den Bereich des Sicherheitsrechts noch begrenzter sind, als es das europäische datenschutzrechtliche Regulierungspathos auf den ersten Blick nahelegt.

Herr Schoch, zu Ihnen möchte ich zum Schluss kommen, weil mir das gewissermaßen Gelegenheit zu einem Schlusswort gibt. Sie haben mich überrascht, weil Sie gesagt haben, ich würde den Privatheitsschutz über- und die Sicherheit unterbetonen. Ich hatte eigentlich die Befürchtung, dass ich es andersherum machen würde. Wenn Sie in meinen Vortrag später noch einmal hineinschauen, dann werden Sie sehen, dass ich gegenüber vielen informationellen Zugriffen der Sicherheitsbehörden und auch der Geheimdienste sehr großzügig bin. Ich halte die Vorratsdatenspeicherung etwa, so wie sie jetzt von der Bundesregierung vorgeschlagen worden ist, jedenfalls unter verfassungsrechtlichen Vorzeichen für weitgehend unproblematisch. Und ich erkenne durchaus die sicherheitspolitischen Bedürfnisse. Ich bin skeptisch gegenüber einer Totalverschlüsselung und vieles mehr. Das alles aus den von Ihnen genannten Gründen. Ich glaube in der Tat, dass das Internet ein problematischer Raum ist und er der staatlichen Überwachung bedarf. Insofern denke ich nicht, dass ich den Sicherheitsaspekt unterbewertet habe. Aber Sicherheit ohne grundrechtliche Freiheits-sicherung kann es unter dem Grundgesetz natürlich nicht geben. Vielen Dank.

**Volkmann:** Vielen Dank. Einer der Teilnehmer hat gerade, wie ich beobachtet habe, ein Foto mit dem Smartphone von uns geschossen, und ich überlege, wie das mit unseren Konzepten von Privatheit in Übereinstimmung zu bringen ist. Ich schließe damit die Diskussion, wir sind deutlich früher fertig geworden als beabsichtigt, aber das muss ja kein Nachteil sein – so können wir alle etwas eher zum Mittagessen kommen. Vielen Dank!



Vierter Beratungsgegenstand:

## **Verfassung im Völkerrecht – Konstitutionelle Elemente jenseits des Staates?**

1. Referat von Professor Dr. *Axel Tschentscher*, Bern\*

### Inhalt

	Seite
I. Konstitutionalisierung des Völkerrechts . . . . .	408
1. Das klassische Modell des Völkerrechts . . . . .	409
2. Das konstitutionelle Modell des Völkerrechts . . . . .	410
3. Bestehende konstitutionelle Elemente . . . . .	411
4. Fazit . . . . .	412
II. Völkerrechtsverfassung versus Staatsverfassung . . . . .	413
1. Menschenrechte . . . . .	414
2. Vorrang der Verfassung . . . . .	415
3. Verfassungsgebende und verfassungsändernde Gewalt . . . . .	419
4. Verfassungsurkunde . . . . .	421
5. Gewaltenteilige Organe . . . . .	423
6. Fazit . . . . .	425
III. Leistungen der Völkerrechtsverfassung als Ordnungskonzept. . . . .	427
1. Konstitutionalisierung zur Kompensation von Defiziten . . . . .	427
2. Verfassung der internationalen Gemeinschaft als regulative Idee . . . . .	429
3. Konstitutionelle Ordnung als umfassende Verrechtlichung . . . . .	430
4. Dynamisierung der Normanwendung durch Abwägung . . . . .	431
5. Inspirationskraft für die staatliche Verfassung . . . . .	432
IV. Fazit . . . . .	434

---

\* Für die Unterstützung bei den Recherchen zum Thema gilt folgenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern am Institut für Öffentliches Recht der Universität Bern mein herzlicher Dank: Sibylle Perler, Rahel Baumgartner, Lars Ruchti, Miriam Minder, Jana Schmid und Thomas Probst. Für Rücksprache zu Einzelfragen der Völkerrechtsentwicklung danke ich Prof. Dr. Walter Kälin. Für kritische Hinweise zum Manuskript und zu den Thesen danke ich Prof. Dr. Horst Dreier, Prof. Dr. Fabian Wittreck und Prof. Dr. Robert Uerpman-Witzack.



Für das klassische Völkerrecht ist das Verfassungsdenken ein Fremdkörper. Verfasst sind die Staaten, nicht die internationale Gemeinschaft. Rechtsbeziehungen werden über Verträge etabliert, die regional und sektoral ganz unterschiedliche Verpflichtungsdichten erzeugen. Es gibt sie zwar seit langem, die universellen und quasi-universellen Gehalte – als *ius cogens*, als sonstiges Völkergewohnheitsrecht und in Form allgemeiner Rechtsgrundsätze. Aber selbst wenn man alles zusammen nimmt, ist die inhaltliche Reichweite des Universellen gering. Dominant bleibt eine Vereinzelung der Rechtsbindungen, die wenig Spielraum lässt, um sinnvoll von einer Verfassung des Völkerrechts sprechen zu können.

Diesem Befund wird seit einem Vierteljahrhundert eine neue „Meistererzählung“<sup>1</sup> von der Konstitutionalisierung des Völkerrechts gegenübergestellt, die als Deutungsmuster belastbar sein soll für die zeitgeschichtliche Entwicklung und für die völkerrechtliche Zukunft.<sup>2</sup> Die Frage nach den konstitutionellen Elementen im Völkerrecht werde ich in drei Teilen behandeln. Erstens scheint mir unstrittig schon das bestehende Völkerrecht einige wenige konstitutionelle Elemente aufzuweisen (I). Zweitens lässt sich die bisherige Völkerrechtsentwicklung insgesamt kaum sinnvoll als ein Vorgang der Konstitutionalisierung beschreiben – jedenfalls wenn man die internationalen Standards der Verfassungsentwicklung als Maßstab nimmt (II). Drittens schliesslich ist das Verfassungsdenken als Aspiration der Völkerrechtsentwicklung gleichwohl sinnvoll und kann sogar befruchtend auf das staatliche Verfassungsverständnis zurückwirken (III).

## I. Konstitutionalisierung des Völkerrechts

Unter Konstitutionalisierung des Völkerrechts versteht man den Prozess zunehmender Verfasstheit der internationalen Gemeinschaft.<sup>3</sup> Die Schlüs-

<sup>1</sup> Zum Konzept siehe *K. H. Jarausch/M. Sabrow* „Meistererzählung“ – Zur Karriere eines Begriffs, in: dies. (Hrsg.) *Die historische Meistererzählung*, 2002, 9 ff.

<sup>2</sup> Umfassender Überblick bei *J. Klabbers* *Setting the Scene*, in: ders./A. Peters/G. Ulfstein *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009, 1 ff.

<sup>3</sup> *W. Kälin* *Der Menschenrechtsschutz der UNO: Ein Beispiel für die Konstitutionalisierung des Völkerrechts?*, FS J.P. Müller, 2005, 42 (43); *M. Hilf* *Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung: Struktur, Institutionen und Verfahren*, in: M. Bothe (Hrsg.) *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 40 (2003), 257 (259 f.); insoweit auch *D. Grimm* *Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt* (2010), Neudruck in: ders. *Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, 2012, 315 (336): „Prozess der Verfassungsbildung jenseits des Staates“.

selworte sind hier Verfasstheit statt Vertragsbindung und internationale Gemeinschaft statt Vertragsparteien. Von einem Prozess ist dabei regelmäßig sowohl analytisch-deskriptiv als auch normativ-kritisch die Rede: Das Völkerrecht hat sich bereits nach dem Leitbild einer Verfassungsordnung gewandelt und es soll sich unter Überwindung gegenwärtiger Defizite zukünftig weiter in diese Richtung entwickeln.<sup>4</sup>

### 1. Das klassische Modell des Völkerrechts

Das Neue an der Rede von der Konstitutionalisierung richtet sich gegen ein Altes, das man schlagwortartig als klassisches Modell des Völkerrechts bezeichnen kann. In idealtypischer Zuspitzung ist damit eine Gesamtheit von internationalen Rechtspflichten gemeint, die allein vom Willen der Staaten abhängen.<sup>5</sup> Ohne deren Zustimmung tritt keine Rechtsbindung ein. Ohne ihre freiwillige Öffnung gegenüber völkerrechtlichen Pflichten bleibt es bei der rechtlich uneingeschränkten Souveränität.<sup>6</sup> Liegt hingegen die

---

<sup>4</sup> Vgl. demgegenüber zum kleinteiligeren, organisationsrechtlichen Verfassungscharakter *N. Tsagourias* Constitutionalism: a Theoretical Roadmap, in: ders. (Hrsg.) *Transnational Constitutionalism. International and European Models*, Cambridge 2007, 1 (4); *M. Ruffert/C. Walter* Institutionalisiertes Völkerrecht. Das Recht der Internationalen Organisationen und seine wichtigsten Anwendungsfelder, 2009, Rn. 134 f.; *S. Kadelbach/T. Kleinlein* International Law – a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitution Principles, *GYIL* 50 (2007/2008), 303 (319, 329); *J.H. Jackson* *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*, London 1998, 102. Jedes Gründungsstatut „konstituiert“ die jeweilige Organisation und ihre Organe, was manchmal sogar im Titel des Statuts ausgedrückt ist, etwa bei der „Constitution of the United Nations Industrial Development Organization“ von 1979, die in der französischen Übersetzung zum „Acte Constitutif“ und in der deutschen zur blossen „Satzung“ mutiert (Satzung der Organisation der Vereinten Nationen für industrielle Entwicklung vom 8. April 1979, BGBl 1985 II, 1215 – <[www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&jumpTo=bgbl285s1215.pdf](http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl285s1215.pdf)>; für die Schweiz: SR 0.974.11 – <[www.admin.ch/ch/d/sr/0\\_974\\_11/](http://www.admin.ch/ch/d/sr/0_974_11/)>; für Österreich: BGBl. Nr. 397/1985 – <[www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1985\\_397\\_0/1985\\_397\\_0.pdf](http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1985_397_0/1985_397_0.pdf)>). Hier soll die rein organisatorische Verfasstheit nicht weiter interessieren. Vielmehr geht es um die konstitutionellen Elemente im Völkerrecht insgesamt: um die „Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft“; zu dieser Differenzierung: *J. Crawford* *The Charter of the United Nations as a Constitution*, in: G. Abi-Saab u.a. (Hrsg.) *The Changing Constitution of the United Nations*, London 1997, 3 (9 ff.); *E. Klein* Statusverträge im Völkerrecht. Rechtsfragen territorialer Sonderregime, 1980, 208 f.; *I. Ley* *Kant versus Locke: Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich*, *ZaöRV* 69 (2009), 317 (327 ff.).

<sup>5</sup> *M. Nettesheim* Das komunitäre Völkerrecht, *JZ* 2002, 569 (570). Zum idealtypischen Charakter dieses Modells siehe etwa *N. Krisch* *The Decay of Consent: International Law in the Age of Global Public Goods*, *AJIL* 108 (2014), 1 (2 f.).

<sup>6</sup> Vgl. die Formulierung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs aus dem Jahre 1927: „The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as

Zustimmung vor, so ist der vertraglichen Rechtsgestaltung keine äussere Grenze gesetzt. Das gilt selbst für autoritäre Staaten und deren Oberhäupter. In diesem Völkerrecht regiert das Vertragsrecht als Koordinationsordnung und Kooperationsordnung. Ein übergeordnetes Verfassungsrecht ist weder vorhanden, noch besteht Bedarf dafür. Das klassische Völkerrecht ist konstitutionelles Brachland.<sup>7</sup>

## 2. *Das konstitutionelle Modell des Völkerrechts*

Die Konstitutionalisierung des Völkerrechts bezeichnet eine Entwicklung, die über das Koordinations- und das Kooperationsanliegen hinausgeht.<sup>8</sup> Beim Menschenrechtsschutz wird dazu nach Geltungsgründen gesucht, die von der einzelstaatlichen Willenserklärung der Vertragsparteien unabhängig sind. Rechtsphilosophisch kann man solche Geltungsgründe leicht ausmachen. Vorpositive Menschenrechte sind in prozeduralen Gerechtigkeitstheorien wie der Vertragstheorie von *John Locke* oder der Diskurstheorie von *Jürgen Habermas* begründet.<sup>9</sup> Juristisch ist die starke Geltung durch das Instrument der Verfassung vermittelt. In den Grundrechtskatalogen verfestigt sich das moralische Postulat zum höchstrangigen positiven Recht. Mit dem Verfassungsdenken im Völkerrecht verbindet sich demgemäß das Versprechen wirksam geschützter universeller Menschenrechte.

Universell ist auch das Verfassungssubjekt des völkerrechtlichen Konstitutionalismus. Verfassungsnormen sollen nicht wie sonst nur einen bestimmten Kreis von Konventionsstaaten binden, sondern die internationale Gemeinschaft insgesamt.<sup>10</sup> Diese deutliche Abweichung vom klas-

---

expressed in conventions or by usages generally accepted [...]. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.“ (StIG *France v. Turkey* [Lotus Case], Urteil vom 7. September 1927, Nr. 44 – <[www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07\\_lotus.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm)>).

<sup>7</sup> Vgl. *H. Mosler* The International Society as a Legal Community, *Recueil des Cours* 140 (1974), 11 (31); *D. Grimm* Errungenschaft des Konstitutionalismus (Fn. 3), 330; *P. Allott* Intergovernmental Societies and the Idea of Constitutionalism, in: J.-M. Coicaud/ V. Heiskanen (Hrsg.) *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo/New York/ Paris 2001, 69 (91 f.).

<sup>8</sup> *R. Wahl* Verfassungsdenken jenseits des Staates, in: I. Appel/G. Hermes (Hrsg.) *Mensch – Staat – Umwelt*, 2008, 135 (140); *Nettesheim* Komunitäres Völkerrecht (Fn. 5), 570 f.

<sup>9</sup> Zu Details siehe *A. Tschentscher* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht, 2009, 143 ff., 261 ff.

<sup>10</sup> Zur Karriere dieses Konzepts *H. Lauterpacht* *International Law. Collected Papers*, Band 1, Cambridge 1970, 28 ff.; *C. Tomuschat* Die internationale Gemeinschaft, *Archiv des Völkerrechts* 33 (1997), 1 (3 ff.); frühe Überlegungen bei *Mosler* *International Society as a Legal Community* (Fn. 7), 11 ff.

sischen Völkerrechtsmodell soll allerdings nicht so weit gehen, dass ein Weltstaat begründet wird.<sup>11</sup> Zwar gibt es durchaus relevante Weltstaatsbewegungen.<sup>12</sup> Solche Bewegungen gehen allerdings meist auf die Nachkriegszeit und die 70er Jahre zurück. Die gegenwärtige Konstitutionalisierungsdebatte ist eine Geburt der 90er Jahre. Sie fällt zusammen mit dem Ende des Kalten Krieges und dem Ende der Blockade im UN-Sicherheitsrat.<sup>13</sup> Sie will weder einen Weltstaat noch eine weitgehende Rechtsintegration analog zur Europäischen Union.

### 3. *Bestehende konstitutionelle Elemente*

In die idealtypische Zuspitzung des klassischen Völkerrechtsmodells fügt sich der Gedanke eines *ius cogens* nicht ohne weiteres ein. Die Wirkkraft des zwingenden Völkerrechts ist stärker als jede Vertragshandlung und jedes sonstige Gewohnheitsrecht.<sup>14</sup> Geändert werden kann *ius cogens* nach der Wiener Vertragsrechtskonvention (Art. 53, 64) nur durch spätere Normen derselben Rechtsnatur, also im Wege der Anerkennung durch die internationale Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit.<sup>15</sup> Die Verbote von Völkermord, Sklaverei und Folter gelten gegenüber allen Staaten, unabhängig vom Willen der jeweiligen Regierung. Der Staatswille ist dann irrelevant. Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit besteht ohne und gegen ihn.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Vgl. etwa B. Fassbender *The United Nations Charter As Constitution of The International Community*, Columbia Journal of Transnational Law 36 (1998), 529 (558); ders. *The Meaning of International Constitutional Law*, in: N. Tsagourias (Hrsg.) *Transnational Constitutionalism. International and European Models*, Cambridge 2007, 307 (311); J. Habermas *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?*, in: ders. *Der gespaltene Westen*, 2004, 113 (133 ff.). Den Weltstaat befürwortend indes O. Höffe *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999, 315 ff.; ders. *Vision Weltrepublik. Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung*, in: W. Brugger/U. Neumann/S. Kirste (Hrsg.) *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, 380 (382 ff.).

<sup>12</sup> Etwa das World Federalist Movement, das 1995 maßgeblich die Bestrebungen zur Einrichtung des Internationalen Strafgerichtshofs koordiniert hat, oder das World Order Models Project von S.H. Medlovitz; dazu R.A. Falk *The Pathways of Global Constitutionalism*, in: ders./R.C. Johansen/S.S. Kim (Hrsg.) *The Constitutional Foundations of World Peace*, Albany 1993, 13 (15 ff.).

<sup>13</sup> *Wahl* Verfassungsdenken (Fn. 8), 140.

<sup>14</sup> A. Verdross *Forbidden Treaties in International Law*, AJIL 31 (1937), 571 (577).

<sup>15</sup> Zu denkbaren Beispielen O. Dörr/K. Schmalenbach *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2012, Article 53, Rn. 41.

<sup>16</sup> C. Seiler *Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung*, 2005, 188 ff. mwN. Vereinzelt, etwa in der Genozidkonvention (Art. IV), ist die Durchbrechung der Immunität sogar ausdrücklich geregelt: Übereinkommen vom 9. Dezember 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes, Publikation u.a.: SR 0.311.11 – <www.admin.ch/ch/d/sr/0\_311\_11/>.

In der Rechtspraxis ist die Überzeugung von unverbrüchlichen Mindeststandards wirksam geworden, als 1998 die britischen Gerichte erklärten, dass sich General *Pinochet* zwar für seine Handlungen als Amtsträger auf Immunität berufen kann, nicht aber für internationale Verbrechen wie Folter.<sup>17</sup> In den Urteilen des Jugoslawien-Tribunals wurde seit 1999 deutlich, dass sich das Völkerstrafrecht selbst bei staatsinternen Konflikten durchsetzt.<sup>18</sup> Besonders öffentlichkeitswirksam erliess der Internationale Strafgerichtshof in Den Haag in der jüngsten Vergangenheit weltweite Haftbefehle gegen den sudanesischen Staatspräsidenten *Al-Bashir* (2009) und den libyschen Präsidenten *Gaddafi* (2011).

Offenbar gibt es im heutigen Völkerrecht bereits normative Vorgaben oberhalb der Vertragsschlüsse. Die Staaten befinden sich nicht mehr im Naturzustand. Sie sind in ihren grundlegenden Rechten und Pflichten an einen Rahmen gebunden – mit oder ohne ihren Willen.<sup>19</sup> So gesehen kann schon der kursorische Blick auf die „Verfassung im Völkerrecht“ das Fragezeichen im Untertitel des Themas auflösen: Ja, es gibt konstitutionelle Elemente jenseits des Staates, mindestens nämlich in dem reduzierten Sinn, dass nicht mehr alle Elemente des Völkerrechts von Vertragsparteien nach ihrem freien Willen gestaltet werden. Es gibt Grenzen bei der inhaltlichen Gestaltung und es gibt die erschwerte Abänderbarkeit. Inhaltliche Grenzen und erschwerte Abänderbarkeit sind typisch konstitutionelle Phänomene.

#### 4. Fazit

Doch bleibt in der Gesamtschau offen, ob es nicht einen Etikettenschwindel bedeutet, wenn man beim Völkerrecht insgesamt von „Verfassung“ spricht.<sup>20</sup> Insinuiert wird damit nämlich, dass die Völkerrechtsordnung – ihrem Naturzustand entwachsen – inzwischen eine gewisse Ähn-

<sup>17</sup> Ausführliche Analyse bei *D. Thürer* *Modernes Völkerrecht: Ein System im Wandel und Wachstum – Gerechtigkeitsgedanke als Kraft der Veränderung?*, ZaöRV 2000, 557 (568 ff.); *P. d'Argent* *Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute*, in: A. Peters u.a. (Hrsg.) *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden 2014, 244 (245 ff.).

<sup>18</sup> ICTY *Prosecutor v. Tadić*, Urteil vom 15. Juli 1999 – <[www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf)>; *Thürer* *Modernes Völkerrecht* (Fn. 17), 574 ff.; *A. v. Arnaut* *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2014, Rn. 327 ff.

<sup>19</sup> *C. Tomuschat* *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, *Recueil des Cours* 241 (1993), 195 (210 f.): „[T]oday [...] States live, as from their birth, within a legal framework of a limited number of basic rules which determines their basic rights and obligations with or without their will [...]. One may call this framework [...] the constitution of the international community“.

<sup>20</sup> Vgl. *G. Biaggini* *Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?*, ZSR 119 (2000) I, 445 (464).

lichkeit mit staatlichen Verfassungsordnungen der Neuzeit gewinnt und so an deren Glanz teil hat.<sup>21</sup> Was auf Weltebene als Konstitutionalisierung gilt, ist am Maßstab der staatlichen Verfassung als bloße „Schwundstufe“ und „schwacher Abglanz“ der Verfassung charakterisiert worden, als inhaltlich entleerter Verfassungsbegriff, als untauglicher Versuch, den Verlust säkularer Errungenschaften im Nationalstaat auf supra- und internationaler Ebene restlos zu kompensieren.<sup>22</sup> Angesichts solcher Kritik fragt sich, wie sich das Verfassungsdenken im Völkerrecht bewährt, wenn man es an der Verfassungsstaatlichkeit misst:

## II. Völkerrechtsverfassung versus Staatsverfassung

Der staatliche Konstitutionalismus weist typische Aspekte auf, die im Völkerrecht weitgehend fehlen. Bei allen Unterschieden im Detail zeigt die Rechtsvergleichung, dass sich die nationalen Verfassungen in den letzten zwei Jahrzehnten weitgehend standardisiert haben. Wenn man vom Ausnahmeland Großbritannien absieht, dann gehören zur modernen staatlichen Verfassung:<sup>23</sup>

1. eine oder mehrere *Verfassungsurkunden*,
2. ein als Einheit begriffenes *Volk*, dessen *verfassungsgebende Gewalt* den Geltungsanspruch der Verfassung trägt,
3. ein *Vorrang gegenüber anderen Rechtsnormen*, wodurch gleichzeitig ein Mindestmaß an Hierarchisierung unter den Normen begründet wird,
4. eine *mitkonstituierte verfassungsändernde Gewalt*, die die Verfassung mittels Mehrheitsprinzips dynamisiert, aber gleichzeitig schwerer änderbar macht als einfache Gesetze,
5. die *Gewaltenteilung und Gewaltentrennung* in Legislative, Exekutive und Judikative,
6. die Verwirklichung von *Menschenrechten, Demokratie* und *Rechtsstaatlichkeit* sowie
7. meist eine *Verfassungsgerichtsbarkeit*, die mit der Durchsetzung und Fortentwicklung des Verfassungsinhalts betraut wird.

<sup>21</sup> Vgl. R. Wahl *Verfassung jenseits des Staates – Eine Zwischenbilanz*, FS Murswiek, 2010, 107 (114): „Ehrentitel“ der Verfassung.

<sup>22</sup> D. Grimm *Entwicklung und Funktion des Verfassungsbegriffs*, FS J.P. Müller, 2005, 7 (10); ders. *Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung*, FS Badura, 2004, 145 (167); ders. *Gesellschaftlicher Konstitutionalismus – eine Kompensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung?* (2009), Neudruck in: ders. *Zukunft der Verfassung II* (Fn. 3), 293 (312).

<sup>23</sup> Vgl. H. Dreier *Verfassung*, in: ders. *Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates*, 2014, 3 (8 ff.).

Die Völkerrechtswissenschaft hat zu allen diesen Aspekten einen Transfer des Verfassungsdenkens in die völkerrechtliche Ordnung diskutiert.<sup>24</sup> Nun ist es keinesfalls so, dass irgend jemand erwarten würde, Struktur und Inhalt der staatlichen Verfassung eins zu eins im Völkerrecht wiederzufinden: Weltvolk, Weltparlament, Weltregierung und Weltdemokratie existieren nicht. Auch gibt es keinen Markenschutz für den Begriff „Verfassung“, der nur den voll entwickelten Transfer zuliesse. Verfassung im Völkerrecht darf von staatlicher Verfassung abweichen.

Die Überzeugungskraft der verfassungsrechtlichen Perspektive im Völkerrecht hängt aber davon ab, dass in der Gesamtbetrachtung aller Aspekte eine verfassungsartige Lesart jedenfalls plausibel ist. Das ist dann der Fall, wenn sich zwar nicht alle, aber doch *einige* Aspekte von Völkerrecht und Staatsrecht funktional ähneln. Bei den im Folgenden untersuchten Aspekten geht es zunächst nur um die Konstitutionalisierung in ihrer deskriptiven Perspektive als Analyse zur jüngeren Völkerrechtsentwicklung, nicht um ihre Tauglichkeit als normative Zielvorstellung.

### 1. Menschenrechte

Bei den Menschenrechten ist die Entwicklung des Völkerrechts besonders nah an der staatlichen Verfassungsentwicklung. Schon die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, obwohl unverbindlich, anerkennt seit 1948 einen umfangreichen Katalog an Individualrechten. Durch die UN-Menschenrechtsinstrumente und regionale Menschenrechtskonventionen haben diese Rechte an Durchsetzungskraft gewonnen. Bei denjenigen Europaratsmitgliedern, die über keine Verfassungsgerichtsbarkeit verfügen oder wie die Schweiz nur über eine eingeschränkte, wird der Individualschutz der Grundrechte sogar maßgeblich durch Völkerrecht verwirklicht. Es ist inzwischen nicht mehr nur der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der verfassungsgerichtsähnlichen Individualschutz bietet. Auch beispielsweise nach der Folterkonvention ist eine (fakultative) Individualbeschwerdemöglichkeit an den Ausschuss gegen Folter vorgesehen (Art. 17–22 FoK). Es ist nicht übertrieben, hinsichtlich der Integritätsrechte des Menschen von einer völkerrechtlich implementierten, internationalen Werteordnung zu sprechen.<sup>25</sup> Wie in der frühen Entwicklungsskizze *Immanuel Kants* ist die internationale Gemeinschaft bei solchen Rechten inzwischen so weit gekommen,

---

<sup>24</sup> Vgl. *M. Koskenniemi* Between Coordination and Constitution. International Law as a German Discipline, Redescriptions 2011, 45 (62).

<sup>25</sup> *S. Kadelbach* Ethik des Völkerrechts unter Bedingungen der Globalisierung, ZaöRV 64 (2004), 1 (11, 19); *Kadelbach/Kleinlein* International Law (Fn. 4), 329.

dass „die Rechtsverletzung an einem Platz der Erde an allen gefühlt wird“.<sup>26</sup> Entgegen der relativistischen Kritik an der Universalität der Menschenrechte kann man diese Werteordnung als Teil eines „übergreifenden Konsenses“ im Sinne von *John Rawls* verstehen.<sup>27</sup>

Der Anwendungsbereich und Geltungsgrund des internationalen Menschenrechtsschutzes bleibt allerdings nach wie vor hinter den Erwartungen einer Konstitutionalisierung zurück. Während bei Integritätsrechten weitgehende Einigkeit besteht, ist die Reichweite anderer Menschenrechte, etwa der kommunikativen Freiheiten, weiterhin umstritten. Selbst bei fortschrittlichen Instrumenten wie der Landminenkonvention gibt es Rücktrittsklauseln, die erkennen lassen, dass der Geltungsgrund dem klassischen Völkerrechtsmodell verhaftet bleibt.<sup>28</sup> Die Konstitutionalisierung des internationalen Menschenrechtsschutzes ist darum zwar in Ansätzen erkennbar, aber alles andere als abgeschlossen.

## 2. Vorrang der Verfassung

Für die Frage nach einem Vorrang der Verfassung und dem Mindestmaß an Hierarchisierung unter den Normen ist mit dem engen Bereich des *ius cogens* ein Universalitätskern der völkerrechtlichen Normen identifizierbar.<sup>29</sup> Nach der Definition der Wiener Vertragsrechtskonvention (Art. 53) gehören zum *ius cogens* diejenigen Normen, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit als zwingend anerkannt sind. Völkerrechtliche Verträge sind nichtig, wenn sie im Widerspruch zum *ius cogens* stehen – etwa weil sie Völkermord, Sklaverei oder Folter erlauben oder gegen den Kern des Gewaltverbots verstossen (Art. 53, 64).<sup>30</sup> Etabliert wird dadurch ein verfassungsartiger Vorrang einer Normengruppe innerhalb des Völkerrechts.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> *I. Kant* Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, 2. Aufl. 1796, Akademieausgabe, Band VIII, 360 (Dritter Definitivartikel).

<sup>27</sup> *Kadelbach* Ethik des Völkerrechts (Fn. 25), 15; *Kadelbach/Kleinlein* International Law (Fn. 4), 317 ff.; *J. Künzli/W. Kälin* Internationaler Menschenrechtsschutz. Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 3. Aufl. 2013, Rn. 70 f.

<sup>28</sup> Zu dieser etwa *Thürer* Modernes Völkerrecht (Fn. 17), 582 ff., 603 f.

<sup>29</sup> *D. Shelton* Normative Hierarchy in International Law, *AJIL* 100 (2006), 291 (297 ff.); *S. Kadelbach/T. Kleinlein* Überstaatliches Verfassungsrecht. Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht, *Archiv des Völkerrechts* 44 (2006), 235 (248 ff.); *T. Kleinlein* Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre, 2011, 315 ff. mwN; grundlegend zuvor *S. Kadelbach* Zwingendes Völkerrecht, 1992, 23 ff.

<sup>30</sup> Zu Details *S. Kadelbach* Zwingendes Völkerrecht (Fn. 29), 77 ff., 166; *E. de Wet* The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council, Oxford 2004, 188.

<sup>31</sup> Vgl. ausserdem zu den seit 1970 anerkannten Rechtspflichten *erga omnes*: *IGH Belgium v. Spain (Barcelona Traction Case)*, Urteil vom 5. Februar 1970 – <[www.icj-cij.org/](http://www.icj-cij.org/)



Das Bild vom Vorrang wäre allerdings unvollständig ohne den relativierenden Hinweis, dass damit der Souveränitätsschutz der Staaten bisher nicht wirksam aufgebrochen wird. Selbst bei Völkermord und Folter sieht der Internationale Gerichtshof häufig keine Immunitätsausnahme vor.<sup>32</sup> So hat der IGH im Jahr 2002 die Immunität des amtierenden kongolesischen Außenministers geschützt – wenn auch mit zahlreichen Gegenstimmen innerhalb des Gerichts. Und im Jahr 2012 hat der Gerichtshof die Staatenimmunität Deutschlands bekräftigt, als die italienische Justiz Schadenersatzansprüche für die Verletzungen des *ius cogens* in den Jahren 1942–1945 durchsetzen wollte.<sup>33</sup>

Die humanitäre Intervention ist ein anderer Bewährungsfall für die völkerrechtlichen Verbote von Folter und Völkermord. Eine militärische Intervention widerspricht sowohl dem Souveränitätsprinzip als auch dem Allgemeinen Gewaltverbot (Art. 2 Nr. 4 UN-Charta), das jedenfalls im Kern selbst zum *ius cogens* zählt.<sup>34</sup> Bei ihr wird der Staat, der für die Bevölkerung keinen hinreichenden Mindestschutz mehr bieten kann, gewissermaßen entmündigt. Wie im Vertragsmodell von *Thomas Hobbes* endet die Legitimation eines Souveräns dort, wo er die Sicherheit der eigenen Bevölkerung nicht mehr garantieren kann.

Humanitäre Interventionen können sich nicht immer auf einen Sanktionsbeschluss des UN-Sicherheitsrats stützen. Er fehlte bei der NATO-Intervention im Kosovo (1999) und früher bei der Intervention Vietnams gegen den Genozid in Kambodscha (1979).<sup>35</sup> Wenn die Intervention allerdings derart eindeutig dem Schutz menschlicher Integritätsrechte dient, dann wird heute wegen der Schutzverantwortung der Staatengemeinschaft (Responsibility to Protect, R2P) ein neuer Legitimationsanspruch erhoben.<sup>36</sup> Die humanitäre Intervention ist dann in klassischer Perspektive

---

docket/files/50/5387.pdf>; IGH *Portugal v. Australia (East Timor)*, Urteil vom 30. Juni 1995, Nr. 29 – <[www.icj-cij.org/docket/files/84/6949.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6949.pdf)> (Selbstbestimmungsrecht der Völker).

<sup>32</sup> Zur jüngeren Entwicklung *I. Wuerth Pinochet's Legacy Reassessed*, AJIL 106 (2012), 731 (732 ff.).

<sup>33</sup> IGH *Germany v. Italy (Jurisdictional Immunities of the State)*, Urteil vom 3. Februar 2012 – <[www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf)>. Differenzierend hierzu *C. Tomuschat State Immunity before the ICJ – The Case Germany v. Italy*, in: Peters u.a. (Hrsg.) *Immunities* (Fn. 17), 85 (88 ff.).

<sup>34</sup> *A. Randelzhofer/O. Dörr* in: B. Simma u.a. (Hrsg.) *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Band 1, 3. Aufl. 2012, Article 2 (4), Rn. 67 f.

<sup>35</sup> Weitere Beispiele sind die indische Intervention im damaligen Ostpakistan (1971), die Intervention Tansanias in Uganda (1979) und die Intervention der Golfkriegs-Alliierten zugunsten der Kurden im Irak (1991); vgl. *Nettesheim* *Kommunitäres Völkerrecht* (Fn. 5), 575.

<sup>36</sup> *International Commission on Intervention and State Sovereignty* (Hrsg.) *The Responsibility to Protect*, Ottawa 2001, 11 ff.; *M. Vashakmadze* *Responsibility to Protect*, in:

völkerrechtswidrig,<sup>37</sup> wirkt aber gleichzeitig *für* das Völkerrecht, indem es seine Durchsetzungsdefizite kompensiert.<sup>38</sup> Insoweit ist eine *anthropozentrische Wende* im Völkerrecht auszumachen, die nach dem Zweiten Weltkrieg begonnen hat und seit dem Ende des Kalten Krieges immer stärker an Kontur gewinnt.<sup>39</sup>

Unabhängig vom Staatenwillen und damit nah am konstitutionellen Völkerrechtsmodell sind auch die Normen über umweltvölkerrechtliche Grundgüter. Weltraum und Atmosphäre, Arktis und Antarktis oder der Tiefseeboden haben keine bestimmte Staatszuordnung. Sie sind der internationalen Gemeinschaft als Treuhänderin insgesamt zugeordnet und werden auch gegen den Willen einzelner Staaten geschützt.<sup>40</sup> Formal betrachtet

---

Simma u.a. (Hrsg.) UN Charter (Fn. 34), 1201 ff., Rn. 1 ff. mwN. Frühe Beispiele zur völkerrechtlichen Relevanz von staatlichen Schutzpflichten bei *Verdross* *Forbidden Treaties* (Fn. 14), 574 ff.

<sup>37</sup> Vgl. zum „Monopol legaler Gewaltanwendung“ des Sicherheitsrats *Seiler* *Der souveräne Verfassungsstaat* (Fn. 16), 168.

<sup>38</sup> Zur Problematik einer völkerrechtlichen Legitimation *G. Nolte* *Kosovo und Konstitutionalisierung: Zur humanitären Intervention der NATO-Staaten*, *ZaöRV* 59 (1999), 941 (943 ff.); *Nettesheim* *Kommunitäres Völkerrecht* (Fn. 5), 575; *Thürer* *Modernes Völkerrecht* (Fn. 17), 579 ff.; *D. Kühne* *Materielle Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Zum Entstehen einer internationalen Verfassungsordnung*, 2014, 96 f.

<sup>39</sup> Vgl. *M. Kotzur* *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes. Das Beispiel der Präambel des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte*, 2001, 18 f., 43, 143 ff.; *Arnaud* *Völkerrecht* (Fn. 18), Rn. 306 ff.; zum Einfluss der Menschenrechte als Verpflichtungen *erga omnes* ausserdem *B.-O. Bryde* *Verpflichtungen Erga Omnes aus Menschenrechten*, in: W. Kälin u.a. (Hrsg.) *Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes*, 1994, 165 (167 ff.); zur zentralen Funktion des Menschenrechtsschutzes in Theorien des kosmopolitischen Pluralismus und Föderalismus *G.F. Schuppert* *The Cosmopolitan State*, *Kritik* 22 (2014), 294 (298 f.) bzw. im Konzept eines universalen Konstitutionalismus *P. Häberle* *Universaler Konstitutionalismus aus nationalen und völkerrechtlichen Teilverfassungen – sieben Thesen*, *JöR* 62 (2014), 417 (418); zur Forderung, dass ein konstitutionalisiertes Völkerrecht, um seinem universellen Charakter für alle Menschen treu zu bleiben, auf eine Überwindung der Staatsgrenzen jedenfalls hinarbeiten müsse *I. Ley* *Verfassung ohne Grenzen? Zur Bedeutung von Grenzen im postnationalen Konstitutionalismus*, in: I. Pernice u.a. (Hrsg.) *Europa jenseits seiner Grenzen. Politologische, historische und juristische Perspektiven*, 2009, 91 (96, 102 ff.).

<sup>40</sup> *C. Tomuschat* *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law*, *Recueil des Cours* 281 (1999), 9 (77 f.); *U. Hingst* *Auswirkungen der Globalisierung auf das Recht der völkerrechtlichen Verträge*, 2001, 200, 204; *Kleinlein* *Konstitutionalisierung* (Fn. 29), 430 ff., 452 ff. mwN. Allerdings kann man auch diesen Schutz des Umweltvölkerrechts noch klassisch begründen, weil bereits die Koordination gebietet, dass kein Staat sein eigenes Staatsgebiet in einer Weise nutzt, mit der die territoriale Integrität anderer Staaten erheblich beeinträchtigt wird: *Nettesheim* *Kommunitäres Völkerrecht* (Fn. 5), 572; *Kleinlein* *Konstitutionalisierung* (Fn. 29), 497 f.; *Kühne* *Materielle Konstitutionalisierung* (Fn. 38), 279 ff. Auch das huma-

gehören die Normen über Grundgüter nicht einer höheren Ebene an,<sup>41</sup> doch inhaltlich vermögen sie sich gegenüber partikularen Interessen durchzusetzen, weil die entsprechenden Statusverträge dem Gemeinwohl dienen und demgemäß über eine intendierte *erga omnes*-Wirkung verfügen.<sup>42</sup>

In der Gegenüberstellung zu staatlichen Verfassungsnormen zeigt die Hierarchie der Völkerrechtsnormen ein doppeltes Defizit. Erstens ist ihr Anwendungsbereich ausserordentlich schmal. Das allgemeine Gewaltverbot sowie die Verbote von Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen, Piraterie, Völkermord, Sklaverei, Apartheid und Folter erfassen nur den unumstrittenen Kernbereich der Friedenssicherung und des Menschenrechtsschutzes. Zweitens fehlt es immer noch an der effektiven Durchsetzbarkeit. Selten gibt es Fälle, in denen Staaten eine verpönte Handlung zum Gegenstand ihrer vertraglichen Vereinbarung machen, die dann der Nichtigkeitsfolge unterliegt. Verstossen sie hingegen rein tatsächlich gegen die Verbote, so bietet das Völkerrecht keine unmittelbare Abhilfe. Die Immunität staatlicher Verantwortungsträger während ihrer Amtszeit wird vom Internationalen Gerichtshof (anders als beim IStGH) nach wie vor anerkannt und das Recht zur humanitären Intervention hängt von den vetogefährdeten Resolutionen des UN-Sicherheitsrats ab. Dieser ist zwar berechtigt, eine Intervention zu beschliessen, aber nicht verpflichtet. Dahinter verbirgt sich das Problem der bisher fehlenden Selbstbindung der UNO, das etwa auch die Frage aufwirft, ob UN-Blauhelm-Truppen an das Humanitäre Völkerrecht gebunden sind.<sup>43</sup> Adressat der Schutzpflichten im Völkerrecht sind die Staaten, nicht die UN-Organe.<sup>44</sup> Weiche Schutzinstrumente, wie das Prüfungs- und Berichtsverfahren beim Ausschuss gegen Folter,<sup>45</sup> wirken allenfalls langfristig, aber bieten keine unmittelbare Abhilfe. Bisher läuft die Hierarchie der Völkerrechtsnormen dadurch in vielen Fällen leer.

---

nitäre Völkerrecht kennt mit der Martens Clause eine vergleichbare vertragsunabhängige Drittwirkung; vgl. *Kühne* Materielle Konstitutionalisierung (Fn. 38), 229 f.

<sup>41</sup> *Kadelbach* Zwingendes Völkerrecht (Fn. 29), 75 f.

<sup>42</sup> *Klein* Statusverträge im Völkerrecht (Fn. 4), 22 f., 198 ff.; *Kühne* Materielle Konstitutionalisierung (Fn. 38), 270 ff.; vgl. auch *Verdross* Forbidden Treaties (Fn. 14), 572 zum zwingenden Charakter des Nutzungsanspruchs.

<sup>43</sup> *Kälén* Menschenrechtsschutz der UNO (Fn. 3), 48.

<sup>44</sup> Vgl. International Commission on Intervention and State Sovereignty (Hrsg.) *The Responsibility to Protect*, Ottawa 2001, 29 ff.

<sup>45</sup> Artikel 17 ff., 21 ff. des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984, Publikation u.a.: SR 0.105 – <[www.admin.ch/ch/d/sr/0\\_105/](http://www.admin.ch/ch/d/sr/0_105/)>.

### 3. *Verfassungsgebende und verfassungsändernde Gewalt*

In der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes finden staatliche Verfassungen ihren Geltungsgrund. Das zeigen die expliziten Anrufungen, etwa das berühmte „We, the People of the United States“ in der US-Verfassung. Ähnlich formuliert es die Präambel des Grundgesetzes<sup>46</sup> in der Nachfolge von Weimarer Reichsverfassung<sup>47</sup> und Paulskirchenverfassung<sup>48</sup> sowie die Bundesverfassung der Schweiz<sup>49</sup> und die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte.<sup>50</sup> Die engste Anlehnung an die US-Verfassung findet sich allerdings in der Einleitungsformel der UN-Charta: „We, the peoples of the United Nations“.

Mit solchen Anrufungen wird ein vorstaatlicher Geltungsgrund für den positiven Geltungsanspruch der Verfassung angegeben. Dieser Rekurs fand bei staatlichen Verfassungsordnungen häufig nach historischen Zäsuren von Kriegen oder Bürgerkriegen statt. Selten waren die Bedingungen der Verfassungsgebung dabei ideal. Bei vielen Staatsverfassungen lassen sich Gründungsmängel identifizieren,<sup>51</sup> die nur deshalb unschädlich bleiben, weil sich die Verfassung in der Praxis bewährt und so im Rückblick als legitimer Ausdruck des ganzen Volkes angesehen werden kann.

Überträgt man dieses Legitimationsmodell auf die Verfassung der internationalen Gemeinschaft, so gebührt der Weltbevölkerung die verfassungsgebende

---

<sup>46</sup> „[D]as Deutsche Volk [hat sich] kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben“.

<sup>47</sup> Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Präambel: „Das Deutsche Volk, einig in seinen Stämmen und von dem Willen beseelt, sein Reich in Freiheit und Gerechtigkeit zu erneuern und zu festigen, dem inneren und dem äußeren Frieden zu dienen und den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern, hat sich diese Verfassung gegeben.“

<sup>48</sup> Verfassung des Deutschen Reiches vom 28. März 1849, Einleitungsformel: „Die deutsche verfassungsgebende Nationalversammlung hat beschlossen, und verkündigt als Reichsverfassung: ...“.

<sup>49</sup> „Das Schweizervolk und die Kantone [...] geben sich folgende Verfassung: ...“.

<sup>50</sup> Danach entstammen die Rechte den „représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, ...“; Artikel 3 der Erklärung weist darüber hinaus den Ursprung *jeder* Souveränität ausdrücklich dem Volk zu und behauptet damit die Volkssouveränität als vorpositiven, grundrechtsgleichen Anspruch: „Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation [...]“.

<sup>51</sup> Vgl. etwa die Aufzählung bei *G. Biaggini* Vertrag oder Verfassung?, FS J.P. Müller, 2005, 37 (39) zur Entstehung der US-Verfassung: nur 12 von 13 Staaten waren am Konvent beteiligt, ein Viertel der gewählten Delegierten nahm gar nicht teil, Gründung eines Bundesstaates statt auftragsgemäße Revision der Konföderation, keine öffentliche Deliberation, Abstimmung nach Staaten statt nach Köpfen, Unterschriften von nur wenig mehr als der Hälfte der Deligierten, keinerlei Verfassungsreferendum.

Gewalt.<sup>52</sup> Das heutige Völkerrecht der Vereinten Nationen hatte seinen „constitutional moment“ nach dem zweiten Weltkrieg.<sup>53</sup> Wie bei den Staaten kann es insofern auf eine einheitstiftende Gründungserzählung zurückblicken.<sup>54</sup> Ein offensichtlicher Mangel liegt allerdings in der ursprünglichen Beteiligung von nur 51 Staaten. Das ist bei den heute 193 Mitgliedstaaten anders. Seit dem Beitritt der Schweiz im Jahr 2002 finden sich unter den Nichtmitgliedern (abgesehen vom Sonderfall Vatikan) nur noch Territorien, deren Eigenstaatlichkeit umstritten ist (Palästina, Taiwan, Kosovo, Abchasien, Westsahara, Südossetien, Nagorni-Karabach, Transnistrien, Somaliland, Belutschistan, Ost-Turkistan, Tibet, Oromo und neu die selbst erklärte Republik Krim). Diese quasi-universelle Mitgliedschaft führt dazu, dass die Einleitungsformel der UN-Charta: „We, the peoples of the United Nations“ heute fast alle Menschen erfasst. Man könnte hier argumentieren, dass die verfassungsgebende Gewalt der Weltbevölkerung nachträglich aktiviert und der Gründungs-mangel dadurch geheilt wurde. Auch insofern besteht eine Parallele zur US-Verfassung, die nicht von Anfang an das gesamte Territorium der 13 neuenglischen Kolonien erfasste, sondern zunächst nur zwischen den annehmenden Staaten (ohne North Carolina und Rhode Island) zustande kam.<sup>55</sup>

Bei der verfassungsändernden Gewalt hat allerdings keine Konstitutionalisierung stattgefunden. Die UN-Charta lässt sich nicht mit Zweidrittelmehrheit ändern, sondern es braucht zusätzlich die fünf Stimmen der ständigen Mitglieder im Sicherheitsrat. Das wirkt auf die Reformfähigkeit zurück.<sup>56</sup> Als in der Reform des Jahres 2006 der UN-Menschenrechtsrat in Genf eingesetzt wurde, geschah das durch eine Resolution der Generalversammlung gemäss Artikel 68 der UN-Charta.<sup>57</sup> Bei noch grundlegenden Strukturänderungen, etwa einer Reform des Sicherheitsrats, wäre dieser

---

<sup>52</sup> *R.St.J. Macdonald* The International Community as a Legal Community, in: ders./D.M. Johnston (Hrsg.) *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden/Boston 2005, 853 (859 ff.).

<sup>53</sup> *Fassbender* United Nations Charter (Fn. 11), 573.

<sup>54</sup> Zur Verfassung als mythenbasiertem Sinnspeicher *U. Haltern* Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende, *AöR* 128 (2003), 511 (532 ff.) mwN.

<sup>55</sup> Vgl. Article VII: „The Ratification of the Conventions of nine States shall be sufficient for the Establishment of this Constitution *between the States so ratifying the Same.*“ (Hervorhebung hinzugefügt, A.T.).

<sup>56</sup> Zum Problem *T.M. Franck* Is the U.N. Charter a Constitution?, *FS Eitel*, 2003, 95 (97 f.); *de Wet* The Chapter VII Powers (Fn. 30), 62 f.

<sup>57</sup> Generalversammlung der Vereinten Nationen, Resolution 60/251 vom 15. März 2006 – <[www.un.org/depts/german/gv-60/band3/ar60251.pdf](http://www.un.org/depts/german/gv-60/band3/ar60251.pdf)>: 170 Ja-Stimmen, 4 Gegenstimmen mit „weichem Nein“, d.h. signalisierter Kooperationsbereitschaft u.a. von Israel und den Vereinigten Staaten von Amerika; vgl. zu den Details *D. Karrenstein* Der Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen, 2011, 18 ff.

Weg nicht möglich. In der Praxis ist die Änderungshürde höher als selbst bei der US-Verfassung. Bisher fehlt der UN-Charta darum die für Verfassungen typische Dynamisierung durch eine Änderungsbefugnis nach dem Mehrheitsprinzip.

#### 4. *Verfassungsurkunde*

Fraglich ist auch, ob die UN-Charta als Verfassungsurkunde der internationalen Gemeinschaft anzusehen ist.<sup>58</sup> Dafür gilt gemeinhin die Kollisionsregel in Artikel 103 als ein zentraler Beleg.<sup>59</sup> Diese Regel entbindet die UN-Mitgliedstaaten von völkerrechtlichen Vertragspflichten, die im Widerspruch zur Charta stehen. Weil auch Verträge von Mitgliedern mit Nichtmitgliedern betroffen sind, weist die Regel tatsächlich über den Kreis der Mitgliedstaaten hinaus. Das führt allerdings nicht zu einer völkerrechtlichen Bindungswirkung für Dritte.<sup>60</sup>

Sucht man nach einem universellen Geltungsanspruch, so wird man in Kapitel VII der Charta fündig. Die Regeln zur Friedenssicherung werden als universelles Weltrecht begriffen, das auch der Friedensgefährdung durch Nichtmitglieder (z.B. Kosovo, Palästina, Nordzypern, Westsahara) entgegengehalten werden kann. Seit den 70er Jahren richtet sich der Sicherheitsrat mit seinen Resolutionen ausdrücklich an *alle* Staaten statt an die Mitglieder der UNO.<sup>61</sup> Diese Weiterungen haben ihren Grund in tatsäch-

---

<sup>58</sup> So insbesondere *Fassbender* United Nations Charter (Fn. 11), 532, 541 ff., 548 ff., unter Rückgriff auf *A. Verdross/B. Simma* Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis, 3. Aufl. 1984, VII f., 72, 221, und auf *Tomuschat* Obligations Arising for States (Fn. 19), 236. Im Ergebnis befürwortend ausserdem *B. Sloan* The United Nations Charter As a Constitution, *Pace Yearbook of International Law* 1 (1989), 61 (61 f.); *P.-M. Dupuy* The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1 (1997), 1 (31 ff.); *R. St. J. Macdonald* The Charter of the United Nations as a World Constitution, *International Law Studies* 75 (2000), 263 (268 ff.). Vorsichtig zustimmend auch *Habermas* Konstitutionalisierung des Völkerrechts (Fn. 11), 158 f. Zweifelnd *Kadelbach/Kleinlein* International Law (Fn. 4), 318 ff. Pointierte Ablehnung etwa bei *C. Hillgruber* Dispositives Verfassungsrecht, zwingendes Völkerrecht: Verkehrte juristische Welt?, *JöR* 54 (2006), 57 (81).

<sup>59</sup> *C. Peters* Informelle Anpassungsmechanismen der Gründungsverträge Internationaler Organisationen und ihre Bedeutung für die Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: I. Pernice/M. Müller/C. Peters (Hrsg.) Konstitutionalisierung jenseits des Staates. Zur Verfassung der Weltgemeinschaft und den Gründungsverträgen internationaler Organisationen, 2012, 17 (18, 24 ff.); *Dupuy* Constitutional Dimension (Fn. 58), 12 mwN.

<sup>60</sup> *A. Paulus/J. Leiß* in: Simma u.a. (Hrsg.) UN Charter (Fn. 34), Article 103, Rn. 54, 58.

<sup>61</sup> Abschnitt 2 und 4 der United Nations Security Council Resolution 418 vom 4. November 1977: „2. *Decides* that all States cease forthwith any provision to South Africa of arms and related *matériel* of all types [...]; 4. *Further decides* that all States shall refrain from any co-operation with South Africa in the manufacture and development of nuclear

lichen Umständen. Eine Bedrohung des Friedens kann von Nichtmitgliedern ebenso ausgehen wie von Mitgliedern.<sup>62</sup> Darum verpflichtet Artikel 2 Absatz 6 der Charta die Mitgliedstaaten, den Weltfrieden auch gegenüber Nichtmitgliedern durchzusetzen.<sup>63</sup>

Inhaltlich wandelt sich die kollektive Friedenssicherung zu einer Weltpolizeigewalt.<sup>64</sup> Seit dem Ende des Kalten Krieges ist der Sicherheitsrat bereit, nicht mehr nur Kriege und Bürgerkriege als Friedensgefährdung einzustufen. Auch schwere Menschenrechtsverletzungen, Terrorismus, die Verbreitung von Massenvernichtungswaffen und vergleichbare Ereignisse gelten als Gründe zum Einschreiten.<sup>65</sup> So wurde die Wiederherstellung der Demokratie in Haiti 1994 zum Gegenstand von Resolutionen des Sicherheitsrats.<sup>66</sup> In diesem Sachbereich ist es auch nicht verwunderlich, dass der Sicherheitsrat seit der Jugoslawienkrise seine Resolutionen direkt an nichtstaatliche Adressaten wie Streitkräfte und Parteien richtet.<sup>67</sup> Zukünf-

---

weapons;“ – <[www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/418\(1977\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/418(1977))>. Jüngeres Beispiel in Abschnitt 2 und 6 der United Nations Security Council Resolution 2178 vom 24. September 2014: „2. *Reaffirms* that all States shall prevent the movement of terrorists or terrorist groups by effective border controls [...]; *decides* that all States shall ensure that their domestic laws and regulations establish serious criminal offenses [...]“ – <[www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2178%20\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2178%20(2014))>. Kritisch zur Grundlegung der Drittwirkung *Kleinlein* Konstitutionalisierung (Fn. 29), 447 ff. (451).

<sup>62</sup> Vgl. den Hinweis bei *L.M. Goodrich/E. Hambro/A.P. Simons* Charter of the United Nations, New York/London 1969, 59, dass die sicherheitsrechtliche Drittwirkung (Art. 2 Abs. 6 UN Charta) nötig war: „Because of the recent experience with aggression by Japan and Germany when these states were not members of the League of Nations.“

<sup>63</sup> Davon zu unterscheiden ist die Feststellung, dass Artikel 2 Absatz 6 der Charta keine völkerrechtlichen Pflichten für Dritte begründet; vgl. etwa *M. Knauf* Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?, *ZaöRV* 68 (2008), 453 (464) mwN; *Hillgruber* Dispositives Verfassungsrecht (Fn. 58), 81; ebenso bereits die Literatur kurz nach der Gründung, etwa *N. Bentwich/A. Martin* A Commentary on the Charter of the United Nations, 2. Aufl. London 1951, 14 (zu Art. 2 Abs. 6), 179 f. (zu Art. 103).

<sup>64</sup> Vgl. *Nettesheim* Kommunitäres Völkerrecht (Fn. 5), 574.

<sup>65</sup> *Künzli/Kälin* Internationaler Menschenrechtsschutz (Fn. 27), Rn. 741.

<sup>66</sup> Abschnitt 16 und 18 der United Nations Security Council Resolution 917 vom 6. Mai 1994: „16. *Decides* that, until the return of the democratically elected President, it will keep under continuous review, at least on a monthly basis, all the measures [...]; 18. *Decides* that [measures] will not be completely lifted until: [...] (c) [...] the full restoration of democracy in Haiti;“ – <[www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/917\(1994\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/917(1994))>.

<sup>67</sup> Abschnitt 1 und 4 (insofern gleichlautend) der United Nations Security Council Resolution 1004 vom 12. Juli 1995: „1. *Demands* that the Bosnian Serb forces [...]“ – <[www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1004\(1995\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1004(1995))>; Abschnitt 2 der United Nations Security Council Resolution 1127 vom 28. August 1997: „*Demands also* that UNITA [União Nacional para a Independência Total de Angola] implement immediately its obligations under the Lusaka Protocol, including demilitarization of all its forces [...]“ – <[www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1127\(1997\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1127(1997))>.

tig könnten als konsequente Fortsetzung dieses Trends auch multinationale Unternehmen und Individuen direkte Adressaten werden, etwa im Fall von Söldnerfirmen.<sup>68</sup>

Diese in der Sache begründeten Weiterungen sind aber die Ausnahme, nicht die Regel. Die meisten Inhalte der Charta weisen einen strikten Mitgliederbezug auf.<sup>69</sup> Sie können nicht auf die internationale Gemeinschaft insgesamt gemünzt werden. Um allein im Wege der Uminterpretation einen Charakterwandel zu bewirken, erscheinen informelle Anpassungsmechanismen wie die dynamische Auslegung oder die Praxisänderung nicht ausreichend.<sup>70</sup> Im Ergebnis mag es also einzelne Bestimmungen geben, die als verfassungsartige Normen anzusehen sind. Insgesamt hat die UN-Charta als Dokument aber keinen Verfassungscharakter. Die Verfassung des Völkerrechts ist bisher, soweit man überhaupt davon sprechen kann, eine *ungeschriebene* Verfassung.

### 5. Gewaltenteilige Organe

Bei den Organen herrscht wegen der zunehmenden *Fragmentierung* des Völkerrechts große Vielfalt. Schaut man gezielt nach universellen Organen für ein Völkerverfassungsrecht, dann sind die sogenannten „Charter based bodies“ zentral. Die wichtigsten UNO-Organen folgen im Völkerrecht keiner klaren Aufteilung in Gesetzgebung, Exekutive und Rechtsprechung: Ein zentrales Gesetzgebungsorgan fehlt bisher ganz, eine jederzeit handlungsfähige Exekutive ebenfalls, und die Gerichtsbarkeit ist auf verschiedene Institutionen verteilt, die nicht in einer Hierarchie aufeinander bezogen sind.<sup>71</sup>

Allerdings zeichnen sich seit den Terroranschlägen in den USA (2001) Entwicklungen im Sicherheitsrat ab, die den Doppelcharakter dieses Organs als Exekutive und Legislative stärken.<sup>72</sup> Mit der Resolution 1373, verabschiedet wenige Wochen nach den Anschlägen, schreibt der Sicherheitsrat einen langen Katalog von Verhaltenspflichten für alle Staaten fest, in dem unter anderem die später viel diskutierten Kontensperrern enthalten

<sup>68</sup> Vgl. *Thürer* Modernes Völkerrecht (Fn. 17), 587.

<sup>69</sup> *Tomuschat* Obligations Arising for States (Fn. 19), 219.

<sup>70</sup> In diese Richtung *Peters* Informelle Anpassungsmechanismen (Fn. 59), 22 ff.; *Fassbender* United Nations Charter (Fn. 11), 584.

<sup>71</sup> *R. Uerpman* Internationales Verfassungsrecht, JZ 2001, 565 (567 ff.).

<sup>72</sup> Zur zunehmenden Legislativfunktion *S. Talmon* The Security Council as World Legislature, AJIL 99 (2005), 175 (175 ff.); *A. Marschik* Legislative Powers of the Security Council, in: *Macdonald/Johnston* (Hrsg.) Towards World Constitutionalism (Fn. 52), 457 (473 ff.); *Kühne* Materielle Konstitutionalisierung (Fn. 38), 63 ff., 122 f.



sind.<sup>73</sup> Während der Inhalt von Resolutionen sonst in spezifischen Sanktionen gegen ein Land besteht, werden nunmehr Pflichten für alle Staaten erlassen, deren Umsetzung zu erheblichen Anpassungen des nationalen Rechts führt. Der Sicherheitsrat wird so zu einem Welt-Gesetzgeber. Diese Gesetzgeberrolle hatte er zuvor bereits bei der Einrichtung der Jugoslawien- und Ruanda-Tribunale wahrgenommen.<sup>74</sup>

Als Exekutivorgan hat der Sicherheitsrat ein Komitee (Counter-Terrorism Committee, CTC) und ein Exekutivdirektorat eingesetzt, die die Erfüllung der staatlichen Pflichten im Kampf gegen den Terrorismus überwachen, die Staatenberichte zur Umsetzung entgegennehmen und im Bedarfsfall diese Umsetzung durch andere Staaten unterstützen lassen können. Dieser Gesetzgebungsakt und sein Implementationsverfahren sind nicht vereinzelt geblieben. Sie wurden mit der Resolution 1540 über den Kampf gegen die Verbreitung von Massenvernichtungswaffen ab 2004 gleichartig fortgesetzt.<sup>75</sup> Insgesamt erlangt der Sicherheitsrat durch die neuere Praxis immer mehr Gewicht.<sup>76</sup>

Demgegenüber bleibt die Judikative – abgesehen von regionalen und sektoralen Spezialgerichten – merkwürdig schwach. Die Durchsetzung des Völkerrechts ist auf verschiedenste Ebenen und Organe verteilt. Dezentral sind die staatlichen Gerichte zuständig, zentral auch Organe wie die Ruanda- und Jugoslawientribunale sowie seit 2002 der Internationale Straf-

---

<sup>73</sup> Abschnitt 1 (c) der United Nations Security Council Resolution 1373 vom 28. September 2001: „Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, 1. *Decides* that all States shall: [...] (c) Freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts [...]“. – <[www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1373\(2001\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1373(2001))>. Kritisch dazu u.a. A. Zimmermann/B. Eberling Grenzen der Legislativbefugnisse des Sicherheitsrats. Resolution 1540 und abstrakte Bedrohungen des Weltfriedens, Vereinte Nationen 52 (2004), 71; Franck UN Charter (Fn. 56), 101 f.

<sup>74</sup> Uerpmann Internationales Verfassungsrecht (Fn. 71), 567.

<sup>75</sup> Vgl. Abschnitt 2 der United Nations Security Council Resolution 1540 vom 28. April 2004: „2. *Decides also* that all States, in accordance with their national procedures, shall adopt and enforce appropriate effective laws which prohibit any non-State actor to manufacture, acquire, possess, develop, transport, transfer or use nuclear, chemical or biological weapons and their means of delivery, in particular for terrorist purposes, as well as attempts to engage in any of the foregoing activities, participate in them as an accomplice, assist or finance them“. – <[www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1540\(2004\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1540(2004))>.

<sup>76</sup> Dabei tritt er allerdings *formal* meist nicht als Akteur der friedenssichernden Exekutivmaßnahmen auf, sondern beauftragt die Staaten mit der Exekution; Nettesheim Kommunitäres Völkerrecht (Fn. 5), 573; Uerpmann Internationales Verfassungsrecht (Fn. 71), 569; Künzli/Kälin Internationaler Menschenrechtsschutz (Fn. 27), Rn. 756. Zur Entwicklung der *peace keeping operations* siehe etwa Kühne Materielle Konstitutionalisierung (Fn. 38), 65 ff. mwN.

gerichtshof für die internationalen Kernverbrechen (Kriegsverbrechen, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Aggression). Dessen Verfahren betrafen bisher allerdings nur afrikanische Länder.<sup>77</sup> Abgesehen von verschiedenen Räten und Ausschüssen (Menschenrechtsrat, Sicherheitsrat, Menschenrechtsausschuss u.a.m.) sind als eigentliche Gerichte vor allem die regionalen Menschenrechtsgerichtshöfe wirksam (Europäischer, Interamerikanischer und Afrikanischer Gerichtshof für Menschenrechte). Der Internationale Gerichtshof verfügt über keine obligatorische Gerichtsbarkeit und lässt überdies nur Staaten als Parteien zu, nicht Internationale Organisationen, UNO-Organen, Nichtregierungsorganisationen, Unternehmen oder Menschen. Mit Menschenrechtsfragen ist er erst in jüngster Zeit befasst.<sup>78</sup> Der Gerichtshof wird nur tätig, soweit die Staaten seine Gerichtsbarkeit generell oder im Einzelfall anerkennen. Er konnte beispielsweise die Frage, ob die NATO-Staaten bei der Intervention im Kosovo gegen das Gewaltverbot verstossen haben, mangels Unterwerfungserklärungen nicht entscheiden.<sup>79</sup> Verglichen mit der regionalen Spruchkraft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, dem Streitbeilegungsmechanismus der WTO (Panel, Appellate Body) oder auch der internationalen Seegerichtsbarkeit ist das eine sehr schwache Stellung.<sup>80</sup> Die Durchsetzung des Völkerrechts vor Gerichten ist dadurch auf nationaler und regionaler Ebene bisher stärker als auf der universellen Ebene und sie ist in speziellen Sachbereichen, etwa im Strafrecht und Handelsrecht, stärker als im Allgemeinen.

## 6. Fazit

Insgesamt zeigt das Völkerrecht verfassungsartige Aspekte beim internationalen Menschenrechtsschutz, beim Normvorrang, bei der verfassungsgebenden Gewalt und bei der Legislativ- und Exekutivbefugnis des UN-Sicherheitsrats. Hingegen fehlen bisher eine Verfassungsurkunde, eine wirklich dynamisierende verfassungsändernde Gewalt und eine staatsähnliche Gerichtsbarkeit. Inhaltlich ist der Konstitutionalismus zudem überall schwach ausgeprägt. Anwendungsbereich, Geltungsgründe und Durchsetzbarkeit völkerrechtlicher Normen sowie die Organisationsstrukturen der UNO sind weit entfernt von den Standards moderner Verfassungsstaatlichkeit. Von einer Verfasstheit lässt sich am ehesten im Sachbereich des Integ-

---

<sup>77</sup> Übersicht bei *Künzli/Kälin* Internationaler Menschenrechtsschutz (Fn. 27), Rn. 596: Uganda, Demokratische Republik Kongo, Zentralafrikanische Republik, Mali, Kenia, Elfenbeinküste, Darfur/Südsudan, Libyen. Ohnehin fehlen wichtige Länder (Vereinigte Staaten von Amerika, Russland, China) unter den 122 Vertragsparteien des Römer Statuts.

<sup>78</sup> *Künzli/Kälin* Internationaler Menschenrechtsschutz (Fn. 27), Rn. 599.

<sup>79</sup> *Uerpmann* Internationales Verfassungsrecht (Fn. 71), 568.

<sup>80</sup> Vgl. *Hilf* Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung (Fn. 3), 263.

ritätsschutzes und damit zusammenhängend der Friedenssicherungskompetenz des UN-Sicherheitsrats sprechen. Im Übrigen aber ist der Konstitutionalismus als *Beschreibung des status quo* im Völkerrecht wenig geeignet.

Als *Aspiration für die Zukunft* bietet das konstitutionalistische Modell des Völkerrechts hingegen gute Anknüpfungspunkte. Was, wenn nicht das Verfassungsmodell, kann als vergleichbar anspruchsvolle Referenz für die Fortentwicklung des Völkerrechts dienen? Zwar gibt es durchaus völkerrechtsinterne Maßstäbe für den Fortschritt, etwa wenn funktionierende Instrumente im Sinne einer „Best Practices“ Analyse in neuen Konventionen und Zusatzprotokollen fruchtbar gemacht werden. Auch ein „Mainstreaming“ des Menschenrechtsdenkens im Querschnitt über alle Materien kann als Motor für völkerrechtlichen Fortschritt dienen. Unabhängig von solchen Entwicklungen steht als Vergleichsmaßstab aber immer das Verfassungsmodell im Raum.<sup>81</sup> Gerade für die Durchsetzung konsentierter Rechte schafft es einen *Erwartungshorizont*, hinter den ein zukünftig anthropozentrisches Völkerrecht nicht zurückfallen sollte.

Wenn man bedenkt, dass sich das „State Building“ regelmäßig auf die Entwicklung wirksamer Verfassungsstrukturen nach internationalen Standards konzentriert, dann kehrt sich die Argumentationslast geradezu um. Wer für die drei Pfeiler der UNO-Zielsetzung – Frieden, Entwicklung und Menschenrechte – organisatorisch und inhaltlich einen wirksamen Rechtsrahmen sucht, der wird die konstitutionalistischen Ideale der Rechtsstaatlichkeit, Gewaltenteilung und Verfassungsgerichtsbarkeit schwerlich ignorieren können.

Mit den Normen des *ius cogens* und den Handlungsbefugnissen zur Friedenssicherung sind erste Elemente anerkannt, die auf eine Weltrechtsgeltung hinauslaufen. Die konstitutionalistische Völkerrechtslehre nimmt diese Stossrichtung durch zahlreiche Forderungen auf. Sie sieht den Schwerpunkt der juristischen Interpretation in der inhaltlichen Wertordnung, nicht der formal-rechtlichen Betrachtung. Sie will zunehmend die internationale Gemeinschaft statt einzelner Staatengruppen als Subjekt des Völkerrechts begreifen. Und sie will unmittelbar die Rechte individueller Menschen, nicht die durch Staaten repräsentierten Interessen als Zweck des Völkerrechts betonen. Die daraus resultierende, zunächst ungeschriebene Völkerrechtsverfassung ist der Inbegriff der *verfassungsfunktionalen Normen*, die in der globalen Sphäre Beiträge zu Organisation, Legitimation, Machtbegrenzung und Identifikation leisten.<sup>82</sup>

<sup>81</sup> Ausführlich *Allott Intergovernmental Societies* (Fn. 7), 72 ff., 91 ff.; *ders.* The Emerging Universal Legal System, in: J.E. Nijman/A. Nollkaemper (Hrsg.) *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford 2007, 63 (80 ff.).

<sup>82</sup> Vgl. *Biaggini* Idee der Verfassung (Fn. 20), 462 f.; *A. Peters* Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse, *ZÖR* 2010, 3 (12), unter

### III. Leistungen der Völkerrechtsverfassung als Ordnungskonzept

Die Zukunft der Völkerrechtsverfassung als Ordnungskonzept lässt sich nur schwer einschätzen. Zum Abschluss will ich dies in fünf Gedanken versuchen, die alle potentielle Leistungen einer Verfassung im Völkerrecht betreffen:

#### 1. *Konstitutionalisierung zur Kompensation von Defiziten*

Zunächst soll die Völkerrechtsverfassung als Kompensation dienen. Das augenfälligste Kompensationsbedürfnis ist bei den Staatsverfassungen eingetreten. In dem Maße, in dem Politik international wird, spaltet sich die Rechtsetzung und Rechtsanwendung in unterschiedliche Foren auf. Der einzelstaatliche Gestaltungsanteil verkleinert sich, die staatliche Kontrolle erleidet einen Bedeutungsverlust.<sup>83</sup>

Staatliche Verfassungsänderungen vollziehen internationale Weichenstellungen nach, beispielsweise in Deutschland und Frankreich beim europäischen Haftbefehl und beim Internationalen Strafgerichtshof. Selbst wo formelle Änderungen ausbleiben, tritt ein stiller Verfassungswandel durch die Internationalisierung des Rechts ein. Innerstaatlich resultiert eine schleichende Gewichtsverlagerung von der Legislative zur Exekutive.<sup>84</sup> Das staatliche Verfassungsrecht internationalisiert sich durch eine inzwischen weltweite Gemeinschaft an Verfassungsgebern und Verfassungsinterpreten, deren Verfassungsvergleichung staatenübergreifende Standards hervorbringt.<sup>85</sup> Und auch die Fortentwicklung der Staatsverfassungen wird beeinflusst, etwa wenn in der Schweiz wenig Bedürfnis besteht, die staatliche Verfassungsgerichtsbarkeit auszubauen, wo doch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bereits weitgehenden Individualschutz sichert – für viele in Europa inzwischen sogar zu weitgehend.

---

Berufung u.a. auf *A. Verdross* Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, V („Verfassung [als] jene Normen, die den Aufbau, die Gliederung und die Zuständigkeitsordnung einer Gemeinschaft zum Gegenstand haben [bilden] den allgemeinen Teil des Völkerrechtes“; Hervorhebung bei *Verdross*); *G. Scelle* Précis de droit des gens: Principes et systématique, deuxième partie: Droit constitutionnel international, Paris 1934, 4 ff. Etwas anders *Fassbender* Meaning of International Constitutional Law (Fn. 11), 316 („rules and principles of international law distinguished from others because of their fundamental character“).

<sup>83</sup> *Grimm* Prozess der Entstaatlichung (Fn. 22), 160 ff.; *Kadelbach* Ethik des Völkerrechts (Fn. 25), 1, 5; *A. Peters* The Merits of Global Constitutionalism, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16 (2009), 397 (404 f.).

<sup>84</sup> *Biaggini* Idee der Verfassung (Fn. 20), 453.

<sup>85</sup> *Kadelbach* Ethik des Völkerrechts (Fn. 25), 6; *A. Tschentscher* Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, *JZ* 2007, 807 (814 f.).

Je mehr die staatliche Verfassung von einer umfassenden Rahmenordnung zu einer blossen Teilordnung wird, desto stärker wächst das Bedürfnis, eine staatsähnliche Völkerrechtsverfassung zur Kompensation zu gewinnen.<sup>86</sup> Von einer Konstitutionalisierung darf man kompensatorisch beispielsweise erwarten, dass gerichtlicher Individualrechtsschutz nicht nur fakultativ und in einzelnen Bereichen (etwa nach dem ersten Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte sowie in der Folterkonvention) sondern, wie beim europäischen Menschenrechtsschutz, obligatorisch und allgemein etabliert wird.<sup>87</sup> Ein völkerrechtlicher Rechtsweg gegen UN-Sanktionen würde die Hilfskonstruktion, die der EuGH im Fall *Kadi* etabliert hat, zukünftig entbehrlich machen.<sup>88</sup> Das bisher beim ‚UN Security Council Sanctions Committee‘ eingerichtete Antragsverfahren ist noch kein gerichtlicher Rechtsschutz.<sup>89</sup> Angemessen wäre auch eine Rechtskontrolle der Vetoausübung im UN-Sicherheitsrat, weil sonst immer wieder Situationen drohen, in denen die UNO ihrer Schutzpflicht für die Menschenrechte aus sachfremden Gründen nicht nachkommen kann.

Kompensationsbedarf kann auch innerhalb des Völkerrechts entstehen. Mit der Herausbildung von spezialisierten Teilgebieten – zum Welthandel, zum Umweltschutz, zum Strafrecht – stellt sich die Frage nach einer einheitsstiftenden, weil die Teile umgreifenden Völkerrechtsverfassung.<sup>90</sup> Das Völkerrecht ist hier Opfer des eigenen Erfolgs. Indem Insti-

<sup>86</sup> *Peters* Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung (Fn. 82), 18 f.

<sup>87</sup> Vgl. *Biaggini* Idee der Verfassung (Fn. 20), 473. Ähnlich der Gedanke bei *Wahl* Verfassung (Fn. 21), 133, dass zu einer Verfassungsnorm neben dem fundamentalen Inhalt und inhaltlichen Vorrang auch das Verfahren zur Durchsetzung gehört.

<sup>88</sup> Vgl. EuGH Rs. C-402/05 P und C-415/05 – *Kadi*, Urteil der Großen Kammer des Gerichtshofs vom 3. September 2008, Rn. 322: „Eine solche Nichtjustiziabilität, die eine erhebliche Abweichung von dem im EG-Vertrag vorgesehenen System des gerichtlichen Rechtsschutzes der Grundrechte darstellen würde, erscheint nämlich in Anbetracht dessen, dass das betreffende Verfahren der Überprüfung [vor dem UN-Sanktionsausschuss] offensichtlich nicht die Garantien eines gerichtlichen Rechtsschutzes bietet, nicht gerechtfertigt.“ Deutlicher noch Generalanwalt *Poiães Maduro* in C-402/05 P – *Kadi* Schlussantrag vom 16. Januar 2008, Rn. 54: „Had there been a genuine and effective mechanism of judicial control by an independent tribunal at the level of the United Nations, then this might have released the Community from the obligation to provide for judicial control of implementing measures that apply within the Community legal order. However, no such mechanism currently exists.“ Vgl. zu diesem „solange“-Argument *C. Möllers* Das EuG konstitutionalisiert die Vereinten Nationen, EuR 2006, 426 (431).

<sup>89</sup> Vgl. *G. Nolte* Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDStRL 67 (2008), 129 (132 f.). Zu den Rechtsgrundlagen und der Reichweite <[www.un.org/sc/committees/dfp.shtml](http://www.un.org/sc/committees/dfp.shtml)>.

<sup>90</sup> Besonders pointiert *J. Klabbers* Constitutionalism Lite, in: *International Organizations Law Review* 1 (2004), 31 (49): Constitutionalism as a „knee-jerk response“ to anxiety

tutionen und Verfahren – etwa der Internationale Strafgerichtshof und das WTO-Panel-Verfahren – das je eigene Recht immer besser durchsetzen, wird die Fragmentierung zum Thema. Die Diskussion dazu hat vor einigen Jahren ihren Höhepunkt erlebt. Seither ist das Bewusstsein gewachsen, dass die völkerrechtlichen Gerichte und Entscheidungsinstanzen selbst ein starkes Interesse daran haben, dem Auseinanderdriften der Teilrechtsordnungen entgegenzuwirken.<sup>91</sup> Insofern bedarf es wohl nicht zwingend einer Konstitutionalisierung.

Kompensationsbedarf in Gestalt stärkerer Einhegung und Kontrolle ruft indes der erwähnte Wandel des UN-Sicherheitsrats zum Legislativorgan hervor. Von einer Verfassung verspricht man sich, wie im Staat, bessere Machtbegrenzung etwa durch *judicial review*, fairere Partizipation etwa durch eine inklusivere Zusammensetzung des Sicherheitsrats oder durch besser Beteiligung von NGOs<sup>92</sup> und vor allem effektiveren Individualrechtsschutz direkt gegen völkerrechtliche Eingriffe.<sup>93</sup>

## 2. *Verfassung der internationalen Gemeinschaft als regulative Idee*

Zu den Leistungen einer Verfassung der internationalen Gemeinschaft gehört auch ihre Leitbildfunktion. Wenn die Völkerrechtsverfassung als Kompensation des staatlichen Bedeutungsverlusts dienen soll, dann müsste sie eigentlich ein Äquivalent aufweisen, mit dem an das „Vermächtnis des Verfassungsdenkens im Staat“ angeknüpft werden kann.<sup>94</sup> Gleichzeitig darf sie nicht das Äquivalent einer Staatsverfassung bilden, weil ein einheitlicher oder föderaler Weltstaat gar nicht erreicht werden soll. In diesem Zwiespalt hat es zahlreiche weiche Formeln gegeben, mit denen die Verfassung im Völkerrecht charakterisiert wurde. Man hat sie angerufen als Symbol der politischen Einheit,<sup>95</sup> als neues Paradigma im Völkerrecht,<sup>96</sup> als Leitmotiv für den völkerrechtlichen Wandel,<sup>97</sup> als ein den Staaten vorgegebener *ordre public*,<sup>98</sup> als neo-idealistische Rekonstruktion bestehenden

---

of fragmentation. Ausserdem *Fassbender* Meaning of International Constitutional Law (Fn. 11), 311; *Biaggini* Idee der Verfassung (Fn. 20), 474.

<sup>91</sup> *M. Nunner* Kooperation internationaler Gerichte. Lösung zwischengerichtlicher Konflikte durch herrschaftsfreien Diskurs, 2009, 356 ff.

<sup>92</sup> *Fassbender* United Nations Charter (Fn. 11), 600.

<sup>93</sup> *Peters* Informelle Anpassungsmechanismen (Fn. 59), 30, 32 ff.; *de Wet* The Chapter VII Powers (Fn. 30), 63, 353 f.

<sup>94</sup> *Wahl* Verfassungsdenken (Fn. 8), 152 sowie zuvor 145 (Kompensation).

<sup>95</sup> *Fassbender* United Nations Charter (Fn. 11), 552; *Kleinlein* Konstitutionalisierung (Fn. 29), 694.

<sup>96</sup> *Fassbender* United Nations Charter (Fn. 11), 617.

<sup>97</sup> *Fassbender* Meaning of International Constitutional Law (Fn. 11), 309.

<sup>98</sup> *Thürer* Modernes Völkerrecht (Fn. 17), 598.

Rechts,<sup>99</sup> als Erzählung hinter dem Prozess der Selbstfindung<sup>100</sup> und vieles andere mehr.

Ein Zwiespalt entsteht dadurch, dass die konstitutionalistische Völkerrechtslehre an das Verfassungsdenken im Staat anknüpft, ohne eine Weltstaatlichkeit zu wollen. Aus rechtsphilosophischer Sicht kann man die Völkerrechtsverfassung zwischen Verwirklichungspflicht und Unerreichbarkeit als *regulative Idee* begreifen. Regulative Ideen bestimmen in der Philosophie ein Ziel, das zur Orientierung angestrebt werden muss, aber nicht vollständig verwirklicht werden kann. Sie liefern unter anderem ein Kriterium der Bewertung für eine Entwicklungsrichtung.<sup>101</sup> Diese Vorstellung einer zielgerichteten, aber nicht absolut geforderten Verwirklichung findet sich auch im völkerrechtlichen Konstitutionalismus. Dessen Befürworter versuchen, die internationale Rechtsordnung in eine verfassungsartige Richtung weiter zu entwickeln, ohne dabei eine neue Weltstaatlichkeit vorzugeben.<sup>102</sup>

### 3. Konstitutionelle Ordnung als umfassende Verrechtlichung

Wenn es etwas gibt, wofür der Konstitutionalismus steht, dann ist es die Ausbildung einer hierarchisch gegliederten und dadurch durchsystematisierten Rechtsordnung. Der Erfolg des Verfassungsdenkens beruht auf der Überzeugung, dass es einer politischen Herrschaft gut tut, umfassend verrechtlicht zu werden.<sup>103</sup> Das Ordnungskonzept der Verfassung zielt auf diese umfassende, lückenlose Ordnung.

<sup>99</sup> Kadelbach/Kleinlein International Law (Fn. 4), 329.

<sup>100</sup> Tsagourias Theoretical Roadmap (Fn. 4), 3.

<sup>101</sup> Zum regulativen Prinzip der Vernunft und zum regulativen Gebrauch des Verstandes siehe *I. Kant* Kritik der reinen Vernunft, 1. Aufl. 1781 (A), 2. Aufl. 1787 (B), A 509 / B 537, A 644 / B 672. Zur Bedeutung in der praktischen Philosophie vgl. *J.R. Lucas* The Principles of Politics, Oxford 1966, 130, 234; *K.-O. Apel* Die Vernunftfunktion der kommunikativen Rationalität. Zum Verhältnis von konsensual-kommunikativer Rationalität, strategischer Rationalität und Systemrationalität, in: ders./M. Kettner (Hrsg.) Die eine Vernunft und die vielen Rationalitäten, 1996, 17 (40 f.). Zur Bedeutung speziell bei der Deutung von Kants Friedensschrift siehe *K.-O. Apel* Kants „Philosophischer Entwurf: Zum ewigen Frieden“ als geschichtsphilosophische Quasi-Prognose aus moralischer Sicht. Versuch einer kritisch-methodologischen Rekonstruktion der Kantschen Konzeption aus der Sicht einer transzendentalpragmatischen Verantwortungsethik, in: R. Merkel/R. Wittmann (Hrsg.) „Zum ewigen Frieden“ – Grundlagen, Aktualität und Aussichten einer Idee von Immanuel Kant, 1996, 91 (96). Dazu auch die Einteilung der Präliminarartikel 2 bis 4 bei *Kant* Zum ewigen Frieden (Fn. 26), 347: „Erlaubnisse [...], die Vollführung aufzuschieben, ohne doch den Zweck aus den Augen zu verlieren“.

<sup>102</sup> *Peters* Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung (Fn. 82), 11; *Thürer* Modernes Völkerrecht (Fn. 17), 596 f.; *Biaggini* Idee der Verfassung (Fn. 20), 472 (idée directrice).

<sup>103</sup> Vgl. *Dreier* Verfassung (Fn. 23), 19 ff.; *D. Grimm* Ursprung und Wandel der Verfassung, in: HStR I, 3. Aufl. 2003, § 1, Rn. 40 („durchgänge Verrechtlichung der politischen

Der kontraktualistische Ansatz zielt demgegenüber auf eine punktuell regulierte, dabei aber bewusst lückenhafte Ordnung, in der die normativen Teile nebeneinander stehen. Die Vertragsparteien binden sich jeweils nur so weit, wie sie es für die einzelne Materie wünschen. Rechtspflichten bestehen zwischen je unterschiedlichen Staatengruppen und bilden dadurch überlagernde normative Kreise. Die internationale Gemeinschaft hat dabei noch keine eigene Funktion.

Konstitutionalisierung will die internationale Gemeinschaft insgesamt zum Subjekt von Rechten und Pflichten machen. Die Staaten verlieren dabei die vollständige Gestaltungsfreiheit, die sie in der kontraktualistischen Ordnung haben. Wenn beispielsweise der UN-Sicherheitsrat für alle Staaten verbindlich festlegt, das Vermögen von Personen auf einer Anti-Terror-Liste einzufrieren, dann gibt es keine Freiheit der einzelnen Staaten mehr, auf diese Bindung zu verzichten oder sie von Bedingungen abhängig zu machen. An die Stelle der punktuellen Ordnung, die sich immer wieder neu konkretisieren muss, tritt die umfassende Kompetenz für einen Sachbereich. Kein Wunder also, dass die Konstitutionalisierung des Völkerrechts nicht nur Befürworter hat.

#### 4. *Dynamisierung der Normanwendung durch Abwägung*

Zu den umstrittenen Stossrichtungen des Konstitutionalismus gehört weiter die Dynamisierung der Rechtsanwendung, die entsteht, wenn man völkerrechtliche Normen als gegenläufige Prinzipien einer Abwägung unterwirft. Auf besondere Skepsis muss diese Entwicklung im angelsächsischen Raum stossen. Dort ist das regelorientierte Rechtsverständnis, die Anwendung von Testkriterien möglichst ohne Abwägung, nach wie vor der Normalfall.<sup>104</sup> In der Rechtsprechung des US Supreme Court kommt die Abwägung im Prüfprogramm der „strict scrutiny“ zum Zuge, das aber die Ausnahme bildet und bei seiner Anwendung meist zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit führt: „Strict in theory, fatal in fact“.<sup>105</sup> Abwägung und Prinzipientheorie werden teils als eine Erfindung des deutschen öffentlichen Rechts angesehen, die sich mit „viraler Qualität“ und „allgegenwärtiger deutscher Einflussnahme“ über die ganze Welt verbreite. Sie habe sich im Völkerrecht einschliesslich des Welthandelsrechts vor allem deshalb

---

Herrschaft“); *Wahl* Verfassung (Fn. 21), 147 (Verteidigung des „Umfassenden“ der Verfassung).

<sup>104</sup> *Hilf* Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung (Fn. 3), 265. Zum Unterschied zwischen Regel- und Prinzipiencharakter von Rechtsnormen *R. Alexy* Theorie der Grundrechte, 2011, 117 ff.

<sup>105</sup> *A. Stone Sweet/J. Mathews* Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), 72 (156).



ausgedehnt, weil sie im Ergebnis die Kompetenz der Gerichte zur Rechtsetzung und Verfassungsbildung „radikal“ erweitere.<sup>106</sup> Dazu passt, dass die das Konstitutionalisierungsanliegen tragende Rede von der „Internationalen Gemeinschaft“ in Europa auffällig gebräuchlicher ist als in Großbritannien und den Vereinigten Staaten.<sup>107</sup> Auch in anderen Völkerrechtsfragen, etwa bei den Rechtsfolgen eines unzulässigen Vorbehalts, haben die USA und Großbritannien auf dem klassischen Völkerrechtsmodell beharrt.<sup>108</sup>

Die Kritik einzelner Autoren bedeutet nicht, dass die Konstitutionalisierung im englischsprachigen Ausland gar keine Zustimmung findet. Das völkerrechtliche Verfassungsdenken ist allerdings bisher nicht in allen Teilen der Welt vergleichbar dominant wie im deutschsprachigen Raum. So hat der Internationale Gerichtshof in seinen Entscheidungen zur Immunität die Abwägungslösung mehrheitlich abgelehnt.<sup>109</sup> Aus strategisch-rechtspolitischer Sicht schmälert das die Leistungsfähigkeit des Verfassungsdenkens im Völkerrecht. Im Bewusstsein ständiger Instabilität wird der Konsens im Völkerrecht immer wieder neu gesucht. Dieser Aushandlungsprozess ist an sich schon anspruchsvoll genug, so dass er die großen Visionen nicht immer verarbeiten kann.<sup>110</sup>

##### 5. *Inspirationskraft für die staatliche Verfassung*

Die Verfassung des Völkerrechts wird auf absehbare Zeit hinter den Standards zurückbleiben, die wir von Staatsverfassungen gewohnt sind.

<sup>106</sup> *Stone Sweet/Mathews* Proportionality Balancing (Fn. 105), 97 ff., 112, 160 ff.: „viral quality“, „pervasive German influence“ und „enhance, radically, the judiciary’s role in both lawmaking and constitutional development“. Betonung der deutschen Sonderperspektive auch bei *Kadelbach/Kleinlein* International Law (Fn. 4), 304, 307, 312 f.; *J. Rauber* Verhältnismäßigkeit und völkerrechtliche Systembildung. Überlegungen zur einheitsbildenden Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Völkerrecht der Konstitutionalisierung, *ZaöRV* 75 (2015), 259 (263); *E. Benvenisti* The Conception of International Law as a Legal System, *GYIL* 50 (2007), 393 (393 ff.).

<sup>107</sup> *Fassbender* Meaning of International Constitutional Law (Fn. 11), 313; *Koskeniemi* Between Coordination and Constitution (Fn. 24), 62.

<sup>108</sup> Vgl. *Kälén* Menschenrechtsschutz der UNO (Fn. 3), 45 ff.: Der Ausschuss für Menschenrechte wollte, wie zuvor der EGMR, das Menschenrechtsinstrument ohne den Vorbehalt für wirksam erklären, was die Völkerrechtskommission der UNO (ILC) mit Rücksicht auf die Entscheidungshoheit der Vertragsparteien ablehnte.

<sup>109</sup> *Germany v. Italy (Jurisdictional Immunities of the State)*, Urteil vom 3. Februar 2012, Nr. 106: „[S]uch an approach [balancing different factors] would disregard the very nature of State immunity. [...] Immunity cannot, therefore, be made dependent of the outcome of a balancing exercise“ – <[www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf)>.

<sup>110</sup> Zu den Vorteilen einer Politik kleiner Schritte im Sinne eines Völkerrechts der Kooperation *Kälén* Menschenrechtsschutz der UNO (Fn. 3), 49.

Das muss aber nicht nur defizitär verstanden werden. Mit dem Ende einer einheitlichen, nationalstaatlich verankerten Souveränität sind neue Herausforderungen verbunden. So gesehen ist das transnationale Verfassungsdenken vielleicht sogar zukunftsfähiger als das nationalstaatliche. Immerhin ging es noch nie davon aus, dass ein konstitutionsfähiger Gegenstand nur dort besteht, wo die Hoheitsgewalt in einem Territorium ungeteilt ausgeübt wird.<sup>111</sup> Je stärker die sozio-kulturelle Identität der Menschen staatliche Grenzen überschreitet – durch Internetforen, Fangruppen, Mode- und Musikströmungen – desto weniger Gewicht hat die Identität innerhalb staatlicher Grenzen. Unter solchen Umständen muss die staatliche Gemeinschaft kraft Willens und Vernunft immer wieder neu begründet werden.<sup>112</sup> Das zeigt sich besonders in der Schweiz, deren direktdemokratische Instrumente die Dynamik sozialer Gräben offenbaren: bei der Gründung des Bundesstaates die Auseinandersetzung zwischen den Konfessionen, später der sogenannte Röstigraben zwischen den Sprachgruppen und in der jüngsten Zeit exemplarisch bei der Zweitwohnungsinitiative eine Stadt-Land-Zäsur sowie bei der Minarettinitiative eine religiös eingekleidete Kulturspaltung. Hier ist von vornherein kein Platz für Homogenitätsdenken.<sup>113</sup> Die Verfassung ist jederzeit radikal abänderbar und labil. Ähnlich wie in der internationalen Gemeinschaft muss der Verfassungskonsens mit Rückschlägen leben und stets neu erarbeitet werden.

Ein zweiter Gewissheitsverlust betrifft die demokratische Legitimation. Innerstaatlich nimmt die formelle Repräsentation der Staatsangehörigen im Entscheidungszeitpunkt nach wie vor die dominante Stellung ein. Gemessen daran wird die demokratische Legitimation des Völkerrechts meist als besonders defizitär angesehen.<sup>114</sup> Der sachliche Legitimationsbeitrag, der nach dem deliberativen Demokratiemodell durch eine lebendige Öffentlichkeit erreicht wird, ist als demokratiefunktionaler Gehalt der Kommunikationsgrundrechte zwar anerkennt, genießt aber innerstaatlich vergleichsweise geringe Aufmerksamkeit.

---

<sup>111</sup> Vgl. für Staatsverfassungen *Grimm* Ursprung und Wandel (Fn. 103), Rn. 39, 87 f., 101; zum Wandel ebd. Rn. 92.

<sup>112</sup> Vgl. *J.P. Müller* Wandel des Souveränitätsbegriffs im Lichte der Grundrechte, in: R. Rhinow/S. Breitenmoser/B. Ehrenzeller (Hrsg.) Fragen des internationalen und nationalen Menschenrechtsschutzes, 1997, 45 (59).

<sup>113</sup> Pointiert bei *C. Schmitt* Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 2. Aufl. 1926, 14: „Zur Demokratie gehört also notwendig erstens Homogenität und zweitens – nötigenfalls – die Ausscheidung und Vernichtung des Heterogenen. [...] Die politische Kraft einer Demokratie zeigt sich darin, daß sie das Fremde und Ungleiche, die Homogenität Bedrohende zu beseitigen oder fernzuhalten weiß.“

<sup>114</sup> Siehe etwa *Biaggini* Idee der Verfassung (Fn. 20), 460 f., 465; *Habermas* Konstitutionalisierung des Völkerrechts (Fn. 11), 137 ff.

Im Völkerrecht ist das anders. Hier hat die Repräsentation nach dem One-Man-One-Vote-Prinzip keine Funktion, sondern die Legitimation fließt maßgeblich daraus, dass den kleineren Staaten und den weniger mächtigen Weltregionen eine Mitsprache eröffnet wird. Je breiter und unparteiischer die Diskussion abgestützt ist, desto legitimer ist das Ergebnis. Konsequenterweise werden inzwischen auch nichtstaatliche Organisationen, die glaubwürdig ein überstaatliches Gemeinwohl fördern, bei der Gestaltung von Konventionen und Zusatzprotokollen beteiligt – beispielsweise im Fall der Landminenkonvention, in der Diskussion über den Internationalen Strafgerichtshof oder beim Besuchsregime im Zusatzprotokoll zur Folterkonvention.

Das ist im Sinne der Diskurstheorie als ein legitimationsfördernder Prozess anzusehen. Hier werden Überzeugungen aus der Zivilgesellschaft eingespeist, die staatliche Akteure nicht gleich glaubwürdig repräsentieren können wie überstaatliche Vereinigungen. Selbst die spontane Aktivität einer schwachen Öffentlichkeit ohne formalen Zugang zu bindenden Entscheidungen kann eine lose Koppelung zwischen Diskussion und Deziision eröffnen.<sup>115</sup> Das gilt besonders für den Bereich der Friedenssicherung. Im Gleichklang der moralischen Entrüstung über massive Menschenrechtsverletzungen und evidente Verletzungen des Gewaltverbots kann auch eine informelle Weltöffentlichkeit hinreichend klare Legitimation hervorbringen.<sup>116</sup> Der Entscheidungsprozess führt dann von der weltgemeinschaftlichen Peripherie in das politische Entscheidungszentrum statt allein von Staatenvertretern auszugehen.<sup>117</sup> Legitimation in diesem Sinne bedeutet, dass die Inhalte des Rechts einer kritischen öffentlichen Kontrolle ausgesetzt sind, vermittelt nicht so sehr durch Repräsentationsorgane, als vielmehr durch die Medien und durch die Zivilgesellschaft.

#### IV. Fazit

Was bleibt nun für die Verfassung im Völkerrecht? Die Rede von der Konstitutionalisierung des Völkerrechts ist sinnvoll, sofern man von der

---

<sup>115</sup> *H. Brunkhorst* Globalizing Democracy Without a State, *Millenium* 31 (2002), 675 (679 f.); noch zurückhaltender *Habermas* Konstitutionalisierung des Völkerrechts (Fn. 11), 184. Zur sozial-konstruktivistischen Bedeutung (*P. L. Berger/T. Luckmann*) einer institutionalisierten Praxis *O. Diggelmann/T. Altwicker* Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism, *ZaöRV* 68 (2008), 623 (643 ff.).

<sup>116</sup> *Habermas* Konstitutionalisierung des Völkerrechts (Fn. 11), 141 f.

<sup>117</sup> Vgl. *J. Habermas* Faktizität und Geltung, 1992, 459 f.; speziell für NGOs *Arnaud* Völkerrecht (Fn. 18), Rn. 54.

völkerrechtlichen Verfassung nicht erwartet, dass sie alle Aspekte des staatlichen Verfassungsdenkens verwirklicht. Beim Schutz von Integritätsrechten und bei der Arbeit des UN-Sicherheitsrats ist das bereits heute der Fall. Für die Zukunft gilt, dass das staatliche Verfassungsmodell, ob man dies aus pragmatischen Gründen begrüßt oder nicht, ohnehin einen Erwartungshorizont schafft. Konstitutionalistische Ideale der Rechtsstaatlichkeit, Gewaltenteilung und Verfassungsgerichtsbarkeit lassen sich schwerlich ignorieren. Je größer der Einfluß des Völkerrechts wird, desto stärker wird es sich am Verfassungsmodell messen lassen müssen.

Einfach wird die Entwicklung allerdings nicht: In der Konstitutionalisierungsdebatte findet sich das Bild, nach dem die Verfassung lediglich in die internationale Tonart transponiert werden müsse.<sup>118</sup> Tatsächlich ist im Übergang von der staatlichen Rechtsordnung zum Völkerrecht sehr viel mehr nötig: ein neuer Satz für neue Instrumentierung, also eine eigentliche Re-Komposition. Was dabei neu geschaffen wird, könnte positiv auch auf das staatliche Verfassungsdenken zurückschallen. Jedenfalls wäre es kein schöner Schlussakkord, wenn wir unser Verfassungsverständnis auf einem vermeintlichen Höhepunkt im Jahr 1989 einfrieren würden, statt es für das internationale Recht weiter zu entwickeln.

---

<sup>118</sup> *Peters* Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung (Fn. 82), 11 f.

*Leitsätze des 1. Referenten über:*

## **Verfassung im Völkerrecht – Konstitutionelle Elemente jenseits des Staates?**

### *I. Konstitutionalisierung des Völkerrechts*

*(1) Unter Konstitutionalisierung des Völkerrechts versteht man den Prozess zunehmender Verfasstheit der internationalen Gemeinschaft.*

*(2) Das Gegenmodell der Konstitutionalisierung im Völkerrecht kann man als klassisches Modell bezeichnen. Es geht idealtypisch von der freien Verfügbarkeit aller Inhalte aus, unter uneingeschränkter Wahrung der einzelstaatlichen Souveränität. Die entstehende Koordinations- und Kooperationsordnung bedarf keiner Verfassung.*

*(3) Unmittelbare Rechtssubjekte dieses Völkerrechts sind einzelne Staaten, nicht einzelne Menschen und auch nicht die internationale Gemeinschaft insgesamt. Geltungsgrund ist der Wille dieser Staaten, ausgedrückt in einer Zustimmung zur völkerrechtlichen Bindung.*

*(4) Der Konstitutionalismus im Völkerrecht sucht inhaltlich nach Geltungsgründen, die den Menschenrechtsschutz vom Willen einzelner Staaten unabhängig machen. Er sucht organisatorisch nach Instrumenten zur wirksameren Durchsetzung des Völkerrechts.*

*(5) Anders als im staatlichen Konstitutionalismus geht es im Völkerrecht nicht um die Anknüpfung an oder die Entwicklung von Staatlichkeit – weder in Gestalt eines einheitlichen Weltstaates noch als Weltföderalismus.*

*(6) Erste Indikatoren für eine Konstitutionalisierung des Völkerrechts sind die Anerkennung von ius cogens, die Rechtswirkungen erga omnes sowie die Einschränkungen der Immunität. Der sachliche Anwendungsbereich dieser Phänomene ist klein, ihre Bedeutung für den möglichen Charakterwandel des Völkerrechts hingegen groß.*

### *II. Völkerrechtsverfassung versus Staatsverfassung*

*(7) Die im Völkerrecht diskutierte Verfassung zeigt keine große Ähnlichkeit mit den typischen Aspekten staatlicher Verfassungen (Verfassungsur-*

kunde, verfassungsgebende Gewalt, Verfassungsvorrang, Verfassungsänderung, Verfassungsorgane, Menschenrechte, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Verfassungsgerichtsbarkeit).

(8) Beim internationalen Menschenrechtsschutz ist die Ähnlichkeit mit dem staatlichen Grundrechtsschutz am größten. Inhaltlich zeichnet sich bei den Integritätsrechten eine völkerrechtlich implementierte, internationale Werteordnung ab. Anwendungsbereich und Geltungsgrund des Menschenrechtsschutzes bleiben bisher hinter den Erwartungen einer Konstitutionalisierung zurück.

(9) Der unbestrittene Vorrang des *ius cogens* gegenüber völkerrechtlichen Verträgen ist inhaltlich ein Beleg für das konstitutionelle Völkerrechtsmodell. Mit dem schmalen Anwendungsbereich des *ius cogens* und seiner geringen Durchsetzungskraft in Fällen von Immunität und humanitärer Intervention hat der Vorrang allerdings noch kein großes Gewicht erlangt.

(10) Als verfassungsgebende Gewalt der internationalen Gemeinschaft kommt nur die gesamte Weltbevölkerung in Betracht. Heute sind fast alle Menschen über ihre Staaten an der UNO beteiligt. Bisher fehlt der UN-Charta die für Verfassungen typische Dynamisierung durch eine Änderungsbefugnis nach dem Mehrheitsprinzip.

(11) Eine Verfassungsurkunde für das Völkerrecht insgesamt gibt es bisher nicht. Die UN-Charta hat durch den Mitgliederzuwachs zwar quasi-universellen Charakter erlangt. Völkerrechtliche Verpflichtungen erzeugt die Charta aber weiterhin nur für Mitglieder, nicht für die internationale Gemeinschaft insgesamt.

(12) Die durch das Völkerrecht bisher bereit gestellten Organe weisen kaum Ähnlichkeit mit staatlichen Organen auf. Gesetzgebungs- und Exekutivfunktionen bleiben weitgehend in der Hand der Staaten. Eine zentrale obligatorische Gerichtsbarkeit fehlt. Einzig der Sicherheitsrat erfährt für den Teilbereich der Friedenssicherung einen Machtzuwachs als Legislativ- und Exekutivorgan.

(13) Als Beschreibung des status quo ist der Konstitutionalismus im Völkerrecht wenig geeignet. Von einer Verfasstheit lässt sich am ehesten im Sachbereich des Integritätsschutzes sprechen (Menschenrechte, *ius cogens*, Friedenssicherung, Sicherheitsrat). Als Aspiration für die Zukunft, mithin in seiner normativen Dimension, bietet das konstitutionelle Modell des Völkerrechts hingegen gute Anknüpfungspunkte.

### III. Leistungen der Völkerrechtsverfassung als Ordnungskonzept

(14) Die Völkerrechtsverfassung ist der Inbegriff der verfassungsfunktionalen Normen, die in der globalen Sphäre Beiträge zu Organisation, Legitimation, Machtbegrenzung und Identifikation leisten.

(15) Die Konstitutionalisierung im Völkerrecht entspricht einem mehrfachen Kompensationsbedürfnis. Kontrollverluste auf der staatlichen und neue Kontrollbedürfnisse auf der internationalen Ebene lassen eine staatsähnliche Verfassungsordnung im Völkerrecht attraktiv erscheinen.

(16) Zwischen der Orientierung an der Staatsverfassung und der Ablehnung einer neuen Weltstaatlichkeit besteht ein bisher ungelöstes Spannungsverhältnis. Die Verfassung der internationalen Gemeinschaft fungiert als regulative Idee.

(17) Der Erfolg des Verfassungsdenkens beruht auf der Überzeugung, dass es einer politischen Herrschaft gut tut, umfassend verrechtlicht zu werden. Konstitutionell in diesem Sinne ist nur eine Normenordnung, deren Teile sich in ein geschlossenes Ganzes integrieren, statt unverbunden nebeneinander zu stehen.

(18) Das völkerrechtliche Verfassungsdenken ist bisher nicht in allen Teilen der Welt vergleichbar dominant wie im deutschsprachigen Raum. Das liegt unter anderem an der Differenz zwischen regelorientierter und prinzipienorientierter Rechtsanwendung.

(19) In der Rechtsetzung ist die formelle Repräsentation ein Faktor mit abnehmender Bedeutung. Diejenigen Nichtregierungsorganisationen, die glaubwürdig ein überstaatliches Gemeinwohl fördern, tragen vermehrt zur Gestaltung des Völkerrechts bei. Das ist im Sinne der Diskurstheorie als ein legitimationsfördernder Prozess anzusehen.

(20) Der Blick auf den Weltmaßstab zeigt, dass sachlich-inhaltliche Legitimation durch diskursive Kontrolle auch im Staat noch mehr Aufmerksamkeit erhalten kann und sollte.

Vierter Beratungsgegenstand:

## **Verfassung im Völkerrecht – Konstitutionelle Elemente jenseits des Staates?**

2. Referat von Professor Dr. *Heike Krieger*, Freie Universität Berlin

### Inhalt

	Seite
I. Einleitung: Völkerrecht im globalen Wandel . . . . .	439
II. Verfassung als Ordnungsmodell im Völkerrecht . . . . .	443
1. Formeller und materieller Verfassungsbegriff: Werte und Hierarchien im Völkerrecht . . . . .	444
2. Herrschaftsbegründende- und begrenzende Verfassung: Konstitutionalisierung von Teilrechtsordnungen . . . . .	445
3. Verfassungsfunktion: Ausgleichs- und Anstoßfunktion . . . . .	447
III. Gegenläufige Tendenzen im Umwandlungsprozess der internationalen Ordnung . . . . .	449
1. Wiedererstarken des Souveränitätsdiskurses . . . . .	449
2. Verwirklichung von Gemeinschaftsinteressen oder Unilateralisierung? . . . . .	453
3. Entrechtlichungstendenzen . . . . .	458
IV. Die Alternative einer klassisch-pragmatischen Lesart . . . . .	460
1. Staatenkonsens als Legitimitätsgrundlage: Art. 31 Abs. 3 lit a) und b) WVK . . . . .	461
2. Die Auffangfunktion des Eingreifens auf Einladung . . . . .	463
V. Fazit: Fortdauernde Relevanz einer klassisch-pragmatischen Perspektive . . . . .	466

### **I. Einleitung: Völkerrecht im globalen Wandel**

Eine Verfassung im Völkerrecht? Bereits die Frage nach konstitutionellen Elementen jenseits des Staates muss mit Blick auf die politische Weltlage utopisch, ja fast zynisch anmuten. Zu weit fallen die Idee einer ordnenden Verfassung und die Wirklichkeit der internationalen Verhältnisse



gegenwärtig auseinander.<sup>1</sup> Die Ausbreitung bewaffneter Konflikte von Afrika über den Nahen Osten nach Europa ist nur Symptom tiefergehender Verwerfungen in den internationalen Beziehungen. Aus einer geopolitischen Perspektive könnte hierin der Wandel von einer unipolaren zu einer multi- oder zeropolaren Weltordnung liegen: Den USA scheint es an den Ressourcen ebenso wie am Willen zu fehlen, in gleichem Maß wie zuvor als globale Ordnungsmacht aufzutreten.<sup>2</sup> Zugleich machen immer mehr Staaten regional oder global politische Führungsansprüche geltend, so dass es schwerer werden mag, auf internationaler Ebene Übereinstimmung zu erreichen.<sup>3</sup> Viele Akteure und Institutionen der internationalen Rechtsordnung scheinen handlungsunfähig<sup>4</sup> oder dringend reformbedürftig, seien es die Vereinten Nationen,<sup>5</sup> die internationalen Finanzinstitutionen<sup>6</sup> oder die Regime des internationalen Investitionsschutzes<sup>7</sup> und des Klimaschutzes<sup>8</sup>. Man kann sogar gelegentlich beobachten, dass Staaten aus internationalen Organisationen austreten oder völkerrechtliche Verträge kündigen.<sup>9</sup> Gesellschaftliche Abwehrhaltungen sind längst nicht mehr auf den Antiglobali-

<sup>1</sup> Z.B. A. Zumach *Globales Chaos und machtlose UNO*, 2015.

<sup>2</sup> I. Bremmer *From G8 to G20 to G-Zero: Why no one wants to take charge in the new global order*, *New Statesman and Society* 142 (2013), 23 ff.; *ders.* *Every nation for itself: winners and losers in a G-zero world*, New York, 2012; R. Haass *The Age of nonpolarity: What will follow US dominance?*, *Foreign Affairs* 87 (2008/3), 44 (46 f.); s.a. Frankreich, *Ministre des Affaires étrangères et du Développement international*, Clôture de la XXI-ème Conférence des ambassadeurs – Discours de Laurent Fabius, 29. August 2013, <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/le-ministre-les-secretaires-d-etat/laurent-fabius/discours/article/discours-de-laurent-fabius-a-la>.

<sup>3</sup> J. Dunoff/A. Wiener/M. Kumm/A. Lang Jr./J. Tully *Hard Times: Progress narratives, historical contingency and the fate of global constitutionalism*, *Global Constitutionalism* 4 (2015), 1 (9); C. Kupchan *No One's World*, 2012, 183 ff.; das positive Entwicklungspotential betonend: A. Hurrell *Power Transitions, Global Justice, and the Virtues of Pluralism*, *Ethics & International Affairs* 27 (2013), 189 (196).

<sup>4</sup> Vgl. N. Krisch *The decay of consent*, *American Journal of International Law* 108 (2014), 1 (3 ff.); G. Shaffer *International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World*, *European Journal of International Law* 23 (2012), 669 (671/691 f.).

<sup>5</sup> UN, *Question of equitable representation on and increase in the membership of the Security Council and related matters*, UN Dok. A/69/L. 92 vom 11. September 2015.

<sup>6</sup> Z.B. P. Alston *Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights*, UN Dok. A/70/274 vom 4. August 2015, §§ 34 ff./52 ff.; s.a. M. Winters/S. Kulkarni *The World Bank in the post-structural adjustment era*, in: M. Moschella/C. Weaver (Hrsg.) *Handbook of Global Economic Governance*, 2013, 249 (251ff.).

<sup>7</sup> S. Schill *Towards a normative framework for investment law reform*, *The Journal of World Investment and Trade* 15 (2014), 795 ff.

<sup>8</sup> S. Schiele *Evolution of international environmental regimes: the case of climate change*, 2014, 76 f.; s.a. *Paris Agreement*, UNFCCC/CP/2015/L.9/Rev. 1, 12. Dezember 2015.

<sup>9</sup> Z.B. im Fall der *United Nations Industrial Development Organisation (UNIDO)*, aus der in den letzten drei Jahren Frankreich, Litauen, Neuseeland, Portugal und das Vereinigte

sierungsprotest gegen die internationalen Handels- und Finanzinstitutionen beschränkt. Die Kampagnen der britischen Presse gegen den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte<sup>10</sup> versinnbildlichen, dass selbst in Europa der internationale Menschenrechtsschutz Abwehrreaktionen auslöst.

Im Lichte dieser Herausforderungen ist die Suche nach „konstitutionellen Elementen im Völkerrecht“<sup>11</sup> heute auch die nach einem geeigneten Ordnungsmodell<sup>12</sup> für eine im Umbruch begriffene internationale Ordnung. Hier bietet die These von der Konstitutionalisierung<sup>13</sup> des Völkerrechts eine mögliche Antwort. Zwar betonen Vertreter den bruchstückhaften, ungleichmäßigen und nicht-linearen Charakter der Konstitutionalisierung und die Fortexistenz von traditionellen Elementen des Völkerrechts.<sup>14</sup> Sie zielen aber zugleich auf eine „Rekonstruktion“<sup>15</sup> des Völkerrechts zu einem „Verfassungsrecht der internationalen Gemeinschaft.“<sup>16</sup> Es geht damit also auch um ein politisches Projekt.<sup>17</sup> Die Konstitutionalisierungsthese, die in den neunziger Jahren u.a. von Vertretern der deutschen Völkerrechtslehre entwickelt worden ist,<sup>18</sup> gehört heute zu den dominanten Metatheorien. Sie

---

Königreich ausgetreten sind: <http://www.unido.org/en/who-we-are/structure/member-states/former-member-states.html>.

<sup>10</sup> Z.B. *J. Doyle* Human rights laws are a charter for criminals, say 75% of Britons, *The Daily Mail* 15 April 2012; *H. Dixon* Human rights cases in Europe have cost Britain more than £ 4m, *The Telegraph* 7 Oktober 2013.

<sup>11</sup> So die Überschrift bei *A. Peters* Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 65 (2010), 3 (11).

<sup>12</sup> Vgl. *J. Frowein* Konstitutionalisierung des Völkerrechts, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 39 (2001), 427 (428 f.).

<sup>13</sup> Als Konstitutionalisierungsthese bezeichnet bei *U. Volkmann* Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, 33.

<sup>14</sup> *Frowein* Konstitutionalisierung (Fn. 12), 428; *Peters* Rechtsordnung (Fn. 12), 11; zum prozesshaften Charakter: *C. Schwöbel* Global Constitutionalism in International Legal Perspective, 2011, 149 ff.

<sup>15</sup> Begriff bei *T. Kleinlein* Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, 5/61, zurückhaltender: 77/96; *Peters* Rechtsordnung (Fn. 11), 15: „Rekonstruktion der Souveränität“; s.a. *D. Bodansky* Is there an international environmental constitution?, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16 (2009), 565 (566); *B. Fassbender* Rediscovering a forgotten constitution, in: *J. Dunhoff/J. Trachtman* (Hrsg.) *Ruling the World?*, 2009, 133 (137).

<sup>16</sup> *J. Bauerschmidt/B. Fassbender* et al. (Hrsg.) *Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen*, 2015, 8.

<sup>17</sup> *D. Kennedy* The mystery of global governance, in: *Dunhoff/Trachtman* *Ruling* (Fn. 15), 39 f.; vgl. *M. Koskenniemi* Constitutionalism as a Mindset, *Theoretical Inquiries in Law* 8 (2007), 9 (12/31).

<sup>18</sup> *J. Delbrück/U. Heinz* (Hrsg.) *New trends in international lawmaking* 1996, 18 f.; *B. Fassbender* The U.N. Charter as a Constitution, *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1998), 530 (568 ff.); *Frowein* Konstitutionalisierung (Fn. 12), 427 ff.; *B. Simma* From Bilateralism to Community Interest, *Receuil des Cours* 250 (1994-VI), 221 ff.; *C. Tomuschat* Obligations Arising for States Without or Against Their Will, *Receuil des Cours* 241

verdankt ihren Erfolg nicht zuletzt dem Verrechtlichungsschub dieser Zeit. In ihrer heutigen Ausrichtung auf Legitimationsdefizite und der erklärten rechtspolitischen Zielsetzung<sup>19</sup> mancher Beiträge bietet sie sich an als eine konzeptionelle Alternative zu einer pragmatisch orientierten klassischen Lesart des Völkerrechts, selbst wenn diese klassische Lesart kritisch und interdisziplinär informiert ist. Manches wird bei einer solchen Gegenüberstellung – Konstitutionalisierungsthese vs. klassisch-pragmatischem Ansatz – nur eine Frage von Nuancen und Akzentierungen sein, fußt doch die Grundannahme der Konstitutionalisierungsthese auf einer wohlbe-gründeten rechtsdogmatischen Analyse, die eine „schwach ausgeprägte Verfassungsschicht“<sup>20</sup> im Völkerrecht identifiziert hat. Zugleich sieht sich eine klassische Herangehensweise dem Vorwurf ausgesetzt, zu sehr an der zentralen Rolle der Staaten festzuhalten und damit die Legitimationsproblematik und die Rolle neuer Akteure, wie die von NGOs, zu unterschätzen.<sup>21</sup> Durch die Ausrichtung auf den Staat stehe der klassische Ansatz in zu großer Nähe zu den sog. realistischen Theorien der internationalen Beziehungen<sup>22</sup> und könne daher nicht erklären, wie eine gerechtere Weltordnung aus dem Handeln von interessengeleiteten Staaten entstehen,<sup>23</sup> das Recht staatliches Handeln auf internationaler Ebene überhaupt begrenzen und den Schwächeren schützen soll.<sup>24</sup>

---

(1993-IV), 195 ff.; *ders.* International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, *Recueil des Cours* 281 (1999), 9 (161 ff.); dazu *A. v. Bogdandy* Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany, *Harvard International Law Journal* 47 (2006), 223 ff.; *R. Uerpmann* Internationales Verfassungsrecht, *JZ* 2001, 565 ff.; *C. Walter* Constitutionalizing (Inter)national Governance, *German Yearbook of International Law* 44 (2001), 170 ff.; zu ihren Vorkriegswurzeln: *W. Schücking* in: *W. v. Calker* (Hrsg.) *Festgabe Laband*, 1908, 533 ff.; *A. Verdross* Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926; später: *H. Mosler* The International Society as a Legal Community, *Recueil des Cours* 140 (1974), 11 ff.; skeptisch zu den historischen Linien: *E. Lagrange* Retour sur un “Classique”, *Revue Général du Droit International Publique* 112 (2008) 973 ff.; *A. Peters* Constitutional fragments: On the interaction of constitutionalization and fragmentation in international law, *Centre for Global Constitutionalism Working Paper* No. 2 (2015), 1 (12).

<sup>19</sup> *J. Cohen* Globalization and Sovereignty, 2012, 204 ff.; *J. Klabbers/A. Peters/G. Ulfstein* The constitutionalization of international law, 2009, 343 ff.; s.a. *Peters* Constitutional fragments (Fn. 18), 1/3.

<sup>20</sup> *A.v. Arnould* Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 32.

<sup>21</sup> Vgl. *A. Paulus* Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, *ZaöRV* 67 (2007), 695 (716/718).

<sup>22</sup> Dazu z.B. *M. Finnemore/J. Goldstein* (Hrsg.) *Back to Basics: State power in a contemporary world*, 2013.

<sup>23</sup> Vgl. *Paulus* Zukunft (Fn. 21), 704/716.

<sup>24</sup> Vgl. *Peters* Constitutional fragments (Fn. 18), 23.

Welche Analyseperspektive gilt es also zu wählen? Soll das Völkerrecht in verfassungsrechtlicher Terminologie und auf der Grundlage eines verfassungsrechtlich und damit letztlich innerstaatlich geprägten Vorverständnisses beschrieben, gedeutet oder gar umgedeutet werden?<sup>25</sup> Oder ist die Vorstellung von der Konstitutionalisierung des Völkerrechts – vielleicht zeitlich kontingent – eine Projektion des deutschen und des europäischen Diskurses auf die globale Ebene,<sup>26</sup> die ihre Zuversicht aus den internationalen Verrechtlichungsprozessen der neunziger Jahre gewonnen hat und hiervon abhängig bleibt? Verliert sie im Lichte des aktuellen Wandels der internationalen Ordnung wieder an Plausibilität? Ist daher vielleicht eine normativ weniger ehrgeizige klassische Betrachtungsweise heute wieder angemessener?

## II. Verfassung als Ordnungsmodell im Völkerrecht

Die Idee, Verfassung als ein Ordnungsmodell auch für das Völkerrecht zu wählen, liegt einer großen Vielzahl unterschiedlicher wissenschaftlicher Diskurse zugrunde.<sup>27</sup> Einigkeit besteht zunächst darüber, dass ein anspruchsvoller Verfassungsbegriff, wie er im innerstaatlichen Recht verwandt wird,<sup>28</sup> nicht auf die globale Ebene überführt werden kann,<sup>29</sup> sondern

---

<sup>25</sup> *Kennedy* Mystery (Fn. 17), 65; skeptisch: *S. Chesterman* An international rule of law?, *American Journal of Comparative Law* 56 (2008), 331 (358); *M. Wood* Constitutionalization of international law: A sceptical voice, in: K. H. Kaikabad/M. Bohlinder (Hrsg.) *International Law and Power*, 2009, 85 (87).

<sup>26</sup> *J. d'Aspremont/F. Dopagne* Two Constitutionalisms in Europe, *ZaöRV* 68 (2008), 939 (968); *Kleinlein* Konstitutionalisierung (Fn. 15), 28; *Paulus* Zukunft (Fn. 21), 701; insb. zum Demokratieprinzip: *G. Nolte* Gibt es eine völkerrechtliche Demokratietheorie?, in: H. M. Heinig/J. P. Terhechte (Hrsg.) *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus*, 2013, 185 (188); für Rezeptionen jenseits Europas und den USA z.B.: *S. Bhandari* Global Constitutionalism and the Constitutionalization of International Relations: A Reflection of Asian Approaches to International Law, *Ritsumeikan Annual Review of International Studies* 12 (2013), 1 ff.; *M. E. Gongora Mera* Inter-American judicial constitutionalism, 2011; skeptisch: *J. d'Aspremont* International law in Asia: The Limits to the Western constitutionalist and liberal doctrines, *Asian Yearbook of International Law* 13 (2008), 89 ff.

<sup>27</sup> *Peters* Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung (Fn. 11), 10; *C. Volk* Why Global Constitutionalism Does not Live up to its Promises, *Göttingen Journal of International Law* 4 (2012), 551 (554).

<sup>28</sup> Dazu *P. Kirchhof* Begriff und Kultur der Verfassung, in: O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.) *Verfassungstheorie*, 2010, 69 ff.; *Volkmann* Verfassungstheorie (Fn. 13), 18.

<sup>29</sup> *Peters* Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung (Fn. 11), 11; aus staatsrechtlicher Perspektive: *J. Isensee* Staat und Verfassung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl. 2004, §§ 15 f.

der Anpassung bedarf.<sup>30</sup> Begriff und Funktion einer Verfassung bieten dabei Orientierung.<sup>31</sup>

1. *Formeller und materieller Verfassungsbegriff:  
Werte und Hierarchien im Völkerrecht*

Wer aus einer verfassungstheoretisch geprägten Lesart an das Völkerrecht herantritt, steht zunächst vor der Schwierigkeit, den qualitativen Unterschied zwischen einer Verrechtlichung und einer Konstitutionalisierung der internationalen Ordnung verdeutlichen zu müssen. Nur wenn im Völkerrecht bestimmte Normen identifiziert werden können, die sich nach Inhalt und Form vom sonstigen System der völkerrechtlichen Rechtsnormen unterscheiden, kann man von Konstitutionalisierung sprechen.<sup>32</sup> Demgemäß orientiert sich die Suche nach konstitutionellen Elementen zunächst an der Begrifflichkeit der formellen und materiellen Verfassung. Die Annäherung politischer Konzepte und Ideen nach Ende des Kalten Krieges rückte die zunehmende Verrechtlichung von Gemeinschaftswerten einer rechtlich verfassten internationalen Gemeinschaft in den Vordergrund.<sup>33</sup> Gemeinsame Werte, wie der Schutz der Menschenrechte oder sogar der Freihandel, gelten als Ausdruck normativer Entscheidungen dieser internationalen Gemeinschaft.<sup>34</sup> Diese Gemeinschaft wird als eigenständiges

---

<sup>30</sup> Übersichten und Diskussion dazu bei *T. Altwicker/O. Diggelmann* Is there something like a constitution of international law?, *ZaöRV* 68 (2008), 623 (632–639); *N. Walker* Beyond the holistic constitution, in: *P. Dobner/M. Loughlin* (Hrsg.) *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, 291 (292 ff.); *L. Viellechner* Verfassung als Chiffre, *ZaöRV* 75 (2015), 231 (236 ff.).

<sup>31</sup> *J. Dunhoff/J. Trachtman* A functional approach to international constitutionalization, in: *Dunhoff/Trachtman Ruling* (Fn. 15), 3 (9 ff.); s.a. *B. Fassbender* Rediscovering a forgotten constitution, in: *Dunhoff/Trachtman Ruling* (Fn. 15), 133 (138 f.); *C. Ohler* Verfassung im Völkerrecht, *DVBl* 2015, 1091 (1092).

<sup>32</sup> *Volkman* Verfassungstheorie (Fn. 13), 12ff.; *S. Kadelbach/T. Kleinlein* Überstaatliches Verfassungsrecht, *AVR* 44 (2006), 235 (248).

<sup>33</sup> *N. Krisch* *Beyond Constitutionalism*, Oxford 2010, 31; zu dieser Perspektive: *M. Payandeh* Internationales Gemeinschaftsrecht, 2010; *A. Paulus* Die Internationale Gemeinschaft, 2001; *S. Peter* Public Interest and Common Good in International Law, 2012; *M. Scheyli* Konstitutionelle Gemeinwohlorientierung, 2008; *E. De Wet* The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order, *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), 611 (614 ff.); für eine skeptische Zuordnung zum materiellen Verfassungsrecht: *Kadelbach/Kleinlein* Überstaatliches Verfassungsrecht (Fn. 32), 253.

<sup>34</sup> *Payandeh* Gemeinschaftsrecht (Fn. 33), 519; skeptisch zum Konzept gemeinsamer Werte: *J. d'Aspremont* The Foundations of the international legal order, *Finnish Yearbook of International Law* 18 (2007), 219 (225 ff.).

Rechtssubjekt und Rechtssetzungsorgan verstanden.<sup>35</sup> Im Unterschied zu einem reinen Verrechtlichungsprozess müssen diese Wertennormen zudem eine „bestimmte Qualität der Geltung“ aufweisen.<sup>36</sup> Daher betonen manche Vertreter der Konstitutionalisierungsthese die Herausbildung von Hierarchien im Völkerrecht auf der Grundlage von Normen mit *ius cogens* Charakter und *erga-omnes* Wirkung.<sup>37</sup> Die so erreichte „Bindung der Staaten an höhere Werte“ gilt als zentrales Element der Konstitutionalisierung, weil sie eine Verselbständigung des Rechts gegenüber den Staaten ermöglicht und eine herrschaftsbegrenzende Funktion erfüllen kann.<sup>38</sup>

## 2. *Herrschaftsbegründende und -begrenzende Verfassung: Konstitutionalisierung von Teilrechtsordnungen*

Ansichten, die auf den Verfassungscharakter völkerrechtlicher Teilrechtsordnungen abstellen, rücken die Begrifflichkeit der herrschaftsbegründenden und -begrenzenden Verfassung in den Vordergrund.<sup>39</sup> Die Vorstellung sektorieller Konstitutionalisierung erfasst dabei die UN-Charta<sup>40</sup>,

---

<sup>35</sup> *Paulus* Gemeinschaft (Fn. 33), 423; niedergelegt in Art. 53 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (BGBl. 1985 II, 927 ff.); Art. 42 und Art. 48 Articles on State Responsibility (UN Dok. A/RES56/83 vom 28. Januar 2002); Art. 5 Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (BGBl. 2000 II, 1393); z.B. UN SC Res 2206 (2015) vom 3. März 2015; IGH, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, 3, § 33; IGH, *Whaling in Antarctica (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, 226, § 69.

<sup>36</sup> *Volkman* Verfassungstheorie (Fn. 13), 12; s.a. *Kadelbach/Kleinlein* Überstaatliches Verfassungsrecht (Fn. 32), 253.

<sup>37</sup> U.a.: *S. Kircher* Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law, *German Law Journal* 5 (2004), 47 ff.; *Tomuschat* Obligations (Fn. 18), 307 f.; *E. de Wet/J. Videmar* (Hrsg.) *Hierarchy in International Law*, 2012.

<sup>38</sup> *Frowein* Konstitutionalisierung (Fn. 12), 428; *Kleinlein* Konstitutionalisierung (Fn. 15), 21.

<sup>39</sup> Vgl. dazu *Volkman* Verfassungstheorie (Fn. 13), 15.

<sup>40</sup> Für eine Sichtweise der UN-Charta als Verfassung der Internationalen Gemeinschaft: *P.-M. Dupuy* The constitutional dimension of the Charter of the United Nations revisited, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1 (1997), 1 (4 ff.); *B. Fassbender* The United Nations Charter as the constitution of the international community, 2009; *ders.* The United Nations Charter (Fn. 18); *ders.* UN Security Council reform and the right of veto: A constitutional perspective, 1998; *R. St. J. Macdonald* The International community as a legal community, in: *R. St. J. Macdonald/D. M. Johnston* (Hrsg.) *Towards World Constitutionalism*, 2005, 853 ff.; *E.-U. Petersmann* How to reform the UN system?, *Leiden Journal of International Law* 10 (1997), 421 ff. Für eine Sichtweise der UN-Charta als Verfassung der Organisation: *G. Arangio-Ruiz* The Federal Analogy and UN Charter Interpretation, *European Journal of International Law* 8 (1997), 1 ff.; *J. Arato* Constitutionality and Constitutionalism beyond the State, *Internationale Journal of Constitutional Law* 10 (2012),

die WTO<sup>41</sup> und die Menschenrechtsschutzmechanismen, wie die Europäische Menschenrechtskonvention<sup>42</sup>. Der Bedeutungszuwachs dieser Institutionen nach 1990 hat die Debatte um ihre konstitutionelle Verfestigung und die Verdichtung ihrer Regelungen befruchtet.<sup>43</sup> In den neuen Wegen der Rechtssetzung und -durchsetzung innerhalb solcher Organisationen ebenso wie in der fortschreitenden Vergerichtlichung<sup>44</sup> haben Vertreter der Konstitutionalisierungsthese eine Ablösung des Völkerrechts vom Staatenwillen erkannt, die die Suche nach alternativen Legitimationsmechanismen erforderlich mache.<sup>45</sup> Zudem sei die Entwicklung verfassungsähnlicher Grenzen für das Handeln internationaler Organisationen geboten, wo diese Organisationen Hoheitsgewalt ausüben.<sup>46</sup> So hat die Konstitutionalisierungsthese die Einführung von Kontrollmechanismen für Listungsentscheidungen der zuständigen UN-Gremien im Rahmen der gezielten Sanktionen des UN-Sicherheitsrates eng begleitet.<sup>47</sup>

Mit der Debatte um die Konstitutionalisierung internationaler Organisationen ist auch eine Ausweitung der Zielrichtung der Konstitutionalisierungsthese verbunden. Während in den neunziger Jahren der rechtsdogmatische Impetus im Vordergrund stand, „die veränderten Strukturen zu erfassen und in eine Ordnung zu bringen“<sup>48</sup>, um den normativen Fortschritt des

---

627 ff.; *T. Franck* Is the UN Charter a Constitution?, in: J.A. Frowein (Hrsg.) FS Eitel, 2003, 95 ff.

<sup>41</sup> *J. Lawrence* Contesting constitutionalism: Constitutional discourse at the WTO, *Global Constitutionalism* 2 (2013), 63 ff.; *E.-U. Petersmann* Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization, *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), 633 ff.; *J. Trachtman* Constitutional Economics of the World Trade Organization, in: *Dunhoff/Trachtman Ruling* (Fn. 15), 206 (216 ff.); nur als Prozess der Verrechtlichung gedeutet bei *Kadelbach/Kleinlein* Überstaatliches Verfassungsrecht (Fn. 32), 240.

<sup>42</sup> *S. Gardbaum* Human Rights as International Constitutional Rights, *European Journal of International Law* 19 (2008), 749 ff.; *C. Walter* Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess, *ZaöRV* 59 (1999), 961 ff.

<sup>43</sup> *Kleinlein* Konstitutionalisierung (Fn. 15), 28/32.

<sup>44</sup> *A.v. Bogdandy* et. al. (Hrsg.) The Exercise of Public Authority by International Institutions, Heidelberg 2010; zur WTO differenzierend *D. Cass* The constitutionalization of the World Trade Organization, 2005; s.a. *J. Dunhoff* The politics of international constitutions, in: *Dunhoff/Trachtman Ruling* (Fn. 15), 178 (189 ff.).

<sup>45</sup> *J. Klabbers* Constitutionalism Lite, *International Organizations Law Review* 1 (2004), S. 31 (46 ff.); *Kleinlein* Konstitutionalisierung (Fn. 15), 51; *Paulus* Zukunft (Fn. 21), 715 ff.; *Peters* Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung (Fn. 11), 41.

<sup>46</sup> *Fassbender* Rediscovering (Fn. 31), 138; *Klabbers* Constitutionalism (Fn. 45), 54; *Peters* Constitutional fragments (Fn. 18), 15; s.a. *A. v. Bogdandy* General Principles of International Public Authority, in: *A. v. Bogdandy* et. al. Exercise (Fn. 44), 727 ff.

<sup>47</sup> *Z.B. B. Fassbender* Targeted Sanctions and Due Process, 2006; s.a. *M. Kotzur* Kooperativer Grundrechtsschutz in der Völkergemeinschaft, *EuGRZ* 35 (2008), 673 ff.

<sup>48</sup> *Frowein* Konstitutionalisierung (Fn. 12), 428.

Völkerrechts zu beschreiben, hat die Konstitutionalisierungsthese im Verlaufe der letzten Dekade ihre Perspektive gewechselt. Sie hat sich zu einer Lesart entwickelt, die gerade die Mängel der Völkerrechtsordnung herausarbeitet. Mit Hilfe des konstitutionellen Vokabulars sollen die Defizite der internationalen Rechtsordnung entschleiert<sup>49</sup> und Anregungen geboten werden, wie konstitutionelle Elemente weiterentwickelt werden können.<sup>50</sup> Hier zeigt sich die doppelte Stoßrichtung: Die These beansprucht, „nicht lediglich, einige Charakteristika des status quo der internationalen Beziehungen zu beschreiben, sondern auch Argumente für ihre Weiterentwicklung in eine bestimmte Richtung zu liefern.“<sup>51</sup>

### 3. *Verfassungsfunktion: Ausgleichs- und Anstoßfunktion*

Einer solchen Zielgerichtetheit bedarf die Konstitutionalisierungsthese unbedingt, denn anderenfalls könnte sie kaum die Funktion der Kompensation erfüllen, die ihr ebenfalls zugewiesen wird.<sup>52</sup> Da innerstaatliche Kompetenzen in immer größerem Maße auch von völkerrechtlichen Regelungen begrenzt werden, erscheint aus dieser Perspektive ein Ausgleich durch Einführung von Elementen der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie auf internationaler Ebene<sup>53</sup> unabdingbar, will man auf die Dauer an der wechselseitigen Verschränkungen der verschiedenen Rechtsebenen festhalten. Auf diese Weise soll zum einen das Völkerrecht zu Legitimationszwecken normativ angereichert werden. Zum anderen wird so den nationalen Verfassungen eine wichtige „Anstoßfunktion“<sup>54</sup> für die Fortentwicklung des

<sup>49</sup> *Peters* Constitutional fragments (Fn. 18), 39: “Global constitutionalism unveils precisely those deficits by introducing the constitutional vocabulary.”

<sup>50</sup> *Kleinlein* Konstitutionalisierung (Fn. 15), 51; *Peters* Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung (Fn. 11), 30.

<sup>51</sup> *Peters* Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung (Fn. 11), 11; auch *Peters* Constitutional fragments (Fn. 18), 12: „Global constitutionalism is an intellectual movement which both reconstructs some features and functions of international law (in the interplay with domestic law) as ‘constitutional’ and even ‘constitutionalist’ (positive analysis), and also seeks to provide arguments for their further development in a specific direction (normative analysis).“

<sup>52</sup> *A. Peters* Compensatory Constitutionalism, *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), 579 (610).

<sup>53</sup> *A. v. Bogdandy* Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say, *International Journal of Constitutional Law* 6 (2008), 397 ff.; *M. Kumm* The cosmopolitan turn in constitutionalism: An integrated conception of public law, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 20 (2013), 605 (613 ff.); *A. Paulus* The emergence of the international community and the divide between international and domestic law, in: J. Nijman/A. Nollkaemper (Hrsg.) *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, 2007, 216 ff.; s.a. *Ohler* Verfassung (Fn. 31), 1098.

<sup>54</sup> *Volkman* Verfassungstheorie (Fn. 13), 79.



Völkerrechts zugebilligt.<sup>55</sup> Dabei geht es sowohl um Anforderungen an den inneren Aufbau von Staaten<sup>56</sup> als auch um die Ausgestaltung der internationalen Ordnung und ihrer Institutionen.<sup>57</sup>

Wollen Vertreter der Konstitutionalisierungsthese aber entsprechende völkerrechtliche Pflichten der Staaten nachweisen, geraten sie, beispielsweise beim Demokratieprinzip, schnell an die Grenzen der Begründbarkeit durch die klassischen Mittel der Rechtsermittlung und Rechtsauslegung. Es wird häufig ein „Widerspruch zwischem (universellem) Geltungsanspruch und Schwierigkeiten beim Nachweis positiven Konsenses“ bestehen.<sup>58</sup> Um diesem Widerspruch zu begegnen, greifen Autoren auf die Rechtsquelle der allgemeinen Rechtsgrundsätze nach Art. 38 Abs. 1 lit. c) IGH-Statut zurück. Entstehende Normen des ungeschriebenen Völkerrechts, die wie das Demokratieprinzip keinen zwischenstaatlichen Charakter haben, seien als allgemeine Rechtsgrundsätze zu verstehen.<sup>59</sup> Ihnen komme ein Prinzipiencharakter zu, der Begründungslasten schaffe,<sup>60</sup> und die Staaten so in einen „Prozess des Identitätswandels und der Selbstverstrickung“<sup>61</sup> einbeziehe, um eine Bindung der Staaten „ohne ihre Zustimmung“ zu erreichen.<sup>62</sup> In diesem Prozess wird nicht-staatlichen Akteuren, insbesondere NGOs, eine zentrale Rolle als Quelle der Opposition und des Widerspruchs zugewiesen.<sup>63</sup> Ziel ist die Demokratisierung der internationalen Beziehungen, die einerseits eine direkte Beteiligung von Bürgern erfordere.<sup>64</sup> Andererseits müsse eine globale Ordnung geschaffen werden, die aus demokra-

<sup>55</sup> Kadelbach/Kleinlein Überstaatliches Verfassungsrecht (Fn. 32), 244.

<sup>56</sup> N. Petersen Demokratie als teleologisches Prinzip, 2009.

<sup>57</sup> S. Besson Whose constitution(s), in: Dunhoff/Trachtman Ruling (Fn. 15), 381 (389 ff.); Kadelbach/Kleinlein Überstaatliches Verfassungsrecht (Fn. 32), 244; Klabbers/Peters/Ulfstein Constitutionalization (Fn. 19), 263 ff.

<sup>58</sup> Kadelbach/Kleinlein Überstaatliches Verfassungsrecht (Fn. 32), 255.

<sup>59</sup> Kleinlein Konstitutionalisierung (Fn. 15), 700; Petersen Demokratie (Fn. 56), 80 ff.; noch weiter Rauber, der das Verhältnismäßigkeitsprinzip völlig von seiner Verankerung in der völkerrechtlichen Quellenlehre ablöst und als eine „notwendige Implikation des Optimierungsgebotscharakters“ von Verfassungsprinzipien im Sinne von Alexy versteht; J. Rauber Verhältnismäßigkeit und völkerrechtliche Systembildung, ZaöRV 75 (2015), 259 (268f.).

<sup>60</sup> Kleinlein Konstitutionalisierung (Fn. 15), 650/661 ff.; s.a. Petersen Demokratie (Fn. 56), 217.

<sup>61</sup> Kleinlein Konstitutionalisierung (Fn. 15), 3/700ff.

<sup>62</sup> Kleinlein Konstitutionalisierung (Fn. 15), 700.

<sup>63</sup> Klabbers/Peters/Ulfstein Constitutionalization (Fn. 19), 314 ff.; für institutionalisierte Formen der Opposition: I. Ley Opposition im Völkerrecht, 2015, 213 ff.

<sup>64</sup> Klabbers/Peters/Ulfstein Constitutionalization (Fn. 19), 296f.

tisierten Nationalstaaten bestehe.<sup>65</sup> Ein weiteres wichtiges Element ist die Stärkung von Transparenzregeln auf internationaler Ebene.<sup>66</sup>

### III. Gegenläufige Tendenzen im Umwandlungsprozess der internationalen Ordnung

Vertreter der Konstitutionalisierungsthese weisen darauf hin, dass Konstitutionalisierung ein fragmentarischer Prozess sei, der auch Rückschritten ausgesetzt sein könne, sich davon aber nicht beirren ließe.<sup>67</sup> Diesen Versuch der Rettung des Fortschrittsnarrativs fordert der gegenwärtige Umwandlungsprozess der internationalen Ordnung immer deutlicher heraus. Von den zahlreichen gegenläufigen Tendenzen zu einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts möchte ich Ihr Augenmerk auf drei Entwicklungen lenken: das Wiedererstarren des Souveränitätsdiskurses (1.), die Nutzung unilateraler Maßnahmen zur Durchsetzung von Gemeinschaftsinteressen (2.) sowie Entrechtlichungstendenzen (3.).

#### 1. *Wiedererstarren des Souveränitätsdiskurses*

In jüngerer Zeit stellt ein verändertes oder wiedererstarktes Selbstverständnis von Staaten wie China oder Indien die Annahme in Frage, der traditionelle souveränitätsgeleitete Diskurs sei im Völkerrecht in den Hintergrund getreten.<sup>68</sup> Art und Intensität der Debatten über Gemeinschaftswerte scheinen sich zu verändern.<sup>69</sup> Es gibt Anzeichen dafür, dass diese Staaten das völkerrechtliche System mehr als zuvor in ihrem Sinne ausgestalten wollen und dies dauerhafter als in den siebziger Jahren. Diese Tendenz wird beispielsweise im Wandel der außenpolitischen Ziele Chinas deutlich. China ist in den internationalen Beziehungen lange als ein sog. „norm-taker“

<sup>65</sup> *Klabbers/Peters/Ulfstein* Constitutionalization (Fn. 19), 264/271ff.; zurückhaltender *Kadelbach/Kleinlein* Überstaatliches Verfassungsrecht (Fn. 32), 246 f.; *Petersen* Demokratie (Fn. 56), 91 ff.

<sup>66</sup> *Klabbers/Peters/Ulfstein* Constitutionalization (Fn. 19), 326ff.; zu Transparenz im Völkerrecht: *A. Bianchi/A. Peters* (Hrsg.) Transparency in International Law, 2013.

<sup>67</sup> *Peters* Constitutional fragments (Fn. 18), 22 f.

<sup>68</sup> *Kleinlein* Konstitutionalisierung (Fn. 15), 58/683.

<sup>69</sup> *W. W. Burke-White* Power Shifts in International Law, *Harvard International Law Journal* 56 (2015), 1 (50). Allgemein zum problematischen Charakter der Wertedebatte: *J. v. Bernstorff* International Legal Scholarship as a Cooling Medium in International Law and Politics, *European Journal of International Law* 25 (2014), 977 (982 f.); *E. Jouannet* Universalism and Imperialism, *European Journal of International Law* 18 (2007), 379 (389 ff.); *Ohler* Verfassung (Fn. 31), 1094; s.a. Stellungnahme des Vertreters Thailands, UN Dok. A/C.6/67/SR.22 vom 4. Dezember 2012, § 63.

betrachtet worden, also als ein Staat, der völkerrechtliche Normen akzeptiert, selbst aber die internationalen Rechtssetzungsprozesse nicht nachhaltig zu beeinflussen versucht.<sup>70</sup> Diese Haltung ändert China gegenwärtig und beansprucht in außenpolitischen Erklärungen einen gleichgewichtigen Gestaltungsanspruch im internationalen Rechtssetzungsprozess.<sup>71</sup> In Fragen, die sein strategisches Interesse berühren, wie dem Seerecht und dem Cyberspace, macht es eine Führungsrolle geltend.<sup>72</sup> Die politischen Vorstöße werden von einer Debatte in der chinesischen Völkerrechtswissenschaft begleitet, ob China als sog. „Leader State“ agieren solle.<sup>73</sup> Zugleich werden Lesarten des Völkerrechts, wie der Konstitutionalisierungsthese, alternative formale Konzepte des Völkerrechts entgegengehalten, z.B. die Idee eines „International Law of Co-progressiveness“.<sup>74</sup> Universelle Werte jenseits eines engen Kreises der *ius cogens*-Normen werden zurückgewiesen, weil etwa Demokratisierungsbestrebungen eine „Übermoralisierung“ und Überforderung des Völkerrechts darstellten.<sup>75</sup>

Das Wiedererstarren des souveränitätsgeleiteten Diskurses kommt durch die Betonung des Nicht-Einmischungsgebotes und der souveränen Gleichheit in Stellungnahmen Chinas, aber auch z.B. Brasiliens<sup>76</sup> in Debatten im

<sup>70</sup> Z.B. M. Lateigne/M. Hirono *China's Evolving Approach to Peace-Keeping*, 2013, 2; J. Reilly *A Norm-Taker or a Norm-Maker? Chinese Aid in Southeast Asia*, *Journal of Contemporary China* 21 (2012), 71 ff.; differenziert: P. Chan *China's Approaches to International Law since the Opium War*, *Leiden Journal of International Law* 27 (2014), 859 (882 ff.)

<sup>71</sup> Z. Liu, Vice Minister of Foreign Affairs, Speech made at the International Colloquium Commemorating the 60th Anniversary of the Five Principles of Peaceful Coexistence in Beijing on 27 May 2014, in: *Chinese Journal of International Law* 13 (2014) 477 ff.; s.a. Stellungnahme des chinesischen Außenministers, UN Security Council, Maintenance of international peace and security, UN Dok. S/PV. 7389 vom 23. Februar 2015, 3 f.

<sup>72</sup> S. Sceats *China's Cyber Diplomacy: A Taste of the Law to Come?*, *The Diplomat* 14. Januar 2015, <http://thediplomat.com/2015/01/chinas-cyber-diplomacy-a-taste-of-law-to-come/>.

<sup>73</sup> C. Cai *New great powers and international law in the 21st century*, *European Journal of International Law* 24 (2013), 755 (787); S. Yee *Towards a Harmonious World: The Roles of the International Law of Co-progressiveness and Leader States*, *Chinese Journal of International Law* 7 (2008), 99 (103 ff.); S. Yee *The international law of co-progressiveness*, *Chinese Journal of International Law* 13 (2014), 485 (495).

<sup>74</sup> S. Yee *Towards an international law of co-progressiveness*, 2004; ders. *Towards an international law of co-progressiveness – Membership, leadership and responsibility*, 2014.

<sup>75</sup> *Yee International Law* (Fn. 73), 488/491.

<sup>76</sup> Stellungnahme des chinesischen Außenministers (Fn. 71), 4; s.a. die Stellungnahmen der Vertreter Russlands (Fn. 71), 6; Nigerias (Fn. 71), 13; Angolas (Fn. 71), 18 und des Tschad (Fn. 71), 24; Stellungnahme des Vertreters Chinas, UN Security Council, *The promotion and strengthening of the rule of law in the maintenance of international peace and security*, UN Dok. S/PV. 7113 vom 19. Februar 2014, 17; s.a. Stellungnahmen der Vertreter Brasiliens, ebd., 25 und Sri Lankas, ebd., 75.

UN-Sicherheitsrat zum Ausdruck.<sup>77</sup> In der Rule of Law Debatte Anfang 2014 hat China sogar die Annahme hinterfragt, dass ein universeller Standard für Rechtsstaatlichkeit gefunden werden könne, der Anforderungen an innerstaatliche Strukturen stellt,<sup>78</sup> obwohl ein völkergewohnheitsrechtlicher Mindeststandard an Rechtsstaatlichkeitsanforderungen durchaus nachweisbar ist.<sup>79</sup> Bei der Regulierung des Cyberspace versucht China dem westlichen multi-stakeholder regime ein Konzept entgegenzusetzen, das auf staatliche Regulierung und Souveränität gegründet ist. Hierzu hat China Verträge mit Russland<sup>80</sup> und anderen Mitgliedstaaten der Shanghai Organisation für Zusammenarbeit geschlossen<sup>81</sup> und zwei Resolutionsentwürfe in die Generalversammlung eingebracht. Zwar wurden die Entwürfe nicht verabschiedet.<sup>82</sup> Die darin enthaltenen Regelungsvorschläge sind aber von einer UN Expertengruppe in einem Bericht in Bezug genommen worden.<sup>83</sup> Der Bericht formuliert völkerrechtliche Regeln für den Cyberspace und rückt Souveränität, souveräne Gleichheit, Nicht-Einmischung und staatliche Regulierungs- und Durchsetzungskompetenzen in den Vordergrund.<sup>84</sup> Die zwischen den USA und China getroffene Übereinkunft über Cybersecurity von Ende September 2015 nimmt ausdrücklich auf diesen Bericht Bezug.<sup>85</sup> Die chinesischen Rechtssetzungsinitiativen sind daher nicht ohne Aussicht auf Erfolg.

---

<sup>77</sup> Allgemein: C.-C. Huang/C.-Y. Shih *Harmonious Intervention*, 2014, 43/168.

<sup>78</sup> Stellungnahme des Vertreters Chinas, UN Dok. S/PV. 7113 (Fn. 76), 17; s.a. Stellungnahmen der Vertreter Brasiliens, ebd., 25 und Saudi-Arabiens, ebd., 82.

<sup>79</sup> H. Aust/G. Nolte *International law and the rule of law at the national level*, in: M. Zürn/A. Nollkaemper/R. Peerenboom (Hrsg.) *Rule of Law Dynamics in an Era of International and Transnational Governance* 2012, 48 (65).

<sup>80</sup> Übereinkunft zwischen der Regierung der Russischen Föderation und der Regierung der Volksrepublik China über die Zusammenarbeit im Bereich der Informationssicherheit vom 30. April 2015, No. 788-p; russische Version unter <http://government.ru/media/files/5AMAccs7mSIXgbfflUa785WwMWcABDJw.pdf>.

<sup>81</sup> Übereinkunft zwischen den Regierungen der Mitgliedstaaten der Shanghaier Organisation für Zusammenarbeit über Zusammenarbeit im Bereich der internationalen Informationssicherheit, Jekatarinenburg, 16. Juni 2009; russische Version unter <https://ccdcoe.org/sites/default/files/documents/SCO-090616-IISAgreementRussian.pdf>.

<sup>82</sup> *International code of conduct for information security*, UN Dok. A/66/359 vom 14. September 2011 und *International code of conduct for information security*, UN Dok. A/69/723 vom 13. Januar 2015.

<sup>83</sup> *Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*, UN Dok. A/70/174 vom 22. Juli 2015, § 12.

<sup>84</sup> *Report of the Group of Governmental Experts*, UN Dok. A/70/174 (Fn. 83), § 28.

<sup>85</sup> J. Hirschfeld Davies/D. E. Sanger *Obama and Xi Jinping of China Agree to Steps on Cyberheft*, 25. September 2015, <http://www.nytimes.com/2015/09/26/world/asia/xi-jin->

Schließlich ist China bemüht, in den UN Menschenrechtsorgane als Führer einer Staatengruppe aufzutreten, die Meinungsfreiheit, Privatheit und andere Menschenrechte im Interesse nationaler Sicherheit und öffentlicher Ordnung nachhaltig einschränken will.<sup>86</sup> Diese Debatte zeigt, dass Staaten wie China nicht mehr allein auf Argumente des Kulturrelativismus setzen. Sie begnügen sich nicht damit, die Anwendung universeller Normen im innerstaatlichen Bereich zu verweigern oder nur modifiziert vorzunehmen.<sup>87</sup> Vielmehr sind sie bestrebt, menschenrechtliche Normen auf universeller Ebene in ihrem Sinne zu prägen.<sup>88</sup> Insofern gerade China sich nun in größerem Maße auch an menschenrechtlichen Diskursen in den Vereinten Nationen beteiligt, mag man hierin ein Indiz für die Nachhaltigkeit der Konstitutionalisierungstheorie sehen, weil die Teilnahme am Diskurs auch die Möglichkeit zur Selbstverstrickung bietet.<sup>89</sup> Auch sind innerhalb der Verfassungsstaaten gemeinschaftliche Werte immer stärker umstritten und viele der globalen Menschenrechtsdebatten, etwa zu Fragen sexueller Selbstbestimmung, werden in vergleichbarer Weise innerstaatlich geführt.<sup>90</sup> In diesem Lichte wäre das Bestreiten von Werten auf globaler Ebene nur Ausdruck der Offenheit von Verfassungen, zu deren Aufgabe es gehört, auch der gesellschaftlichen Vielfalt und ihren kontroversen Debatten Raum zu geben.<sup>91</sup> Doch ist die völkerrechtliche Diskussion sehr viel mehr als die innerstaatliche noch immer eine Auseinandersetzung über die „normative Basisschicht“<sup>92</sup> einer etwaigen Verfassung. Wo es um die Ausgestaltung von Souveränität und die Verwirklichung souveräner Gleichheit geht, wird über den Grundkonsens gerungen. Es deutet sich eine Zunahme von Inter-

---

ping-white-house.html; *R. Bejtlich* To hack, or not to hack, 28. September 2015, <http://www.brookings.edu/blogs/up-front/posts/2015/09/28-us-china-hacking-agreement-bejtlich>.

<sup>86</sup> UN Human Rights Council, Report of the Human Rights Council on its twenty-sixth session, UN Dok. A/HRC/26/2, § 206; s. Oral amendment to the draft resolution, UN Dok. A/HRC/26/L.24; S. Sceats, China's Cyber Diplomacy: A Taste of the Law to Come?, *The Diplomat* 14. Januar 2015, <http://thediplomat.com/2015/01/chinas-cyber-diplomacy-a-taste-of-law-to-come>.

<sup>87</sup> So zuvor China, *Cai* Great Powers (Fn. 73), 793.

<sup>88</sup> Vgl. *B. Ahl* The Rise of China and International Human Rights Law, *Human Rights Quarterly* 37 (2015), 637 (644 ff./660); zur Debatte um sog. traditionelle Werte: UN Human Rights Council, Promoting human rights and fundamental freedoms through a better understanding of traditional values of humankind: best practices, UN Dok. A/HRC/RES/21/3 vom 9. Oktober 2012.

<sup>89</sup> S. z.B. UN High Commissioner for Human Rights, Presseerklärung vom 7. Juli 2015; <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16210&LangID=E>.

<sup>90</sup> *Peters* Constitutional fragments (Fn. 18), 22.

<sup>91</sup> *Volkman* Verfassungstheorie (Fn. 13), 68.

<sup>92</sup> *Volkman* Verfassungstheorie (Fn. 13), 57; s.a. *O. Depenheuer* Funktionen der Verfassung, in: *Depenheuer/Grabenwarter* Verfassungstheorie (Fn. 28), 537 (547).

pretationskonflikten an, die die Zielgerichtetheit der Konstitutionalisierung in Frage stellen kann.

Die starke Ausrichtung eines Teils der Konstitutionalisierungsthese auf die Demokratisierung der internationalen Ordnung führt zugleich zu einer gewissen Widersprüchlichkeit in ihrem Verfassungskonzept. Die Integrationsfunktion ist eine wesentliche Funktion von Verfassungen, die die Gemeinschaftlichkeit der ihr Unterworfenen begründet und von ihnen Identifikation verlangt.<sup>93</sup> Die Konstitutionalisierungsthese aber entwirft in der hier beschriebenen Variante ein auf die Zukunft gerichtetes Verfassungskonzept, das in der Gegenwart einen Großteil der Mitglieder dieser etwaigen Verfassungsgemeinschaft ausschließt, ja gar als Fremdkörper betrachtet. Eine solche Konstruktion gerät in den Widerspruch zu zentralen Funktionen der Völkerrechtsordnung. In einer Welt, die von tiefgreifenden Wertekonflikten geprägt ist, die Gesellschaften höchst unterschiedlicher Entwicklungsstufen umfasst und in der Macht sehr ungleich verteilt ist,<sup>94</sup> bietet das Völkerrecht Vokabular und Bezugsrahmen, innerhalb dessen die höchst unterschiedlichen Akteure ihre Forderungen und Ansprüche, Rechtfertigungen und Zurückweisungen formulieren können. Das aber setzt eine Rechtssprache und einen Rechtsrahmen voraus, der allen Akteuren als Projektionsfläche dienen kann. Eine solche Funktion kann eine eher formale Rechtsordnung besser erfüllen, als eine normativ aufgeladene, da die Symbolik bestimmter Begriffe in den höchst unterschiedlichen Gesellschaften mit unterschiedlichen kulturellen und religiösen Kontexten unterschiedlich aufgefasst werden wird.<sup>95</sup>

## 2. *Verwirklichung von Gemeinschaftsinteressen oder Unilateralisierung?*

Auch die Rolle unilateraler Maßnahmen zur Durchsetzung von Gemeinschaftsinteressen steht der Annahme einer Konstitutionalisierung entgegen. Dabei ist das Spannungsverhältnis zwischen der Herausbildung von Gemeinschaftsinteressen und ihrer oft nur einseitigen Durchsetzung bereits in der Konstitutionalisierungsthese selbst angelegt. Jenseits verfestigter Rechtsordnungen, wie der UN-Charta, weist die Völkerrechtsordnung immer noch einen dezentralen Charakter auf.<sup>96</sup> Es fehlt dort an Institutionen zur Durchsetzung dieser Interessen. Ob und wie Gemeinschaftsinteressen

---

<sup>93</sup> *Volkman* Verfassungstheorie (Fn. 13), 50 f.; *A. Voßkuhle* Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, AöR 119 (1994), 35 (48).

<sup>94</sup> S.a. *A. Hurrell* On global order, 2007, 10.

<sup>95</sup> *M. Reisman* The quest for world order and human dignity in the twenty-first century, *Receuil des Cours* 351 (2010), 14 (77).

<sup>96</sup> Zentral bei *H. Kelsen* *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 323 f.

in Normen mit *ius cogens*-Charakter und *erga omnes*-Wirkung von einzelnen Staaten durchgesetzt werden können, ist nicht abschließend geklärt.<sup>97</sup> Insofern kann allenfalls von einem einseitigen Fortschritt der Konstitutionalisierung die Rede sein, weil die Verfassungsfunktion der Organisation von Herrschaft<sup>98</sup> insbesondere auf universeller Ebene nur unzureichend verwirklicht ist.<sup>99</sup>

Unilaterale Maßnahmen, wie z.B. einseitige Rechtsbehauptungen oder einseitige Sanktionen, können vor diesem Hintergrund ein Mittel sein, völkerrechtliche Rechtssetzungsprozesse voranzutreiben und gegen Völkerrechtsverstöße vorzugehen.<sup>100</sup> Hier ist im Lichte einschlägiger US-amerikanischer Praxis<sup>101</sup> in der US-amerikanischen Literatur der Begriff des „unfreundlichen Unilateralismus“ geprägt worden. Danach sei es zulässig, sogar völkerrechtswidrige unilaterale Maßnahmen zur Fortentwicklung des Rechts im Interesse der Verwirklichung von Gemeinschaftsinteressen zu ergreifen.<sup>102</sup> Auch Vertreter der Konstitutionalisierungsthese befürworten unter bestimmten Umständen unilaterale Maßnahmen.<sup>103</sup> Staaten könnten durch einen „vernünftigen Widerstand, der von gutem Glauben und dem Ideal internationaler Kooperation getragen ist, eine progressive Entwicklung des Völkerrechts unterstützen.“<sup>104</sup> Als Beispiel dient die Kadi-Entscheidung des EuGH zu den gezielten Sanktionen des Sicherheitsrates.<sup>105</sup>

<sup>97</sup> Regelungen sind enthalten in Art. 54, Art. 41 und Art. 48 Articles on State Responsibility; vgl. v. *Arnauld* Völkerrecht (Fn. 20), Rn. 255; *A. Peters* Völkerrecht, 3. Aufl. 2012, 89; für ein weitgefasstes Recht, Gegenmaßnahmen zu ergreifen, auf Grundlage einer Analyse der einschlägigen Jurisprudenz und Staatenpraxis: *C. Tams* Enforcing obligations erga omnes in international law, 2005, 198 ff.

<sup>98</sup> Z.B. *O. Deppenheuer* Funktionen der Verfassung, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* Verfassungstheorie (Fn. 28), 537 (543); *Vofßkuhle* Verfassungsstil (Fn. 93), 50 f.

<sup>99</sup> *A. Paulus* Reciprocity Revisted, FS-Simma, 2011, 113 (128); *Walter* Governance (Fn. 18), 195; s.a. *Kleinlein* Konstitutionalisierung (Fn. 15), 408.

<sup>100</sup> Zu Gegenbewegungen siehe UN Human Rights Council, Human rights and unilateral coercive measures, UN Dok. A/HRC/RES/27/21 vom 3. Oktober 2014.

<sup>101</sup> Für Beispiele s. *Krisch* Decay (Fn. 4), 12 ff.; sowie auch unter verfassungsrechtlicher Perspektive *L. Viellechner* Amerikanischer Unilateralismus als Verfassungsfrage?, *Der Staat* 45 (2006), 1 (2 ff.).

<sup>102</sup> *M. Hakimi* Unfriendly Unilateralism, *Harvard International Law Journal* 55 (2014), 105 (107/147); zuvor *M. Reisman* Unilateral action and the transformations of the world constitutive process, *European Journal of International Law* 11 (2000), 3 (6 ff.).

<sup>103</sup> *Frowein* Konstitutionalisierung (Fn. 12), 443; s.a. IGH, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002 – Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, 64 §§ 48/51 f.

<sup>104</sup> *A. Peters* Let not Triepel Triumph vom 22. Dezember 2014, <http://www.ejiltalk.org/let-not-triepel-triumph-how-to-make-the-best-out-of-sentenza-no-238-of-the-italian-constitutional-court-for-a-global-legal-order-part-i/> – Übersetzung von Verfasserin.

<sup>105</sup> Ebd.

Wo solche Entscheidungen vereinzelt bleiben oder von Kollisionsregeln getragen sind, wie der Akzeptanz funktionaler Äquivalente, können sie sich positiv auswirken.<sup>106</sup> So dürfte die Entscheidung des EuGH den Sicherheitsrat dazu veranlasst haben, auf UN-Ebene eine Ombudsperson einzuführen, die eine begrenzte Kontrolle über die Listungsentscheidungen der zuständigen UN-Gremien ausübt.<sup>107</sup>

Unilaterale Maßnahmen, die völkerrechtliche Verfahren umgehen und sich sogar in Völkerrechtsverstößen äußern, sind aber kaum als Ausdruck einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts zu verstehen, selbst wenn sie auf die Verwirklichung von Gemeinschaftswerten zielen.<sup>108</sup> Sie gefährden vielmehr die Normativität der internationalen Rechtsordnung sowie die Autorität der vorhandenen internationalen Institutionen<sup>109</sup> und damit letztlich den Gedanken einer *rule of law* auf internationaler Ebene. Das macht das Urteil des italienischen Verfassungsgerichtshofs zur Staatenimmunität Deutschlands vor italienischen Gerichten aus dem letzten Jahr deutlich. Hintergrund ist der Streit zwischen Italien und Deutschland darüber, ob die Bundesrepublik italienischen Opfern wegen deutscher Kriegsverbrechen zwischen 1943 und 1945 Schadensersatz leisten muss. Italienische Gerichte hatten Deutschland ursprünglich angesichts der Schwere der Völkerrechtsverstöße keine Staatenimmunität zuerkannt. Der Internationale Gerichtshof stellte aber 2012 fest, dass eine völkergewohnheitsrechtliche Norm bestehe, wonach Deutschland in den zivilgerichtlichen Verfahren Staatenimmunität zukomme.<sup>110</sup> Die Umsetzung dieses Urteils hat der italienische Verfassungsgerichtshof nun unterbunden. Das Verfassungsgericht entschied, dass die Umsetzung der italienischen Verpflichtung aus

---

<sup>106</sup> *Peters* Constitutional fragments (Fn. 18), 29.

<sup>107</sup> *H. Krieger* Addressing the Accountability Gap in Peacekeeping: Law-making by Domestic Courts as a Way to Avoid UN Reform?, *Netherlands International Law Review* 62 (2015), 259 (275); UN SC Res 1267 (1999) vom 15. Oktober 1999; 1904 (2009) vom 17. Dezember 2009; 1989 (2011) vom 17. Juni 2011.

<sup>108</sup> So bereits *G. Nolte* Kosovo und Konstitutionalisierung, *ZaöRV* 63 (1999), 942 (943/955); ihren grundsätzlich problematischen Charakter für die internationale Rechtsordnung räumt selbst *Hakimi* Unilateralism (Fn. 102), 146 ein.

<sup>109</sup> *H. Krieger* Between Evolution and Stagnation – Immunities in a Globalized World, *Göttingen Journal of International Law* 6 (2014), 177 (197); *Peters* Triepel (Fn. 104).

<sup>110</sup> IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2012, § 107; kritisch u.a.: *M. Krajewski/C. Singer* Should Judges Be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights, *MaxPlanckUNYB* 2012, 1ff.; *L. McGregor* State Immunity and Human Rights, *International: Is There a Future after Germany v. Italy?*, *Journal of International Criminal Justice* 11 (2013), 125 (131/133); zustimmend: *M. Kloth/M. Brunner* Staatenimmunität im Zivilprozess bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen, *AVR* 50 (2012), 218 (227); *M. Payandeh* Staatenimmunität und Menschenrechte, *JZ* 2012, 949 (956).



Art. 94 Abs. 1 UN-Charta, die Entscheidung des IGH zu befolgen, insofern verfassungswidrig ist, als sie von italienischen Gerichten verlangt, unter Verstoß gegen die italienische verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie Immunität bei schwersten Menschenrechtsverletzungen zu gewähren.<sup>111</sup> Auch wenn das Verfassungsgericht damit keine Aussage zur völkerrechtlichen Norm getroffen hat, zielte die Entscheidung de facto auf die völkerrechtliche Ebene. Denn das Gericht hat sich selbst ausdrücklich als Motor einer wünschenswerten Völkerrechtsentwicklung hinzu Immunitätsausnahmen bei schwersten Menschenrechtsverletzungen verstanden.<sup>112</sup> So erschüttert es unter Bruch völkerrechtlicher Verpflichtungen Italiens aus der UN-Charta die Autorität des IGH und damit die Stabilität der internationalen Rechtsordnung.

Die destabilisierende Wirkung unilateraler Maßnahmen für die internationale Ordnung liegt auch in ihrem Eskalationspotential begründet. Zugleich hinterfragen sie das Vergerichtlichungsparadigma der Konstitutionalisierungsthese, insofern solche Maßnahmen aus der fehlenden Unterwerfung unter institutionalisierte Streitbeilegungsmechanismen folgen.<sup>113</sup> Beispielsweise besteht gegenwärtig ein Streit zwischen den USA und China darüber, ob China nach dem Seevölkerrecht berechtigt ist, Aktivitäten fremder Seestreitkräfte in seiner Ausschließlichen Wirtschaftszone zu unterbinden, während die USA die Freiheit der Meere für sich in Anspruch nehmen. Da die USA bereits nicht dem UN-Seerechtsabkommen beigetreten sind, wird der Auslegungskonflikt durch unilaterale Rechtsbehauptungen und

---

<sup>111</sup> Corte costituzionale, Urteil Nr. 238 vom 22. Oktober 2014, G.U. 1 Serie Speciale, 29. Oktober 2014, Anno 155, Nr. 45; nicht offizielle englische Übersetzung unter [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/S238\\_2013\\_en.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf); Conclusions in Point of Law 4.1.: „Hence, Article 1 of the Law of Adaptation No. 848/1957 has to be declared unconstitutional, so far as it concerns the execution of Article 94 of the United Nations Charter, exclusively to the extent that it obliges Italian courts to comply with the Judgment of the ICJ of 3 February 2012, which requires that Italian courts deny their jurisdiction in case of acts of a foreign State constituting war crimes and crimes against humanity, in breach of inviolable human rights.“; s.a. *K. Oellers-Frahm* Das italienische Verfassungsgericht und das Völkerrecht – eine unerfreuliche Beziehung, *EuGRZ* 2015, 8 (12).

<sup>112</sup> Corte costituzionale (Fn. 111), Conclusions in Point of Law 3.3.: „At the same time, however, this may also contribute to a desirable – and desired by many – evolution of international law itself.“

<sup>113</sup> *Hakimi* Unilateralism (Fn. 102), 150; daher sind unilaterale Maßnahmen im WTO-Kontext, in dem sie letztlich einer Kontrolle durch die Streitbeilegungsmechanismen unterzogen werden können, weniger problematisch.

flankierende Maßnahmen ausgetragen, die bereits zu mehreren militärischen Zwischenfällen geführt haben.<sup>114</sup>

Schließlich bergen unilaterale Maßnahmen das Risiko des mißbräuchlich tu-quoque-Argumentes. Insbesondere die unilaterale Intervention im Kosovo hat Russland als ein Argument zur Rechtfertigung der Annexion der Krim gedient.<sup>115</sup> Gleichzeitig haben die unilaterale Intervention im Irak und die einseitige Interpretation der Sicherheitsratsresolutionen bei der NATO-Intervention in Libyen die Glaubwürdigkeit westlicher Staaten erschüttert. Diese Erschütterung hatte unmittelbare Auswirkungen auf die internationalen Reaktionen zur völkerrechtswidrigen Annexion der Krim. Die Generalversammlungsresolution,<sup>116</sup> die die Annexion als völkerrechtswidrig verurteilte, wurde mit nur 100 Ja-Stimmen, 11 Nein-Stimmen bei 58 Enthaltungen<sup>117</sup> angenommen. Die unilaterale Interpretation der NATO-Staaten soll Brasilien, Indien und Südafrika dazu motiviert haben, sich bei der Abstimmung zu enthalten.<sup>118</sup>

<sup>114</sup> *Burke-White* Power Shifts (Fn. 69), 36; *R. P. Pedrozo* Military activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia focus, *International Law Studies* 90 (2014), 514 (522). Dabei mögen die Auseinandersetzungen mit China die USA veranlassen, doch der UN Seerechtskonvention beizutreten: *C. Mirasola* Why the US Should Ratify UNCLOS?, *Harvard Law School National Security Journal* 15. März 2015, <http://harvardnsj.org/2015/03/why-the-us-should-ratify-unclos-a-view-from-the-south-and-east-china-seas/>.

<sup>115</sup> Die Argumente bezogen sich auf die Zulässigkeit einer humanitären Intervention; s. *V. Bilkova* The use of force by the Russian Federation in Crimea, *ZaöRV* 75 (2015), 26 (47 ff.); s. a. *Zumach* Chaos (Fn. 1), 107.

<sup>116</sup> UN Dok. A/RES/68/262 vom 27. März 2013.

<sup>117</sup> Enthaltungen: Afghanistan, Algerien, Angola, Antigua und Barbuda, Argentinien, Bangladesch, Botswana, Brasilien, Brunei Darussalam, Burkina Faso, Burundi, Kambodscha, China, Comoren, Djibouti, Dominica, Ecuador, Ägypten, El Salvador, Eritrea, Äthiopien, Fidschi, Gabon, Gambia, Guyana, Indien, Irak, Jamaika, Kasachstan, Kenia, Lesotho, Mali, Mauritien, Mongolei, Mosambik, Myanmar, Namibia, Nauru, Nepal, Pakistan, Paraguay, Ruanda, Saint Kitts und Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent und die Grenadinen, Sao Tome und Principe, Senegal, Südafrika, Südsudan, Sri Lanka, Suriname, Swasiland, Uganda, Vereinigte Arabische Emirate, Uruguay, Usbekistan, Vietnam, Zambien.

<sup>118</sup> *Zumach* (Fn. 1), 109; s. a. die Stellungnahmen der Vertreter von Nicaragua, UN Dok. A/PV. 80 vom 27. März 2013, 12: „Those who are speaking of democracy are precisely those who are actually subverting it by undemocratic methods in order to advance their own interests. We will not tire of repeating that such a policy of double standards is in truth the real threat to international peace and security.“; Bolivien, UN Dok. A/PV. 80 vom 27. März 2013, 13: „Bolivia is asking whether it is a threat to international security when international law is talked about only when it serves one’s interests. Is it not a threat to international security when some violate the sovereignty.“; Saint-Vincent und die Grenadinen, UN Dok. A/PV. 80 vom 27. März 2013, 15f.: „Unfortunately, the nature of today’s draft resolution (A/68/L.39) and the arguments of its chief proponents have called into question the universal and consistent applicability of international law in such and similar instances. Despite our real and continuing concerns over the events that have taken place in

Der traditionellen Völkerrechtsordnung sind unilaterale Maßnahmen vertraut. Sie stehen aber im Widerspruch zur Annahme einer Konstitutionalisierung. Denn Konstitutionalisierung kann ihre Zielsetzung, eine wirksame und legitime Völkerrechtsordnung herzustellen, nur erreichen, wenn Werte durch geordnete und konsenterte Verfahren gesichert sind.<sup>119</sup>

### 3. Entrechtlichungstendenzen

Schließlich wird der Konstitutionalisierungsgedanke durch Entrechtlichungstendenzen herausgefordert. Nachdem in den neunziger Jahren zahlreiche multilaterale, normbildende Verträge für die Ausgestaltung von Gemeinschaftsinteressen abgeschlossen werden konnten,<sup>120</sup> die auf die Errichtung einer objektiven, sich vom Staatenwillen lösenden Rechtsordnung ausgerichtet waren,<sup>121</sup> ist dieser Prozess in einigen Bereichen scheinbar zum Erliegen gekommen. Stattdessen bilden sich innerhalb oder außerhalb der Vertragswerke Staatengruppen, informelle Regierungsnetzwerke oder private Akteursgruppen, die aus Clubstrukturen heraus universelle Normen und Standards setzen wollen.<sup>122</sup> Diese Normen bleiben in der Regel unverbindlich, nicht zuletzt weil diese Unverbindlichkeit den Interessen mächtiger Staaten dient.<sup>123</sup> Ein einschlägiges Beispiel bieten Entwicklungen unter der UN Klimarahmenkonvention.<sup>124</sup> Zwar mag die Klimakonferenz in Paris Ende 2015 zu einem rechtsverbindlichen Regelungs-

---

Crimea and Ukraine, we view today's draft resolution as motivated more by the principals than by principles. Many of the major Powers on either side of that particular dispute have reversed their long-standing positions on similar conflicts and are now on record as contradicting themselves, notwithstanding their efforts to find legal and factual distinctions.“

<sup>119</sup> Nolte Kosovo (Fn. 108), 943.

<sup>120</sup> 1992: Übereinkommen vom 5. Juni 1992 über die biologische Vielfalt, in Kraft getreten 29. Dezember 1993, BGBl. 1993 II 1741; 1992: Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 9. Mai 1992, in Kraft getreten 21. März 1994, BGBl. 1993 II 1783; 1982/1994: Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen, in Kraft getreten 16. November 1994, BGBl. 1994 II 1798; 1994: Übereinkommen vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO), in Kraft getreten 1. Januar 1995, BGBl. 1994 II 1438, 1441, 1625; zur Relevanz aus der Perspektive der Konstitutionalisierungsthese: *Tomuschat Obligations* (Fn. 18), 239 ff./268 ff.; *Simma Community Interest* (Fn. 18), 322 ff.

<sup>121</sup> v. *Arnauld* Völkerrecht (Fn. 20), Rn. 191.

<sup>122</sup> Für eine positive Bewertung von Clubstrukturen in der WTO: *B. M. Hoekman/P. C. Mavroidis* WTO 'à la carte' or 'menu du jour'? Assessing the Case for More Plurilateral Agreements, *European Journal of International Law* 26 (2015), 319 ff. Diese Clubstrukturen sind allerdings nicht unbedingt von Entrechtlichungstendenzen begleitet.

<sup>123</sup> *Krisch Decay* (Fn. 4), 29.

<sup>124</sup> *Krisch Decay* (Fn. 4), 17 f.

werk führen.<sup>125</sup> Es lässt sich aber jedenfalls beobachten, dass es seit dem Kyoto-Protokoll von 1997 wegen erheblich divergierender Positionen und zunehmenden Misstrauen auf Grund der Clubstrukturen nicht gelungen ist, eine universelle, völkerrechtlich verbindliche Übereinkunft zu erzielen.<sup>126</sup> Auf der Kopenhagener Konferenz 2009 legten stattdessen die USA, China, Brasilien, Indien und Südafrika den wesentlichen Inhalt einer Vereinbarung fest, die rechtlich unverbindlich blieb.<sup>127</sup>

Diese Entwicklung dürfte Umwandlungsprozesse der internationalen Ordnung widerspiegeln. Die Anzahl an teilnehmenden Staaten, die ihre Interessen auf internationalen Konferenzen wirksam vertreten können, ist größer geworden. Verhandlungen werden komplexer, weil Staaten ihren Ansprüchen und divergierenden Ordnungsmodellen mehr Nachdruck verleihen können;<sup>128</sup> sei es, weil sie an wirtschaftlicher Bedeutung gewonnen haben; sei es, weil sie die Zivilgesellschaft für ihr Anliegen mobilisieren; sei es, weil sie in bestimmten thematischen Bereichen über besonderes politisches Ansehen verfügen.<sup>129</sup> Zugleich befördert der Aufstieg nicht-staatlicher Akteure informale Normsetzungsstrukturen. Die Notwendigkeit, Experten und NGOs zu beteiligen, die über keine Völkerrechtssubjektivität verfügen, wirkt in Richtung auf informelle Vorgehensweisen jenseits klassischer Staatenkonferenzen.<sup>130</sup>

Zwar erhöht die größere Beteiligung von nicht-staatlichen Akteuren an Normsetzungsprozessen prinzipiell Transparenz und Diskursmöglichkeiten und damit aus der Warte der Konstitutionalisierungsthese demokratische Legitimation.<sup>131</sup> Auch erfasst die beschriebene Entwicklung nicht jedes Vertragswerk. Unter der Biodiversitätskonvention z.B. schreitet Verrechtlichung voran.<sup>132</sup> Dennoch werfen die beschriebenen Entrechtlichungstendenzen die Frage auf, ob die Idee der Konstitutionalisierung ihre machtbegrenzende Funktion hinreichend erfüllen kann. Club-Strukturen grenzen den Großteil der Staatenwelt ebenso wie zivilgesellschaftliche Akteure

---

<sup>125</sup> Paris Agreement UNFCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, 12. Dezember 2015.

<sup>126</sup> *Schiele* Evolution (Fn. 8), 76 f.

<sup>127</sup> *Schiele* Evolution (Fn. 8), 78.

<sup>128</sup> Zum Bereich des Wirtschaftsrechts: *Burke-White* Power Shifts (Fn. 69), 76 f.

<sup>129</sup> *Burke-White* Power Shifts (Fn. 69), 22 ff.

<sup>130</sup> Vgl. *J. Pauwelyn/R. Wessels/J. Wouter* When structures become shackles, *European Journal of International Law* 25 (2014), 733 (742).

<sup>131</sup> *Pauwelyn/Wessels/Wouter* Structures (Fn. 130), 755; *Peters* Compensatory Constitutionalism (Fn. 52), 603.

<sup>132</sup> Zusatzprotokoll von Nagoya/Kuala Lumpur vom 15. Oktober 2010 über Haftung und Wiedergutmachung zum Protokoll von Cartagena über die biologische Sicherheit, in Kraft getreten 12. Oktober 2014, BGBl. 2013 II 618.

aus den Normsetzungsprozessen aus. Statt einer multilateralen Rechtssetzung auf Grundlage zumindest einer formalen Gleichheit der Staaten, die allen Staaten grundsätzliche Beteiligung am Rechtssetzungsprozess ermöglicht,<sup>133</sup> werden Entscheidungsstrukturen exklusiver. Sie begünstigen selbst dort, wo die Zivilgesellschaft einbezogen wird, die stärkeren staatlichen Akteure: Normsetzungsprozesse in Club-Strukturen und unverbindliche Regelungen wie in der Kopenhagener Vereinbarung bieten starken Akteuren eine höhere Flexibilität und größere Freiheit zu entscheiden, mit wem, welche Standards für welche Dauer ausgehandelt werden sollen.<sup>134</sup> Es wird oft gerade nicht darum gehen, wirksamere Normsetzungsmechanismen zu finden, um globale Güter zu schützen, sondern die eigenen Ordnungsvorstellungen leichter durchsetzen zu können<sup>135</sup> und sich zugleich nicht dauerhaft zu binden.<sup>136</sup> Schwächere Akteure, die wie im Fall der Kopenhagener Vereinbarung, die Standards nachträglich akzeptieren, haben keinerlei Einfluss auf ihre Aushandlung.<sup>137</sup>

#### IV. Die Alternative einer klassisch-pragmatischen Lesart

Die geschilderten Entwicklungen hinterfragen auf rechtsdogmatischer Ebene die Konstitutionalisierungsthese. Aber sind es nicht gerade die normativen Forderungen der Konstitutionalisierungsthese nach mehr Demokratisierung und Individualisierung des Völkerrechts, die diesen bedenklichen Entwicklungen Einhalt gebieten könnten? Brauchen wir nicht die verfassungsrechtliche Lesart, die sich von Staatenkonsens und Souveränitätsdiskursen löst, um Legitimation zu erhöhen und internationale Organisationen gerade im Interesse des Individuums wirksamer zu machen?<sup>138</sup> Oder bietet das Völkerrecht in einer klassisch-pragmatischen Lesart intrinsische Lösungswege, die normativ weniger anspruchsvoll dennoch Legitimation fördern und das Individuum schützen können? Ich möchte Ihnen das fortdauernde Potential einer klassisch-völkerrechtlichen Perspektive an

<sup>133</sup> H. Krieger *Coalitions of the Willing – a resumee*, in: C. Calliess/G. Nolte/T. Stoll (Hrsg.), *Coalitions of the Willing – Avantgarde or Threat*, 2007, 43 (46).

<sup>134</sup> E. Benvenisti *Coalitions of the Willing and the evolution of informal international law*, in: Calliess/Nolte/Stoll *Coalitions* (Fn. 133), 1 (14); Krieger *Coalitions* (Fn. 133), 45.

<sup>135</sup> Benvenisti *Coalitions* (Fn. 133), 13.

<sup>136</sup> J. d'Aspremont *The Politics of Deformalization in International Law*, *Göttingen Journal of International Law* 3 (2011), 503 (539). D'Aspremont betont zugleich die Gefährdung für die Rechtssicherheit und verhaltenssteuernde Wirkung des Völkerrechts.

<sup>137</sup> Vgl. Benvenisti *Coalitions* (Fn. 133), 14.

<sup>138</sup> S. a. Kleinlein *Konstitutionalisierung* (Fn. 15), 548 ff.

zwei Beispielen deutlich machen: der Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages nach Art. 31 Abs. 3 lit. a) und b) WVK und der Auffangfunktion<sup>139</sup> des Eingreifens auf Einladung. Wer in der gegenwärtigen Umbruchphase um den Erhalt des normativen Basiskonsens zur Völkerrechtsordnung besorgt ist, kann in beiden Rechtsfiguren, die am Paradigma staatlicher Zustimmung festhalten, Instrumente sehen, diesen Basiskonsens zu bewahren.

1. *Staatenskonsens als Legitimitätsgrundlage:  
Art. 31 Abs. 3 lit a) und b) WVK*

Vertreter der Konstitutionalisierungsthese halten das staatliche Zustimmungserfordernis für nicht ausreichend, die Bereiche des Völkerrechts zu legitimieren, die sich nicht auf die Regelung zwischenstaatlicher Beziehungen beschränken. Dies gilt vor allem für internationale Organisationen und Gerichte, weil sich hier die Rechtsentwicklung vom staatlichen Konsens löse. Gerade die Entwicklung zweckgerichteter Vertragssysteme sei für den demokratischen Gesetzgeber nicht vorhersehbar, so dass ergänzende Legitimationstränge zum staatlichen Konsens erforderlich würden.<sup>140</sup>

Diese Sichtweise berücksichtigt nicht hinreichend, dass die Mitgliedstaaten eines völkerrechtlichen Vertrages beständig in den Prozess seiner Fortentwicklung eingebunden sind. Völkerrechtliche Verträge sind grundsätzlich auf einen langen Zeitraum angelegt. Sie werden daher in der Regel bereits beim Zeitpunkt ihres Abschlusses so ausgestaltet sein, dass sie sich veränderten Umständen über die Zeit hinweg anpassen können.<sup>141</sup> Solche Anpassungen obliegen oftmals Vertragsorganen, und zwar in der Regel nicht ohne Rückbindung an den Willen der Vertragsparteien. Art. 31 Abs. 3 lit. a) WVK erlaubt spätere Übereinkünfte zwischen den Vertragsparteien im Rahmen der Auslegung zur Ermittlung der Intention der Parteien heranzuziehen. Dies gilt z.B. für Entscheidungen von Plenarorganen internationaler Organisationen.<sup>142</sup> Art. 31 Abs. 3 lit. b) WVK erfasst jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die

---

<sup>139</sup> Als Reservfunktion bezeichnet bei *G. Nolte* Eingreifen auf Einladung, 1999, 628.

<sup>140</sup> *Paulus* Zukunft (Fn. 21), 716.

<sup>141</sup> So der IGH, Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, §§ 66–68; *G. Nolte* Treaties over Time, UN Report of the International Law Commission Sixtieth session (5 May–6 June and 7 July–8 August 2008), UN Dok. A/63/10, Annex A, 365 ff. (§ 1 f.); s.a. Stellungnahme des Vertreters Südafrikas, UN Dok. A/C.6/68/SR.18 vom 15. November 2013, 38.

<sup>142</sup> Laut WTO-Berufungspanel gilt dies zB für einen Passus in einer Entscheidung der WTO Ministerkonferenz in Doha; United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, Report of the AB-2012-1, WT/DS406/AB/R vom 4. April 2012,

Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht. Hierzu zählt die Praxis von Organen internationaler Organisationen, die als authentische Interpretation die Ermittlung des Parteiwillens bestimmen kann, wenn die Mitgliedstaaten sie allgemein akzeptieren.<sup>143</sup> Auch zwischen internationalen Gerichten, wie dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, und den Mitgliedstaaten findet ein solches Zusammenspiel statt. Die dynamisch-evolutive Auslegungsmethode des Gerichtshofs wird durch ein dialogisches Verfahren der Rechtsfortbildung begleitet, das den Staaten verschiedene Möglichkeiten gibt, einer Auslegung des Gerichtshofs zu widersprechen.<sup>144</sup> Schließlich kann selbst die Praxis nicht-staatlicher Akteure als spätere Übung herangezogen werden, sofern sie dem Staat zurechenbar ist oder Aufschluss über die Praxis des Vertragsstaates gibt.<sup>145</sup>

Diese Verknüpfung der Flexibilisierung von Verträgen mit dem zeitgenössischen politischen, sozialen oder technischen Konsens erhöht die Legitimität eines Vertrages.<sup>146</sup> Auf diese Weise bleibt die Fortentwicklung unterhalb der Schwelle der Vertragsänderung von einem fortlaufenden Diskurs der Interpretengemeinschaft aus Vertragsorganen und Mitgliedstaaten abhängig.<sup>147</sup> Zudem haben demokratische Verfassungsstaaten die Möglichkeit, über die demokratische Rückbindung des ersten Zustimmungsaktes hinaus, die Fortentwicklung des Vertrags demokratisch abzusichern und zu überprüfen. So kann man in den deutschen Parlamentsbeschlüssen für

---

§ 262; s. *G. Nolte* Third report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, UN Dok. A/CN.4/683 vom 7. April 2015, §§ 64ff.

<sup>143</sup> *Nolte* Third Report (Fn. 142), §§ 79 f.; s.a. *L. Boisson de Chazournes* Subsequent Practice, Practices, and Family-Resemblance, in: *G. Nolte* (Hrsg.) *Treaties and Subsequent Practice*, 2013, 53 (57).

<sup>144</sup> *R. Bernhardt* Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im deutschen Rechtsraum, in: *R. Geiger* (Hrsg.) *Völkerrechtlicher Vertrag und staatliches Recht vor dem Hintergrund zunehmender Verdichtung der internationalen Beziehungen*, 2000, 147 (154); *H.-J. Cremer* Regeln der Konventionsinterpretation, in: *O. Dörr/R. Grote/T. Marauhn* (Hrsg.) *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 2. Aufl. 2013, Kap. 4 Rn. 58; *H. Krieger* Positive Verpflichtungen unter der EMRK, *ZaöRV* 74 (2014), 187 (202 ff.); für die Amerikanische Menschenrechtskonvention: *I.-E. Gillich* *Konsens und evolutive Vertragsauslegung*, 2014.

<sup>145</sup> UN, Report of the International Law Commission Sixty-fifth session (6 May–7 June and 8 July–9 August 2013), UN Dok. A/68/10, § 38 – Conclusion 5.

<sup>146</sup> *A. Bianchi* Law, Time, and Change, in: *Nolte* *Treaties* (Fn. 143), 133 (141).

<sup>147</sup> *A. Roberts* Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation, *American Journal of International Law* 104 (2010), 179 (191/193); zur hervorgehobenen Rolle der Staaten in diesem Prozess: *J. Crawford* A consensualist interpretation of Art. 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of the Treaties, in: *Nolte* *Treaties* (Fn. 146), 29 (31).

Streitkräfteeinsätze auch eine wiederkehrende Bestätigung der Fortentwicklung des NATO-Vertrages<sup>148</sup> sehen.

## 2. Die Auffangfunktion des Eingreifens auf Einladung

Ein enger am Willen der Staaten orientiertes Völkerrecht mag auch Alternativen für den Stillstand im Bereich der internationalen Schutzverantwortung bieten. Nach diesem Konzept ist die internationale Gemeinschaft dafür verantwortlich, auf der Grundlage von Kapitel VII der UN Charta gemeinsame Maßnahmen zu ergreifen, wenn ein Staat nicht willens oder in der Lage ist, schwerste Menschenrechtsverletzungen in seinem Territorium zu verhindern. Angesichts des Vetorechts der ständigen Mitglieder und eines weiten Entscheidungsspielraums ist der Sicherheitsrat aber oftmals nicht in der Lage, in solchen Fällen zu handeln. Die Konflikte im Kosovo, in Dafur und nun in Syrien verdeutlichen, wie sehr diese Handlungsunfähigkeit die Glaubwürdigkeit der Vereinten Nationen erschüttert hat. Für die Konstitutionalisierungsthese ist die Entwicklung der internationalen Schutzverantwortung ein wesentliches Element, den Paradigmenwechsel zu einem Völkerrecht zu behaupten, das seine Letztbegründung nicht in der staatlichen Souveränität, sondern im Schutz des Individuums sieht.<sup>149</sup> Daher setzen konstitutionalistische Ansätze hier auf Rechtsreform<sup>150</sup> oder leiten Verfahrenspflichten der ständigen Sicherheitsratsmitglieder her, die Ausübung ihres Vetos in einem solchen Fall zu begründen.<sup>151</sup> Diese Vorschläge werden in der Praxis durchaus rezipiert. Frankreich hat Ende 2012 die Forderung erhoben, die ständigen Mitglieder des UN Sicherheitsrates sollten freiwillig auf die Ausübung des Veto in Fällen der internationalen Schutzverantwortung verzichten.<sup>152</sup> Dennoch ist eine Ermächtigung des Sicherheitsrates zum militärischen Vorgehen in Syrien bislang am Widerstand Chinas und Russlands gescheitert, die seit dem kontroversen Libyeneinsatz unter dem Deckmantel der internationalen Schutzverantwortung einen Einsatz zum sog. regime change vermuten.<sup>153</sup>

---

<sup>148</sup> Dazu BVerfGE 118, 244.

<sup>149</sup> A. Peters *Jenseits der Menschenrechte*, 2014, 218.

<sup>150</sup> Cohen *Globalization* (Fn. 19), 318.

<sup>151</sup> Peters *Jenseits* (Fn. 149), 221.

<sup>152</sup> Rede des französischen Präsidenten *François Hollande* vor der UN Generalversammlung, UN Dok. A/68/PV. 5 vom 24. September 2013, 34; L. Fabius *A Call for Self-Restraint at the U.N.*, *The New York Times* vom 4. Oktober 2013; [http://www.nytimes.com/2013/10/04/opinion/a-call-for-self-restraint-at-the-un.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2013/10/04/opinion/a-call-for-self-restraint-at-the-un.html?_r=0).

<sup>153</sup> Stellungnahme des Vertreters Russlands, UN Dok. S/PV. 6627 vom 4. Oktober 2011, 4; s.a. Stellungnahme des Vertreters Indiens, ebd., 6; Stellungnahme des Vertreters Südafrikas, ebd., 11; Concept Note from Brazil to the UN Security Council, *Responsibility While*



Zumindest für eine Reihe von Konstellationen, wenn wohl auch nicht für Syrien selbst, mag die Auffangfunktion des Eingreifens auf Einladung einen Weg aus der Sackgasse bieten.<sup>154</sup> Mit dem Begriff des Eingreifens auf Einladung werden militärische Interventionen ausländischer Truppen in einen internen bewaffneten Konflikt beschrieben, die hierzu von der Regierung des betroffenen Staates eingeladen worden sind.<sup>155</sup> Normativ weniger anspruchsvoll als die internationale Schutzverantwortung beruht diese Rechtsfigur auf dem völkerrechtlichen Konsenserfordernis, trägt also eine gewisse Vermutung in sich, souveränitätsschonend zu sein. Dieser völkerrechtliche Unrechtsausschlussgrund ist nicht unkontrovers, insbesondere die Frage der Einladungsberechtigung ist umstritten und kann Schwierigkeiten bei der Anwendung bergen.<sup>156</sup> Dennoch hat dieses Konzept in den letzten Jahren als Rechtfertigung für eine Reihe von militärischen Interventionen gedient, die zumindest auch zum Schutz der Zivilbevölkerung vor schwersten Menschenrechtsverletzungen durchgeführt worden sind.<sup>157</sup> Hierzu zählen die Krise in der Elfenbeinküste 2011,<sup>158</sup> die Intervention Kenias in Somalia 2011, die u.a. mit der Zustimmung der somalischen

---

Protecting: Elements for the Development and Promotion of a Concept, UN Dok. A/66/551-S/2011/701 vom 11. November 2011, § 10; *Huang/Shih* Intervention (Fn. 77), 169 f.; dagegen Stellungnahme der Vertreterin der USA, ebd., 8.

<sup>154</sup> *O. Hathawy/J. Brower/R. Liss/T. Thomas/J. Victor* Consent-Based Humanitarian Intervention: Giving Sovereign Responsibility back to the Sovereign, *Cornell International Law Journal* 46 (2013), 499 (503); *E. Lieblich* International Law and Civil Wars, 2013, Kapitel 8, insb. S. 138-140/172 ff./188-190; *Nolte* Eingreifen (Fn. 139), 9f./25/106 f./628; beschränkend: *K. Bannelier/T. Christakis* Under the UN Security Council's Watchful Eyes: Military Intervention by Invitation in the Malian Conflict, *Leiden Journal of International Law* 26 (2013), 855 (860 ff.); ablehnend zur Zulässigkeit des Eingreifens auf Einladung: *Institut de Droit International* The Principle of Non-Intervention in Civil Wars, Session of Wiesbaden, 14. August 1975, [http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1975\\_wies\\_03\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1975_wies_03_en.pdf) 1975, Art. 2; differenzierend beschränkend: *L. Doswald-Beck* The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government, *British Year Book of International Law* 85 (1985), 189 (251); *C. Gray* International Law and the Use of Force, 3. Aufl. 2008, 81; *R. Mullerson* Intervention by Invitation, in: L. Damrosch/D. Scheffer (Hrsg.) *Law and Force in the New International Order*, 1991, 127 (132).

<sup>155</sup> *G. Nolte* Intervention by Invitation, in: R. Wolfrum (Hrsg.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bd. 6., 2010, Rn. 1.

<sup>156</sup> Am Beispiel der Konflikte in der Ukraine 2014: *H. Krieger* Ungebetene Gäste – Zum Eingreifen auf Einladung in der Ukraine 2014, *Die Friedens-Warte* 89 (2014), 125 (131 ff.).

<sup>157</sup> *M. Reisman* Humanitarian Intervention, Report prepared for the 10th Commission of the Institut de Droit International, 26 Mai 2015, 25 f., [http://www.justitiaetpace.org/idiE/annuaireE/2015/IDI-10\\_Commission\\_Recent\\_Cases\\_of\\_Humanitarian\\_Intervention\\_May\\_26\\_2015\\_wmr.pdf](http://www.justitiaetpace.org/idiE/annuaireE/2015/IDI-10_Commission_Recent_Cases_of_Humanitarian_Intervention_May_26_2015_wmr.pdf).

<sup>158</sup> UN SC Res 1975 (2011) vom 30. März 2011; UN SC Res 1980 (2011) vom 28. April 2011; zur Menschenrechtslage: Human Rights Watch <https://www.hrw.org/news/2011/03/25/case-intervention-ivory-coast>.

Übergangsregierung gerechtfertigt wurde,<sup>159</sup> die französische Intervention in Mali Anfang 2013<sup>160</sup> und die amerikanischen Luftschläge gegen den sog. Islamischen Staat im Irak zur Rettung der jesidischen Minderheit im August 2014.<sup>161</sup> Es ist wichtig zu betonen, dass in einigen dieser Fälle der Sicherheitsrat selbst – entgegen einer weitverbreiteten Wahrnehmung seiner Untätigkeit – ex ante Maßnahmen ergriffen hat. Der Konsens der betroffenen Regierung hat es auch China und Russland möglich gemacht, an ihrer souveränitätsorientierten Politik<sup>162</sup> festzuhalten und doch gleichzeitig, den Weg freizumachen, Militäreinsätze gerade auch zum Schutz von Zivilisten zu ermächtigen.

Die Einladung der syrischen Regierung dient Russland derzeit als Rechtfertigung seiner Luftschläge. Aus den öffentlichen Stellungnahmen lässt sich entnehmen, dass westliche Staaten zwar das konkrete Vorgehen Russlands politisch kritisieren, die rechtliche Zulässigkeit des russischen Eingreifens aber nicht bestreiten, nicht einmal thematisieren.<sup>163</sup> Ob das russische Vorgehen zu noch größerer Eskalation des Konfliktes beiträgt oder aber den Sicherheitsrat unter politischen Einigungszwang setzt,<sup>164</sup> lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht beurteilen.

---

<sup>159</sup> Joint Kenya-Somali Communiqué on War in Somalia vom 31. Oktober 2011, § 4, <http://kenyastockholm.com/2011/10/31/joint-kenya-somali-communique-on-war-in-somalia/>; AU, Communiqué of the 302nd Meeting of the Peace and Security Council, §§ 5–6, AU Dok. PSC/PR/COMM(CCCII) vom 2. Dezember 2011; AU, Press Statement of the 298th Meeting of the Peace and Security Council vom 17. November 2011.

<sup>160</sup> Frankreich, Mali – Press Conference Given by M. Laurent Fabius, Minister of Foreign Affairs vom 14. Januar 2013, <http://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/mali/events/article/mali-press-conference-given-by>; Embassy of France in Washington, D.C., Mali: Statement by M. François Hollande, President of the Republic vom 12. Januar 2013, <http://www.ambafrance-us.org/spip.php?article4217>; UN SC Res 2085 (2012) vom 20. Dezember 2012; Presseerklärung zu Mali, UN Dok. SC/10878-AFR/2502 vom 10. Januar 2013; *Bannelier/Christakis* Intervention by Invitation (Fn. 154), 855 ff.

<sup>161</sup> Office of the Press Secretary, Background Briefing by Senior Administration Officials on Iraq, The White House vom 8. August 2014, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/08/08/background-briefing-senior-administration-officials-iraq>. Auch die Ausbildungsunterstützung der Sicherheitskräfte der Regierung der Region Kurdistan-Irak, also der sog. Peshmerga, durch die Bundesrepublik Deutschland wird auf das Einverständnis der irakischen Regierung gestützt: BT-Drs. 18/3561 vom 17. Dezember 2014.

<sup>162</sup> *Huang/Shih* Intervention (Fn. 77), 168 f./170. Eine solche Politik verfolgt bislang auch Indien im Hinblick auf die Internationale Schutzverantwortung: *M. Mohan Jaganathan/G. Kurtz* Singing the tune of sovereignty? India and the responsibility to protect, Conflict, Security & Development 14 (2014), 461 (478 f.).

<sup>163</sup> In der Debatte des UN Sicherheitsrates, die unmittelbar nach dem ersten russischen Eingreifen stattfand, fehlt es an einschlägigen rechtlichen Argumenten: UN Dok. S/PV. 7527 vom 30. September 2015.

<sup>164</sup> Zu dieser Auswirkungsmöglichkeit des Eingreifens auf Einladung im System kollektiver Sicherheit *Nolte* Eingreifen (Fn. 139), 623.

Der Weg über das Eingreifen auf Einladung bleibt souveränitätslastig und bietet dem Menschen nur mittelbar Schutz, insofern die UN-Charta schon immer vorausgesetzt hat, dass der Staat dem Menschen dienen und das Gewaltverbot den Einzelnen vor der Geißel des Krieges bewahren soll.<sup>165</sup> Doch sollte das Beispiel des Syrien-Konfliktes nicht vorschnell als Gegenargument zu der Auffangfunktion des Eingreifens auf Einladung genutzt werden. Denn in den letzten Jahren hat diese Rechtsfigur dort einen Ausweg geboten, wo die Debatte um die internationale Schutzverantwortung nicht mehr von der Stelle gekommen ist.

## V. Fazit: Fortdauernde Relevanz einer klassisch-pragmatischen Perspektive

Die Konstitutionalisierungsthese ist von dem Verständnis getragen, dass die Legitimation und Begrenzung von Hoheitsgewalt auch jenseits des Staates sich grundsätzlich nach gleichen Konzepten richten sollte wie innerstaatlich. Diese Sichtweise liegt den deutschen Völkerrechtlern, die sich immer auch als Staatsrechtslehrer verstehen, intuitiv nahe. Ihre Anziehungskraft gerade auch für den völkerrechtlichen Nachwuchs<sup>166</sup> ist groß: Auf naturrechtlichen Wurzeln gründend genügt sie einem verbreiteten Bedürfnis nach globaler Ethik.<sup>167</sup> Sie gibt sich offen für den globalen Diskurs und vermittelt zugleich in Zeiten des Umbruchs in ihrer Zielgerichtetheit auf Demokratisierung und Individualisierung des Völkerrechts die Sicherheit, dass trotz aller Anfechtungen nicht nur eine friedlichere und gerechtere Welt, sondern auch eine freie und demokratische Welt entstehen wird.

Dem kann ein klassisch-pragmatischer Ansatz nur wenig konzeptionell Attraktives entgegenhalten. Er muss vor allem eine der Grundprämissen der Konstitutionalisierungsthese hinterfragen, nämlich dass die Schaffung eines – „akademischen Artefakts,“ also die Veränderung des Völkerrechts

<sup>165</sup> Nolte Kosovo (Fn. 108), 942.

<sup>166</sup> Z.B. V. Engström *Constructing the Powers of International Institutions*, 2012, 145 ff.; C. Janik *Die Bindung internationaler Organisationen an internationale Menschenrechtsstandards*, 2012; Kleinlein *Konstitutionalisierung* (Fn. 15); D. Kühne *Materielle Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2014; differenzierend: Ley *Opposition* (Fn. 63), 371; Payandeh *Gemeinschaftsrecht* (Fn. 33); S. Peters *Public Interest* (Fn. 33), 224; Rauber *Verhältnismäßigkeit* (Fn. 59) 259 ff.; s.a. die Beiträge in den Sammelbänden: *Bauernfeind/Fassbender et. al. Krise* (Fn. 16); B. Fassbender/A. Stehr *Suprastaatliche Konstitutionalisierung*, 2012.

<sup>167</sup> Vgl. Kleinlein *Konstitutionalisierung* (Fn. 15), 12/62; A. Somek *From the Rule of Law to the constitutionalist makeover*, *Constellations* 18 (2011), 567 (577/579).

ganz vorrangig durch die Wissenschaft ohne Weiteres legitim sei.<sup>168</sup> Zur Begründung dieser Grundprämisse der Konstitutionalisierungsthese wird angeführt, dass solche Konzeptionen in der Rechtspraxis nichts Ungewöhnliches seien. Es gelte die hermeneutische Prämisse zu akzeptieren, dass ein Text nicht unabhängig vom Leser existiere, so dass es sich bei der Rekonstruktion einiger Teile der Völkerrechtordnung als internationales Verfassungsrecht nur um eine gewöhnliche hermeneutische Übung handle.<sup>169</sup> Aber ist nicht die These von der Konstitutionalisierung selbst weiterhin auf den Staat als einen Legitimationsstrang völkerrechtlicher Ordnung angewiesen? Das legt nahe, auch das Völkerrecht weiterhin ausgerichtet am Selbstverständnis seiner Hauptakteure, eben der Staaten, zu interpretieren. Im Völkerrecht ist Vorsicht geboten, in gleicher Weise wie im Verfassungsrecht aus den abstrakten Leitbildern einer vermeindlichen Verfassung Prinzipien zu deduzieren, um daraus Begründungslasten<sup>170</sup> oder gar Verpflichtungen für die Staaten losgelöst von ihrem Willen zu kreieren. Es geht vielmehr darum, mit „den klassischen Instrumenten der Ermittlung positiven Völkerrechts, nämlich der genauen [Untersuchung] von Rechtsbehauptungen der Staaten und der Staatenpraxis“<sup>171</sup> gerade auch nicht offen ausgewiesene Akzentverschiebungen zu beobachten und zu analysieren, um die Vorgänge in der Vielschichtigkeit ihrer Bedeutung erfassen zu können. Auch auf diese Weise lassen sich klare normative Aussagen etwa über einen völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandard rechtsstaatlicher Vorgaben an nationale Rechtsordnungen treffen.<sup>172</sup> Eine klassische Lesart verurteilt das Völkerrecht nicht zum Stillstand im westfälischen Modell. Eine Interpretation ausgerichtet am Selbstverständnis der Staaten hat aber den Vorzug, den Staaten die ermittelten Rechtsregeln als Ausdruck ihres eigenen Willens entgegenhalten zu können. Zugleich ermöglicht diese Betrachtungsweise in ihrer Konzentration auf das so ermittelte Recht gerade den vorhandenen Rechtsbestand auf sein Wandlungspotential, seine Adaptions-

---

<sup>168</sup> *Peters* Compensatory Constitutionalism (Fn. 52), 605; *dies.* Reconstruction constitutionaliste du droit international, in: H. Ruiz Fabri/E. Jouannet/V. Tomkiewicz (Hrsg.) Select Proceedings of the European Society of International Law 1 (2006), 361.

<sup>169</sup> *Peters* Compensatory Constitutionalism (Fn. 52), 605: „The constitutionalist reading of current international law is to some extent an academic artefact. It has a creative moment, simply because it lays emphasis on certain characteristics of international law. But such an intellectual construct is nothing unusual in legal practice. If we accept the hermeneutic premise that a naked meaning of a text, independent of the reader, does not exist, then the reconstruction of some portions of international law as international constitutional law is just an ordinary hermeneutic exercise. It is no distortion of norms which are ‘objectively’ something else, but a legitimate form of interpretation.“

<sup>170</sup> *Kleinlein* Konstitutionalisierung (Fn. 15), 630.

<sup>171</sup> *Nolte* Kosovo (Fn. 108), 945.

<sup>172</sup> *Aust/Nolte* Rule of Law (Fn. 79), 65.

fähigkeit und seine Beharrlichkeiten zu untersuchen. Ein solcher Ansatz wirbt dafür, sich von völkerrechtlichen Metatheorien zurückzubedenken auf die Analyse und Beschreibung der Entwicklung völkerrechtlicher Normen, ihrer dogmatischen Begründung und ihres Einflusses auf die Wahrnehmungen und Verhaltensweisen aller Akteure eng angelehnt an den Prozessen von Normbehauptung, Normverbreitung und Normkonsolidierung.<sup>173</sup> Hier spätestens wird deutlich, dass die Debatte um die Konstitutionalisierungsthese längst zu einer Debatte um das Selbstverständnis von Völkerrechtlern geworden ist.

Und so bleibt mir nur, eben genau für diese Art der klassischen Sichtweise eine Lanze zu brechen. Das Völkerrecht ist eine vielfältige und komplexe Rechtsordnung mit ihren eigenen Funktionen, ihren eigenen Wirkungsbedingungen, ihren eigenen Mechanismen und gerade auch ihren eigenen Methoden. Seine enge Rückbindung an die Praxis der Hauptakteure, sein insofern selbstreflexiver Charakter und seine in Teilen immer noch dezentrale Natur machen es zugleich zu einem flexiblen Recht, das immer eng am sozialen Wandel orientiert<sup>174</sup> und damit immer wieder auch gewappnet für Umbruchphasen ist. Diese dem Völkerrecht besondere Orientierung am sozialen Wandel macht es aber noch lange nicht zu einem Recht, das staatliche Machtausübung nicht begrenzen könnte. Auch in einem klassischen Verständnis geht es darum, völkerrechtliche Werte zu ermitteln und zu behaupten, die dem Schutz des Individuums dienen. Lassen Sie uns das Völkerrecht nicht als unzureichende Verlängerung des nationalen Rechts wahrnehmen, sondern als eine kraftvolle Rechtsordnung sui generis verstehen.

---

<sup>173</sup> Vgl. *Bernstorff* Scholarship (Fn. 69), 990.

<sup>174</sup> *Pauwelyn/Wessels/Wouter* Structures (Fn. 130), 744.

*Leitsätze der 2. Referentin über:*

## **Verfassung im Völkerrecht – Konstitutionelle Elemente jenseits des Staates**

*(1) Angesichts der gegenwärtigen Umbruchprozesse in der internationalen Ordnung ist die Suche nach konstitutionellen Elementen im Völkerrecht heute auch die Suche nach einem geeigneten Ordnungsmodell für die internationalen Beziehungen.*

*(2) Die These von der Konstitutionalisierung des Völkerrechts zielt auf eine „Rekonstruktion“ des Völkerrechts zu einem „Verfassungsrecht der internationalen Gemeinschaft“.*

*(3) Die Konstitutionalisierungsthese bietet als eine der dominanten Metatheorien des Völkerrechts eine konzeptionelle Alternative zu einer pragmatisch orientierten klassischen Lesart des Völkerrechts an.*

*(4) Ein anspruchsvoller Verfassungsbegriff, wie er im innerstaatlichen Recht verwandt wird, kann nicht auf die globale Ebene überführt werden, sondern bedarf der Anpassung.*

*(5) Die Suche nach konstitutionellen Elementen orientiert sich an der Begrifflichkeit der formellen und materiellen Verfassung. Gemeinsame Werte (z.B. Schutz der Menschenrechte, Freihandel) gelten als Ausdruck normativer Entscheidungen der rechtlich verfassten internationalen Gemeinschaft. Hinzu tritt die Herausbildung von Hierarchien auf der Grundlage von Normen mit ius cogens-Charakter und erga omnes-Wirkung.*

*(6) Ansichten, die auf den Verfassungscharakter völkerrechtlicher Teilrechtsordnungen abstellen, rücken die Begrifflichkeit der herrschaftsbegründenden und -begrenzenden Verfassung in den Vordergrund. Die Vorstellung „sektorieller Konstitutionalisierung“ erfasst dabei die UN-Charta, die WTO und die Menschenrechtsschutzmechanismen, wie die Europäische Menschenrechtskonvention.*

*(7) Die Konstitutionalisierungsthese hat im Verlaufe der letzten Dekade ihre Perspektive gewechselt. Eine rechtsdogmatische Analyse der veränderten Strukturen der Völkerrechtsordnung wird ergänzt durch „Argumente für ihre Weiterentwicklung in eine bestimmte Richtung.“*

(8) *Der Zielgerichtetheit bedarf die Konstitutionalisierungsthese, um die Funktion der Kompensation zu erfüllen. Das Völkerrecht soll zum einen zu Legitimationszwecken normativ angereichert werden. Zum anderen wird den nationalen Verfassungen eine wichtige „Anstoßfunktion“ für die Fortentwicklung des Völkerrechts zugebilligt.*

(9) *Ziel einiger Vertreter der Konstitutionalisierungsthese ist die Demokratisierung der internationalen Beziehungen, die zum einen eine direkte Beteiligung der Zivilgesellschaft erfordere. Zum anderen müsse eine globale Ordnung geschaffen werden, die aus demokratisierten Nationalstaaten bestehe.*

(10) *In jüngerer Zeit stellt ein verändertes oder wiedererstarktes Selbstverständnis von Staaten wie China oder Indien die Annahme der Konstitutionalisierungsthese in Frage, der traditionelle souveränitätsgeleitete Diskurs sei im Völkerrecht in den Hintergrund getreten.*

(11) *Der souveränitätsgeleitete Diskurs kommt u.a. durch die Betonung des Nicht-Einmischungsgebotes und der souveränen Gleichheit in Stellungnahmen Chinas oder z.B. Brasiliens ebenso wie in chinesischen Rechtssetzungsiniciativen zur Regulierung des Cyberspace zum Ausdruck.*

(12) *Die starke Ausrichtung eines Teils der Konstitutionalisierungsthese auf die Demokratisierung der internationalen Ordnung gefährdet die Integrationsfunktion als eine wesentliche Funktion von Verfassungen.*

(13) *Zu den Funktionen des Völkerrechts gehört es, eine Rechtssprache und einen Rechtsrahmen bereitzuhalten, der allen Akteuren als Projektionsfläche dienen kann. Eine solche Funktion kann eine eher formale Rechtsordnung besser erfüllen als eine normativ anspruchsvollere.*

(14) *Die Rolle unilateraler Maßnahmen zur Durchsetzung von Gemeinschaftsinteressen steht der Annahme einer Konstitutionalisierung entgegen. Konstitutionalisierung kann ihre Zielsetzung, eine wirksame und legitime Völkerrechtsordnung herzustellen, nur erreichen, wenn Werte durch geordnete und konsenterte Verfahren gesichert sind. Das Spannungsverhältnis zwischen der Herausbildung von Gemeinschaftsinteressen und ihrer nur einseitigen Durchsetzung ist bereits in der Konstitutionalisierungsthese selbst angelegt.*

(15) *Unilaterale Maßnahmen gefährden die Normativität der internationalen Rechtsordnung sowie die Autorität der vorhandenen internationalen Institutionen und damit letztlich den Gedanken einer rule of law auf internationaler Ebene. Insbesondere bergen unilaterale Maßnahmen das Risiko des missbräuchlichen tu-quoque-Argumentes.*

(16) *Entrechtlichungstendenzen fordern den Konstitutionalisierungsgeanken heraus. Normsetzungsprozesse in Club-Strukturen und unverbindliche Regelungen bieten starken Akteuren eine höhere Flexibilität und grö-*

ßere Freiheit, die eigenen Ordnungsvorstellungen durchzusetzen, ohne sich dauerhaft binden zu müssen.

(17) Die Beispiele der Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages nach Art. 31 Abs. 3 lit. a) und b) WVK und der Auffangfunktion des Eingreifens auf Einladung zeigen, dass das Völkerrecht in einer klassisch-pragmatischen Lesart intrinsische Lösungswege bietet, die Legitimation fördern und das Individuum vor schwersten Menschenrechtsverletzungen schützen können. Wer in der gegenwärtigen Umbruchphase um den Erhalt des normativen Basiskonsenses zur Völkerrechtsordnung besorgt ist, kann in beiden Rechtsfiguren, die am Paradigma staatlicher Zustimmung festhalten, Instrumente sehen, diesen Basiskonsens zu bewahren.

(18) Die Fortentwicklung eines völkerrechtlichen Vertrages unterhalb der Schwelle der Vertragsänderung bleibt von einem fortlaufenden Diskurs der Interpretengemeinschaft aus Vertragsorganen und Mitgliedsstaaten abhängig. Dabei können z.B. Entscheidungen von Plenarorganen internationaler Organisationen, aber auch die Praxis nicht-staatlicher Akteure unter bestimmten Voraussetzungen herangezogen werden. Diese Verknüpfung der Flexibilisierung von Verträgen mit dem zeitgenössischen politischen, sozialen oder technischen Konsens erhöht die Legitimität eines Vertrages.

(19) Der Rechtsfigur des Eingreifens auf Einladung kommt eine Auffangfunktion zu. Sie bietet für eine Reihe von Konstellationen eine Alternative zum Stillstand im Bereich der internationalen Schutzverantwortung. Das Konzept hat in den letzten Jahren als eine Rechtfertigung für militärische Interventionen gedient, die zumindest auch zum Schutz der Zivilbevölkerung vor schwersten Menschenrechtsverletzungen durchgeführt worden sind.

(20) Die pragmatisch orientierte klassische Lesart des Völkerrechts ist von fortdauernder Relevanz. Angesichts der Bedeutung des Staates für die Legitimation der völkerrechtlichen Ordnung sollte das Völkerrecht weiterhin ausgerichtet am Selbstverständnis der Staaten als seiner Hauptakteure interpretiert werden.

(21) Anstatt die Deduktion von Prinzipien in den Vordergrund zu stellen, sollten mit „den klassischen Instrumenten der Ermittlung positiven Völkerrechts, nämlich der genauen [Untersuchung] von Rechtsbehauptungen der Staaten und der Staatenpraxis“ gerade nicht offen ausgewiesene Akzentverschiebungen beobachtet und analysiert werden. Auch mittels einer klassisch-pragmatischen Lesart lassen sich klare normative Aussagen etwa über einen völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandard rechtsstaatlicher Vorgaben an nationale Rechtsordnungen treffen.

(22) Aus einer klassisch-pragmatischen Lesart folgt kein Stillstand des Völkerrechts im westfälischen Modell. Auch in einem klassischen Verständ-



*nis geht es darum, völkerrechtliche Werte zu ermitteln und zu behaupten, die dem Schutz des Individuums dienen. Eine Interpretation, ausgerichtet am Selbstverständnis der Staaten, hat aber den Vorzug, den Staaten die ermittelten Rechtsregeln als Ausdruck ihres eigenen Willens entgegenhalten zu können.*

### 3. Aussprache und Schlussworte

## Verfassung im Völkerrecht – Konstitutionelle Elemente jenseits des Staates

**Peters:** Wir fangen unverzüglich an, wir haben wieder sehr viele Wortmeldungen. Die Referenten bekommen jeweils fünf Minuten am Schluss. Wir beginnen mit Herrn Kämmerer zum Thema, danach Herr Mahlmann und Herr Dederer.

**Kämmerer:** Wir haben zwei auch in ihrem antithetischen Charakter sehr inspirierende Referate gehört. Bei Antithesen stellt sich immer die Frage, ob nicht noch eine Synthese möglich ist: eine Synthese nicht um ihrer selbst willen, sondern um bestimmte Realitäten und Potentiale des Völkerrechts zu erfassen. Ich möchte aber bei der Konzeption von Herrn Tschent-scher ansetzen, weil Sie dezidiert vom Konstitutionalismus ausgehen und diesen vor allem als Entwicklung des Völkerrechts selbst sehen. Wenn ich das recht verstehe, wird die Frage nach einem *pouvoir constitué* eher für völkerrechtsinadäquat gehalten. Sie identifizieren etwas, was man vielleicht Verfasstheitsinseln nennen kann. Auf der anderen Seite betonen Sie einen *pouvoir constituant*, mit einem gewissen Kunstgriff wird die Weltbevölkerung als solche identifiziert. Das können Sie machen, wenn die Verfassungsgebung nicht zugleich als Organisationsakt verstanden wird. Dieser Ansatz ist aus meiner Sicht eng, ein bisschen enger als das Thema vorzeichnet. Dieses heißt ja „Verfassung im Völkerrecht“, nicht „Völkerrecht als Verfassung“. Er ist zugleich aber auch weiter, weil das Völkerrecht keinen allgemeinen *pouvoir constitué* kennt, weswegen auch Sie darauf verzichten. Die Frage ist nun, ob man sich im Völkerrecht nicht vom Leitbild von einer „einen Verfassung“ lösen und multiple Verfassungen annehmen kann – immerhin ist die internationale Organisation eine große Errungenschaft des Völkerrechts im 20. Jahrhundert. Ich habe ein wenig den Eindruck, dass beide Referenten diese Institutionen etwas unterschätzen: Projektionen, die in ihrer Struktur immerhin Körperschaften sind, trotz gegenständlicher Begrenzung vernetzt sind und „Familien“ geformt haben.

Noch ein Wort zum *pouvoir constituant*. Die Frage nach der Legalität oder Legitimität, die letztlich das Völkerrecht selbst beantworten

muss, kann ich schon aus Zeitgründen hier nicht vertiefen. Ich will nur den Hinweis anfügen, dass es im Völkerrecht weitere Akteure außer Individuen und den Staaten gibt, denen man durchaus eine Legitimationsfunktion zuerkennen kann, vor allem wenn man nicht nur vom Shareholder-, sondern auch von einem Stakeholder-Ansatz ausgeht. In vielen völkerrechtlichen Verträgen finden sich durchaus Hinweise auf NGOs, die ihrerseits ebenfalls in gewisser Weise konstitutionalisiert sind. Möglicherweise kann man auch Individuen ja dieser Stakeholder-Kategorie zuordnen.

**Peters:** Vielen Dank. Nun Matthias Mahlmann zum Begriff der Konstitutionalisierung.

**Mahlmann:** Zu genau diesem Thema: Ich glaube, wenn man über diese Konstitutionalisierung redet, muss man sich klar machen, ob man auf einer analytischen oder normativen Ebene nachdenkt. Ich habe das Gefühl, dass die beiden Vorträge in der Analyse gar nicht so weit auseinander lagen und wahrscheinlich die Analyse von sehr vielen, die sich mit diesen Fragen befassen, sich in wichtigen Zügen ähnelt. Die Frage ist eher, welche Art von normativer Vision man hat. Ich bin nicht sicher, ob der Verfassungsbegriff in diesem Zusammenhang die entscheidende Frage ist. Entscheidend ist, was die substantiellen Inhalte sind, die mit diesem Verfassungsbegriff, wenn er denn verwendet wird, verbunden werden. Und ich glaube, man kann diese substantiellen Inhalte auch verfolgen, wenn man vor dem Verfassungsbegriff zurückscheut. Ich fand bei Ihnen, Frau Krieger, besonders eindrucksvoll, wie Sie die Schwierigkeiten der gegenwärtigen Lage, die anomischen Zustände der internationalen Ordnung beschrieben haben. Die Frage, die ich habe, ist schlicht und ergreifend: Wenn diese Lage existiert und wenn man ihr existentielles Gewicht für eine friedliche internationale Ordnung zuschreibt, ist dann nicht die Existenz einer einigermaßen kohärenten normativen Vision, die sich an Bändigung von Gewalt durch Recht orientiert, eine Überlebensfrage? Und müssen wir uns auf diese inhaltliche Diskussion dann nicht im Detail einlassen?

**Peters:** Dankeschön. Nun Herr Dederer unter anderem zur historischen Dimension der Debatte.

**Dederer:** Dankeschön. Auch ich danke für zwei sehr eindrucksvolle Referate. Vier Aspekte.

Erstens, historische Dimensionen. Hätte es nicht nahe gelegen, auch eine historische Anknüpfung für die Konstitutionalisierungsdebatte zu suchen? Denn vor jenen Zeiten, die Sie wohl das „klassische“ Völkerrecht genannt

haben, gab es natürlich bereits Ideen einer universellen Ordnung, die in der Regel naturrechtlich begründet waren.

Damit bin ich beim zweiten Aspekt: Konstitutionalisierung und Naturrecht. Frau Krieger, Sie haben diesen Aspekt ganz kurz gestreift und dann verworfen aufgrund ihrer sehr positivistischen Sicht. Kommt die Lehre / These von der Konstitutionalisierung überhaupt ohne Naturrecht aus? Bleibt man im Positivismus, dann wird es immer fragmentarisch, dann gibt es immer nur einige formelle und materielle konstitutionelle Elemente. Aber daraus ergibt sich ja noch kein Ganzes, keine Gesamtordnung.

Dritter Aspekt. Konstitutionalisierung und Wertordnungsdenken. Bei Ihnen, Herr Tschentscher, taucht dieser Aspekt auch auf. Ich habe mir These 18 notiert. Bei Frau Krieger wird es etwas deutlicher, These 5, dann nochmals 21, wo Sie, meine ich, das Wertordnungsdenken aber zurückweisen. Wertordnungsdenken bedingt letztlich Werte, die auch miteinander in Konflikt treten können. Die Frage ist: Wie löse ich diese Wertkonflikte auf? Das geht letztlich wohl nur durch Abwägung. So gelangen wir zur Überlegung, ob sich durch Abwägung deduktiv Rechtssätze erzeugen lassen. Das widerspricht natürlich der positivistischen Sicht der Dinge. Sie stützen sich, Frau Krieger, in These 21 darauf, dass man Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung nur noch besser untersuchen müsste. Das sind zwar die zwei Elemente für die Entstehung von Gewohnheitsrecht. Aber seit 100 Jahren haben wir Artikel 38 des Statuts des IGH und zuvor des Ständigen Internationalen Gerichtshofs. Und es gibt seit 100 Jahren keine Methodologie, wie man das Vorliegen dieser zwei Elemente genau erforscht und belegt. Es gibt so ein paar Parameter des IGH, die werden miteinander vermengt, wie auch immer, und dann kommt eine Regel raus. Manchmal kommt der IGH aber auch ganz ohne diesen Nachweis von Praxis und Rechtsüberzeugung aus, er behauptet einfach, z.B. UVP – Umweltverträglichkeitsprüfung – gehöre zum Korpus des internationalen Rechts. Das zeigt doch, dass es vielleicht jenseits des Positivismus ganz andere Ansätze der Normbildung gibt.

Und, ja, dann noch der vierte Aspekt, er ist nur eine Marginalie: Von Konstitutionalisierung braucht man gar nicht reden, wenn das Völkerrecht überhaupt kein Recht wäre. Aber wir gehen ja alle davon aus, dass Völkerrecht Recht ist, deshalb können wir über Konstitutionalisierung des Völkerrechts reden. Vielen Dank.

**Peters:** Vielen Dank, auch für die Redegeschwindigkeit. Zur Rolle der Völkerrechtswissenschaft nun Thilo Maraun und Franz Mayer.

**Marauhn:** Vielen herzlichen Dank für zwei schöne Referate, ich werde nur zum zweiten Referat etwas sagen.

Müssen wir uns nicht als Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler die Frage gefallen lassen, ob die Konstitutionalisierungsthese ein verfehlter Herrschafts- oder Machtanspruch der Völkerrechtswissenschaft an das System insgesamt ist? Wir sind ja nicht diejenigen, die Recht setzen, sondern wir sind diejenigen, die das Recht und den Rechtssetzungsprozess wissenschaftlich begleiten.

Und eine zweite Anmerkung: Ich stimme Dir, Heike, in Deiner Analyse zu, auch in der kritischen Analyse der Konstitutionalisierungsthese. Die Folgefrage ist: Müssen wir uns nicht Gedanken darüber machen, ob wir vielleicht doch etwas mehr Kohärenz einbringen, als nur eine pragmatische Umgangsweise mit dem geltenden Völkerrecht? Vielen Dank.

**Mayer:** Von meiner Seite vielen Dank für zwei schöne Referate. Ich möchte zunächst die Vermutung äußern, dass es zu der Diskussion um eine europäische Verfassungsdimension wohl doch relativ wenig Verbindungslinien gibt. Vielleicht heute weniger als früher.

Mein zweiter Punkt: Wie kann man das alles in die internationale Völkerrechtsdiskussion einordnen? Man wird Vieles über die Konstitutionalisierungsthese sagen können – sie war jedenfalls originell. Wo steht die deutschsprachige Völkerrechtswissenschaft denn heute im europäischen oder im weltweiten Vergleich, vielleicht auch im Verhältnis zur amerikanischen Völkerrechtswissenschaft? Wie hier eben auch schon angedeutet wurde, hatte diese Konstitutionalisierungsthese auch etwas Unilaterales. Meine Frage dazu: Ist noch etwas übrig von dieser kreativen Abhebung von den Anderen? Vielen Dank.

**Peters:** Nun zu Georg Nolte, Markus Kotzur und Martin Nettesheim, jeweils zu allgemeinen Fragen, zur historischen Einordnung und zu „Verfassung als Suchbild“.

**Nolte, Georg:** Ich möchte eine Bemerkung zu der Entgegensetzung von klassischem und konstitutionellem Modell des Völkerrechts machen, die Herr Tschentscher vorgestellt hat. Er ist gewissermaßen prinzipienorientiert und modellartig vorgegangen. Wenn man das, was er gesagt hat, historisch betrachten würde, dann würde man sagen müssen, er ist von 1899 nach 1999 gesprungen. Das, was er als klassisches Modell des Völkerrechts beschreibt, ist das Recht Heinrich Triepels und das, was er als konstitutionelles Modell beschreibt, ist das, was durch die Pinochet-Entscheidung und die Kosovo-Intervention als Vorstellung ausgelöst wurde. Mir hat dabei das Recht der Vereinten Nationen gefehlt. In These 11 sind die Vereinten Nationen erwähnt, aber negativ in dem Sinn: Das ist bloß ein Vertrag. Der konstitutionelle Diskurs offenbar davon, die andere Seite etwas zerrbild-

haft vorzustellen, so als ob das Völkerrecht ansonsten nur auf konkretem Konsens und auf sonst gar nichts beruhen würde. Ich wundere mich, dass die positiven Seiten der Charta der Vereinten Nationen von dem prozeduralistischen Ansatz gewissermaßen für sich in Anspruch genommen werden, aber ansonsten alles, was vor 1989 lag, in das düstere Licht des Konsensualismus gerückt wird. Demgegenüber möchte ich einfach darauf hinweisen, dass Konsens nicht unbedingt spezifischer Konsens sein muss, sondern dass Konsens auch abstrakter und fiktiver sein kann; dass Worte ernst zu nehmen sind und sie dann auch entsprechend ernst zu nehmend auszulegen sind. Der Charakter dieser bloß zwischenstaatlichen Ordnung, die auch auf Aspiration beruht, kann auch dadurch schon anders gesehen werden. Allerdings: Aspiration ist gut, aber gute Absichten können den Weg zur Hölle pflastern. Wir haben in manchen Bereichen des Völkerrechts gesehen, wohin gute Absichten führen können. Das sollte uns zu denken geben. Danke.

**Kotzur:** Herr Tschentscher hat uns an ein wichtiges Auslösungsmoment der Konstitutionalisierungsdebatte erinnert: die Euphorie nach den Wendejahren 1990, die Hoffnung auf eine neue Weltordnung von – von US-Präsident George Bush sen. so apostrophiert – F. Fukuyama wagte gar den Traum vom Ende der Geschichte. Dieser Traum ist längst ausgeträumt, und wären die Auslösungsmomente das Agens schlechthin, so wäre die Konstitutionalisierungsdebatte längst tot. Ich glaube, es gibt einen zweiten Auslöser, nämlich die Beobachtung, dass im Zeitalter der Globalisierung immer mehr vormals hoheitliche Macht teils jenseits des Staates, teils durch nichtstaatliche Akteure ausgeübt wird, und dass diese Macht der Begründung und Begrenzung bedarf. Sowohl für die Begründung als auch für die Begrenzung bietet sich das „Suchbild“ (*U. Volkmann*) der Verfassung an. Wenn wir von Konstitutionalisierung oder Verfassung im Völkerrecht sprechen, so – meiner Ansicht nach – nicht von mehr als einem bloßen Suchbild, einer bloßen Matrix. Frau Krieger hat auf einen wichtigen Punkt hingewiesen: Diese Matrix kann gefährlich sein, das Suchbild kann kontraproduktiv werden, wenn die Dignität der Verfassung Abwehrreaktionen bei anderen produziert. Aber Suchbild wie Matrix können sehr hilfreich sein, wenn sie kreative Suchpotentiale wachrufen. Dass dabei Konsens und Wille der Staaten als zentrale, aber eben nicht einzige Akteure eine weiterhin wichtige Rolle spielen, das mag die „Völkerrechtskonstitutionalisten“ mit den Völkerrechtspragmatikern auf eine zukunftsweisende Art versöhnen. Vielen Dank.

**Nettesheim:** Im Jahr 1989 sind Ordnungsstrukturen zerbrochen, die über knapp fünfzig Jahre zu einer bemerkenswerten Stabilität des globalen

Geschehens geführt haben. Die Bipolarität der im Kalten Krieg entstandenen Ordnung, die Orientierungskraft der beiden konkurrierenden Ideenwelten (westliche Freiheit hier, sowjetischer Sozialismus dort) und die ordnenden Hand von Großmächten brachten eine Stabilität hervor, derer man sich, wenn man ironisch sein will, heute mit Wehmut erinnert. Die beiden überaus interessanten Referate beschäftigen sich mit der Frage, inwieweit wir den Ordnungsbedarf, der seit 1989 entstanden ist, rechtlich befriedigen können und in welchen Formen wir das tun sollten. Dabei sind wir mit zwei im Grundansatz gegensätzlichen Konzeptionen konfrontiert worden. Die gemeinsame Basis bildete wohl das Gefühl, die Formensprache und die Konzeptionen des klassischen Völkerrechts reichen nicht aus, um eine Restabilisierung der Ordnung herbei zu führen. Für Anhänger eines konstruktivistisch-idealistischen Denkens mag es in dieser Situation nahe liegen, auf Konzepte zurückzugreifen, die – wie im Fall der Verfassungsidee – im staatlichen Rahmen blühen und dort weltweite Verbreitung gefunden haben. Warum soll nicht ein Ansatz, auf den in immer weiteren Erdkreisen zurück gegriffen wird, nicht auch zur Ordnung der internationalen Beziehungen verwandt werden? Wissenschaftssoziologisch ließ sich beobachten, wie die Verfassungsidee von der staatlichen zunächst als mögliches Ordnungsmuster für die EU-Ebene verwandt wurde und dann für die globale Ebene fruchtbar gemacht wurde.

Nicht immer stellen sich die Proponenten dieses Ansatzes mit hinreichender Gewissenhaftigkeit der Frage, inwieweit ein Konzept, das sich im staatlichen Kontext und vor dem Hintergrund der dort herrschenden rechtskulturellen Gegebenheiten entwickelt hat, überhaupt adaptionsfähig ist und zur Ordnung der Welt eingesetzt werden kann. Wo endet seine Anpassungsfähigkeit, und wo zerreißt es? Besteht nicht die Gefahr, mit einem „monster“ zu enden, das seine ursprüngliche Funktion nicht (mehr) erfüllen kann? Herr *Grimm* zum Beispiel hat mehrfach klug darüber geschrieben, dass die Idee der Verfassung im Konzept des (in englisch) *foundational character* liegt, also in der Funktion, grundlegende Ordnungsstrukturen zu errichten, die der Dispositionsgewalt durch die Akteure des (alltäglichen) politischen Prozesses entzogen sind. Man kann im geltenden Völkerrecht Bestandteile identifizieren, die diese Funktion erfüllen. Aber bedeutet das, dass „das Völkerrecht“ eine derartige Ordnungsfunktion für die internationale Gemeinschaft erfüllt? Und: Auf welche Instanz soll die Ordnung zurückgeführt werden, wenn nicht auf die Staaten, die sie in der Hand haben und weiterentwickeln können?

Dies führt mich zu der folgenden These: Mir scheint, dass die Suche nach jenem „konstitutionellen Anker“, von dem man die Unordnung der Welt zurückdrängen kann, bislang weder ideell noch rechtspraktisch zu wirklich sinnvollen Ergebnissen führt. Nicht um die Suche nach einem

Fluchtpunkt, von dem aus eine Ordnungsperspektive zu gewinnen ist, muss es gehen, sondern um die Schaffung einer Art *ius publicum* im klassischen Sinne des 17./18. Jahrhunderts. Dies wäre eine Ordnung, die mehr als das Völkerrecht (in seiner Form als Vertragsrecht klassischer Art) ist, zugleich aber nicht darauf angewiesen ist, auf Verfassungsideen zurückzugreifen. Ein derartiges *ius publicum* wäre in der Lage, Gemeinschaftsgüter zu schützen, die sich herausbildende fragmentierte internationale Herrschaft zu legitimieren und einzubinden, zugleich auch, den souveränen Staaten einen hinreichenden Freiraum zu sichern – dies alles, ohne die Einheitsidee des klassischen Verfassungsdenkens zu benötigen. Denn damit wird die deutsche Völkerrechtswissenschaft in der Welt kein Gehör finden. Dies ist also ein Plädoyer für einen dritten Weg zwischen der bloßen Fortschreibung des bestehenden Völkerrechts und der Suche nach einer Weltverfassung. Vielen Dank.

**Peters:** Sehr gut schließt sich hieran der Beitrag von Herr Carsten Bäcker aus Kiel zum Begriff der regulativen Idee an.

**Bäcker, Carsten:** Vielen Dank. Ich habe zwei Fragen an Herrn Tschent-scher. Die Fragen verstecke oder verberge ich in zwei Thesen, die wahrscheinlich zu steil sind. Die erste Frage betrifft den Verfassungsbegriff, den Sie verwendet haben. Sie haben den Zustand des Völkerrechts mit dem staatlichen Verfassungsmodell verglichen und beschreiben in These 7 einen sehr reichen Verfassungsbegriff mit vielen Elementen. Sie kommen zu dem Schluss, das Völkerrecht genüge diesem Begriff nicht, liefere aber vielleicht einen abgespeckten Verfassungsbegriff: eine Art Ordnungskonzept, siehe These 14.

Ich glaube, dass dieser Verfassungsbegriff deskriptiv ermittelt wurde, am Maßstab dessen, was wir heute für eine Verfassung haben, und würde vorschlagen, da dieser Verfassungsbegriff sich als zu anspruchsvoll erwiesen hat, dem einen sehr minimalistischen, analytischen Verfassungsbegriff entgegen zu stellen, der überhaupt nur ein Element kennt. Und das Element ist die Kompetenz zum Erlass von unterrangigen Normen. Alles andere sind dagegen relativ notwendige Elemente, die Grundrechte etwa, das sind dann negative Kompetenznormen, die Gewaltenteilung ist ebenfalls eine negative Kompetenz und die Verfassungsgerichtsbarkeit ist letztlich auch eine negative Kompetenz im Vergleich zu dem Hauptelement. Die These dann zur ersten Frage: Das Völkerrecht ist erst und schon konstitutionalisiert, wenn Kompetenzvorschriften in diesem Sinne bestehen.

Die zweite Frage betrifft den Begriff der regulativen Idee. Sie haben in These 16 gesagt, dass eine regulative Idee etwas ist, was nicht erreicht wer-



den soll. Ich meine, dass eine regulative Idee etwas ist, was erreicht werden soll, aber nicht erreicht werden kann. Wenn das so ist, wenn das der Begriff der regulativen Idee ist, dann wäre die zweite Frage, die ich als These stellen möchte: Der Begriff der regulativen Idee ist überhaupt nicht brauchbar. Vielen Dank.

**Peters:** Dankeschön. Wir kommen jetzt zu Einzelpunkten: Martin Hochhuth und Andreas Paulus.

**Hochhuth:** Lieber Axel, liebe Frau Krieger, zunächst vielen Dank für zwei schöne Referate, bei denen man völkerrechtlich noch viel lernen konnte. Ich habe das sehr genossen, sehr, sehr gut. Jetzt zwei Bemerkungen mit fragendem Unterton:

Sie betreffen beide die Gefahr und die Grenzen der Verrechtlichung der internationalen Beziehungen, um die es heute ging. Der Sinn des Rechts ist die Bändigung von Gewalt, die Bändigung – jetzt sagen wir es mal auf französisch – von *pouvoir*, also der Gewalt oder Macht des freien aufgeklärten Volkes. Das erste Problem das ich ansprechen möchte, ist Folgendes: Wir haben eine Schwächung der Demokratie durch internationale Verrechtlichung wohl jedenfalls in denjenigen Staaten, die schon lange demokratisch waren, bevor dieser Verrechtlichungsschub im Internationalen eingesetzt hat. Dass die Briten – Frau Krieger, Sie haben von einer Kampagne gesprochen, ich weiß nicht, ob das eine Kampagne war – , die Schweizer und die Norweger manchmal Schwierigkeiten mit dem haben, was wir Deutschen in Europa zu Recht schätzen, das ist vielleicht kein Zufall: das sind nämlich Völker, die mit der Demokratie schon lange vertraut sind. Meine Frage ist also: muss man nicht sagen, dass in den bislang fortschrittlichen Staaten wie in der Schweiz, Skandinavien, Benelux usw. erhebliche „Kosten“ durch solche internationalen Verrechtlichungen im Mehrebenensystem zu verzeichnen sind? Sie haben, Frau Krieger, völlig zu Recht von Klubstrukturen gesprochen, die dann das Völkerrecht auch zu verändern suchen oder wirklich verändern. Das Wort „Klub“ prangert illegitime Einflussgruppen zu recht an. Leider ist das Problem aber aporetisch, denn auch allerlegitimste Akteure können die Demokratie schwächen: Das Problem ist uns als Staatsrechtlern längst vertraut, wenn wir uns an den „Klub“ in Karlsruhe erinnern, wo 16 Klubmitglieder sitzen, die die deutsche Politik oft zu ihrem Besten gezügelt, aber oft auch anmaßend geschulmeister haben.

Zweite Bemerkung, in Anknüpfung an einen scharfen Konflikt in überraschend scharfem Ton heute Vormittag, Herr Wolf gegen Bernhard Wegener, als es um die Verrechtlichung der deutschen Geheimdienste ging: Ich fand das Referat von Herrn Wegener ausgezeichnet, habe aber an einer

Stelle gestutzt. Er hat nämlich nicht von der NSA-Affäre gesprochen, sondern immer von der NSA-BND-Affäre. Der BND ist aber ein so kleiner Laden, mit 6500 Leuten, Hausmeister mitgerechnet, das kann man kaum vergleichen. Und ich denke, die Grenze der Verrechtlichung ist klassischerweise dort, wo noch Naturzustand herrscht. Und wir haben zwischen den Staaten, denke ich, im Bereich des Krieges, aber eben auch im Bereich der Geheimdienste noch Reste von Naturzustand. Wenn wir jetzt in einem Land leben, das an das Recht glaubt und hier den Fortschritt will – ich bin da auch dafür –, müssen wir beachten, dass wir es weltweit mit Akteuren wie den USA oder England zu tun haben, die diese Ideengebäude nicht immer ganz so ernst nehmen wie wir. Vielleicht sollten wir hier unser deutsches Denken nicht verabsolutieren, solange der Rest der Welt noch nach anderen Regeln spielt. Danke.

**Paulus:** Nochmal zurück zur Fragestellung: Was wollen wir eigentlich mit der Konstitutionalisierung erreichen? Wenn wir das erreichen wollen, was Herr Bäcker gerade vorgeschlagen hat, dann erfüllt die Charta der Vereinten Nationen, vielleicht in Verbindung mit dem Statut des Internationalen Gerichtshofs, unschwer diese Voraussetzungen. Wenn wir also „nur eine Ordnung“ oder – je nach Geschmack – eine Verfassung der Staatengemeinschaft suchen, dann können wir durchaus fündig werden, das kann u.U. dann eben auch bedeuten, dass diese Verfassung inhaltlich vorsieht, dass die Staaten gemeinsam souverän entscheiden über das Recht, das bei ihnen gelten soll. Aber die Konstitutionalisierungsidee hat meiner Auffassung nach einen anderen Ansatzpunkt: Der liegt darin, dass, wenn allein den Staaten überlassen wird, die Welt zu ordnen, diese mit den dringenden Problemen unserer Zeit nicht fertig werden. Die Konstitutionalisierungsidee setzt also daran an, Gemeinschaftsprobleme zu lösen, die notwendigerweise auf der Weltebene gelöst werden müssen, die aber mit einem rein an staatlichen egoistischen Interessen orientierten Lösungsweg nicht angepackt werden können. Wenn man die Idee der Konstitutionalisierung des Völkerrechts also als eine Art Weltrecht begreift, kann man mit der heutigen Völkerrechtsordnung gar nichts anfangen, weil die eben auf den Staaten aufbaut. Man muss aber auf die Staaten vertrauen und hoffen, dass sie inhaltlich einige dieser Gemeinschaftsinteressen verwirklichen können. Damit hätte man eine Aufgabe für die Konstitutionalisierung, und ich möchte beide Referenten fragen, wie Sie diese Aufgabe lösen wollen.

Ein Lösungselement hat Georg Nolte genannt: die Vereinten Nationen. Hier, glaube ich, wäre in der Tat noch etwas zu sagen. Ein Teil der Konstitutionalisierungsidee bestand darin, die Auslegung der Charta der Vereinten Nationen stärker an die Verfassungsinterpretation anzunähern. Dann kommt man zum Beispiel zu einer Menschenrechtbindung des Sicherheitsrats, die

dann zum Beispiel für den Fall Kadi zu anderen Ergebnissen kommt als eine eher traditionelle Lesart der Charta. Man muss nicht die ganze Weltordnung als Verfassung begreifen, um zu einem solchen Resultat zu kommen. Auf der anderen Seite, Frau Krieger, haben Sie das „Eingreifen auf Einladung“ angeboten. Und so sehr ich den Titel schätze, so groß sind doch die Fragezeichen. Das fängt bei Ihren Beispielen an. Sie haben Côte d’Ivoire und Somalia genannt. Gerade dort machte das Eingreifen auf Einladung damals gar keinen Sinn, weil schon erst mal geklärt werden müsste, Frau Krieger, da müsste Ihnen naheliegen, wer eigentlich die effektive Regierung in diesen Staaten gewesen ist, die dann wirksam hätte einladen können. Deswegen scheint mir das keine Lösung zu sein, sondern höchstens ein rhetorisches Mittel, um einige Staaten auf die eigene Seite zu bringen. Das Beispiel Syrien brauche ich gar nicht zu erwähnen, um deutlich zu machen, dass Eingreifen auf Einladung eben keine Lösung für Weltordnungsprobleme ist. Vielen Dank.

**Peters:** Dankeschön. Zur Intervention auf Einladung bitte jetzt auch Stefanie Schmahl, danach Karsten Nowrot und Markus Krajewski.

**Schmahl:** Zunächst herzlichen Dank für zwei anregende Referate. Deinen Thesen, liebe Heike, stimme ich gerne zu. Auch ich hege Zweifel an dem Mehrwert der Konstitutionalisierungsthese im Völkerrecht. Nun aber habe ich eine Frage zu dem von Dir erwähnten Institut der „Intervention auf Einladung“, und zwar vor dem Hintergrund der russischen Intervention in Syrien, die auf Einladung von Bashar al-Assad erfolgte. Greift dieses Institut hier wirklich? Oder gehört der Sachverhalt – wenn man die zahlreichen Kriegsverbrechen in Syrien betrachtet – nicht eher zum Bereich des Völkerstrafrechts? Und zeigen sich an diesem Beispiel, ganz unabhängig von jeglicher Konstitutionalisierungsdebatte, nicht grundsätzliche Legitimationsdefizite im Völkerrecht?

**Nowrot:** Vielen Dank für diese beiden hervorragenden Referate. Beide Referenten haben sich – wie ich finde zu Recht – unter anderem auf die Herausarbeitung von objektiven Indikatoren für Verfassungselemente in – wie es so schön heißt – der Welt jenseits des Staates konzentriert. Einer dieser zentralen Indikatoren, der immer wieder genannt wird, ist unter anderem die wachsende völkerrechtliche Bedeutung von Individuen und anderen nicht-staatlichen Akteuren. Dies kam auch in beiden Referaten unter anderem durch die Betonung des internationalen Menschenrechtsschutzes deutlich zum Ausdruck; also vielleicht, wenn man diesbezüglich aus dem Bereich des Rechts der Europäischen Union Anleihen nehmen darf, im Sinne einer Konstitutionalisierung verstanden als Entwicklung

weg von einer internationalen Staatengemeinschaft zu einer internationalen Gemeinschaft der Staaten und Bürger.

Neben dem internationalen Menschenrechtsschutz ist es aber gerade auch der Bereich des internationalen Investitionsschutzrechts, in dem Individuen und andere nicht-staatliche Akteure in den vergangenen Jahrzehnten eine durchaus – wertfrei formuliert – beeindruckende wachsende völkerrechtliche Relevanz erlangt haben; vielleicht sogar effektiver und beeindruckender als im Bereich des internationalen Menschenrechtsschutzes in dem Sinne, dass sie menschenrechtsähnliche Schutzstandards nunmehr gegenüber den Gaststaaten unmittelbar durch Rückgriff auf internationale Schiedsgerichte durchsetzen können. Nun hat aber, und Heike Du hattest das in Deinem Referat auch erwähnt, in jüngerer Zeit auch eine Gegenbewegung eingesetzt, die mittlerweile weltweit auf allen Kontinenten, gegenwärtig namentlich auch in Europa, nachweisbar ist, welche gerade darauf abzielt, diese internationalen Rechtsschutzoptionen für entsprechende Individuen und andere ausländische Investoren einzuschränken oder sogar abzuschaffen. Vor diesem Hintergrund nun meine Frage: Wie ist eine solche grundlegende normative Korrektur in dem internationalen Rechtsregime zum Schutz ausländischer Investitionen aus der Perspektive der Konstitutionalisierung zu bewerten? Sind das bereits Tendenzen einer Dekonstitutionalisierung? Herr Tschentscher hat in seinem Referat allgemein von „Rückschlägen“ gesprochen, die aus der Perspektive der Konstitutionalisierung des Völkerrechts möglicherweise Anlass zur Sorge geben sollten, weil sie vielleicht den Beginn einer vergleichsweise früh einsetzenden Verfallsgeschichte darstellen. Oder sind diese Korrekturbewegungen, welche wir derzeit weltweit beobachten, vielleicht doch eher unter Rückgriff auf komplexere Erklärungsansätze aus der Perspektive der Konstitutionalisierung dogmatisch zu erfassen? Ich würde Zweiterem zuneigen, bin aber natürlich zunächst einmal viel mehr daran interessiert, was die beiden Referenten dazu sagen würden. Vielen Dank.

**Krajewski:** Ich möchte mich auch dem Dank für zwei exzellente Referate anschließen, die uns die Komplexität und die Vielschichtigkeit vor Augen geführt haben, wenn man nach konstitutionellen Elementen im Völkerrecht sucht. Wenn man über Konstitutionalisierung spricht, stelle ich mir immer folgende Frage: Wer oder was soll oder wird da wen oder was konstitutionalisieren? Das ist, wie ich glaube, für die Analyse auch eine wichtige Trennung der Ebenen. Hilfreich scheint mir das Denken in konstitutionellen Funktionen. In dem Referat von Heike Krieger kommen in These 6 die Funktionen der Herrschaftsbegrenzung und Herrschaftslegitimation vor. Wenn wir über Herrschaftsbegrenzung reden, dann können wir ja auch wieder verschiedene Ebenen unterscheiden: einmal die Klassische,

dass das Völkerrecht eben Herrschaft der Staaten nach innen begrenzt, die Menschenrechte hat Christian Tomuschat schon vor vielen Jahren als völkerrechtliche Nebenverfassung und Ernst-Ulrich Petersmann das GATT als eine handelsrechtliche Verfassung bezeichnet, Karsten Nowrot erwähnt eben den Investitionsschutz als ein Verfassungselement; daneben kann das Völkerrecht natürlich Herrschaftsausübung auf überstaatlicher Ebene begrenzen, dazu haben wir die Beispiele des Sicherheitsrats und seiner Sanktionen gehört. Eine Herrschaftsausübungsform, die noch nicht zur Sprache gekommen ist, ist die Herrschaftsausübung oder schlicht gesagt die Gewaltausübung von Staaten in extraterritorialer Weise: entweder durch echtes extraterritoriales Handeln oder aber durch staatliche Maßnahmen, die sich extraterritorial auswirken. Beispiele wären US-Drohnenangriffe in Pakistan in einer Situation unterhalb der Schwelle des bewaffneten Konfliktes. Ein zweites Beispiel wäre die Errichtung von sog. Willkommenscentern durch die EU-Staaten in Nordafrika oder das Zurückdrängen von Flüchtlingen auf hoher See. Ein drittes Beispiel wären staatliche Maßnahmen im Rahmen von Schuldenmanagement bei Staatsschuldenkrisen, die Aufoktroierung von Autoritätsmaßnahmen. Meine Frage ist: Kann entweder die Konstitutionalisierungsthese oder die klassische pragmatische Sichtweise uns eigentlich in diesen Fällen der staatlichen Gewaltausübung oder Herrschaftsausübung in extraterritorialer Weise weiterhelfen? Vielen Dank.

**Peters:** Herr Häberle internationalisiert die Staatsrechtslehrervereinigung, indem er das amerikanische Zweifingersystem einführt und sich damit zu Wort meldet.

**Häberle:** Sehr geehrte Frau Peters, sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen. Erlauben Sie eine Anknüpfung an die große Tradition des Spontanbeitrags in unserer Vereinigung, seit den Tagen von Günter Dürig bis zu Hans Meyer (Berlin/Frankfurt). Gestattet waren etwa 1 ½ Minuten. In aller Kürze dies: Einer der Vorredner warf soeben ein kritisches Licht auf die Schweiz. Dem muss ich für unser Thema widersprechen. Die „Werkstatt Schweiz“ hat Vorbildliches zu der Umkehrung unseres heutigen Themas, d.h. zum Völkerrecht „im“ Verfassungsrecht, geschaffen. Die Verfassung des Kantons Bern von 1993 thematisiert die „internationale Zusammenarbeit und Hilfe“ durch den Hinweis auf einen Beitrag zum wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Aufbau in benachteiligten Ländern und zur „humanitären Hilfe für notleidende Menschen und Völker“. Sie will dabei die Einhaltung der Menschenrechte gefördert wissen. Aus meiner Sicht geht es hier um „nationales Weltverfassungsrecht“ – als Pendant zum „nationalen Europaverfassungsrecht“, eine neue Kategorie. In einer Reihe

jüngerer Verfassungen finden wir ähnliche Texte zur „Welt“ und zum Universalen. Weitere solche Bausteine für Teilverfassungen im Völkerrecht sehen wir in der so geglückten neuen Bundesverfassung der Schweiz von 1999. Sie wissen, dass ihre wunderbare Präambel von dem Dichter Adolf Muschg stammt und sie gemäß der Idee der „Nachführung“ von Kurt Eichenberger vor dem Volk Bestand erlangte. Ihr Art. 5 Abs. 4 sagt: „Bund und Kantone beachten das Völkerrecht“. Damit ist das Völkerrecht in der Schweiz ein verfassungsstaatlicher Grundwert. Ein anderer Artikel verlangt „Linderung von Not und Armut in der Welt“, einen Beitrag zur „Achtung der Menschenrechte“, zum „friedlichen Zusammenleben der Völker“ sowie zur „Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen“ (Art. 54). Diese konstitutionelle Verortung des Völkerrechts ist gegenwärtig gefährdet. Es gibt eine Volksinitiative der Schweizerischen Volkspartei, angetrieben von dem unseligen Herrn Blocher. Er möchte eine Umkehrung der Rechtslage i.S. von: „Schweizer Recht bricht Völkerrecht“. Sein Erfolg wäre ein großer Rückschritt über die Schweiz hinaus. Wir brauchen eine idealistische Sicht des Völkerrechts.

**Peters:** Vielen Dank Herr Häberle. Ich habe als nächstes Herrn Frowein und Herrn Grimm.

**Frowein:** Meine Damen und Herren, ich möchte von These 22 von Frau Krieger ausgehen und ein paar Bemerkungen gewissermaßen zur Versöhnung der Standpunkte machen. Ich fühle mich ein bisschen angesprochen, weil ich vor 15 Jahren in Kiel zu diesen Fragen gesprochen habe.

In der Tat halte ich es für sehr wichtig, dass wir von dem ausgehen, was die Staaten festgelegt haben und ihnen Rechtsregeln als Ausdruck ihres eigenen Willens entgegenhalten; aber das ist ja genau das, was mit der Festlegung von *ius cogens* gemacht wurde und was der Internationale Gerichtshof mit den *obligations erga omnes* gemacht hat und was wir in der UN-Charta, die ja verglichen mit der Völkerbundsatzung eine große Weiterentwicklung ist, kennen. Warum ist man auf die Idee gekommen, diese als konstitutionelle Elemente – das finde ich einen guten Ausdruck, den ich auch immer gebraucht habe – zu verwenden? Man ist natürlich im Gegensatz zu der reinen Koordinationsordnung, als die man das Völkerrecht eben lange gesehen und verstanden hat, auf die Idee gekommen. Aber ich glaube in der Tat, die Gefahr hat sich gezeigt, dass man diese Dinge dann zu einer Metatheorie entwickelt, die nicht mehr wirklich überzeugend ist. Ich würde da in der Tat auch vor Vorstellungen ein bisschen warnen, wie man sie bei Herrn Tschentscher in der einen These findet, wo die Weltbevölkerung als möglicher *pouvoir constituant* angesprochen worden ist. Das geht mir bei Weitem zu weit, muss ich sagen. Im Übrigen

ist es aber natürlich Tatsache, dass wir in weiten Bereichen und nicht nur im Menschenrechtsschutz – und da verweise ich auf die intensive Arbeit unserer Vorsitzenden – die Individualrechte von Einzelpersonen, von Menschen, heute im Völkerrecht anerkannt haben. Ich glaube, das sind alles ausreichende Elemente, um zu verteidigen, dass man von konstitutionellen Elementen spricht, aber von einer Weltverfassung zu reden ist natürlich nicht angebracht. Danke schön.

**Grimm:** Wenn es um die Konstitutionalisierung des Völkerrechts geht, wird entweder gefragt, wie weit es sich der Verfassung bereits angenähert hat oder wie weit es davon noch entfernt ist. Die Wahl zwischen den beiden Blickrichtungen lässt meist schon Rückschlüsse auf die Präferenzen des Fragestellers zu. Die beiden Vortragenden haben zu diesen Positionen Äquidistanz gewahrt und zu erkennen gegeben, dass sie nicht jede Verrechtlichung internationaler öffentlicher Gewalt schon für Konstitutionalisierung halten. Ich möchte auf vier Differenzen zwischen nationalem und supranationalem Konstitutionalismus hinweisen, die nicht immer genügend Beachtung finden. Erstens der Gegenstand der Konstitutionalisierung: Voraussetzung dafür war die Konzentration der öffentlichen Gewalt im Staat. Sie schuf erst einen konstitutionsfähigen Gegenstand. Auf der internationalen Ebene ist es zu einer solchen Konzentration bisher nicht gekommen. Die internationale öffentliche Gewalt ist fragmentiert. Die Staatsverfassung ist funktional umfassend, territorial aber begrenzt; die völkerrechtliche Ordnung ist territorial umfassend, aber sektoral begrenzt. Auch wenn man das Völkerrecht in Konstitutionskategorien beschreibt, wird es in noch viel höherem Maß Teilverfassung sein als die Staatsverfassung – unser Thema von gestern Morgen. Zweitens: Woher nimmt das Völkerrecht das Vermögen, die global agierenden privaten Akteure, die sich nicht mehr an Staatsgrenzen halten müssen, unter Gemeinwohl-Erfordernisse zu zwingen? Eine Frage, auf die sich beide Referenten gar nicht eingelassen haben. Drittens: Eine der größten Konstitutionalisierungslücken im Völkerrecht besteht darin, dass die internationalen Organisationen, auch diejenigen, welche sich für den Schutz der Menschenrechte einsetzen, selbst nicht den Menschenrechten unterstehen. Einzige Ausnahme EU. Viertens: Während sich dieser Mangel beheben ließe, frage ich mich, wie demokratisch ein konstitutionalisiertes Völkerrecht aussehen könnte. Ist eine supranationale verfassunggebende Weltgewalt des Volkes oder eine universale Volkssouveränität, etwa in Habermas' Sinn, vorstellbar? Hier ist es dann mit der Äquidistanz der beiden Redner doch vorbei. Herr Tschentscher will das nicht ausschließen, Frau Krieger hält es nicht für wünschenswert. An dieser Frage entscheidet sich aber letztlich, ob wir es mit Konstitutionalisierung oder doch nur mit Verrechtlichung zu tun haben.

**Peters:** Vielen Dank, Herr Grimm. Als nächstes Herr Klein und Herr Ress.

**Klein, Eckart:** Meine erste Bemerkung betrifft Herrn Tschentscher. Ich frage mich, warum Sie so viel Zeit und Mühe und interessante Überlegungen auf diesen Vergleich von völkerrechtlicher Verfassung und Staatsverfassung verwendet haben. Läuft es nicht eigentlich darauf hinaus, dass Sie doch der Auffassung sind, dass eigentlich die Staatsverfassung das Entscheidende sei, das Eigentliche, an das sich die Weltverfassung irgendwie anpassen muss oder auf dem Weg dahin ist, sich anzupassen, und dass man dabei dann bestimmte Defizite feststellt? Ist man darüber nicht eigentlich schon längst hinaus, weil man sagt, es gebe eben Verfassungen, die nicht unbedingt etatistische Verfassungen sein müssen?

Der zweite Punkt. Juristen haben ja eine unausrottbare Liebe – und die habe ich natürlich auch – zu Ordnung und Hierarchie, weil dann alles gleich deutlicher und einfacher und klarer wird. Aber die Frage ist doch, ob das einfach so auf das Völkerrecht übertragen werden kann. Herr Frowein hat zu Recht von den Elementen und die Referenten haben ja auch von den konstitutionellen Elementen im Völkerrecht gesprochen, aber kann man daraus die Idee einer Konstitution oder eines Prozesses, einer Konstitutionalisierung, kreieren, die immer weiter führt? Wer in internationalen Gremien gearbeitet hat und versucht, solche an sich bei uns völlig unstrittigen Werte oder unstrittig werdende Werte anzuerkennen, der würde bald auf den Bauch fallen, um das mal deutlich zu sagen. So etwa im UN Menschenrechtsausschuss, als es darum ging, ob Homosexuelle heiraten dürfen oder ob ein Verbot ein Verstoß gegen den einschlägigen Artikel des Paktes für bürgerliche und politische Rechte und damit völkerrechtswidrig wäre. Hätte der Ausschuss damals gesagt, das sei ein Verstoß, dann wäre die Folge gewesen, dass alle islamischen Staaten und andere Staaten jede Zusammenarbeit mit dem Ausschuss praktisch aufgekündigt hätten. Wir müssen wirklich vorsichtig sein, hier die Sache nicht zu übertreiben. Danke.

**Ress:** Vielen Dank nochmal für die beiden sehr schönen Referate. Ich habe mich natürlich auch gefragt, was es bedeutet, wenn Konstitutionalisierung als eine gewisse Verrechtlichung der Gesamtordnung und eine Frage nach der Ähnlichkeit von Elementen dieser Gesamtordnung mit der Staatsordnung oder mit den meisten Staatsordnungen zu verstehen ist. Dafür haben beide Referenten, vor allen Dingen Frau *Krieger*, doch immer wieder an den Willen der Staaten angeknüpft. Ihre beiden herausragenden Beispiele, die spätere Praxis der Staaten und die Intervention auf Einladung, waren Beispiele für die Anknüpfung an den Willen von Staaten. Es hätte vielleicht nahe gelegen, hier eine Betrachtung der Entwicklung der Völkerrechts-



jekte einzuführen, so wie mir überhaupt der historische Entwicklungsaspekt zu kurz kam. Denn im Hinblick auf die Völkerrechtssubjekte, denken Sie nur an die Stellung des Individuums, haben wir doch in den letzten Jahrzehnten eine ganz erhebliche Entwicklung zu verzeichnen. Und ich bin nicht abgeneigt zu sagen, dass wir auch global im Zuge einer Entwicklung zur Annäherung an staatliche Elemente stehen. Ein anderes Beispiel ist die Entwicklung der internationalen Gerichtsbarkeit. Davon hätte man vor 200 oder 100 Jahren gar nicht so geredet. Das ist ein ganz deutliches Element der Annäherung der internationalen Gemeinschaft an staatliche Strukturen, so wie wir sie zur Streitbeilegung kennen und wie sie sich in den letzten 600 Jahren in Europa entwickelt haben. Bedenken Sie, dass es vor 600 Jahren bei uns noch die Fehde zur Streitbeilegung gab. Deren Ablösung durch staatliche Gerichte war ein langer Vorgang, so wie jetzt die Überhöhung der staatlichen Gerichtsbarkeit durch internationale Gerichte. Wir haben sogar beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine Vollstreckungsbehörde: Nämlich das Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Das ist ein Element, das staatlicher Vollstreckungsgewalt sehr ähnlich ist. Wenn wir das heranziehen, dann sehe ich doch im Einklang eigentlich mit beiden Referenten eine gewisse, wenn auch nicht sofort eintretende, Annäherung an staatliche Elemente. Das ist, wie hier in der Diskussion gesagt wurde, am Suchbild der Verfassung orientiert. Das wird weitergehen. Wir sind ja erst in einer bestimmten Entwicklungsphase, und ich kann nur hoffen, dass es so weiter geht, denn ich vertraue darauf, dass die gewachsenen Staatsordnungen, um die Worte von Herrn *Grimm* aufzugreifen, auch die Elemente der Demokratisierung enthalten, und dass wir das auch in der einen oder anderen Form, über die ich jetzt hier nicht reden will, in Zukunft auf der internationalen Ebene, in internationalen Organisationen weiter entwickeln werden.

**Peters:** Vielen Dank, Herr Ress, und vielen Dank an alle. Ich möchte nun gerne beiden Referenten das Schlusswort erteilen, zuerst Frau Krieger und dann Herrn Tschentscher.

**Krieger:** Vielen Dank für die vielzähligen Fragen. Ich möchte mich diesen Fragen vom Besonderen ins Allgemeine nähern. Ich fange zunächst mit der konkreten Frage nach der Intervention auf Einladung an: Wie verhält es sich, wenn eine effektive Regierung wie in den Fällen, die Andreas Paulus genannt hat, nicht vorliegt? Auch zu dem Hinweis von Stefanie Schmahl zur Einladungsberechtigung von Assad möchte ich kurz etwas sagen. Die Frage, wann die Einladungsberechtigung vorliegt, hat sich im Völkerrecht entwickelt. Traditionell war vor allem die effektive Regierung einladungsberechtigt, aber wir beobachten schon länger eine Rechtsentwicklung, die

zeigt, dass demokratisch und frei gewählte Regierungen auch einladungsberechtigt sind, selbst wenn sie etwa durch einen Coup d'Etat ihre Regierungsgewalt vorübergehend verloren haben. Hier gibt es seit den 90er Jahren eine einschlägige Praxis, und es sind gerade diese Legitimitätskriterien, die die Rechtsfigur des Eingreifens auf Einladung als Alternative und als Auffangfunktion interessant machen. Daher meine ich, dass insbesondere an der Elfenbeinküste die Einladung des gewählten Präsidenten eine völkerrechtmäßige Einladung gewesen ist und die internationalen Organisationen darauf auch entsprechend reagiert haben. Zum Hinweis von Stefanie Schmahl denke ich auch, dass die Frage der Einladungsberechtigung der syrischen Regierung hochproblematisch ist; umso dramatischer ist es, dass von 50 Staaten, die am 30. September im Sicherheitsrat Stellung bezogen haben, nicht ein Staat ein rechtliches Argument dazu vorgebracht hat, ob das Assad-Regime überhaupt einladungsberechtigt ist. Daran kann man zweifeln: das Assad-Regime verfügt unter Umständen schon gar nicht mehr über eine ausreichend effektive Regierungsgewalt, es ist wahrscheinlich gar nicht mehr repräsentativ und es stellt sich die Frage, ob nicht Art. 1 der Genfer Konventionen verletzt wird, wenn ein Staat auf der Seite einer Regierung eingreift, die Kriegsverbrechen begeht. Das wären alles Anknüpfungspunkte um an der Einladungsbefugnis des Assad-Regimes zu zweifeln. Kein Staat hat das geltend gemacht. Vielleicht sagt auch dieser Umstand etwas über den Zustand des Rechts in den internationalen Beziehungen aus.

Ich komme zum zweiten Punkt von Andreas Paulus: Wir brauchen und wir suchen völkerrechtliche Lösungen, weil die Staaten alleine die Probleme, die für globale Güter bestehen, nicht lösen können. In der Tat: das ist das große Problem, das auch hinter der UN Klimarahmenkonvention steht. Aber auch hier gilt es neue Entwicklungen zu beobachten und zu analysieren. Dabei lassen sich verschiedene Formen der Rechtsetzung ausmachen: unilaterale Rechtsetzung, unverbindliche Formen der Rechtsetzung und hierarchische Rechtsetzung im UN-Sicherheitsrat. Axel Tschent-scher hatte in seinem Vortrag auf die Beispiele aus den 2000er Jahren im Hinblick auf die Terrorismusbekämpfung hingewiesen. Es gibt seit einigen Jahren immer wieder Versuche, das Thema des Klimaschutzes vor den Sicherheitsrat zu bringen, wobei es zumindest Gegenstand von Sicherheitsratsdiskussionen geworden ist. Es gab darüber hinaus im letzten Jahr eine Resolution des UN-Sicherheitsrats zur Ebola-Krise, in der er unmittelbar auf die WHO-Rechtsetzung Bezug nimmt, diese zur Anwendung bringt und mit der Bindungswirkung aus der UN-Charta ausstattet. Was aber in den Hintergrund zu treten scheint, sind die multilateralen Ordnungsverträge im Verhältnis zur Herausbildung verschiedener Strukturen in Richtung auf Hierarchisierung, Unilateralisierung oder Entrechtlichung.

Ich bezweifle aber, ob diese Entwicklung wirklich Konstitutionalisierung ist.

Kurz möchte ich auf die Frage der extraterritorialen Anwendbarkeit von Verträgen und der Wandlungen in Verträgen eingehen: dies ist mit den Mitteln völkerrechtlicher Auslegung den Verträgen zu entnehmen, die in vielen Fällen eine extraterritoriale Anwendbarkeit ermöglichen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im Grunde seine Rechtsprechung zur extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK stetig ausgedehnt, auch korrespondierend zur Zunahme der Praxis der Staaten. Wir sehen aber auf der anderen Seite – etwa im Fall Hassan, wo es um eine Internierung von Personen im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten geht –, dass der Gerichtshof auch den Staaten entgegenkommt, weil er im Grunde genommen in Art. 5 EMRK eine Rechtfertigung für die Inhaftierung hineingelesen hat, die so in der EMRK nicht enthalten ist und die er der nachfolgenden Staatenpraxis entnommen hat. Das finde ich ziemlich weit gehend, aber man sieht, dass der Gerichtshof in einem Diskurs mit den Vertragsstaaten steht, auch weil er mit den britischen Austrittsdrohungen konfrontiert ist. Darauf hat Martin Hochhut zu Recht hingewiesen. Dabei geht es nicht nur um Großbritannien, sondern auch um die Schweiz, Norwegen oder die Niederlande. Es gibt viele Staaten, die in das Konzert der Kritiker des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte mit eingetreten sind.

Immer wieder ist in den Fragen die Problematik der Legitimation aufgetaucht sowie – bei Axel Kämmerer gleich am Anfang – die Frage, welche Rolle die NGO's hierbei spielen. Müssen wir nicht die nicht-staatlichen Akteure mehr heranziehen, weil doch gerade die nicht-staatlichen Akteure Legitimation vermitteln können? Ein öffentlicher Diskurs hat immer eine legitimierende Wirkung, aber ich bin gegenüber der legitimierenden Rolle von NGO's ein wenig skeptisch, ob sie nicht oft in dieser Diskussion in ihrer Wirkung überschätzt werden, wenn man sich z.B. die Mitgliederzahlen von amnesty international anschaut: 2005 waren das über 1 Mio Mitglieder in Nordeuropa und Amerika und 4000 Mitglieder in Afrika. Im Grunde stellt sich bei NGOs das gleiche Problem wie bei den Staaten: Es besteht ein Übergewicht für den globalen Norden und der globale Süden wird nicht gehört. Ich denke, die große Legitimationsherausforderung für die Völkerrechtsordnung in der mittelfristigen Perspektive – und das ist die Perspektive um die mir gelegen ist – ist die Frage der Verteilungsgerechtigkeit. Das kündigt sich an vielen Stellen an und wird uns im großen Maße herausfordern. Es wird um die gleichberechtigte Teilhabe des globalen Südens auch an all den verschiedenen Prozessen der Rechtsetzung gehen und NGO's sind da bisher doch eher Repräsentanten des globalen Nordens.

Das bringt mich schon zu der ganz allgemeinen Frage, wie es um die Kohärenz in meinem Modell bestellt ist. Ich gehe natürlich davon aus, dass

das Völkerrecht eine Rechtsordnung ist. Eine Rechtsordnung muss nach einem Systemgedanken funktionieren und in sich kohärent sein, sonst ist es keine Rechtsordnung. Sie muss auch gewisse einheitsbildende Merkmale enthalten. Das hat Canaris am Beispiel des Zivilrechts dargelegt. Aber eine einheitliche kohärente Rechtsordnung ist nicht gleichbedeutend mit einer Verfassungsordnung. Das ist ein wichtiger Unterschied gerade auch für das Völkerrecht, weil es dann eben aus meiner Sicht doch an vielen wichtigen Elementen einer Verfassung fehlt. Dennoch enthält die Völkerrechtsordnung Werte, an denen auch die Auslegung orientiert sein muss und die für die Auslegung Maßstäbe vorgeben. Wenn man im Rahmen der systematischen oder teleologischen Auslegung nach Art. 31 der Wiener Vertragsrechtskonvention einen Vertrag interpretiert, müssen die Werte des Vertrages berücksichtigt werden, die in dem Vertrag verkörpert sind. Ebenso müssen andere Rechtswerte in der systematischen Auslegung mit herangezogen werden. Letztlich handelt es sich um eine Methodenfrage. Wie ermittelt man die einschlägigen Werte? So kann man erga omnes Normen sehr gut herleiten, indem man die UN-Praxis betrachtet, indem man die Verträge betrachtet, die die Staaten abgeschlossen haben und indem man das Handeln der Staaten betrachtet, wenn sie einseitige Sanktionen verhängen. Auf dieser Folie kann man ermesen, ob ein Wert so fundamental in der Völkerrechtsordnung ist, dass er einen erga omnes Wert darstellt. Christian Tams hat das beispielsweise sehr schön dargelegt. Auch kennt das Völkerrecht Prinzipien, ich habe selbst über eines promoviert. Es kennt Strukturprinzipien; es gibt Art. 38 lit. c) des IGH-Statuts. Aber all diese Prinzipien sind nach meinem Verständnis – abhängig vom Abstraktionslevel – letzten Endes wieder an den Staat rückbindbar. Wovon ich vor allem warnen möchte, oder was mir jedenfalls Unbehagen bereitet, ist die Generalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Völkerrechtslehre, die man im Moment beobachten kann; also die Idee, dass jede Regimekollision über eine Verhältnismäßigkeitsabwägung gelöst werden könnte. Axel Tschentscher hat darauf hingewiesen, dass der IGH für den Konflikt Menschenrechte und Immunität eine solche Lösung abgelehnt hat. Eine Abwägungslösung ist nicht die Lösung, die hier angemessen ist. Und mir scheint es wichtig, zum einen nicht zu überdecken, welche Unterschiede zwischen den Regimen bestehen; zum anderen sich nicht dem Irrtum darüber hinzugeben, dass Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht sehr unterschiedliche Dinge bedeuten kann. Auch das muss man immer vor Augen behalten. Ich habe einen Beitrag gelesen, in dem dieser Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verknüpft wurde mit der Idee eines präkonstitutionellen Völkerrechts und der Insinuation, dass dieses Recht dann auch leichter verdrängbar sei. Das sind methodische Wendungen in der Prinzipienanwendung und Auslegung, die mir zu weit gehen und sich zu weit von dem entfernen, was Völkerrecht bedeuten sollte.

Ich komme zum Schluss auf die Frage: Ist Demokratie als völkerrechtliches Prinzip wünschenswert oder hielte ich ein solches Prinzip nicht für wünschenswert? Wenn ich mir etwas wünschen dürfte, wüsste ich wie die Welt aussehen soll. Aber ich kann mir ja nichts wünschen. Oder jedenfalls nichts, was unbedingt in Erfüllung geht. Und deshalb – noch einmal – ist mir die mittelfristige Perspektive wichtig. Mir ist wichtig, dass wir im Völkerrecht in der mittelfristigen Perspektive aus der Situation herauskommen, in der wir uns im Moment befinden. Dazu muss man bei den Werteformulierungen vorsichtig sein. Demokratie ist im Moment auf völkerrechtlicher Ebene ein großer Reizbegriff, nicht zuletzt wegen der Regime-Change-Problematik, die mit dem Libyenkonflikt verbunden war. Ich glaube, kurzfristig Forderungen in diese Richtung zurückzuhalten, ist für den Moment jedenfalls eine weise Herangehensweise, ohne dass man auf der langfristigen Perspektive seine eigenen Werte nun völlig aufgeben müsste. Das Völkerrecht muss flexibel bleiben, damit wir auch heute Lösungen finden, nicht nur für unsere europäischen Probleme, sondern Lösungen, die weltweit Akzeptanz finden können. Ich danke Ihnen.

**Peters:** Vielen Dank für dieses Plädoyer. Nun Axel Tschentscher.

**Tschentscher:** Herr Kämmerer hat mit der Frage nach multiplen Verfassungen eingeleitet. Tatsächlich gibt es ja unterschiedliche Bezugspunkte für Konstitutionalisierung, auch im Völkerrecht. Nun haben Sie ganz recht, es gibt den Ansatz, der die Multiplizität der Verfassung berücksichtigt. Dort nimmt man aber überwiegend die Verfassung als Organisationsreglement, als Gründungsstatut. Das wird dann zum Teil auch ausdrücklich so gesagt, etwa bei der Gründungscharta der UN-Industrial-Development-Organisation, die sich einfach Verfassung nennt. Das können wir natürlich auch bei der UNO insgesamt machen, aber dieser Charakter, dass etwas einfach als Gründungsstatut eine Verfassung ist, hat mich eigentlich nicht interessiert. Ich wollte wirklich die Verfassung für das gesamte Völkerrecht untersuchen, also für die internationale Gemeinschaft insgesamt. In dem Zusammenhang auch die Fragen von Herrn Dederer und Herrn Nolte: beide sind geschichtlich angelegt mit Kritik an meiner These 11, wo ich die Urkundsqualität der Charta zu negativ gesehen hätte. Ich glaube man müsste, wenn man von einer Verfassungsurkunde wirklich sprechen wollte, nicht nur die Charta selbst nehmen, sondern auch das IGH Statut, das ja Bestandteil der Charta ist; und man müsste wohl auch noch die Wiener Vertragsrechtskonvention als relevantes Metarecht dazu nehmen und das dann wie in einem Paket als Verfassungsurkunde untersuchen. Selbst wenn man das täte, denke ich, ist der Inhalt derartig mitgliedschaftsorientiert, dass ich den Verfassungscharakter verneinen würde – immer mit der Ausnahme, dass es ja

diejenigen Vorschriften in Kapitel 7 gibt, die die Kompetenzen des Sicherheitsrats begründen. Da allerdings sehe ich verfassungsartige Züge. Bevor ich dazu komme, möchte ich aber noch einzelne andere Punkte aufgreifen. Zur Frage von Herrn Kotzur bezüglich der nichtstaatlichen Akteure und der Gefahren, welche da entstehen. Die nichtstaatlichen Akteure, wie auch die staatlichen, begründen vor allem neue Gefahren und intensivere Gefahren für die einzelnen Menschen. Insofern scheint mir das, was Sie selbst auch vertreten, die anthropozentrische Wende im Völkerrecht, die Antwort darauf zu bieten. Dass wir vermehrt versuchen, unterhalb der Ebene der Staatlichkeit zu schauen, wie die Menschen direkt geschützt werden können und welche Instrumente dafür aktiviert werden, verstehe ich als den Auftrag, der hinter dieser derzeitigen Diskussion steht.

Dann vielleicht zu Herrn Frowein: Sie verzeihen mir, wenn ich Ihnen mit einem Hinweis an Herrn Grimm antworte. Ihre Kritik im Bezug auf These 10 war, dass ich die Weltbevölkerung als Maßstab genommen habe, dass ich auf der Suche nach einem Weltrecht, einer Weltverfassung bin und das nicht angebracht sei. Ich glaube, dass Herr Grimm das ganz gut auf den Punkt gebracht hat. Stärker noch als in allen anderen Bereichen kann im Völkerrecht eine Verfassung von vornherein nur ganz stark sektorial, also sehr stark sachlich eingeschränkt sein. Ich habe ja auch gesagt, was ich für den Gegenstand der Völkerrechtsverfassung im Moment halte: es geht um den Bereich, in dem wir einen Wertekonsens haben, das heißt die Integritätsrechte der Menschen, und das gemeinsame Ansinnen, diese besser zu schützen. Auf der organisatorischen Ebene hat sich jetzt der Sicherheitsrat, ohne dass ich da großen Widerspruch sehe, mehr von einem reinen Exekutivorgan, das Einzelbeschlüsse fasst, zu einem Legislativorgan, das ganze Rahmenordnungen erlässt, entwickelt. Das war beim jugoslawischen Gerichtshof so, doch es ist noch viel stärker in den neuen Verfahren. Wenn man eine Legislativgewalt dort hat – insofern kann ich auch gleich zu Herrn Becker kommen, ob nicht das Entscheidende die Kompetenzvorschriften sind –, dann haben wir einen Kompetenzbereich. Da würde ich schon heute sagen, dass wir mit diesem doch konstitutionellen Element in Chapter 7 der UN-Charta einen ausgewiesenen Kompetenzbereich haben, der durchschlägt. Und wenn Sie nur das als Kriterium genügen lassen wollen, dann können Sie Konstitutionalismus unproblematisch bejahen, wie im Übrigen auch Herr Paulus ja letztlich auf Sie geantwortet hat.

Vielleicht, wenn ich schon bei Ihnen bin, Herr Bäcker: Mit der regulativen Idee haben Sie völlig Recht. Bei einer regulativen Idee geht es normalerweise darum, dass man sie gar nicht verwirklichen kann. Wie komme ich zu meinem Soll? Ursprünglich hätte das in meiner These 16 heißen sollen: Die Verfassung richtet sich als regulative Idee auf die größtmögliche

Verwirklichung der Schutzinstrumente. Das ist etwas schwerfällig. Worum es mir geht, ist, dass man die größtmögliche Verwirklichung tendenziell betreiben will, aber mit der Bremse, dass kein Weltstaat daraus werden darf. Dieser Vorbehalt führt mich zur Änderung dieser Formulierung. Wir können vielleicht bilateral nochmal über die Details reden, aber ich halte daran fest, dass es aus meiner Sicht eine regulative Idee im klassischen Sinn ist.

Dann komme ich schon zum aus meiner Sicht wichtigsten, schwierigsten und letzten Grund. Ich fasse Anregungen von Herrn Paulus zum Weltrecht als Aufgabe zusammen. Meine Antwort ist: ja, eben ganz stark sektoriell. „Welche Lösung?“ war die Frage von Herrn Paulus. Herr Krajewski hat dazu gefragt, wer eigentlich was konstitutionalisieren kann. Das gehört aus meiner Sicht direkt dazu. Herr Grimm hat die Frage gestellt, ob das nicht auf eine Weltgewalt wie bei Habermas hinausläuft. Das ist der Gedankengang, den ich letztlich auch verfolgt habe: Weltrecht als Aufgabe. Ich glaube durch die derzeitige Konstitutionalisierungsdebatte stellt sich diese Frage. Was sind eigentlich die Weltrechtselemente mit denen wir die Aufgabe „Besserer Schutz der Menschen in Gefährdungslagen“, vielleicht auf eine modernere Art lösen können? Und wer konstitutionalisiert was? Was man häufig hört ist, dass die Staatsrechtslehrer plötzlich anfangen. Es ist auch die Rede vom Artefakt. Mir scheint klar zu sein, dass sich das jeweilige Organ hier selbst konstitutionalisiert: der Sicherheitsrat, indem er diese neuen Legislativformen annimmt und das unwidersprochen bleibt. Diese Listing-Verfahren werden weiter praktiziert und wahrscheinlich zukünftig auch ohne feste Zeitgrenze. Der Sicherheitsrat konstitutionalisiert sich also selbst in dieser Legislativoption und erweitert seine Exekutivtätigkeit. Jetzt ist die Frage: was passiert, wenn wir von außen – ich hab das Erwartungshorizont genannt – zusätzliche Erwartungen herantragen. Nun, vor drei Wochen hat die Generalversammlung der UN beschlossen, man möge einen neuen Anlauf machen, den Sicherheitsrat zu reformieren. Das sind ja wiederkehrende Versuche. Vielleicht klappt es diesmal, vielleicht wird es auch etwas mehr als bloß die Erweiterung der Sitze. Vielleicht kommen französische Vorschläge zum Zuge, dass man die Anwendung des Vetos sachlich einschränkt. Wie groß die Schritte sind, vermögen wir alle nur zu raten oder zu hoffen, je nach Position. Aber eines scheint mir klar zu sein: wer agiert, das sind die Organe selbst, das sind sicherlich nicht Staatsrechtslehrer und es sind auch nicht Völkerrechtler, das wäre tatsächlich artifiziell. Das Agieren kann nur aus dem völkerrechtlichen System heraus kommen, aber da sehe ich dann in der Tat auch gute Ansatzpunkte. Man schaue sich einmal an, was es denn an Reformvorschlägen in letzter Zeit gegeben hat: Die sind erstaunlich weitreichend. Gefordert wurde eine wirkliche gerichtliche Kontrolle, auch des Sicherheitsrats. Gefordert wurde, das

Veto der fünf ständigen Mitglieder wenn nicht aufzuheben, so doch einzuschränken. Und diese Vorschläge kommen nicht einfach von der Akademie, sie kommen aus der Praxis. Sie sind Reaktionen auf eine innere Erwartung. Das möchte ich an der Stelle noch anfügen: Es wird ja häufig gesagt, dass, wenn wir diesen Weltkonsens über Integrationsrechte nehmen, wenn wir Rechtstaatlichkeit, Demokratie und Menschenrechten einfordern, dass das letztlich gemessen an der Realität doch hoch artifizielle Konstrukte seien und die Welt in Wirklichkeit anders aussähe. Ich sehe das anders. Ich denke, das sind erfahrungsgesättigte Prinzipien, die in über 200 Jahren Kampf gewachsen sind, und wir haben alle, ob wir juristisch gebildet sind oder nicht, eine innere Vorstellung davon, was unsere Erwartung ist. Wenn wir gelistet werden und über unser Vermögen nicht mehr verfügen dürfen und das Land nicht mehr verlassen dürfen, dann haben wir eine Betroffenheitsempfindung, die bei uns die Reaktion auslöst, das könne ja wohl nicht ohne Rechtsschutz gehen. Und wir haben auch eine gemeinsame Reaktion, dass ein solcher Rechtsschutz – das ist unsere Erwartung – ein gerichtlicher Rechtsschutz ist und nicht eine Überprüfung der Maßnahme durch dieselben Organe, die den Eingriff verursacht haben. Uns genügt auch nicht der Ombudsmann, obwohl er immerhin ein Dritter ist. Alles das ist nicht unsere Erwartung. Unsere Erwartung ist letztlich eine, die geprägt ist durch unsere Erfahrung mit der Staatlichkeit.

Jetzt bin ich bei Herrn Grimm: Ich denke Weltgewalt à la Habermas ist ein denkbarer Weg. Habermas hat das vor zwei Jahren in einem Interview mit Herrn Bogdandy geschildert und hat die Auffassung vertreten, dass in einem sehr engen sektoriellen Bereich, nämlich in dem, was der Sicherheitsrat jetzt mit Kapitel 7 verkörpert, eine solche Weltgewalt möglich sei. Wenn es gelingt, den Sicherheitsrat zu reformieren, so dass er unparteiischer wird, und wenn es zusätzlich eine gerichtliche Kontrollmöglichkeit gibt, für die man das IGH-Statut ändern müsste; wenn das gelänge, dann könnte er sich vorstellen, dass wir über die Zeit zu einem routinemäßig und freiwillig von den Mitgliedstaaten unterstützten Handeln dieses Sicherheitsrats übergehen, so dass wir nicht eine radikale multisektorielle Entwicklung dieses UNO-Systems brauchen, sondern auf der Basis der Weltbürgerschaft in der kantischen Tradition letztlich eine Aufgabenvertiefung des Sicherheitsrats. Damit, denke ich, wäre dann tatsächlich ein großer Wandel erreicht, den man auch aufrichtig Konstitutionalisierung nennen kann.

Damit bin ich am Ende. Danke für das Vertrauen, dass ich dieses Thema bearbeiten durfte, es hat mich sehr intensiv begleitet. Ich möchte nicht die 75 Jahre beschwören, deren Jubiläum wir feiern, sondern die 25 Jahre. Seit 25 Jahren ist diese Konstitutionalisierungsdebatte im Gange – mit den Rückschlägen, die ich erwähnt habe. Es wird aus meiner Sicht sehr inte-



ressant sein, in 25 Jahren die Debatte vom heutigen Tag noch einmal zu lesen. Ich bin darauf sehr gespannt, denn es wird sich gezeigt haben, ob wir gegenwärtig tatsächlich an einer Verfassungsentwicklung im Völkerrecht teilhaben oder nicht. Vielen Dank.

## Verzeichnis der Redner

Alexy 121  
Arnim, von 393  
Bäcker, Carsten 479  
Bast 124  
Bickenbach 279  
Cancik 267  
Classen 281  
Dederer 474  
Dreier, Horst 280  
Droege 374  
Eberhard 109  
Engel 268, 376  
Englisch 394  
Fehling 392  
Frowein 485  
Funke 272  
Grimm 106, 486  
Groß 277  
Häberle 105, 286, 484  
Heinig 114, 128  
Hochhuth 480  
Hoffmann-Riem 386  
Huber 271  
Hufen 375  
Kämmerer 473  
Kirchhof, Ferdinand 396  
Kirchhof, Gregor 377  
Kirchhof, Paul 377  
Klein, Eckart 487  
Klein, Tonio 285, 390  
König, Doris 118  
Kotzur 112, 266, 477  
Krajewski 483  
Krieger 488  
Ladeur 113, 383  
Lepsius 265  
Lewinski, von 284  
Luther 112  
Magen 392  
Mahlmann 120, 388, 474  
Marauhn 475  
Masing 119  
Mayer 116, 126, 381, 476  
Michael 276, 289  
Müller, Georg 391  
Müller-Terpitz 384  
Nettesheim 477  
Nolte, Georg 476  
Nowrot 482  
Paulus 110, 481  
Pernice 108, 283, 389  
Pitschas 270  
Reimer, Ekkehart 398  
Ress 123, 487  
Ruffert 267  
Saurer 278  
Schenke, Ralf P. 394  
Schmahl 482  
Schoch 274, 382  
Schorkopf 125  
Seibert-Fohr 387  
Seiler 400  
Steiner 282  
Stelkens 269  
Streinz 379  
Sydow 385  
Thym 123  
Tomuschat 122  
Tschentscher 492  
Waldhoff 373

Weber, Albrecht 111  
Wegener 402  
Wernsmann 397  
Winkler, Markus 282

Wißmann 271  
Wolff 388  
Wollenschläger 275, 287, 380

## **Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer e.V.**

(Stand: 01.01.2016; ständige Aktualisierung  
unter [www.staatsrechtslehrer.de](http://www.staatsrechtslehrer.de))

### Vorstand

#### Vorsitzender

Prof. Dr. Martin *Morlok*  
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf  
Juristische Fakultät  
Universitätsstr. 1  
40225 Düsseldorf  
Tel. (0211) 81 11465  
Fax (0211) 81 11460  
E-Mail [ls.morlok@uni-duesseldorf.de](mailto:ls.morlok@uni-duesseldorf.de)

#### Stellvertreter

Prof. Dr. Matthias *Jestaedt*  
Albert-Ludwigs-Universität  
Rechtswissenschaftliche Fakultät  
79085 Freiburg i. Br.  
Tel. (0761) 2039 7800  
Fax (0761) 2039 7802  
E-Mail [matthias.jestaedt@jura.uni-freiburg.de](mailto:matthias.jestaedt@jura.uni-freiburg.de)

#### Stellvertreter

Prof. Dr. Franz *Merli*  
Universität Wien  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht  
Schottenbastei 10–16  
1010 Wien  
Tel. (0043) 1 4277 35421  
E-Mail [franz.merli@univie.ac.at](mailto:franz.merli@univie.ac.at)

## Mitglieder

*Adamovich*, Dr. Dr. h.c. mult. Ludwig,  
o. Univ.-Prof.,  
Präsident des Österreichischen  
Verfassungsgerichtshofs a.D.,  
Rooseveltplatz 4, A-1090 Wien,  
(0043) 66 42 42 75 26;  
Österreichische Präsidentschaftskanzlei,  
Hofburg, Ballhausplatz, A-1014 Wien,  
(0043) 1534 22-300,  
Fax (0043) 1534 22-248,  
E-Mail ludwig.adamovich@hofburg.at

*Albers*, Dr. iur., Dipl. soz. Marion,  
Professorin,  
Sulzer Straße 21a, 86159 Augsburg;  
Universität Hamburg,  
Fakultät für Rechtswissenschaften,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Informations- und Kommunikationsrecht,  
Rechtstheorie,  
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,  
(040) 42838-5752,  
Fax (040) 42838-2635,  
E-Mail marion.albers@jura.  
uni-hamburg.de

*Alexy*, Dr. Dr. h.c. mult. Robert,  
o. Professor,  
Klausbrooker Weg 122, 24106 Kiel,  
(0431) 5497 42;  
Universität Kiel, 24098 Kiel,  
(0431) 880 3543,  
Fax (0431) 880 3745,  
E-Mail alexy@law.uni-kiel.de

*Alleweldt*, Dr. Ralf, LL.M., Professor,  
Alt-Reinickendorf 19 A, 13407 Berlin,  
(030) 9143 6466;  
Fachhochschule der Polizei  
des Landes Brandenburg,  
Bernauer Str. 146, 16515 Oranienburg,  
(03301) 850 2554,  
E-Mail ralf.alleweldt@fhpolbb.de

*Anderheiden*, Dr. Michael, Professor,  
Stephanienstr. 32, 76133 Karlsruhe,  
(0721) 470 0817;  
Fakultät für Rechts- und  
Staatswissenschaften  
Andrássy Universität Budapest,  
Pollack Tér 3, 1088 Budapest / Ungarn,  
(0036) 1 8158 120;  
In Deutschland erreichbar unter:  
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg,  
Juristisches Seminar,  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,  
69117 Heidelberg,  
(06221) 5474 97,  
E-Mail anderheidenm@jurs.  
uni-heidelberg.de

*Appel*, Dr. Ivo, Professor,  
Universität Hamburg  
Fakultät für Rechtswissenschaft  
Professur für Öffentliches Recht,  
Umweltrecht und Rechtsphilosophie  
Forschungsstelle Umweltrecht  
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,  
Tel. 040-42838 3977  
Fax 040-42838 6280  
E-Mail ivo.appel@jura.uni-hamburg.de

*Arnauld*, Dr. Andreas von, Professor,  
Walther-Schücking-Institut für  
Internationales Recht / Walther Schücking  
Institute for International Law  
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel  
Westring 400, 24118 Kiel  
fon +49 431 880-1733  
fax +49 431 880-1619  
E-mail arnauld@wsi.uni-kiel.de

*Arnim*, Dr. Hans Herbert von, o. Professor,  
Im Oberkämmerer 26, 67346 Speyer,  
(06232) 981 23;  
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, 67324 Speyer,

(06232) 654 343,  
E-Mail vonarnim@uni-speyer.de

*Arnold*, Dr. Rainer, o. Professor,  
Plattenweg 7, 93055 Regensburg,  
(09 41) 7 44 65;  
Universität Regensburg,  
93053 Regensburg,  
(0941) 943-2654/5,  
E-Mail Rainer.Arnold@jura.  
uni-regensburg.de

*Aschke*, Dr. Manfred, Professor,  
Kantstr. 14, 99425 Weimar,  
(03643) 4022 83,  
Fax (03643) 4022 84,  
E-Mail winckelmann.aschke@t-online.de;  
c/o Professor Öffentliches Recht II,  
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen  
oder Thüringer Oberverwaltungsgericht  
Kaufstr. 2–4, 99423 Weimar,  
(03643) 206-269

*Augsberg*, Dr. Dr. Ino, Professor,  
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,  
Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und  
Öffentliches Recht,  
Leibnizstraße 6, 24118 Kiel  
0431 880-5494,  
Fax 0431 880-3745  
E-Mail augsberg@law.uni-kiel.de

*Augsberg*, Dr. Steffen, Professor,  
Semperstr. 20, 22303 Hamburg,  
(0178) 8314 000;  
Justus-Liebig-Universität,  
Professur für Öffentliches Recht,  
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen,  
(0641) 99-21090/91  
Fax (0641) 99-21099,  
E-Mail Steffen.Augsberg@recht.  
uni-giessen.de

*Aulehner*, Dr. Josef, Privatdozent,  
Hans-Böcker-Str. 8, 80995 München,  
(089) 123 8402,

Fax (089) 1274 9688,  
Ludwig-Maximilians-Universität München,  
Ref. I A 3 – Rechtsabteilung,  
Geschwister-Scholl-Platz 1,  
80539 München,  
(089) 2180-3730,  
Fax (089) 2180-2985,  
E-Mail Aulehner@lmu.de

*Axer*, Dr. Peter, Professor,  
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg,  
Lehrstuhl für Sozialrecht in Verbindung  
mit dem Öffentliches Recht,  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,  
69117 Heidelberg,  
(06221) 54-7768,  
Fax (06221) 54-7769,  
E-Mail axer@jurs.uni-heidelberg.de

*Baade*, Dr. Hans W., Professor,  
6002 Mountain Climb Drive,  
Austin/Texas, USA, 78 731,  
(001-512) 452 5071,  
dienstl., (001-512) 471 5151,  
E-Mail hbaade@mail.law.utexas.edu

*Badura*, Dr. Peter, o. Professor,  
Am Rothenberg Süd 4,  
82431 Kochel am See,  
(08851) 5289;  
Universität München,  
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(089) 2180-3576

*Baer*, Dr. Susanne, LL.M., Professorin,  
Richterin des Bundesverfassungsgerichts,  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(030) 2093 3467,  
Fax (030) 2093 3431,  
E-Mail sekretariat.baer@rewi.hu-berlin.de

*Baldus*, Dr. Manfred, Universitätsprofessor,  
Roter Stein 8, 99097 Erfurt,  
(0361) 554 7054;

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
Neuere Rechtsgeschichte,  
Staatswissenschaftliche Fakultät,  
Universität Erfurt,  
Nordhäuserstr. 63, 99089 Erfurt,  
(0361) 737 4711,  
E-Mail [manfred.baldus@uni-erfurt.de](mailto:manfred.baldus@uni-erfurt.de)

*Barfuß*, Dr. iur. Dr. rer. pol. Walter,  
o. Universitätsprofessor,  
Tuchlauben 11/31, 1010 Wien;  
Präsident des Österreichischen  
Normungsinstituts,  
Generaldirektor für Wettbewerb a.D.  
(Bundeswettbewerbsbehörde),  
Heinestraße 38, A-1020 Wien,  
(0043) 1/213 00/612  
Fax (0043) 1/213 00/609,  
E-Mail [walter.barfuss@as-institute.at](mailto:walter.barfuss@as-institute.at)

*Bartlspurger*, Dr. Richard, o. Professor,  
Schleifweg 55, 91080 Uttenreuth,  
(09131) 599 16  
Fax (09131) 5333 04,  
E-Mail [Bartlspurger.richard@t-online.de](mailto:Bartlspurger.richard@t-online.de)

*Bast*, Dr. Jürgen, Professor,  
Justus-Liebig-Universität Gießen,  
Professur für Öffentliches Recht,  
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen,  
(0641) 99-21061  
Fax (0641) 99-21069,  
E-Mail [jurgen.bast@recht.uni-giessen.de](mailto:jurgen.bast@recht.uni-giessen.de)

*Battis*, Dr. Dr. h.c. Ulrich, Professor,  
Bleibtreustr. 5, 10623 Berlin,  
(030) 648 1947;  
Rechtsanwalt Of Counsel in der Kanzlei  
Gleiss Lutz,  
Friedrichstr. 71, 10117 Berlin,  
(030) 8009 79121,  
E-Mail [ulrich.battis@gleisslutz.com](mailto:ulrich.battis@gleisslutz.com),  
oder [sekretariat.battis@rewi.hu-berlin.de](mailto:sekretariat.battis@rewi.hu-berlin.de)

*Bauer*, Dr. Hartmut, Professor,  
Am Hegereiter 13, 01156 Cossebaude,

(0351) 452 1603;  
Lehrstuhl für Europäisches und  
Deutsches Verfassungsrecht,  
Verwaltungsrecht, Sozialrecht und  
Öffentliches Wirtschaftsrecht,  
Universität Potsdam,  
August-Bebel-Straße 89, 14482 Potsdam,  
(0331) 977-3264,  
Fax (0331) 977-3310,  
E-Mail [hbauer@rz.uni-potsdam.de](mailto:hbauer@rz.uni-potsdam.de)

*Baumeister*, Dr. Peter, Professor,  
Langebrücker Str. 24, 68809 Neulußheim,  
(06205) 3978 17;  
SRH Hochschule Heidelberg,  
Ludwig-Guttman-Str. 6, 69123 Heidelberg,  
(06221) 8822 60,  
Fax (0 62 21) 8834 82,  
E-Mail [peter.baumeister@fh-heidelberg.de](mailto:peter.baumeister@fh-heidelberg.de);  
Schlatte Rechtsanwältin,  
Kurfürsten-Anlage 59, 69115 Heidelberg,  
(06221) 9812 17  
Fax (06221) 1824 75,  
E-Mail [p.baumeister@kanzlei-schlatter.de](mailto:p.baumeister@kanzlei-schlatter.de)

*Baumgartner*, Dr. Gerhard, Univ. Prof.,  
Institut für Rechtswissenschaft,  
Alpen-Adria-Universität Klagenfurt,  
Universitätsstr. 65–67,  
A – 9020 Klagenfurt am Wörthersee,  
(0043) 463 2700 3311  
Fax (0043) 463 2700 993311,  
E-Mail [Gerhard.Baumgartner@aau.at](mailto:Gerhard.Baumgartner@aau.at)

*Bausback*, Dr. Winfried, Univ.-Prof. a. D.,  
MdL,  
Im Neurod 8, 63741 Aschaffenburg,  
(06021) 45 66 06,  
Fax (06021) 4566 07;  
Büro: Roßmarkt 34, 63739 Aschaffenburg,  
(06021) 4423 20,  
Fax (06021) 4423 18,  
E-Mail [info@winfried-bausback.de](mailto:info@winfried-bausback.de)

*Bäcker*, Dr. Matthias, LL.M., Professor  
Ludwig-Frank-Straße 52, 68199 Mannheim

(0621) 12282162  
 Karlsruher Institut für Technologie  
 Institut für Informations- und  
 Wirtschaftsrecht  
 Vincenz-Prießnitz-Str. 3, 76131 Karlsruhe  
 (0721) 608 46312,  
 Fax (0721) 608-48023  
 E-Mail matthias.baecker@kit.edu

*Bäcker* Dr. Carsten Privatdozent  
 Eppendorfer Landstr. 161, 20251 Hamburg  
 (040) 38633978  
 (0178) 6340705  
 Hermann Kantorowicz-Institut  
 Christian-Albrechts-Universität  
 Leibnizstr. 6, 24118 Kiel  
 (0431) 8803531,  
 Fax (0431) 8803547  
 E-Mail cbaecker@law.uni-kiel.de

*Beaucamp*, Dr. Guy, Professor,  
 Leharstr. 7, 22145 Hamburg;  
 Department Public Management,  
 Fakultät Wirtschaft und Soziales,  
 HAW Hamburg,  
 Berliner Tor 5, 20099 Hamburg,  
 (040) 42875 7713  
 E-Mail AnkeBeauc@aol.com

*Becker*, Dr. Florian, LL.M.(Cambridge),  
 Professor,  
 Universität Kiel, Olshausenstr. 75,  
 Gebäude II, (Postanschrift: Olshausenstr. 40),  
 24098 Kiel,  
 (0431) 880-5378 oder (0431) 880-1504,  
 Fax (0431) 880-5374,  
 E-Mail f.becker@law.uni-kiel.de

*Becker*, Dr. Joachim, Privatdozent,  
 Kreuznacher Str. 6, 14197 Berlin,  
 (030) 822 4012;  
 Humboldt-Universität zu Berlin,  
 Juristische Fakultät,  
 Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
 (030) 2093 3383,  
 E-Mail Joachim.Becker@rewi.hu-berlin.de

*Becker*, Dr. Jürgen, o. Professor,  
 Kellerstr. 7, 81667 München,  
 E-Mail ksjebecker@gmail.com

*Becker*, Dr. Ulrich, LL.M. (EHI), Professor,  
 Pfarrsiedlungsstr. 9, 93161 Sinzing,  
 (09404) 3478;  
 Max-Planck-Institut für ausländisches  
 und internationales Sozialrecht,  
 Amalienstr. 33, 80799 München,  
 (089) 386 02-511,  
 Fax (089) 386 02-590,  
 E-Mail Becker@mpisoc.mpg.de

*Belser*, Dr. Eva Maria, Professorin,  
 Chemin du Riedelet 7, CH-1723 Marly,  
 (0041) 264 3622 36;  
 Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht  
 Rechtswissenschaftliche Fakultät  
 Universität Freiburg  
 Av. Beauregard 1  
 CH-1700 Freiburg  
 Tel. +41 (0)26 300 81 47  
 evamaria.belser@unifr.ch

*Berg*, Dr. Wilfried, o. Professor,  
 Waldsteinring 25, 95448 Bayreuth,  
 (0921) 990 0814;  
 Universität Bayreuth, 95440 Bayreuth,  
 (0921) 5528 76,  
 Fax (0921) 5584 2875 oder 55 2985,  
 E-Mail wilfried@cwberg.de

*Berka*, Dr. Walter, o. Universitätsprofessor,  
 Birkenweg 2, A-5400 Hallein,  
 (0043) 6624 5767 58;  
 Institut für Verfassungs- und Verwaltungs-  
 recht der Universität Salzburg,  
 Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,  
 (0043) 662-8044 3621,  
 Fax (0043) 662-8044 3629,  
 E-Mail Walter.Berka@sbg.ac.at

*Bernhardt*, Dr. Dr. h.c. Rudolf, o. Professor,  
 Gustav-Kirchhoff-Str. 2a,  
 69120 Heidelberg,



(06221) 4136 99;  
 MPI für ausländisches öffentliches Recht  
 und Völkerrecht,  
 Im Neuenheimer Feld 535,  
 69120 Heidelberg,  
 (06221) 4822 53,  
 E-Mail rbernhar@mpil.de

*Bernstorff*, Dr. Jochen von, Professor,  
 Eberhard-Karls-Universität Tübingen,  
 Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Staats-  
 recht, Völkerrecht und Verfassungslehre,  
 Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,  
 E-Mail vonbernstorff@jura.  
 uni-tuebingen.de

*Bethge*, Dr. Herbert, o. Professor,  
 Am Seidenhof 8, 94034 Passau,  
 (0851) 416 97,  
 Fax (0851) 490 1897,  
 E-Mail H.I.Bethge@t-online.de

*Beusch*, Dr. Michael, Privatdozent,  
 Winzerhalde 60, CH-8049 Zürich,  
 (0041) 4434 10604;  
 Bundesverwaltungsgericht,  
 Kreuzackerstraße 12,  
 Postfach, CH-9023 St. Gallen,  
 (0041) 5870 52533,  
 Fax (0041) 5870 52559  
 E-Mail michael.beusch@isistax.com

*Bezemek*, Dr. Christoph, BA, LL.M. (Yale),  
 Professor,  
 Wirtschaftsuniversität Wien  
 Gebäude D3, 2. Stock  
 Welthandelsplatz 1, 1020 Vienna, Austria,  
 Tel. +43 1 313365290,  
 E-Mail christoph.bezemek@wu.ac.at

*Biaggini*, Dr. Giovanni, o. Professor,  
 Kantstraße 12, CH-8044 Zürich,  
 (0041) 44251 1158;  
 Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und  
 Europarecht,  
 Rechtswissenschaftliches Institut,

Freiestrasse 15, CH-8032 Zürich,  
 (0041) 44634-3011 oder -3668,  
 Fax (0041) 44634-4389,  
 E-Mail giovanni.biaggini@rwi.uzh.ch

*Bieber*, Dr. Uwe Roland, o. Professor,  
 Mainzer Str. 135, 53179 Bonn,  
 (0228) 3571 89;  
 Université de Lausanne, Faculté de Droit –  
 CDCE BFSH 1,  
 CH-1015 Lausanne-Dorigny,  
 (0041) 21-692 2790,  
 Fax (0041) 21-692 2785,  
 E-Mail Roland.Bieber@unil.ch

*Bickenbach*, Dr. Christian,  
 Universitätsprofessor,  
 E-Mail Christian.Bickenbach@gmx.de;  
 Universität Potsdam, Juristische Fakultät,  
 Professur für Verwaltungsrecht, insbeson-  
 dere Regulierungs- und Infrastrukturrecht,  
 August-Bebel-Straße 89, 14482 Potsdam,  
 (0331) 9773416,  
 Fax (0331) 9773533,  
 E-Mail cbickenb@uni-potsdam.de

*Binder*, Dr. Bruno, Universitätsprofessor,  
 Wischerstr. 30, A-4040 Linz,  
 (0043) 732-7177 72-0,  
 Fax (0043) 7 32-7177 72-4;  
 Universität Linz,  
 Altenbergerstr. 69, A-4020 Linz,  
 (0043) 7322 4680,  
 Fax (0043) 7322 468 10,  
 E-Mail vwrecht@jku.at

*Birk*, Dr. Dieter, Universitätsprofessor,  
 Büschingstr. 2, 10249 Berlin,  
 (030) 253 53 202,  
 E-Mail birk@uni-muenster.de

*Blanke*, Dr. Hermann-Josef,  
 Universitätsprofessor,  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
 Völkerrecht und Europäische Integration,  
 Universität Erfurt,

Nordhäuser Straße 63, 99089 Erfurt,  
(0361) 737-4751,  
(0361) 737-4700 (Sekt.),  
Fax (0361) 737-47 09,  
E-Mail LS\_Staatsrecht@uni-erfurt.de

*Blankenagel*, Dr. Alexander, Professor,  
Türksteinstraße 10, 14167 Berlin,  
(030) 854 9582;  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(030) 2093-3381,  
Fax (0 30) 2093-3345,  
E-Mail blankenagel@rewi.hu-berlin.de

*Bock*, Dr. Wolfgang, Professor,  
Richter am Landgericht Frankfurt am Main,  
Schalkwiesenweg 44,  
60488 Frankfurt am Main,  
Privat: (069) 7657 17; (0163) 636 2552,  
Dienstlich: (030) 4004 6314  
E-Mail wolfgang.bock@baks.bund.de

*Böckenförde*, Dr. iur. Dr. phil. Dr. h.c.  
Ernst-Wolfgang, o. Professor,  
Türkheimstr. 1, 79280 Au bei Freiburg,  
(0761) 4056 23;  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,  
79098 Freiburg,  
(0761) 203 2263 oder -2262

*Bogdandy*, Dr. Armin von, M.A., Professor,  
Mühltalstr. 117, 69121 Heidelberg,  
(06221) 5894 33;  
Max-Planck-Institut für ausländisches  
öffentliches Recht und Völkerrecht,  
Im Neuenheimer Feld 535,  
69120 Heidelberg,  
(06221) 4826 02,  
Fax (06221) 4826 03,  
E-Mail sekreavb@mpil.de

*Bogs*, Dr. Harald, o. Professor,  
Anton-Bartl-Str. 4, 82327 Tutzing,  
(08158) 9065 83

*Böhm*, Dr. Monika, Professorin,  
Lerchenweg 7, 65719 Hofheim/Ts.,  
(06192) 248 29,  
Fax (06192) 248 14;  
Philipps-Universität Marburg,  
Institut für Öffentliches Recht,  
Savignyhaus, Raum 404,  
Universitätsstraße 6, 35032 Marburg/Lahn,  
(06421) 282-3808,  
Fax (06421) 282-8982,  
E-Mail monika.boehm@jura.  
uni-marburg.de

*Bohne*, Dr. Eberhard, M.A., Professor,  
Conrad-Hist-Straße 35, 67346 Speyer,  
(06232) 737 04,  
Fax (06232) 601 0871;  
Deutsche Universität für  
Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Freiherr-vom-Stein-Straße 2, 67346 Speyer,  
(06232) 654-326,  
Fax (062 32) 654-416,  
E-Mail bohne@uni-speyer.de

*Borowski*, Dr. Martin, Professor,  
Im Neuenheimer Feld 371,  
69120 Heidelberg;  
Universität Heidelberg, Institut für  
Staatsrecht, Verfassungslehre und  
Rechtsphilosophie,  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,  
69117 Heidelberg,  
(06221) 54-7462,  
E-Mail borowski@jurs.uni-heidelberg.de

*Bothe*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,  
Theodor-Heuss-Str. 6, 64625 Bensheim,  
(06251) 4345;  
Universität Frankfurt am Main,  
Juridicum  
Zimmer 210,  
Senckenberganlage 31,  
60054 Frankfurt am Main,  
(069) 7982 2264,  
E-Mail bothe-bensheim@t-online.de

*Breitenmoser*, Dr. Stephan, Professor,  
Ordinarius für Europarecht,  
Juristische Fakultät der Universität Basel,  
Peter Merian-Weg 8, Postfach,  
CH-4002 Basel,  
(0041) 61267 2551,  
Fax (0041) 61267 2579,  
E-Mail [stephan.breitenmoser@unibas.ch](mailto:stephan.breitenmoser@unibas.ch)

*Brenner*, Dr. Michael, Professor,  
Drosselweg 8, 73550 Waldstetten,  
(07171) 996 742  
Fax (07171) 996 865;  
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches  
Verfassungs- und Verwaltungsrecht,  
Universität Jena,  
Carl-Zeiss-Str. 3, 07743 Jena,  
(03641) 9422 40 oder -41,  
Fax (03641) 9422 42,  
E-Mail [prof.brenner@t-online.de](mailto:prof.brenner@t-online.de)

*Breuer*, Dr. Marten, Professor,  
Universität Konstanz,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht  
mit internationaler  
Ausrichtung,  
Universitätsstr. 10, 78464 Konstanz,  
(07531) 88 2416,  
Fax (07531) 88 3041,  
E-Mail [Lehrstuhl.Breuer@uni-konstanz.de](mailto:Lehrstuhl.Breuer@uni-konstanz.de)

*Breuer*, Dr. Rüdiger, Professor,  
Buschstr. 56, 53113 Bonn,  
(0228) 2179 72,  
Fax (0228) 2248 32;  
Köhler & Klett Rechtsanwälte, Köln,  
(0221) 4207-291,  
Fax (0221) 4207-255,  
E-Mail [breuer.ruediger@arcor.de](mailto:breuer.ruediger@arcor.de)

*Brinktrine*, Dr. Ralf,  
Universitätsprofessor,  
Margaretenstr. 31,  
97276 Margetshöchheim,  
(0931) 3044 5884;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, deutsches

und europäisches Umweltrecht und  
Rechtsvergleichung,  
Juristische Fakultät, Universität Würzburg,  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,  
(0931) 318-2331,  
E-Mail [Ralf.Brinktrine@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:Ralf.Brinktrine@jura.uni-wuerzburg.de)

*Britz*, Dr. Gabriele, Professorin,  
Richterin des Bundesverfassungsgerichts,  
Justus-Liebig-Universität Gießen,  
Professur für Öffentliches Recht und  
Europarecht,  
Hein-Heckroth-Straße 5, 35390 Gießen,  
(0641) 992 1070  
Fax (0641) 992 1079,  
E-Mail [Gabriele.Britz@recht.uni-giessen.de](mailto:Gabriele.Britz@recht.uni-giessen.de)

*Bröhmer*, Dr. Jürgen, Professor,  
4 Hinton Cove, 6170 Wellard, WA,  
(0061) 8 9419 5965;  
Dean and Professor of Law,  
School of Law, Murdoch University,  
Murdoch, WA 6150, Australien,  
(0061) 89360 6050,  
E-Mail [j.brohmer@murdoch.edu.au](mailto:j.brohmer@murdoch.edu.au)

*Brosius-Gersdorf*, Dr. Frauke, LL.M.,  
Professorin,  
Alte Leipziger Str. 10, 10117 Berlin,  
(030) 206 196 59,  
Fax (030) 206 196 62;  
Gottfried Wilhelm Leibniz Universität  
Hannover, Lehrstuhl für Öffentliches  
Recht, insb. Sozialrecht, Öffentliches Wirt-  
schaftsrecht und Verwaltungswissenschaft,  
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
(0511) 762-8225, Mobil (0173) 609 1454,  
Fax (0511) 762-8228;  
E-Mail [brosius-gersdorf@jura.uni-hannover.de](mailto:brosius-gersdorf@jura.uni-hannover.de)

*Brühl-Moser*, Dr. Denise, Privatdozentin,  
EDA Kurier (Taschkent), Freiburgstr. 130,  
CH-3003 Bern,

(0041) 998 93182 3685,  
E-Mail [d.bruehl-moser@unibas.ch](mailto:d.bruehl-moser@unibas.ch)

*Brüning*, Dr. Christoph, Professor,  
Kiebitzredder 12, 24220 Flintbek,  
(04347) 713 4295;  
Universität Kiel,  
Olshausenstr. 75, 24118 Kiel,  
(0431) 880-4540 oder -15 05,  
Fax (0431) 880-4582,  
E-Mail [cbruening@law.uni-kiel.de](mailto:cbruening@law.uni-kiel.de)

*Brünneck*, Dr. Alexander von, Professor,  
Blumenhagenstr. 5, 30167 Hannover,  
(0511) 71 6911;  
Europa-Universität Viadrina,  
15207 Frankfurt (Oder), Postfach 17 86,  
(0335) 5534-2264 oder -22 95,  
Fax (0335) 5534-2418,  
E-Mail [riehl@europa-uni.de](mailto:riehl@europa-uni.de)

*Bryde*, Dr. Brun-Otto, o. Professor,  
Richter des Bundesverfassungs-  
gerichts a. D.,  
Universität Gießen,  
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen,  
(0641) 992 1060/61,  
Fax (0641) 992 1069,  
E-Mail [Brun.O.Bryde@recht.uni-giessen.de](mailto:Brun.O.Bryde@recht.uni-giessen.de)

*Bull*, Dr. Hans Peter, o. Professor,  
Falckweg 16, 22605 Hamburg,  
(040) 880 5652,  
E-Mail [HP-Bull@t-online.de](mailto:HP-Bull@t-online.de)

*Bullinger*, Dr. Dr. h.c. (Université de  
Dijon), Martin, o. Professor,  
Altschlößleweg 4,  
79280 Au bei Freiburg,  
(0761) 4023 89;  
Universität Freiburg,  
79085 Freiburg,  
(0761) 203 2248 oder -47,  
E-Mail [martin.bullinger@jura.uni-freiburg.de](mailto:martin.bullinger@jura.uni-freiburg.de)

*Bultmann*, Dr. Peter Friedrich,  
Privatdozent,  
Am Pankepark 51, 10115 Berlin,  
(030) 4405 6443;  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
E-Mail [pict.bultmann@rz.hu-berlin.de](mailto:pict.bultmann@rz.hu-berlin.de)

*Bumke*, Dr. Christian, Professor,  
Apostel-Paulus-Str. 19, 10825 Berlin,  
(030) 782 6787;  
Bucerius Law School,  
Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg,  
(040) 30706-237,  
Fax (040) 30706-259,  
E-Mail [christian.bumke@law-school.de](mailto:christian.bumke@law-school.de)

*Bungenberg*, Dr. Marc, LL.M. (Lausanne),  
Professor,  
Pirmasenser Str. 3, 30559 Hannover,  
(0511) 219 3413 oder (0177) 434 9722;  
Universität Siegen,  
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften,  
Wirtschaftsrecht und Wirtschafts-  
informatik, Lehrstuhl für Öffentliches  
Recht und Europarecht,  
Hölderlinstr. 3, 57068 Siegen,  
(0271) 740 3219,  
Fax (0271) 740 2477,  
E-Mail [marc.bungenberg@gmx.de](mailto:marc.bungenberg@gmx.de)

*Burgi*, Dr. Martin, Professor,  
Institut für Politik und Öffentliches Recht  
der LMU München,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirt-  
schaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und  
Sozialrecht,  
Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(089) 2180-6295,  
Fax (089) 2180-3199,  
E-Mail [martin.burgi@jura.uni-muenchen.de](mailto:martin.burgi@jura.uni-muenchen.de)

*Burkert*, Dr. Herbert, Professor,  
Uferstr. 31, 50996 Köln-Rodenkirchen,  
(0049) 22139 7700,

Fax (00 49) 22139 7711;  
MCM-HSG, Universität St. Gallen,  
Müller-Friedberg-Str. 8,  
CH-9000 St. Gallen,  
(0041) 71-222 4875,  
Fax (0041) 71-222 4875,  
E-Mail herbert.burkert@unisg.ch

*Bußjäger*, Dr. Peter, Privatdozent,  
Institut für Föderalismus,  
Maria-Theresien-Straße 38b,  
A-6020 Innsbruck,  
(0043) 512-57 4594,  
Fax (0043) 512-57 4594-4

*Butzer*, Dr. iur. Hermann, Professor,  
Moltkestr. 4, 30989 Gehrden,  
(05108) 8782 323;  
Leibniz-Universität Hannover, Lehrstuhl  
für Öffentliches Recht, insbesondere  
Recht der staatlichen Transfersysteme,  
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
(0511) 7 6281 69,  
Fax (0511) 762 8203,  
E-Mail butzer@jura.uni-hannover.de

*Callies*, Dr. Christian, LL.M. Eur.,  
M.A.E.S. (Brügge), Professor,  
(0175) 205 75 22;  
Freie Universität Berlin,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
Europarecht,  
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,  
(030) 8385 1456,  
Fax (0 30) 8385 3012,  
E-Mail europarecht@fu-berlin.de

*Cancik*, Dr. Pascale, Professorin,  
Schreiberstraße 19, 49080 Osnabrück,  
(0541) 970-1977,  
E-Mail pcancik@uni-osnabrueck.de;  
Institut für Kommunalrecht und Verwal-  
tungswissenschaft,  
Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Universität Osnabrück,  
Martinistraße 12, 49078 Osnabrück,

(0541) 969-6099 (Sekt.),  
Fax (0541) 969-6082,  
E-Mail instkv@uni-osnabrueck.de

*Caspar*, Dr. Johannes, Privatdozent,  
Tronjweg 16, 22559 Hamburg,  
(040) 8196 1195,  
Fax (040) 8196 1121;  
Universität Hamburg,  
Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Edmund-Siemers-Allee 1, Flügel West,  
20146 Hamburg,  
(040) 42838-5760,  
Fax (040) 42838-6280,  
Der Hamburgische Beauftragte für Daten-  
schutz und Informationsfreiheit,  
Klosterwall 6 (Block C), 20095 Hamburg,  
E-Mail johannes.caspar@datenschutz.  
hamburg.de

*Classen*, Dr. Claus Dieter, Professor,  
Olchinger Str. 57g, 82178 Puchheim,  
(089) 8941 8800,  
Fax (089) 8941 8801;  
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald,  
17487 Greifswald,  
(03834) 8621 21 oder 21 24,  
Fax (03834) 86 2002,  
E-Mail Classen@uni-greifswald.de

*Coelln*, Dr. Christian von, Professor,  
Prinz-Georg-Str. 104, 40479 Düsseldorf,  
(0211) 9954 3838,  
E-Mail coelln@web.de;  
Universität zu Köln, Institut für Deutsches  
und Europäisches Wissenschaftsrecht,  
Albert-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(0221) 470-40 66,  
Fax (0221) 470-16 92,  
E-Mail cvcoelln@uni-koeln.de

*Collin*, Dr. Peter, Privatdozent,  
Rykestr. 18, 10405 Berlin;  
MPI für europäische Rechtsgeschichte,  
Hausener Weg 120,  
60489 Frankfurt am Main,

(069) 789 78-1 61, (030) 4005 6292,  
Fax (069) 789 78-1 69,  
E-Mail collin@rg.mpg.de

*Cornils*, Dr. Matthias, Professor,  
Adelheidstr. 92, 65185 Wiesbaden,  
(0611) 971 9997, (0178) 498 7311,  
E-Mail mcornils@arcor.de;  
Johannes Gutenberg-Universität Mainz,  
Fachbereich Rechts- und Wirtschafts-  
wissenschaften,  
Jakob-Welder-Weg 9, 55099 Mainz,  
(06131) 39-220 69,  
E-Mail cornils@uni-mainz.de

*Cremer*, Dr. Hans-Joachim,  
Universitätsprofessor,  
Steinritzstr. 21, 60437 Frankfurt am Main;  
Universität Mannheim,  
Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Schloß, Westflügel, 68131 Mannheim,  
(0621) 181-1428, -1429 (Skr.),  
Fax (0621) 181-1430,  
E-Mail Hjcremer@rumms.  
uni-mannheim.de

*Cremer*, Dr. Wolfram, Professor,  
Schellstraße 13, 44789 Bochum;  
Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für  
Öffentliches Recht und Europarecht,  
GC 8/160, 44780 Bochum,  
(0234) 32-22818,  
Fax (0234) 32-14 81,  
E-Mail wolfram.cremer@rub.de

*Czybulka*, Dr. Detlef, Universitätsprofessor,  
Bergstraße 24–25, 18107 Elmenhorst,  
(0381) 795 3944,  
Fax (0381) 795 3945;  
Universität Rostock, Lehrstuhl für Staats-  
und Verwaltungsrecht, Umweltrecht und  
Öffentliches Wirtschaftsrecht,  
Universitätsplatz 1, 18051 Rostock,  
(0381) 498-8250,  
Fax (0381) 498-8252,  
E-Mail detlef.czybulka@uni-rostock.de

*Dagtolglou*, Dr. Prodomos, Professor,  
Hippokratous 33, GR-Athen 144,  
(0030) 1322 1190,  
dienstl.: (0030) 1362 9065

*Dann*, Dr. Philipp, LL.M.,  
Privat: Sybelstr. 37, 10629 Berlin,  
Dienstlich: Lehrstuhl für Öffentliches  
Recht und Rechtsvergleichung,  
Humboldt-Universität zu Berlin  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin  
Tel. 30 2093 9975  
E-Mail philipp.dann@rewi.hu-berlin.de

*Danwitz*, Dr. Dr. h.c. Thomas von,  
Professor,  
Klinkenbergsweg 1, 53332 Bornheim,  
(02227) 9091 04,  
Fax (02227) 90 9105;  
Richter am Gerichtshof der  
Europäischen Union,  
L-2925 Luxemburg,  
(00352) 4303-2230,  
Fax (00352) 4303-2071,  
E-Mail thomas.vondanwitz@curia.  
europa.eu

*Davy*, Dr. Benjamin, Universitätsprofessor,  
Korte Geitke 5, 44227 Dortmund,  
(0231) 77 9994;  
Technische Universität Dortmund, Fakultät  
Raumplanung,  
Lehrstuhl für Bodenpolitik, Bodenmanage-  
ment und kommunales Vermessungswesen,  
August-Schmidt-Str. 10, 44221 Dortmund,  
(0231) 755 2228,  
Fax (0231) 755 4886,  
E-Mail benjamin.davy@udo.edu

*Davy*, Dr. Ulrike, Universitätsprofessorin,  
Korte Geitke 5, 44227 Dortmund,  
(0231) 7799 94 oder 794 9979;  
Lehrstuhl für öffentliches Recht, deutsches  
und internationales Sozialrecht und Rechts-  
vergleichung,  
Universität Bielefeld,

Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,  
(0521) 106 4400 oder 6893 (Sekr.),  
Fax (0521) 106 8083,  
E-Mail [udavy@uni-bielefeld.de](mailto:udavy@uni-bielefeld.de)

*Dederer*, Dr. Hans-Georg, Professor,  
Holländerstr. 13c, 94034 Passau;  
Universität Passau, Lehrstuhl für Staats-  
und Verwaltungsrecht, Völkerrecht,  
Europäisches und Internationales  
Wirtschaftsrecht,  
Innstr. 39, 94032 Passau,  
(0851) 509-2340,  
Fax (0851) 509-2342,  
E-Mail [Hans-Georg.Dederer@uni-passau.de](mailto:Hans-Georg.Dederer@uni-passau.de)

*De Wall*, Dr. Heinrich, Professor,  
Schronfeld 108, 91054 Erlangen,  
(09131) 97 1545;  
Hans-Liermann-Institut für Kirchenrecht  
der Friedrich-Alexander-Universität  
Erlangen-Nürnberg,  
Hindenburgstraße 34, 91054 Erlangen,  
(09131) 85-222 42,  
Fax (09131) 85-240 64,  
E-Mail [hli@jura.uni-erlangen.de](mailto:hli@jura.uni-erlangen.de)

*Degenhart*, Dr. Christoph,  
Universitätsprofessor,  
Stormstr. 3, 90491 Nürnberg,  
(0911) 59 2462,  
Fax (0911) 59 2462;  
Juristenfakultät, Universität Leipzig,  
Burgstr. 27, 04109 Leipzig,  
(0341) 97-35191,  
Fax (0341) 97-35199,  
E-Mail [degen@rz.uni-leipzig.de](mailto:degen@rz.uni-leipzig.de)

*Delbanco*, Dr. Heike, Privatdozentin,  
Freier Damm 25 c, 28757 Bremen,  
(0421) 243 6381,  
Fax (0421) 330 4940;  
Ärztchamber Bremen,  
Schwachhauser Heerstraße 30,  
28209 Bremen,

(0421) 3404-200,  
Fax (0421) 3404-209

*Delbrück*, Jost, Dr. Dr. rer.pol.h.c.,  
LL.D. h.c., Professor em.,  
Schoolredder 20, 24161 Altenholz,  
(0431) 3239 95;  
Universität Kiel, 24098 Kiel,  
(0431) 8802 188,  
Fax (0431) 8801 619,  
E-Mail [jdellbrueck@web.de](mailto:jdellbrueck@web.de)

*Denninger*, Dr. Dr. h.c. Erhard,  
Professor em.,  
Am Wiesenhof 1, 61462 Königstein,  
(06173) 789 88;  
Universität Frankfurt,  
Institut für Öffentliches Recht,  
Senckenberganlage 31,  
60325 Frankfurt am Main,  
E-Mail [Denninger@jur.uni-frankfurt.de](mailto:Denninger@jur.uni-frankfurt.de)

*Depenheuer*, Dr. Otto, Professor,  
Joachimstraße 4, 53113 Bonn,  
(0228) 9289 4363,  
Fax (0228) 9289 4364;  
Universität zu Köln, Seminar für  
Staatsphilosophie und Rechtspolitik,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(0221) 470 2230,  
Fax (0221) 470 5010,  
E-Mail [Depenheuer@uni-koeln.de](mailto:Depenheuer@uni-koeln.de)

*Desens*, Dr. Marc, Universitätsprofessor,  
Ferdinand-Lassalle-Str. 2,  
04109 Leipzig,  
(0341) 3558 7365;  
Universität Leipzig, Juristenfakultät,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb.  
Steuerrecht und Öffentliches  
Wirtschaftsrecht,  
Burgstr. 21, 04109 Leipzig,  
(0341) 9735-270,  
Fax (0341) 9735-279  
E-Mail [marc.desens@uni-leipzig.de](mailto:marc.desens@uni-leipzig.de)

*Determann*, Dr. Lothar, Privatdozent,  
1275 California Street, USA-San Francisco,  
CA 94109,  
E-Mail lothar.determann@bakernet.com;  
Freie Universität Berlin,  
Ehrenbergstr. 17, 14195 Berlin  
*Detterbeck*, Dr. Steffen, o. Professor,  
Stettiner Str. 60, 35274 Kirchhain,  
(06422) 4531  
Institut für Öffentliches Recht  
Philipps-Universität  
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg  
(06421) 28 23123  
Fax (06421) 28 23209  
E-Mail detterbeck@jura.uni-marburg.de

*Di Fabio*, Dr. Dr. Udo, Professor,  
Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.,  
Institut für Öffentliches Recht,  
Abt. Staatsrecht,  
Rheinische Friedrich Wilhelms-Universität,  
Adenauerallee 44, 53113 Bonn,  
(0228) 7355-73,  
Fax (0228) 7379 35,  
E-Mail difabio@uni-bonn.de

*Dietlein*, Dr. Johannes, Professor,  
Heinrich-Heine-Universität, Lehrstuhl für  
Öffentliches Recht und Verwaltungslehre,  
Zentrum für Informationsrecht,  
Universitätsstr. 1, 40225 Düsseldorf,  
(0211) 81-1 1420,  
Fax (0211) 81-1 1455,  
E-Mail dietlein@uni-duesseldorf.de

*Dietz*, Dr. Andreas, Privatdozent,  
Bayerischer Verwaltungsgerichtshof,  
Postfach 34 01 48, 80098 München,  
(089) 2130-338,  
E-Mail Andreas.Dietz@vgh.bayern.de

*Diggelmann*, Dr. Oliver, Professor,  
Alte Landstrasse 49, 8802 Kilchberg,  
(0041) 43244 4535;  
Institut für Völkerrecht und ausländisches  
Verfassungsrecht,

Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht,  
Öffentliches Recht  
und Staatsphilosophie,  
Rämistrasse 74/36, 8001 Zürich,  
(0041) 44 634-2054 oder -2033,  
Fax (0041) 44 634-5399,  
E-Mail oliver.diggelmann@rwi.uzh.ch

*Dittmann*, Dr. Armin, o. Professor,  
Karl-Brennenstuhl-Str. 11,  
72074 Tübingen,  
(07071) 824 56;  
Universität Hohenheim – Schloß,  
(0711) 459-24676  
E-Mail aa.dittmann@gmx.de

*Dörr*, Dr. Dieter, Universitätsprofessor,  
Am Stadtwald 6, 66123 Saarbrücken;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Völker- und Europarecht, Medienrecht,  
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,  
55099 Mainz,  
(06131) 392 2681 oder 392 3044,  
Fax (06131) 392 5697,  
E-Mail ddoerr@uni-mainz.de;  
Mainzer Medieninstitut (MMI),  
Mainzer Medieninstitut e.V.,  
Jakob-Welder-Weg 4, 55128 Mainz,  
(06131) 144 9250,  
Fax (06131) 144 9260,  
E-Mail doerr@mainzer-medieninstitut.de

*Dörr*, Dr. Oliver, LL.M. (London),  
Professor,  
Universität Osnabrück,  
Fachbereich Rechtswissenschaft,  
European Legal Studies Institute,  
49069 Osnabrück,  
(0541) 969 6050 oder -6051,  
Fax (0541) 969 6049,  
E-Mail odoerr@uos.de

*Dreier*, Dr. Horst, o. Professor,  
Bismarckstr. 13, 21465 Reinbek,  
(040) 722 5834;  
Lehrstuhl für Rechtsphilosophie,



Staats- und Verwaltungsrecht,  
 Universität Würzburg,  
 Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,  
 (0931) 31-8 2321,  
 Fax (0931) 31-2911,  
 E-Mail dreier@mail.uni-wuerzburg.de

*Dreier*, Dr. Ralf, o. Professor,  
 Wilhelm-Weber-Str. 4, 37073 Göttingen,  
 (0551) 591 14;  
 Universität Göttingen, 37073 Göttingen,  
 (0551) 39 7384

*Droege*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht:  
 Verwaltungsrecht, Religionsverfassungs-  
 recht und Kirchenrecht  
 Eberhard Karls Universität Tübingen  
 Geschwister Scholl Platz, 72074 Tübingen  
 (07071) 29 78125  
 E-Mail michael.droege@uni-tuebingen.de

*Drüen*, Dr. Klaus-Dieter, Professor,  
 Ludwig-Maximilians-Universität München  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
 insbesondere Wirtschafts- und Steuerrecht  
 Professor-Huber-Platz 2, 80539 München  
 (089) 2180 27 18,  
 Fax (089) 2180 17 843  
 E-Mail klaus-dieter.drueen@jura.  
 uni-muenchen.de

*Durner*, Dr. jur., Dr. phil. Wolfgang,  
 LL.M. (London), Professor,  
 Viktoriaplatz 1,  
 53173 Bonn-Bad Godesberg;  
 Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität  
 Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche  
 Fakultät,  
 Adenauerallee 44, 53113 Bonn,  
 (0228) 73 9151,  
 Fax (0228) 73 5582,  
 E-Mail durner@uni-bonn.de

*Eberhard*, Dr. Harald,  
 Universitätsprofessor,

Troststr. 89/16, A – 1100 Wien;  
 Wirtschaftsuniversität Wien,  
 Institut für Österreichisches und  
 Europäisches Öffentliches Recht,  
 Welthandelsplatz 1/D3, A – 1020 Wien,  
 (0043) 1313 36-5088,  
 Fax (0043) 1313 36-90 5088  
 E-Mail harald.eberhard@wu.ac.at

*Eberle*, Dr. Carl-Eugen, Professor,  
 Kapellenstr. 68a, 65193 Wiesbaden,  
 (06 11) 5204 68,  
 E-Mail eberle.ce@zdf.de

*Ebsen*, Dr. Ingwer, Professor,  
 Alfred-Mumbächer-Str. 19, 55128 Mainz,  
 (06131) 3310 20;  
 FB Rechtswissenschaft,  
 Universität Frankfurt,  
 Postfach 11 19 32,  
 60054 Frankfurt am Main,  
 (069) 7982 2703,  
 E-Mail Ebsen@jur.uni-frankfurt.de

*Eckhoff*, Dr. Rolf, Professor,  
 Bornwiesweg 37,  
 65388 Schlangenbad-Georgenborn,  
 (06129) 4893 70,  
 Fax (06129) 4893 72;  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
 insbesondere Finanz- und Steuerrecht,  
 Universitätsstr. 31, 93040 Regensburg,  
 (0941) 943 2656/57,  
 Fax (0941) 943 1974,  
 E-Mail Rolf.Eckhoff@jura.  
 uni-regensburg.de

*Egli*, Dr. Patricia, LL.M. (Yale),  
 Privatdozentin,  
 Lehrbeauftragte an der Universität St. Gallen,  
 Meienbergstr. 65, CH-8645 Jona,  
 (0041) 79768 9465,  
 E-Mail patricia.egli@unisg.ch

*Ehlers*, Dr. Dirk, Professor,  
 Am Mühlenbach 14, 48308 Senden,

(02597) 8415;  
 Zentrum für öffentliches Wirtschaftsrecht,  
 Westfälische Wilhelms-Universität Münster,  
 Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,  
 (0251) 83-21906,  
 Fax (0251) 83-28315  
 E-Mail ehlersd@uni-muenster.de

*Ehrenzeller*, Dr. Bernhard, o. Professor,  
 Kirchlistraße 36a, CH-9010 St. Gallen;  
 Institut für Rechtswissenschaft und  
 Rechtspraxis (IRP-HSG),  
 Bodanstr. 4, CH-9000 St. Gallen,  
 (0041) 71-224 2440 oder -46,  
 Fax (0041) 71-224 2441,  
 E-Mail Bernhard.Ehrenzeller@unisg.ch

*Eifert*, Dr. Martin, LL.M. (Berkeley),  
 Professor,  
 Amalienpark 8, 13187 Berlin;  
 Humboldt-Universität zu Berlin,  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
 insbesondere Verwaltungsrecht,  
 Postanschrift: Unter den Linden 6,  
 10099 Berlin,  
 Sitz: Gouverneurshaus, Raum 303,  
 Unten der Linden 11, Berlin-Mitte,  
 (030) 2093 3620,  
 Fax (030) 2093 3623,  
 E-Mail martin.eifert@rewi.hu-berlin.de

*Eisenmenger*, Dr. Sven,  
 Privatdozent,  
 Hamburg,  
 E-Mail sven.eisenmenger@gmx.de  
 zugehörig Ludwigs-Maximilians-  
 Universität München

*Ekar dt*, Dr. Felix, LL.M., M.A., Professor,  
 Forschungsstelle Nachhaltigkeit und  
 Klimapolitik,  
 Könnertitzstraße 41, 04229 Leipzig,  
 Tel. + Fax (0341) 9260 883;  
 Ostseeinstitut für Seerecht, Umweltrecht  
 und Infrastrukturrecht, Juristische Fakultät,  
 Universität Rostock,

Richard-Wagner-Straße 31, 18119 Rostock,  
 Tel. + Fax (0341) 9260 883,  
 E-Mail felix.ekardt@uni-rostock.de

*Elicker*, Dr. Michael, Professor,  
 Dunzweiler Straße 6, 66564 Ottweiler,  
 (06858) 6998 53,  
 Fax (06858) 6998 53;  
 Universität des Saarlandes, Lehrstuhl  
 für Staats- und Verwaltungsrecht,  
 Wirtschafts-, Finanz- u. Steuerrecht,  
 Im Stadtwald, 66123 Saarbrücken,  
 (0681) 302-2104,  
 Fax (0681) 302-4779,  
 E-Mail m.ellicker@gmx.de

*Emmerich-Fritsche*, Dr. Angelika,  
 Privatdozentin,  
 Hornschuchpromenade 17, 90762 Fürth,  
 (0911) 7066 60,  
 E-Mail info@emmerich-fritsche.de

*Enders*, Dr. Christoph,  
 Universitätsprofessor,  
 Prellerstraße 1A, 04155 Leipzig,  
 (0341) 564 3371,  
 Fax (0341) 564 3372;  
 Universität Leipzig, Juristenfakultät,  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
 Staats- und Verfassungslehre,  
 Burgstr. 21, 04109 Leipzig,  
 (0341) 9735 350,  
 Fax (0341) 97 35359,  
 E-Mail chenders@rz.uni-leipzig.de

Engel, Dr. Christoph, Professor,  
 Königsplatz 25, 53173 Bonn,  
 (0228) 956 3449,  
 Fax (0228) 956 3944;  
 Max-Planck-Institut zur Erforschung  
 von Gemeinschaftsgütern,  
 Kurt-Schumacher-Straße 10,  
 53113 Bonn,  
 (0228) 914 16-10,  
 Fax (0228) 914 16-11,  
 E-Mail engel@coll.mpg.de

*Engels*, Dr. Andreas, Privatdozent,  
Frangenberg 45, 51789 Lindlar,  
E-Mail a.engels@gmx.de;  
Universität zu Köln, Institut für Staatsrecht,  
Albertus Magnus Platz, 50923 Köln,  
(0221) 470-4359  
Fax (0221) 470-5075,  
E-Mail andreas.engels@uni-koeln.de

*Englisch*, Dr. Joachim, Professor,  
Nettelbeckstr. 11, 40477 Düsseldorf,  
(0211) 4165 8735,  
E-Mail jo.e@gmx.de;  
Westfälische Wilhelms-Universität  
Münster,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
Steuerrecht,  
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,  
(0251) 83-2 2795,  
Fax (0251) 83-2 8386,  
E-Mail jengl\_01@uni-muenster.de

*Ennöckl*, Dr. Daniel, LL.M.  
Universität Wien,  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,  
(0043) 1 4277-35454,  
Fax (0043) 1 4277-35459  
E-Mail daniel.ennoeckl@univie.ac.at

*Ennuschat*, Dr. Jörg, Professor,  
Kranenbergerstr. 78, 58452 Witten,  
(02302) 39 00 28;  
Ruhr-Universität Bochum,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
insbes. Verwaltungsrecht  
Universitätsstr. 150, 44801 Bochum  
(0234) 3225275  
Fax (0234) 3214282  
E-Mail Joerg.Ennuschat@rub.de

*Epiney*, Dr. Astrid, Professorin,  
Avenue du Moléson 18,  
CH-1700 Fribourg,  
(0041) 26-323 4224;  
Universität Fribourg i.Ue./CH,

Lehrstuhl für Europa-, Völker- und  
Öffentliches Recht,  
Av. de Beauregard 11, CH-1700 Fribourg,  
(0041) 26-300 8090,  
Fax (0041) 26-300 9776,  
E-Mail Astrid.Epiney@unifr.ch

*Epping*, Dr. Volker, Professor,  
Neddernwanne 38, 30989 Gehrden,  
(05108) 9126 97;  
Leibniz Universität Hannover,  
Juristische Fakultät,  
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
(0511) 762 82 48/49,  
Fax (0511) 762 82 52,  
E-Mail epping@jura.uni-hannover.de

*Erbel*, Dr. Günter, Professor,  
Bornheimer Straße 106, 53111 Bonn;  
*Erbguth*, Dr. Wilfried, Professor,  
Friedrich-Franz-Str. 38,  
18119 Rostock-Warnemünde,  
(0381) 548 6709,  
Fax (0381) 548 6715;  
Universität Rostock,  
Juristische Fakultät,  
Richard-Wagner-Str. 31 (Haus 1),  
18119 Rostock-Warnemünde,  
(0381) 498 8211,  
Fax (0381) 498 8212,  
E-Mail Wilfried.Erbguth@jurfak.  
uni-rostock.de

*Erichsen*, Dr. Hans-Uwe, o. Professor,  
Falkenhorst 17, 48155 Münster,  
(0251) 313 12;  
Kommunalwissenschaftliches Institut,  
Universität Münster,  
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,  
(0251) 8327 41,  
E-Mail erichse@uni-muenster.de

*Errass*, Dr. Christoph, Professor,  
Titularprofessor für öffentliches Recht  
an der Universität St. Gallen  
Ritterstraße 20R,

CH-3047 Bremgarten bei Bern,  
+4131 741 2117,  
Schweizerisches Bundesgericht,  
Av. du Tribunal-fédéral 29,  
CH-1000 Lausanne 14,  
+4121 318 9111,  
E-Mail: christoph.errass@unisg.ch

*Faber*, Dr. Angela, apl. Professorin,  
Am Beller Weg 65, 50259 Pulheim  
(02234) 54370  
Mal: mail@angela-faber.de  
Dezernentin für Schule und Integration  
beim Landschaftsverband Rheinland  
Kennedy-Ufer 2, 50679 Köln,  
(0221) 809-6219,  
Mail: angela.faber@lvr.de

*Faber*, Dr. Heiko, em. Professor,  
Universität Hannover,  
Bevenser Weg 10, Haus III A,  
30625 Hannover,  
(0511) 54045069,  
E-Mail faber@jura.uni-hannover.de

*Faßbender*, Dr. Bardo, LL.M. (Yale),  
Universitätsprofessor,  
Universität St. Gallen,  
Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht  
und Öffentliches Recht,  
Tigerbergstraße 21,  
CH-9000 St. Gallen / Schweiz,  
(0041) 71 224 2836,  
Fax (0041) 71 224 2162  
E-Mail bardo.fassbender@unisg.ch

*Faßbender*, Dr. Kurt, Professor,  
Pölitzstr. 25, 04155 Leipzig,  
(0341) 582 0118;  
Universität Leipzig,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb.  
Umwelt- und Planungsrecht,  
Otto-Schill-Str. 2, 04109 Leipzig,  
(0341) 9735-131,  
Fax (0341) 9735-139,  
E-Mail fassbender@uni-leipzig.de

*Fastenrath*, Dr. Ulrich, Professor,  
Liliensteinstraße 4, 01277 Dresden,  
(0351) 25405 36;  
Juristische Fakultät der TU Dresden,  
Bergstr. 53, 01069 Dresden,  
(0351) 4633-7333,  
Fax (03 51) 4633-7213,  
E-Mail fastenrath@jura.tu-dresden.de

*Fechner*, Dr. Frank, Professor,  
Fischersand 57, 99084 Erfurt,  
(0361) 644 5696;  
TU Ilmenau,  
Institut für Rechtswissenschaft,  
Postfach 100 565, 98684 Ilmenau,  
(03677) 69-4022,  
E-Mail Frank.Fechner@tu-ilmenau.de

*Fehling*, Dr. Michael, LL.M. (Berkeley),  
Professor,  
Farmsener Landstr. 39 B, 22359 Hamburg,  
(040) 6095 1465;  
Bucerius Law School,  
Hochschule für Rechtswissenschaft,  
Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg,  
Postfach 30 10 30,  
(040) 307 06-231,  
Fax (040) 307 06-235,  
E-Mail michael.fehling@law-school.de

*Feik*, Dr. Rudolf, Ao. Univ.-Prof.,  
Hans Sperl Straße 7, A-5020 Salzburg,  
(0043) 6 76 73 04 33 74;  
Universität Salzburg,  
Fachbereich Öffentliches Recht,  
Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,  
(0043) 662 8044 36 03,  
Fax (0043) 662 8044 3629,  
E-Mail rudolf.feik@sbg.ac.at

*Felix*, Dr. Dagmar, Professorin,  
An den Fischteichen 47, 21227 Bendorf,  
(04183) 50 0667,  
Fax (04183) 5007 29;  
Universität Hamburg,  
Öffentliches Recht und Sozialrecht,

Fakultät für Rechtswissenschaft,  
 Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,  
 (040) 428 38-2665,  
 Fax (040) 42838-2930,  
 E-Mail dagmar.felix@jura.uni-hamburg.de

*Fetzer*, Dr. Thomas, LL.M., Professor,  
 Lehrstuhl für öffentliches Recht und  
 Steuerrecht,  
 Fakultät für Rechtswissenschaft und Volks-  
 wirtschaftslehre, Abt. Rechtswissenschaft  
 Universität Mannheim, 68131 Mannheim,  
 (0621) 1811 438,  
 E-Mail lsfetzer@mail.uni-mannheim.de

*Fiedler*, Dr. Wilfried, o. Professor,  
 Am Löbel 2,  
 66125 Saarbrücken-Dudweiler,  
 (06897) 7664 01;  
 Forschungsstelle Internationaler  
 Kulturgüterschutz,  
 Universität des Saarlandes, Gebäude 16,  
 Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,  
 (0681) 302-3200,  
 Fax (0681) 302-4330,  
 E-Mail w.fiedler@mx.uni-saarland.de

*Fink*, Dr. Udo, Univ.-Professor,  
 Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,  
 Fachbereich Rechts- und Wirtschafts-  
 wissenschaften,  
 55099 Mainz,  
 (06131) 392 2384,  
 E-Mail pfink@uni-mainz.de

*Fisahn*, Dr. Andreas, Professor,  
 Grüner Weg 83, 32130 Enger;  
 Universität Bielefeld,  
 Fakultät für Rechtswissenschaft,  
 Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,  
 (0521) 106-4384,  
 E-Mail andreas.fisahn@uni-bielefeld.de

*Fischer*, Dr. Kristian, Privatdozent,  
 Deidesheimer Str. 52, 68309 Mannheim,  
 (0621) 73 8245;

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
 Steuerrecht,  
 Universität Mannheim,  
 Schloss Westflügel,  
 68131 Mannheim,  
 (0621) 181-1435,  
 Fax (0621) 181-1437,  
 E-Mail kfischer@jura.uni-mannheim.de

*Fischer-Lescano*, Dr. Andreas, LL.M.  
 (EUI, Florenz), Professor,  
 Hobrechtsstr. 48, 12047 Berlin;  
 Zentrum für Europäische Rechtspolitik  
 (ZERP), Universität Bremen,  
 Fachbereich Rechtswissenschaft,  
 Universitätsallee GW 1, 28359 Bremen,  
 (0421) 218 66 222,  
 Fax (0421) 218 66 230,  
 E-Mail fischer-lescano@zerp.  
 uni-bremen.de

*Fleiner*, Dr. Dr. h.c. Thomas, o. Professor,  
 rte. Beaumont 9, CH-1700 Fribourg,  
 (0041) 26-4 24 66 94,  
 Fax (0041) 26-4 24 66 89;  
 Institut für Föderalismus,  
 Universität Fribourg,  
 Route d' Englisberg 7,  
 CH-1763 Granges-Paccot,  
 (0041) 26-3 00 81 25 oder -28,  
 Fax (0041) 26-3 00 97 24,  
 E-Mail Thomas.Fleiner@unifr.ch

*Folz*, Dr. Hans-Ernst, Professor,  
 Bispinger Weg 11, 30625 Hannover,  
 (0511) 5757 19 oder 5628 92;  
 Universität Hannover, Lehrstuhl für Öffent-  
 liches Recht, Völker- und Europarecht,  
 Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
 (0511) 762-82 48 oder -82 49,  
 Fax (0511) 762-82 52

*Folz*, Dr. Hans-Peter, Universitätsprofessor,  
 Klosterwiesgasse 31, A-8010 Graz;  
 Institut für Europarecht/Department of  
 European Law,

Karl-Franzens-Universität Graz,  
RESOWI-Zentrum,  
Universitätsstr. 15/C 1, A-8010 Graz,  
(0043) 316-380 3625,  
Fax (0043) 316-380 9470,  
E-Mail [hans-peter.folz@uni-graz.at](mailto:hans-peter.folz@uni-graz.at)

*Fraenkel-Haeberle*, Dr. Cristina,  
Privatdozentin,  
Schießstandweg 28, I-39100 Bozen/Italien,  
(0039) 0471-309539,  
Mobil (0039) 335-7055078;  
Forschungsreferentin und  
Projektkoordinatorin,  
Deutsches Forschungsinstitut für  
öffentliche Verwaltung Speyer,  
Freiherr-vom-Stein-Straße 2, 67346 Speyer,  
(06232) 654-384,  
Fax (06232) 654-290,  
E-Mail [fraenkel-haeberle@foev-speyer.de](mailto:fraenkel-haeberle@foev-speyer.de)

*Frank*, Dr. Dr. h.c. Götz, Professor,  
Cäcilienplatz 4, 26122 Oldenburg,  
(04 41) 7 56 89;  
Carl von Ossietzky Universität Oldenburg,  
Juristisches Seminar, Öffentliches Wirt-  
schaftsrecht,  
26111 Oldenburg,  
Paketanschrift: Ammerländer Heer-  
straße 114–118, 26129 Oldenburg,  
(0441) 798-4143,  
Fax (0441) 798-4151,  
E-Mail [Goetz.Frank@uni-oldenburg.de](mailto:Goetz.Frank@uni-oldenburg.de)

*Frankenberg*, Dr. Dr. Günter, Professor,  
Buchrainweg 17, 63069 Offenbach;  
Institut für Öffentliches Recht, Goethe-  
Universität Frankfurt, Rechtswissenschaft,  
Grüneburgplatz 1,  
60629 Frankfurt am Main,  
(069) 7983 4-270 oder -269,  
E-Mail [Frankenberg@jur.uni-frankfurt.de](mailto:Frankenberg@jur.uni-frankfurt.de)

*Franzius*, Dr. Claudio, Privatdozent,  
Goernestr. 13, 20249 Hamburg,  
(040) 23 80 29 52;

Humboldt-Universität Berlin,  
Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
E-Mail [claudio.franzius@rz.hu-berlin.de](mailto:claudio.franzius@rz.hu-berlin.de)

*Frenzel*, Dr. Eike M., Privatdozent,  
Welfenstr. 16, 76137 Karlsruhe;  
Institut für Öffentliches Recht,  
Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,  
Postfach, 79085 Freiburg i. Br.,  
(0761) 203-2252,  
Fax (0761) 203-2293,  
E-Mail [eike.frenzel@jura.uni-freiburg.de](mailto:eike.frenzel@jura.uni-freiburg.de)

*Friauf*, Dr. Karl Heinrich, o. Professor,  
Kurallee 18, Apt. 4406, 88709 Meersburg,  
(07532) 4426 4406;  
Universität Köln, 50923 Köln

*Fromont*, Dr. Dr. h.c. mult. Michel,  
Professor,  
12, Boulevard de Port Royal,  
F-75005 Paris,  
(0033) 1 45 35 73 71,  
E-Mail [Fromont.michel@wanadoo.fr](mailto:Fromont.michel@wanadoo.fr)

*Frotscher*, Dr. Werner, Professor,  
Habichtstalgasse 32,  
35037 Marburg/Lahn,  
(06421) 3 29 61;  
Universität Marburg,  
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg/Lahn,  
(06421) 28-231 22/1 26 (Sekt.),  
Fax (06421) 282-38 40,  
E-Mail [w.Frotscher@staff.uni-marburg.de](mailto:w.Frotscher@staff.uni-marburg.de)

*Frowein*, Dr. Dr. h.c. Jochen Abr.,  
o. Professor,  
Blumenthalstr. 53, 69120 Heidelberg,  
(06221) 4746 82,  
Fax (06221) 4139 71;  
MPI für ausländisches öffentliches Recht  
und Völkerrecht,  
Im Neuenheimer Feld 535,  
69120 Heidelberg,

(06221) 482-258,  
 Fax (06221) 482-677,  
 E-Mail [jfrowein@mpil.de](mailto:jfrowein@mpil.de)

*Frye*, Dr. Bernhard,  
 Richter am Finanzgericht, Privatdozent,  
 (0361) 346 21 04;  
 Thüringer Finanzgericht,  
 Bahnhofstr. 3 a, 99867 Gotha,  
 (03621) 432-221, -235,  
 Fax (03621) 432-199,  
 E-Mail [b.frye@gmx.de](mailto:b.frye@gmx.de)

*Führ*, Dr. Martin, Professor,  
 Rostockerstr. 17,  
 63303 Dreieich/Sprendlingen,  
 (06103) 9366 17,  
 Fax (06103) 9366 19;  
 Fachhochschule Darmstadt,  
 Haardtring 100, 64295 Darmstadt,  
 E-Mail [fuehr@sofia-darmstadt.de](mailto:fuehr@sofia-darmstadt.de)

*Funk*, Dr. Bernd-Christian,  
 em. o. Professor,  
 Franz Grassler Gasse 23, A-1230 Wien,  
 (0043) 1889 2935,  
 Fax (0043) 1889 2935;  
 Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,  
 Universität Wien, Juridicum,  
 Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,  
 E-Mail [bernd-christian.funk@univie.ac.at](mailto:bernd-christian.funk@univie.ac.at)

*Funke*, Dr. Andreas, Professor,  
 Kochstraße 21, 91054 Erlangen,  
 (09131) 829 0597;  
 Friedrich-Alexander-Universität  
 Erlangen-Nürnberg, Institut für Staats-  
 und Verwaltungsrecht, Lehrstuhl für  
 Öffentliches Recht,  
 Schillerstraße 1, 91054 Erlangen,  
 (09131) 85-22820,  
 Fax (09131) 85-26381,  
 E-Mail [andreas.funke@fau.de](mailto:andreas.funke@fau.de)

*Gächter*, Dr. Thomas, Professor,  
 Ausserdorferstr. 12g, CH-8052 Zürich,

(0041) 13 63 37 24;  
 Universität Zürich,  
 Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs-  
 und Sozialversicherungsrecht,  
 Rechtswissenschaftliches Institut  
 Treichlerstr. 10, CH-8032 Zürich,  
 (0041) 446 3430 62,  
 E-Mail [thomas.gaechter@rwi.uzh.ch](mailto:thomas.gaechter@rwi.uzh.ch)

*Gaitanides*, Dr. Charlotte, LL.M.  
 (Barcelona), Professorin,  
 22041 Hamburg,  
 (040) 68 28 48 77;  
 Universität Flensburg, Internationales  
 Institut für Management,  
 Campusallee 3, 24943 Flensburg,  
 (0461) 805-2766,  
 Fax (0461) 805-2561  
 E-Mail [charlotte.gaitanides@uni-flensburg.de](mailto:charlotte.gaitanides@uni-flensburg.de)

*Galetta*, Dr. Diana-Urania, LL.M.,  
 Professore Ordinario,  
 Via Galla Placidia 6, I-20131 Milano;  
 Diritto Amministrativo e Diritto  
 Amministrativo europeo,  
 Università degli Studi di Milano, Facoltà  
 di Giurisprudenza, Dipartimento di diritto  
 pubblico italiano e sovranazionale,  
 Via Festa del Perdono 7, I – 20122 Milano,  
 (0039) 02-503 12590,  
 Fax (0039) 02-503 12546,  
 E-Mail [diana.galetta@unimi.it](mailto:diana.galetta@unimi.it)

*Gallwas*, Dr. Hans-Ullrich,  
 Universitätsprofessor,  
 Hans-Leipelt-Str. 16, 80805 München,  
 (0170) 216 72 08;  
 Obermaisparg, 84323 Massing,  
 (08724) 1386,  
 E-Mail [hu-gallwas@t-online.de](mailto:hu-gallwas@t-online.de);  
 Universität München,  
 Professor-Huber-Platz 2, 80539 München

*Gamper*, Dr. Anna, Univ.-Prof.,  
 Universität Innsbruck,

Institut für Öffentliches Recht,  
Staats- und Verwaltungslehre,  
Innrain 52d, A-6020 Innsbruck,  
(0043) 5125 07-82 24,  
Fax (0043) 5125 07-28 28,  
E-Mail Anna.Gamper@uibk.ac.at

*Gärditz*, Dr. Klaus Ferdinand, Professor,  
Kastanienweg 48, 53177 Bonn;  
Rheinische Friedrich-Wilhelms-  
Universität Bonn,  
Institut für Öffentliches Recht,  
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,  
(0228) 73-9176,  
E-Mail gaerditz@jura.uni-bonn.de

*Gassner*, Dr. Ulrich M., Mag.rer.publ.,  
M.Jur. (Oxon), Professor,  
Scharnitzer Weg 9, 86163 Augsburg,  
(0821) 632 50,  
E-Mail ugassner@web.de;  
Universität Augsburg,  
Universitätsstr. 2, 86135 Augsburg,  
(0821) 598-45 46,  
Fax (0821) 598-45 47,  
E-Mail Ulrich.Gassner@jura.  
uni-augsburg.de

*Geis*, Dr. Max-Emanuel, o. Professor,  
Valentin-Rathgeber-Str. 1, 96049 Bamberg,  
(0951) 5193-305 oder -306,  
Fax (0951) 5193-308;  
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen,  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,  
(09131) 852 2818,  
Fax (09131) 852 6382,  
E-Mail max-emanuel.geis@jura.  
uni-erlangen.de

*Gellermann*, Dr. Martin, apl. Professor,  
Schlesierstraße 14, 49492 Westerkappeln,  
(05404) 2047,  
Fax (05404) 9194 75;  
Universität Osnabrück,  
Fachbereich Rechtswissenschaften,

49069 Osnabrück,  
(05404) 9196 95,  
E-Mail M.Gellermann@t-online.de

*Germann*, Dr. Michael, Professor,  
Rathenauplatz 13, 06114 Halle,  
(0345) 523 8932;  
Martin-Luther-Universität Halle-  
Wittenberg,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Staatskirchenrecht  
und Kirchenrecht,  
Universitätsplatz 5, 06108 Halle,  
(0345) 55-232 20,  
Fax (0345) 55-276 74,  
E-Mail Germann@jura.uni-halle.de

*Germelmann*, Dr. Claas Friedrich, LL.M.  
(Cantab.), Universitätsprofessor,  
Leibniz Universität Hannover, Juristische  
Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
insbesondere Europarecht,  
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
Tel. (0511) 762 8186,  
Fax (0511) 762 8173,  
E-Mail LS.Germelmann@jura.  
uni-hannover.de

*Gersdorf*, Dr. Hubertus, Professor,  
Alte Leipziger Str. 10, 10117 Berlin,  
(030) 2061 9661,  
Fax (030) 2061 9662;  
Universität Rostock, Juristische Fakultät,  
Gerd Bucerius-Stiftungsprofessur,  
Richard-Wagner-Straße 7, 18055 Rostock,  
(0381) 203 6076,  
Fax (0381) 203 6075,  
E-Mail hubertus.gersdorf@uni-rostock.de

*Giegerich*, Dr. Thomas, Professor,  
LL.M. (Virginia),  
In den Weiden 33, 66440 Blikaßtel;  
Lehrstuhl Für Europarecht, Völkerrecht  
und Öffentliches Recht,  
Chair of EU Law, Public International Law  
and Public Law,



Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Institute of European Studies, Saarland University  
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,  
(0681) 302 3280 (od. -3695 Sekr.),  
Fax (0681) 302 4879  
E-Mail [t.giegerich@mx.uni-saarland.de](mailto:t.giegerich@mx.uni-saarland.de)

*Glaser*, Dr. Andreas, Professor,  
Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht unter besonderer Berücksichtigung von Demokratiefragen,  
Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Institut,  
Treichlerstraße 10, CH-8032 Zürich,  
(0041) 44 634 1551,  
E-Mail [andreas.glaser@rwi.uzh.ch](mailto:andreas.glaser@rwi.uzh.ch)

*Goerlich*, Dr. Helmut, Professor,  
Universität Leipzig, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Burgstr. 27, 04109 Leipzig,  
(0341) 97-351 71,  
Fax (0341) 97-351 79,  
E-Mail [helmut.goerlich@gmx.de](mailto:helmut.goerlich@gmx.de)

*Gornig*, Dr. Dr. h. c. mult. Gilbert,  
Professor,  
Pfarracker 4, 35043 Marburg-Bauerbach,  
(06421) 1635 66,  
Fax (06421) 1637 66;  
Institut für Öffentliches Recht,  
Universität Marburg,  
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,  
(06421) 282 3131 oder 28-3127,  
Fax (06421) 282 3853,  
E-Mail [Gornig@voelkerrecht.com](mailto:Gornig@voelkerrecht.com)

*Görisch*, Dr. Christoph, Privatdozent,  
Martin-Niemöller-Str. 61, 48159 Münster;  
Westfälische Wilhelms-Universität,  
Institut für Öffentliches Recht und Politik,  
Wilmergasse 28, 48143 Münster,  
(0251) 832 1861,  
Fax (0251) 510 4919,  
E-Mail [gorisch@uni-muenster.de](mailto:gorisch@uni-muenster.de)

*Götz*, Dr. Volkmar, o. Professor,  
Geismarlandstr. 17a, 37083 Göttingen,  
(0551) 4 31 19;  
Universität Göttingen,  
Abt. Europarecht des Instituts für Völkerrecht,  
Platz der Göttinger Sieben 5,  
37073 Göttingen,  
(0551) 39-47 61,  
Fax (0551) 39-2196,  
E-Mail [europa@uni-goettingen.de](mailto:europa@uni-goettingen.de)

*Grabenwarter*, Dr. Dr. Christoph,  
Universitätsprofessor,  
Institut für Europarecht und Internationales Recht,  
Wirtschaftsuniversität Wien,  
Welthandelsplatz 1 / Gebäude D3,  
A-1020 Wien,  
(0043) 1313 36-4423,  
Fax (0043) 1313 36-9205;  
Mitglied des Verfassungsgerichtshofs,  
Verfassungsgerichtshof, Freyung 8,  
A-1010 Wien,  
(0043) 1531 22-1394,  
E-Mail [sekretariat.grabenwarter@wu.ac.at](mailto:sekretariat.grabenwarter@wu.ac.at)

*Gramlich*, Dr. Ludwig, Professor,  
Justus-Liebig-Str. 38 A, 64839 Münster;  
Fakultät für Wirtschaftswissenschaften,  
TU Chemnitz-Zwickau,  
Postfach 9 64, 09009 Chemnitz,  
(0371) 531 4164, -65,  
Fax (0371) 531 3961,  
E-Mail [l.gramlich@wirtschaft.tu-chemnitz.de](mailto:l.gramlich@wirtschaft.tu-chemnitz.de)

*Graser*, Dr. Alexander, Professor,  
Brennereistraße 66, 85662 Hohenbrunn,  
(08102) 7788 55;  
Universität Regensburg, Fakultät für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Politik,  
Universitätsstraße 31, 93053 Regensburg,  
(0941) 943-5760,  
Fax (0941) 943-5771,

E-Mail Alexander.Graser@jura.  
uni-regensburg.de

*Grawert*, Dr. Dr. h.c. Rolf, o. Professor,  
Aloysiusstrasse 28, 44795 Bochum,  
(0234) 4736 92,  
Fax (0234) 516 91 36;  
Ruhr-Universität Bochum,  
Juristische Fakultät,  
Universitätsstrasse 150,  
GC 8/59, 44721 Bochum,  
(0234) 3222 5265,  
Fax (0234) 321 4236,  
E-Mail Rolf.Grawert@ruhr-uni-bochum.de

*Grewe*, Dr. Dr. h.c. Constance,  
Universitätsprofessorin,  
4 Rue Louis Apffel – F 67 000 Strasbourg,  
(0033) 388 3737 84,  
E-Mail Constance.Grewe@orange.fr;  
Université de Strasbourg, Faculté de droit,  
1 Place d'Athènes, BP 66,  
F-67045 Strasbourg Cedex

*Grigoleit*, Dr. Klaus Joachim,  
Universitätsprofessor,  
Eisenacher Str. 65, 10823 Berlin;  
TU Dortmund, Fakultät Raumplanung, Fach-  
gebiet Raumplanungs- und Umweltrecht,  
August-Schmidt-Straße 10,  
44227 Dortmund,  
(0231) 755 32 17,  
Fax (0231) 755 34 24,  
E-Mail klaus.grigoleit@tu-dortmund.de

*Griller*, Dr. Stefan, Universitätsprofessor,  
Hungerbergstr. 11–13, A-1190 Wien,  
(0043) 132 24 05;  
Europainstitut, Wirtschaftsuniversität Wien,  
Althanstr. 39-45, A-1090 Wien,  
(0043) 1313 36-41 35 oder 41 36,  
Fax (0043) 1313 36-7 58,  
E-Mail Stefan.Griller@wu-wien.ac.at

*Grimm*, Dr. Dr. h.c. mult., Dieter,  
LL.M. (Harvard), o. Professor (em.),

Humboldt-Universität zu Berlin,  
Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(030) 2093-3566,  
Fax (030) 2093-3578;  
Wissenschaftskolleg zu Berlin,  
Institute for Advanced Study,  
Wallotstr. 19, 14193 Berlin,  
(030) 89001-0 (Zentrale), (030) 89001-124,  
Fax (030) 89001-1 00,  
E-Mail grimm@wiko-berlin.de

*Gröpl*, Dr. Christoph, Professor,  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche  
Fakultät,  
Universität des Saarlandes,  
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,  
(0681) 302-3200,  
Fax (0681) 302-4330,  
E-Mail groepl@mx.uni-saarland.de

*Gröschner*, Dr. Rolf, o. Professor,  
Stormstr. 39, 90491 Nürnberg,  
(0911) 591 408,  
E-Mail rolf.groeschner@t-online.de

*Groh*, Dr. Kathrin,  
Universitätsprofessorin,  
Arcisstraße 61, 80801 München;  
Fakultät für Staats- und Sozialwissen-  
schaften, Institut für öffentliches Recht,  
Universität der Bundeswehr München,  
Werner-Heisenberg-Weg 39,  
85577 Neubiberg,  
(089) 6004 3864,  
E-Mail kathrin.groh@unibw.de

*Gromitsaris*, Dr. Athanasios,  
Privatdozent,  
E-Mail gromitsaris@hotmail.com;  
Friedrich-Schiller-Universität,  
Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
Carl-Zeiss-Str. 3, 07737 Jena,  
(03641) 9422 30,  
E-Mail R.Ullrich@recht.uni-jena.de

*Groß*, Dr. Thomas, Professor,  
Schreiberstr. 19, 49080 Osnabrück;  
Universität Osnabrück,  
European Legal Studies Institute,  
Süsterstr. 28, 49069 Osnabrück,  
(0541) 969-4500,  
E-Mail [thgross@uni-osnabrueck.de](mailto:thgross@uni-osnabrueck.de)

*Grote*, Dr. Rainer, LL.M. (Edinburgh),  
Privatdozent,  
Im Sand 3A, 69115 Heidelberg,  
(06221) 1643 46,  
Fax (06221) 9147 35;  
Max-Planck-Institut für ausländisches  
öffentliches Recht und Völkerrecht,  
Im Neuenheimer Feld 535,  
69120 Heidelberg,  
(06221) 4822 44,  
Fax (06221) 4822 88,  
E-Mail [rgrote@mpil.de](mailto:rgrote@mpil.de)

*Grupp*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,  
Stephanieufer 5, 68163 Mannheim,  
(0621) 8221 97,  
Fax (06 21) 8221 97

*Grzeszick*, Dr. Bernd, LL.M. (Cambridge),  
Professor,  
Schumannstr. 9, 53113 Bonn,  
0228-9268869,  
E-Mail [Grzeszick@web.de](mailto:Grzeszick@web.de);  
Universität Heidelberg,  
Institut für Öffentliches Recht,  
Verfassungslehre und Rechtsphilosophie,  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,  
69117 Heidelberg,  
(06221) 5474 32

*Guckelberger*, Dr. Annette, Professorin,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche  
Fakultät,  
Universität des Saarlandes,  
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,  
(0681) 302-5 7401,  
E-Mail [a.guckelberger@mx.uni-saarland.de](mailto:a.guckelberger@mx.uni-saarland.de)

*Gundel*, Dr. Jörg, Professor,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Völker- und Europarecht,  
Universität Bayreuth, 95440 Bayreuth,  
(0921) 55-6250,  
E-Mail [joerg.gundel@uni-bayreuth.de](mailto:joerg.gundel@uni-bayreuth.de)

*Gurlit*, Dr. Elke, Universitätsprofessorin,  
Rüdesheimer Straße 18, 65197 Wiesbaden,  
(0611) 137 5125 oder (0179) 592 2215;  
Fachbereich Rechts- und Wirtschafts-  
wissenschaft,  
Johannes Gutenberg-Universität Mainz,  
Jakob-Welder-Weg 9, 55099 Mainz,  
(06131) 392 31 14,  
Fax (06131) 392 4059,  
E-Mail [gurlit@uni-mainz.de](mailto:gurlit@uni-mainz.de)

*Gusy*, Dr. Christoph, Professor,  
Wendischhof 14, 33619 Bielefeld,  
(0521) 967 7967;  
Universität Bielefeld, Fakultät für  
Rechtswissenschaft,  
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld,  
(0521) 10643 97,  
Fax (0521) 106 8061,  
E-Mail [christoph.gusy@uni-bielefeld.de](mailto:christoph.gusy@uni-bielefeld.de)

*Haack*, Dr. Stefan, Professor,  
Europa-Universität Viadrina  
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffent-  
liches Recht, insbesondere Staatsrecht  
Große Scharnstraße 59,  
15230 Frankfurt (Oder)  
(0335) 5534 2265  
E-Mail [haack@europa-uni.de](mailto:haack@europa-uni.de)

*Häberle*, Dr. Dr. h.c. mult. Peter,  
o. Professor,  
Forschungsstelle für Europäisches  
Verfassungsrecht, Universität Bayreuth,  
Universitätsstraße 30,  
Postfach, 95440 Bayreuth,  
(0921) 5570 88,  
Fax (0921) 5570 99,  
E-Mail [Peter.Haerberle@uni-bayreuth.de](mailto:Peter.Haerberle@uni-bayreuth.de)

*Häde*, Dr. Ulrich, Universitätsprofessor,  
Lennéstraße 15, 15234 Frankfurt (Oder),  
(0335) 685 7438;  
Europa-Universität Viadrina, Lehrstuhl für  
Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht,  
Finanzrecht und Währungsrecht,  
Postfach 17 86, 15207 Frankfurt/Oder,  
Hausanschrift: Große Scharnstr. 59,  
15230 Frankfurt (Oder),  
(0335) 5534-2670,  
Fax (0335) 5534-2525,  
E-Mail [haede@europa-uni.de](mailto:haede@europa-uni.de)

*Haedrich*, Dr. Martina, Professorin,  
Im Ritzetal 20, 07749 Jena,  
(03641) 4485 25,  
Fax (03641) 4444 14;  
Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
Friedrich-Schiller-Universität,  
Carl-Zeiss-Straße 3, 07743 Jena,  
(03641) 9422 15,  
Fax (036 41) 942 002,  
E-Mail [m.haedrich@recht.uni-jena.de](mailto:m.haedrich@recht.uni-jena.de)

*Hafner*, Dr. Felix, Professor,  
Hirzbrunnenschanze 67, CH-4058 Basel,  
(0041) 61-691 4064;  
Universität Basel, Lehrstuhl für  
Öffentliches Recht,  
Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel,  
(0041) 612 6725 64,  
Fax (0041) 612 6707 95,  
E-Mail [Felix.Hafner@unibas.ch](mailto:Felix.Hafner@unibas.ch)

*Hailbronner*, Dr. Kay, o. Professor,  
Togenbühl, CH-8269 Fruthwilen,  
(0041) 71-6 6419 46,  
Fax (0041) 71-6 6416 26;  
Universität Konstanz,  
(07531) 88 2247,  
E-Mail [Kay.Hailbronner@uni-konstanz.de](mailto:Kay.Hailbronner@uni-konstanz.de)

*Hain*, Dr. Karl-E., Professor,  
Herrenstr. 10, 57627 Hachenburg,  
(02662) 9420 64;  
Universität zu Köln,

Institut für Medienrecht und Kommuni-  
kationsrecht, Lehrstuhl für Öffentliches  
Recht und Medienrecht,  
Aachener Str. 197–199, 50931 Köln,  
(0221) 285 56-112,  
Fax (0221) 285 56-122,  
E-Mail [haink@uni-koeln.de](mailto:haink@uni-koeln.de)

*Haller*, Dr. Herbert, Universitätsprofessor,  
Felix-Mottl-Str. 48, Haus 2, A-1190 Wien,  
(0043) 1368 0568,  
E-Mail [r.haller@verkehrt.info](mailto:r.haller@verkehrt.info);  
ehemals Wirtschaftsuniversität Wien und  
Mitglied des österreichischen Verfassungs-  
gerichtshofs

*Haller*, Dr. Walter, o. Professor,  
Burgstrasse 264, CH-8706 Meilen,  
(0041) 449 2310 14;  
E-Mail [w-haller@bluewin.ch](mailto:w-haller@bluewin.ch)

*Haltern*, Dr. Ulrich, LL.M. (Yale),  
Universitätsprofessor,  
Bölschestr. 2, 30173 Hannover,  
(0511) 357 6259;  
Institut für Öffentliches Recht I,  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,  
79085 Freiburg,  
(0761) 203-2251,  
Fax (0761) 203,2234,  
E-Mail [ioeffr1@jura.uni-freiburg.de](mailto:ioeffr1@jura.uni-freiburg.de)

*Hammer*, Dr. Felix, apl. Professor,  
Gelber Kreidebusen 33/5,  
72108 Rottenburg;  
Justitiar und Kanzler der Diözese  
Rottenburg-Stuttgart,  
Bischöfliches Ordinariat,  
Eugen-Bolz-Platz 1, 72108 Rottenburg,  
(07472) 1693 61  
Fax (07472) 1698 3361,  
E-Mail [kanzler@bo.drs.de](mailto:kanzler@bo.drs.de)

*Hammer*, Dr. Stefan, Univ.-Doz.,  
Anton Frank-Gasse 17, A-1180 Wien,  
(0043) 1470 5976;

Universität Wien, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,  
(0043) 14277-354 65,  
Fax (0043) 142 77-354 69,  
E-Mail stefan.hammer@univie.ac.at

*Hänni*, Dr. Peter, o. Professor,  
Stadtgraben 6, CH-3280 Murten,  
(0041) 26-670 5815;  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht  
Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Universität Freiburg  
Av. Beauregard 1  
CH-1700 Freiburg  
Tel. +41 (0)26 300 81 47  
E-Mail Peter.Haenni@unifr.ch

*Hanschel*, Dr. Dirk, Universitätsprofessor  
Viktor-Scheffel-Str. 7, 06114 Halle (Saale)  
(0151) 17753370  
Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg  
Universitätsplatz 3–5, 06108 Halle (Saale)  
(0345) 55 23170,  
Fax (0345) 55 27269  
E-Mail dirk.hanschel@jura.uni-halle.de

*Haratsch*, Dr. Andreas,  
Universitätsprofessor,  
Berliner Straße 18c, 58313 Herdecke,  
(0 23 30) 92 67 13;  
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht sowie Völkerrecht,  
FernUniversität in Hagen,  
Universitätsstraße 21, 58084 Hagen,  
(02331) 987-2877 oder -4389,  
Fax (02331) 987-324,  
E-Mail Andreas.Haratsch@fernuni-hagen.de

*Härtel*, Dr. Ines, Professorin,  
Europa-Universität Viadrina Frankfurt  
(Oder)

Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verwaltungs-, Europa-, Umwelt-, Agrar- und Ernährungswirtschaftsrecht  
Große Scharrnstraße 59  
15230 Frankfurt (Oder)  
Tel. 0335 55 34-2227/ -2222,  
Fax -2418  
E-Mail ihaertel@europa.uni.de

*Hartmann*, Dr. Bernd J., LL.M.(Virginia),  
Professor,  
Max-Planck-Str. 5 B,  
45657 Recklinghausen,  
(02361) 9377 259,  
Fax (02361) 4075 186;  
Universität Osnabrück, Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Professur für Öffentliches Recht, Wirtschaftsrecht und Verwaltungswissenschaften,  
Martinistr. 12, 49078 Osnabrück,  
(0541) 969-6099,  
Fax (0541) 969-6082,  
E-Mail bernd.hartmann@uni-osnabrueck.de

*Hase*, Dr. Friedhelm, Professor,  
Bandelstraße 10 b, 28359 Bremen,  
(0421) 2427 8440;  
Universität Bremen,  
Fachbereich 6, Rechtswissenschaft,  
Universitätsallee, 28359 Bremen,  
(0421) 218-66 010,  
Fax (0421) 218-66 052,  
E-Mail fhase@uni-bremen.de

*Hatje*, Dr. Armin, Professor,  
Universität Hamburg,  
Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Abteilung Europarecht,  
Rothenbaumchaussee 33,  
20148 Hamburg,  
(040) 428 38-3046,  
Fax (040) 428 38-4367,  
E-Mail armin.hatje@jura.uni-hamburg.de

*Hauer*, Dr. Andreas, Professor  
Burgweg 12, 4225 Luftenberg, Österreich  
(0664) 73757319  
Johannes Kepler Universität Linz, Institut  
für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre  
Altenberger Straße 69, 4040 Linz,  
Österreich  
(0732) 2469 8490  
E-Mail [andreas.hauer@jku.at](mailto:andreas.hauer@jku.at)

*Hebeler*, Dr. Timo, Professor,  
Universität Trier, Professur für  
Öffentliches Recht,  
54286 Trier, (0651) 2012 588,  
E-Mail [hebeler@uni-trier.de](mailto:hebeler@uni-trier.de)

*Heckel*, Dr. iur. Dr. theol. h.c. Martin,  
o. Universitätsprofessor,  
Lieschingstr. 3, 72076 Tübingen,  
(07071) 614 27

*Hecker*, Dr. Jan, LL.M. (Cambridge),  
apl. Professor,  
Richter am Bundesverwaltungsgericht,  
Platanenstr. 25, 13156 Berlin,  
(0176) 2329 2826;  
Bundesverwaltungsgericht,  
Simsonplatz 1, 04107 Leipzig,  
(0341) 2007-2065,  
E-Mail [jan.hecker@bverwg.bund.de](mailto:jan.hecker@bverwg.bund.de)

*Heckmann*, Dr. Dirk, Universitätsprofessor,  
stv. Mitglied des Bayerischen Verfassungs-  
gerichtshofs,  
Schärdinger Straße 11e, 94032 Passau,  
(0851) 7538 83,  
Fax (0851) 490 5820;  
Universität Passau, Ordinarius für Internet-  
und Sicherheitsrecht,  
Innstraße 40, 94032 Passau,  
(0851) 509-22 90,  
Fax (0851) 509-2292,  
E-Mail [Heckmann@uni-passau.de](mailto:Heckmann@uni-passau.de)

*Heinig*, Dr. Hans Michael, Professor,  
Rochstr. 17, 10178 Berlin,

(0171) 646 1121;  
Kirchenrechtliches Institut der EKD,  
Goßlerstr. 11, 37073 Göttingen,  
(0551) 39-10602;  
Universität Göttingen,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
insb. Kirchen- und Staatskirchenrecht,  
Goßlerstr. 11, 37073 Göttingen,  
(0551) 39-1 0602,  
Fax (0551) 39-1 0607,  
E-Mail [info@kirchenrechtliches-institut.de](mailto:info@kirchenrechtliches-institut.de)

*Heitschel von Heinegg*, Dr. Wolff,  
Professor,  
Europa-Universität Viadrina Frankfurt  
(Oder),  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
August-Bebel-Str. 12,  
15234 Frankfurt (Oder),  
(0335) 5534-2916,  
Fax (0335) 5534-2915,  
E-Mail [heinegg@europa-uni.de](mailto:heinegg@europa-uni.de)

*Heintzen*, Dr. Markus, Professor,  
Freie Universität Berlin,  
Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,  
(030) 838-524 79  
E-Mail [Heintzen@zedat.fu-berlin.de](mailto:Heintzen@zedat.fu-berlin.de)

*Heitsch*, Dr. Christian, apl. Professor,  
72 Queens Road, Caversham, Reading,  
Berks., RG4 8DL, U.K.,  
(0044) 1189 4749 13,  
E-Mail [c\\_heitsch@web.de](mailto:c_heitsch@web.de);  
Lecturer in Law, Brunel Law School,  
Brunel University West London,  
Kingston Lane, Uxbridge, Middlesex UB8  
3PH, United Kingdom,  
(0044) 1895 2676 50,  
E-Mail [christian.heitsch@brunel.ac.uk](mailto:christian.heitsch@brunel.ac.uk)

*Hellermann*, Dr. Johannes,  
Universitätsprofessor,  
Hardenbergstr. 12a, 33615 Bielefeld,  
(0521) 1600 38;

Universität Bielefeld,  
Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld,  
(0521) 106-4422,  
Fax (0521) 106-6048,  
E-Mail Johannes.Hellermann@uni-  
bielefeld.de

*Hendler*, Dr. Reinhard,  
Universitätsprofessor,  
Laurentius-Zeller-Str. 12, 54294 Trier,  
(0651) 937 2944;  
Universität Trier,  
Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Universitätsring 15, 54286 Trier,  
(0651) 201-2556 oder 2558,  
Fax (0651) 201-3903,  
E-Mail Hendler@uni-trier.de

*Hengstschläger*, Dr. Johannes,  
o. Universitätsprofessor,  
Steinfeldgasse 7, A-1190 Wien,  
(0043) 132-817 27;  
Johannes-Kepler-Universität,  
Altenbergerstr. 69, A-4040 Linz,  
(0043) 732-2468-4 01,  
Fax (0043) 732-246 43,  
E-Mail johannes.hengstschlaeger@jku.at

*Hense*, Dr. Ansgar, Professor,  
Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen  
Deutschlands,  
Adenauerallee 19, 53111 Bonn,  
E-Mail a.hense@dbk.de

*Herbst*, Dr. Tobias, Privatdozent,  
Seehofstr. 116, 14167 Berlin,  
(030) 817 11 04;  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
E-Mail tobias.herbst@rewi.hu-berlin.de

*Herdegen*, Dr. Matthias, Professor,  
Friedrich-Wilhelm-Str. 35,  
53113 Bonn;

Rechts- und Staatswissenschaftliche  
Fakultät,  
Universität Bonn,  
Adenauerallee 44, 53113 Bonn,  
(0228) 7355 70/-80,  
Fax (0228) 7379 01,  
E-Mail Herdegen@uni-bonn.de

*Hermes*, Dr. Georg, Professor,  
Berliner Str. 14a, 61440 Oberursel,  
(06171) 508 1991,  
Fax (06171) 694 7570;  
Universität Frankfurt,  
Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Campus Westend, Grüneburgplatz 1  
(RuW),  
Postfach 11 19 31,  
60054 Frankfurt am Main,  
(069) 798-342 75,  
Fax (069) 798-345 12,  
E-Mail G.Hermes@jur.uni-frankfurt.de

*Herrmann*, Dr. Christoph, LL.M.,  
Professor,  
Florianstr. 18, 94034 Passau,  
(0851) 2155 3389, (0176) 1049 7720;  
Universität Passau,  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Europarecht, Europäisches und Internatio-  
nales Wirtschaftsrecht,  
Innstraße 39, 94032 Passau,  
(0851) 509-2330,  
Fax (0851) 509-2332,  
E-Mail christoph.herrmann@eui.eu

*Herrmann*, Dr. Günter, Professor,  
Intendant i.R.  
Wankweg 13, 87642 Buching/Allgäu,  
(08368) 1696;  
Fax (08368) 1297,  
E-Mail herrmann.medienrecht@t-online.de

*Herzog*, Dr. Roman, Professor,  
Bundespräsident a.D.,  
Im Stahlbühl 20, 74074 Heilbronn,  
(07131) 3952 160,

Fax (07131) 3952 168,  
E-Mail buerobprherzog@gmx.de

*Heselhaus*, Dr. Sebastian, Professor, M.A.,  
Obmatt 29, CH-6043 Adligenswil,  
Schweiz,  
(00 41) 41 370 25 00;  
Universität Luzern,  
Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht,  
Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung,  
Frohburgstrasse 3, Postfach 4466,  
CH-6002 Luzern, Schweiz,  
(00 41) 41 229 53 84,  
Fax (00 41) 41 229 53 97,  
E-Mail sebastian.heselhaus@unilu.ch

*Heun*, Dr. Dr. h.c. Werner, Professor,  
Bürgerstraße 5, 37073 Göttingen,  
(0551) 7062 48;  
Universität Göttingen  
Institut für Allgemeine Staatslehre  
und Politische Wissenschaften  
Nikolausberger Weg 17, 37073 Göttingen  
(0551) 39-4693,  
Fax 0551-3922239  
E-Mail staatsl@gwdg.de

*Hey*, Dr. Johanna, Professorin,  
Wiethasestraße 73, 50933 Köln,  
(0221) 491 1738,  
Fax (0221) 491 1734;  
Universität zu Köln, Institut für  
Steuerrecht,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(0221) 470-2271,  
Fax (0221) 470-5027,  
E-Mail johanna.hey@uni-koeln.de

*Heyen*, Dr. iur. Lic. phil. Erk Volkmar,  
Universitätsprofessor,  
Arndtstraße 22, 17489 Greifswald,  
(03834) 5027 16;  
Ernst Moritz Arndt-Universität,  
Domstr. 20, 17489 Greifswald,  
E-Mail lsheyen@uni-greifswald.de

*Hidien*, Dr. Jürgen W., Professor,  
Goebenstr. 33, 48151 Münster,  
(0251) 478 77

*Hilf*, Dr. Meinhard, Universitätsprofessor,  
Bahnsenallee 71,  
21465 Reinbek bei Hamburg,  
(040) 7810 7510,  
Fax (040) 7810 7512;  
Bucerius Law School,  
Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg,  
(040) 307 06-158,  
Fax (040) 307 06-2 46,  
E-Mail meinhard.hilf@law-school.de

*Hill*, Dr. Hermann, Professor,  
Kilianstraße 5, 67373 Dudenhofen;  
Deutsche Universität für Verwaltungs-  
wissenschaften Speyer,  
Postfach 14 09, 67324 Speyer,  
(06232) 654-328,  
E-Mail hill@uni-speyer.de

*Hillgruber*, Dr. Christian, Professor,  
Zingsheimstr. 25, 53359 Rheinbach;  
Institut für Öffentliches Recht,  
Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn,  
(0228) 7379 25,  
Fax (0228) 7348 69,  
E-Mail lshillgruber@jura.uni-bonn.de

*Hobe*, Dr. Stephan, LL.M.,  
Universitätsprofessor,  
In der Asbach 32, 53347 Alfter-Impekoven,  
(0228) 948 9300;  
Universität zu Köln, Institut für Luft- und  
Weltraumrecht und Lehrstuhl für Völker-  
und Europarecht, europäisches und  
internationales Wirtschaftsrecht,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(0221) 470 2337,  
E-Mail Stephan.Hobe@uni-koeln.de

*Hochhuth*, Dr. Martin, Professor,  
Kaiser-Joseph-Straße 268, 79098 Freiburg;  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,



Institut für Öffentliches Recht,  
Abteilung III, Staatsrecht,  
Platz der Alten Synagoge 1,  
79085 Freiburg,  
(0761) 203-22 43,  
Fax (0761) 203-22 40,  
E-Mail hochhuth@jura.uni-freiburg.de

*Hoffmann-Riem*, Dr. Wolfgang, Professor,  
Richter des Bundesverfassungsgerichts  
a. D.,  
Auguststr. 15, 22085 Hamburg,  
(040) 642 258 48,  
Fax (040) 696 45 806,  
E-Mail whoffmann-riem@gmx.de;  
Universität Hamburg,  
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,  
(040) 428 38-3033,  
Fax (040) 428 38-2635  
E-Mail ceri@jura.uni-hamburg.de

*Höfling*, Dr. Wolfram, M.A., Professor,  
Bruchweg 2, 52441 Linnich,  
(02462) 3616;  
Universität zu Köln, Institut für Staatsrecht,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(0221) 470-3395,  
Fax (0221) 470-5075,  
E-Mail Sekretariat@institut-staatsrecht.de

*Hofmann*, Dr. Ekkehard, Professor,  
Koselstr. 51, 60318 Frankfurt am Main,  
(069) 174 989 27;  
Lehrstuhl für öffentliches Recht, insbeson-  
dere Umweltrecht Direktor des Instituts  
für Umwelt- und Technikrecht (IUTR)  
Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Universität Trier, 54286 Trier,  
(0651) 201 2556  
E-Mail hofmann@uni-trier.de

*Hofmann*, Dr. Dr. h. c. Hasso, o. Professor,  
Christoph-Mayer-Weg 5, 97082 Würzburg,  
(09 1) 873 88,  
Fax (0931) 7832 88,  
oder Torstr. 176, 10115 Berlin,

(030) 281 3075,  
E-Mail hasso-hofmann@gmx.de;  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(030) 2093-3553

*Hofmann*, Dr. Dr. Rainer,  
Universitätsprofessor,  
Grüneburgplatz 1 60323 Frankfurt  
Telefon: +49(0)69-798-34293  
Fax +49 (0)69-798-34515  
Johann-Wolfgang-Goethe-Universität  
Frankfurt am Main, Lehrstuhl für Öffentli-  
ches Recht, Völkerrecht und Europarecht,  
Senckenberganlage 31,  
60325 Frankfurt am Main,  
(069) 798-253 17,  
Fax (069) 798-253 18,  
E-Mail R.Hofmann@jur.uni-frankfurt.de

*Hohenlohe*, Dr. Diana zu, LL.M. (Sydney)  
Zeppelinstr. 187, 69121 Heidelberg  
Max-Planck-Institut für ausländisches  
öffentliches Recht und Völkerrecht  
Im Neuenheimer Feld 535,  
69120 Heidelberg  
E-Mail dzhohenlohe@gmx.de

*Hohmann*, Dr. Harald, Privatdozent,  
Furthwiese 10, 63654 Büdingen,  
(06049) 9529 12,  
Fax (06049) 9529 13;  
Hohmann & Partner Rechtsanwälte,  
Schloßgasse 2, 63654 Büdingen,  
(06042) 9567-0,  
Fax (06042) 9567-67,  
E-Mail harald.hohmann@hohmann-partner.  
com

*Hollerbach*, Dr. Dr. h.c. Alexander,  
o. Professor,  
Runzstraße 86, 79102 Freiburg i.Br.,  
(0761) 217 1413

*Holoubek*, Dr. Michael,  
Universitätsprofessor,

Zehenthofgasse 36/8, A-1190 Wien,  
 (0043) 1317 7372,  
 Fax (0043) 1317 7372 18;  
 Institut für Österreichisches und  
 Europäisches Öffentliches Recht,  
 Wirtschaftsuniversität Wien,  
 Welthandelsplatz 1, A-1020 Wien,  
 Gebäude D3, 2. OG  
 (0043) 1313 36-4660,  
 Fax (0043) 1313 36-713,  
 E-Mail michael.holoubek@wu.ac.at

*Hölscheidt*, Dr. Sven, Ministerialrat,  
 apl. Professor,  
 Westfälische Straße 45, 10711 Berlin;  
 Deutscher Bundestag, Fachbereich  
 Verfassung und Verwaltung,  
 Platz der Republik 1, 11011 Berlin,  
 (030) 227-324 25/323 25,  
 Fax (030) 227-364 71/362 07,  
 E-Mail vorzimmer.wd3@bundestag.de

*Holzinger*, Dr. Gerhart, Professor,  
 Präsident des Österreichischen  
 Verfassungsgerichtshofs,  
 Judenplatz 11, A-1010 Wien,  
 (0043) 153 1224 12,  
 Fax (0043) 153 12 2512

*Holznagel*, Dr. Bernd, LL.M., Professor,  
 Kronprinzenstraße 105, 44135 Dortmund,  
 (02 31) 5 89 87 06,  
 Fax (02 31) 5 89 87 09;  
 WWU Münster, Juristische Fakultät,  
 ITM, Abt. II,  
 Leonardo-Campus 9, 48149 Münster,  
 (0251) 83-3 8641,  
 Fax (0251) 83-3 8644,  
 E-Mail holznagel@uni-muenster.de

*Holzner*, Thomas Dr. jur. Dipl. sc. pol.  
 Univ., Akademischer Oberrat a.Z.  
 Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche  
 Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches  
 Recht II, Universität Bayreuth,  
 95440 Bayreuth,

(0176) 72 57 20 77  
 E-Mail thomas.holzner@uni-bayreuth.de

*Horn*, Dr. Hans-Detlef, Professor,  
 Am Heier 22, 35096 Weimar (Lahn)-Roth,  
 (06426) 9671 41,  
 Fax (06426) 9671 44;  
 Philipps-Universität Marburg, Fachbereich  
 Rechtswissenschaften,  
 Institut für Öffentliches Recht,  
 Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,  
 (06421) 282 3810 od. 282 3126,  
 Fax (06421) 282 3839,  
 E-Mail Hornh@staff.uni-marburg.de

*Hornung*, Dr. Gerrit, LL.M., Prof.  
 Fachgebiet Öffentliches Recht, IT-Recht  
 und Umweltrecht  
 Universität Kassel, FB 07  
 Kurt-Schumacher-Str. 25, 34117 Kassel  
 (0561) 804 7923  
 E-Mail gerrit.hornung@uni-kassel.de

*Hösch*, Dr. Ulrich, apl. Professor, RA,  
 Kirchenstraße 72, 81675 München;  
 Kanzlei Dr. Gronefeld, Thoma & Kollegen,  
 Prinzregentenplatz 23, 81675 München,  
 (089) 9607 1380,  
 Fax (03212) 8463 724  
 E-Mail uhoesch@juradvance.de

*Huber*, Dr. Peter M., o. Professor,  
 Richter des Bundesverfassungsgerichts,  
 Josef-Heppner-Str. 2, 82049 Pullach i. L.,  
 (089) 7442 4662,  
 Fax (089) 7442 4852;  
 Universität München, Lehrstuhl für Öffent-  
 liches Recht und Staatsphilosophie,  
 Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
 (089) 2180-3576,  
 Fax (089) 2180-5063,  
 E-Mail peter.m.huber@jura.  
 uni-muenchen.de

*Hufeld*, Dr. Ulrich, Universitätsprofessor,  
 Stratenbarg 40a, 22393 Hamburg,

(040) 2100 7440;  
 Helmut-Schmidt-Universität/Universität  
 der Bundeswehr Hamburg,  
 Fakultät für Wirtschafts- und  
 Sozialwissenschaften,  
 Professur für Öffentliches Recht und  
 Steuerrecht,  
 Holstenhofweg 85, 22043 Hamburg,  
 (040) 6541-28 59,  
 Fax (040) 6541-3733,  
 E-Mail [Hufeld@hsu-hh.de](mailto:Hufeld@hsu-hh.de)

*Huster*, Dr. Stefan, Professor,  
 Ruhr-Universität Bochum,  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
 Sozial- und Gesundheitsrecht und  
 Rechtsphilosophie,  
 Universitätsstraße 150, 44780 Bochum,  
 Gebäude GC 7/135,  
 (0234) 3222 239,  
 Fax (0234) 3214 271,  
 E-Mail [stefan.huster@rub.de](mailto:stefan.huster@rub.de)

*Hufen*, Dr. Friedhelm, o. Professor,  
 Backhaushohl 62, 55128 Mainz,  
 (06131) 344 44,  
 Fax (06131) 36 1449;  
 Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,  
 Fachbereich Rechts- und Wirtschafts-  
 wissenschaften,  
 55099 Mainz,  
 (06131) 39-223 54 od. -230 45,  
 Fax (06131) 39-242 47,  
 E-Mail [hufen@uni-mainz.de](mailto:hufen@uni-mainz.de)

*Hummel*, Dr. David, Privatdozent,  
 Prager Straße 352, 04289 Leipzig;  
 Universität Leipzig,  
 Juristenfakultät,  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
 insbesondere Steuerrecht und  
 Öffentliches Wirtschaftsrecht,  
 Burgstraße 21, 04109 Leipzig,  
 (0341) 9735 273,  
 Fax (0341) 9735 279,  
 E-Mail [dhummel@uni-leipzig.de](mailto:dhummel@uni-leipzig.de)

*Hwang*, Dr. Shu-Perng, LL.M. (Columbia),  
 Forschungsprofessorin,  
 4F., 251 Long-Chiang Road, Taipei 104,  
 Taiwan,  
 (00886) 2 2504 7224,  
 Fax (00886) 938 868 871;  
 Institutum Iurisprudentiae,  
 Academia Sinica,  
 128 Academia Sinica Road, Sec. 2,  
 Nankang,  
 Taipei 11529, Taiwan,  
 (00886) 2 2652 5423,  
 E-Mail [sphwang@gate.sinica.edu.tw](mailto:sphwang@gate.sinica.edu.tw)

*Ibler*, Dr. Martin, Professor,  
 Lindauer Straße 3, 78464 Konstanz;  
 Universität Konstanz,  
 Fachbereich Rechtswissenschaften,  
 Postfach D 106, Universitätsstraße 10,  
 78457 Konstanz,  
 (07531) 88-24 80/-2 28,  
 E-Mail [Martin.Ibler@uni-konstanz.de](mailto:Martin.Ibler@uni-konstanz.de)

*Iliopoulos-Strangas*, Dr. Julia, Professorin,  
 A.Metaxa 2, GR-10681 Athen,  
 (0030) 210-3 82 6083 oder -382 3344,  
 Fax (0030) 2 0-3 80 54 3,  
 Mobil (0030) 6944 59 5200;  
 Universität Athen, Juristische Fakultät,  
 Ippokratous 33 (5. Stock),  
 GR-10680 Athen, (0030) 210-368 8422,  
 E-Mail [juliostr@law.uoa.gr](mailto:juliostr@law.uoa.gr)

*Ingold*, Dr. Albert, Privatdozent,  
 Ludwig-Maximilians-Universität München,  
 Juristische Fakultät, Institut für Politik und  
 Öffentliches Recht,  
 Lehrstuhl Prof. Dr. Jens Kersten  
 E-Mail [albert.ingold@jura.uni-muenchen.de](mailto:albert.ingold@jura.uni-muenchen.de)

*Ipsen*, Dr. Jörn, o. Professor,  
 Präsident des Niedersächsischen  
 Staatsgerichtshofs a. D.,  
 Luisenstr. 41, 49565 Bramsche,  
 (0 54 61) 44 96,

Fax (0 54 61) 6 34 62;  
 Institut für Kommunalrecht und  
 Verwaltungswissenschaften,  
 Universität Osnabrück,  
 49069 Osnabrück,  
 (0541) 969-6169 oder -6158,  
 Fax (0541) 9 69-6170,  
 E-Mail instkr@uos.de

*Ipsen*, Dr. Dr. h.c. mult. Knut, o. Professor,  
 Nevelstr. 59, 44795 Bochum,  
 (0234) 43 1266;  
 Deutsches Rotes Kreuz (DRK),  
 Königswinterer Str. 29, 53227 Bonn  
*Isensee*, Dr. Dr. h.c. Josef, o. Professor,  
 Meckenheimer Allee 150, 53115 Bonn,  
 (0228) 6934 69;  
 Universität Bonn,  
 Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,  
 (0228) 7358 50,  
 Fax (0228) 7348 69,  
 E-Mail isensee@uni-bonn.de

*Ismer*, Dr. Roland, Professor,  
 Werderstr. 11, 86159 Augsburg;  
 Lehrstuhl für Steuerrecht und  
 Öffentliches Recht,  
 Friedrich-Alexander-Universität  
 Erlangen-Nürnberg,  
 Lange Gasse 20, 90403 Nürnberg,  
 (0911) 5302-353,  
 Fax (0911) 5302-165,  
 E-Mail Roland.Ismer@wiso.  
 uni-erlangen.de

*Jaag*, Dr. Tobias, o. Professor,  
 Bahnhofstr. 22, Postfach 2957,  
 CH-8022 Zürich,  
 (0041) 442 1363 63,  
 Fax (0041) 442 1363 99,  
 E-Mail jaag@umbrecht.ch

*Jachmann-Michel*, Dr. Monika,  
 Universitätsprofessorin,  
 Richterin am Bundesfinanzhof,  
 Am Feldkreuz 2a,

82467 Garmisch-Partenkirchen,  
 (0172) 740 4448;  
 E-Mail monika.jachmann@bfh.bund.de  
 Bundesfinanzhof München,  
 Ismaninger Straße 109, 81675 München,  
 (089) 9231-0,  
 Fax (089) 9231-201

*Jaeckel*, Dr. Liv, Professorin,  
 Augustusweg 27, 01445 Radebeul,  
 (0351) 563 6286, Mobil (0170) 706 5480,  
 HHL Leipzig Graduate School of  
 Management  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbes.  
 deutsches und europäisches Wirtschafts-  
 und Regulierungsrecht  
 Jahnallee 59  
 04109 Leipzig  
 T +49 341 9851-812 oder -813  
 F +49 341 9851-888 812  
 liv.jaekkel@hhl.de

*Jahndorf*, Dr. Christian, Professor,  
 Brunnenweg 18, 48153 Münster,  
 (0251) 761 9683;  
 Westfälische Wilhelms-Universität,  
 Institut für Steuerrecht,  
 Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,  
 (0251) 832 2795,  
 Fax (0251) 832 8386,  
 E-Mail jahndorf@uni-muenster.de

*Janko*, Dr. Andreas, Univ.-Prof.,  
 Schwindstraße 4, A-4040 Linz/Auhof;  
 Institut für Staatsrecht und  
 Politische Wissenschaften,  
 Johannes Kepler Universität Linz,  
 Altenberger Straße 69, A-4040 Linz/Auhof,  
 (0043) 732 2468 8456,  
 Fax (0043) 732 2468 8901,  
 E-Mail andreas.janko@jku.at  
 oder Elisabeth.Kamptner@jku.at

*Janssen*, Dr. Albert, apl. Professor,  
 Landtagsdirektor i.R.,  
 Langelinienwall 16, 31134 Hildesheim,

(05121) 1311 12,  
E-Mail a.a.janssen@t-online.de  
Janz, Dr. Norbert, Privatdozent,  
Koch-Gotha-Str. 10, 18055 Rostock,  
(0381) 877 29 313;  
Landesrechnungshof Brandenburg,  
Dortusstr. 30–34, 14467 Potsdam,  
(0331) 866-85 35,  
Fax (0331) 866-85 18,  
E-Mail janz@uni-potsdam.de

*Jarass*, Dr. Hans D., LL.M. (Harvard),  
o. Professor,  
Baumhofstr. 37 d, 44799 Bochum,  
(0234) 7720 25;  
ZIR Forschungsinstitut für deutschen  
und europäisches öffentliches Recht  
an der Universität Münster,  
Wilmergasse 12–13, 48143 Münster,  
(0251) 8329 781,  
Fax (0251) 8329 790,  
E-Mail jarass@uni-muenster.de

*Jestaedt*, Dr. Matthias, Professor,  
Marchstraße 34, 79211 Denzlingen;  
Albert-Ludwigs-Universität,  
Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
79085 Freiburg i. Br.,  
(0761) 2039 7800,  
Fax (0761) 2039 7802  
E-Mail matthias.jestaedt@jura.  
uni-freiburg.de

*Jouanjan*, Dr. Olivier, Professor,  
32, rue de Vieux Marché aux Poissons,  
F-97000 Strasbourg,  
(0033) 661 33 2559;  
Université de Strasbourg,  
Institut de Recherches Carré de Malberg,  
11, rue du Maréchal Juin B.P. 68, F-67046  
Strasbourg Cedex,  
(0033) 388 14 3034;  
Albert-Ludwigs-Universität,  
Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
Institut für öffentliches Recht (Abt. 2),  
Platz der Alten Synagoge,

79085 Freiburg i. Br.,  
E-Mail olivier.jouanjan@unistra.fr

*Jochum*, Dr. Georg, Professor,  
Oberhofstraße 92, 88045 Friedrichshafen,  
(010) 238 6758;  
Zeppelin University, Lehrstuhl für  
Europarecht & Internationales Recht  
der Regulierung,  
Maybachplatz 5, 88045 Friedrichshafen,  
(07541) 6009 1481,  
Fax (07541) 6009 1499,  
E-Mail Georg.Jochum@zeppelin-  
university.de

*Jochum*, Dr. jur. Heike, Mag. rer. publ.,  
Professorin,  
Buchweilerstraße 77, 66953 Pirmasens;  
Institut für Finanz- und Steuerrecht  
an der Universität Osnabrück,  
Martinistraße 10, 49080 Osnabrück,  
(0541) 969-6168 (Sek.), -6161 (direkt),  
Fax (0541) 969-61 67,  
E-Mail Heike.Jochum@gmx.net

*Kadelbach*, Dr. Stefan, LL.M., Professor,  
Goethe-Universität, Institut für Öffentliches  
Recht, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Europarecht und Völkerrecht,  
Grüneburgplatz 1,  
60323 Frankfurt am Main,  
(069) 798 34295,  
Fax (069) 798 34516,  
E-Mail s.kadelbach@jur.uni-frankfurt.de

*Kägi-Diener*, Dr. Regula, Professorin,  
Rechtsanwältin,  
Marktgassee 14, CH-9004 St. Gallen,  
(0041) 71-2 2381 21,  
Fax (0041) 71-223 81 28,  
E-Mail switzerland@ewla.org oder regula.  
kaegi-diener@ewla.org

*Kahl*, Dr. Arno, Universitätsprofessor,  
Lärchenstraße 4a, A-6063 Rum,  
(0043) 5 12-26 5500;

Universität Innsbruck, Institut für Öffentliches Recht, Finanzrecht und Politikwissenschaft,  
Innrain 82, A-6020 Innsbruck,  
(0043) 5125 07 8204,  
Fax (0043) 5125 07 2828,  
E-Mail arno.kahl@uibk.ac.at

*Kahl*, Dr. Wolfgang, M.A., o. Professor,  
Albert-Schweitzer-Straße 2,  
95447 Bayreuth,  
(0921) 150 9287;  
Universität Heidelberg, Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht,  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,  
69117 Heidelberg,  
(06221) 5474 28,  
Fax (06221) 5477 43,  
E-Mail kahl@jurs.uni-heidelberg.de

*Kaiser*, Dr. Anna-Bettina, LL.M.  
(Cambridge), o. Professorin,  
Humboldt-Universität zu Berlin –  
Juristische Fakultät  
Professur für Öffentliches Recht und  
Grundlagen des Rechts  
Unter den Linden 6, D-10099 Berlin,  
Tel. 030 2093-3579,  
Fax 030 2093-3430,  
E-Mail kaiser@rewi.hu-berlin.de

*Kaltenborn*, Dr. Markus,  
Universitätsprofessor,  
Neue Tremoniastr. 30, 44137 Dortmund,  
(0231) 181 5909;  
Ruhr-Universität Bochum,  
Juristische Fakultät  
44780 Bochum,  
(0234) 32-2 5252 oder -252 63,  
Fax (0234) 32-144 21,  
E-Mail markus.kaltenborn@ruhr-uni-bochum.de

*Kämmerer*, Dr. Jörn Axel, Professor,  
Am Kaiserkai 53, 20457 Hamburg,  
(040) 48 0922 23;

Bucerius Law School,  
Hochschule für Rechtswissenschaft,  
Jungiusstraße 6, 20335 Hamburg,  
(040) 307 06-190,  
Fax (040) 3070 6-195,  
E-Mail axel.kaemmerer@law-school.de

*Karpen*, Dr. Ulrich, Professor,  
Ringstr. 181, 22145 Hamburg,  
(040) 677 8398,  
E-Mail ulrich.karpen@yahoo.de;  
Universität Hamburg, Schlüterstr. 28,  
20146 Hamburg,  
(040) 428 38-30 23 oder -4514 od. -4555

*Kästner*, Dr. Karl-Hermann, o. Professor,  
Jacob-Burckhardt-Straße 56,  
78464 Konstanz,  
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,  
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,  
(07071) 297 2971,  
Fax (07071) 2950 96,  
E-Mail Kaestner@jura.uni-tuebingen.de

*Kau*, Dr. Marcel, LL.M., Privatdozent,  
Blarerstraße 8, 78462 Konstanz;  
Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft D 110,  
Universitätsstraße 10, 78457 Konstanz,  
(07531) 8836 34,  
Fax (07531) 8831 46,  
E-Mail Marcel.Kau@uni-konstanz.de

*Kaufhold*, Dr. Ann-Katrin Privatdozentin  
Kufsteinerstr. 18, 10825 Berlin,  
(030) 5515 2147  
Professur für Staats- und Verwaltungsrecht  
Ludwig-Maximilians-Universität München  
Ludwigstr. 28, 80539 München  
(089) 2180 3184,  
Fax (089) 2180 13996  
E-Mail ann-katrin.kaufhold@jura.uni-muenchen.de

*Kaufmann*, Dr. Christine,  
Professorin,

Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Völker- und Europarecht,  
Universität Zürich, Rämistrasse 74/5,  
CH-8001 Zürich,  
(0041) 446 34 48 65,  
Fax (0041) 446 3443 78,  
E-Mail Lst.kaufmann@rwi.uzh.ch

*Kaufmann*, Dr. Marcel, Privatdozent,  
Rechtsanwalt,  
Senefelderstraße 7, 10437 Berlin;  
Freshfields Bruckhaus Deringer,  
Environment, Planning and Regulatory  
(EPR),  
Potsdamer Platz 1, 10785 Berlin,  
(030) 202 83-857(Sekretariat),  
(030) 202 83-600,  
Fax (030) 202 83-766,  
E-Mail marcel.kaufmann@freshfields.com

*Keller*, Dr. Helen, Professorin,  
Eigenstraße 16, CH-8008 Zürich,  
(0041) 444 22 2320;  
Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches  
Seminar,  
Rämistrasse 74/13, CH-8001 Zürich,  
(0041) 446 34 3689,  
Fax (0041) 446 34 4339,  
E-Mail helen.keller@rwi.uzh.ch

*Kemmler*, Dr. Iris, L.MM. (LSE),  
Privatdozentin,  
Eberhard Karls Universität Tübingen  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Finanz- und Steuerrecht  
Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof  
Geschwister-Scholl Platz, 72074 Tübingen  
Tel. +49 7017 29-74058  
Fax +49 7017 23-4358  
Sonnenbühl 22, 70597 Stuttgart  
Tel. 0711 – 2844447  
Iris.kemmler@gmx.de

*Kempen*, Dr. Bernhard, o. Professor,  
Rheinblick 1, 53424 Remagen/Oberwinter,  
(02228) 9132 91,

Fax (022 28) 9132 93;  
Institut für Völkerrecht und ausländisches  
öffentliches Recht, Universität zu Köln,  
Gottfried-Keller-Straße 2, 50931 Köln,  
(0221) 470 2364,  
Fax (0221) 470 4992,  
E-Mail Bernhard.Kempen@uni-koeln.de

*Kersten*, Dr. Jens, Professor,  
Hoheneckstr. 28, 81243 München,  
(089) 9547 9340;  
Ludwig-Maximilians-Universität München,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
Verwaltungswissenschaften,  
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(089) 2180-2113,  
Fax (089) 2180-1 3515,  
E-Mail jens.kersten@jura.uni-muenchen.de

*Khakzadeh-Leiler*, Dr. Lamiss,  
ao. Univ.-Professorin,  
Mähderweg 37 c, A-6841 Mäder,  
(0043) 676 43 38 765;  
Universität Innsbruck, Institut für Öffentli-  
ches Recht, Staats- und Verwaltungslehre,  
Innrain 52 d, A-6020 Innsbruck,  
(0043) 507-8232,  
Fax (0043) 507-2828,  
E-Mail lamiss.khakzadeh@uibk.ac.at

*Khan*, Dr. Daniel-Erasmus, Professor,  
Institut für Öffentliches Recht und  
Völkerrecht  
Universität der Bundeswehr München,  
Werner-Heisenberg-Weg 39,  
85579 Neubiberg,  
(089) 6004-4690 oder -4262 oder -2048,  
Fax (089) 6004-4691,  
E-Mail Khan@unibw.de

*Kielmansegg*, Dr. Sebastian Graf, Professor,  
Barstenkamp 66, 24113 Molfsee  
Tel. (0431) 12 84 20 51  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
Medizinrecht  
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,

Olshausenstraße 75, 24118 Kiel  
(0431) 880-1668,  
Fax (0431) 880-1894,  
E-Mail skielmansegg@law.uni-kiel.de

*Kilian*, Dr. Michael, Professor,  
Hohenkogl 62, A-8181 St. Ruprecht/Raab  
Juristische Fakultät, Universität Halle-  
Wittenberg,  
Universitätsplatz 3–5, Juridicum,  
06099 Halle (Saale),  
(0345) 55-231 70,  
Fax (0345) 55-2 7269,  
E-Mail michael.kilian@jura.uni-halle.de

*Kingreen*, Dr. Thorsten, Professor,  
Agnes-Miegel-Weg 10, 93055 Regensburg,  
(0941) 70402 41;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Sozialrecht und Gesundheitsrecht,  
Universität Regensburg,  
Universitätsstr. 31, 93053 Regensburg,  
(0941) 943 2607 od. 26 8,  
Fax (0941) 943 3634,  
E-Mail king@jura.uni-regensburg.de

*Kirchhof*, Dr. Ferdinand, o. Professor,  
Bundesverfassungsgericht,  
Schlossbezirk 3, 76131 Karlsruhe,  
(0721) 910 1218,  
Fax (0721) 910 1670;  
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,  
Geschwister-Scholl-Platz,  
72074 Tübingen,  
(07071) 297-2561 oder -8118,  
Fax (07071) 2943 58,  
E-Mail Kirchhof@uni-tuebingen.de

*Kirchhof*, Dr. Gregor, LL.M.,  
Universitätsprofessor,  
Fasanenstr. 42a, 85591 Vaterstetten,  
(08106) 34 809 34;  
Universität Augsburg, Lehrstuhl für Öffent-  
liches Recht, Finanzrecht und Steuerrecht,  
Universitätsstr. 24, 86159 Augsburg  
(0821) 598-4541,

E-Mail sekretariat.kirchhof@jura.  
uni-augsburg.de

*Kirchhof*, Dr. Dres. h.c. Paul, Professor,  
Am Pferchelhang 33/1, 69118 Heidelberg,  
(06221) 8014 47;  
Universität Heidelberg,  
Zeppelinstr. 151, 69121 Heidelberg,  
(06221) 5474 57,  
E-Mail paul.kirchhof@paul-kirchhof.de

*Kirn*, Dr. Michael, o. Professor,  
Rummelsburgerstr. 3, 22147 Hamburg,  
(040) 647 3843;  
Universität der Bundeswehr,  
Institut für Öffentliches Recht,  
Postfach 70 08 22, 22043 Hamburg,  
(040) 6541-2782 oder (040) 6541-2590

*Kirste*, Dr. Stephan, Professor,  
Am Gutleuthofhang 18, 69118 Heidelberg,  
(06221) 8 45 03,  
Fax (06221) 8045 03;  
Universität Salzburg, Rechts- und  
Sozialphilosophie,  
FB Sozial- und Wirtschaftswissenschaften  
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät,  
Churfürststraße 1, A-5010 Salzburg,  
(0043-662) 8044-3551,  
Fax (0043-662) 8044-74-3551,  
Mobil (0043-664) 8289-223,  
E-Mail kirste.stephan@sbg.ac.at

*Kischel*, Dr. Uwe, LL.M. (Yale),  
Attorney-at-law (New York), o. Professor,  
Dorfstraße 34, 17121 Döbberitz,  
(0399 98) 315 46;  
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald,  
Domstr. 20a, 17489 Greifswald,  
(03834) 86-2180,  
Fax (03834) 86-2182,  
E-Mail kischel@uni-greifswald.de

*Klatt*, Dr. Matthias, Prof.,  
Rothenbaumchausee 33, 20148 Hamburg,  
(040) 42838 2380,



Fax 040 42838 8296,  
 Universitätsprofessur für Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtspolitik,  
 Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
 Karl-Franzens-Universität Graz  
 Universitätsstraße 15 / C2, A-8010 Graz  
 E-Mail: matthias.klatt@uni-graz.at

*Klaushofer*, Dr. Reinhard, az. Prof.,  
 Universität Salzburg,  
 Kapitelgasse 5–7, 5020 Salzburg,  
 0043 (0)662 8044–3634,  
 Fax 0043 (0) 662 8044–303,  
 E-Mail reinhard.klaushofer@sbg.ac.at

*Klein*, Dr. iur. Eckart, Universitätsprofessor,  
 Heideweg 45, 14482 Potsdam,  
 (0331) 7058 47,  
 E-Mail klein@uni-potsdam.de

*Klein*, Dr. Hans Hugo,  
 Universitätsprofessor,  
 Heilbrunnstr. 4, 76327 Pfinztal,  
 (07240) 7300,  
 E-Mail hansklein@web.de

*Klein* (geb. Gas), Dr. Tonio, Professor,  
 Professor für Staats-, Verfassungs- und  
 Europarecht  
 Niedersächsisches Studieninstitut für  
 kommunale Verwaltung e.V.,  
 Kommunale Hochschule für Verwaltung  
 in Niedersachsen,  
 Wielandstr. 8, 30169 Hannover,  
 (0511) 1609-448,  
 Fax (0511) 15 537,  
 E-Mail tonio.klein@nsi-hsvn.de

*Klement*, Dr. Jan Henrik,  
 Universitätsprofessor,  
 Schimperstraße 4, 68167 Mannheim,  
 (0621) 4300 5130,  
 E-Mail jan.klement@arcor.de;  
 Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungs-  
 recht, Universität des Saarlandes, Campus,  
 Gebäude B 4.1, 66123 Saarbrücken,

(0681) 302-2104 (Sekretariat) oder -3104,  
 Fax (0681) 302-4779,  
 E-Mail janhenrik.klement@uni-saarland.de

*Kley*, Dr. Andreas, Professor,  
 Stallikerstr. 10a,  
 CH – 8142 Uitikon Waldegg;  
 Rechtswissenschaftliches Institut,  
 Rämistr. 74/34, CH – 8001 Zürich,  
 (0041) 44-634 5020,  
 Fax (0041) 44-634 5029  
 E-Mail andreas.kley@rwi.uzh.ch

*Kloepfer*, Dr. Michael, o. Professor,  
 Taubertstraße 19, 14193 Berlin,  
 (030) 825 2490,  
 Fax (030) 825 2690;  
 Institut für Öffentliches Recht und  
 Völkerrecht,  
 Humboldt-Universität zu Berlin,  
 Unter den Linden 9–11 (Palais),  
 10099 Berlin,  
 (030) 2093-3340 oder -3331,  
 Fax (030) 2093-3438,  
 E-Mail Michael.Kloepfer@rewi.  
 hu-berlin.de

*Kluth*, Dr. Winfried, Professor,  
 Eilenburger Straße 12, 06116 Halle (Saale);  
 Martin-Luther-Universität Halle-  
 Wittenberg, Juristische und Wirtschafts-  
 wissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für  
 Öffentliches Recht,  
 Universitätsplatz 10a, 06099 Halle (Saale),  
 (0345) 552 3223,  
 Fax (0345) 552 7293,  
 E-Mail winfried.kluth@jura.uni-halle.de

*Kment*, Dr. Martin, LL.M. (Cambridge),  
 Professor,  
 Donaustraße 16, 81679 München;  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Euro-  
 parecht, Umweltrecht und Planungsrecht,  
 Universität Augsburg,  
 Universitätsstr. 24, 86159 Augsburg,  
 (0821) 598 4535,

Fax (0821) 598 4537,  
E-Mail martin.kment@jura.  
uni-augsburg.de

*Knauff*, Dr. Matthias, LL.M. Eur.,  
Professor,  
von-Salza-Str. 10,  
97980 Bad Mergentheim,  
(07931) 481 0097, (0163) 729 8371;  
Friedrich-Schiller-Universität Jena  
Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
insbes. Öffentliches Wirtschaftsrecht,  
Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena,  
(03641) 942 221,  
Fax (03641) 942 222,  
E-Mail matthias.knauff@uni-jena.de

*Kneihs*, Dr. Benjamin, Univ. Professor,  
Niederland 73,  
A-5091 Unken, Österreich;  
Universität Salzburg, Fachbereich  
öffentliches Recht,  
Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,  
(0043) 662 8044-3611,  
Fax (0043) 662 8044-303,  
E-Mail benjamin.kneihs@sbg.ac.at

*Knemeyer*, Dr. Franz-Ludwig, o. Professor,  
Unterdürnbacher Str. 353, 97080 Würzburg,  
(0931) 961 18;  
Universität Würzburg,  
Domerschulerstr.16, 97070 Würzburg,  
(0931) 31-8 2899,  
Fax (0931) 31-23 17,  
E-Mail knemeyer@jura.uni-wuerzburg.de

*Knies*, Dr. Wolfgang, o. Professor,  
Am Botanischen Garten 5,  
66123 Saarbrücken,  
(06 81) 39 98 88,  
Fax (06 81) 39 98 88;  
Universität Saarbrücken, Postfach 15 11 50,  
66041 Saarbrücken,  
(0681) 302-3158,  
E-Mail w.knies@mx.uni-saarland.de

*Koch*, Dr. Hans-Joachim, Professor,  
Wendlohnstr. 80, 22459 Hamburg,  
(040) 551 8804,  
Fax (040) 551 8804;  
Universität Hamburg,  
Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Edmund-Siemers-Allee 1, 20146 Hamburg,  
(040) 42838-3977 oder -5443,  
Fax (040) 42838-6280,  
E-Mail hans-joachim.koch@jura.  
uni-hamburg.de

*Koch*, Dr. Thorsten, Privatdozent,  
Emanuel-Geibel-Str. 4,  
49143 Bissendorf-Schledehausen,  
(05402) 7774;  
Institut für Kommunalrecht Universität  
Osnabrück,  
Martinistr. 12, 49069 Osnabrück,  
(0541) 969-6169,  
Fax (0541) 969-6164,  
E-Mail tkoch@uos.de

*Köck*, Dr. Wolfgang, Professor,  
UFZ-Umweltforschungszentrum  
Leipzig-Halle GmbH,  
Permoserstraße 15, 04318 Leipzig;  
Universität Leipzig, Lehrstuhl  
für Umweltrecht,  
Postfach 10 09 20, 04009 Leipzig,  
(0341) 235-3140,  
Fax (0341) 235-2825,  
E-Mail Wolfgang.Koeck@ufz.de

*Koenig*, Dr. Christian, LL.M. (London),  
Universitätsprofessor,  
Zentrum für Europäische Integrations-  
forschung,  
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität,  
Walter-Flex-Str. 3, 53113 Bonn,  
(0228) 73-18-91/-92/-95,  
Fax (0228) 73-1893,  
E-Mail sekretariat.zeia@uni-bonn.de

*Kokott*, Dr. Juliane, LL.M. (Am. Un.),  
S.J.D. (Harvard),

Universitätsprofessorin, Generalanwältin,  
(06221) 4516-17;  
Gerichtshof der Europäischen Gemein-  
schaften, Th. More 2214,  
Bd. Konrad Adenauer, L-2925, Luxemburg,  
(00352) 4303 2221,  
E-Mail [juliane.kokott@curia.europa.eu](mailto:juliane.kokott@curia.europa.eu)

*Kolonovits*, Dr. Dieter, Mag., M.C.J.,  
ao. Universitätsprofessor,  
Berggasse 17/41 A-1090 Wien,  
(0043) 699 1920 2895;  
Universität Wien,  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Schottenbastei 10–16,  
A-1010 Wien (Juridicum),  
(0043) 1427 73 5416,  
Fax (0043) 1427 73 5419,  
E-Mail [dieter.kolonovits@univie.ac.at](mailto:dieter.kolonovits@univie.ac.at)

*König*, Dr. Doris, Professorin,  
Bucerius Law School,  
Hochschule für Rechtswissenschaft,  
Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg,  
(040) 307 06-201  
Fax (040) 307 06-190,  
E-Mail [doris.koenig@law-school.de](mailto:doris.koenig@law-school.de)

*König*, Dr. Dr. Klaus, Universitätsprofessor,  
Albrecht-Dürer-Str. 20, 67346 Speyer,  
(06232) 29 02 16;  
Deutsche Universität für Verwaltungs-  
wissenschaften Speyer,  
Postfach 14 09, 67324 Speyer,  
(06232) 654-369 oder -350 oder -355,  
Fax (06232) 654-306,  
E-Mail [k.koenig@uni-speyer.de](mailto:k.koenig@uni-speyer.de)

*Kopetzki*, DDr. Christian,  
Universitätsprofessor,  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Medizinenrecht, Universität Wien,  
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,  
(0043) 1427 73 5411,  
Fax (0043) 1427 73 5419,  
E-Mail [christian.kopetzki@univie.ac.at](mailto:christian.kopetzki@univie.ac.at)

*Korinek*, Dr. Dr. h.c. Karl, o. Professor,  
Präsident des Österreichischen  
Verfassungsgerichtshofs a. D.,  
Auhofstr. 225–227/3/4, A-1130 Wien,  
(0043) 1876 4876

*Korioth*, Dr. Stefan, Professor,  
Institut für Politik und Öffentliches Recht  
der Universität München,  
Professor-Huber-Platz 2/III,  
80539 München,  
(089) 2180-2737,  
Fax (089) 2180-3990,  
E-Mail [Korioth@jura.uni-muenchen.de](mailto:Korioth@jura.uni-muenchen.de)

*Korte*, Dr. Stefan, Privatdozent,  
Freie Universität Berlin,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
Europarecht,  
Lehrstuhlinhaber: Prof. Dr. Christian  
Calliess, Boltzmannstraße 3, 14195 Berlin,  
(0179) 7319 579,  
E-Mail [skorte@zedat.fu-berlin.de](mailto:skorte@zedat.fu-berlin.de)

*Kotulla*, Dr. Michael, M.A., Professor,  
Universität Bielefeld, Fakultät für  
Rechtswissenschaft,  
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,  
(0521) 106-2500,  
Fax (0521) 106-8091,  
E-Mail [Michael.Kotulla@uni-bielefeld.de](mailto:Michael.Kotulla@uni-bielefeld.de)

*Kotzur*, Dr. Markus, LL.M. (Duke Univ.),  
o. Professor,  
Am Sandtorkai 64 b, 20457 Hamburg,  
(040) 4191-9344;  
Universität Hamburg,  
Institut für Internationale Angelegenheiten,  
Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,  
(040) 42828-4601,  
Fax (040) 42838-6262,  
E-Mail [markus.kotzur@jura.uni-hamburg.de](mailto:markus.kotzur@jura.uni-hamburg.de)

*Krajewski*, Dr. Markus, Professor,  
Frommannstr. 19, 90419 Nürnberg,

Friedrich-Alexander-Universität  
Erlangen-Nürnberg,  
Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,  
(09131) 85 222 60,  
Fax (09131) 85 269 50,  
E-Mail markus.krajewski@fau.de

*Krause*, Dr. Peter, o. Professor,  
Weinbergstr. 12, 54317 Korlingen,  
(0 65 88) 73 33;  
Universität Trier, 54286 Trier,  
(0651) 201-2587,  
Fax (0651) 201-3803,  
E-Mail Krausepe@uni-trier.de

*Krausnick*, Dr. Daniel, Privatdozent,  
Bubenreutherstr. 19 b,  
91094 Bräuningshof,  
(0160) 92967079;  
Friedrich-Alexander-Universität  
Erlangen-Nürnberg, Institut für  
Staats- und Verwaltungsrecht,  
Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,  
(09131) 8522 241,  
Fax (09131) 852 63 82,  
E-Mail Daniel.Krausnick@jura.  
uni-erlangen.de

*Krawietz*, Dr. Werner, o. Professor,  
Nienbergweg 29, 48161 Münster,  
(0251) 8614 51;  
Lehrstuhl für Rechtssoziologie,  
Universität Münster,  
Bispinghof 24-25, 48143 Münster,  
(0251) 8325 91,  
E-Mail Krawiet@uni-muenster.de

*Krebs*, Dr. Walter, Professor,  
Herderallee 13, 44791 Bochum  
(0234) 511288  
E-mail krebs.bo@t-online.de

*Kreßel*, Dr. Eckhard, Professor,  
Körschtalstr. 21, 73760 Ostfildern,  
(0931) 313 05;

Juristische Fakultät der Universität  
Würzburg,  
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,  
E-Mail eckhard.kressel@daimler.com

*Kreuter-Kirchhof*, Dr. Charlotte, Professor  
Kirchgasse 61, 53347 Alfter,  
(02222) 9936 22,  
Fax (02222) 9936 21;  
Lehrstuhl für Deutsches und  
Ausländisches Öffentliches Recht,  
Völkerrecht und Europarecht  
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf  
Universitätsstr. 1, 40225 Düsseldorf  
(0211) 81 114 35  
(0211) 81 114 56  
E-Mail kreuter-kirchhof@hhu.de

*Krieger*, Dr. Heike, Professorin,  
Freie Universität Berlin, Fachbereich  
Rechtswissenschaft,  
Van't-Hoff-Straße 8, 14195 Berlin,  
(030) 8385 1453,  
E-Mail hkrieger@zedat.fu-berlin.de

*Kriele*, Dr. Martin, o. Professor,  
Dorf 11, A-6900 Möggers,  
(0043) 5573-8 2496,  
Fax (0043) 5573-8 2497;  
Universität Köln,  
Albertus-Magnus-Platz 1, 50923 Köln,  
(0221) 470-2230,  
Fax (0221) 470-5010

*Kröger*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,  
Hölderlinweg 14, 35396 Gießen,  
(0641) 522 40;  
Universität Gießen,  
35394 Gießen,  
(0641) 9923-130,  
Fax (0641) 9923-059

*Krüper*, Dr. Julian, Professor,  
Sundernstr. 24, 58452 Witten;  
Professur für Öffentliches Recht,  
Verfassungstheorie und interdisziplinäre

Rechtsforschung, Juristische Fakultät  
der Ruhr-Universität Bochum,  
Universitätsstraße 150, 44780 Bochum,  
(0234) 32-29942,  
Fax (0234) 32-14282  
E-Mail julian.krueper@rub.de

*Krugmann*, Dr. Michael, Privatdozent,  
Stellaustieg 3, 22143 Hamburg,  
(040) 677 8860,  
Fax (040) 677 8860,  
E-Mail dr@michaelkrugmann.de

*Krumm*, Dr. Marcel, Professor,  
Perselstraße 19, 47589 Uedem,  
Westfälische Willhems-Universität  
Münster,  
Professur für Öffentliches Recht und  
Steuerrecht  
Universitätstraße 14–16, 48143 Münster  
(0251) 83 22795,  
Fax (0251) 83 28386  
E-Mail marcel.krumm@uni-muenster.de

*Kube*, Dr. Hanno, LL.M. (Cornell),  
Universitätsprofessor,  
Friedrichstr. 8a, 69117 Heidelberg  
(06221) 7257338;  
Institut für Finanz- und Steuerrecht  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht unter  
besonderer Berücksichtigung des  
Finanz- und Steuerrechts  
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10  
69117 Heidelberg  
Tel. 06221 547792  
Mail: kube@uni-heidelberg.de

*Kucsko-Stadlmayer*, Dr. Gabriele,  
Universitätsprofessorin,  
Rooseveltplatz 4–5, A-1090 Wien,  
(0043) 14 08 38 59;  
Universität Wien, Institut für Staats-  
und Verwaltungsrecht,  
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,  
(0043) 1427 7354 18,

Fax (0043) 142 7793 54,  
E-Mail gabriele.kucsko-stadlmayer@uni-  
vie.ac.at

*Kühling*, Dr. Jürgen, LL.M. (Brüssel),  
Universitätsprofessor,  
Kellerweg 12 b, 93053 Regensburg,  
(0941) 705 6079;  
Universität Regensburg, Lehrstuhl für  
Öffentliches Recht und Immobilienrecht,  
Universitätsstr. 31, 93053 Regensburg,  
(0941) 943-6060,  
Fax (0941) 943-6062,  
E-Mail juergen.kuehling@jura.  
uni-regensburg.de

*Kühne*, Dr. Jörg-Detlef, Professor,  
Münchhausenstr. 2, 30625 Hannover,  
(0511) 55 6 63;  
Universität Hannover,  
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
(0511) 7 62-8148,  
Fax (0511) 7 62-8228,  
E-Mail Kuehne@oera.uni-hannover.de

*Küpper*, Dr. Herbert, Professor,  
Herrnstr. 15, 80539 München;  
Institut für Ostrecht,  
Landshuter Str. 4, 93047 Regensburg,  
(0941) 943 5450,  
Fax (0941) 943 5465,  
E-Mail Herbert.Kuepper@ostrecht.de

*Kugelmann*, Dr. Dieter, Professor,  
Am Klosterwald 24, 48165 Münster,  
DieterKugelmann@web.de;  
Deutsche Universität der Polizei,  
Zum Roten Berge 18–24, 48165 Münster,  
(02501) 806-437, -279 (Sekr.), -525 (Fax),  
E-Mail dieter.kugelmann@dhp01.de

*Kunig*, Dr. Dr. h.c. (Univ. Athen) Dr. h.c.  
(Univ. Istanbul) Philip, Professor,  
Freie Universität Berlin,  
Institut für Staatslehre,  
Boltzmannstraße 3, 14195 Berlin,

(030) 838 530-10,  
 Fax (030) 838 530-11,  
 E-Mail [Kunig@zedat.fu-berlin.de](mailto:Kunig@zedat.fu-berlin.de)

*Lachmayer*, Dr. Konrad, Privatdozent,  
 Weitlofgasse 12/10, 1180 Wien;  
 Universität Wien,  
 Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
 Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,  
 Schottenbastei 10–16, 1010 Wien,  
 (0043) 14277 35471,  
 Fax (0043) 14277 35479,  
 E-Mail [konrad@lachmayer.eu](mailto:konrad@lachmayer.eu)

*Ladeur*, Dr. Karl-Heinz, Professor,  
 Universität Hamburg,  
 Fakultät für Rechtswissenschaft,  
 Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,  
 (040) 428 38-5752,  
 Fax (040) 428 38-2635,  
 E-Mail [karl-heinz.ladeur@jura.uni-hamburg.de](mailto:karl-heinz.ladeur@jura.uni-hamburg.de)

*Lang*, Dr. Heinrich, Professor,  
 Dipl.-Sozialpädagoge,  
 Steinstraße 13, 17489 Greifswald;  
 Ernst-Moritz-Arndt Universität Greifswald,  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
 Sozial- und Gesundheitsrecht,  
 Domstraße 20, 17489 Greifswald,  
 (03834) 86-2174,  
 Fax (03834) 86-2113,  
 E-Mail [bribraun@uni-greifswald.de](mailto:bribraun@uni-greifswald.de)

*Lange*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,  
 Lilienweg 22, 35423 Lich,  
 (06404) 5681;  
 Universität Gießen,  
 Fachbereich Rechtswissenschaften,  
 Hein-Heckroth-Straße 5, 35390 Gießen,  
 (0641) 92 11-80 oder -81,  
 Fax (0641) 992 11-89,  
 E-Mail [Klaus.Lange@recht.uni-giessen.de](mailto:Klaus.Lange@recht.uni-giessen.de)

*Langenfeld*, Dr. Christine, Professorin,  
 Menckestraße 30, 04155 Leipzig,

(0341) 5611 4940,  
 Fax (0341) 5611 4941,  
 E-Mail [Dr.Langenfeld@t-online.de](mailto:Dr.Langenfeld@t-online.de);  
 Juristisches Seminar der  
 Georg-August-Universität,  
 Platz der Göttinger Sieben 6,  
 37073 Göttingen,  
 (0551) 39-21150,  
 Fax (0551) 39-21151,  
 E-Mail [enomiko@gwdg.de](mailto:enomiko@gwdg.de)

*Laskowski*, Dr. Silke Ruth, Professorin,  
 Gertigstraße 13, 22303 Hamburg,  
 (040) 366615, Mobil (0179) 2315663,  
 Fax (040) 366615,  
 Universität Kassel, Institut für Wirtschaftsrecht,  
 FG Öffentliches Recht, Völker- und  
 Europarecht, Schwerpunkt Umweltrecht,  
 Diagonale 12, 34127 Kassel,  
 (0561) 804 3222,  
 Fax (0561) 804 2827,  
 E-Mail [Laskowski@uni-kassel.de](mailto:Laskowski@uni-kassel.de)

*Laubinger*, Dr. Hans-Werner,  
 M.C.L., Professor,  
 Philipp-Wasserburg-Str. 45, 55122 Mainz,  
 (06131) 431 91;  
 Universität Mainz, 55099 Mainz,  
 (06131) 3959 42,  
 E-Mail [Laubinger@mail.jura.uni-mainz.de](mailto:Laubinger@mail.jura.uni-mainz.de)

*Laurer*, Dr. Hans René,  
 a.o. Universitätsprofessor,  
 Scheffergasse 27a, A-2340 Mödling,  
 (0043) 263 62 0402;  
 Wirtschafts-Universität,  
 Augasse 2–6, A-1190 Wien,  
 (0043) 1313 36 oder 4669 oder 4158

*Lecheler*, Dr. Helmut, o. Professor,  
 Freie Universität Berlin, Fachbereich  
 Rechtswissenschaft,  
 Suarezstr. 38, 14057 Berlin,  
 (030)773-6317,  
 Fax (030)30 30111194  
 E-Mail [mail@lecheler.eu](mailto:mail@lecheler.eu)

*Leeb*, Dr. David, Universitätsprofessor,  
Zellbachstraße 20b, 4020 Linz, Österreich  
Institut für Staatsrecht und Politische  
Wissenschaften,  
Johannes Kepler Universität Linz,  
Altenberger Straße 69, 4040 Linz/Auhof,  
Österreich,  
(0732) 2468 7420,  
Fax (0732) 2468 7405  
E-Mail david.leeb@jku.at

*Lege*, Dr. Joachim, Professor,  
Fischstr. 19, 17489 Greifswald,  
(03834) 7739 41;  
Rechts- und Staatswissenschaftliche  
Fakultät, Ernst-Moritz-Arndt-Universität,  
Domstr. 20, 17489 Greifswald,  
(03834) 86-2150,  
Fax (03834) 86-2156,  
E-Mail lege@uni-greifswald.de

*Lehner*, Dr. Moris, Universitätsprofessor,  
Kaiserplatz 7, 80803 München,  
(089) 3402 0646;  
Ludwig-Maximilians-Universität, Lehrstuhl  
für Öffentliches Recht, insbesondere öffent-  
liches Wirtschaftsrecht und Steuerrecht,  
Ludwigstr. 28 (Rgb.), 80539 München,  
(089) 2180 2718,  
Fax (089) 3335 66,  
E-Mail Moris.Lehner@jura.  
uni-muenchen.de

*Leisner*, Dr. mult. Dr. h.c. Walter,  
o. Professor,  
Pienzenauerstr. 99, 81925 München,  
(089) 9894 05,  
Fax (089) 9829 0997

*Leisner*, Dr. Walter Georg, Privatdozent,  
Halserspitzstraße 13, 81673 München,  
(089) 9894 24;  
Universität Hamburg,  
Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Schlüterstr. 28, 20146 Hamburg,  
E-Mail leisner@lz-legal.de

*Leisner-Egensperger*, Dr. Anna,  
Universitätsprofessorin,  
Bachmairstrasse 15,  
81243 München-Pasing,  
(089) 88909 356, Mobil (0173) 392 4145;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
Steuerrecht,  
Friedrich-Schiller-Universität Jena,  
Carl-Zeiss-Straße 3, 07743 Jena,  
(03641) 9422 51,  
Fax (03641) 9422 52,  
E-Mail A.Leisner@recht.uni-jena.de

*Leitl-Staudinger*, Dr. Barbara,  
Universitätsprofessorin,  
Hohe Straße 135, A-4040 Linz;  
Institut für Fernunterricht in den  
Rechtswissenschaften,  
Johannes Kepler Universität Linz,  
Petrinumstraße 12, A-4040 Linz,  
(0043) 732 2468 1900,  
Fax (0043) 732 2468 1910,  
E-Mail barbara.leitl-staudinger@jku.at

*Lenski*, Dr. Sophie-Charlotte, Professorin,  
Universität Konstanz,  
Universitätsstraße 10, 78457 Konstanz,  
(07531) 88-3654,  
Fax (07531) 88-2194,  
E-Mail sophie.lenski@uni-konstanz.de

*Lenze*, Dr. Anne, Privatdozentin,  
Sandstraße 19, 64625 Bensheim,  
(06251) 5808 52;  
Fachhochschule Darmstadt,  
Adelungstraße 51, 64283 Darmstadt,  
(06151) 1689 65,  
Fax (06151) 1689 90,  
E-Mail anne.lenze@t-online.de

*Lepsius*, Dr. Oliver, LL.M. (Chicago),  
Professor,  
Romanstr. 53, 80639 München,  
(089) 1433 2482 und (0921) 1508 4430;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Allgemeine und Vergleichende Staatslehre,

Universität Bayreuth,  
 Universitätsstr. 30, 95440 Bayreuth,  
 (0921) 55-6261, (0921) 55-6262,  
 E-Mail [oliver.lepsius@uni-bayreuth.de](mailto:oliver.lepsius@uni-bayreuth.de)

*Lerche*, Dr. Dr. h. c. Peter, o. Professor,  
 Junkersstr. 13, 82131 Gauting,  
 (089) 850 2088,  
 Fax (089) 850 2088

*Lewinski*, Dr. Kai von, Professor,  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
 Medien- und Informationsrecht –  
 Universität Passau  
 Innstraße 40 (Nikolakloster), 94032 Passau  
 Telefon: 0851/509-2221 (Sekt.)  
 Telefax: 0851/509-2222  
 E-Mail [kai.lewinski@uni-passau.de](mailto:kai.lewinski@uni-passau.de)  
 Stephanstr. 165, 94034 Passau

*Lienbacher*, Dr. Georg,  
 Universitätsprofessor,  
 Obere Donaustr. 43/2/44, A-1020 Wien;  
 Institut für Österreichisches und  
 Europäisches Öffentliches Recht,  
 Wirtschaftsuniversität Wien,  
 Welthandelsplatz 1/D3, A-1020 Wien,  
 (0043) 1313 36-5402,  
 Fax (0043) 1313 36-9222,  
 E-Mail [Georg.Lienbacher@wu.ac.at](mailto:Georg.Lienbacher@wu.ac.at)  
 Mitglied des Verfassungsgerichtshofs,  
 Verfassungsgerichtshof, Freyung 8,  
 A-1010 Wien,  
 (0043) 1531 22-1037,  
 E-Mail [g.lienbacher@vfgg.gv.at](mailto:g.lienbacher@vfgg.gv.at)

*Lindner*, Dr. Josef Franz, Professor,  
 Großhaderner Straße 14 b,  
 81375 München,  
 (089) 7032 45,  
 Fax (089) 7400 9385  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
 Medizinrecht und Rechtsphilosophie,  
 Universität Augsburg,  
 Universitätsstr. 24, 86159 Augsburg  
 (0821) 598 4970,

Fax (0821) 598 14 4970  
 E-Mail [josef.lindner@jura.uni-augsburg.de](mailto:josef.lindner@jura.uni-augsburg.de)

*Link*, Dr. jur. Dres. theol. h.c.  
 Heinz-Christoph, em. Professor,  
 Rühlstraße 35, 91054 Erlangen,  
 (09131) 2093 35,  
 Fax (09131) 5345 66;  
 Hans-Liermann-Institut für Kirchenrecht,  
 Hindenburgstr. 34, 91054 Erlangen,  
 (09131) 852 2825,  
 Fax (09131) 852 4064

*Linke*, Dr. Tobias, Privatdozent,  
 Universität Bonn  
 (02241) 9220010  
 E-Mail [tobias.linke@jura.uni-bonn.de](mailto:tobias.linke@jura.uni-bonn.de)

*Lohse*, Dr. Eva Julia, Privatdozentin  
 Bohlenplatz 7, 91054 Erlangen  
 (09131) 9756146  
 E-Mail [eva.j.lohse@fau.de](mailto:eva.j.lohse@fau.de)

*Lorenz*, Dr. Dieter, o. Professor,  
 Bohlstr. 21, 78465 Konstanz,  
 (07533) 6822;  
 Universität Konstanz,  
 Postfach 55 60 D 100, 78434 Konstanz,  
 (07531) 8825 30,  
 E-Mail [Dieter.Lorenz@uni-konstanz.de](mailto:Dieter.Lorenz@uni-konstanz.de)

*Lorz*, Dr. Ralph Alexander, Hessischer  
 Kultusminister, Apl. Professor, LL.M.  
 (Harvard), Attorney-at-Law (New York),  
 Rheingastr. 161, 65203 Wiesbaden  
 (0170) 412 1866;  
 Hessisches Kultusministerium  
 Luisenplatz 10, 65185 Wiesbaden  
 (0611) 368-2000  
 E-Mail [al.lorz@uni-duesseldorf.de](mailto:al.lorz@uni-duesseldorf.de)

*Losch*, Dr. phil. Dr. iur. Bernhard,  
 Professor,  
 Ulrich-Hofmaier-Str. 45,  
 86159 Augsburg,  
 (0829) 6609 6164



*Löwer*, Dr. Wolfgang, Professor,  
Hobsweg 15, 53125 Bonn,  
(0228) 2506 92,  
Fax (0228) 2504 14;  
Universität Bonn,  
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,  
(0228) 7392 78/7392 80,  
Fax (0228) 7339 57,  
E-Mail [w.loewer@uni-bonn.de](mailto:w.loewer@uni-bonn.de)

*Lübbe-Wolff*, Dr. Gertrude, Professorin,  
(0521) 8826 59;  
Universität Bielefeld,  
Fakultät Rechtswissenschaft,  
Universitätsstr. 25, Postfach 100131,  
33615 Bielefeld,  
(0521) 106-4386,  
Fax (0521) 106-8085,  
E-Mail [Gertrude.Luebbe-Wolff@uni-bielefeld.de](mailto:Gertrude.Luebbe-Wolff@uni-bielefeld.de)

*Luchterhandt*, Dr. Otto, Professor,  
Im Wendischen Dorfe 28,  
21335 Lüneburg,  
(04131) 2329 65,  
Fax (04131) 2329 65;  
Universität Hamburg,  
Schlüterstr. 28 (Rechtshaus),  
20146 Hamburg,  
(040) 42838-4562,  
E-Mail [ottolucht@arcor.de](mailto:ottolucht@arcor.de)

*Ludwigs*, Dr. Markus,  
Universitätsprofessor,  
Am Trieb 5, 97204 Höchberg,  
(0931) 61947845;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
Europarecht, Universität Würzburg,  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,  
(0931) 31-89979,  
E-Mail [ludwigs@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:ludwigs@jura.uni-wuerzburg.de)

*Lühmann*, Dr. Hans, Privatdozent,  
Pannebäcker Str. 7a,  
40593 Düsseldorf,  
(0211) 239 9534

*Luther*, Dr. Jörg, Professor  
Via Roero di Cortanze 2, I – 10124 Torino,  
(0039) 011 835 607,  
Dipartimento POLIS  
Via Cavour 84, I – 15100 Alessandria,  
(0039) 0131 283 745,  
Fax (0039) 0131 283 704  
[luther@sp.unipmn.it](mailto:luther@sp.unipmn.it)

*Mächler*, Dr. iur. August, Professor,  
Schindellegistrasse 15, CH-8808 Pfäffikon,  
(0041) 554 1043 20;  
Sicherheitsdepartement des Kt. Schwyz,  
Postfach 1200, 6431 Schwyz,  
(0041) 418 1920 02,  
Fax (0041) 418 1920 19,  
E-Mail [august-maechler@swissonline.ch](mailto:august-maechler@swissonline.ch)

*Magen*, Dr. Stefan, M.A., Professor,  
Kallenweg 6, 53129 Bonn,  
(0228) 9091 7679;  
Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für  
Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie  
und Rechtsökonomik,  
Universitätsstr. 150, 44780 Bochum,  
(0234) 32-22809,  
Fax (0234) 32-14327  
E-Mail [magen@rub.de](mailto:magen@rub.de)

*Mager*, Dr. Ute, Universitätsprofessorin,  
Universität Heidelberg,  
Juristische Fakultät,  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,  
69117 Heidelberg,  
(06221) 5477 37 oder (0171) 554 0078,  
E-Mail [ute.mager@jurs.uni-heidelberg.de](mailto:ute.mager@jurs.uni-heidelberg.de)

*Magiera*, Dr. Siegfried,  
Universitätsprofessor,  
Feuerbachstr. 1, 67354 Römerberg,  
(06232) 84898;  
Deutsche Universität für  
Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer,  
(06232) 654 348,  
E-Mail [s.magiera@uni-speyer.de](mailto:s.magiera@uni-speyer.de)

*Mahlmann*, Dr. Matthias, Professor,  
Rindermarkt 7, CH-8001 Zürich;  
Lehrstuhl für Rechtstheorie, Rechtssoziologie  
und Internationales Öffentliches Recht,  
Universität Zürich,  
Treichlerstr. 10, CH-8032 Zürich,  
(0041) 44634 1587,  
Fax (0041) 44634 4391,  
E-Mail [matthias.mahlmann@rwi.uzh.ch](mailto:matthias.mahlmann@rwi.uzh.ch)

*Majer*, Dr. jur. utr. Diemut, Rechtsanwältin,  
Universitätsprofessorin,  
Universität Bern;  
Welfenstr. 35, 76137 Karlsruhe,  
(0721) 8166 50  
Fax (0721) 8176 63,  
E-Mail [majer@kanzlei-karlstr62.de](mailto:majer@kanzlei-karlstr62.de)

*Mangoldt*, Dr. Hans von, Professor,  
Goetheweg 1, 72147 Nehren,  
(07473) 7908;  
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,  
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,  
(07071) 297 3302

*Mann*, Dr. Thomas, Professor,  
Im Torfveen 19, 46147 Oberhausen,  
(0208) 6754 98;  
Juristisches Seminar der Georg-August-  
Universität Göttingen,  
Platz der Göttinger Sieben 6,  
37073 Göttingen,  
(0551) 39-4723,  
Fax (0551) 39-7978,  
E-Mail [sekretariatmann@jura.uni-goettingen.de](mailto:sekretariatmann@jura.uni-goettingen.de)

*Manssen*, Dr. Gerrit,  
Universitätsprofessor,  
Konrad-Adenauer-Allee 15,  
93051 Regensburg,  
(0941) 928 45;  
Juristische Fakultät,  
Universität Regensburg,  
93040 Regensburg,  
(0941) 943-3255,

Fax (0941) 943-3257,  
E-Mail [Gerrit.Manssen@jura.uni-regensburg.de](mailto:Gerrit.Manssen@jura.uni-regensburg.de)

*Mantl*, Dr. Dr. h.c. Wolfgang,  
em. o. Universitätsprofessor,  
Wiener Str. 256/XI/33, A-8051 Graz,  
(0043) 316-68 1306;  
Institut für Österreichisches, Europäisches  
und Vergleichendes Öffentliches Recht,  
Politikwissenschaft und Verwaltungslehre,  
Karl-Franzens-Universität Graz,  
Universitätsstr. 15/K3, A-8010 Graz,  
(0043) 316-380 3370,  
E-Mail [wolfgang.mantl@uni-graz.at](mailto:wolfgang.mantl@uni-graz.at)

*Marauhn*, Dr. Thilo, M.Phil., Professor,  
An der Fels 20, 35435 Wettenberg,  
(0641) 877 3275,  
Fax (0641) 877 3275,  
E-Mail [thilo.marauhn@recht.uni-giessen.de](mailto:thilo.marauhn@recht.uni-giessen.de);  
Professur für Öffentliches Recht,  
Völkerrecht und Europarecht,  
Justus-Liebig-Universität Gießen,  
Licher Straße 76, 35394 Gießen,  
(0641) 992 1150/51,  
Fax (0641) 992 1159,  
E-Mail [intlaw@recht.uni-giessen.de](mailto:intlaw@recht.uni-giessen.de)

*Marko*, Dr. Joseph, o. Professor,  
Kasernstr. 35, A-8010 Graz,  
(0043) 316-46 2238;  
Institute of Austrian, European and Compa-  
rative Public Law and Political Sciences,  
University of Graz,  
Universitätsstraße 15/B4, A-8010 Graz,  
(0043) 316 380-3374,  
Fax (0043) 316 380-94 2,  
E-Mail [josef.marko@uni-graz.at](mailto:josef.marko@uni-graz.at)

*Marti*, Dr. Arnold, Titularprofessor  
der Universität Zürich,  
Fernsichtstraße 5, CH-8200 Schaffhausen,  
(0041) 52-624 1810,  
E-Mail [a.g.marti@swissonline.ch](mailto:a.g.marti@swissonline.ch);

Obergericht des Kantons Schaffhausen,  
Frauengasse 17, CH-8200 Schaffhausen,  
(0041) 52-632 7424,  
Fax (0041) 52-632 78 6,  
E-Mail [arnold.marti@ktsh.ch](mailto:arnold.marti@ktsh.ch)

*Martínez Soria*, Dr. José,  
Universitätsprofessor,  
Braschzeile 9, 14109 Berlin,  
(030) 8058-6766;  
Stiftungsprofessur für Agrarrecht und  
Öffentl. Recht, Institut für Landwirt-  
schaftsrecht der Universität Göttingen,  
Juristische Fakultät,  
Platz der Göttinger Sieben 6,  
37073 Göttingen,  
(0551) 39-7415,  
Fax (0551) 39-91268,  
E-Mail [jmartin@gwdg.de](mailto:jmartin@gwdg.de)

*Martini*, Dr. Mario, Professor,  
Adams-Lehmann-Str. 8, 80797 München,  
(089) 3200 2610;  
Deutsche Universität für Verwaltungs-  
wissenschaften Speyer, Lehrstuhl für  
Verwaltungswissenschaft,  
Freiherr-vom-Stein-Straße 2, 67346 Speyer,  
(06232) 654-338,  
Fax (06232) 654-404,  
E-Mail [martini@uni-speyer.de](mailto:martini@uni-speyer.de)

*März*, Dr. Wolfgang, Professor,  
Zelckstraße 1, 18055 Rostock,  
(0381) 377 9255,  
Fax (0381) 377 9256;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Ver-  
fassungsgeschichte, Universität Rostock,  
Ulmenstr. 69 (Haus 3), 18057 Rostock  
(0381) 498 8190,  
Fax (0381) 498 118 8190,  
E-Mail [wolfgang.maerz@uni-rostock.de](mailto:wolfgang.maerz@uni-rostock.de)

*Masing*, Dr. Johannes, Professor,  
Richter des Bundesverfassungsgerichts,  
Schlossbezirk 3, 76131 Karlsruhe;  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,

Platz der Alten Synagoge, 79085 Freiburg,  
(0761) 203-2252,  
Fax (0761) 203 2293,  
E-Mail [johannes.masing@jura.uni-freiburg.de](mailto:johannes.masing@jura.uni-freiburg.de)

*Maurer*, Dr. Hartmut, o. Professor,  
Säntisblick 10, 78465 Konstanz,  
(07533) 1312;  
Universität Konstanz, Fachbereich  
Rechtswissenschaft, Postfach 118,  
78457 Konstanz,  
(07531) 8836 57,  
Fax (07531) 8831 96,  
E-Mail [hartmut.maurer@uni-konstanz.de](mailto:hartmut.maurer@uni-konstanz.de)

*Mayer*, Dr. Franz, LL.M. (Yale),  
Universitätsprofessor,  
Universität Bielefeld,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Europarecht, Völkerrecht,  
Rechtsvergleichung und  
Rechtspolitik,  
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,  
(0521) 106-4412,  
Fax (0521) 106-89016,  
E-Mail [franz.mayer@uni-bielefeld.de](mailto:franz.mayer@uni-bielefeld.de)

*Mayer-Tasch*, Dr. Peter Cornelius,  
Professor,  
Am Seeberg 13, 86938 Schondorf,  
(08192) 8668;  
Hochschule für Politik München,  
Ludwigstr. 8, 80539 München,  
(089) 288 0399-0,  
Fax (089) 288 0399-22

*Mayrhofer*, Dr. Michael,  
Assoz. Univ.-Professor,  
Schnopfhagenstraße 4/1,  
4190 Bad Leonfelden, Österreich  
Johannes Kepler Universität Linz, Institut  
für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre  
Altenbergerstraße 69, 4040 Linz,  
Österreich  
(0732) 2468 1868,

Fax (0732) 2468 1870

E-Mail michael.mayrhofer@jku.at

*Mehde*, Dr. Veith, Mag.rer.publ., Professor,  
Lilienstr. 23, 30167 Hannover,  
(0511) 98 2906;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
insbesondere Verwaltungsrecht,  
Leibniz Universität Hannover,  
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
(0511) 762-8206, Sekr.: -8207,  
Fax (0511) 762-19106,  
E-Mail mehde@jura.uni-hannover.de

*Meng*, Dr. Werner, Universitätsprofessor,  
Im Herrengarten 8, 55263 Wackernheim,  
(06132) 9770 65;  
Europa-Institut, Universität des Saarlandes,  
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,  
(0681) 302 6660,  
Fax (0681) 302 6662,  
E-Mail w.meng@kabelmail.de

*Menzel*, Dr. Jörg, Privatdozent,  
The Senate of the Kingdom of Cambodia,  
Chamcar Morn, State Palace,  
Norodom Blvd., Phnom Penh, Cambodia,  
(00855) 1233 3528,  
Fax (00855) 2321 1446,  
E-Mail joergmenzel@gmx.net

*Merli*, Dr. Franz, Universitätsprofessor,  
Universität Wien, Institut für Staats- und  
Verwaltungsrecht  
Schottenbastei 10–16, 1010 Wien  
(0043) 1 4277 35421  
E-Mail franz.merli@univie.ac.at

*Merten*, Dr. Dr. Detlef, o. Professor,  
Von-Dalberg-Str. 8, 67487 St. Martin,  
(06323) 1875;  
Deutsche Universität für Verwaltungs-  
wissenschaften Speyer,  
Freiherr-vom-Stein-Str. 2–6, 67346 Speyer,  
(06232) 654-349 oder -330,  
E-Mail merten@uni-speyer.de

*Meßerschmidt*, Dr. Klaus, Privatdozent,  
Hynspergstr. 29,  
60322 Frankfurt am Main,  
(069) 5545 87;  
University of Latvia, EuroFaculty,  
Raina bulv. 19, LV-1586 Riga/Lettland,  
(00371) 782 0278,  
Fax (00371) 782 0260,  
E-Mail Messerschmidtkl@aol.com

*Meyer*, Dr. Dr. h. c. Hans, Professor,  
Georg-Speyer-Str. 28,  
60487 Frankfurt am Main,  
(069) 7701 2926,  
Fax (069) 7 01 2927;  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(030) 2093-3528 (Skr.) oder -3347,  
Fax (030) 2093-2729,  
E-Mail Hans.Meyer@rewi.hu-berlin.de

*Meyer*, Dr. Stephan, Privatdozent,  
Universität Erfurt,  
Nordhäuser Str. 63, 99089 Erfurt,  
(0361) 737-4762,  
Fax (0361) 737-4709,  
E-Mail stephan.meyer@uni-erfurt.de

*Meyn*, Dr. Karl-Ulrich, Professor,  
Leyer Str. 36, 49076 Osnabrück,  
(0541) 1 64 82;  
Universität Jena,  
Schillerhaus, Schillergässchen 2,  
07745 Jena,  
(03641) 9311 85,  
Fax (03641) 9311 87,  
E-Mail karl-ulrich.meyn@t-online.de

*Michael*, Dr. Lothar, Professor,  
Kapellenstraße 51, 40670 Meerbusch;  
Professur für Öffentliches Recht,  
Universitätsstraße 1, Geb. 24.91,  
40225 Düsseldorf,  
(0211) 811 1412,  
E-Mail Lothar.Michael@uni-duesseldorf.de

*Moeckli*, Dr. Daniel, Professor,  
Assistenzprofessur für Völkerrecht  
und Staatsrecht,  
Universität Zürich,  
Rechtswissenschaftliches Institut  
Rämistraße 74/50, CH-8001 Zürich,  
Tel. +41 44 634 36 94  
Fax +41 44 634 49 11  
E-Mail [daniel.moeckli@rwi.uzh.ch](mailto:daniel.moeckli@rwi.uzh.ch)  
Donnerbühlweg 30, CH-3012 Bern

*Möllers*, Dr. Christoph, LL.M., Professor,  
Zehdenicker Str. 14, 10119 Berlin;  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
insbesondere Verfassungsrecht und  
Rechtsphilosophie,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(030) 2093-35 85,  
Fax (030) 2093-3552,  
E-Mail [sekretariat.moellers@rewi.hu-berlin.de](mailto:sekretariat.moellers@rewi.hu-berlin.de)

*Morgenthaler*, Dr. Gerd, Professor,  
Tilsiter Str. 33, 57250 Netphen;  
Universität Siegen, Fachbereich 5,  
Hölderlinstr. 3, 57068 Siegen,  
(0271) 740 2402,  
E-Mail [morgenthaler@recht.wiwi.uni-siegen.de](mailto:morgenthaler@recht.wiwi.uni-siegen.de)

*Morlok*, Dr. Martin, Professor,  
Poßbergweg 51, 40629 Düsseldorf,  
(0211) 2868 68;  
Heinrich-Heine-Universität,  
Juristische Fakultät,  
Universitätsstr. 1, Gebäude 24.91,  
40225 Düsseldorf,  
(0211) 811 53 51,  
Fax (0211) 811 1460,  
E-Mail [ls.morlok@uni-duesseldorf.de](mailto:ls.morlok@uni-duesseldorf.de)

*Morscher*, Dr. Siegbert,  
em. Universitätsprofessor,  
Tschigglyfreyst. 11a, A-6020 Innsbruck,  
(0043) 512-28 6210;

Leopold-Franzens-Universität,  
Institut für Öffentliches Recht,  
Staats- und Verwaltungslehre,  
Innrain 52d, A-6020 Innsbruck,  
(0043) 512-5078210 od. -11,  
Fax (0043) 512-5072828,  
E-Mail [siegbert.morscher@uibk.ac.at](mailto:siegbert.morscher@uibk.ac.at)

*Möstl*, Dr. Markus, Professor,  
Birkenstraße 77, 95447 Bayreuth,  
(0921) 507 168;  
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche  
Fakultät  
Universitätsstr. 30, 95440 Bayreuth,  
(0921) 55-2866,  
Fax (0921) 55-2041,  
E-Mail [markus.moestl@uni-bayreuth.de](mailto:markus.moestl@uni-bayreuth.de)

*Muckel*, Dr. Stefan, Universitätsprofessor,  
Oberer Griffenberg 152, 42119 Wuppertal  
(0202) 6957303  
Universität zu Köln,  
Institut für Kirchenrecht,  
50923 Köln,  
(0221) 470-3777 oder 470-2679,  
E-Mail [Kirchenrecht@uni-koeln.de](mailto:Kirchenrecht@uni-koeln.de)

*Müeckl*, Dr. Stefan, apl. Professor,  
Adenauerallee 129, 53115 Bonn;  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.,  
Institut für Öffentliches Recht IV,  
Platz der Universität 3, 79085 Freiburg i.Br.,  
(0761) 203-2264,  
Fax (0761) 203-2297,  
E-Mail [s.muECKl@gmx.de](mailto:s.muECKl@gmx.de)

*Müller*, Dr. Bernhard, Privatdozent,  
Lisseeweg 36/2, A-1210 Wien,  
(0043) 676 934 9343,  
E-Mail [b\\_mueller@tele2.at](mailto:b_mueller@tele2.at);  
Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte  
GmbH,  
Dr.-Karl-Lueger-Ring 10, A-1010 Wien,  
(0043) 1533 4795 57,  
Fax (0043) 1533 4795 5057,  
E-Mail [bernhard.mueller@dbj.at](mailto:bernhard.mueller@dbj.at)

*Müller*, Dr. Dr. h.c. Georg, o. Professor em.,  
Sugenreben 29 C, CH-5018 Erlinsbach,  
(0041) 62 844 3873,  
E-Mail georg-mueller@sunrise.ch

*Müller*, Dr. Dr. h.c. Jörg Paul,  
o. Professor em.,  
Universität Bern,  
Kappelenring 42a,  
CH-3032 Hinterkappelen bei Bern,  
(0041) 319 01 0570,  
E-Mail jpmueller@bluewin.ch

*Müller*, Dr. Markus, Professor,  
Institut für öffentliches Recht,  
Universität Bern,  
Schanzeneckstraße 1, CH-3001 Bern,  
(0041) 31 631 4594,  
E-Mail markus.mueller@oefre.unibe.ch

*Müller-Franken*, Dr. Sebastian, Professor,  
Schützenstr. 1c, 35039 Marburg/Lahn,  
(06421) 207 0340 oder  
Westermühlstr. 28, 80469 München,  
(089) 2023 9828;  
Professur für Öffentliches Recht,  
Philipps-Universität Marburg,  
Universitätsstraße 6, 35032 Marburg/Lahn,  
(06421) 282 3122,  
Fax (06421) 282 3840,  
E-Mail mueller-franken@jura.  
uni-marburg.de

*Müller-Terpitz*, Dr. Ralf, Professor,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Recht  
der Wirtschaftsregulierung und Medien  
Fakultät für Rechtswissenschaft und Volks-  
wirtschaftslehre der Universität Mannheim  
Schloss Westflügel  
E-Mail mueller-terpitz@uni-mannheim.de

*Münch*, Dr. Dr. h.c. Ingo von, Professor,  
Hammerichstr. 2 A,  
22605 Hamburg  
(040) 880 99 506,  
Fax (040) 8234 49

*Murswiek*, Dr. Dietrich, o. Professor,  
Lindenastr. 17, 79199 Kirchzarten,  
(07661) 992 37;  
Institut für Öffentliches Recht,  
Universität Freiburg,  
79085 Freiburg,  
(0761) 203-2237 oder -41,  
Fax (0761) 203-2240,  
E-Mail Dietrich.Murswiek@jura.  
uni-freiburg.de

*Musil*, Dr. Andreas, Professor,  
Mendelssohn-Bartholdy-Str. 34,  
14480 Potsdam,  
(0331) 745 3453;  
Universität Potsdam, Lehrstuhl für  
Öffentliches Recht, insbesondere  
Verwaltungs- und Steuerrecht,  
August-Bebel-Str 89, 14482 Potsdam,  
(0331) 977 3233,  
E-Mail musil@uni-potsdam.de

*Mußgnug*, Dr. Reinhard, o. Professor,  
Keplerstr. 40, 69120 Heidelberg,  
(06221) 4362 22,  
Fax (06221) 4083 09;  
Universität Heidelberg,  
Institut für Finanz- und Steuerrecht,  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,  
69117 Heidelberg,  
(06221) 5474 66,  
Fax (06221) 5476 54,  
E-Mail Reinhard.Mussgnug@urz.  
uni-heidelberg.de

*Mutius*, Dr. Albert von, o. Professor,  
Hof „Frankenthaler Moor“,  
Poseritz-Ausbau Nr. 8,  
18574 Poseritz auf Rügen,  
(038307) 40599, Mobil (0176) 2182 0581,  
Fax (038307) 4 03 49,  
E-Mail avm.law@gmx.de

*Nettesheim*, Dr. Martin, o. Professor,  
Horemer 13, 72076 Tübingen,  
(07071) 2546 04;

Universität Tübingen,  
Juristische Fakultät,  
Geschwister-Scholl-Platz,  
72074 Tübingen,  
(07071) 297 2560,  
Fax (07071) 2958 47,  
E-Mail [Nettesheim@jura.uni-tuebingen.de](mailto:Nettesheim@jura.uni-tuebingen.de)

*Neumann*, Dr. Volker, Professor,  
Neckarstaden 10, 69117 Heidelberg,  
(06221) 1612 66;  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Sozialrecht und Staatstheorie,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(030) 2093 3460,  
Fax (030) 2093 3452,  
E-Mail [volker.neumann@rewi.hu-berlin.de](mailto:volker.neumann@rewi.hu-berlin.de)

*Nicolaysen*, Dr. Dr. h. c. Gert, Professor,  
Bockhorst 68a, 22589 Hamburg,  
(040) 870 1747;  
Universität Hamburg, Seminar für  
Öffentliches Recht und Staatslehre,  
Abteilung Europarecht,  
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,  
E-Mail [gert.nicolaysen@jura.uni-hamburg.de](mailto:gert.nicolaysen@jura.uni-hamburg.de)

*Niedobitek*, Dr. Matthias,  
Universitätsprofessor,  
Weststr. 99, 09116 Chemnitz,  
(0371) 275 504 18;  
Professur für Europäische Integration mit  
dem Schwerpunkt Europäische Verwaltung,  
Technische Universität Chemnitz,  
Thüringer Weg 9, 09126 Chemnitz,  
(0371) 531-349 12,  
E-Mail [matthias.niedobitek@phil.tu-chemnitz.de](mailto:matthias.niedobitek@phil.tu-chemnitz.de)

*Nierhaus*, Dr. Michael, Professor,  
Am Moosberg 1c, 50997 Köln,  
(02236) 636 29,  
Fax (02236) 9637 95,  
E-Mail [michael@nierhaus.org](mailto:michael@nierhaus.org)

*Nolte*, Dr. Georg, Professor,  
Ansbacher Str. 73, 10777 Berlin,  
(030) 5367 4192;  
Institut für Völker- und Europarecht,  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(030) 2093-3349,  
Fax (030) 2093-3384,  
E-Mail [georg.nolte@rewi.hu-berlin.de](mailto:georg.nolte@rewi.hu-berlin.de)

*Nolte*, Dr. Jakob, Privatdozent,  
Rue des Pavillons 15, CH-1205 Genf,  
(0041) 22-3203 427;  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Juristische Fakultät,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(030) 2093-3459,  
Fax (030) 2093 3345,  
E-Mail [jakob.nolte@rewi.hu-berlin.de](mailto:jakob.nolte@rewi.hu-berlin.de)

*Nolte*, Dr. Martin, Professor,  
Judenpfad 9, 50996 Köln,  
(02236) 895 2984,  
(0151) 5444 0606 (Mobil);  
Deutsche Sporthochschule Köln,  
Professur für Sportrecht,  
Am Sportpark Müngersdorf 6,  
50933 Köln,  
(0221) 4982 6088,  
Fax (0221) 4982 8145,  
E-Mail [M.Nolte@dshs-koeln.de](mailto:M.Nolte@dshs-koeln.de)

*Novak*, Dr. Richard, o. Professor,  
Thadd. Stammel-Str. 8, A-8020 Graz,  
(0043) 316-5 3516;  
Universität (0043) 316-380-3371,  
E-Mail [richard.novak@uni-graz.at](mailto:richard.novak@uni-graz.at)

*Nowak*, Dr. Carsten, Universitätsprofessor,  
Jevenstedter Str. 69g, 22547 Hamburg,  
(040) 880 0317;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb.  
Europarecht, Europa-Universität Viadrina  
Frankfurt (Oder),  
Große Scharnstr. 59,  
15230 Frankfurt (Oder),

(0335) 5534-2710, -2711,  
Fax (0335) 5534-7 2711,  
E-Mail [cnowak@europa.uni.de](mailto:cnowak@europa.uni.de)

*Nowrot*, Dr. Karsten, LL.M. (Indiana),  
Professor,  
Tulpenweg 10, 24220 Flintbek,  
(04347) 9093955;  
Universität Hamburg,  
Fachbereich Sozialökonomie,  
Von-Melle-Park 9, 20146 Hamburg,  
(040) 42838-3207,  
Fax (040) 42838-8129,  
E-Mail [Karsten.Nowrot@wiso.uni-hamburg.de](mailto:Karsten.Nowrot@wiso.uni-hamburg.de)

*Nußberger*, Dr. Angelika, Professorin,  
Eichenhainallee 15,  
51427 Bergisch Gladbach;  
Institut für Ostrecht an der  
Universität zu Köln,  
Klosterstr. 79 d, 50931 Köln,  
(0221) 470 5583,  
Fax (0221) 470 5582,  
E-Mail [angelika.nussberger@uni-koeln.de](mailto:angelika.nussberger@uni-koeln.de)

*Odendahl*, Dr. Kerstin, Professorin,  
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,  
Walther-Schücking-Institut für  
Internationales Recht,  
Westring 400, 24118 Kiel,  
(0431) 880-2149,  
Fax (0431) 880-1619,  
E-Mail [odendahl@wsi.uni-kiel.de](mailto:odendahl@wsi.uni-kiel.de)

*Oebbecke*, Dr. Janbernd,  
Universitätsprofessor,  
Huberstr. 13a, 48151 Münster,  
(0251) 230 5170;  
Kommunalwissenschaftliches Institut,  
Universität Münster,  
Universitätsstr. 14–16,  
48143 Münster,  
(0251) 83-2 1806,  
Fax (0251) 83-218 33,  
E-Mail [oebbecke@uni-muenster.de](mailto:oebbecke@uni-muenster.de)

*Oesch*, Dr. Matthias, Professor,  
Universität Zürich, Rechtswissenschaft-  
liches Institut, Lehrstuhl für Öffentliches  
Recht, Europarecht und Wirtschafts-  
völkerrecht,  
Rämistrasse 74/18, CH-8001 Zürich,  
(0041) 44 634 5952,  
E-Mail [matthias.oesch@rwi.uzh.ch](mailto:matthias.oesch@rwi.uzh.ch)

*Oeter*, Dr. Stefan, Professor,  
Wulfsdorfer Weg 122, 22359 Hamburg,  
(040) 6095 1957;  
Universität Hamburg, Institut  
für Internationale Angelegenheiten,  
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,  
(040) 42838 4565,  
Fax (040) 42838 6262,  
E-Mail [S-Oeter@jura.uni-hamburg.de](mailto:S-Oeter@jura.uni-hamburg.de)

*Ogorek*, Dr. Markus, LL.M. (Berkeley),  
Professor,  
Brucknerstraße 3, 50931 Köln;  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
öffentliches und privates Wirtschaftsrecht,  
EBS Universität für Wirtschaft und Recht,  
EBS Law School,  
Gustav-Stresemann-Ring 3,  
65189 Wiesbaden,  
(0611) 7102 2237,  
Fax (0611) 7102 10 2237,  
E-Mail [markus.ogorek@ebs.edu](mailto:markus.ogorek@ebs.edu)

*Ohler*, Dr. Christoph, LL.M., Professor,  
Berghoffsweg 4, 07743 Jena,  
(03641) 2070 81;  
Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
Friedrich-Schiller-Universität Jena,  
Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena  
(03641) 9422 60,  
Fax (03641) 9422 62,  
E-Mail [christoph.ohler@recht.uni-jena.de](mailto:christoph.ohler@recht.uni-jena.de)

*Öhlinger*, Dr. Theo,  
o. Universitätsprofessor,  
Tolstojgasse 5/6, A-1130 Wien,  
(0043-1) 877 1260;



Universität Wien, Schottenbastei 10–16,  
A-1010 Wien,  
E-Mail theodor.oehlinger@univie.ac.at

*Oldiges*, Dr. Martin, Universitätsprofessor,  
August-Bebel-Straße 31, 04275 Leipzig,  
(0341) 211 9233,  
Fax (0341) 149 6816,  
E-Mail martin@oldiges.de;  
Universität Leipzig, Juristenfakultät,  
Otto-Schill-Str. 2, 04109 Leipzig,  
(0341) 973 5131,  
Fax (0341) 973 5139

*Oppermann*, Dr. Dres. h.c. Thomas,  
o. Professor,  
Burgholzweg 122, 72070 Tübingen,  
(07071) 495 33,  
Fax (07071) 447 02,  
E-Mail oppermannprof@aol.com;  
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,  
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,  
(07071) 297 2558,  
Fax (07071) 2958 47,  
E-Mail Thomas.Oppermann@uni-  
tuebingen.de

*Ossenbühl*, Dr. Fritz, Professor,  
Im Wingert 12, 53340 Meckenheim,  
(02225) 174 82;  
Universität Bonn, 53113 Bonn,  
(0228) 7355-72 oder -73

*Osterloh*, Dr. Lerne, Professorin,  
Richterin des Bundesverfassungs-  
gerichts a. D.,  
Dünkelbergsteig 6, 14195 Berlin,  
(030) 8200 7552,  
Fax (030) 8200 7550;  
Institut für Öffentliches Recht,  
Universität Frankfurt,  
Postfach 11 19 32,  
60054 Frankfurt am Main,  
(069) 79 82 2711 oder 2 8611,  
Fax (069) 79 82 2562,  
E-Mail osterloh@jur.uni-frankfurt.de

*Pabel*, Dr. Katharina, Professorin,  
Ortmayrstraße 9, A-4060 Leonding,  
(0043) 732 680550;  
Johannes Kepler Universität Linz,  
Institut für Verwaltungsrecht und  
Verwaltungslehre,  
Altenberger Straße 69, A-4040 Linz,  
(0043) 732/2468-8490,  
Fax (00 43) 732/2468-8489,  
E-Mail katharina.pabel@jku.at

*Pabst*, Dr. Heinz-Joachim, Privatdozent,  
Universität zu Köln, Prüfungsamt der  
Rechtswissenschaftlichen Fakultät,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(0221) 470-5799,  
Fax (0221) 470-6722,  
E-Mail hpabst@uni-koeln.de

*Pache*, Dr. Eckhard, Professor,  
Hauptstraße 82, 97218 Gerbrunn;  
Julius-Maximilians-Universität Würzburg,  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,  
(0931) 31-823 09,  
Fax (0931) 31-2319,  
E-Mail pache@jura.uni-wuerzburg.de

*Palm*, Dr. Ulrich, Professor,  
Universität Hohenheim,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Finanz- und Steuerrecht,  
Schloss Osthof-Nord, 70559 Stuttgart,  
(0711) 459-22791,  
Fax (0711) 459-23482,  
E-Mail palm@uni-hohenheim.de

*Papier*, Dr. Dr. h.c. Hans-Jürgen,  
em. o. Professor, Präsident des  
Bundesverfassungsgerichts a. D.,  
Institut für Politik und Öffentliches Recht,  
Universität München,  
Professor-Huber-Platz 2,  
80539 München,  
(089) 2180-3339  
Mitterfeld 5a, 82327 Tutzing  
E-Mail hans-juergen@prof-papier.de

*Paulus*, Dr. Andreas, Professor,  
Hermann-Föge-Weg 17, 37073 Göttingen;  
Institut für Völkerrecht und Europarecht,  
Platz der Göttinger Sieben 5,  
37073 Göttingen,  
(0551) 3947 51,  
Fax (0551) 3947 67,  
E-Mail apaulus@jura.uni-goettingen.de

*Pauly*, Dr. Walter, o. Professor,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Rechts- und Verfassungsgeschichte,  
Rechtsphilosophie,  
Universität Jena,  
Carl-Zeiss-Str. 3, 07743 Jena,  
(03641) 9422 30 oder -31,  
Fax (03641) 9422 32,  
E-Mail W.Pauly@recht.uni-jena.de

*Pechstein*, Dr. Matthias,  
Universitätsprofessor,  
Lindenallee 40, 14050 Berlin,  
(030) 301 9417,  
Fax (030) 301 9417;  
Jean-Monnet-Institut für Öffentliches  
Recht und Europarecht,  
Europa-Universität Viadrina Frankfurt  
(Oder),  
Große Scharnstr. 59,  
15230 Frankfurt (Oder),  
(0335) 5534-2761,  
Fax (0335) 5534-2769,  
E-Mail sekretariat-pechstein@europa-  
uni.de

*Peine*, Dr. jur. Dr. h.c. Franz-Joseph,  
Professor,  
Kurpromenade 56, 14089 Berlin-Kladow,  
(030) 365 6193,  
Fax (030) 365 6193;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
insbesondere Verwaltungsrecht,  
Europa-Universität Viadrina Frankfurt  
(Oder),  
Große Scharnstr. 59,  
15230 Frankfurt (Oder),

(0335) 554-2528,  
Fax (0335) 5534-2569,  
E-Mail fpeineberlin@t-online.de

*Pernice*, Dr. Ingolf, Universitätsprofessor,  
Laehrstraße 17a, 14165 Berlin,  
(030) 8472 3615,  
Fax (030) 8450 9162;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Völker- und Europarecht,  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(030) 2093-3440,  
Fax (030) 2 93-3449,  
E-Mail ingolf.pernice@rz.hu-berlin.de

*Pestalozza*, Dr. Christian Graf von,  
Universitätsprofessor (em.),  
Freie Universität Berlin, Institut für  
Staatslehre, Staats- und Verwaltungsrecht,  
Dienstanschrift: Van't-Hoff-Str. 8,  
14195 Berlin (Dahlem),  
Postanschrift: Bayernallee 12,  
14052 Berlin (Westend),  
(030) 3046 329 od. 8385 3014,  
Fax (030) 3081 3104,  
E-Mail c.pestalozza@fu-berlin.de

*Peters*, Dr. Anne, LL.M., Professorin,  
Direktorin des Max-Planck-Instituts für  
ausländisches öffentliches Recht und  
Völkerrecht,  
Im Neuenheimer Feld 535,  
69120 Heidelberg,  
(06221) 482 307,  
Fax (06221) 482 288,  
E-Mail apeters-office@mpil.de

*Petersen*, Dr. Niels, Professor  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Völker- und Europarecht sowie  
empirische Rechtsforschung,  
Westfälische Wilhelms-Universität Münster  
Bispinghof 24/25, 48143 Münster  
(0251) 83 21862  
E-Mail niels.petersen@uni-muenster.de

*Pielow*, Dr. Johann-Christian, Professor,  
Stiepeler Str. 96, 44801 Bochum,  
(0234) 746 33;  
Ruhr-Universität Bochum, Fakultät  
für Wirtschaftswissenschaft – Recht  
der Wirtschaft –,  
Universitätsstr. 150, 44780 Bochum,  
(0234) 3225 7234,  
Fax (0234) 321 4074,  
E-Mail christian.pielow@ruhr-  
uni-bochum.de

*Pieper*, Dr. Stefan Ulrich, apl. Professor,  
Bundespräsidialamt,  
Spreeweg 1, 10557 Berlin,  
(01888) 500 2120,  
Fax (030) 2000-1 99,  
E-Mail stefan.pieper@bpra.bund.de

*Pieroth*, Dr. Bodo, Professor,  
Gluckweg 19, 48147 Münster,  
(0251) 2332 91,  
Fax (0251) 2332 94;  
Universität Münster, Universitätsstr. 14–16,  
48143 Münster,  
(0251) 8321 900,  
Fax (0251) 8321 901,  
E-Mail pieroth@uni-muenster.de

*Pietzcker*, Dr. Jost, Professor,  
Hausdorffstr. 95, 53129 Bonn,  
(0228) 2339 54;  
Universität Bonn, 53113 Bonn,  
(0228) 7391 77,  
E-Mail Pietzcker@jura.uni-bonn.de

*Pirson*, Dr. Dr. Dietrich, o. Professor,  
Brunnenanger 15, 82418 Seehausen,  
(08841) 47868;  
Universität München,  
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(089) 2180-2715,  
E-Mail d.pirson@gmx.de

*Pitschas*, Dr. Dr. h.c. Rainer,  
o. Universitätsprofessor,

Hermann-Jürgens-Str. 8,  
76829 Landau-Godramstein,  
(06341) 9693 81,  
Fax (06341) 9693 82;  
Deutsche Universität für  
Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Postfach 1409, 67324 Speyer,  
(06232) 654-345,  
Fax (06232) 654-305,  
E-Mail rpitschas@uni-speyer.de

*Poscher*, Dr. Ralf,  
Universitätsprofessor,  
Zasiusstr. 6, 79102 Freiburg,  
(0761) 612 4191;  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,  
Institut für Staatswissenschaft und Rechts-  
philosophie, Abt. 2: Rechtsphilosophie,  
Platz der Alten Synagoge 1,  
79085 Freiburg,  
(0761) 20397 570;  
Fax (0761) 20397 571,  
E-Mail rechtsphilosophie@jura.  
uni-freiburg.de

*Pöschl*, Dr. Magdalena, Univ.-Prof.,  
Klosterwiesgasse 31, A-8010 Graz;  
Universität Graz, Institut für  
Österreichisches, Europäisches und  
Vergleichendes Öffentliches Recht,  
Politikwissenschaft und Verwaltungslehre,  
Universitätsstr. 15/D3, A-8010 Graz,  
(0043) 3163 80-6 07,  
Fax (0043) 3163 80-9450,  
E-Mail magdalena.poeschl@uni-graz.at

*Potacs*, Dr. Michael, Professor,  
Hammerschmidtgasse 5/3/2,  
A-1190 Wien,  
(0043) 1324 6623;  
Institut für Österreichisches und  
Europäisches Öffentliches Recht,  
Wirtschaftsuniversität Wien,  
Althanstraße 39–45, A-1090 Wien,  
(00 43) 1313 3646 69,  
E-Mail michael.potacs@wu.ac.at

*Preuß*, Dr. Ulrich K., Professor,  
Friedbergstraße 47, 14057 Berlin,  
(030) 3081 9433;  
Hertie School of Governance,  
Schlossplatz 1, 10178 Berlin,  
(030) 212 3123 10,  
Fax (030) 212 3129 99,  
E-Mail [ukpreuss@hertie-school.org](mailto:ukpreuss@hertie-school.org)

*Proelß*, Dr. Alexander, Professor,  
Peter-Thomas-Str. 4, 54296 Trier;  
Fachbereich V – Rechtswissenschaft,  
Universität Trier, Universitätsring 15,  
54296 Trier  
(0651) 201 2587,  
Fax (0651) 201 3803  
E-Mail [proelss@uni-trier.de](mailto:proelss@uni-trier.de)

*Puhl*, Dr. Thomas, o. Professor,  
In der Aue 26a, 69118 Heidelberg,  
(06221) 8036 64,  
Fax (06221) 8036 69;  
Universität Mannheim,  
Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Schloss – Westflügel (W 226),  
68131 Mannheim,  
(0621) 181 1354/-1355,  
Fax (0 21) 181 1361,  
E-Mail [puhl@staffmail.uni-mannheim.de](mailto:puhl@staffmail.uni-mannheim.de)

*Pünder*, Dr. Hermann, LL.M (Iowa),  
Universitätsprofessor,  
Hagedornstraße 25, 20149 Hamburg,  
(040) 4146 6934;  
Bucerius Law School, Lehrstuhl für  
Öffentliches Recht (einschließlich  
Europarecht), Verwaltungswissenschaft  
und Rechtsvergleichung,  
Postfach 30 10 30, 20304 Hamburg,  
(040) 30706-260,  
Fax (0 40) 30706-235,  
E-Mail [hermann.puender@law-school.de](mailto:hermann.puender@law-school.de)

*Puttler*, Dr. Adelheid, LL.M. (University  
of Chicago), diplômée de l'E.N.A.,  
Universitätsprofessorin,

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
insbesondere Europarecht, Völkerrecht  
und Internationales Wirtschaftsrecht,  
Ruhr-Universität Bochum,  
44780 Bochum,  
(0234) 322 2820,  
Fax (0234) 321 4139,  
E-Mail [LS-Puttler@Ruhr-Uni-Bochum.de](mailto:LS-Puttler@Ruhr-Uni-Bochum.de)

*Püttner*, Dr. Dr. h.c. Günter, o. Professor,  
Schwerdstraße 3, 67346 Speyer,  
(06232) 71997

*Ramsauer*, Dr. Ulrich, Professor, VRiOVG,  
Wiesenstraße 5, 20255 Hamburg,  
(040) 4318 1 53;  
Universität Hamburg, Fakultät für Rechts-  
wissenschaft, Seminar für Verwaltungslehre,  
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,  
(040) 42838-4965,  
Fax (040) 42838-5670,  
E-Mail [ulrich.ramsauer@uni-hamburg.de](mailto:ulrich.ramsauer@uni-hamburg.de)

*Randelzhofer*, Dr. Albrecht, o. Professor,  
Wulffstr. 12, 12165 Berlin,  
(0 0) 7926 085

*Raschauer*, Dr. Bernhard,  
o. Universitätsprofessor,  
Pfeilgasse 7/2/6, A-1080 Wien,  
(0043) 1408 3353;  
Universität Wien, Institut für Staats- und  
Verwaltungsrecht, Abt. Wirtschaftsrecht,  
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,  
(0043) 1 4277-35352,  
Fax (0043) 1 4277-354 59,  
E-Mail [sekretariat.raschauer.staatsrecht@univie.ac.at](mailto:sekretariat.raschauer.staatsrecht@univie.ac.at)

*Raschauer*, Dr. Nicolas,  
Universitätsprofessor,  
CHSH Rechtsanwälte Wien  
Parkring 2, 1010 Wien  
Tel. +43/(0)1-51435-451  
Fax +43/(0)1-51435-35  
E-Mail [nicolas.raschauer@gmail.com](mailto:nicolas.raschauer@gmail.com)

*Rasenack*, Dr. Christian A.L., LL.M.,  
Professor,  
Taunusstr. 8, 12309 Berlin,  
(030) 745 2543;  
TU Berlin, Fakultät VIII, Institut für Volkswirtschaftslehre und Wirtschaftsrecht,  
Straße des 17. Juni 135, 10623 Berlin,  
(030) 3142-5874,  
Fax (030) 745 2543,  
E-Mail christian.rasenack@mailbox.tu-berlin.de

*Rauschnig*, Dr. Dr. h.c. Dietrich,  
o. Professor,  
Rodetal 1, 37120 Bovenden,  
(05594) 93174,  
Fax (05594) 93175;  
Institut für Völkerrecht,  
Universität Göttingen,  
Platz der Göttinger Sieben 5,  
37073 Göttingen,  
(0551) 3947 51,  
E-Mail drausch@gwdg.de

*Reimer*, Dr. Ekkehart, Professor,  
Institut für Finanz- und Steuerrecht,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
Prinzipien des Europäischen und  
Internationalen Steuerrechts,  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,  
69117 Heidelberg,  
(06221) 5474 67,  
Fax (06221) 5477 91,  
E-Mail Reimer@uni-heidelberg.de

*Reimer*, Dr. Franz, Professor,  
Ebelstr. 37, 35392 Gießen;  
Justus-Liebig-Universität Gießen,  
Fachbereich 1 (Rechtswissenschaft),  
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen,  
E-Mail franz.reimer@recht.uni-giessen.de

*Reimer*, Dr. Philipp, Privatdozent  
Robert-Koch-Straße 24, 79106 Freiburg i. Br.  
(0761) 28547864  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,

Institut für Staatswissenschaft und  
Rechtsphilosophie, Abt. 3 – Rechtstheorie  
79085 Freiburg i. Br.  
(0761) 20397805,  
Fax (0761) 20397802  
E-Mail philipp.reimer@jura.uni-freiburg.de

*Reinhardt*, Dr. Michael, LL.M. (Cantab.),  
Professor,  
Auf dem Stumpelrott 9, 50999 Köln,  
(0221) 3517 30;  
Universität Trier, Fachbereich V,  
54286 Trier,  
(0651) 201-2578,  
Fax (0651) 201 2580,  
E-Mail reinharm@uni-trier.de

*Remmert*, Dr. Barbara,  
Universitätsprofessorin,  
Bei der Fruchtschranne 4, 72070 Tübingen;  
Eberhard Karls Universität Tübingen,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,  
E-Mail remmert@jura.uni-tuebingen.de

*Rengeling*, Dr. Hans-Werner,  
Universitätsprofessor,  
Langeworth 143, 48159 Münster,  
(0251) 2120 38,  
Fax (0251) 2120 44;  
European Legal Studies Institute,  
Universität Osnabrück,  
Martinistr. 10, 49069 Osnabrück,  
(0541) 969-4505 oder -4504,  
Fax (0541) 969-6282,  
E-Mail H.-W.Rengeling@t-online.de

*Rensmann*, Dr. Thilo, LL.M. (University  
of Virginia), Universitätsprofessor,  
Sedanstr. 12, 53173 Bonn,  
(0228) 2144 12;  
Technische Universität Dresden,  
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Völkerrecht,  
Europarecht und Öffentliches Recht,  
01062 Dresden,  
(0351) 4633 7366,

Fax (0351) 4633 7465,  
E-Mail rensmann@jura.tu-dresden.de

*Ress*, Dr. iur. Dr. rer. pol. Dr. iur. h.c. mult.  
Georg, em. Universitätsprofessor,  
Europa-Institut Universität der Saarlandes,  
66041 Saarbrücken,  
(0681) 302 2503 od. 4114,  
Fax (0681) 302 4369,  
Richter am EGMR a.D.,  
Am Botanischen Garten 6,  
Uni-Campus B6.6, 66123 Saarbrücken,  
(0681) 37 2545 oder (0681) 302 3055,  
E-Mail ress@mx.uni-saarland.de

*Rhinow*, Dr. René, o. Professor,  
em. Ordinarius für öffentliches Recht  
an der Universität Basel,  
Leisenbergstr. 26, CH-4410 Liestal,  
(0041) 61911 9935,  
E-Mail rene.rhinow@gmail.com

*Richter*, Dr. Dagmar,  
Professorin und Mitglied des Instituts  
für Rechtswissenschaften der Polnischen  
Akademie der Wissenschaften,  
In den Weiden 33, D-66440 Blieskastel;  
Instytut Nauk Prawnych,  
Polskiej Akademii Nauk,  
Nowy Swiat 72,  
PL-00-030 Warszawa,  
(06842) 9610140 und  
(0048) 22 826 78 53,  
E-Mail d.richter@inp.pan.pl

*Riedel*, Dr. Eibe H., Universitätsprofessor,  
Haagwiesenweg 19, 67434 Neustadt,  
(06321) 848 19;  
Lehrstuhl für Deutsches und  
Ausländisches Öffentliches Recht,  
Völkerrecht und Europarecht,  
Universität Mannheim,  
Schloß/Westflügel, 68131 Mannheim,  
(0621) 181-1417 oder 1418 oder 1420-22,  
Fax (0621) 181-1419,  
E-Mail riedel@uni-mannheim.de

*Rinken*, Dr. Alfred, Universitätsprofessor,  
Treseburger Str. 37, 28205 Bremen,  
(0421) 4407 62,  
E-Mail rinken@uni-bremen.de

*Rixen*, Dr. Stephan, Universitätsprofessor,  
Universität Bayreuth, Rechts- und Wirt-  
schaftswissenschaftliche Fakultät,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht,  
Universitätsstraße 30, 95447 Bayreuth,  
(0921) 55-6010,  
Fax (0921) 55-6012,  
E-Mail stephan.rixen@uni-bayreuth.de

*Robbers*, Dr. Gerhard,  
Universitätsprofessor,  
Dagobertstr. 17, 54292 Trier,  
(0651) 53710;  
Universität Trier, Postfach 38 25,  
54286 Trier,  
(0651) 201-2542,  
Fax (0651) 201-3905,  
E-Mail Robbers@uni-trier.de

*Röben*, Dr. Volker, LL.M., Professor,  
School of Law Swansea University,  
Singleton Park, Swansea SA2 8PP,  
Wales, UK,  
(0044) 1792 6027 23,  
Fax (0044) 1792 2958 55,  
E-Mail V.Roeben@swansea.ac.uk

*Rodi*, Dr. Michael, M.A.,  
Universitätsprofessor,  
Richardstr. 82, 12043 Berlin;  
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Finanz- und Steuerrecht,  
17487 Greifswald,  
(03834) 8621 00,  
E-Mail mrodi@uni-greifswald.de

*Röger*, Dr. Ralf, Professor,  
Fachhochschule des Bundes für öffentliche  
Verwaltung, Fachbereich Bundespolizei,

Ratzeburger Landstraße 4, 23562 Lübeck,  
(0451) 203-1736,  
Fax (0451) 203-1709,  
E-Mail roeger@roeger.info

*Röhl*, Dr. Hans Christian, Professor,  
Mainaustraße 207a, 78464 Konstanz,  
(07531) 807 1446;  
Universität Konstanz, Lehrstuhl für  
Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht  
und Rechtsvergleichung, Fach D 115,  
Universitätsstr. 10, 78457 Konstanz,  
(07531) 88-2313,  
Fax (07531) 88-2563,  
E-Mail hans.christian.roehl@uni-  
konstanz.de

*Ronellenfisch*, Dr. Michael, o. Professor,  
Augusta-Anlage 15, 68165 Mannheim;  
Universität Tübingen,  
Juristische Fakultät,  
Geschwister-Scholl-Platz,  
72074 Tübingen,  
(07071) 972 109,  
Fax (07071) 297 4905,  
E-Mail ronellenfisch@jura.  
uni-tuebingen.de

*Rossen-Stadtfeld*, Dr. Helge, Professor,  
Marklandstraße 17, 81549 München,  
(089) 7442 7929;  
Universität der Bundeswehr München,  
Fakultät für Wirtschafts- und  
Organisationswissenschaften,  
Werner-Heisenberg-Weg 39,  
85577 Neubiberg,  
(089) 6004-4604,  
Fax (089) 6004-3700,  
E-Mail helge.rossen-stadtfeld@unibw.de

*Rossi*, Dr. Matthias, Professor,  
Universität Augsburg, Juristische Fakultät,  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Europarecht sowie Gesetzgebungslehre,  
Universitätsstr. 2, 86135 Augsburg,  
(0821) 598-4545, Sekr. -4546,

Fax (0821) 598-4547,  
E-Mail matthias.rossi@jura.  
uni-augsburg.de

*Roth*, Dr. Wolfgang, LL.M. (Michigan),  
apl. Professor,  
RAe Redeker Sellner Dahs,  
Willy-Brandt-Allee 11, 53113 Bonn,  
(0228) 726 25-0,  
E-Mail roth@redeker.de

*Rozeck*, Dr. Jochen, Universitätsprofessor,  
Hinrichsenstr. 31, 04105 Leipzig  
0341 35581665;  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungs-  
recht, Verfassungsgeschichte und  
Staatskirchenrecht,  
Universität Leipzig,  
Burgstr. 27, 04109 Leipzig,  
(0341) 9735-171, Sekr. -170,  
Fax (0341) 9735-179,  
E-Mail rozeck@uni-leipzig.de

*Ruch*, Dr. Alexander, o. Professor em.,  
ETH Zürich, Gartenstr. 85, CH-4052 Basel,  
(0041) 61 272 3622,  
E-Mail ruch@recht.gess.ethz.ch

*Rudolf*, Dr. Walter, o. Professor,  
Rubensallee 55a, 55127 Mainz,  
(06131) 719 42,  
E-Mail inge.rudolf@t-online.de;  
FB Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,  
Universität Mainz, 55099 Mainz,  
(06131) 39-22073,  
Sekretariat (06131) 39-23041

*Ruffert*, Dr. Matthias, Professor,  
Naumannstraße 12, 07743 Jena,  
(03641) 2072 63;  
Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
Friedrich-Schiller-Universität Jena,  
Carl-Zeiss-Straße 3, 07743 Jena,  
(03641) 942201,  
Fax (03641) 9422 02,  
E-Mail m.ruffert@recht.uni-jena.de

*Rüfner*, Dr. Wolfgang, Professor,  
Hagebuttenstr. 26, 53340 Meckenheim,  
(02225) 7107,  
E-Mail [Ruefner@t-online.de](mailto:Ruefner@t-online.de);  
zugehörig Universität zu Köln

*Rühl*, Dr. Ulli F. H., Professor,  
Hermann-Allmers-Str. 34, 28209 Bremen,  
(0421) 346 7484;  
Universität Bremen,  
FB 6: Rechtswissenschaft,  
Universitätsallee, GW 1,  
Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,  
(0421) 218-4606,  
Sekretariat: (0421) 218-2127,  
E-Mail [uruehl@uni-bremen.de](mailto:uruehl@uni-bremen.de)

*Ruland*, Dr. Franz, Professor,  
Geschäftsführer des Verbandes Deutscher  
Rentenversicherungsträger a. D.,  
Honorarprofessor an der Johann-Wolfgang-  
Goethe Universität Frankfurt,  
Strasslacher Straße 1B, 81479 München,  
(089) 7277 9792,  
Fax (089) 7490 9482,  
E-Mail [Ruland.Franz@t-online.de](mailto:Ruland.Franz@t-online.de)

*Rupp*, Dr. Hans Heinrich, o. Professor,  
Am Marienpfad 29, 55128 Mainz,  
(06131) 345 88  
*Ruthig*, Dr. Josef, Universitätsprofessor,  
Dreiweidenstr. 6, 65195 Wiesbaden;  
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,  
Fachbereich Rechts- und  
Wirtschaftswissenschaften,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Europarecht und Rechtsvergleichung,  
55099 Mainz,  
(06131) 3920 964,  
Fax (06131) 3924 059,  
E-Mail [Ruthig@uni-mainz.de](mailto:Ruthig@uni-mainz.de)

*Rütsche*, Dr. Bernhard, Professor,  
Jubiläumsstr. 87, CH-3005 Bern,  
(0041) 313 1115 84,  
E-Mail [bernhard.ruetsche@bluewin.ch](mailto:bernhard.ruetsche@bluewin.ch);

Universität Zürich,  
Rechtswissenschaftliches Institut,  
Treichlerstr. 10, CH-8032 Zürich,  
(0041) 446 3461 03,  
Fax (0041) 446 3415 89,  
E-Mail [bernhard.ruetsche@unilu.ch](mailto:bernhard.ruetsche@unilu.ch)

*Ruppert*, Dr. Stefan, Privatdozent,  
Jean-Sauer-Weg 1, 61440 Oberursel;  
MPI für europäische Rechtsgeschichte,  
Hausener Weg 120,  
60489 Frankfurt am Main,  
E-Mail [ruppert@rg.mpg.de](mailto:ruppert@rg.mpg.de);  
Mobil (0170) 855 4477,  
E-Mail [s.ruppert@outlook.de](mailto:s.ruppert@outlook.de)

*Rux*, Dr. Johannes, apl. Professor,  
Sophienstr. 32, 76133 Karlsruhe,  
(0721) 383 1247,  
Fax (0721) 383 1248;  
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Programmleitung Wissenschaft –  
Juristisches Lektorat  
Waldseestr. 3–5, 76530 Baden-Baden  
E-Mail [rux@nomos.de](mailto:rux@nomos.de)

*Sachs*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,  
Dattenfelder Str. 7, 51109 Köln,  
(0221) 8446 57,  
Fax (0221) 8 06 70;  
Universität zu Köln, Lehrstuhl für  
Staats- und Verwaltungsrecht,  
Albertus-Magnus-Platz, Bauteil V, 2.OG,  
50923 Köln,  
(0221) 470-5803,  
Fax (0221) 470-5135,  
E-Mail [Sachs@uni-koeln.de](mailto:Sachs@uni-koeln.de)

*Sacksofsky*, Dr. Ute, Professorin,  
Schönwetterstr. 5,  
60320 Frankfurt am Main,  
(069) 9562 2051,  
Fax (069) 9562 2052;  
Goethe-Universität,  
Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Institut für öffentliches Recht,



Grüneburgplatz 1,  
60323 Frankfurt am Main,  
(069) 7983 4285,  
Fax (069) 7983 4513,  
E-Mail [Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de](mailto:Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de)

*Sarcevic*, Dr. Edin, apl. Professor,  
Thomasiusstr. 15, 04009 Leipzig,  
(0341) 601 7393;  
Juristenfakultät Leipzig, Postfach 100 920,  
(0341) 973 5210,  
Fax (0341) 973 5218,  
E-Mail [edin@rz.uni-leipzig.de](mailto:edin@rz.uni-leipzig.de)

*Sauer*, Dr. Heiko, Professor,  
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität  
Bonn  
Professur für Öffentliches Recht,  
Adenauerallee 44, 53113 Bonn,  
Tel. 0228/73-62411  
E-Mail [sauer@jura.uni-bonn.de](mailto:sauer@jura.uni-bonn.de)  
Bagelstraße 91, 40479 Düsseldorf

*Saurer*, Dr. Johannes, LL.M. (Yale),  
Professor,  
Eberhard Karls Universität Tübingen  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,  
E-Mail [johannes.saurer@uni-tuebingen.de](mailto:johannes.saurer@uni-tuebingen.de)

*Saxer*, Dr. Urs, Titularprofessor, LL.M.,  
Kantstrasse 15, CH-8044 Zürich,  
(0041-44) 422 4042;  
Steinbrüchel Hüssy Rechtsanwälte,  
Grossmünsterplatz 8, CH-8001 Zürich,  
(00 41) 44 69 4000,  
Fax (0041) 269 4001,  
E-Mail [Saxer@steinlex.ch](mailto:Saxer@steinlex.ch)

*Schachtschneider*, Dr. Karl Albrecht,  
o. Professor,  
E-Mail [Kaschachtschneider@web.de](mailto:Kaschachtschneider@web.de)

*Schaefer*, Dr. Jan Philipp, Privatdozent,  
Brenntenhau 22, 70565 Stuttgart,  
(0711) 2238 520;

Ludwig-Maximilians-Universität München,  
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für  
Öffentliches Recht und Staatsphilosophie,  
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(089) 2180 2746,  
Fax (089) 2180 5063  
E-Mail [schaefer@jura.uni-muenchen.de](mailto:schaefer@jura.uni-muenchen.de)

*Schambeck*, Dr. Dr. h.c. mult. Herbert,  
o. Universitätsprofessor,  
Hofzeile 21, A-1190 Wien,  
(0043-1) 3634 94;  
Universität Linz,  
(0043) 7322 4684 24

*Schefer*, Dr. Markus, Professor,  
Gartenstadt 18,  
CH-4142 Münchenstein/BL,  
(0041) 614 1136 28;  
Universität Basel Juristische Fakultät,  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Maiengasse 51, CH-4056 Basel,  
(0041) 612 6725 13,  
E-Mail [markus.schefer@unibas.ch](mailto:markus.schefer@unibas.ch)

*Schefold*, Dr. Dian, Universitätsprofessor,  
Mathildenstraße 93, 28203 Bremen,  
(0421) 725 76;  
FB Rechtswissenschaft der Universität  
Bremen, Universitätsallee, GW 1,  
Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,  
(0421) 218-6 6007,  
Fax (0421) 218-6 6030,  
E-Mail [schefold@uni-bremen.de](mailto:schefold@uni-bremen.de)

*Schenke*, Dr. Ralf P., o. Professor,  
Spessartstr. 41, 97082 Würzburg  
(0931) 3017 1131;  
Julius-Maximilians-Universität Würzburg,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Deutsches, Europäisches und  
Internationales Steuerrecht,  
Domersschulstr. 16, 97070 Würzburg,  
(0931) 31-823 60,  
Fax (0931) 31-8 6070,  
E-Mail [schenke@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:schenke@jura.uni-wuerzburg.de)

*Schenke*, Dr. Wolf-Rüdiger, o. Professor,  
Beim Hochwald 30, 68305 Mannheim,  
(0621) 7442 00;  
Universität Mannheim, 68131 Mannheim,  
(0621) 181 1410,  
E-Mail [Schenke@jura.uni-mannheim.de](mailto:Schenke@jura.uni-mannheim.de)

*Scherer*, Dr. Joachim, LL.M.,  
apl. Professor,  
Privatweg 9, 64342 Seeheim-Jugenheim,  
(06257) 9037 39;  
RAe Baker & McKenzie,  
Bethmannstr. 50–54,  
60311 Frankfurt am Main,  
(069) 2990 8189,  
Fax (069) 2990 8108,  
E-Mail [Joachim.Scherer@Bakernet.com](mailto:Joachim.Scherer@Bakernet.com)

*Scherzberg*, Dr. Arno, Professor,  
Wartburgstr. 34, 99094 Erfurt,  
(0361) 737 4761;  
Universität Erfurt,  
Staatswissenschaftliche Fakultät,  
Postfach 900 221, 99105 Erfurt,  
(0361) 737-4761, (0361) 737-4760 (Sekt.),  
Fax (0361) 737-4709,  
E-Mail [Arno.Scherzberg@uni-erfurt.de](mailto:Arno.Scherzberg@uni-erfurt.de)

*Scheuing*, Dr. Dieter H., o. Professor,  
Finkenstr. 17, 97204 Höchberg,  
(0931) 483 31,  
Fax (0931) 4081 98;  
Universität Würzburg, 97070 Würzburg,  
E-Mail [Scheuing@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:Scheuing@jura.uni-wuerzburg.de)

*Schiedermair*, Dr. Hartmut, o. Professor,  
Wittelsbacher Str. 7,  
53173 Bonn-Bad Godesberg;  
Institut für Völkerrecht und ausländisches  
öffentliches Recht, Universität Köln,  
Gottfried-Keller-Str. 2, 50931 Köln,  
(0221) 47023 64

*Schiedermair*, Dr. Stephanie,  
Privatdozentin,  
117er Ehrenhof 3, 55118 Mainz;

Johannes Gutenberg-Universität Mainz,  
Jakob-Welder-Weg 9, 55099 Mainz,  
(06131) 3925 536,  
E-Mail [schiedermair@uni-mainz.de](mailto:schiedermair@uni-mainz.de)

*Schilling*, Dr. Theodor, apl. Professor,  
Le Mas des Roses, Fontcaudette,  
F-84220 Gordes;  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
10117 Berlin;  
Gerichtshof der EG, L-2925 Luxemburg,  
(00352) 4303-3413,  
E-Mail [thsch@web.de](mailto:thsch@web.de)

*Schindler*, Dr. Benjamin, MJur (Oxford),  
o. Professor,  
Ober Bendlehn 32, CH\_9042 Speicher;  
Universität St. Gallen, Law School,  
Tigerbergstraße 21, CH-9000 St. Gallen,  
(0041) 71 22421 63,  
Fax (0041) 71 22421 62,  
E-Mail [benjamin.schindler@unisg.ch](mailto:benjamin.schindler@unisg.ch)

*Schindler*, Dr. Dr. h.c. Dietrich, Professor,  
Lenzenwiesstr. 8, CH-8702 Zollikon;  
Universität Zürich,  
(0041-1) 391-7118 oder -4140,  
Fax (0041-1) 391-7118

*Schlacke*, Dr. Sabine, Professorin,  
Querstr. 9, 18107 Elmenhorst,  
(0381) 510 6082;  
Westfälische Wilhelms-Universität,  
Institut für Umwelt- und Planungsrecht,  
Universitätsstraße 14/16, 48143 Münster,  
(0251) 83-21855 od. -29793,  
Fax (0251) 83-29297,  
E-Mail [sabine.schlacke@uni-muenster.de](mailto:sabine.schlacke@uni-muenster.de)

*Schladebach*, Dr. Marcus, LL.M.,  
Privatdozent,  
Düstere Straße 24/25, 37073 Göttingen,  
E-Mail [schlade@gmx.de](mailto:schlade@gmx.de);  
Institut für Völker- und Europarecht,  
Blauer Turm, 13. Etage,  
Universität Göttingen,

Platz der Göttinger Sieben 5,  
37073 Göttingen,  
(0551) 394 762,  
Fax (0551) 394 620,  
E-Mail [marcus.schladebach@jura.uni-goettingen.de](mailto:marcus.schladebach@jura.uni-goettingen.de)

*Schlieffen*, Dr. Katharina Gräfin von,  
Universitätsprofessorin,  
FernUniversität Hagen,  
Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Universitätsstr. 21, 58084 Hagen,  
(02331) 987-2878,  
Fax (02331) 987-395,  
E-Mail [LG.vonSchlieffen@fernuni-hagen.de](mailto:LG.vonSchlieffen@fernuni-hagen.de)

*Schliesky*, Dr. Utz, apl. Professor,  
Direktor des Schleswig-Holsteinischen  
Landtages,  
Goosdiek 22, 24229 Dänischenhagen;  
Schleswig-Holsteinischer Landtag,  
Düsternbrooker Weg 70, 24105 Kiel  
(0431) 988-1010;  
Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungs-  
wissenschaften an der Christian-Albrechts-  
Universität zu Kiel,  
Olshausenstr. 75, 24098 Kiel,  
E-Mail [Utz.Schliesky@landtag.ltsh.de](mailto:Utz.Schliesky@landtag.ltsh.de)

*Schlink*, Dr. Bernhard, Professor,  
Viktoria-Luise-Platz 4, 10777 Berlin;  
Institut für Öffentliches Recht und  
Völkerrecht,  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(030) 2093-3454 oder -3472,  
Fax (030) 2093-3452,  
E-Mail [Schlink@rewi.hu-berlin.de](mailto:Schlink@rewi.hu-berlin.de)

*Schmahl*, Dr. Stefanie, LL.M., Professorin,  
Wittelsbacherstraße 10 A, 10707 Berlin;  
Lehrstuhl für deutsches und ausländisches  
öffentliches Recht, Völkerrecht und  
Europarecht, Universität Würzburg,  
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,

(0931) 31-8 2324,  
Fax (0931) 31-2792,  
E-Mail [schmahl@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:schmahl@jura.uni-wuerzburg.de)

*Schmalenbach*, Dr. Kirsten, Professorin,  
Markus Sittikus-Str. 19/20,  
A-5020 Salzburg;  
Fachbereich Öffentliches Recht/Völker-  
recht, Paris Lodron Universität Salzburg,  
Churfürststraße 1, A-5020 Salzburg,  
(0043) 662 8044-3651,  
Fax (0043) 662 8044-135,  
E-Mail [kirsten.schmalenbach@sbg.ac.at](mailto:kirsten.schmalenbach@sbg.ac.at)

*Schmid*, Dr. Gerhard, Professor,  
Hochwaldstr. 24, CH-4059 Basel,  
(0041) 613 31 8425;  
c/o Wenger Plattner, Aeschenvorstadt 55,  
CH-4010 Basel,  
(0041) 612 79-7000,  
Fax (0041) 612 79-7 01,  
E-Mail [Gerhard.Schmid@wenger-plattner.ch](mailto:Gerhard.Schmid@wenger-plattner.ch)

*Schmid*, Dr. Viola, LL.M.,  
Universitätsprofessorin,  
Kirchenweg 3, 91126 Schwabach,  
(09122) 773 82,  
Fax (09122) 623 45;  
Institut für Öffentliches Recht, Technische  
Universität Darmstadt,  
Hochschulstr. 1, 64289 Darmstadt,  
(06151) 1664 64,  
Fax (06151) 1639 84,  
E-Mail [schmid@jus.tu-darmstadt.de](mailto:schmid@jus.tu-darmstadt.de)

*Schmidt*, Dr. Reiner, o. Professor,  
Bachwiesenstr. 5, 86459 Gessertshausen,  
(08238) 4111,  
Fax (08238) 609 01,  
E-Mail [Rein.Schmidt@t-online.de](mailto:Rein.Schmidt@t-online.de);  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Wirtschaftsverwaltungsrecht  
und Umweltrecht, Universität Augsburg,  
Universitätsstr. 24, 86159 Augsburg,  
(0821) 598-4526

*Schmidt*, Dr. Thorsten Ingo,  
 Universitätsprofessor,  
 Köhlerstr. 31, 12205 Berlin,  
 (0163) 135 5487;  
 Professur für Öffentliches Recht,  
 insbesondere Staatsrecht,  
 Verwaltungs- und Kommunalrecht,  
 Universität Potsdam,  
 August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam  
 (0331) 977-3284,  
 E-Mail thorsten.ingo.schmidt@uni-  
 potsdam.de

*Schmidt*, Dr. Walter, Universitätsprofessor,  
 Brüder-Knauf-Str. 86, 64285 Darmstadt,  
 (06151) 64710;  
 Universität Frankfurt,  
 60054 Frankfurt am Main,  
 (069) 798 221 89

*Schmidt am Busch*, Dr. Birgit,  
 LL.M. (Iowa), Privatdozentin,  
 Schmellerstr. 28, 80337 München,  
 (089) 725 7420,  
 E-Mail BSaB@aol.com;  
 Ludwig-Maximilians-Universität München,  
 Ludwigstr. 28, Rgb., 80539 München,  
 (089) 2180-2082,  
 E-Mail Schmidt-am-Busch@jura.  
 uni-muenchen.de

*Schmidt-Aßmann*, Dr. Dres. h.c. Eberhard,  
 o. Professor,  
 Höhenstr. 30, 69118 Heidelberg,  
 (06221) 8008 03;  
 Universität Heidelberg, 69117 Heidelberg,  
 (06221) 5478 07,  
 E-Mail schmidt-assmann@uni-hd.de

*Schmidt-De Caluwe*, Reimund,  
 Universitätsprofessor,  
 Unterer Hardthof 17 B, 35398 Gießen,  
 (0641) 345 66,  
 Fax (0641) 960 9966;  
 Juristische Fakultät der Martin-Luther-  
 Universität Halle-Wittenberg,

Universitätsplatz 3–5, 06099 Halle (Saale),  
 (0345) 55-231 38 oder -39,  
 E-Mail Schmidtdc@jura.uni-halle.de

*Schmidt-Jortzig*, Dr. Edzard, o. Professor,  
 Moltkestraße 88, 24105 Kiel,  
 (0431) 895 0195,  
 Fax (0431) 8034 71,  
 E-Mail esjot@web.de;  
 Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,  
 Leibnitzstraße 6, 24118 Kiel,  
 (0431) 880-3545,  
 E-Mail eschmidt-jortzig@law.uni-kiel.de

*Schmidt-Preuß*, Dr. Matthias, o. Professor,  
 E.-T.-A.-Hoffmann-Straße 12, 53113 Bonn,  
 (0228) 6780 91;  
 Universität Bonn, Rechts- und Staats-  
 wissenschaftliche Fakultät,  
 Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn,  
 (0228) 7365 02,  
 Fax (0228) 7365 07,  
 E-Mail schmidt-preuss@jura.uni-bonn.de

*Schmidt-Radefeldt*, Dr. Roman,  
 Privatdozent,  
 Kirchstr. 8, 10557 Berlin,  
 E-Mail romansr69@yahoo.de;  
 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche  
 Dienste, Fachbereich WD 2 – Auswärtiges,  
 Verteidigung, Völkerrecht, Menschenrechte  
 und humanitäre Hilfe,  
 Platz der Republik 1, 11011 Berlin,  
 (030) 227-38622,  
 Fax (030) 227-36526,  
 E-Mail Roman.Schmidt-Radefeldt@  
 bundestag.de

*Schmitt Glaeser*, Dr. Alexander,  
 LL.M. (Yale), Privatdozent,  
 Kaulbachstraße 64, 80539 München,  
 (089) 3854 7931,  
 E-Mail a.schmitt-glaeser@aya.yale.edu

*Schmitt Glaeser*, Dr. Dr. h. c. Walter,  
 o. Professor,

Rübezahlweg 9 A, 95447 Bayreuth,  
(0921) 320 70,  
Fax (0921) 756 3866

*Schmitt-Kammler*, Dr. Arnulf,  
Universitätsprofessor,  
Katzenberg 6, 96049 Bamberg;  
Universität zu Köln,  
Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
(0221) 470-4066 oder -4067,  
E-Mail [schmitt-kammler@gmx.de](mailto:schmitt-kammler@gmx.de)

*Schmitz*, Dr. Thomas, Professor,  
DAAD-Langzeitdozent für  
Rechtswissenschaften  
Zentrum für deutsches Recht Truong Dai  
hoc Luat Ha Noi (Rechtshochschule Hanoi)  
87 Nguyen Chi Thanh  
Dong Da, Hanoi, Vietnam  
Tel. +84 125.223.8069 (MEZ +6)  
In Deutschland: Mittelstraße 1,  
31535 Neustadt am Rübenberge  
E-Mail [tschmit1@gwdg.de](mailto:tschmit1@gwdg.de)

*Schnapp*, Dr. Friedrich E., o. Professor,  
Efeuweg 22, 44869 Bochum,  
(02327) 742 13;  
Universität Bochum, 44780 Bochum,  
(0234) 32-2 2239,  
Fax (0234) 32-14271,  
E-Mail [friedrich.e.schnapp@rub.de](mailto:friedrich.e.schnapp@rub.de)

*Schneider*, Dr. Christian F.,  
Priv.-Dozent,  
Franz-Keim-Gasse 44/13  
A-2345 Brunn am Gebirge  
bpv Hügel Rechtsanwälte OG  
Ares-Tower, Donau-City-Straße 11  
A-1220 Wien  
Telefon: 0043 1 260 50-204  
E-Mail [christian.schneider@bpv-huegel.com](mailto:christian.schneider@bpv-huegel.com)

*Schneider*, Dr. Dr. h.c. Hans-Peter,  
em. Professor,

Deutsches Institut für Föderalismus-  
forschung,  
Drosselweg 4, 30559 Hannover,  
(0511) 5110 50,  
Fax (0511) 5445 492;  
Juristische Fakultät,  
Leibniz-Universität Hannover,  
(0511) 762-8185,  
E-Mail [hps@dif.uni-hannover.de](mailto:hps@dif.uni-hannover.de)

*Schneider*, Dr. Jens-Peter, Professor,  
Lorettostr. 36, 79100 Freiburg,  
(0761) 290 86 300;  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,  
Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
79085 Freiburg,  
(0761) 203-97731,  
Fax (0761) 203-97542  
E-Mail [jp.schneider@jura.uni-freiburg.de](mailto:jp.schneider@jura.uni-freiburg.de)

*Schöbener*, Dr. Burkhard, Professor,  
Am Glösberg 27, 97342 Obernbreit,  
(09332) 5000 04;  
Professur für Öffentliches Recht, Völker-  
recht und Europarecht,  
Universität zu Köln,  
Gottfried-Keller-Straße 2, 50931 Köln,  
(0221) 470-3834 oder -3875,  
E-Mail [burkhard.schoebener@uni-koeln.de](mailto:burkhard.schoebener@uni-koeln.de)

*Schönberger*, Dr. Christoph, Professor,  
Wintererstr. 7, 79104 Freiburg i. Br.,  
(0761) 31968 72;  
Universität Konstanz,  
Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Postfach D 110, Universitätsstr. 10,  
78457 Konstanz,  
(07531) 8830 04,  
Fax (07531) 8840 08,  
E-Mail [Christoph.Schoenberger@uni-konstanz.de](mailto:Christoph.Schoenberger@uni-konstanz.de)

*Schöndorf-Haubold*, Dr. Bettina,  
Professorin,  
Mühlthalstr. 16, 69121 Heidelberg;  
Justus-Liebig-Universität Gießen,

Professur für Öffentliches Recht,  
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen,  
0641 99 211 20,  
Fax 0641 99 211 29,  
E-Mail [bettina.schoendorf-haubold@recht.uni-giessen.de](mailto:bettina.schoendorf-haubold@recht.uni-giessen.de)

(0041) 44363 1444;  
Bär & Karrer AG, Brandschenkestr. 90,  
CH-8027 Zürich,  
(0041) 58261 5000,  
Fax (0041) 58263 5477,  
E-Mail [markus.schott@baerkarrer.ch](mailto:markus.schott@baerkarrer.ch)

*Schoch*, Dr. Friedrich, o. Professor,  
Kastelbergstr. 19, 79189 Bad Krozingen,  
(07633) 9481 04,  
Fax (07633) 9481 05;  
Institut für Öffentliches Recht IV,  
Universität Freiburg,  
Postfach, 79085 Freiburg,  
(0761) 203-2257 oder -2258,  
Fax (0761) 203-2297,  
E-Mail [oerecht4@jura.uni-freiburg.de](mailto:oerecht4@jura.uni-freiburg.de)

*Schröder*, Dr. Meinhard, o. Professor,  
Zum Wingert 2, 54318 Mertesdorf,  
(0651) 57887;  
Universität Trier, 54286 Trier,  
(0651) 201 2586,  
E-Mail [schroedm@uni-trier.de](mailto:schroedm@uni-trier.de)

*Scholz*, Dr. Rupert, o. Professor,  
Königsallee 71 a, 14193 Berlin;  
Of Counsel, Rechtsanwaltskanzlei  
Gleiss Lutz,  
Friedrichstraße 71, 10117 Berlin,  
E-Mail [rupert.scholz@gleisslutz.com](mailto:rupert.scholz@gleisslutz.com)  
Universität München, Institut für Politik  
und Öffentliches Recht,  
Ludwigstr. 28/RG, 80539 München,  
(089) 2180-2113,  
E-Mail [rupert.scholz@jura.uni-muenchen.de](mailto:rupert.scholz@jura.uni-muenchen.de)

*Schröder*, Dr. Meinhard, Privatdozent,  
LMU München, Institut für Politik und  
Öffentliches Recht,  
Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München  
Tel. 089/2180-3338, Mobil: 0151/25255325  
E-Mail [meinhard.schroeder@jura.uni-muenchen.de](mailto:meinhard.schroeder@jura.uni-muenchen.de)

*Schröder*, Dr. Ulrich Jan, Privatdozent,  
Institut für öffentliches Wirtschaftsrecht,  
Westfälische Wilhelms-Universität Münster,  
Universitätstraße 14–16, 48143 Münster  
Tel. 0251/8322701  
Fax 0251/8328315  
E-Mail [jan.schroeder@uni-muenster.de](mailto:jan.schroeder@uni-muenster.de)  
Goebenstraße 19, 48151 Münster

*Schorkopf*, Dr. Frank, Professor,  
Ehregard-Schramm-Weg 5,  
37085 Göttingen;  
Georg-August-Universität Göttingen,  
Juristische Fakultät,  
Institut für Völkerrecht und Europarecht,  
Platz der Göttinger Sieben 5,  
37073 Göttingen,  
(0551) 39-4610,  
Fax (0551) 39-221 96,  
E-Mail [Frank.Schorkopf@jura.uni-goettingen.de](mailto:Frank.Schorkopf@jura.uni-goettingen.de)

*Schröder*, Dr. Rainer Johannes,  
Privatdozent,  
Wormser Str. 65, 01309 Dresden,  
(0351) 656 9700;  
Technische Universität Dresden,  
Juristische Fakultät,  
Bergstr. 53, 01069 Dresden,  
(0351) 4633 7365,  
E-Mail [rschroed@jura.tu-dresden.de](mailto:rschroed@jura.tu-dresden.de)

*Schott*, Dr. Markus, Privatdozent,  
Rütistr. 38, CH-8032 Zürich,

*Schroeder*, Dr. Werner, LL.M., Professor,  
Universität Innsbruck, Institut für  
Völkerrecht, Europarecht und  
Internationale Beziehungen,  
Innrain 52, A-6020 Innsbruck,

(0043) 512-507-8320,  
 Fax (0043) 512-507-2651,  
 E-Mail Werner.Schroeder@uibk.ac.at

*Schubert*, Dr. Mathias, Privatdozent,  
 Universität Rostock, Juristische Fakultät,  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
 insbesondere Verwaltungsrecht  
 Richard-Wagner-Straße 31, 18119 Rostock  
 (0381) 4988216,  
 Fax (0381) 4988212  
 E-Mail mathias.schubert@gmail.com

*Schuler-Harms*, Dr. Margarete, Professorin,  
 Heidkoppel 19, 22145 Hamburg,  
 (040) 678 6061,  
 Fax (040) 678 8373;  
 Helmut-Schmidt-Universität,  
 Universität der Bundeswehr,  
 Institut für Öffentliches Recht,  
 Holstenhofweg 85, 22043 Hamburg,  
 (040) 6541-2782,  
 Fax (040) 6541-2087,  
 E-Mail Schuler-Harms@hsu-hh.de

*Schulev-Steindl*, Dr. MMag. Eva, LL.M.  
 (London), Universitätsprofessorin,  
 RESOWI-Zentrum,  
 Universitätstraße 15/D3, A-8010 Graz  
 Tel. +43/316/3806707  
 E-Mail eva.schulev-steindl@uni-graz.at

*Schulte*, Dr. Martin, Professor,  
 Neuostra 15, 01219 Dresden,  
 (0351) 472 2550;  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umwelt-  
 und Technikrecht, Juristische Fakultät,  
 TU Dresden, von-Gerber-Bau,  
 Bergstr. 53, 01069 Dresden,  
 (0351) 4633-7362,  
 Fax (0351) 4633-7220,  
 E-Mail schulte@jura.tu-dresden.de

*Schulz*, Dr. Wolfgang, Professor,  
 Bismarckstr. 4, 20259 Hamburg,  
 (040) 4040 75;

Hans-Bredow-Institut für  
 Medienforschung,  
 Heimhuder Str. 21, 20148 Hamburg,  
 (040) 4502 1711 (Skr.), -34 (Durchwahl),  
 Fax (040) 4502 1777,  
 E-Mail w.schulz@hans-bredow-institut.de

*Schulze-Fielitz*, Dr. Helmuth, Professor,  
 Klara-Löwe-Str. 5, 97082 Würzburg,  
 (0931) 784 1025,  
 E-Mail Schulze-Fielitz@t-online.de

*Schuppert*, Dr. Gunnar Folke, Professor,  
 Kaiserdamm 28, 14057 Berlin,  
 (030) 3061 2168;  
 Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialfor-  
 schung, Forschungsprofessur Neue Formen  
 von Governance,  
 Reichpietschufer 50, 10785 Berlin,  
 (030) 25491-546 oder -246,  
 Fax (030) 25491-542,  
 E-Mail schuppert@wzb.eu

*Schwabe*, Dr. Jürgen, Professor,  
 Erlenweg 1, 21614 Buxtehude,  
 (04161) 87141,  
 Fax (04161) 7226 00;  
 Universität Hamburg, Juristische Fakultät,  
 Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,  
 E-Mail Juergen\_Schwabe@gmx.de

*Schwartzmann*, Dr. Rolf, Professor,  
 Brucknerstraße 18, 50931 Köln,  
 (0221) 400 9094;  
 Fachhochschule Köln, Fakultät für  
 Wirtschaftswissenschaften,  
 Claudiusstraße 1, 50678 Köln,  
 (0221) 8275-3446,  
 Fax (0221) 8275-734 46,  
 E-Mail rolf.schwartzmann@fh-koeln.de

*Schwarz*, Dr. Kyrill-A., Professor,  
 Dönersberg 13, 91550 Dinkelsbühl,  
 (0177) 831 0768;  
 Universität Würzburg, Juristische Fakultät,  
 Professor für Öffentliches Recht,

Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,  
(0931) 318-2335,  
E-Mail kyrill-alexander.schwarz@uni-  
wuerzburg.de

*Schwarze*, Dr. Jürgen, Professor,  
Universität Freiburg, Institut für  
Öffentliches Recht, Abt. I,  
Platz der Alten Synagoge 1,  
79098 Freiburg,  
(0761) 203-2238, oder -2251,  
Fax (0761) 203-2234,  
E-Mail juergen.schwarze@jura.  
uni-freiburg.de

*Schwarzer*, Mag., Dr. Stephan,  
Universitätsdozent,  
Rodlergasse 7/10, A-1190 Wien,  
(0043-1) 369 1746;  
Bundswirtschaftskammer,  
Wiedner Hauptstr. 63, A-1045 Wien,  
(0043-1) 50105-4195

*Schweitzer*, Dr. Michael, Professor,  
Göttweiger Str. 135, 94032 Passau,  
(0851) 345 33;  
Universität Passau, 94032 Passau,  
(0851) 509-2330,  
Fax (0851) 509-2332,  
E-Mail Schweitzer@uni-passau.de

*Schweizer*, Dr. Rainer J., o. Professor,  
Kirchgasse 9, CH-9220 Bischofszell,  
(0041) 71-223 5624;  
Universität St. Gallen,  
Tigerbergstr. 21, CH-9000 St. Gallen,  
Forschungsgemeinschaft für  
Rechtswissenschaften,  
(0041) 71-224 2161,  
Fax (00 41) 71-224 2162,  
E-Mail Rainer.Schweizer@unisg.ch

*Schwerdtfeger*, Dr. Gunther,  
Universitätsprofessor,  
Hülsebrinkstr. 23,  
30974 Wennigsen/Deister,

(05103) 1311;  
Juristische Fakultät, Universität Hannover,  
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
(0511) 762-8 69

*Seer*, Dr. Roman, Universitätsprofessor,  
In den Birken 156 d, 42113 Wuppertal,  
(0202) 272 1534,  
Fax (0202) 272 1535;  
Ruhr-Universität Bochum,  
Lehrstuhl für Steuerrecht,  
Gebäude GC 8/137,  
Universitätsstr. 150, 44780 Bochum,  
(0234) 322 8269,  
Fax (0234) 321 4614,  
E-Mail LS.seer@jura.ruhr-uni-bochum.de

*Seewald*, Dr. Otfried, o. Professor,  
Schärdingerstraße 21 A, 94032 Passau,  
(0851) 3 51 45,  
Fax (0851) 3 51 45,  
E-Mail otfried\_seewald@gmx.de;  
Universität Passau,  
Innstr. 40, Postfach 25 40, 94030 Passau,  
(0851) 509-2340 oder -41,  
Fax (0851) 509-2342,  
E-Mail otfried.seewald@uni-passau.de

*Seibert-Fohr*, Dr. Anja, Professorin,  
Professur für Öffentliches Recht,  
Völkerrecht und Menschenrechte,  
Georg-August-Universität Göttingen,  
Institut für Völkerrecht und Europarecht,  
Platz der Göttinger Sieben 5,  
37073 Göttingen,,  
(0551) 39-4762, (0551) 39-4767,  
E-Mail sekretariat.prof.seibert-fohr@jura.  
uni-goettingen.de

*Seiler*, Dr. Christian, Professor,  
Schwabstr. 36, 72074 Tübingen,  
(07071) 549 7780;  
Universität Tübingen, Lehrstuhl für  
Staats- und Verwaltungsrecht, Finanz-  
und Steuerrecht,  
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,



(07071) 297 2943,  
E-Mail christian.seiler@jura.  
uni-tuebingen.de

*Selmer*, Dr. Peter, Professor,  
Akazienweg 9, 22587 Hamburg,  
(040) 86 4743;  
Universität Hamburg, 20146 Hamburg,  
(040) 42838-4574 oder -3026,  
Fax (040) 42838-3028,  
E-Mail peter.selmer@jura.uni-hamburg.de

*Shirvani*, Dr. Foroud, Professor,  
Yorckstr. 11, 53173 Bonn;  
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität  
Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche  
Fakultät, Adenauerallee 24-42,  
53113 Bonn,  
(0228) 7362 416,  
E-Mail shirvani@jura.uni-bonn.de

*Sieckmann*, Dr. Jan-Reinhard, Professor,  
Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen  
Nürnberg,  
Schillerstraße 1, 91054 Erlangen,  
(09131) 85240 97,  
E-Mail Jan-Reinhard.Sieckmann@jura.  
uni-erlangen.de

*Siegel*, Dr. Thorsten, Professor,  
Dr. Semmelweis-Str. 25,  
67433 Neustadt/Weinstraße,  
(06321) 4828 51;  
Freie Universität Berlin, Fachbereich  
Rechtswissenschaft, Professur für Öffentli-  
ches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht,  
Boltzmannstr. 3, 14195 Berlin,  
(030) 838-55921,  
Fax (030) 838-455921,  
E-Mail sekretariat.siegel@rewiss.  
fu-berlin.de

*Siehr*, Dr. Angelika, LL.M. (Yale),  
Professorin,  
Zickzackredder 9, 24850 Schuby,

(04621) 9488 88;  
Universität Bielefeld, Lehrstuhl für  
öffentliches Recht, Völkerrecht,  
Rechtsphilosophie und Bildungsrecht,  
Postfach 100131, 33501 Bielefeld,  
(0521) 106-4430 oder (0521) 106-6899  
(Sekretariat),  
E-Mail angelika.siehr@uni-bielefeld.de

*Siekmann*, Dr. Helmut, Professor,  
Johann Wolfgang Goethe-Universität,  
Professur für Geld-, Währungs- und  
Notenbankrecht,  
IMFS im House of Finance,  
Grüneburgplatz 1,  
60323 Frankfurt am Main,  
(069) 798-34014  
E-Mail jan-reinhard.siekmann@jura.  
uni-erlangen.de

*Simon*, Dr. Sven, Privatdozent  
Freie Universität Berlin, Fachbereich  
Rechtswissenschaft  
c/o Prof. Dr. Dres Philip Kunig  
Boltzmannstr. 3, Raum 3310,  
14195 Berlin  
E-Mail Sven.Simon@recht.uni-giessen.de

*Skouris*, Dr. Wassilios, Professor,  
Nikolaou Manou 18,  
GR-54643 Thessaloniki,  
(0030-31) 8314 44;  
Gerichtshof der  
Europäischen Gemeinschaften,  
Palais de la Cour de Justice,  
L-2925 Luxembourg,  
(00352) 4303 2209,  
Fax (00352) 4303 2736

*Smeddinck*, Dr. Ulrich, Privatdozent,  
Sommerhuder Str. 35, 22769 Hamburg,  
(0174) 248 9990;  
Umweltbundesamt,  
Wörlitzer Platz 1, FB III, 06844 Dessau,  
(0340) 2103-2077,  
E-Mail ulrich.smeddinck@uba.de;

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,  
Universitätsplatz 10a, 06108 Halle/Saale,  
E-Mail Ulrich.Smeddinck@jura.uni-halle.de

*Sodan*, Dr. Helge, Universitätsprofessor,  
Fachbereich Rechtswissenschaft,  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Öffentliches Wirtschaftsrecht, Sozialrecht,  
Freie Universität Berlin,  
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,  
(030) 838-53972 oder -73973,  
Fax (030) 838-54444;  
Präsident des Verfassungsgerichtshofes  
des Landes Berlin,  
Elßholzstr. 30–33, 10781 Berlin,  
(030) 9015-2650,  
Fax (030) 9015-2666,  
E-Mail sodan@zedat.fu-berlin.de

*Söhn*, Dr. Hartmut, o. Professor,  
Eppanerstr. 9, 94036 Passau,  
(0851) 58520,  
E-Mail hsoehndr@web.de;  
Universität Passau,  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht  
insbesondere Finanz- und Steuerrecht,  
94032 Passau,  
(0851) 509-2350,  
Fax (0851) 509-2352

*Somek*, Dr. Alexander, Professor,  
Görgengasse 23a/8, A-1190 Wien;  
University of Iowa, College of Law,  
Melrose and Byington Iowa City,  
Iowa USA 52242,  
(319) 335 9034,  
Fax (319) 3359 0198,  
E-Mail alexander-somek@uiowa.edu

*Sommerrmann*, Dr. Karl-Peter,  
Universitätsprofessor,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Staatslehre und Rechtsvergleichung,

Deutsche Universität für  
Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Postfach 14 09, 67346 Speyer,  
(06232) 654-344,  
Fax (06232) 654-414,  
E-Mail Sommermann@uni-speyer.de

*Spannowsky*, Dr. Willy,  
Universitätsprofessor,  
Auf dem Kleehügel 17,  
67706 Krickenbach,  
(06307) 9939 63,  
Fax (06307) 9939 49;  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Postfach 3049, 67653 Kaiserslautern,  
(0631) 205-3975,  
Fax (0631) 205-3977,  
E-Mail oerecht@rhrk.uni-kl.de

*Spiecker genannt Döhmann*, Dr. Indra,  
LL.M. (Georgetown Univ.),  
Universitätsprofessorin,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Informationsrecht, Umweltrecht,  
Verwaltungswissenschaften,  
Forschungsstelle Datenschutz,  
Goethe-Universität Frankfurt,  
Grüneburgplatz 1,  
60323 Frankfurt a.M.,  
(069) 798-34268,  
Fax (069) 798-34510,  
E-Mail spiecker@jur.uni-frankfurt.de

*Spilker*, Dr. Bettina, Privatdozentin,  
Karlstraße 39, 80333 München;  
Institut für Steuerrecht,  
Westfälische Wilhelms-  
Universität Münster,  
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,  
(0179) 7846 048,  
E-Mail bettina.spilker@uni-muenster.de

*Spranger*, Dr. Dr. Tade Matthias,  
Privatdozent,  
Eichhörnchenweg 10, 53125 Bonn;  
c/o Institut für Wissenschaft und Ethik,

Bonner Talweg 57, 53113 Bonn,  
(0228) 3364 1953,  
Fax (0228) 3364 1950,  
E-Mail spranger@iwe.uni-bonn.de

*Staff*, Dr. Ilse, Universitätsprofessorin,  
Am Forum 4, 65779 Kelkheim,  
(06195) 3308;  
Universität Frankfurt,  
60054 Frankfurt am Main

*Starck*, Dr. Christian, o. Professor,  
em. Professor für öffentliches Recht an der  
Georg-August-Universität Göttingen,  
Schlegelweg 10, 37075 Göttingen,  
(0551) 55454,  
E-Mail cstarck@gwdg.de

*Steiger*, Dr. Heinhard,  
Universitätsprofessor,  
Oberhof 16, 35440 Linden,  
(06 41) 2 32 52;  
Universität Gießen, 35394 Gießen,  
(0641) 992 11-50 oder -51,  
Fax (0641) 992 11-59

*Stein*, Dr. Katrin, Professorin,  
Reinhold-Tiling-Weg 61,  
49088 Osnabrück,  
(0541) 911 8451;  
Hessische Hochschule für Polizei und  
Verwaltung,  
Schönbergstraße 100, 65199 Wiesbaden,  
(06108) 603-516,  
E-Mail katrin.stein@hfpv-hessen.de

*Steinberg*, Dr. Rudolf, Universitäts-  
professor, Universitätspräsident a.D.,  
Wingertstr. 2 A, 65719 Hofheim;  
Goethe-Universität Frankfurt am Main,  
Grüneburgplatz 1, 60323 Frankfurt

*Steiner*, Dr. Udo, o. Professor, Richter des  
Bundesverfassungsgerichts a. D.,  
Am Katzenbühl 5, 93055 Regensburg,  
(0941) 7009 13,

Fax (0941) 7606 19,  
E-Mail udo.steiner@web.de;  
Universität Regensburg,  
93040 Regensburg,  
(0941) 943-4284,  
E-Mail udo.steiner@jura.uni-regensburg.de

*Steinhauer*, Dr. Dr. Fabian, Privatdozent  
Sophienstr. 27  
60487 Frankfurt  
069/63390840  
E-Mail f.steinhauer@jur.uni-frankfurt.de

*Stelkens*, Dr. Ulrich,  
Universitätsprofessor,  
Webergasse 3a, 67346 Speyer;  
Deutsche Universität für  
Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer,  
(06232) 654-365,  
Fax (06232) 654-245,  
E-Mail stelkens@uni-speyer.de

*Stelzer*, Dr. Manfred,  
Universitätsprofessor,  
Anton-Wildgansgasse 12/4, A-2380  
Perchtoldsdorf,  
(0043) 6642 1256 18;  
Universität Wien, Schottenbastei 10–16,  
A-1010 Wien,  
(0043-1) 4277-354 31 oder -32,  
E-Mail Manfred.Stelzer@univie.ac.at

*Stender-Vorwachs*, Dr. Jutta,  
LL. M. (USA,UVA), apl. Professorin,  
Am Ortfelde 99A, 30916 Isernhagen N.B.,  
(0511) 72408 07,  
Fax (0511) 72408 54,  
E-Mail jutta.stender-vorwachs@gmx.de;  
Leibniz Universität Hannover,  
Juristische Fakultät,  
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
(0511) 762-8250 oder -82 49,  
Fax (0511) 762-8252,  
E-Mail jutta.stender-vorwachs@jura.  
uni-hannover.de

*Stern*, Dr. Dr. h.c. mult. Klaus, o. Professor,  
Am Stockberger Busch 10, 51515 Kürten,  
(02268) 6167;  
Institut für Rundfunkrecht an  
der Universität zu Köln,  
Aachener Straße 197–199, 50931 Köln,  
(0221) 94154 65,  
E-Mail klaus.stern@uni-koeln.de

*Stettner*, Dr. Rupert, Professor,  
Alpenstr. 11 a, 85221 Dachau,  
(08131) 2789 96,  
Fax (08131) 2789 98;  
Institut für Staatswissenschaften,  
Universität der Bundeswehr München,  
Werner-Heisenberg-Weg 39,  
85579 Neubiberg,  
(089) 6004-3864 oder -3702 oder -2043,  
Fax (089) 6004-2841,  
E-Mail Rupert.Stettner@unibw-  
muenchen.de

*Stober*, Dr. Dr. h.c. mult. Rolf,  
Universitätsprofessor,  
Prins-Claus-Str. 50, 48159 Münster,  
(0251) 16241 62,  
Fax (0251) 16241 63,  
E-Mail rolf-stober@gmx.de;  
Universität Hamburg

*Stock*, Dr. Martin, Professor,  
Lina-Oetker-Str. 22, 33615 Bielefeld,  
(0521) 1219 95;  
Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Universität Bielefeld,  
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,  
(0521) 10643 90,  
Fax (0521) 10615 4390,  
E-Mail martin.stock@uni-bielefeld.de

*Stöger*, Dr. Karl, MJur,  
Universitätsprofessor,  
Höhenstr. 24–26, A-3400 Klosterneuburg,  
(0043) 0699 1036 7745;  
Karl-Franzens-Universität Graz,  
Institut für Österreichisches, Europäisches

und Vergleichendes Öffentliches Recht,  
Politikwissenschaft und Verwaltungslehre,  
Universitätsstr. 15/C3, A-8010 Graz,  
(0043) 0316 380 3384,  
E-Mail karl.stoeger@uni-graz.at

*Stoll*, Dr. Peter-Tobias, Professor,  
E-Mail ptstoll@web.de;  
Institut für Völkerrecht, Abteilung für  
Internationales Wirtschaftsrecht,  
Universität Göttingen,  
Platz der Göttinger Sieben 5,  
37073 Göttingen,  
(0551) 3946 61,  
E-Mail pt.stoll@jur.uni-goettingen.de

*Stolleis*, Dr. Dr. h.c. mult. Michael,  
Universitätsprofessor,  
Waldstr. 15, 61476 Kronberg,  
(06173) 65651;  
Universität Frankfurt,  
MPI für europäische Rechtsgeschichte,  
Hansaalle 41, 60323 Frankfurt am Main,  
(069) 78978-151,  
Fax (069) 78978-169,  
E-Mail stolleis@rg.mpg.de

*Stolzlechner*, Dr. Harald,  
o. Universitätsprofessor,  
Gneiser Straße 57, A-5020 Salzburg,  
(0043) 662-82 3935;  
Universität Salzburg,  
(0043) 662-80 4436 01,  
E-Mail Harald.Stolzlechner@sbg.ac.at

*Storr*, Dr. Stefan, Universitätsprofessor,  
Klosterwiesgasse 72, A-8010 Graz;  
Institut für Österreichisches, Europäisches  
und Vergleichendes Öffentliches Recht,  
Politikwissenschaft und Verwaltungslehre,  
Karl-Franzens-Universität Graz,  
Universitätsstraße 15 C 3,  
A-8010 Graz,  
(0043) 3163 80-6695,  
Fax (0043) 3163 80-9450,  
E-Mail stefan.storr@uni-graz.at

*Streinz*, Dr. Rudolf, o. Professor,  
Waldsteinring 26, 95448 Bayreuth,  
(0921) 94730,  
E-Mail [rudolf.streinz@gmx.de](mailto:rudolf.streinz@gmx.de);  
Ludwig-Maximilians-Universität München,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
Europarecht,  
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,  
(089) 2180-3335,  
Fax (089) 2180-2440,  
E-Mail [streinz.pers@jura.uni-muenchen.de](mailto:streinz.pers@jura.uni-muenchen.de)

*Stumpf*, Dr. Dr. Christoph, Privatdozent,  
Taylor Wessing  
Hanseatic Trade Center  
Am Sandtorkai 41  
20457 Hamburg  
Tel. +49 (0) 40 36 80 30  
Fax +49 (0) 40 36 80 3280  
E-Mail [c.stumpf@taylorwessing.com](mailto:c.stumpf@taylorwessing.com)

*Suerbaum*, Dr. Joachim, o. Professor,  
In der Uhlenflucht 3, 44795 Bochum,  
(0234) 4726 26,  
E-Mail [Joachim.Suerbaum@t-online.de](mailto:Joachim.Suerbaum@t-online.de);  
Universität Würzburg,  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,  
(0931) 31-82897 oder 31-82899,  
E-Mail [Suerbaum@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:Suerbaum@jura.uni-wuerzburg.de)

*Sydow*, Dr. Gernot, M.A., Professor,  
Auf der Burg 17, 48301 Nottuln  
(02502) 2269723;  
Westfälische Wilhelms-Universität  
Münster, Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,  
(0251) 83-21750,  
E-Mail [Gernot.Sydow@uni-muenster.de](mailto:Gernot.Sydow@uni-muenster.de)

*Talmon*, D. Phil. (Oxon.) Stefan,  
LL.M. (Cantab.), Universitätsprofessor,  
Institut für Völkerrecht,  
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn  
(0228) 7391 72 od. 7339 32 (Sekr.),  
Fax (0228) 7391 71,  
E-Mail [talmon@jura.uni-bonn.de](mailto:talmon@jura.uni-bonn.de)

*Tappe*, Dr. Henning, Universitätsprofessor,  
Kernscheider Höhenweg 13,  
54296 Trier,  
Tel. (0651) 56154062;  
Universität Trier,  
Fachbereich V – Rechtswissenschaft,  
Universitätsring 15, 54296 Trier,  
Tel. (0651) 201-2576 oder -2577,  
Fax (0651) 201-3816,  
E-Mail [tappe@uni-trier.de](mailto:tappe@uni-trier.de)

*Thieme*, Dr. Werner, Professor,  
Berggartenstraße 14, 29223 Celle,  
(05141) 373 69,  
Fax (05141) 9313 73;  
Universität Hamburg, 20146 Hamburg,  
(040) 42838-4569

*Thiel*, Dr. iur. Dr. rer. publ. Markus,  
Professor,  
Frangenheimstraße 27, 50931 Köln,  
(0221) 4087 83,  
E-Mail [markus.thiel@gmx.de](mailto:markus.thiel@gmx.de);  
Fachhochschule für öffentliche Verwaltung  
Nordrhein-Westfalen, Abt. Köln,  
Thürmchenswall 48–54, 50667 Köln,  
E-Mail [Markus.Thiel@uni-duesseldorf.de](mailto:Markus.Thiel@uni-duesseldorf.de)

*Thiele*, Dr. Alexander, Privatdozent,  
Kurze-Geismar-Str. 9, 37073 Göttingen,  
(0172) 4025995;  
Georg-August-Universität Göttingen,  
Institut für Allgemeine Staatslehre  
und Politische Wissenschaften,  
Nikolausberger Weg 17,  
37073 Göttingen,  
(0551) 3946 90,  
E-Mail [alexander.thiele@jura.uni-goettingen.de](mailto:alexander.thiele@jura.uni-goettingen.de)

*Thienel*, Dr. Rudolf, Universitätsprofessor,  
Präsident des Verwaltungsgerichtshofes,  
Judenplatz 11, A-1010 Wien,  
(0043-1) 531 11-2 45,  
Fax (0043-1) 531 11-140,  
E-Mail [rudolf.thienel@vwgh.gv.at](mailto:rudolf.thienel@vwgh.gv.at)

*Thürer*, Dr. Dr. h.c. Daniel,  
LL.M. (Cambridge), o. Professor,  
Abeggweg 20, CH-8057 Zürich,  
(0041) 44 362 6547 oder -46,  
Fax (0041)44 362 6546,  
E-Mail [thuerer@swissonline.ch](mailto:thuerer@swissonline.ch);  
Stiffler & Partner Rechtsanwältinnen,  
Postfach 1072, CH-8034 Zürich,  
E-Mail [thuerer@swissonline.ch](mailto:thuerer@swissonline.ch),  
oder: [daniel.thuerer@stplaw.ch](mailto:daniel.thuerer@stplaw.ch)

*Thurnherr*, Dr. Daniela, LL.M. (Yale),  
Professorin,  
Juristische Fakultät der Universität Basel,  
Peter Merian-Weg 8, Postfach,  
CH-4002 Basel,  
(0041) 61 267 2566,  
E-Mail [daniela.thurnherr@unibas.ch](mailto:daniela.thurnherr@unibas.ch)

*Thym*, Dr. Daniel, LL.M. (London),  
Professor,  
Helene-Merk-Str. 3,  
78467 Konstanz,  
Tel. 07531-88-2247  
Universität Konstanz, Lehrstuhl für Öffentliches  
Recht, Europa- und Völkerrecht,  
Fach 116, Universitätsstr. 10,  
78457 Konstanz,  
E-Mail [daniel.thym@uni-konstanz.de](mailto:daniel.thym@uni-konstanz.de)

*Tietje*, Dr. Christian, Professor,  
Heinrich-Heine-Str. 8, 06114 Halle (Saale),  
(0345) 548 3912 oder (0345) 524 8312,  
Mobil (0175) 37 36134,  
Fax (0345) 517 4048;  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,  
Juristische Fakultät, Juridicum,  
Universitätsplatz 5, 06108 Halle (Saale),  
(0345) 552-3180,  
Fax (0345) 552-7201,  
E-Mail [tietje@jura.uni-halle.de](mailto:tietje@jura.uni-halle.de)

*Towfigh*, Dr. Emanuel V., Privatdozent,  
(0228) 97148677,  
Fax (0228) 97148678  
E-Mail [emanuel@towfigh.net](mailto:emanuel@towfigh.net)

Max-Planck-Institut zur Erforschung  
von Gemeinschaftsgütern,  
Kurt-Schumacher-Str. 10, 53113 Bonn  
(0228) 91416 30,  
Fax (0228) 91416 930  
E-Mail [Towfigh@coll.mpg.de](mailto:Towfigh@coll.mpg.de)

*Tomuschat*, Dr. Christian, Professor,  
Odilostraße 25a, 13467 Berlin,  
(030) 4054 1486,  
Fax (030) 4054 1488;,  
Humboldt-Universität zu Berlin,  
Institut für Völker- und Europarecht,  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
(030) 2093-3335 oder -3305 oder -3322,  
Fax (030) 2093-3365,  
E-Mail [christian.tomuschat@rewi.hu-berlin.de](mailto:christian.tomuschat@rewi.hu-berlin.de)

*Traulsen*, Dr. Christian, Privatdozent,  
Stieglitzweg 13,  
72108 Rottenburg am Neckar,  
(07472) 9896 858;  
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,  
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,  
(07071) 297 2690,  
Fax (07071) 295 096  
E-Mail [traulsen@jura.uni-tuebingen.de](mailto:traulsen@jura.uni-tuebingen.de)

*Trute*, Dr. Hans-Heinrich,  
Universitätsprofessor,  
Wettinplatz 3, 01896 Pulsnitz,  
(035955) 45301;  
Universität Hamburg,  
Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,  
(040) 42838-5721 oder -5625,  
Fax (040) 42838-2700,  
E-Mail [Hans-Heinrich.Trute@jura.uni-hamburg.de](mailto:Hans-Heinrich.Trute@jura.uni-hamburg.de)

*Tschentscher*, Dr. Axel, LL.M., Professor,  
Lehrstuhl für Staatsrecht, Rechtsphilosophie  
und Verfassungsgeschichte,  
Universität Bern,  
Institut für öffentliches Recht,

Schanzeneckstraße 1, CH-3001 Bern,  
(0041) 31-631 8899 (direkt), (0041)  
31-63132 36 (Sekretariat),  
Fax (0041) 31-631 3883,  
E-Mail axel.tschentscher@oefre.unibe.ch

*Uebersax*, Dr. Peter, Professor,  
Titularprofessor für öffentliches Recht  
und öffentliches Prozessrecht,  
Chemin des Grands-Champs 19,  
CH-1033 Cheseaux,  
(0041) 217 312941;  
Schweizerisches Bundesgericht,  
Av. du Tribunal-fédéral 29,  
CH-1000 Lausanne 14,  
(0041) 213 18 9111,  
E-Mail peter.uebersax@unibas.ch

*Uerpmann-Witzack*, Dr. Robert, Professor,  
Universität Regensburg,  
Juristische Fakultät,  
93040 Regensburg,  
(0941) 943-2660 oder 2659,  
Fax (0941) 943-1973,  
E-Mail Robert.Uerpmann@jura.  
uni-regensburg.de

*Uhle*, Dr. Arnd, Professor,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbeson-  
dere für Staatsrecht, Allgemeine Staatslehre  
und Verfassungstheorie, Institut für Recht  
und Politik, Juristische Fakultät,  
Technische Universität Dresden,  
01062 Dresden  
(0351) 463-37314,  
Fax (0351) 463-37207,  
E-Mail arnd.uhle@tu-dresden.de

*Ullrich*, Dr. Norbert, Professor  
Gaußstraße 5, 37127 Dransfeld  
(0176) 21822254  
E-Mail ullrichgoe@aol.com  
Privatdozent am Institut für Allgemeine  
Staatsrechtslehre und Politische Wissen-  
schaften  
Nikolausberger Weg 17, 37073 Göttingen

*Uhlmann*, Dr. Felix, LL.M., Professor,  
Bruderholzallee, CH 4059 Basel;  
Rämistrasse 74 / 33, CH 8001 Zürich,  
(0041) 446 34 4224,  
Fax (0041) 446 34 4368,  
E-Mail felix.uhlmann@rwi.uzh.ch

*Unger*, Dr. Sebastian, Privatdozent,  
Liebherrstraße 1, 80538 München,  
0175/7631670,  
Ludwig-Maximilians-Universität München,  
Juristische Fakultät, Ludwigstr. 28,  
Tel. (089) 2180-2157,  
Fax (089) 2180-5063,  
E-Mail sebastian.unger@jura.  
uni-muenchen.de

*Ungern-Sternberg*, Dr. Antje von,  
M.A., Privatdozentin  
Südstraße 68, 48153 Münster  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
Völkerrecht  
Ludwig-Maximilians-Universität  
Professor-Huber-Platz 2  
80539 München  
E-Mail: a.ungernsternberg@jura.  
uni-muenchen.de

*Unruh*, Dr. Peter, apl. Professor,  
Hakensoll 8a, 24226 Heikendorf;  
Nordelbisches Kirchenamt,  
Dänische Str. 21-35, 24103 Kiel,  
E-Mail punruh.nka@nordelbien.de

*Vallender*, Dr. Klaus A., Professor,  
Unterbach 4, CH-9043 Trogen,  
(004171) 9427 69;  
Law School St. Gallen, IFF,  
Varnbuelstrasse 19. 4, CH-9000 St. Gallen,  
(0041-71) 224 2519,  
Fax (0041-71) 229 2941,  
E-Mail klaus.vallender@unisg.ch

*Vedder*, Dr. Christoph, Professor,  
Sollner Str. 33, 81479 München,  
(089) 7910 03 83,

Fax (089) 7910 0384;  
 Juristische Fakultät, Universität Augsburg,  
 Postfach, 86135 Augsburg,  
 (0821) 598-45 70,  
 Fax (0821) 598-4572,  
 E-Mail christoph.vedder@jura.  
 uni-augsburg.de

*Vesting*, Dr. Thomas, Universitätsprofessor,  
 Konradstraße 2, 80801 München,  
 (089) 3887 9545,  
 Fax (089) 3887 9547;  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
 Recht und Theorie der Medien,  
 Johann Wolfgang Goethe-Universität,  
 Grüneburgplatz 1, RuW 04,  
 60629 Frankfurt am Main,  
 (069) 79834 274,  
 Fax (069) 798763 34273,  
 E-Mail T.Vesting@jur.uni-frankfurt.de

*Vitzthum*, Dr. Dr. h.c. Wolfgang Graf,  
 o. Professor,  
 Im Rotbad 19, 72076 Tübingen,  
 (07071) 638 44,  
 Fax (07071) 9684 89;  
 Universität Tübingen, Juristische Fakultät,  
 Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,  
 (07071) 297 5266,  
 Fax (07071) 297 5039,  
 E-Mail wolfgang-graf.vitzthum@uni-  
 tuebingen.de

*Vöneky*, Dr. Silja, Professorin,  
 Am Schmelzofen 20, 79183 Waldkirch,  
 (07681) 4925 239;  
 Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,  
 Institut für Öffentliches Recht, Abt. II  
 Völkerrecht und Rechtsvergleichung,  
 79085 Freiburg im Breisgau,  
 (0761) 203 2207,  
 Fax (0761) 203 9193,  
 E-Mail voelkerrecht@jura.uni-freiburg.de

*Vogel*, Dr. Stefan, Privatdozent,  
 Dübendorfstr. 11c, CH-8117 Fällanden,

(0041) 43355 5229,  
 E-Mail stefan\_vogel@bluewin.ch

*Volkmann*, Dr. Uwe, Professor,  
 Am Bonifatiusbrunnen 231,  
 60438 Frankfurt,  
 (069) 518673  
 Goethe-Universität Frankfurt am Main  
 Fachbereich Rechtswissenschaft  
 Theodor-W.-Adorno-Platz 4  
 60629 Frankfurt am Main  
 (069) 798-34270  
 E-Mail volkmann@jura.uni-frankfurt.de

*Vosgerau*, Dr. Ulrich, Privatdozent,  
 Bachemer Straße 225, 50935 Köln,  
 (0221) 4064 058;  
 E-Mail ulrich\_vosgerau@web.de

*Vofßkuhle*, Dr. Andreas, Professor,  
 Präsident des Bundesverfassungsgerichts,  
 Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe,  
 (0721) 9101-3 13;  
 Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,  
 Institut für Staatswissenschaft und  
 Rechtsphilosophie,  
 Postfach, 79085 Freiburg i. Br.,  
 (0761) 203-2209,  
 Fax (0761) 203-9193,  
 E-Mail staatswissenschaft@jura.  
 uni-freiburg.de

*Waechter*, Dr. Kay, Professor,  
 Ceciliengärten 12, 12159 Berlin;  
 FB Rechtswissenschaft,  
 Universität Hannover,  
 Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,  
 (05 11) 762-8227,  
 E-Mail waechter@jura.uni-hannover.de

*Wahl*, Dr. Rainer, o. Professor,  
 Hagenmattenstr. 6, 79117 Freiburg,  
 (07 61) 6 59 60;  
 Universität Freiburg,  
 Institut für Öffentliches Recht V,  
 Postfach, 79085 Freiburg,



(0761) 203 8961,  
 Fax (0761) 203 2293,  
 E-Mail rainer.wahl@jura.uni-freiburg.de

*Waldhoff*, Dr. Christian, Professor,  
 Humboldt-Universität zu Berlin,  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
 Finanzrecht,  
 Unter den Linden 6, 10099 Berlin,  
 (030) 2093-3537,  
 E-Mail christian.waldhoff@rewi.  
 hu-berlin.de

*Waldmann*, Dr. Bernhard, Professor, RA  
 Alfons-Aebystr. 29, CH-3186 Düringen,  
 (0041) 26493 5705;  
 Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht  
 Rechtswissenschaftliche Fakultät  
 Universität Freiburg  
 Av. Beauregard 1  
 CH-1700 Freiburg  
 Tel. +41 (0)26 300 81 47  
 E-Mail bernhard.waldmann@unifr.ch

*Wallerath*, Dr. Maximilian,  
 Universitätsprofessor,  
 Gudenauer Weg 86, 53127 Bonn,  
 (0228) 2832 02,  
 E-Mail max.wallerath@web.de;  
 Universität Greifswald, Rechts- und  
 Staatswissenschaftliche Fakultät,  
 17487 Greifswald,  
 (03834) 8621 44,  
 Fax (03834) 868 0077

*Wallrabenstein*, Dr. Astrid, Professorin,  
 Goethe-Universität Frankfurt am Main,  
 Fachbereich Rechtswissenschaften,  
 Professur für Öffentliches Recht mit  
 einem Schwerpunkt im Sozialrecht,  
 Postfach 11 19 32,  
 60054 Frankfurt am Main,  
 (069) 798-34 288,  
 Fax (069) 798-34 514  
 E-Mail professur-wallrabenstein@jura.  
 uni-frankfurt.de

*Walter*, Dr. Christian, Professor,  
 Friedrich-List-Str. 98, 81377 München,  
 (089) 787 077 04;  
 Ludwig-Maximilians-Universität München,  
 Institut für Internationales Recht,  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
 Völkerrecht,  
 Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,  
 (089) 2180-2798,  
 Fax (089) 2180-3841,  
 E-Mail cwalter@jura.uni-muenchen.de

*Wapler*, Dr. Friederike, Privatdozentin,  
 Universität Göttingen, Juristische Fakultät,  
 Lehrstuhl für Rechts- und Sozialphilosophie,  
 Platz der Göttinger Sieben 6,  
 37073 Göttingen,  
 (0551) 39-4635,  
 E-Mail wapler@gmx.de

*Weber*, Dr. Albrecht, Professor,  
 Weidenweg 20, 49143 Bissendorf,  
 (05402) 3907;  
 Universität Osnabrück, 49069 Osnabrück,  
 (05 41) 9 69-61 38,  
 E-Mail aweber@uos.de

*Weber*, Dr. Karl, o. Universitätsprofessor,  
 Noldinstr. 14, A-6020 Innsbruck,  
 (0043) 0664-162 5739;  
 Universität Innsbruck, Institut für  
 Öffentliches Recht, Finanzrecht und  
 Politikwissenschaft,  
 Innrain 80, A-6020 Innsbruck,  
 (0043) 512-507-8230,  
 E-Mail karl.weber@uibk.ac.at

*Weber-Dürler*, Dr. Beatrice, o. Professorin,  
 Ackermannstr. 24, CH-8044 Zürich,  
 (0041) 44262 0420;  
 E-Mail beatrice.weber-duerler@rwi.uzh.ch

*Wegener*, Dr. Bernhard W., Professor,  
 Friedrich-Alexander-Universität,  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht und  
 Europarecht

Schillerstraße 1, 91054 Erlangen,  
(09131) 852 9285,  
Fax (09131) 852 6439,  
E-Mail [europarecht@fau.de](mailto:europarecht@fau.de)

*Wehr*, Dr. Matthias, Professor,  
Alter Kirchweg 24, 28717 Bremen,  
(0421) 690 800 25;  
Hochschule für Öffentliche Verwaltung  
Bremen (HfÖV),  
Doventorscontrescarpe 172 C,  
28195 Bremen,  
(0421) 361 19 617,  
E-Mail [matthias.wehr@hfoev.bremen.de](mailto:matthias.wehr@hfoev.bremen.de)

*Weiß*, Dr. Norman, Privatdozent,  
Martin-Luther-Str. 56, 10779 Berlin;  
MenschenRechtsZentrum der  
Universität Potsdam,  
August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam,  
(0331) 977 3450,  
Fax (0331) 977 3451,  
E-Mail [weiss@uni-potsdam.de](mailto:weiss@uni-potsdam.de)

*Weiß*, Dr. Wolfgang,  
Universitätsprofessor,  
Deutsche Universität für Verwaltungs-  
wissenschaften Speyer, Lehrstuhl für  
Öffentliches Recht, Völker- und  
Europarecht,  
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer,  
(06232) 654-331,  
Fax (06232) 654-123,  
E-Mail [wweiss@brookes.ac.uk](mailto:wweiss@brookes.ac.uk)

*Welti*, Dr. Felix, Professor,  
Marquardplatz 3, 23554 Lübeck,  
(0451) 8 13 27 42,  
Fax (0451) 8 13 27 43;  
Universität Kassel, FB 01 Humanwissen-  
schaften, Institut für Sozialwesen,  
Abteilung Sozialpolitik, Recht und  
Soziologie,  
Arnold-Bode-Str. 10, 34109 Kassel,  
(0561) 8042 970,  
E-Mail [mail@felix-welti.de](mailto:mail@felix-welti.de)

*Wendt*, Dr. Rudolf, o. Professor,  
Schulstr. 45, 66386 St. Ingbert-Hassel,  
(06894) 532 87,  
Fax (068 94) 532 50;  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Wirtschafts-, Finanz- und Steuerrecht,  
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche  
Fakultät,  
Universität des Saarlandes,  
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,  
(0681) 362-2104 oder -3104,  
Fax (0681) 302-4779,  
E-Mail [r.wendt@mx.uni-saarland.de](mailto:r.wendt@mx.uni-saarland.de)

*Wernsmann*, Dr. Rainer, Professor,  
Johann-Bergler-Straße 8, 94032 Passau;  
Universität Passau, Lehrstuhl für Staats-  
und Verwaltungsrecht, insb. Finanz- und  
Steuerrecht,  
Innstr. 40, 94032 Passau,  
(0851) 509-2351,  
Fax (0851) 509-2352,  
E-Mail [wernsmann@uni-passau.de](mailto:wernsmann@uni-passau.de)

*Wessely*, Dr. Wolfgang, Privatdozent,  
Universität Wien, Institut für Staats- und  
Verwaltungsrecht,  
Schottenbastei 10–16, A – 1010 Wien,  
+43 (0)1 9005 11216,  
Fax +43 (0)1 9005 11210,  
E-Mail [wolfgang.wessely@univie.ac.at](mailto:wolfgang.wessely@univie.ac.at)

*Wiederin*, Dr. Ewald,  
Universitätsprofessor,  
Universität Wien, Institut für Staats- und  
Verwaltungsrecht,  
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,  
(0043) 1427 73 5482,  
Fax (0043) 1427 73 5489,  
E-Mail [ewald.wiederin@univie.ac.at](mailto:ewald.wiederin@univie.ac.at)

*Wieland*, Dr. Joachim, LL.M.,  
Universitätsprofessor,  
Gregor-Mendel-Straße 13, 53115 Bonn,  
(0228) 923 993 34,  
Fax (0228) 329 48 98;

Lehrstuhl für öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Postfach 1409, 67324 Speyer, (06232) 654 355, Fax (06232) 654 127, E-Mail wieland@uni-speyer.de

*Wielinger*, Dr. Gerhart, Universitätsdozent, Bergmannsgasse 22, A-8010 Graz, (0043) 316-31 8714, dienstl. (0043) 316-70 31 2428, E-Mail gerhart.wielinger@uni-graz.at

*Wieser*, DDr. Bernd, Universitätsprofessor, Wittenbauerstr. 76, A-8010 Graz; Institut für Österreichisches, Europäisches und Vergleichendes Öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre, Karl-Franzens-Universität Graz, Universitätsstr. 15/C3, A-8010 Graz, (0043) 316-380-3381 oder -3367, Fax (0043) 316-380-9450, E-Mail bernd.wieser@uni-graz.at

*Wildhaber*, Dr. Luzius, LL.M., J.S.D., Dres. h.c., LL.D. h.c., o. Professor, Auf der Wacht 21, CH-4104 Oberwil, (0041) 61401 2521, E-Mail luzius.wildhaber@unibas.ch

*Wilke*, Dr. Dieter, Präsident des OVG Berlin a.D., Universitätsprofessor a.D., apl. Professor an der Freien Universität Berlin, Schweinfurthstr.10, 14195 Berlin

*Will*, Dr. iur. Dr. phil. Martin, M.A., LL.M. (Cambr.), Professor, Hartmann-Ibach-Straße 105, 60389 Frankfurt, EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Lehrstuhl für Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Europarecht, Recht der neuen Technologien und Rechtsgeschichte, Gustav-Stresemann-Ring 3,

65189 Wiesbaden, (0611) 7102 2232, Fax (0611) 7102 10 2232, E-Mail martin.will@ebs.edu

*Will*, Dr. Rosemarie, Professorin, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 6, 10099 Berlin, (030) 2093 33 00-3682, Fax (030) 2093 3453, E-Mail Rosemarie.Will@rewi.hu-berlin.de

*Wimmer*, Dr. Norbert, o. Universitätsprofessor, Heiliggeiststr. 16, A-6020 Innsbruck, (0043) 512-58 6144; Universität Innsbruck, Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaften, Innrain 80/82, A-6020 Innsbruck, (0043) 512-82 00 oder -8201, E-Mail Veronika.Obojes@uibk.ac.at

*Windoffer*, Dr. Alexander, Professor, Universität Potsdam, Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Besondere Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften, August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam, (0331) 977-3513, E-Mail Alexander.Windoffer@uni-potsdam.de

*Windthorst*, Dr. Kay, Professor, Prinzregentenstr. 75, 81675 München, (01 62) 9 02 00 76; Professur für Öffentliches Recht, Universität Bayreuth, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Universitätsstr. 30, Gebäude B 9, 95447 Bayreuth, (0921) 55-3519, Fax (0921) 55-4331, E-Mail kwindt@t-online.de

*Winkler*, Dr. Daniela, Professorin,  
Petershauser Str. 36, 78467 Konstanz;  
Professur für Verwaltungsrecht,  
Universität zu Köln,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,  
E-Mail d.winkler@uni-koeln.de

*Winkler*, Dr. Dr. h.c. Günther, Universitäts-  
professor,  
Reisnerstr. 22, A-1030 Wien,  
(0043) 1713 4415;  
Universität Wien, Juridicum,  
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,  
(0043) 1 4277 34413,  
Mobil (0043) 664 230 6241,  
E-Mail guenther.winkler@univie.ac.at

*Winkler*, Dr. Markus, Privatdozent;  
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,  
Fachbereich Rechts- und Wirtschafts-  
wissenschaften,  
55099 Mainz,  
E-Mail mwinkl@uni-mainz.de;  
Hessisches Kultusministerium,  
Luisenplatz 10, 65185 Wiesbaden,  
(0611) 368 2517,  
E-Mail markus.winkler@hkm.hessen.de

*Winkler*, Dr. Roland, a.o. Univ.-Prof.,  
Borromäumstraße 10/2, A-5020 Salzburg,  
(0043) 662 64 1260 oder  
(0043) 6769 0701 71;  
Fachbereich Öffentliches Recht,  
Universität Salzburg,  
Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,  
(0043) 66280 44 3624,  
Fax (0043) 66280 4436 29,  
E-Mail roland.winkler@sbg.ac.at

*Winter*, Dr. Dr. h.c. Gerd, Professor,  
FB 6: Rechtswissenschaft, Universität  
Bremen,  
Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,  
(0421) 218-2840,  
Fax (0421) 218-3494,  
E-Mail gwinter@uni-bremen.de

*Winterhoff*, Dr. Christian, apl. Professor,  
Theodor-Storm-Straße 1, 22869 Schenefeld,  
(040) 8540 0376,  
Fax (040) 8541 4880,  
E-Mail post@christianwinterhoff.de;  
Poststraße 9 – Alte Post, 20354 Hamburg,  
(040) 359 22-224,  
Fax (040) 359 22-293,  
E-Mail c.winterhoff@gvw.com

*Winzeler*, Dr. Christoph, LL. M. (Harv.),  
Privatdozent,  
St.-Jakobs-Strasse 96, CH-4052 Basel,  
(0041) 612 959393 (Büro),  
Fax (0041) 612 725382 (Büro),  
E-Mail christoph.winzeler@span.ch;  
Universität Fribourg,  
Institut für Religionsrecht,  
Miséricorde, Büro 4119,  
CH-1700 Fribourg,  
(0041) 263 0080 23,  
Fax (0041) 263 0096 66,  
E-Mail christoph.winzeler@sba.ch

*Wißmann*, Dr. Hinnerk, Professor,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
insbesondere Verwaltungswissenschaften,  
Kultur- und Religionsverfassungsrecht,  
Wilmergasse 28, 48143 Münster,  
(0251) 83-26311,  
Fax (0251) 83-26319,  
E-Mail hinnerk.wissmann@uni-  
muenster.de

*Wittinger*, Dr. Michaela, Professorin,  
Schauinslandstraße 1, 76199 Karlsruhe,  
(0721) 5916 81,  
E-Mail MichaelaWittinger@web.de;  
FH des Bundes für öffentliche Verwaltung,  
FB Bundeswehrverwaltung, Professur  
für Öffentliches Recht  
(insb. Staats- und Europarecht),  
Seckenheimer Landstraße 10,  
68163 Mannheim,  
(0621) 4295-4479,  
Fax (0621) 4295-4222

*Wittmann*, Dr. Heinz,  
a.o. Universitätsprofessor,  
Steinböckengasse 4/14, A-1140 Wien,  
(0043) 1914 3175;  
Verlag Medien und Recht GmbH,  
Danhausergasse 6, A-1040 Wien,  
(0043) 1505 2766,  
Fax (0043) 1505 2766-15

*Wittreck*, Dr. Fabian, Professor,  
Cheruskerring 51, 48147 Münster,  
(0251) 200 6288;  
Westfälische Wilhelms-Universität Münster,  
Professur für Öffentliches Recht,  
Bispinghof 25/25, 48143 Münster,  
(0251) 832 1199,  
Fax (0251) 832 2403,  
E-Mail fwitt\_01@uni-muenster.de

*Wolf*, Dr. Joachim, Professor,  
Von-Velsen-Straße 17, 44625 Herne,  
(02323) 4596 25;  
Juristische Fakultät,  
Ruhr-Universität Bochum,  
Umweltrecht, Verwaltungsrecht und  
Verwaltungslehre,  
Gebäude GC, Universitätsstr. 150,  
44789 Bochum,  
(0234) 322-5252,  
Fax (0234) 321 4421,  
E-Mail LS.Wolf@jura.ruhr-uni-bochum.de

*Wolff*, Dr. Heinrich Amadeus, Professor,  
Universität Bayreuth  
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche  
Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Recht der Umwelt, Technik und  
Information I  
Universitätsstraße 30, D-95447 Bayreuth  
Tel. 0921-556030 – Sekretariat -6031  
Fax 0921-556032  
Heinrich.wolff@uni-bayreuth.de  
Gebäude RW I, Raum 1.0.01.106  
Rudolf-Ditzen-Weg 12, 13156 Berlin  
Tel. 030-48097948  
Mobil 0163-9012445

Fax 032226859576  
HeinrichWolff@t-online.de

*Wolfrum*, Dr. Dr. h.c. Rüdiger, o. Professor,  
Mühlthalstr. 129 b, 69121 Heidelberg,  
(06221) 4752 36;  
MPI für ausländisches öffentliches Recht  
und Völkerrecht,  
Im Neuenheimer Feld 535,  
69120 Heidelberg,  
(06221) 4822-55 oder -56,  
Fax (06221) 4822 88,  
E-Mail wolfrum@mpil.de

*Wollenschläger*, Dr. Ferdinand, Professor,  
Max-Planck-Str. 8, 81675 München,  
(089) 470279 73;  
Universität Augsburg, Juristische Fakultät,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa-  
recht und Öffentliches Wirtschaftsrecht,  
Universitätsstr. 24, 86135 Augsburg,  
(0821) 598-4551,  
Fax (0821) 598-4552,  
E-Mail ferdinand.wollenschlaeger@jura.  
uni-augsburg.de

*Württemberg*, Dr. Thomas, o. Professor,  
Beethovenstr. 9, 79100 Freiburg,  
(0761) 7 8623;  
Universität Freiburg, Postfach,  
79085 Freiburg  
(0761) 203-2246 oder -2249,  
E-Mail Thomas.Wuertemberger@jura.  
uni-freiburg.de

*Wyss*, Dr. iur. Martin, Professor,  
Höheweg 62, CH-3097 Liebefeld,  
(0041) 319 7299 93,  
Fax (0041) 319 7299 91,  
E-Mail mpwyss@bluewin.ch;  
Stellvertretender Chef Fachbereich II  
für Rechtsetzung, Bundesamt für Justiz,  
Bundeshaus West, CH-3003 Bern,  
(0041) 313 2275 75,  
Fax (0041) 313 2278 37,  
E-Mail martin.wyss@bj.admin.ch

*Zeh*, Dr. Wolfgang, Professor,  
Ministerialdirektor a.D.,  
Marktstr. 10, 72359 Dotternhausen,  
E-Mail zehparl@t-online.de

*Zeuschwitz*, Dr. Friedrich von,  
em. Universitätsprofessor,  
Petersweiher 47, 35394 Gießen,  
(0641) 45152;  
Universität Gießen, 35390 Gießen,  
(0641) 702 5020

*Ziegler*, Dr. Andreas R., LL.M., Professor,  
Gründenstraße 66, CH-8247 Flurlingen;  
Universität Lausanne, Juristische Fakultät,  
BFSH 1, CH-1015 Lausanne,  
E-Mail andreas.ziegler@unil.ch

*Ziekow*, Dr. Jan, Universitätsprofessor,  
Gartenstraße 3, 67361 Freisbach,  
(06344) 5902,  
Fax (06344) 59 02;  
Deutsche Universität für  
Verwaltungswissenschaften Speyer,  
Postfach 14 09, 67324 Speyer,  
(06232) 654-0,  
E-Mail ziekow@uni-speyer.de

*Ziller*, Dr. Jacques, Professor,  
Università degli Studi di Pavia,  
Dipartimento di Economia, Statistica e  
Diritto,

Via Strada Nuova 65, I – 27100 Pavia,  
(0039) (0) 382-98 4437,  
Fax (0039) (0) 382-98 4435,  
E-Mail jacques.ziller@unipv.it

*Zimmer*, Dr. Gerhard, Professor,  
Waldschützpfad 9, 12589 Berlin,  
(030) 648 9590

*Zimmermann*, Dr. Andreas, LL.M  
(Harvard), Professor,  
Heimat 29, 14165 Berlin,  
E-Mail azimmerm@freenet.de  
Universität Potsdam,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
insbesondere Staatsrecht, Europa- und  
Völkerrecht sowie Europäisches Wirt-  
schaftsrecht und Wirtschaftsvölkerrecht,  
August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam,  
(0331) 977-3516,  
Fax (0331) 977-3224,  
E-Mail andreas.zimmermann@  
uni-potsdam.de

*Zippelius*, Dr. Dr. h.c. Reinhold,  
o. Professor,  
Niendorfstr. 5, 91054 Erlangen,  
(09131) 557 26;  
Universität Erlangen-Nürnberg,  
91054 Erlangen,  
(09131) 8528 20



## **Satzung**

(Nach den Beschlüssen vom 21. Oktober 1949, 19. Oktober 1951, 14. Oktober 1954, 10. Oktober 1956, 13. Oktober 1960, 5. Oktober 1962, 1. Oktober 1971, 6. Oktober 1976, 3. Oktober 1979, 6. Oktober 1999, 4. Oktober 2006, 3. Oktober 2007 und 29. September 2010)

### **§ 1**

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer stellt sich die Aufgabe:

1. wissenschaftliche und Gesetzgebungsfragen aus dem Gebiet des Öffentlichen Rechts durch Aussprache in Versammlungen der Mitglieder zu klären;
2. auf die ausreichende Berücksichtigung des Öffentlichen Rechts im Hochschulunterricht und bei staatlichen und akademischen Prüfungen hinzuwirken;
3. in wichtigen Fällen zu Fragen des Öffentlichen Rechts durch Eingaben an Regierungen oder Volksvertretungen oder durch schriftliche Kundgebungen Stellung zu nehmen.

### **§ 2**

(1) <sup>1</sup>Der Verein führt den Namen „Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“. <sup>2</sup>Er soll in das Vereinsregister eingetragen werden; nach der Eintragung führt er den Zusatz „e. V.“.

(2) Der Verein hat seinen Sitz in Heidelberg.

(3) Das Geschäftsjahr des Vereins ist das Kalenderjahr.

### **§ 3**

(1) Mitglied der Vereinigung kann werden, wer auf dem Gebiet des Staatsrechts und mindestens eines weiteren öffentlich-rechtlichen Fachs

- a. seine Befähigung zu Forschung und Lehre durch hervorragende wissenschaftliche Leistung nachgewiesen hat<sup>1</sup> und

---

<sup>1</sup> Mit der oben abgedruckten, am 1.10.1971 in Regensburg beschlossenen Fassung des § 3 hat die Mitgliederversammlung den folgenden erläuternden Zusatz angenommen: „Eine hervorragende wissenschaftliche Leistung im Sinne dieser Vorschrift ist eine den bisher üblichen Anforderungen an die Habilitation entsprechende Leistung.“



b. an einer deutschen oder deutschsprachigen Universität<sup>2</sup> einschließlich der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer als Forscher und Lehrer tätig ist oder gewesen ist.

(2) <sup>1</sup>Das Aufnahmeverfahren wird durch schriftlichen Vorschlag von drei Mitgliedern der Vereinigung eingeleitet. <sup>2</sup>Ist der Vorstand einstimmig der Auffassung, dass die Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft erfüllt sind, so verständigt er in einem Rundschreiben die Mitglieder von seiner Absicht, dem Vorgeschlagenen die Mitgliedschaft anzutragen. <sup>3</sup>Erheben mindestens fünf Mitglieder binnen Monatsfrist gegen die Absicht des Vorstandes Einspruch oder beantragen sie mündliche Erörterung, so beschließt die Mitgliederversammlung über die Aufnahme. <sup>4</sup>Die Mitgliederversammlung beschließt ferner, wenn sich im Vorstand Zweifel erheben, ob die Voraussetzungen der Mitgliedschaft erfüllt sind. <sup>5</sup>Von jeder Neuaufnahme außerhalb einer Mitgliederversammlung sind die Mitglieder zu unterrichten.

#### § 4

<sup>1</sup>Abweichend von § 3 kann Mitglied der Vereinigung werden, wer, ohne die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 lit. b) zu erfüllen,

- a. eine Professur inne hat, die einer Professur an einer juristischen Fakultät einer deutschen oder deutschsprachigen Universität entspricht,
- b. seine Befähigung zu Forschung und Lehre durch hervorragende wissenschaftliche Veröffentlichungen auch in deutscher Sprache zum Öffentlichen Recht Deutschlands, Österreichs oder der Schweiz nachgewiesen und
- c. seine Verbundenheit mit der Vereinigung durch mehrmalige Teilnahme als Gast an den Jahrestagungen bekundet hat.

<sup>2</sup>Das Aufnahmeverfahren wird durch schriftlich begründeten Vorschlag von mindestens zehn Mitgliedern der Vereinigung eingeleitet. <sup>3</sup>Für das weitere Verfahren findet § 3 Abs. 2 Sätze 2 bis 5 entsprechende Anwendung.

---

<sup>2</sup> In Berlin hat die Mitgliederversammlung am 3.10.1979 die folgende zusätzliche Erläuterung aufgenommen: „Universität im Sinne dieser Vorschrift ist eine wissenschaftliche Hochschule, die das Habilitationsrecht in den Fächern des Öffentlichen Rechts und die Promotionsbefugnis zum Doctor iuris besitzt und an der Juristen durch einen Lehrkörper herkömmlicher Besetzung ausgebildet werden.“

In Berlin hat die Mitgliederversammlung am 29.09.2010 die folgende weitere Erläuterung aufgenommen: „Gleichgestellt sind wissenschaftliche Hochschulen, die das Habilitationsrecht in den Fächern des Öffentlichen Rechts und die Promotionsbefugnis zum Dr. iuris besitzen, wenn an ihnen Staatsrecht und ein weiteres öffentlich-rechtliches Fach von mindestens drei der Vereinigung angehörenden Mitgliedern gelehrt wird.“

## § 5

(1) <sup>1</sup>Eine Mitgliederversammlung soll regelmäßig einmal in jedem Jahr an einem vom Vorstand zu bestimmenden Ort stattfinden. <sup>2</sup>In dringenden Fällen können außerordentliche Versammlungen einberufen werden. <sup>3</sup>Die Mitgliederversammlung wird vom Vorstand unter Einhaltung einer Frist von vier Wochen schriftlich oder in elektronischer Form unter Angabe der Tagesordnung einberufen. <sup>4</sup>Auf jeder ordentlichen Mitgliederversammlung muss mindestens ein wissenschaftlicher Vortrag mit anschließender Aussprache gehalten werden.

(2) Eine außerordentliche Mitgliederversammlung wird außer in den nach Absatz 1 Satz 2 vorgesehenen Fällen auch dann einberufen, wenn dies von einem Zehntel der Mitglieder beim Vorstand schriftlich unter Angabe des Zwecks und der Gründe beantragt wird.

(3) <sup>1</sup>Verlauf und Beschlüsse der Mitgliederversammlung werden protokolliert. <sup>2</sup>Der Protokollführer wird vom Versammlungsleiter bestimmt. <sup>3</sup>Das Protokoll ist vom Versammlungsleiter und vom Protokollführer zu unterzeichnen. <sup>4</sup>Es wird mit dem nächsten nach der Mitgliederversammlung erfolgenden Rundschreiben den Mitgliedern übermittelt.

(4) Für Satzungsänderungen, die Änderung des Vereinszwecks und für die Auflösung des Vereins gelten die gesetzlichen Mehrheitsanfordernisse (§§ 33, 41 BGB).

## § 6<sup>3</sup>

(1) <sup>1</sup>Der Vorstand der Vereinigung besteht aus einem Vorsitzenden und zwei Stellvertretern. <sup>2</sup>Die Vorstandsmitglieder teilen die Geschäfte untereinander nach eigenem Ermessen. <sup>3</sup>Der Vorstand wird von der Mitgliederversammlung auf zwei Jahre gewählt; er bleibt jedoch bis zur Bestellung eines neuen Vorstandes im Amt. <sup>4</sup>Zur Vorbereitung der Jahrestagung ergänzt sich der Vorstand um ein Mitglied, das kein Stimmrecht hat. <sup>5</sup>Auch ist Selbstergänzung zulässig, wenn ein Mitglied des Vorstandes in der Zeit zwischen zwei Mitgliederversammlungen ausscheidet. <sup>6</sup>Auf der nächsten Mitgliederversammlung findet eine Nachwahl für den Rest der Amtszeit des Ausgeschiedenen statt.

(2) <sup>1</sup>Der Verein wird gerichtlich und außergerichtlich durch ein Mitglied des Vorstandes, in der Regel durch den Vorsitzenden, vertreten. <sup>2</sup>Innerhalb seines ihm nach Absatz 1 Satz 2 zugewiesenen Aufgabenbereichs ist das jeweilige Vorstandsmitglied alleinvertretungsberechtigt; insbesondere ist in allen finanziellen Angelegenheiten dasjenige Vorstandsmitglied allein-

---

<sup>3</sup> § 6 Abs. 1 in der Fassung des Beschlusses der Mitgliederversammlung in Heidelberg vom 6.10.1999; in Kraft getreten am 1.10.2001.

vertretungsberechtigt, dem der Vorstand nach Absatz 1 Satz 2 die Funktion des Schatzmeisters übertragen hat. <sup>3</sup>Das nach Absatz 1 Satz 4 kooptierte Mitglied des Vorstandes ist in allen Angelegenheiten alleinvertretungsberechtigt, die die Vorbereitung und Durchführung der Jahrestagung betreffen. <sup>4</sup>Ist in den Fällen des Satzes 2 oder 3 das vertretungsberechtigte Vorstandsmitglied verhindert, übernimmt der Vorsitzende die Vertretung, im Falle seiner Verhinderung ist eines der gewählten Vorstandsmitglieder alleinvertretungsberechtigt.

## § 7

Zur Vorbereitung ihrer Beratungen kann die Mitgliederversammlung, in eiligen Fällen auch der Vorstand, besondere Ausschüsse bestellen.

## § 8

<sup>1</sup>Über Eingaben in den Fällen des § 1 Ziffer 2 und 3 und über öffentliche Kundgebungen kann nach Vorbereitung durch den Vorstand oder einen Ausschuss im Wege schriftlicher Abstimmung der Mitglieder beschlossen werden. <sup>2</sup>Ein solcher Beschluss bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitgliederzahl; die Namen der Zustimmenden müssen unter das Schriftstück gesetzt werden.

## § 9

<sup>1</sup>Der Mitgliedsbeitrag wird von der Mitgliederversammlung festgesetzt. <sup>2</sup>Der Vorstand kann den Beitrag aus Billigkeitsgründen erlassen.

## § 10

(1) Die Mitgliedschaft endet durch Tod, Austritt aus dem Verein, Streichung von der Mitgliederliste oder Ausschluss aus dem Verein.

(2) <sup>1</sup>Der Austritt erfolgt durch schriftliche Erklärung gegenüber einem Mitglied des Vorstandes. <sup>2</sup>Für die Erklärung ist eine Frist nicht einzuhalten. <sup>3</sup>Der Austritt wird zum Schluss des Kalenderjahres vollzogen.

(3) <sup>1</sup>Ein Mitglied kann durch Beschluss des Vorstandes von der Mitgliederliste gestrichen werden, wenn es trotz zweimaliger schriftlicher Mahnung mit der Beitragszahlung in Rückstand ist. <sup>2</sup>Die Streichung wird erst beschlossen, wenn nach der Absendung der zweiten Mahnung zwei Monate verstrichen sind, in dieser Mahnung die Streichung angedroht wurde und die Beitragsschulden nicht beglichen sind. <sup>3</sup>Die Streichung ist dem Mitglied mitzuteilen.

(4) <sup>1</sup>Ein Mitglied kann durch Beschluss des Vorstandes aus dem Verein ausgeschlossen werden, wenn es in grober Weise gegen die Vereinsin-

teressen verstoßen hat. <sup>2</sup>Vor der Beschlussfassung ist dem Mitglied unter Einräumung einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. <sup>3</sup>Der Beschluss über den Ausschluss ist schriftlich zu begründen und dem Mitglied zuzusenden. <sup>4</sup>Gegen den Beschluss des Vorstandes kann das Mitglied innerhalb eines Monats nach Zugang der Entscheidung des Vorstandes die Mitgliederversammlung anrufen. <sup>5</sup>Die Anrufung der Mitgliederversammlung hat bis zu deren abschließender Entscheidung aufschiebende Wirkung.

## § 11

(1) Im Falle der Auflösung des Vereins sind die Mitglieder des Vorstandes gemeinsam vertretungsberechtigte Liquidatoren, falls die Mitgliederversammlung nichts anderes beschließt.

(2) Das nach Beendigung der Liquidation vorhandene Vermögen fällt an die Deutsche Forschungsgemeinschaft, die es unmittelbar und ausschließlich für Zwecke des Fachkollegiums Rechtswissenschaft zu verwenden hat.